



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS - UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

EDSON CARVALHO RIBEIRO

**A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE GESTANTE DE
FETO ANENCEFÁLICO**

JUIZ DE FORA

2008



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS - UNIPAC

**FACULDADE DE DIREITO
BACHARELADO EM DIREITO**

EDSON CARVALHO RIBEIRO

**A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ DE GESTANTE DE
FETO ANENCEFÁLICO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como parte dos requisitos integrantes para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: André Peluso

JUIZ DE FORA

2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

ÉDSON CARVALHO RIBEIRO

Aluno

4 INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ DE GESTANTE DE
FETO ANENCEFÁLICO

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

CARLOS ANDRÉ PELUSO SANTOS

RODRIGO RIBEIRO ROLLI

BESNIER CHIARINI VILLAR

Aprovada em 12/12/2008.

DEDICATÓRIA

*À Cristina, Tomás e Elisa pela
paciência e apoio.*

AGRADECIMENTO

*"Pensamos demasiadamente e
sentimos muito pouco ... Necessitamos
mais de humildade Que de máquinas.
Mais de bondade e ternura Que de
inteligência.*

Sem isso,

*A vida se tornará violenta e Tudo
se perderá."*

Charles Chaplin

LISTA DE SIGLAS

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CDDPH - Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana

CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

CNTS - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

CPB - Código Penal Brasileiro

CR - Constituição da República

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

ONG - Organização não-governamental

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 HISTÓRICO DO TEMA NO BRASIL.....	11
3 O ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	15
3.1 Conceito de aborto.....	15
3.2 Tipificação do crime.....	17
3.3 Excludentes de ilicitude.....	19
3.3.1 Aborto necessário	21
3.3.2 Aborto sentimental	22
4 ANENCEFALIA	23
4.1 Conceito e diagnóstico	23
4.2 Implicações ao feto.....	24
5 O INÍCIO DA PESSOA HUMANA E O MARCO INICIAL DA VIDA.....	25
5.1 Posição da Igreja Católica	25
5.2 Posição do legislador brasileiro.....	30
6 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS	33
6.1 O princípio da dignidade da pessoa humana	33
6.2 Direito à saúde	38
6.3 Direito à liberdade	40
6.4 Direito à vida	40
7 ABORTO EUGÊNICO OU INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ?	42
7.1 Conceito de aborto eugênico	42
7.2 Da tese de inexistência de aborto pela equiparação entre o anencéfalo e o doador de órgãos.....	44
7.3 Da tese de inexistência de aborto pela falta de potencialidade de vida do feto....	45

8 CONCLUSÃO.....	47
------------------	----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49
----------------------------------	----

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia visa abordar a questão da antecipação do parto da gestante de feto anencefálico, tendo em vista que se trata de situação causadora de grande insegurança jurídica no país, com decisões judiciais conflitantes, bem como discussões acirradas em diferentes segmentos da nossa sociedade. A dúvida acerca do enquadramento ou não da referida conduta como típica do crime de aborto existe e deve ser esclarecida à luz do contexto geral da legislação pátria e dos princípios norteadores do Direito.

A abordagem do tema se inicia através de um breve estudo do histórico do problema, que ganhou notoriedade no Brasil quando foi discutido, em outubro de 2004, pelos onze ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), máxima instância jurisdicional do país.

Posteriormente, é feita uma conceituação do crime de aborto, bem como uma análise dos dispositivos do Código Penal pátrio que tratam do referido delito e de suas causas excludentes de ilicitude.

Procede-se também ao exame das características e implicações da anencefalia, anomalia congênita fetal que tem se mostrado relativamente comum em nosso país.

Depois, há a abordagem acerca do início da pessoa humana e da vida segundo a concepção da Igreja Católica que, apesar de desvinculada do Estado, possui inegável influência sobre a nossa nação e suas instituições, bem como segundo o ordenamento jurídico brasileiro, visto de forma abrangente, não restrito somente ao campo penal.

Por fim, disserta-se sobre o conflito entre direitos e princípios constitucionais envolvidos no tema, tanto os que a priori socorreriam a gestante (dignidade da pessoa humana, saúde e liberdade) quanto o que protegeria inicialmente o feto (vida).

Trata-se de questão tormentosa, de difícil resolução, sobretudo quando se tem em mente que o atual Código Penal brasileiro foi decretado em dezembro do longínquo ano de 1940, o que reforça a importância da atividade jurisdicional na resolução de problemas contemporâneos, não previstos ao tempo da atividade legislativa.

O direito positivado nunca consegue acompanhar integralmente as mudanças que

ocorrem no mundo, a um ritmo cada vez mais acelerado. É utópico o entendimento de que existe uma legislação inteiramente atual e capaz de indicar a solução para todos os problemas que se apresentam, até porque a cada dia que passa surge uma situação nova, imprevisível há pouco, que exige a função interpretativa extensiva do juiz.

Ressalta-se também, no decorrer deste trabalho, que as leis são muito importantes para o desenvolvimento de qualquer país do mundo, regra à qual o Brasil não foge. Nessa esteira de entendimento, é feita uma análise, relacionada aos assuntos abordados, sobre até que ponto o juiz está limitado ao que a lei diz e até que ponto pode extrapolá-la sem ferir a separação de poderes (Executivo-Legislativo-Judiciário) apregoada pelo texto constitucional. Até que ponto pode o juiz ampliar ou restringir o sentido de uma lei sem ferir a função típica do Poder Legislativo?

Todas essas são questões que serão abordadas no curso do presente trabalho, ao final do qual espera-se ter atingido o objetivo de clarear o ponto de vista de cada leitor sobre o tema abordado.

2. HISTÓRICO DO TEMA NO BRASIL

As discussões em torno da possibilidade ou não da interrupção da gravidez da gestante de fetos anencefálicos, com análise da lei e dos campos do Direito de forma integrada, são relativamente recentes e coincidem com os avanços no campo da medicina, especialmente no da obstetrícia, observados no Brasil nas últimas décadas.

O fato é que a partir do momento em que os exames pré-natais passaram a ter um grau de precisão cada vez mais elevado, realidade decorrente dos avanços tecnológicos e científicos em todo o mundo, tornou-se possível aferir com alto nível de certeza a ocorrência de patologias específicas e fatores de risco sobre a vida do produto da concepção.

Dentre as deformidades congênitas, inatas, a anencefalia destaca-se, tanto em função de sua incidência em um número significativo de casos quanto em razão de suas implicações importantes e graves sobre a vida do ser acometido por tal anomalia.

Foi no encaço dessa realidade social, e após a constatação de reiteradas ações singulares na Justiça Comum movidas por gestantes brasileiras, que sobreveio o caso de maior destaque até então no país, responsável por discussões acaloradas em todo o território nacional, por filósofos, sociólogos, jornalistas, religiosos e juristas, bem como pela opinião pública em geral.

Pois bem, em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com a condução do advogado constitucionalista Luís Roberto Barroso e auxílio da ONG ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero), formulou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, dirigida ao Supremo Tribunal Federal e cujo objetivo era pôr fim ao desencontro de entendimentos jurisprudenciais existentes no país, diante de uma decisão com eficácia abrangente e efeito vinculante sobre todos os casos semelhantes que se apresentassem a partir de então.

A CNTS é uma entidade sindical que defende os interesses dos profissionais de saúde no território nacional. No meio médico havia (e ainda há) grandes dúvidas acerca da inserção ou não da antecipação do parto do anencéfalo, como forma ou não de aborto. Essa incerteza traz como consequência a freqüente dúvida dos referidos profissionais acerca do

enquadramento ou não de suas condutas nas hipóteses típicas previstas no Código Penal, passíveis de sanção criminal.

Ademais, como o período da gravidez é relativamente curto se comparado como tempo médio de tramitação de um processo no país, mesmo em sede de cautelar, tornava-se essencial uma decisão do Tribunal máximo pátrio uniformizando o entendimento em um sentido. Isso para evitar decisões discrepantes incompatíveis com, o ambiente de segurança jurídica que se espera, bem como evitando transtornos ainda maiores às mulheres em um período delicado de suas vidas, sobretudo diante de diagnóstico tão desfavorável e perturbador como o da anencefalia.

Não foram poucos os casos que, em sede recursal, chegaram ao Superior Tribunal de Justiça ou ao próprio Supremo Tribunal Federal e não puderam sequer ser analisados, diante da perda do objeto da ação, ou seja, tendo a gravidez chegado ao seu termo final, com a constatação da morte do feto no próprio ventre materno ou horas após o parto. Cabe ao Poder Judiciário, ao exercer efetivamente sua função, fornecer uma resposta à população, mesmo que desfavorável ao pedido formulado, sob pena de descrédito e ineficiência.

O pedido central contido na ADPF era para que o STF, ao interpretar o Código Penal à luz da Constituição da República (CR), declarasse que os artigos previstos no diploma penal, que tipificam o crime de aborto, não se aplicam no caso da antecipação do parto de feto anencefálico. Em suma, a CNTS requeria que fosse reconhecido a todas as gestantes que a partir daquele momento passassem por essa situação, o direito de interromperem a gravidez, sem a necessidade de autorização judicial prévia a qual, na maioria das vezes, era ineficaz em função do tempo exíguo disponível para apreciação meritória.

O argumento para a apresentação da ADPF foi o de que princípios constitucionais básicos, como o direito à saúde, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, estariam sendo violados em função do entendimento dominante e equivocado de que a antecipação da gravidez constituía crime de aborto, apesar de não se tratar deste.

No dia 1º de julho de 2004, o ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Melo, ao apreciar a ADPF proposta, concedeu uma liminar autorização a antecipação dos partos no caso específico sob discussão, uma vez atestada a anencefalia por médico competente, estando os profissionais da saúde desobrigados de obter qualquer tipo de

autorização judicial para a realização dos procedimentos necessários para tal fim. A seguir transcrevo parte da liminar referida:

O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período' que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobre vida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. (BRASIL, 2006d)

No entanto, no dia 20 de outubro do mesmo ano, o Plenário do STF derrubou, por 7 votos a 4, a liminar anteriormente concedida. Os ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Grade, Carlos Velloso e Nelson Jobim votaram pela derrubada da liminar, que vigorou durante quatro meses por todo o território nacional. Em contrapartida, ,favoráveis à interrupção da gravidez, manifestaram-se os ministros Marco Aurélio Melo (ratificando seu posicionamento anterior), Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

O Ministro Carlos Velloso, contrário à antecipação do parto, assim manifestou-se em parte de seu voto:

Assim posta a questão, admitir uma exclusão do crime de aborto, sem as cautelas de uma regulamentação séria, como, por exemplo, a que é adotada na França, seria temerário, mesmo porque não se pode descartar a possibilidade de clínicas de abortos criminosos se utilizarem da medida. Um dado importante: a regulamentação deveria exigir a necropsia do feto, a fim de se verificar se foi acertado o diagnóstico. Ora, essa regulamentação, absolutamente necessária, somente poderia ser feita mediante lei. O Supremo Tribunal Federal não poderia, evidentemente, fazê-la, sob pena de substituir-se ao Congresso Nacional. (BRASIL, 2006d)

Em sede de discussão acerca da ADPF nº 54, foi encaminhado ao STF parecer elaborado pelo procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, no qual o representante do

Ministério Público Federal firmou o seu posicionamento contrário à interrupção da gravidez. Opinou que o Tribunal brasileiro não pode substituir o Congresso Nacional na elaboração de uma terceira modalidade de aborto, o que feriria a separação dos poderes apregoadada pela Magna Carta nacional. Defendeu ser o direito à vida o marco primeiro dos direitos fundamentais. Assinalou que "O direito à vida é a temporal, vale dizer, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana". (FONTELES, 2004)

Em contrapartida, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) decidiu, por maioria de votos dos 81 advogados que o compõem, considerar que a interrupção da gravidez de feto anencefálico não pode ser considerada prática abortiva. A referida decisão ratificou o voto elaborado pelo relator da matéria na entidade, o conselheiro federal pela Bahia Arx Tourinho. Segundo ele, só haveria que se falar em aborto na presença de possibilidade de vida do feto. Tal ponto de vista será retomado e melhor analisado em momento oportuno deste trabalho.

É possível comprovar, pelos dados acima relatados, que a controvérsia acerca do tema abordado é forte, sendo que instituições sérias e respeitadas no país, como a Ordem dos Advogados do Brasil e o Ministério Público Federal, não compartilham do mesmo posicionamento, o que contribui ainda mais para a abertura do leque de discussões sobre o presente assunto.

Atualmente, tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado no sentido da inadmissão da interrupção da gravidez de feto anencefálico, resta às mulheres que desejam a antecipação do parto em tal situação peculiar, a alternativa do ajuizamento de ações individuais com o referido pedido. Nota-se inclusive que muitos juizes nacionais têm aceitado, mediante a comprovação da anomalia por provas consistentes, a citada interrupção. Não foi atingido, todavia, o objetivo da CNTS de obter do Supremo uma decisão cujos efeitos emanariam por todo o país, evitando a submissão das gestantes ao incômodo de recorrer ao Poder Judiciário e às determinações discrepantes dos juizes e Tribunais pátrios.

3. O ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Conforme breve alusão anteriormente feita, há forte e acirrada controvérsia acerca do fato de a interrupção da gravidez de feto anencefálico constituir ou não crime de aborto, divergência que se justifica em face do entendimento no sentido da existência ou não de agressão ao bem jurídico que se quer proteger no referido delito.

Trata-se de discussão suscitada pela própria Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde em sua Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e encampada pela Ordem dos Advogados do Brasil. A divergência referida será mais bem analisada em momento oportuno.

Todavia, independentemente do juízo que se tenha em relação à referida questão, é importante que se faça uma análise prévia das disposições sobre o aborto, contidas no Código Penal brasileiro.

3.1 Conceito de aborto

A palavra aborto advém do latim *abortus*, em que *ab* significa "privação" e *ortus* "nascimento". Etimologicamente, portanto, aborto é a privação do nascimento.

No decorrer deste texto a palavra aborto será usada como sinônimo de abortamento, embora alguns autores e a própria literatura médica prefiram este termo aquele para designar a conduta dolosa da interrupção da gravidez, entendendo ser o aborto o produto da citada conduta, e não a ação propriamente dita.

Todavia, como o próprio Código Penal do Brasil utilizou a palavra aborto para denominar a respectiva conduta típica, não há que se falar que esteja errado o seu emprego, que se tornou até mais difundido no meio jurídico e na própria sociedade.

Em termos gerais, o aborto (ou abortamento) consiste na interrupção provocada da gravidez da gestante, com a destruição do produto da concepção. Trata-se da eliminação da vida dentro do útero materno. No caso de o crime ocorrer após o início da atividade de parto,

é caso de se falar em infanticídio ou mesmo homicídio, mas não em aborto, que se restringe à conduta que atenta contra a vida incipiente intra-uterina.

É nesse sentido a conceituação do penalista Fernando Capez: "*Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção.*" (CAPEZ, 2004, p.108)

Para Luiz Regis Prado "*o aborto consiste, portanto, na morte dada ao nascituro intra uterem ou pela provocação de sua expulsão.*" (PRADO, 2004, p. 105)

Importante ressaltar que o Código Penal brasileiro não distingue óvulo fecundado, embrião e feto, que corresponderiam, segundo definições fornecidas pela medicina clínica e não ignoradas pela doutrina jurídica, a diferentes etapas da vida intra-uterina.

A esse respeito escreve Ari Franco, citado por José Frederico Marques:

Diverge ainda o aborto do ponto de vista clínico e do ponto de vista médico-legal. Do ponto de vista apenas clínico, é a expulsão do produto da concepção até o sexto mês da vida intra-uterina, sendo então denominado ovular, se até o 20º dia da concepção, porque o produto é somente o ovo; embrionário, até o 3º mês, porque até essa época o produto se diz embrião; fetal até o 6º mês porque o produto se chama feto, sendo que, dar por diante, até o 9º mês, a criança pode nascer com vida, capaz de viver no meio ambiente, vital, chamando-se, então, clinicamente, pat10 prematuro antes de atingido o 9º mês, e parto a termo, quando já decorrido o 9º mês. (FRANCO.apud MARQUES, 1999, p.184)

Apesar de haver controvérsias acerca da supracitada distinção, ao se verificar as classificações fornecidas por diferentes doutrinadores penais, para o Direito é irrelevante essa diferenciação, sendo objeto material do crime em tela o produto vivo da concepção, independentemente de sua fase de desenvolvimento.

No entanto, Luiz Regis Prado faz uma ressalva quanto ao marco inicial da gravidez sob o interesse jurídico:

O termo inicial para a prática do delito em exame é, portanto, o começo da gravidez. Do ponto de vista biológico, o início da gravidez é marcado pela fecundação., Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno (nidação). Destarte, o aborto tem como limite mínimo necessário para sua existência a nidação, que ocorre cerca de quatorze dias após a concepção. (PRADO, 2004, p. 05)

Para comprovar tal assertiva, o referido autor cita alguns exemplos de métodos anticoncepcionais que atuam após a concepção, impedindo a implantação do óvulo já fecundado na cavidade uterina. Um deles é o Dispositivo Intra-Uterino, popularmente conhecido como DIU, instrumento de controle de natalidade amplamente difundido e admitido legalmente em nosso país.

Portanto, não há que se falar, sob o prisma jurídico, que a gravidez se inicia com a concepção, mas sim com a nidação, sob pena de se incorrer na insuperável contradição de que há métodos anticoncepcionais de cunho abortivo no Brasil permitidos por nossa legislação.

Ainda para o respeitado doutrinador Luiz Regis Prado:

O momento da morte do feto não importa para a caracterização do crime de aborto: pode o feto morrer no útero materno - sendo expulso em seguida ou petrificado ou absorvido pelo organismo, sem expulsão - ou ser expulso ainda vivo e morrer em decorrência das manobras abortivas realizadas ou porque o estágio de sua evolução não tenha possibilitado a continuidade dos processos vitais. (PRADO, 2004, p. 107)

Ressalte-se, por oportuno, que o termo "feto" será usado indiscriminadamente neste trabalho para denominar o produto da concepção, independentemente de seu tempo de vida intra-uterina. Tal providência justifica-se para fins didáticos, já tendo sido feita a devida ressalva quanto às corretas denominações fornecidas pela medicina clínica.

3.2 Tipificação do crime

O aborto está previsto na Parte Especial do Código Penal brasileiro, no Título I, dos Crimes contra a Pessoa, do Capítulo I, dos Crimes contra a Vida.

O artigo 124 dispõe acerca do aborto provocado pela própria gestante ou executado com o seu consentimento. Importante salientar que, nesse último caso, o terceiro que pratica o aborto consentido pela mulher é autor do delito previsto no art.126 (que será citado adiante), sendo a co-autoria inadmissível naquele dispositivo legal.

Interessante ressaltar, nesse momento, que o crime de aborto representa uma exceção à regra da Teoria Monista, que rege nosso ordenamento penal. Segundo a referida Teoria, todos que, de alguma forma, contribuem na realização de um delito devem responder pelo mesmo crime. Entretanto, no caso do aborto com o consentimento da gestante, o terceiro será enquadrado em artigo diverso do qual será enquadrada a mulher.

No artigo 125 está prevista a figura penal mais gravosa do aborto, que sobrevém quando este é provocado por terceiro e inexistente o consentimento da gestante. Para Luiz Regis Prado:

Em se tratando de aborto provocado sem o consentimento da gestante, (art.125, CP) o agente emprega a força física, a ameaça ou a fraude para a realização das manobras abortivas. (PRADO, 2004, p. 111)

Quanto ao aborto previsto nesse artigo, José Frederico Marques justifica seu maior grau de reprovação, o que é comprovado pela pena maior imputada a esta modalidade de abortamento: *"É que, nessa figura delituosa, à agressão, que é inerente a todo crime de aborto, contra o direito à vida do infans conceptu, une-se o atentado contra a gestante."* (MARQUES, 1999, p.209)

O artigo 126 trata da conduta do terceiro que provoca o aborto com o consentimento da gestante. Tal aquiescência pode ser expressa ou até mesmo tácita, mas deve ser inequívoca, isto é, não pode deixar qualquer tipo de dúvida quanto à sua existência. Nesse caso, a punição ao terceiro é menos severa (1 a 4 anos de reclusão) do que a prevista no artigo anterior (3 a 10 anos de reclusão), visto que a vontade manifestada pela gestante de abortar atenua a conduta criminosa daquele.

Enquanto a gestante não consente com a prática do aborto, é sujeito passivo do crime tal como o produto da concepção. Todavia, na medida em que há a sua aquiescência, nos termos do referido art.126 do diploma penal, passa a figurar como sujeito ativo do crime, sendo o feto o único sujeito passivo da conduta delituosa. O Direito Penal não admite que a mesma pessoa seja sujeito ativo e sujeito passivo de um mesmo crime praticado.

O parágrafo único do art.126 determina a aplicação da mesma pena contida no art.125 (aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante) se a mulher que concorda com o aborto não for maior de quatorze anos, se ela for alienada ou débil mental, ou se o consentimento dela for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Nesses casos o

consentimento não é eficaz (não produz efeitos), mesmo tendo havido.

O artigo 127 diz que as penas cominadas nos artigos 125 e 126 do CP serão aumentadas em um terço se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave. Se ainda, por qualquer dessas causas, sobrevier a morte da mulher grávida, as referidas penas serão duplicadas.

Para Fernando Capez:

As majorantes aqui previstas são exclusivamente preterdolosas. Há um crime doloso (aborto) ligado a um resultado não querido (lesão corporal de natureza grave ou morte), nem mesmo eventualmente, mas imputável ao agente a título de culpa (se eram consequências previsíveis do aborto que se quis realizar e, por conseguinte, evitáveis). (CAPEZ, 2004, p.120)

No mesmo sentido é a elucidação de José Frederico Marques:

Em todas essas figuras típicas qualificadas, só se opera a majoração da pena se o evento qualificador tiver ocorrido por culpa do agente. Desde que o resultado, que agrava a pena, se origina de caso fortuito, não se tem crime qualificado pelo resultado; e se o evento foi querido, haverá concurso de crimes: aborto e homicídio, ou aborto em concurso com lesão corporal grave. (MARQUES, 1999, p.210/211)

Ressalte-se que não há que se falar na aplicação das causas de aumento de pena incidindo sobre o auto-aborto ou sobre o aborto consentido, sendo certo que a auto-lesão é impunível em nosso Direito. Isto é, não cabe punição à mulher que sofre lesão corporal grave ou morre em decorrência das atividades abortivas que ela mesma executou ou com as quais consentiu de forma inequívoca.

3.3 Excludentes de ilicitude

Embora o Código Penal brasileiro tutele o produto da concepção, protegendo-o inclusive ao criminalizar a conduta da gestante que pratica o auto-aborto, agindo sozinha sobre o próprio corpo, há casos em que o legislador nacional, diante de situações de conflito entre a proteção da vida do feto e determinados direitos da mãe, acaba priorizando estes.

Trata-se de hipóteses de aborto legal. Para José Frederico Marques, de forma concisa, "aborto legal é aquele que a lei penal permite seja praticado." (MARQUES, 1999, p.213)

Tal situação pode ser verificada no artigo 128 do diploma penal, que trata das duas hipóteses onde "não se pune o aborto provocado por médico" (BRASIL, 2006b).

É importante salientar que só está legitimado para praticar o aborto legal no Brasil o médico, não podendo ser estendida tal atribuição a qualquer outra pessoa, mesmo se profissional da saúde.

Das lições de José Frederico Marques, uma vez mais utilizadas, nota-se a intenção do legislador ao restringir o agente capaz de efetuar o aborto permitido. Senão vejamos:

Não se pode admitir o sacrifício da vida do nascituro, em operação abortiva praticada por quem não possui capacidade técnica suficiente para acompanhar pari passu o estado da gestante e verificar, assim, se, no curso dos atos destinados a provocar o aborto, não surge à possibilidade de se tornar este, em virtude de causa superveniente, desnecessário e desaconselhável. (MARQUES, 1999, p.21S)

Nas palavras de Fernando Capez: "*Trata-se de causas excludentes de ilicitude, sendo, portanto, lícita a conduta daquele que pratica o aborto nas duas circunstâncias elencadas no texto legal!*". (CAPEZ, 2004, p.121)

Eduardo Magalhães Noronha, citado por Warley Rodrigues Belo, opina:

Segundo cremos, não é das mais felizes a redação do art. 128. Se o fundamento do inciso I é o estado de necessidade, e o do inciso /I ainda o mesmo estado, conforme alguns, ou a prática de um fato lícito, não nos parece que na técnica do Código se devia dizer 'não se pune ...' Dita frase pode levar à conclusão de que se trata de dirimente ou de escusa absolutória, o que seria insustentável. Em tal hipótese, a enfermeira que auxiliasse o médico, no aborto, seria punida. Nos incisos do art.128, o que desaparece é a ilicitude ou a antijuridicidade do fato, e, conseqüentemente, devia dizer-se: 'Não há crime'." (NORONHA apud BELO, 1999, p. 59/60)

O nosso Código não prevê como abortos legais o aborto eugênico (ou eugenésico), que será mais bem estudado adiante, tampouco o aborto econômico, este é realizado por razões de índole econômica (baixa renda da gestante, por exemplo) ou o aborto social (como a situação da mãe muito jovem, incapaz de assumir a responsabilidade de criar um filho).

As excludentes de ilicitude previstas em nossa legislação são apenas as seguintes: a do aborto necessário e a do aborto sentimental.

3.3.1 Aborto necessário

O aborto necessário, à luz do CPB, é o praticado se não há outro meio de salvar a vida da gestante. Está previsto no art.128, I.

Fernando Capez explica a intenção do legislador ao prever tal excludente de ilicitude:

... ,há dois bens jurídicos (a vida do feto e a 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. (CAPEZ, 2004, p.121)

A referida excludente assemelha-se ao estado de necessidade, muito embora não exista a exigência de que o perigo à vida da gestante seja atual. Basta somente a constatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da mulher para que se caracterize a possibilidade da prática do aborto necessário.

Destaca-se que caberá ao médico avaliar se a doença detectada na gestante acarretará ou não risco de vida a ela. Não se trata tão somente de risco para a saúde da mulher, mas sim risco direto à sua vida.

Ainda nas lições de Fernando Capez:

É dispensável a concordância da gestante ou do representante legal, podendo o médico intervir à revelia deles, até porque muitas vezes a mulher se encontra em estado de inconsciência e os familiares podem ser impelidos por motivos outros, como o interesse na sucessão hereditária, ... (CAPEZ, 2004, p.121/122)

O destinatário único e exclusivo do art.128, I, como já salientado alhures, é o médico, não enfermeiras ou parteiras, de modo que somente aquele profissional pode interromper a gravidez no caso de perigo futuro à vida da mãe.

No entanto, se o perigo à vida da mulher for atual, não mais somente o médico é a pessoa detentora do poder de provocar o aborto, mas qualquer outra, diante do enquadramento

no estado de necessidade propriamente dito, previsto no artigo 24 do Código Penal (BRASIL, 2006b).

3.3.2 Aborto sentimental

O aborto sentimental, no Brasil, é permitido nos casos em que a gravidez resulta de estupro e a conduta abortiva é precedida do consentimento da gestante, se capaz, ou de seu representante legal, no caso de incapacidade. Tal excludente está inserida no art.128, II, do CP.

O texto penal não fez qualquer tipo de diferenciação entre o estupro com violência real ou presumida, de modo que este está abarcado pela excludente de ilicitude. Para Fernando Capez:

Na interpretação da regra legal 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, ... (CAPEZ, 2004, p.122)

Apesar de a lei só fazer referência à gravidez resultante de estupro, nada impede que, sobrevivendo o estado de gravidez em decorrência de atos libidinosos diversos, tal como a posse sexual mediante fraude (artigo 215 do CP), aplique-se analogicamente o dispositivo supracitado para eximir a mulher do encargo de suportar uma gravidez involuntária e decorrente de igual afronta à sua liberdade sexual, sendo certo que este foi o bem jurídico que o legislador quis proteger.

Luiz Regis Prado assim fundamenta acerca desta excludente de ilicitude:

O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente as cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento. (PRADO, 2004, p.116)

O advogado Warley Rodrigues Belo afirma:

É fundado que uma gestação ou uma criação de um filho concebido em uma situação tão delicada merecesse apreço e parcialismo da lei. Seria mesmo desumano obrigar uma mulher a gerar um ser advindo de violência tão odiosa e de lembrança tão mitigante. (BELO, 1999, p.64)

4. ANENCEFALIA

4.1 Conceito e diagnóstico

A anencefalia consiste em uma má-formação congênita caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, entre os dias 23 e 28 da gestação .

Sua incidência maior se dá sobre fetos femininos, visto que a anomalia parece estar ligada ao cromossomo X.

Dados apontam para a existência de 1 caso a cada 1.600 bebês nascidos vivos, sendo que, a cada ano, o número de registros de crianças vivas nascidas no Brasil tem oscilado entre 2,7 e 3,0 milhões.

Segundo informações da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), o risco de incidência de anencefalia aumenta 5% a cada gestação subsequente, tendo as mães diabéticas probabilidade seis vezes maior de gerar unia criança com esse problema. Ademais, mulheres em idade muito avançada ou muito jovens estão mais suscetíveis a gerar anencéfalos.

Fatores nutricionais e ambientais também podem influenciar na referida malformação. Acredita-se que a causa mais comum, quanto a esse aspecto, seja a deficiência de ácido fólico no organismo, não sendo desprezíveis fatores como o alcoolismo e o tabagismo.

A anomalia pode ser diagnosticada, com alto grau de precisão, através de ultrasonografia, a partir de 12 semanas de gestação, momento a partir do qual já é possível a visualização do segmento cefálico fetal.

O feto anencéfalo não possui os ossos do crânio, sendo por esse motivo que sua cabeça não tem o formato arredondado comum aos fetos saudáveis.

Além da abertura que existe na parte superior da sua cabeça, seus olhos são saltados para fora, sendo o seu pescoço mais curto do que o de um feto normal.

Tais características são peculiares nesse tipo de caso e podem ser facilmente

verificadas através do exame visual na ultra-sonografia. Além do citado exame, existe a análise dos níveis de alfa-fetoproteína no líquido amniótico, que se encontram aumentados em gestações de fetos com o encéfalo comprometido de forma definitiva.

4.2 Implicações ao feto

A anencefalia é uma doença inata, letal em 100% dos casos.

Para a bacharel em Direito Marília Andrade dos Santos:

Este defeito provoca que o cérebro do feto não seja formado, não possuindo o anencéfalo nenhum tecido cerebral ou, se possui-lo, este tecido é amorfo e encontra-se solto no líquido amniótico. Não há, portanto, a formação dos hemisférios cerebrais e nem dá córtex cerebral.

Quanto ao tronco cerebral, este pode ou não apresentar defeitos, sendo mais comum que os apresente. No entanto, esta não é uma característica essencial. Disso se depreende que o feto anencefálico, em caso de o defeito não ter atingido o tronco cerebral, pode ser capaz de respirar sem a ajuda de aparelhos. (SANTOS, 2005)

As funções superiores do Sistema Nervoso Central, como a consciência, a vida relacional, a percepção, a afetividade e a emotividade estão ausentes no portador da anencefalia, restando somente funções como a do controle da respiração e funções vasomotoras.

Grosso modo, o feto anencefálico que chega a nascer, mesmo com o coração batendo e o sangue fluindo nas veias, está fadado a morrer em um curto espaço de tempo, não havendo por que se falar em qualidade de vida do produto da concepção, diante do comprometimento do Sistema Nervoso Central.

Para o professor titular de Ginecologia da Universidade de São Paulo (USP), José Aristodemo Pinotti:

A maioria dos anencéfalos sobrevivem no máximo 48 horas após o nascimento. Quando a etiologia for brida amniótica podem sobreviver um pouco mais, mas sempre é questão de dias. As gestações de anencéfalos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrâmnio (excesso de líquido amniótico), levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado. (PINOTTI, 2004)

5. O INÍCIO DA PESSOA HUMANA E O MARCO INICIAL DA VIDA

No presente capítulo será feita uma abordagem acerca do princípio da vida humana, bem como o da pessoa humana, tanto sob a perspectiva da Igreja Católica quanto sob o enfoque dado pela legislação do Brasil.

Trata-se de um foco importante, que joga um feixe de luz mais forte sobre a discussão em pauta, sendo certa sua relação direta com o bem jurídico que se quer proteger na interrupção da gravidez do anencéfalo.

A demonstração do ponto de vista do Catolicismo, apesar de poder dar a impressão inicial de ser desnecessária, ante à desvinculação positivada entre Igreja e Estado, é interessante na medida em que os juízes e legisladores do nosso país são pessoas comuns, submetidas como qualquer outras às influências externas ao Direito, como fatores culturais e religiosos, dentre outros.

Não há como negar o fato de que as decisões proferidas em nosso país não são resultado somente das leis, princípios e fundamentos norteadores do Direito pátrio, mas também das experiências de vida e convicções pessoais dos membros que compõem os órgãos julgadores nacionais. E, nessa esteira de raciocínio, a religião exerce influência marcante e que não pode ser ignorada, sob pena de enfraquecimento da análise que se quer fazer.

O ponto de vista do legislador brasileiro também é essencial no exame que se quer fazer sobre a tutela do bem jurídico no caso sob discussão, motivo pelo qual também se fará uma exposição nesse aspecto.

5.1 Posição da Igreja Católica

No Brasil, o Estado é absolutamente desvinculado da Igreja Católica, bem como de qualquer outra, dispondo o art. 5º, VI, da CR188 que: "Ué inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias". (BRASIL, 2006a)

Ademais, o artigo 19, I, do texto constitucional ratifica o desvinculamento entre os entes da Federação e a Igreja. Senão vejamos:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I. estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; ... (BRASIL, 2006a)

Apesar disso, não há como desconsiderar a ligação estreita do Direito com a Religião, marca cultural forte no país, sendo o Cristianismo fator de influência constante no nosso ordenamento jurídico e nas decisões proferidas por nossos Tribunais e juízes singulares. Por isso é interessante a abordagem do presente tema sob o prisma religioso.

A posição da Igreja Católica acerca do início da pessoa humana variou no decorrer da História.

Santo Agostinho, no século IV, sob forte influência do pensamento aristotélico, dizia que só haveria que se falar na existência de uma pessoa 40 dias após a fecundação, se do sexo masculino o feto, e 80 dias após a fecundação, se do sexo feminino. A partir desse período a unidade corpo-espírito estaria estabelecida, de modo que não se admitiria mais a interrupção da gravidez. Segundo essa concepção, a alma seria a forma substancial do homem e, uma vez agregada ao corpo, não mais se admitiria qualquer tipo de violação à vida.

Obviamente tal pensamento aos poucos foi sendo abandonado, tanto em função da equivocada diferenciação entre fetos do sexo masculino e do sexo feminino, o que refletia uma visão eminentemente patriarcal da época, quanto em razão do infundado e aleatório período depois do qual se estabeleceria a unidade entre o corpo e o espírito.

São Tomás de Aquino (século XIII) afirmava que não se poderia reconhecer como pessoa humana o embrião, qualquer que fosse o sexo, que ainda não tivesse completado 40 dias, posicionamento este que foi adotado oficialmente pela Igreja no Concílio de Trento (1545 a 1563).

Todavia, em 1869, o Papa Pio IX passou a condenar qualquer tipo de interrupção voluntária da gravidez, desde a fecundação, independentemente da idade gestacional do feto.

Interessante chamar a atenção, nesse ponto, para o fato de que a condenação ao aborto

pela Igreja foi uma construção histórica do pensamento católico, não sendo inerente a este, tampouco tendo sido verificado desde os primórdios da instituição. Somente a partir do século XIX é que foi propagada pelo Cristianismo a completa vedação ao aborto, desde a concepção.

Tal constatação é importante na medida em que comprova que não há verdades absolutas a serem extraídas dos mandamentos de Deus. Afinal, são os seres humanos que interpretam as orientações divinas, sendo extremamente comum a mudança de posição da Igreja acerca de vários temas no decorrer da História humana.

Em 1976, o Papa Paulo VI ratificou o entendimento de que o feto tem pleno direito à vida, desde a concepção. Reafirmou que a mulher não tem o direito de abortar, mesmo que para salvar sua vida.

Para a Igreja Católica, quem provoca o aborto incorre na pena de excomunhão, não havendo exceção quanto a possíveis justificadoras da conduta. Como bem afirma Sérgio Abdalla Semião, a Igreja "só não considera aborto delituoso no caso do chamado 'aborto indireto', ou seja, quando a ação em si boa, como, por exemplo, a extirpação de um tumor canceroso, da qual segue o aborto, ..." (SEMIÃO, 1998, p.57)

A posição da Igreja Católica, mantida desde o final do século XIX, baseia-se em dois pilares. O primeiro deles é o da visão da lei natural, pela qual a moral fixa princípios absolutos e indiscutíveis, dentre os quais estaria o direito à vida, desde a concepção. Para Christian de Paul de Barchifontaine, ao interpretar e elucidar a visão católica quanto a esse primeiro aspecto: "A estrutura física da fecundidade humana é, portanto, algo sagrado, intocável e inalterável (encarnação dos desígnios de Deus)." (BARCHIFONTAINE, 2004, p.112)

O segundo alicerce é o da escola genética, que define como humano todo ser que traz em si um código genético. Isso implica necessariamente, sob tal perspectiva, no fato de que o feto é humano desde a concepção, sendo certo que o genótipo está presente desde a fecundação.

A visão de José Nedel, que se coaduna perfeitamente com a perspectiva do Cristianismo, assim pode ser reduzida a termo:

... O homem não é mero ser da natureza, mas composto de corpo e princípio vital ou alma, que, sendo espiritual, tem destinação transcendente. A vida representa nessa perspectiva um dom sagrado, não de todo disponível, tendo

em vista que é feito também para os outros e para Deus. E, sendo sagrada, a vida é inviolável. (NEDEL, 2004, p.31)

Para o mesmo autor,

na concepção tradicional, cristã, a vida é considerada um dom outorgado ao homem pelo Criador (Já 10, 10), meio necessário para servi-lo e cumprir os deveres inerentes à sua condição e estado. Esse dom é o bem primário do homem no mundo. (NEDEL, 2004, p.33)

Segundo essa concepção, a vida não pode, sob nenhuma hipótese, estar subordinada ao exclusivo arbítrio de um indivíduo, por mais nobres que possam parecer os motivos de sua conduta, visto que o dom da existência humana é interesse coletivo e, sobretudo, de Deus, não individual, algo de que se possa dispor livremente.

O advogado Warley Rodrigues Belo diz que "o juízo da Igreja, no que concerne ao aborto, é bem claro: os homens não são os donos, mas os administradores da vida." (BELO, 1999, p.136)

No caso sob discussão, dos fetos anencefálicos, mesmo diante da certeza que a ciência fornece de que não há viabilidade de tempo significativo de vida extrauterina, ainda assim entende a Igreja Católica que deve ser tutelada a vida, até que ela chegue ao/ termo final por causas naturais, espontâneas, e não por uma intervenção humana substitutiva da vontade de Deus.

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), entidade representativa do episcopado brasileiro, foi a instituição católica que mais se manifestou acerca da ADPF proposta pela CNTS. A Presidência da CNBB chegou a emitir uma Declaração direcionada aos Membros do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) do STF, manifestando sua posição contrária à interrupção da gravidez nesse caso e repudiando a liminar então concedida pelo ministro Marco Aurélio Melo.

A seguir transcrevo parte do posicionamento oficial do referido órgão, exteriorizado por Dom Odilo Pedro Scherer, Secretário Geral da CNBB. Indagado se, pelo fato de o anencéfalo não ter chance de sobreviver, não seria melhor abreviar o sofrimento da mãe, respondeu:

Pensar assim seria introduzir um princípio perigoso. A vida deve ser respeitada sempre, não importando quantos anos, dias, ou minutos alguém possa viver. Contrariamente, poderemos chegar também a concordar com a supressão da vida dos doentes terminais, dos idosos, dos que têm doenças incuráveis. (SCHERER, 2004)

Aliás, essa parece ser a grande preocupação da Igreja no caso da autorização da interrupção da gravidez de feto anencefálico. A abertura de precedentes para a eliminação da vida em outras situações. Trata-se de um grande equívoco, sendo certo que cada tema específico deve ser analisado individualmente, à luz de suas peculiaridades, não sendo benéfico a um debate sério que se quer travar a utilização de um argumento simplista como esse.

Entretanto, o próprio bispo acima citado reconhece tal inquietação. Indagado, após a liminar concedida pelo STF, se a Igreja tem medo de que a autorização concedida por este pudesse abrir a porta para outras permissões a respeito da vida humana, respondeu:

De fato, a posição da moral católica é pelo respeito à vida e não seria diferente, mesmo que se tratasse apenas dos anencéfalos. De toda maneira, permanece a suspeita de que essa decisão possa levar a outras semelhantes, como a permissão de eliminar fetos que tenham outras síndromes e doenças incuráveis, ou de permitir a eutanásia, quando se trata de doentes terminais, ou de pessoas com doenças incuráveis. (SCHERER, 2004)

É plenamente admissível, em um ambiente democrático e de pluralismo de idéias, o argumento católico de que a vida deve ser tutelada incondicionalmente, sendo irrelevante o tempo de vida a ser protegido e a presença ou ausência de qualidade de vida a ser respaldada, mesmo que não se concorde com essa visão.

O que não se deve admitir é o argumento de que uma solução não pode ser buscada, mesmo que haja inteira razoabilidade em sua aplicação, se há infundadas suspeitas de que podem ser abertos precedentes para outros casos que não tem relação nenhuma com o outro. Tal posicionamento reflete uma visão extremamente conservadora, inflexível, dos que assim procedem, o que não contribui para uma resolução voltada para o bem do ser humano.

Retomando e concluindo a discussão inicial, o Cristianismo, nos dias de hoje, entende como marco inicial da pessoa humana a fecundação, ou seja, o princípio do estado de gravidez segundo a biologia. Ademais, segundo a perspectiva cristã, o início da vida humana coincide exatamente com o início da pessoa humana.

5.2 Posição do legislador brasileiro

O Direito deve ser interpretado como um todo, não podendo ser admitida a separação entre os diversos ramos jurídicos de modo que um não tenha influência sobre o outro, A ciência jurídica não pode ter campos herméticos, alheios à realidade fornecida por outras áreas de especificação. Afinal, o escopo de todas elas deve ser alcançar a Justiça, e não se pode alcança-la diante de uma análise parcial do ordenamento jurídico.

A função do hermeneuta é compreender de forma integral os princípios norteadores, os direitos fundamentais e a legislação pátria, de modo que a dicção do Direito corresponda efetivamente aos padrões desejados para o bem comum. E é exatamente dessa maneira que tentaremos compreender quando há o início da pessoa humana e da vida, segundo a legislação brasileira, para depois verificar o que se quer proteger ao se punir o aborto .

O Código Civil de 2002 trata do início da personalidade em seu artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (BRASIL, ~ 2006c)

O artigo supracitado, à primeira vista, parece estabelecer normas contraditórias entre si. Ao mesmo tempo em que se afirma que é a partir do nascimento com vida que é adquirida a personalidade civil e, portanto, daí surge a capacidade do indivíduo de ser sujeito de direitos e deveres, é destacado também que os direitos do nascituro estão a salvo desde a concepção.

Assim é o entendimento de Sérgio Abdalla Semião acerca do supracitado artigo do diploma civil:

Se atribuirmos à segunda oração da norma assomada um poder sem raias e sem confins, estaremos afirmando nela o inteiro teor da primeira, pois, se o nascituro for irrestrita mente sujeito de direitos, a personalidade civil do homem começará da concepção e não do nascimento, contradizendo expressamente a primeira oração do artigo em tela. (SEMIÃO, 1998, p.66)

Todavia, não parece ter sido a intenção do legislador equiparar o nascituro ao já nascido quanto aos direitos tutelados. Se esse fosse o caso, bastaria que aquele se expressasse da seguinte maneira: (IA personalidade civil do homem começa da concepção", não sendo necessária a ressalva do modo como foi feita.

Na realidade, o legislador remete à proteção de direitos específicos do nascituro, definidos expressa e taxativamente por lei, tais como a posse da herança em seu nome, o reconhecimento de paternidade e, o que mais interessa ao nosso trabalho, a proteção de sua vida, mediante a punição do aborto provocado. Não há, porém, a equiparação de direitos entre o feto e o ser já nascido.

Ademais, não sendo o nascituro capaz, e não tendo sido incluído no rol das pessoas absolutamente incapazes (artigo 3º) nem das relativamente incapazes (artigo 4º) no Código Civil, não há que se falar, definitivamente, no seu tratamento como uma pessoa, sob o parâmetro da nossa legislação cível.

Para o civilista Sílvio Rodrigues:

nascituro é o ser já concebido, mas que se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus. (RODRIGUES, 1996, p.38)

Para Warley Rodrigues Belo:

O nascituro, pois, não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Todavia, há uma expectativa de vida humana, e a lei não poderia deixar de considerar tão relevante aspecto, por isso lhe resguarda preventivamente os eventuais direitos que permanecerão em estado potencial até a constatação do nascimento. (BELO, 1999, p.27)

De uma análise eminentemente civilista da situação do nascituro, aufere-se que o legislador cível tem como cerne de sua preocupação os direitos que o feto pode vir a adquirir, em caso de se tornar pessoa com o nascimento com vida. Não se complementando tal condição, não há que se falar em quaisquer direitos ao produto da concepção.

Após uma análise do importante ramo do Direito Civil, fica facilitada a tarefa de descobrir a intenção do legislador penal, que será pormenorizada a seguir.

De início, cabe ressaltar que o Código Penal não dá à vida humana intra-uterina o mesmo valor que é dado à vida humana extra-uterina. A comprovação dessa assertiva é simples e decorre tão-somente da verificação das penas cominadas aos crimes de homicídio e aborto. Neste, a punição menor é de 1 a 3 anos de detenção (no caso do aborto provocado pela gestante ou do provocado com o seu consentimento), enquanto naquele a punição simples é de

reclusão de 6 a 20 anos. Pena de tal proporção no crime de aborto só se verifica quando sobrevém a morte da gestante, sendo o ato criminoso praticado por terceiro, não havendo que se falar nessa majoração pela simples morte do produto da concepção, mas pela da própria mulher, ser já concebido.

Ou seja, na medida em que se verifica que para o legislador penal brasileiro matar uma pessoa é mais grave do que matar um feto, conclui-se que a vida humana intra-uterina e a extra-uterina não são bens jurídicos de mesmo valor sob a ótica daquele. A meu ver evidencia-se, nesse ponto de análise, que a preocupação central do diploma penal, ao punir o crime de aborto, é resguardar, tutelar, amparar a potencialidade de vida humana independente e autônoma que o feto possui, e não a vida intra-uterina propriamente dita.

Tal constatação é importantíssima na discussão que se travará a seguir. Ora, ao dar pesos diferentes à vida fetal e à vida independente, parece-me cristalino que o legislador procurou, embora não o tenha dito expressamente, estabelecer uma conexão direta entre a proteção à vida do nascituro e a sua viabilidade extra-uterina, ou seja, a perspectiva que o feto tem de vir a ser uma pessoa. Se assim não fosse, aos crimes de aborto e homicídio seriam cominadas penas idênticas, pelo simples fato de se estar retirando a vida humana de alguém.

A conclusão a que se chega, nesse tópico, é a de que, embora o nascituro não seja considerado uma pessoa pela legislação brasileira, há a evidente preocupação do legislador em proteger a vida intra-uterina, independentemente do fato de o feto não possuir o status de pessoa.

Como já ressaltado anteriormente, entendo, embora sem o respaldo expresso da lei, que se silencia nesse tocante, que os direitos concedidos ao nascituro estão diretamente condicionados à sua viabilidade de vida extra-uterina, isto é, à sua possibilidade real de vir a ser uma pessoa. Ausente essa possibilidade, abre-se uma ampla margem para discussões.

6. PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS

Para embasar sua ADPF, a CNTS indicou ofensa aos seguintes preceitos constitucionais na proibição da interrupção da gravidez: dignidade da pessoa humana (art. 1º, 111), liberdade (art.5º, 11) e saúde (art.6º, caput, e art.196). Todos os dispositivos citados encontram-se na Magna Carta brasileira.

Em contrapartida, encontra-se o direito à vida, que para muitos é considerado o direito primordial e sem o qual os outros direitos não sobrevivem.

Trata-se, sem dúvida, de um caso em que direitos que normalmente são complementares mostram-se agora conflitantes, o que exige do intérprete da lei um esforço no sentido da ponderação para verificar qual deles mostra-se mais importante ao caso concreto que se apresenta:

6.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

Acerca da importância dos princípios disserta o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ifegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2000, p.748, grifo nosso)

No Brasil, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988. Com o referido enquadramento, o legislador constituinte dá a clara demonstração de que seu entendimento é no sentido de que o Estado existe efetivamente em função de todas as

pessoas e não estas em função daquele. O indivíduo é o cerne de preocupação que deve nortear a atuação dos governantes, sendo o Estado (e os mecanismos de que este dispõe, tal como as leis) um mero instrumento para possibilitar a realização dos anseios individuais.

Isso implica que toda ação estatal deve ser orientada no sentido da satisfação dos interesses de toda a pessoa humana, que é o fim em si mesma. É justamente essa característica que diferencia o ser humano de todo o resto e está intrinsecamente relacionada ao princípio em estudo.

Para Manfredo Oliveira: "Só o homem não existe em função de outro e por 'isso pode levantar a pretensão de ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo". (OLIVEIRA, 1992, p.23)

Nas palavras de Rizzatto Nunes: "É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos Individuais". (NUNES, 2002, p.45)

O citado autor exalta "a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão, ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana". (NUNES, 2002, p.48)

A dignidade é inerente a todo ser humano, independentemente do prestígio ou posição social de cada um, sendo certo que o que os ordenamentos jurídicos fazem é buscar respaldar tal característica, tal essência, de modo que o meio social no qual está inserido o ser humano não a viole.

O autor HeLner Bielefeldt, ao tratar da tutela igualitária desse princípio, assim disserta:

A inegociabilidade da dignidade implica em exata igualdade de dignidade humana, mesmo que haja diferenciação social por prestígio ou posição. A moderna busca por igualdade encontra seu fundamento ético na conscientização dessa dignidade humana, que se sobrepõe a todas as posições. (BIELEFELDT, 2000, p.84)

Enfim, é característico do princípio em tela o fato de ser garantia de toda a pessoa humana, não sendo importante o seu status social.

A dignidade representa a base dos textos fundamentais sobre os Direitos Humanos em

todo o mundo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, nascida de um ambiente pós 2^a Guerra Mundial em que a preocupação com o indivíduo era evidente, preconiza em seu art.1º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade".

Não é de se desprezar o conteúdo e simbolismo contidos no referido dispositivo legal, não só por ter sido uma resposta objetiva ao clamor mundial que havia por um ambiente de paz e fraternidade após as destruições provocadas pela guerra, mas principalmente por constituir um ideal a ser alcançado por todos os povos e nações.

A dignidade da pessoa humana nunca foi e jamais poderá ser conceituada de maneira fixa e determinada, o que não se harmonizaria com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas diversas sociedades contemporâneas e ao longo do tempo. Trata-se, pois, especialmente em relação ao seu conteúdo, de um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento, voltado às necessidades atuais diversas dos indivíduos em cada tempo na História.

Há, todavia, esforços na doutrina e literatura jurídicas no sentido da busca da melhor delimitação do preceito. O constitucionalista Alexandre de Moraes assim tenta elucidar um conceito:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, 'constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2000, p.60)

Para o Mestre em Administração Hospitalar e da Saúde, Christian de Paul de Barchifontaine, a dignidade:

é um princípio moral baseado na finalidade do ser humano e não na sua utilização como um meio. Isso quer dizer que a dignidade humana estaria baseada na própria natureza da espécie humana a qual inclui, normalmente, manifestações de racionalidade, de liberdade e de finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio. Esse projeto de auto-realização exige, da parte de outros, reconhecimento, respeito, liberdade de ação e não Instrumentalização da pessoa. (BARCHIFONTAINE, 2004, p.24, grifo nosso)

O conteúdo da dignidade da pessoa humana, segundo Ingo Wolfgang Sarlet traduz-se em:

um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2004, p. 60)

Diante da análise anteriormente efetuada, a proibição da antecipação do parto de feto anencefálico estaria, na visão das pessoas contrárias à sua punição pela lei, ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana na medida em que a submissão à vontade estatal denegatória resultaria em violência às vertentes do princípio em comento, de forma física, moral e psicológica. Isso porque a mulher seria obrigada a suportar o transtorno de manter uma gestação cujo produto não tem perspectiva de vida que possa ser tida como razoável e tampouco qualidade de vida mínima.

Relacionando o princípio em foco com o caso da anencefalia, escreve o Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ao qual já se fez referência neste trabalho, Arx Tourinho:

Efetivamente, o princípio da dignidade da pessoa humana é básico na interpretação da ordem normativa e serve de luz para desvendar caminhos, que alguns não vêem ou teimam em não vê-los, sob o enfoque de concepções que, contraditoriamente, negam o mencionado princípio. A gestante de um feto anencefálico basta que se lhe conceda a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. E, para assim agir, basta que se lhe reconheça o direito de interrupção terapêutica de uma gravidez, marcada pela patologia, que constrange e perturba a ciência e os homens. (TOURINHO, 2004)

De fato, independentemente de se adotar uma posição conservadora ou liberal nessa situação, contrária ou favorável à interrupção da gravidez, não há como negar que os transtornos, sobretudo psicológicos, à gestante que terá o filho em seus braços por alguns momentos, se ele não vier a falecer no próprio útero materno, para depois ter de enterrá-lo, são devastadores. O que deveria ser uma celebração da vida vira um ritual de morte com o feto anencefálico, sendo extremamente degradante e perturbador para qualquer mulher ter de vivenciar uma situação como essa.

As pessoas contrárias a esse tipo de antecipação de parto reconhecem que, de fato, a mãe é acometida por sofrimentos terríveis. Posicionam-se, todavia, no sentido de que o direito à vida é superior a todos os demais, o que implica em sua tutela irrestrita e absoluta. Alguns acham inclusive que o sofrimento é inerente ao ser humano e não deve ser evitado, sendo que

dignifica a experiência humana.

Esse é o entendimento inclusive de um dos ministros do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, que assim se posicionou no voto que contribuiu para a derrubada da liminar concedida anteriormente:

O advogado (Barroso) pretende dar nova interpretação a velhíssimas normas de caráter penal. Mas o sofrimento não degrada a dignidade humana.

... é essencial na vida humana. O remorso também é sofrimento. O sistema judiciário só repudia o sofrimento por atos injustos, o que não é o caso. (BRASIL, 2006d)

Com o devido respeito, o ponto de vista que acolhe o sofrimento como fator que dignifica a vida humana possui alicerces inseguros no modo e contexto em que foi empregado pelo eminente julgador, sobretudo quando se tem em vista que a dor pode ser atenuada ou até mesmo evitada por benefícios que a medicina moderna já é capaz de fornecer à coletividade.

Não se nega o fato de que diante de sofrimentos dos quais não se pode escapar, inerentes à experiência de vida humana, como a perda de entes queridos, possa-se falar na dor dignificando e fortalecendo o indivíduo. Todavia, quando se está diante de sofrimentos previsíveis e evitáveis, não impedi-los, quando a pessoa envolvida assim o deseja, representa verdadeira tortura ao indivíduo.

Ademais, a invocação que o nobre ministro da Corte máxima de Direito do Brasil faz do remorso como forma de igual sofrimento da mulher é uma falácia, bem como um respaldo à instrumentalização da pessoa tão combatida pelo princípio em estudo. Isso porque parte do fraudulento pressuposto de que a gestante que se 'submete ao ato de interrupção da gravidez de um feto acometido por anomalia tão grave, se sentirá culpada e sofrerá do mesmo modo como se tivesse em seus braços um filho que está para morrer em breve.

Ora, não há como aferir sentimentos subjetivos como os referidos anteriormente, sendo pretensiosa a intenção do ministro de colocar-se no lugar de todas 'as mulheres que venham a vivenciar essa situação específica e pressupor que elas' sentirão remorso. O que deve ser defendido aqui é o livre-arbítrio. Se a mulher acha que vai sofrer menos se interromper a gravidez mais cedo, esse é o sofrimento menor na visão dela, não cabendo ao julgador fazer análises superficiais e genéricas, cujo escopo único é respaldar o seu já formado ponto de vista.

6.2 Direito à saúde

O direito à saúde está previsto na Constituição Republicana de 1988, no Título VIII, da Ordem Social, do Capítulo 11, da Seguridade Social.

O art. 196 da Magna Carta brasileira preconiza que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 2006a)

Como direito social que o é, o direito à saúde impõe a realização de políticas públicas direcionadas à sua proteção e promoção. O artigo transcrito anteriormente cristaliza essa realidade, imputando ao Estado o dever de fornecer os serviços essenciais à saúde através de ações e serviços específicos.

Ademais, o art. 6º do texto constitucional enumera a saúde como um dos direitos sociais, ao lado dos direitos à educação, ao trabalho e à moradia, dentre outros.

O direito referido possui algumas características inerentes, tais como a universalidade, visto que o acesso às ações e serviços estatais básicos de saúde 'deve ser igualitário e extensivo a todos; a descentralização de sua administração, Com a divisão de responsabilidades entre os entes federativos com o fim de melhoria e especialização na prestação dos serviços na área; bem como a prioridade para políticas preventivas de respaldo à saúde, tais como a disponibilização de saneamento básico, de moradia adequada, e de alimentação balanceada, entre outros.

Sendo o direito à saúde um direito fundamental, e sendo característico deste, o fato de não só possuir uma dimensão subjetiva, atribuindo direitos aos cidadãos, mas também uma dimensão objetiva, na qual se estabelecem os valores ou bens jurídicos que devem ser objeto de proteção pelo Estado, os aplicadores da lei devem verificar se o referido bem jurídico está sendo afetado por ações ou omissões dos poderes públicos, o que justifica o controle judicial da constitucionalidade ou legalidade de lei ou ato normativo contrários ao direito à saúde.

Importante ressaltar que o direito em pauta é imprescindível para a promoção de um princípio já referido neste trabalho, o da dignidade da pessoa humana. Isso porque não há que se falar em uma vida digna se não há bem estar para o indivíduo.

Para a Organização Mundial de Saúde (OMS), saúde é o estado de completo bem estar físico, mental e social e não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade.

O conceito formula⁹⁰ pela OMS é preciso, visto que não se limita a caracterizar a saúde tão-somente como a ausência de algum tipo de doença detectável e que se manifesta no corpo humano. A definição posta quebra paradigmas até então sólidos e representa um avanço real na busca da compreensão do ser humano e no respeito às suas reais necessidades.

A organização internacional, ao expandir o limitado conceito de outrora, afirma que a pessoa humana deve ser cuidada de forma integral, não só pelos sintomas que se manifestam e são detectáveis no corpo humano, mas também nos aspectos social e psíquico.

Para Christian de Paul de Barchifontaine, a saúde física "é a ausência de mutilações, de lesões, de dor, de cansaço, de fome, de sede. É o desenvolvimento normal do indivíduo, é o equilíbrio entre os componentes orgânicos." (BARCHIFONTAINE, 2004, p.36)

O mesmo autor, referindo-se à saúde psíquica, assim a define:

Implica orientação no tempo e no espaço, ausência de alienação, capacidade de equilibrar-se nas diversas situações de vida, auto-realização, abertura para o outro e para si mesmo, liberdade de pensamento, de expressão e de criação. (BARCHIFONTAINE, 2004, p.36)

Sob tal ótica, a gestante de feto anencefálico teria direito à saúde, não compreendida a tutela desta somente no risco que o produto da concepção pode vir a causar em seu corpo. Como já ressaltado em momento anterior, as gravidezes de anencéfalos apresentam riscos adicionais à saúde física da mulher, em decorrência do excesso de líquido amniótico.

Mas a gestante teria, sobretudo, o direito à saúde mental, sob o aspecto do conceito formulado pela OMS. Afinal, não é desprezível o transtorno psicológico que pode ser causado a uma mulher que se vê forçada a passar por todas as fases de uma gravidez, em que cria uma ligação afetiva com o feto e presencia todas as mudanças em seu corpo, e que depois tem de presenciar a morte do filho, que tem aspecto de gente, mas nenhuma essência humana.

6.3 Direito à liberdade

O direito à liberdade será abordado à luz do art. 5º, 11, da CR188, que dispõe: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". (BRASIL, 2006a)

O referido direito, sob a perspectiva em estudo e pelo argumento desenvolvido na ADPF ajuizada pela CNTS, seria violado na medida em que aplicada a punição relativa ao aborto quando deste não se trataria, diante da falta de potencialidade de vida do feto. Essa controvérsia, sobre o fato de o Direito Penal brasileiro proteger somente a vida intra-uterina em que há potencialidade de vida ou qualquer vida intra-uterina será mais bem abordada no próximo capítulo.

O mesmo direito em pauta atende também ao viés oposto de pensamento, com a utilização de raciocínio inverso. Para essa corrente, há indiscutivelmente aborto no caso sob exame, pelo não enquadramento em nenhuma das hipóteses de aborto legal previstas no Código Penal. O que estaria ferindo a legalidade, portanto, seria o fato de se admitir o aborto em tal hipótese.

6.4 Direito à vida

O direito à vida está previsto no Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, do Título 11, dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Magna Carta brasileira. Assim dispõe o caput do artigo 5º da CR/88:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ... (BRASIL, 2006a, grifo nosso)

Importante ressaltar que o direito à vida, por ser uma garantia individual, constitui uma cláusula pétrea, ou seja, não pode ser abolido do texto constitucional brasileiro sob nenhum pretexto.

Nas palavras do constitucionalista Alexandre de Moraes, "o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício

de todos os demais direitos". (MORAES, 2003. p.63)

Para Moraes (2003) cabe ao Estado assegurar o direito à vida tanto no sentido de permitir ao indivíduo continuar vivo, quanto no de proporcionar a ele uma vida digna, com qualidade.

Para Luiz Regis Prado "é evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido em sua plenitude, compreende não somente a vida humana independente, mas também a vida humana dependente (intra-uterina)." (PRADO, 2004, p.103)

Para a corrente contrária à antecipação do parto da gestante de feto anencefálico, o direito à vida supera qualquer outro, sendo inadmissível a sua supressão, sob qualquer pretexto e por mais precária que a vida se apresente.

Dentre os defensores da interrupção da gravidez no caso específico sob estudo há uma corrente de pensamento que entende que o feto anencefálico não possui vida, o que implica no fato de que não há como tutelar tal direito se ele nunca existiu. Outra corrente entende que não há potencialidade de vida, mesmo se esta tiver havido em algum momento.

A legislação brasileira silencia-se quanto a esse ponto. Protege-se a vida humana incondicionalmente ou a vida que tem um potencial mínimo de continuidade?

7. ABORTO EUGÊNICO OU INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ?

7.1 Conceito de aborto eugênico

O aborto eugênico (ou eugenésico) não é permitido pela legislação penal brasileira, embora encontre amparo no ordenamento jurídico de vários países do mundo, tais como a Espanha, a França e a Inglaterra.

Para o penalista Luiz Regis Prado *"essa indicação (eugenésica) permite o aborto quando existam riscos fundados de que o embrião ou feto sejam portadores de graves anomalias genéticas de qualquer natureza ou de outros defeitos físicos ou psíquicos decorrentes da gravidez."* (PRADO, 2004, p.117)

O acolhimento da definição acima formulada, em seus estritos termos, depõe contra aqueles que defendem tal modalidade de aborto, por inúmeras razões. Primeiramente, a expressão "riscos fundados" denota alto grau de imprecisão, subjetividade, o que não se coaduna com a segurança jurídica pela qual a sociedade clama, sobretudo em um assunto tormentoso como o do aborto. Não basta que haja riscos fundados, é necessária a comprovação por médicos de que o feto é portador de anomalia genética.

Ademais, é incerto o que se quer dizer com o termo "graves anomalias genéticas". O que "pode ser considerado como tal para uns, pode não o ser para outros, de modo que a margem que se dá para a discussão é grande e deve ser evitada pelo Direito. Por exemplo, pode-se considerar que os portadores da Síndrome de Down têm grave anomalia genética, o que autorizaria o aborto eugênico. E essa não parece ser a solução adequada, tanto diante de uma análise jurídica quanto sob um enfoque humanista.

Entendo que a admissão do aborto, nos termos da definição acima formulada, não foge muito à idéia propagada pelo nazismo de melhoramento genético da espécie humana. Alguns indivíduos possuem maiores limitações do que outros, mas a proteção a ser dada deve ser igual a todos. Não é papel da mãe ou de quem quer que seja afirmar que a vida de outro indivíduo, sob tais ou quais circunstâncias, não vale a pena ser vivida.

Nesse sentido a ponderação de José Nedel: "A mentalidade que acolhe a vida tão-só, sob condições, ou hipoteticamente, choca-se com o imperativo ético do respeito incondicional de que é credora a vida humana." (NEDEL, 2004, p.21)

O caso do anencéfalo, todavia, apresenta-se de maneira diferente. Não há que se discutir nem mesmo sobre o entendimento que se tem sobre qualidade de vida, tema muito abrangente para ser aqui analisado detidamente. Na anencefalia é caso de se falar na

ausência de vida, o que é bastante diferente, visto que não está em pauta mera limitação do ser humano, mas sim uma anomalia que enseja inviabilidade vital.

O conceito fornecido por Warley Rodrigues Belo é diferente do anterior, já que limita a concepção do que seja aborto eugênico. Senão vejamos:

O aborto eugênico ou eugenésico é a interrupção do processo de gravidez com a conseqüente morte do feto, por ter sido detectado nesse, através de métodos científicos, a existência de anomalias graves, irreversíveis e incompatíveis com a vida extra-uterina. (BELO, 1999, p.79)

Aqui sem dúvida não é caso de se falar em melhoramento genético, sendo o aborto admitido somente se o feto é portador de anomalia incompatível com a vida extra-uterina.

O autor do conceito assim o explicita melhor:

Não se pretende, de forma alguma, a eliminação dos não desejáveis para a espécie humana. Não se pretende a evolução genética; não se busca a perfeição moral, física ou intelectual de ninguém. Nunca se cogitou a possibilidade de eliminar o feto por qualquer tipo de doença ou situação de perigo. O que se pretende é a possibilidade que a mãe, sabedora que seu filho está sendo gerado com má-formação genética grave, irreversível, inevitável e incompatível com a vida pratique o ato de paralisar uma gravidez sem lógica, onde o futuro se resume a uma gestação desprovida de sua finalidade: gerar uma vida. (BELO, 1999, p.80/81)

Mas, nesse caso e diante desse conceito, há controvérsia que envolve juristas de todo o mundo. Para pensadores conceituados e respeitados, se a anomalia verificada no feto é incompatível com a vida extra-uterina não é caso sequer de se falar em aborto. Seja em função da equiparação da situação do anencéfalo à doador de órgãos (pela lei brasileira) que possui morte encefálica, seja em função do entendimento de que o bem jurídico tutelado pelo legislador penal é a vida humana intra-uterina com potencialidade de continuidade de vida extra-uterina.

Para todos os efeitos, independentemente da definição que se dê, mais abrangente ou mais restrita, o aborto eugênico não é previsto como legal pelo Direito Penal brasileiro.

Se se considerar que a antecipação do parto da gestante de feto anencefálico constitui aborto eugênico, estaremos diante de uma situação que é punida pela nossa legislação, sendo certo que não está prevista como uma das causas de abortos tidos como legais pelo CP.

Por esse entendimento, justificam-se as decisões tomadas por vários órgãos jurisdicionais do país, inclusive o STF, no sentido de que permitir o aborto eugênico no Brasil seria criar uma terceira excludente de ilicitude, estando o Poder Judiciário a substituir o Congresso Nacional na elaboração de leis.

Mas há teses consistentes no sentido de que não se deve falar na existência do referido crime, pela falta de bem jurídico a ser protegido.

7.2 Da tese de inexistência de aborto pela equiparação entre o anencéfalo e o doador de órgãos

O Direito Penal deve ser interpretado e aplicado com um enfoque claro: o da tutela do bem jurídico que se quer proteger.

Acerca desse ponto de vista, assim se manifesta Adel El Tasse:

Abordando o Direito Penal sob o enfoque da tutela do bem jurídico, tem-se, entre outras, uma importante repercussão na análise da tipologia penal, posto que os tipos proibitivos estarão sempre se voltando para a proteção de bens jurídicos, de sorte que é fundamental, quando da incidência da norma criminalizadora, perquirir se a mesma é realmente aplicável, não somente sob o ponto de vista da gramaticalidade, mas da efetiva existência de lesão ou exposição a perigo de bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico-penal. (EL TASSE, 2004, p.33)

O bem jurídico tutelado, no crime de aborto, é primordialmente a vida humana intra-uterina. O desenvolvimento do raciocínio para a solução do problema que se apresenta deve ser pautado na análise seguinte: deve a vida humana intra-uterina do anencéfalo ser protegida ou não há que se falar em proteção nesse caso, diante da ausência de vida?

Há uma corrente de doutrinadores que entende que não há que se usar a terminologia aborto no caso da interrupção da gravidez de feto anencefálico, pelo simples fato de que o feto portador de tal anomalia já estaria morto.

Nas lições de Adel El Tasse, que compartilha desse posicionamento:

O bem jurídico é fundamento para a própria existência do tipo, sua ausência importa em falta de conduta juridicamente relevante pela ausência de preenchimento das exigências tipológicas consideradas em toda a sua extensão. (EL TASSE, 2004, p.33)

O autor supracitado faz uma análise da Lei 9.434/97 (Lei de Transplante de Órgãos), dispondo que a referida norma autoriza a realização de transplantes mediante uma condição: a de que ocorra a morte encefálica do paciente (art.3º). O feto, embora com algumas funções vitais presentes, por não possuir sistema encefálico, seria um ser juridicamente morto, na visão do autor. Este desenvolve a ponderação de que "caso não se considerasse, portanto, a morte encefálica como a morte do ser humano, teria que se concluir que no Brasil tem-se feito a retirada de órgãos de pessoas ainda vivas." (EL TASSE, 2004, p.36)

A doutrina especializada, ao analisar a Lei de Transplante de Órgãos, tem disposto, como o fez Ana Cláudia Pirajá Bandeira, citada por Adel El Tasse: "quando morre o encéfalo, cessam todas as atividades do cérebro e do sistema nervoso central, atingindo a estrutura encefálica. Assim, o ser humano deixa de existir." (BANDEIRA apud EL TASSE,

2004, p.36)

O ponto de vista dessa corrente de doutrinadores resume-se na seguinte ponderação: após a morte encefálica não existe mais possibilidade de existência autônoma do ser, não há tampouco chance de progressão a um quadro de existência normal. O feto anencefálico, por ter o sistema encefálico definitivamente comprometido, equipararia-se ao doador de órgãos que, para os efeitos legais no Brasil, é um ser juridicamente morto.

Finaliza Adel El Tasse, acerca da inexistência de bem jurídico a ser tutelado na interrupção da gravidez de feto anencefálico: "qual a tutela exercitada pelo Direito Penal se o aborto protege a vida e na anencefalia não há vida a proteger? A verdade é que não se tutela nada." (EL TASSE, 2004, p.37)

Estar-se-ia, portanto, diante de hipótese de crime impossível, previsto no artigo 17 do Código Penal brasileiro, sendo evidente a absoluta impropriedade do objeto material. Como já salientado, o aborto é punido em função da proteção à vida do nascituro e, no caso da anencefalia, não há vida a ser respaldada, ou seja, não há bem jurídico a ser tutelado.

Trata-se de um argumento absolutamente consistente, diante da equiparação entre duas situações cujo resultado constatado é o mesmo, embora se verifique no Brasil tratamento diferenciado nos dois casos.

7.3 Da tese de inexistência de aborto pela falta de potencialidade de vida do feto

Mesmo não se considerando que o feto anencéfalo esteja juridicamente morto, diante da não admissão da analogia entre a situação do paciente com morte encefálica e a do feto, ainda assim, segundo alguns doutrinadores, pode-se considerar que não há aborto independentemente disso.

De acordo com essa perspectiva, embora o feto ainda não esteja clinicamente morto, ainda assim não há bem jurídico a ser tutelado na antecipação de parto do anencéfalo, em razão da ausência de possibilidade de continuidade de vida extra-uterina deste.

Esse o argumento utilizado pela CNTS e o entendimento exposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Uma vez mais recorro ao voto do relator da matéria na OAB, Arx Tourinho, que assim se pronunciou:

Nosso Código Penal não conceituou aborto. Menciona-o, tipificando condutas, porém, sem afirmar o que, efetivamente, seja. Isso foi deixado

para a doutrina e a jurisprudência. E, por esse ângulo, constata-se que só pode haver aborto, se há possibilidade de vida e de sobre vida. Não é aceitável que se saiba, previamente, que o feto não possui qualquer condição de sobrevivência e, ainda assim, se tenha como aborto a interrupção da gravidez, que pressupõe a existência de outro ser que tenha possibilidade de vida própria. (TOURINHO, 2004)

Essa me parece a conclusão mais adequada à qual se chega nessa matéria. Não há que se falar na existência de crime de aborto pela simples atipicidade da conduta de interrupção da gravidez de anencéfalo. Embora o legislador penal não tenha conceituado o crime de aborto, tampouco explicitado o bem jurídico que se quis proteger, é possível verificar a sua real intenção pela análise integrada dos 'dispositivos penais e constitucionais.

Todos os fatos apontam para a seguinte realidade: a proteção que se dá à vida humana intra-uterina se justifica pela potencialidade que o produto da concepção tem de vir a ser uma pessoa. Se assim não o fosse, como já ressaltado, aos crimes de aborto e homicídio seriam cominadas penas idênticas, pela simples eliminação de uma vida, incipiente ou não.

Uma vez constatado, por exames neonatais precisos, que o feto não tem perspectiva de tempo de vida independente tido como relevante, o que se aplica a 100% dos casos, não há bem jurídico a ser tutelado.

Nesse caso específico há do mesmo modo, no meu entendimento, a aplicação do artigo 17 do Código Penal, também em razão da absoluta impropriedade do objeto.

8. CONCLUSÃO

Na elaboração deste trabalho procurou-se analisar a questão da interrupção da gravidez da gestante de feto anencefálico sob diferentes aspectos e sob diversas concepções .

Foi feita uma abordagem acerca de diferentes vertentes do tema, com atenção ao que o legislador pátrio dispôs, bem como em respeito e obediência aos parâmetros da Justiça que se quer atingir e disponibilizar à sociedade.

No Brasil verifica-se a preocupante difusão do chamado "fetichismo legal", ou seja, do aspecto demasiado e excessivo que juízes e tribunais têm pelo que dispõe os textos normativos. Não há dúvida de que estes representam importante instrumento de segurança jurídica, que é essencial a um Estado Democrático de Direito.

Deve-se, no entanto, se atentar para o fato de que as leis existem em função da Justiça e para garantir a Justiça. Se tal escopo não estiver sendo alcançado, cabe aos órgãos jurisdicionais uma movimentação no sentido de atingi-la, independentemente da existência de normas escritas.

Aos referidos órgãos (individuais ou coletivos) não cabe a função de meros aplicadores da lei, mas principalmente a de guardiões da Justiça. Se assim não fosse, não seria necessária a contratação de profissionais do Direito para o exercício de tal função, visto que qualquer um poderia com facilidade ler o que a lei diz e aplicar ao caso concreto.

As leis são feitas para que se consiga atingir mais efetivamente a Justiça. Se esta não está sendo alcançada, em virtude de defasagem normativa ou por outro motivo, cabe ao juiz a aplicação dos preceitos que correspondam ao que de fato é justo.

O argumento fácil muitas vezes utilizado por juízes, desembargadores e ministros do nosso país, de que não cabe ao Poder Judiciário exercer a função legislativa que é privativa do Poder Legislativo é correto, mas há inúmeros casos em que tal abordagem é feita indevidamente, como forma de isenção da responsabilidade social inerente à função judicante.

Importante salientar que o nosso Código Penal foi decretado em 1940, ou seja, muitas situações imprevisíveis ao tempo da atividade legislativa são agora uma realidade que não

podemos ignorar. Será que o Poder Judiciário tem de ficar inerte até que se edite um novo Código Penal, ou será que deve, à luz de princípios constitucionais e de parâmetros de Justiça adequar as leis aos casos novos que se apresentam? Essa última é, sem dúvida, a atitude pela qual a sociedade brasileira clama.

Tal reflexão é válida, mesmo no caso da interrupção da gravidez, da gestante de feto anencefálico, no qual conclui-se pela inexistência de bem jurídico a ser tutelado e na conseqüente ausência do crime de aborto por atipicidade, não havendo a necessidade de se falar na criação de uma nova excludente de ilicitude.

A derrubada da liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Melo, que autorizava a antecipação do parto de anencéfalos mediante a comprovação médica de tal situação, representa um retrocesso no campo jurídico brasileiro, o que demonstra ser o Brasil um país ainda estreitamente ligado às influências religiosas. Tais amarras devem ser rompidas, sob pena de universalizar impor a todos os indivíduos concepções transcendentais que não são compartilhadas pelos não-religiosos.

Nada impede que uma mulher, movida por sentimentos religiosos de crença na vida eterna e obediência ao curso natural dos acontecimentos, não queira se submeter à interrupção da gravidez de feto com a anomalia em estudo. O que não se pode admitir é que não seja dado às gestantes que possuem crença diversa e ponto de vista diferenciado, opção para escolher um outro caminho.

Sobretudo quando esse percurso que se escolhe é perfeitamente plausível e razoável, diante da atenuação de sofrimentos inúteis e majorados, pela análise que já foi feita de impossibilidade de continuidade de vida extra-uterina do produto da concepção.

Espera-se, ao fim deste trabalho, que tenha sido dada uma pequena contribuição à abordagem desse tema, cuja melhor solução ainda não foi encontrada por nosso ordenamento jurídico. O fato que hoje se verifica no país, de a gestante ter de ajuizar individualmente uma ação requerendo a interrupção de sua gravidez, mostra-se muitas vezes ineficaz e é sempre um motivo a mais de desgaste emocional e físico a ela, tendo o Direito a obrigação de tentar resolver tal situação da maneira mais satisfatória para os envolvidos, sobretudo para a mãe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida**: alguns desafios. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004. 276 p.
- BARTILOTTI, Márcia Mirra Barone. Aborto. In: ANGERAMI, Valdemar Augusto (Org.) **A ética na saúde**. São Paulo: Pioneira, 1997. p.97-11 O.
- BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlatos. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 155 p.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, disponível em [HTTP://www.planalto.gov.br/](http://www.planalto.gov.br/). Acesso em 20 de Agosto de 2008.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, **Código Penal**, Brasília, 1940, disponível em [<HTTP://www.planalto.gov.br/>](http://www.planalto.gov.br/) . Acesso em 04 de Agosto de 2008.
- BRASIL. Lei Ordinária nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil**, Brasília, 2002, disponível em [<HTTP://www.planalto.gov.br/>](http://www.planalto.gov.br/). Acesso em 17 de Agosto de 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n054-8**, Brasília, DF. j. 01.07.04, DJ de 02.08.04, disponível em [<HTTP://www.stf.gov.br/>](http://www.stf.gov.br/) . Acesso em 04 de Agosto de 2008.
- CABRAL, Antônio Carlos Vieira. **Medicina fetal**: o feto como paciente. Belo Horizonte: Coopmed, 2005. 320p .
- CANTO-SPERBER, Monique. **A inquietude moral e a vida humana**. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p.105-112.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108-125.
- DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética**: princípios morais e aplicações. Rio de Janeiro: DPEA, 2004. p.157-184.
- EL TASSE, Adel. Aborto de Feto com Anencefalia: Ausência de Crime por Atipicidade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.5, n.27, p.28-41, ago./set. 2004.
- FONTELES, Cláudio. Parecer nº3358/CF. Disponível em: [<HTTP://conjur.estadao.com.br/static/text/29128,1>](http://conjur.estadao.com.br/static/text/29128,1) . Acesso em 13 de Agosto de 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. Nem Todo Aborto É Criminoso. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.5, n.28, p.35-36, out./nov.2004.

- LIPPEL, Alexandre Gonçalves. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Jun.2004. Disponível <http://www.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/alxandre_lippel.htm>. Acesso em 10 de Setembro de 2008.
- MULHER ou sociedade: quem decide sobre o aborto? Com ciência, 2005. Disponível em :<<http://www.comciencia.br/reportagens/2005/05/05.shtml>>. Acesso em 20 de Setembro de 2008.
- NEDEL, José. **Ética aplicada: pontos e contrapontos**. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p.31-68.
- NETO, Jorge Andalaft. **Anencefalia: Posição da FEBRASGO**. Federação Brasileira, das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>> Acesso em 05 de Agosto de 2008.
- NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45-56.
- OAB: interrupção de gestação de anencefálico não é aborto. Ghente, 2004. Disponível em: <HTTP://www.ghente.org/doc_juridicos/parecer_oab_anencefalo.htm> . Acesso em 20 de Setembro de 2008.
- PALMER, Michael. **Problemas morais em medicina: curso prático**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p.39-73.
- PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia: opinião**. FEBRASGO, 2006. Disponível em: <<HTTP://www.febrasgo.org.br/anencefalia2.htm>> . Acesso em 05 de Agosto de 2008.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.99-124.
- SANTOS, Marília Andrade dos. A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.982, 10 mar. 2006. Disponível em: <<HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>> . Acesso em 17 de Agosto de 2008.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 215 p.
- SCHERER, Dom Odilo Pedro. **Aborto de fetos com anencefalia**. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, 2004. - Disponível em <HTTP://www.cnbb.org.br/index.php?op=pagina&subop=527>. Acesso em 20 de Setembro de 2008.