



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE JUIZ DE FORA
CURSO DE DIREITO

MARCIA LIMA KAPPEL

ABORTO ANENCEFÁLICO SOB A LUZ DO ORDENAMENTO
JURÍDICO

JUIZ DE FORA

2010

MARCIA LIMA KAPPEL

**ABORTO ANENCEFÁLICO SOB A LUZ DO ORDENAMENTO
JURÍDICO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Juiz de Fora da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC como requisito parcial para a conclusão do curso.

Orientador: Professor Besnier Chaini Villar

JUIZ DE FORA

2010

MARCIA LIMA KAPPEL

ABORTO ANENCEFÁLICO SOB A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

BESNIER CHAINI VILLAR

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Nome do membro da banca

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Nome do membro da banca

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ___/___/___

Dedico a Deus este trabalho, pelo amor, pela fé, e por me apontar o caminho para o cumprimento de mais uma missão.

A minha família, meu esposo, meus filhos, pelo apoio, afeto, o reconhecimento e a compreensão por tantos momentos de ausência.

Ao Professor e orientador Besnier Chaini Villar, pelo apoio e encorajamento contínuo na pesquisa, e aos demais Mestres da Instituição, pelos conhecimentos transmitidos, e a querida e dedicada Luciana coordenadora do Curso de Direito da UNIPAC.

AGRADECIMENTOS

Aos colegas de faculdade, pelos cinco anos em que caminhamos lado a lado, por nossas superações. Citar nomes aqui, me levaria a uma obrigatória omissão ou esquecimento, portanto fica a mensagem: Obrigado por terem crescido comigo.

A todas as pessoas que direta ou indiretamente, acreditaram e contribuíram para a reflexão e realização deste trabalho.

Não acredite em algo simplesmente porque ouviu.

Não acredite em algo simplesmente porque todos falam a respeito.

Não acredite em algo simplesmente porque esta escrito em seus livros religiosos.

Não acredite em algo só porque seus professores e mestres dizem que é verdade.

Não acredite em tradições só porque foram passadas de geração em geração.

Mas depois de muita análise e observação, se você ver que algo concorda com a razão, e que conduz ao bem e benefício de todos, aceite-o e viva-o

BUDA

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo, a questão do aborto de bebês portadores de anencefalia, sob o prisma jurídico. O aborto é considerado uma prática milenar, contudo sua aceitação ou reprovação social difere de nação para nação ao longo dos tempos.

Este estudo atingirá seu ápice com uma abordagem sobre a questão dos fetos anencefálicos no Brasil e a situação jurídica em que se encontram as mulheres que clamam pelo direito de interromper esta gestação.

Assim como os profissionais da área de saúde apoiados pelo CNTS que através de seu representante legal propôs a ADFP nº.54

Assim sendo, a polêmica sobre este tema recai sobre o direito fundamental (a vida em formação) que se contrapõe ao principio da dignidade da pessoa humana. Sendo observado que a legislação brasileira permite o aborto em duas hipóteses, porém em ambas o feto esta bem formado e tem plenas condições de vida extra-uterina, sendo assim, nada justifica que idêntica regra não seja estendida para o aborto anencefálico.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
2 ABORTO	9
3 ANENCEFALIA	11
4 UM CONCEITO PARA A MORTE	14
4.1 Um conceito para a vida	17
5 TORTURA PSICOLÓGICA	20
6 DIREITO DIGNIDADE E A LIBERDADE E DIREITO A VIDA	22
7 NÚMEROS DA MATÉRIA	25
8 PRISMA CONSTITUCIONAL	28
9 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS	29
10 A ADPF N° 54	35
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

1 INTRODUÇÃO

O estudo deste tema é relevado tanto pela sua importância no contexto das matérias abordadas em Direito Penal como por sua relevância no ordenamento jurídico pátrio.

Em primeiro lugar, é feita uma conceituação do que se entende por anencefalia, possibilitando, assim, a compreensão de tal anomalia. Com base na definição, parte-se, então para concepção do significado da anencefalia dentro do direito brasileiro.

Em seguida procura-se analisar a definição da morte, bem como, qual critério é adotado pela medicina para a determinação do fim da vida. É analisado também o conceito de morte anencefálica que é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 9.434, de quatro de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos.

Serão observados os danos psicológicos na mulher que suporta uma gravidez nestas circunstâncias. Questionando a obrigatoriedade de a mulher levar adiante a gestação de um feto que não sobreviverá, tendo em vista que a dor angustia e frustrações causadas importam a violação de sua dignidade humana.

Nesse contexto, apresentará uma visão jurídica a respeito do aborto do feto anencefálico e também sob o prisma constitucional, trazendo a argumentação acerca dos fundamentos da ADPF, proposta pelo Supremo Tribunal Federal e ainda pendente de decisão, demonstrando a importância de seu acolhimento para a proteção dos direitos humanos das mulheres.

2. ABORTO

A definição que o Dicionário Aurélio nos trás, é que, aborto é a “interrupção dolosa da gravidez, com expulsão do feto ou sem ela. Não há grande debate sobre a definição do que vem a ser aborto, mas a classificação do tema suscita muitas paixões intermináveis controversias. A lição de Débora Diniz, na qual nos baseamos, parece a mais objetiva e sistemática.

Pode-se reduzir, basicamente, as situações de aborto em quatro grandes grupos:

a) Interrupção eugenésica da gestação (IEG): são os casos de abortos ocorridos em nome da eugenia, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos, etc. comumente, aponta-se os atos praticados pela medicina nazista como exemplo de aborto eugenésico, quando as mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras. Regra geral, o aborto eugenésico se processa contra a vontade da gestante sendo esta obrigada a abortar.

b) Interrupção Terapêutica da Gestação (ITG): são os casos de abortos ocorridos em homenagem à saúde materna, isto é, em situações onde a interrupção da gravidez visa salvar a vida da gestante. Hoje em dia, com o avanço científico e tecnológico na medicina, os casos de aborto terapêutico são cada vez em menor número. Sendo raras as situações terapêuticas que exijam tal procedimento;

c) Interrupção Seletiva da Gestação (ISG): são os casos de abortos ocorridos em virtude de anomalias fetais, isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões fetais. Em geral; os casos que motivam as solicitações de aborto seletivo são de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, sendo exemplo clássico da anencefalia.

d) Interrupção Voluntária da Gestação (IVG); são os casos de abortos ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, seja, onde a gestação é interrompida porque a mulher ou o casal não deseja a gravidez, seja ela por fruto de estupro ou de uma relação consensual. Geralmente, a legislação que admite esta modalidade de aborto impõe limite cronológico a prática.

Todas as formas de aborto, por principio, com exceção do aborto eugenésico, levam em consideração a vontade de gestante ou do casal. O termo eugenia, entretanto, mais por uma estratégia de argumentação que por real correspondência, tem sido utilizado para descrever a corrente que defende a liberação do aborto de fetos anencefálicos.

Como explicado. O termino “seletivo” da gravidez (ISG), ocorre no caso daquele feto que, devida a uma má formação fetal, faz com que a gestante ou o casal não deseje o prosseguimento da gestação. É certa que, neste caso há uma seleção (como na eugenia), entretanto, ela foi feita com a concordância da gestante e em razão da impossibilidade da vida extra-uterina ou da qualidade de vida do feto depois do nascimento.

Porém, mesmo dentro da definição de aborto seletivo (ISG), há necessidade de se distinguir e tratar de forma diferente os casos em que o feto vai se tornar uma criança portadora de deficiência dos casos nos quais o feto não possui qualquer viabilidade para vida extra-uterina. O nascimento de uma pessoa portadora de deficiência é merecedor de proteção legal plena, posto que se trata aqui de viabilidade plena para a vida, mesmo que possa haver alguma limitação. A questão que se debate é com relação às anomalias plenamente incompatíveis com a vida, onde a gestação é conduzida com a certeza absoluta da não sobrevivência.

Muito embora, seja tema de capítulo posterior, é de destacar que, no Brasil, o aborto apenas é permitido expressamente no caso de risco de vida para a mãe (ITG) e no caso de gravidez de estupro (IVG).

3 ANENCEFÁLIA

3.1 Noções gerais sobre a anencefalia

Anencefalia é uma palavra de origem grega, onde “An” significa sem e “Enkephalos” significa encéfalo (Vargas, 2004). Portanto, a anencefalia é uma má formação congênita resultante de defeito de fechamento do tubo neural. Esta estrutura fetal é a precursora do Sistema Nervoso Central e é a partir da formação do tubo neural que o Sistema Nervoso Central se formará.

Esta má formação ocorre por volta do vigésimo quarto dia após a concepção, já que é neste período em que o tecido formado pelas células fetais, que se apresentava em uma forma plana, começa a transformar-se em um tecido que se invagina, formando pregas que começam a fecha-se por completo, formando, assim, uma estrutura tubular. Dessa arte, percebe-se que, no caso de anencefalia, o tubo neural não se fecha totalmente. O processo de fechamento do tubo neural se dá de forma incompleta e o indivíduo passa a ser portador de um defeito congênito, a anencefalia.

Ressalta-se que a ocorrência da anencefalia não pode estar ligada a uma causa específica: é um defeito multifatorial. Especialistas a relacionam principalmente, as deficiências de vitaminas do complexo B, especialmente o ácido fólico. Tanto que prescrevem a ingestão, através de alimentos e suplementos vitamínicos, desta substância nos três meses anteriores ao início da gestação e nos três meses posteriores à concepção. Igualmente, no Brasil, foi determinado o enriquecimento da farinha com o ácido fólico, a fim de prevenir o aparecimento de defeitos do tubo neural (Santos 2007).

Dentre alguns dos fatores desencadeantes do defeito do tubo neural – especificamente da anencefalia -, é possível citar o álcool (que também pode gerar problemas psicológicos no feto), o tabagismo, o uso de antiepiléticos e outras drogas de todos os gêneros (lícitas e ilícitas), alterações cromossômicas (genéticas), histórico familiar, ou ainda exposições em altas temperaturas. No entanto, este rol não é taxativo e não é possível precisar qual a contribuição exata de cada uma destas causas para que o tubo neural não seja corretamente cerrado.

Este defeito faz com que o cérebro do feto não se forme. Assim, verifica-se que o anencéfalo não possui 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 do córtex cerebral.

A anencefalia pode ser diagnosticada a partir do terceiro mês de gestação (entre a décima segunda e a décima quinta semana) através da realização de ultra-sonografias. Isso porque o feto portador de anencefalia apresenta uma característica única e inconfundível: não possui os ossos do crânio, ou seja, a partir da parte superior da sobrancelha não há osso algum, razão pela qual sua cabeça não possui o formato arredondado. Sendo que, em alguns casos, há apenas o couro cabeludo que cobre a porção não fechada pelos ossos. Além da abertura que existe em sua cabeça, o anencéfalo possui os olhos saltados em suas órbitas, justamente porque estas não ficaram bem formados em razão da inexistência dos ossos do crânio. Igualmente, seu pescoço é mais curto do que o pescoço de um feto normal. Além do exame visual é possível a realização de exame biológico, através da análise dos níveis de alfa-fetoproteína no soro materno e no líquido amniótico. Estes níveis, da décima primeira até a décima sexta semana de gravidez, encontram-se sempre aumentados em gestações de anencefálicas

Desta forma, o diagnóstico da anencefalia é inequívoco e não existem possibilidades de erro.

É difícil precisar a incidência exata de casos de anencefalia. Acredita-se que a proporção de anencéfalos seja de seis décimos para cada mil nascidos vivos (cl clinicamente) e de oito a cada dez mil gestações, conforme aponta pesquisa efetuada por Gomes (2007, p. 01). Todavia, Martinez (2006), apresenta a proporção de 1,4 para cada mil gestações avaliadas sem seleção. Com base nestes números fica claramente demonstra que muitos dos fetos portadores desta malformação congênita (cl clinicamente) morrem antes mesmo do nascimento.

A dificuldade em precisar o numero de gestações de anencéfalos se deve, primeiramente, ao fato de que muitos fetos morrem (cl clinicamente) ainda no útero materno e estas mães nem sempre levam este fato ao conhecimento de médicos ou de um hospital. Em segundo lugar, as genitoras de fetos anencefálicos que expõe o problema à sociedade são, geralmente, aquelas que necessitam de tratamento pela rede publica de saúde, já que as demais, uma vez que possuem melhores condições econômicas são assistidas por médicos particulares e, em sua maioria, efetuam com estes profissionais a interrupção de seu estado gravídico. (Santos, 2007).

É importante ressaltar que, com relação às características da anencefalia, esta malformação não deve ser confundida com deficiência. A anencefalia é uma malformação fetal que inviabiliza, na totalidade dos casos, a vida extra-uterina do individuo em formação, sendo que quase metade dos fetos portadores deste problema congênito falece ainda no ventre materno. Ribeiro (2003) apresenta o percentual de 65% (sessenta e cinco por cento) como

representativo de óbitos intra-uterinos de portadores de anencefalia. Em relação à deficiência, leciona Anis (2004p. 94) que “[...] pode ser definida como lesões, limitações de atividades ou restrições de participação”. Pode; também, decorrer da idade da pessoa, de acidentes ou ser congênita. O autor supramencionado atenta que “[...] deficiência não é incompatível com a vida, tanto que o Brasil, segundo o Censo realizado em 2000, teria mais de quatorze pontos percentuais de sua população portadora de algum tipo de deficiência

4 CONCEITO PARA MORTE

Grande consideração é merecida pra esse tema: definição de morte. Visto que dia a dia são criadas novas técnicas pela Medicina e estas estão cada vez mais ao alcance da população.

Tempos passados era utilizado o critério respiratório como definidor de morte: estava falecido todo aquele que não mais respirasse. Este critério demonstrou-se falho, já que a evolução da Medicina, ao criar aparelhos de ventilação mecânica, possibilitou sobrevida àquele cujo funcionamento respiratório tivera fim.

Inicia-se então a utilizar-se método de aferição da vida à presença dos batimentos cardíacos. Com base neste critério, estaria morto todo aquele que deixasse de ter seu sangue circulando pelo corpo, todo aquele cujo coração parasse de bater. A utilização dos batimentos cardíacos como critério identificador da vida não apresentava tantos riscos como o critério respiratório, assim, foi amplamente adotado, sem que fosse questionada pelo Direito ou pela Medicina.

Entretanto, a evolução da ciência e a aplicação de massagens cardíacas e de desfibrilador fez com que a morte circulatória pudesse ser amplamente combatida. Tais formas de tratamento tornaram possível retirar muitos indivíduos das garras da morte e restituí-los à vida.

No entanto, estes procedimentos eficazes causaram um fenômeno: a respeitável quantidade de pessoas que, em razão de falta de oxigenação de seus cérebros decorrentes de parada cardio-respiratória ou de danos cerebrais causados por choques mecânicos, que ficavam sem consciência e em estado vegetativo por longos anos, sem que apresentassem qualquer tipo de melhora. Estas pessoas permaneciam vivas até que o músculo cardíaco “ficasse cansado” de bater.

Quando técnicas médicas passaram a permitir a realização de transplantes de órgãos com grandes chances de sobrevida para o transplantado, o tema voltou à tona.

Mas para que os objetivos do transplantes fossem alcançados era necessário que tais órgãos continuassem em funcionamento nos instantes imediatamente anteriores ao transplante.

Surgiu assim a questão de que não era mais possível esperar a parada cardíaca do indivíduo para que o transplante fosse realizado.

Era necessário procurar um novo conceito para morte, e a Medicina assim o fez através do que denominou morte encefálica ou morte cerebral.

Logo após o primeiro transplante foi adotada tal definição, e a partir daí, foi aceita em praticamente em todos os países do mundo desenvolvido. É importante lembrarmos que, em que consiste o encéfalo.

O encéfalo é um componente do Sistema Nervoso Central que se localiza dentro do crânio. É constituído de tronco cerebral, cerebelo e cérebro, observando-se que através da definição de cada um destes e de suas funções é possível se chegar à compreensão da importância e da função do encéfalo.

É importante destacar que as funções que integram as capacidades cognitivas, ou seja, as funções que fazem de um individuo um ser consciente são desenvolvidas em uma parte muito especial do cérebro: o córtex cerebral. Ele se encontra na parte externa do cérebro, com cerca de seis milímetros de espessura, e possui coloração acinzentada.

Podemos verificar então que quem controla a vida do individuo é o encéfalo e que sem seu funcionamento perfeito, varias funções podem estar comprometidas, afetando, por consequência, as relações do individuo e sua própria vida.

Dentro do conceito de morte anencefálica esta foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 9.434; de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para a consecução de transplantes e tratamento medico. O artigo 3º assim estabelece:

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

Crítérios estes, aos quais a lei de transplante se refere, foram fixados pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução nº 1.480/1997. O artigo 3º da Resolução determina que somente poderá ser verificada a morte encefálica se esta for resultante de um processo irreversível e com causa conhecida. Sem tais requisitos não se poderá falar em morte.

O artigo 4º da mesma Resolução determina que este processo irreversível será constatado através de parâmetros clínicos, quais sejam, “Coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia”.

Além das constatações destes parâmetros será realizado um exame complementar, no qual será verificada a circulação sanguínea intracraniana, a atividade metabólica cerebral ou atividade elétrica cerebral, se, realizados um destes exames, o resultado for positivo, ou seja, havendo presença de circulação sanguínea intracraniana, presença de atividade metabólica

cerebral, ou presença de atividade elétrica cerebral, o diagnóstico de morte encefálica está descartado.

Sendo assim, fica fácil constatar que está morto todo aquele ser que perde definitiva e irreversivelmente, as funções de todo o encéfalo, comprometendo irreversivelmente a vida de relação e a coordenação da vida vegetativa (batimento cardíaco, respiração, pressão do sangue, reflexos de salivação, tosse, espirro e o ato de engolir).

Nota-se que não é possível se falar em morte se somente a vida de relação for prejudicada, pois esta vida, como acima relatado, é mantida por parte do encéfalo, precisamente o córtex cerebral e, não pelo encéfalo em sua totalidade. Outrossim, não é a perda definitiva da capacidade de manter as funções vegetativas que caracteriza um indivíduo como morto encefálico. É necessário que todo o encéfalo fique irreversivelmente lesionado e pare de funcionar.

Ainda não existe unanimidade em relação ao conceito de morte encefálica para a classe médica, embora o Conselho Nacional de Medicina tenha se mostrado a favor de sua utilização.

Parece, no entanto, que a solução trazida à tona pela conceituação da morte encefálica não é equivocada. Isso porque, com a perda irreversível da atividade encefálica o indivíduo deixa de ser um ente humano, dado que deixa de existir nele a característica essencial do ser humano, aquilo que o diferencia dos demais seres animados: a racionalidade. Assim, além da prática e lógica, a utilização da morte encefálica estaria também correta.

Quanto ao direito, é visto que a determinação legal do conceito e a nova definição médica do que seja morte não foram percebidas por seus aplicadores. Tal pode ser inferido da constatação que somente para as hipóteses de doação de órgãos o modelo ora exposto é adotado. Nos demais casos, é imposta a noção de morte clínica (cardio-respiratória), estabelecendo-se como transgressores do direito à vida os que defendem a utilização do conceito de morte encefálica a todas as hipóteses de ausência definitiva de atividade encefálica.

4.1 CONCEITO PARA A VIDA

Qual a origem da vida? Toda célula, todo organismo provém de outra célula ou organismo já existente. Daí surge esta pergunta.

Destacaram-se algumas teorias ao longo da história sobre o assunto, dentre as quais:

- a) Teoria Criacionista, também chamada de Teoria da Criação onde a vida teria sido criada na Terra por um Deus;
- b) Teoria de panspermia pela qual a vida teria surgido na terra proveniente de outro planeta, ou seja, segundo essa teoria, a vida teria sido “semeada” no nosso planeta, vinda do espaço;
- c) Teoria Abiogênica ou da Geração Espontânea, que diz que a vida surgiria espontaneamente e continuamente da matéria inanimada.
- d) E por fim, a Teoria da Auto-Organização, dizendo que a vida teria surgido sob condições extremamente especiais a partir da auto-organização de compostos orgânicos simples em macromoléculas que originariam as protocélulas primordiais. Tal teoria é a mais aceita atualmente no meio científico.

Transpondo-se a discussão para o termo inicial da vida humana no ventre da mãe verifica-se que se trata de questão não menos polêmica. A revista Super Interessante, em notável matéria de novembro de 2005, elencou aquilo que denominou “dez respostas em torno de onde começa a vida, no âmbito da ciência e da religião.

Foram abordadas cinco visões do ponto de vista científico, sendo eles:

a) Visão Genética, pela qual a vida começa na fertilização quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único, criando assim um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. Essa também é a visão da Igreja Católica.

b) Visão Neurológica. Nessa visão a vida começa na 3ª semana de gravidez, é quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque, até 12 dias após a fecundação, o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. Essa é a ideia que

justifica o uso da pílula do dia seguinte e de contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez;

c) Visão Ecológica, nesta visão a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz o feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20^a e a 24^a semana de gravidez. Critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto.

d) Visão Metabólica, que afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozóides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa, além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural. A matéria destaca cinco crenças sob o ponto de vista religioso:

a) Catolicismo, a igreja católica defende que a vida começa na concepção, quando o ovulo é fertilizado, formando um ser humano pleno. O Papa Bento XVI reafirmou a posição da igreja contra o aborto. Segundo o pontífice o ato de “negar o dom da vida, de suprimir a vida que nasce é contrário ao amor humano”.

b) Judaísmo. Para esta a vida começa apenas no 40^o dia, quando acreditam que o feto começa a adquirir forma humana. Acreditam eles que, antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio, dessa forma, o judaísmo permite pesquisas com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para mãe ou resulta de estupro.

c) Islamismo, esta afirma que o início da vida começa quando a alma é soprada por Alá no feto e segundo eles, isso acontece cerca de 120 dias após a fecundação. Os muçulmanos, segundo a reportagem, condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a vida da mãe.

d) Hinduísmo; acreditam que a matéria e a alma se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. Assim sendo, como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, os hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os

envolvidos: a mãe, o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral opõem a interrupção da gravidez, menos em casos que coloquem em risco a vida da mãe.

e) Budismo; crê que a vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozóide, mas está presente em tudo o que existe, seja nos pais e avós, nas palmas, nos animais e até na água. No budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras, entre as correntes budistas não há consenso sobre o aborto.

Após a análise do aspecto religioso e científico é necessário que se faça uma análise jurídica do conceito de vida para concluir se o feto portador de anencefalia possui ou não o chamado direito a vida.

5 TORTURA PSICOLÓGICA

O artigo 196 da Constituição Federal dispõe que, a saúde é um direito fundamental. É dever de todos e do Estado, garantindo 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.

Ainda assim, a Organização Mundial de Saúde define a saúde como “o estado de completo bem estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”. É inquestionável, na hipótese da anencefalia, que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos. O diagnóstico da anencefalia já se mostra suficiente para criar na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e a seu núcleo familiar. São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável.

Não obstante, e considerando-se que o aborto anencefálico envolve o direito à vida e dignidade do feto, bem como os direitos à saúde, dignidade, autonomia da vontade, liberdade e vida da mãe, questiona-se a obrigatoriedade de a mulher ter o dever de carregar por nove meses um feto que, com plenitude de certeza, não sobreviverá. A potencial ameaça a sua integridade física como os danos a sua integridade moral e psicológica nas hipóteses são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta de um feto que nunca poderá se tornar um ser vivo, dentro de si, podem ser comparadas à tortura psicológica. Nesses termos, a dor, angústia e frustrações causadas importam, sobretudo, violação da dignidade humana.

Pode-se observar também, a questão da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia podendo ser defendida por sua natureza axiológica, partindo justamente do pressuposto dos danos psicológicos causados na gestante e pela natureza teológica, sob o ponto de vista de que a interrupção da gravidez trará não só o fim do massacre psicológico aos entes envolvidos, como também evitar o iminente risco de morte que sofre a mãe ao dar desenvolvimento à gestação.

Miguel Reale no prefácio de sua 1ª edição na Teoria Tridimensional do Direito:

Nenhuma teoria jurídica é válida se não se apresenta pelo menos dois requisitos essenciais, entre si intimamente relacionados: o primeiro consiste em atender às exigências da sociedade atual, fornecendo-lhe categorias lógicas adequadas à concreta solução de seus problemas; o segundo refere-se à sua inserção no desenvolvimento geral das idéias, ainda que os conceitos formulados possam constituir profunda inovação em confronto com as convicções dominantes.

Para o Pediatra e coordenador da Comissão de Bioética do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, (CREMERJ), Arnaldo Pineschi, “a mulher deve ter o direito de optar pela a interrupção da gravidez, sob o risco de se estar protegendo o feto inviável e desprotegendo e expondo a gestante, pela atual condição do código.”

Sob o aspecto sociológico, acreditamos que, a par de não se ter nenhuma pesquisa a respeito, as mães que procuram a justiça para que se interrompa uma gravidez do tipo anencéfalo, são aquelas que são desprovidas de recursos financeiros para que às suas próprias expensas, possam ir a uma clinica particular e interromper a gravidez, que só lhe trará sofrimento, angústias e lágrimas, e conforme as sábias palavras do Douto Ministro Celso Brito:

“o martírio de levar às ultimas conseqüências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estagio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Pois o fruto de um parto anencéfalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. “Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus”.

Neste contexto, quando falamos em interrupção da gravidez em casos de feto anencéfalo, podemos concluir que é um fato social que a cada dia está se valorando perante a sociedade, que se encontra na ânsia da regulamentação de uma norma, de um entendimento unânime, que ampare juridicamente o abortamento. Tal normatização irá beneficiar muitos brasileiros ao se depararem diante de quadro tão polêmico e angustiante.

6 O DIREITO À DIGNIDADE E A LIBERDADE X DIREITO A VIDA

O aborto é a interrupção do processo de gestação, com a morte do feto.

Segundo o dicionário Aurélio, anencefalia é “monstruosidade em que não há abóbada craniana e os hemisférios cerebrais ou não existem ou se apresentam como pequenas formações aderidas à base do crânio”.

No caso da anencefalia, argumenta-se que a interrupção da gravidez não seria um fato típico, pois não violaria o dispositivo constante no art. 124; do CP, tendo em vista que em razão da anencefalia não se poderia falar em vida.

Conforme consta na Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, por força do mandamento contido na Lei 9.434/97, para fins de transplantes post mortem de órgãos humanos tal entendimento técnico, a morte encefálica consiste na identificação da inviabilidade da vida humana por conta de sucessivos exames realizados por profissionais da área médica, em intervalos de tempo específicos para cada faixa etária, que apontam no sentido da ausência de atividade cerebral.

Desta forma, as grandes maiorias dos fetos anencéfalos não nascem com vida, posto que ou não possuem cérebro, ou este é deficiente ao ponto de não conseguir manter o corpo vivo. Assim, o consentimento para o aborto de fetos anencéfalos não estaria violando o direito à vida, já que esta não existe na ampla maioria dos casos.

Analisando de vários dispositivos do Código Penal de 1940, verifica-se que a proteção à vida humana prepondera sobre outros bens, como o patrimônio, os costumes, a incolumidade pública, a saúde etc. Tanto é assim que o homicídio, o infanticídio e o aborto, crimes dolosos contra a vida são julgados pelo Tribunal do Júri e não por juiz singular, demonstrando uma maior reprovabilidade dessas condutas.

Insistindo ainda, que no Brasil o aborto só é permitido em dois casos: quando há risco de morte para a mãe e em caso de estupro, art. 128, do CP. Nesses dois casos o legislador declara licito o aborto, excluindo sua antijuridicidade (aborto necessário e aborto sentimental). Qualquer outro caso é punido com pena de detenção de um a três anos, do Código Penal. Há uma permissão quando a mulher é estuprada. Nesses casos observa-se um fato interessante, senão vejamos. Há outros bens tutelados pelo Direito brasileiro que sobrepõem ao direito à vida do feto, utilizados para não punir o agente, ou seja, a mãe seja o médico que pratica o aborto quando há risco de morte para a mãe e em caso de estupro. Aqui prevalecem o direito à vida da mãe e a dignidade da vítima do crime contra os costumes (estupro). Porém, deve-se

ter em vista que o feto, nesses casos, é viável. Não possui qualquer anomalia que o impeça de crescer e nascer com vida, o que não ocorre na anencefalia, em que o feto não possui qualquer chance de sobrevivência. Daí questiona-se, porque não permitir também nesses casos a interrupção da gravidez?

Assim, não se estaria ponderando entre o direito à vida e a liberdade ou dignidade da mulher, já que o feto anencéfalo não é viável, apenas em raríssimos casos consegue sobreviver ao parto. Essa interrupção não pode ser considerada aborto, mas sim uma antecipação do parto. O aborto é crime quando é um atentado à potencialidade de vida. No caso do anencéfalo essa potencialidade não existe.

Se não bastar o argumento de que o anencéfalo não está vivo, da análise do direito à liberdade, estampado no art. 3º. III, da Constituição Federal, bem como da dignidade humana, art. 1º, mola mestra do ordenamento constitucional brasileiro, depreende-se que a punição do o aborto praticado pela gestante ou por médico em caso de diagnóstico confirmado de anencefalia viola estes princípios, sendo irrazoável e flagrantemente inconstitucional.

Merecendo destaque outro argumento, que é a escolha do abortamento ou não de um feto diagnosticado anencéfalo, ou seja, que já nascerá morto ou morrerá logo após o parto, esta situação no campo eminentemente privado das relações, portanto, não caberia ao Estado intervir em um assunto íntimo e próprio da mulher, que só a ela caberia opinar e decidir.

Fortalecendo esse entendimento, afirma o neurocientista e coordenador da Pós-Graduação em Ciências da Saúde da UNB, Carlos Tomaz, as formas de descobrir se um feto é ou não anencéfalo. “Além da ultra-sonografia, há o neuroexame, exames no líquido amniótico, genéticos. Enfim, é uma composição de avaliações”, afirmou o médico. Portanto, é extremamente seguro o diagnóstico da inexistência de função cerebral nos fetos anencéfalos, o que possibilita aos médicos 100% de certeza.

Pode-se dizer que, obrigar a mulher a carregar nove meses um feto sem vida em seu ventre tem seus direitos fundamentais à saúde, dignidade, liberdade violados. Esperar para ser submetida a uma cirurgia ou a dor do parto normal para preparar o funeral do próprio filho, isto é desumano e degradante, que fere os ditames constitucionais constantes no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, bem como deve ser considerado uma forma velada de tortura, também proibida pelos Tratados Internacionais e pela Constituição Federal de 1988.

Ainda que se considere a existência de vida do feto anencéfalo, deve-se realizar uma ponderação de interesses.

E foi pensando assim, é que algumas ONG'S de proteção aos direitos humanos das mulheres se uniram em uma luta que redundou na elaboração da ADPF, que veio acender a discussão acerca deste tema polemico que envolve ética, religião e justiça, que até então fazia parte apenas do sofrimento e dor das famílias vitimas.

7 NÚMEROS DA MATÉRIA

Este tema atual e polêmico, tem despertado grande interesse, sendo citados conjuntamente os termos “anencefalia” e “aborto”, em certeza de 9.140 sites da Rede Mundial.

Conforme pesquisas encomendadas ao IBOPE, 76% da população brasileira é favorável aborto no caso de problemas congênitos incompatíveis com a vida, como é o caso da anencefalia. Por outro lado, relativamente às hipóteses legalmente permitidas, 79% da população é favorável ao aborto no caso de risco de morte para a mulher, enquanto que, 62% apóiam com o aborto no caso de gravidez resultante de estupro (ÉPOCA,2005, PAG.65).

Thomaz Rafael Gollop, Silvia Pimentel, Ivan Salzo e Marcos Valentim Frigerio realizaram um trabalho intitulado Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil. Durante este trabalho, os autores estudaram 263 pedidos de alvarás para interrupção da gravidez em casos de anomalias incompatíveis com a vida.

Dentre estes 263 casos estudados, o Ministério Público opinou pelo deferimento do alvará em 201 (76,43%) casos e pelo indeferimento em 62 (23,57%). Em contrapartida, o juiz decidiu pelo deferimento em 250 (95,06%) casos e pelo indeferimento em apenas 13 (4,94%).

Pelo deferimento e pelo indeferimento, os embasamentos jurídicos das decisões e pareceres dos pedidos foram variados, como se pode observar nas tabelas abaixo:

Tabela I: Embasamento jurídico da sentença judicial e do parecer da promotoria favorável a pedido de aborto seletivo.

Embasamento jurídico no deferimento	Juízes	MP
Inexigibilidade de conduta diversa	1	2
Artigo 5º da Constituição	3	4
Preservar a higidez psíquica da gestante	63	41
Inexigibilidade de conduta diversa + preservar a higidez psíquica da gestante	1	2
Inexigibilidade de Conduta diversa + artigo 5º da Constituição + Preservar a higidez psíquica da gestante	7	5
Preservar a higidez psíquica da gestante e autoriza o aborto pelo	17	5

128		
No arti.5º da Constituição + art.3º, Código Penal e princípios Gerais do direito nos princípios de jurisdição voluntaria e art. 1104 e seguintes do Código Penal	78	32
Estado de necessidade + aplicando-se analogia “in bonam parte” usando art.124 CP c/c o art.128, I e II + art. 5º da Constituição	1	4
Autoriza o aborto nos termos do art. 128, I e II do CP	39	24
Aplicando-se analogia “in bonam parte” usando o art. 124 CO c/c o art.128, I e II	13	29
No art. 5º da Constituição + art. 3º Código de Processo Penal e princípios gerais do direito nos princípios da jurisdição voluntaria	6	5
Não há crime em realizar o aborto, pois o feto não tem mais vida a ser tutelada	6	3
Não encontra amparo no direito normativo	3	2
Sem acesso a informação / Julgado na 2ª Instância	12	43
TOTAL	250	201

Tabela II: A argumentação dos juízes e promotores contra a autorização do aborto seletivo.

Embasamento jurídico no indeferimento	Juízes	MP
Não se opõe desde que haja risco de vida materno	0	1
Não configura estado de necessidade	4	5
Não encontra amparo no direito normativo	9	53
Inviolabilidade do direito a vida	0	3
TOTAL	13	62

Sendo assim, fica fácil perceber que a grande maioria da população, bem como dos profissionais da área jurídica, são favoráveis à interrupção da gravidez no caso de anomalias absolutamente incompatíveis com a vida, como é o caso da anencefalia. Entretanto, ainda

existe certa duvida quanto à fundamentação jurídica adequada para sustentar as decisões judiciais neste sentido.

8 PRISMA CONSTITUCIONAL

A proteção a vida é amparada pela lei de uma forma geral. Proteção esta que com certeza, é o maior objetivo do Estado no intuito de manter a paz social entre os povos.

A Constituição Federal Brasileira, em seu mais exaustivo rol de garantias fundamentais, consigna expressamente o direito à vida. Com efeito, esta proteção não abrange, tão somente, a vida extra-uterina como também a intra-uterina, pois se ao contrário fosse, a lei não seria plena e coerente, uma vez que, a partir da concepção, já existe vida.

Nesta defesa à vida, o Estado, acertadamente, põe a salvo os direitos do nascituro, sendo proibida a prática abortiva. O aborto, assunto de fartas discussões sociais e morais, e sob um conceito jurídico é a interrupção da gravidez, tendo por consequência a morte do feto.

A Lei brasileira, entretanto, prevê duas hipóteses em que não haverá punição para quem praticar o aborto. A primeira descrita no artigo 128, I, do Código Penal e diz respeito à possibilidade de não haver outro meio de salvar a vida da genitora.

Já a segunda hipótese é inculpada no inciso seguinte do mesmo artigo e se refere ao caso de a gravidez ter sido consequência de um estupro e que haja o consentimento da gestante, ou se for incapaz, de seu representante legal. Observe-se que num caso a lei preocupa-se estritamente com o direito a vida da gestante, enquanto noutro caso as leis atem-se especificamente ao aspecto de ordem moral

Existe ainda outro tipo de aborto, o qual a legislação brasileira é silente a respeito. Trata-se do aborto eugênico ou eugenésico. Esta espécie de aborto ocorre quando há grave perigo para o feto, em virtude de grave predisposição hereditária, seja por doenças maternas ou por qualquer outro fator externo que resulte para o nascituro enfermidades de ordem psíquicas ou corporais gravíssimas.

9 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS - OAB

Em, 16 de agosto de 2004, decidido por maioria dos votos, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, considera que a interrupção da gravidez de feto anencefálico não é considerada prática abortiva. A matéria foi examinada pelos 81 advogados que compõem o conselho, na sede da AOB, após a decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, que concedeu liminar à Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para reconhecer o direito constitucional de gestantes que decidam realizar operação de parto de fetos anencefálicos.

A decisão da maioria dos conselheiros foi tomada com base no voto do relator da matéria na entidade, o conselheiro federal pela Bahia, Arx Tourinho, segundo ele, 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. Só pode existir aborto se houver possibilidade de vida do feto. Segue a íntegra do voto do relator da matéria na OAB, Arx Tourinho.

Voto

1 – Direito da mulher gestante ao cometimento da interrupção de gravidez de feto anencefálico.

2 – Polêmica causada por aqueles que, desatentos aos princípios jurídico-constitucionais, insistem na concepção medieval de que a mulher deve fingir tratar-se de uma gravidez normal.

3 – Proclamação pelo Conselho Federal da OAB, de que a gestante, na condição delineada, tem direito de interromper a gravidez, valendo-se de seu direito à saúde e em atenção aos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

1. Designado pela Presidência deste Col. Conselho Federal da OAB emito voto sobre matéria, que envolve o direito da gestante em interromper a gravidez, quando se trata de feto anencefálico.

2. O fato se tornou extremamente polêmico, a partir do momento em que, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, sendo o autor o Conselho Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, patrocinado pelo culto constitucionalista e advogado Luis Roberto Barroso, o Ministro Marco Aurélio concedeu liminar, reconhecendo “o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de lado médico atestando a deformidade, anomalia que atingiu o feto” as descepações se agigantam, porque os que se colocam em posição antagônica ao desicim judicial entendem que se está a permitir o aborto, em desacordo com a lei.

3. De logo se afirme que dentre as finalidades da Ordem dos Advogados do Brasil está a de defender “a constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social”, como giza o artigo 44, I da Lei 8.906/94. No particular a matéria diz muito de perto com esses aspectos. Daí a pertinência de um pronunciamento deste egrégio Conselho Federal, buscando, assim, cumprimento de uma das finalidades da OAB.

4. A anencefalia, segundo conceituação de William Bell, é “malformação, letal na qual a abóbada do crânio é ausente e o crânio exposto é amorfo” (doença de recém-nascido, obra coletiva, interamericana, 4ª Ed., 1979, p. 627)

5. De acordo com Keith Moore, “embora o termo anencefalia signifique ausência do encéfalo, há sempre algum tecido encefálico”, porém, sem maior importância (Embriologia clínica, interamericana, 2ª Ed., p. 354).

6. O encéfalo é “parte do sistema nervoso central situado dentro do crânio neural” formado pelo cérebro, cerebelo e tronco encefálico, na dicção de Ângelo Machado, in (Neuroanatomia funcional, Livraria Atheneu, 1979, p. 11)

7. Diz, com precisão, o cientista William Bell, a respeito da anencefalia, que “entre 75 e 80 por cento desses recém-nascidos são natimortos e os restantes sucumbem dentro de horas ou poucos dias após o nascimento” (op.cit., p.627). A literatura médica, no mundo, tem essa constatação.

8. Essa é, pois, a realidade da anencefalia, que pode ser detectada, quando o feto ainda se acha no ventre materno. Mas, em 1940, quando editado o código penal brasileiro, não havia

tecnologia suficiente para um diagnóstico de certeza, a respeito da malformação. Não é o que acontece na atualidade.

9. Queremos afirmar, neste instante, que a discussão pode e deve ser realizada, pelo ângulo estritamente jurídico. Não podemos trazer para um tema; que possui consistência técnica, princípios religiosos ou fundamentos jus naturalistas, que brigam com a realidade e descambam para a irracionalidade. É de se acentuar que, em 1990, o Conselho Federal de Medicina, diante do avanço da medicina fetal, propugnou por uma nova postura da classe medica, a fim de embasar uma “reordenação jurídica”, o que ensejou proposta de reformulação do Código Penal, segundo informa Marcos Frigério et alii, Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil, trabalho desenvolvido no Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana, em São Paulo.

10. Em primeiro lugar, é de se perguntar: a interrupção da gravidez de um feto anencefálico pode ser considerada pratica abortiva? A resposta, a nosso sentir, é negativa.

11. 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 sobrevivida. Não é aceitável que se saiba, previamente, que o feto não possui qualquer condição de sobrevivida e, ainda assim, se tenha como aborto a interrupção da gravidez, que pressupõe a existência de outro ser que tenha possibilidade de vida própria, o feto anencefálico é uma patologia.

12. A asserção do clássico Nelson Hungria, a respeito da gravidez extra-uterina e da gravidez molar, pode perfeitamente, ser aplicada às hipóteses do feto anencefálico. “o feto expulso (para que se caracterize aborto) deve ser produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto”(Comentários ao código penal, Forense, 1958, vol. V, p. 207/208).

13. Do ponto de vista médico, o feto anencefálico é uma patologia e como patologia deve ser tratada. Como dizem a professora Débora Diniz, pesquisadora do Núcleo de Estudos e

Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília, “a ausência dos hemisférios cerebrais, ou no linguajar comum” a ausência de cérebro torna o feto anencéfalo a representação do subumano por excelência. Os subumanos são aqueles que, segundo o sentido dicionarizado do termo, se encontram aquém do nível humano. Ou, como se prefere Jacquard, aqueles não aptos a compartilharem da “humanidade”; a cultura dos seres humanos.”(Aborto Seletivo no Brasil e os alvarás judiciais).

14. A justiça não pode olvidar essa realidade. Não se trata de interrupção de gravidez em razão de eugenia, seletividade ou de sentimentalismo, mas sim, de circunstâncias indiscutíveis de que o feto não terá sobrevivência, porque o feto é subumano ou inumano. Não se deve olvidar das palavras de Giovane Berlinguer “o aborto é desfecho trágico de um conflito em que estão envolvidos de um lado um ser em formação, do outro as aspirações e necessidades de uma mulher” (Bioética cotidiana, Editora UNB, tradução de Lavínia Porciúncula, 2004, p. 47). Ora, se não há realidade, ser em formação, de um lado, e aspirações e necessidades de uma mulher, de outro lado, não há desfecho trágico, não há, portanto, aborto. Expele-se um ser malformado. Expele-se uma patologia.

15. Mas, admita-se, *ad argumentandum tantum*, que se cuida da figura do aborto,

16. Mais uma vez, a solução se acha em nossa ordem jurídica, precisamente em se respeitarem direitos e princípios constitucionais, que são caros a cada um de nós e a toda a sociedade: a) saúde; b) liberdade; c) dignidade da pessoa humana. Direitos e princípios detectados pelo professor Luis Barroso, em sua petição inicial.

17. Com efeito, o artigo 196, da Carta Magna, reza. “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Se uma mulher, em gestação de um feto anencefálico, pode correr risco de vida, porque, segundo a literatura médica, cerca de cinquenta por cento desses fetos tem morte intra-uterina, evidente que o direito à saúde da mulher deve prevalecer. Não só, registra hospitais e clínicas médicas o profundo transtorno psicológico de que padece a mulher, quando aguardo o parto de um ser sub-humano, sem cérebro, com forma de gente, mas, sem a essência do humano. É evidente que a gestante, nessas circunstâncias, tem o direito de velar por sua saúde.

18. Violam-se também, dois princípios fundamentais, que dizem respeito à legalidade e a dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III, e 5º, da Lei Máxima)

19. A ordem jurídica brasileira não impõe a qualquer gestante o dever de manter em seu ventre um feto anencefálico, porque esse feto não tem potencialidade de vida, porque, rigorosamente, lhe falta o encéfalo.

20. Também, haverá desrespeito ao princípio de dignidade da pessoa humana a imposição à gestante de ter, em seu útero, um feto, durante o tempo normal exigido para um parto normal!

21. O princípio da dignidade da pessoa humana se incorporou à maioria dos textos constitucionais, em todo o mundo, de forma expressa. Leiam-se os textos constitucionais da Alemanha de 1949, de Portugal de 1976, da Croácia de 1990, da Bulgária de 1991, da Estônia de 1992 e tantos outros, mas, detenhamo-nos na Constituição Portuguesa de 1976, matriz da brasileira, que expressa em seu artigo 1º, “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

22. O professor Pietro Alarcon teve a oportunidade de afirmar. “de outro lado, a Carta Magna de 1988 abriga a dignidade, e nesse sentido, a dignidade é bem jurídico a ser guarnecido pelo sistema. Por outra parte, é eixo de interpretação, atravessando o sentido de constitucionalidade que deve constar em qualquer sentença de juízes e tribunais pátrios. Não exageramos se dizemos, por esses motivos, que a dignidade da pessoa humana foi erigida a padrão de referencia de todo o arcabouço jurídico brasileiro (Patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988, Editora Método, São Paulo, 2004, p. 254).

23. 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.

24. A ação e a liminar, aqui referidas, em verdade, está a proteger mulheres desprovidas de recursos financeiros, mulheres pobres, que necessitam ir a juízo, pleiteando alvará autorizador, porque vão utilizar-se dos serviços públicos de saúde. Aquelas que têm condições financeiras sabem qual clínica ou qual médico deve procurar, para a pratica interruptiva da gravidez. Não seja a sociedade hipócrita, nem sejam os opositores da liminar ingênuos... Em conclusão, propomos que esta Col. casa do advogado, mas, também da liberdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, se manifeste pelo direito de a gestante interromper, sempre que assim desejar, uma gravidez, onde em gestação se ache um feto anencefálico porque o Direito não é, nem pode, ser estático, não é, nem pode, ser contemplativo de uma realidade que passou, ignorando os avanços da ciência.

10 A ADPF (AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL) N. 54

A ADPF nº 54 traduz hipótese específica de constitucionalização do direito penal e suscitou grande debate na sociedade e no Supremo Tribunal Federal, afinal, haveria legitimidade ou não da interrupção da gestação nas hipóteses de feto anencefálico? Na ação constitucional ajuizada, pediu-se a interpretação conforme a constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não incidência na situação de inviabilidade fetal.

Teoricamente, a questão em discussão Consiste em saber se ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o Supremo Tribunal Federal interpretando a constituição e assim cumprindo o seu papel, ou se estaria criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, usurpando competência do poder legislativo, ferindo, assim, o princípio da tripartição dos poderes, segundo afirma Luis Roberto Barroso.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), através do seu advogado Luis Roberto Barroso, ofereceu Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF), para, em caso de ocorrência de gestação de feto com anencefalia, nem os médicos e nem a gestante que decidir pela antecipação terapêutica de parto, no caso de feto portador de anencefalia, seja, nos termos dos artigos penais referentes ao aborto, pelos crimes apenados

Em nota previa, o advogado esclarece que, antecipação de parto não é aborto, mas não explica os motivos que diferenciam a antecipação terapêutica de parto do crime de aborto. Faz ao final, o discurso da importância do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria: “que tem profundo alcance humanitário, para libertá-la de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstáculos à atuação dos profissionais da saúde”

No quesito hipótese, define o que é anencefalia, segundo a literatura médica. Informa que a inviabilidade de vida deste feto após o nascimento é de 100% fatal, e que em alguns casos (65%), o feto não consegue resistir ainda no útero, expõe a forma de detectar a anomalia (ecografia), o período gestacional (segundo trimestre de gestação) e a falibilidade do procedimento (praticamente nulo). Explicita que “uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável”. Afirma “que, no caso da gestante, a permanência do feto anômalo no ventre é potencialmente perigosa”, pois poderia

gerar danos a sua saúde e até riscos de vida por causa dos óbitos ainda no ventre. Diz ainda que, “de fato, a má formação fetal em exame empresta a gravidez um caráter de risco, notadamente maior que o inerente a uma gravidez normal”. Coloca a antecipação terapêutica, no caso de anencefalia, como a única forma “possível e eficaz para o tratamento da paciente (gestante), já que para reverter à inviabilidade do feto não há solução.”

Na ADPF a argumentação utilizada é de que a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia não se enquadra na tipificação penal do crime de aborto e, sendo assim, impedi-la seria uma infração dos princípios constitucionais: exigir de uma mulher a gestação de um feto considerado clinicamente morto seria um ato de tortura e violação do direito à saúde, à liberdade e à dignidade.

O questionamento da ADPF, baseada na literatura médica internacional na qual existe um consenso sobre a inviabilidade fetal nos casos de anencefalia, conseguiu, assim, contornar a controvérsia moral que caracteriza a definição penal do aborto como um crime contra a pessoa. Houve, portanto, um deslocamento o debate no qual se deixou de discutir o que determina a origem da vida humana para se tratar das definições médicas e jurídicas sobre a morte. Na medida em que um feto anencefálico não possui atividade cerebral devido à ausência do encéfalo, foi possível estabelecer uma analogia entre o quadro clínico do anencéfalo com a de uma pessoa em estado de morte cerebral, que deve ser considerada como morta de acordo com o Conselho Federal de Medicina.

Consta no pedido principal da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, as ser julgada aproximadamente, é no sentido de que o Supremo Tribunal Federal declare inconstitucional a interpretação dos artigos; 124,126 e 128; I e II, do Código Penal, como impeditivos de interrupção da gravidez em casos de anencefalia, diagnosticada por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante a se submeter a tal procedimento. Isso porque faltaria à hipótese legal o suporte fático e valorativo exigido pelo tipo penal “aborto”: a potencialidades de vida extra-uterina.

A decisão inédita do Supremo Tribunal Federal celebra prevalência dos valores da dignidade humana, da liberdade, da autonomia e da saúde, em absoluta consonância com os parâmetros constitucionais e internacionais acolhidos pelo Brasil.

Os três requisitos legais para o cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental estão presentes:

- a) Há preceitos fundamentais sendo vulnerados (dignidade, liberdade, e saúde da gestante;

- b) A lesão resulta de ato do Poder Público (imposição, sobre a hipótese, de uma incidência inconstitucional de normas do Código Penal);
- c) Não há outro meio de sanar a lesividade.

Na qualidade de pleno sujeito de direito, caberá a mulher, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado, o que não apenas assegura o seu direito fundamental à dignidade, mas permite a apropriada atuação dos profissionais da saúde.

Em decisão proferida nos autos da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, deferiu medida liminar para reconhecer “o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica do parto de fetos anencefálicos a partir de laudo médico atestando a deformidade.

O Ministro Marco Aurélio, num esboço parcial da inicial verificou a admissibilidade da ADPF e o pedido, ao que se referia aos preceitos – dignidade da pessoa humana (artigo 1º; V), princípio da legalidade, liberdade e autonomia (artigo 5º; II) e da saúde (artigo 6º, e 196) – todos da constituição e quais foram os atos do poder público, que causaram a lesão. No caso, os artigos do Código Penal Brasileiro – 124, 126 e 128 do Código Penal Brasileiro – que tratam do aborto e suas excludentes. Analisou em seguida, o pedido de liminar cautelar, que tinha por objetivo suspender o andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como réus os profissionais da saúde que foram acusados de infringir o Código Penal nos incisos acima demonstrados e ainda, que fosse concedido às mulheres gestantes de fetos com anencefalia o direito de se submeter à interrupção terapêutica de parto, até a resolução da matéria em definitivo pelo Egrégio Tribunal.

Sustentou que a medida postulada mereceria guarida imediata porque se estaria diante de seres cuja chance de sobrevivência é mínima e, por outro lado, estaria diante do direito à saúde, do direito à liberdade, do direito à preservação da autonomia da vontade e do direito à dignidade humana titularizados pelas gestantes. Assim, para que provisoriamente se dissipasse a nuvem de insegurança jurídica, e para que os profissionais da saúde também não se vissem ameaçados de responder pelo cometimento de crimes, estendeu S. Exa. De conceder à medida liminar já mencionada, em 1º de junho de 2004.

Durante quatro meses vigorou essa liminar, os quais 58 mulheres foram beneficiadas pela resolução. Em outubro desse mesmo ano, a liminar foi suspensa devido a um pedido feito pelo Procurador-Geral da República, Claudio Fonteles e por pressão, contraria a resolução, por

parte da Conferencia Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). No dia 27 de abril o Supremo Tribunal Federal rejeitou esse pedido de suspensão.

Todavia, no dia 20 de outubro de 2004, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por maioria de votos revogou parcialmente a aludida medida liminar, para afastar o reconhecimento do direito constitucional das gestantes de se submeterem à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, mas para mantê-la no que tange ao sobrestamento de processos e decisões não transitadas em julgado envolvendo a imputação de crime de aborto por conta de tal operação, até prosseguimento do julgamento para apreciação da questão de ordem acerca do cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental no caso e, em seguida, do mérito.

CONCLUSÃO

Conforme estudo acima, a anencefalia é uma espécie de anomalia diagnosticável que importa na existência de todas as funções superiores do sistema nervoso central que é responsável pela consciência, cognição. Vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Não existe um tratamento pelo qual o feto anencefálico possa passar e sobreviver. Em 100% dos casos ela é fatal.

Mesmo assim, a questão da antecipação do parto em tais casos não é simples. Pelo contrario, envolve uma serie de aspectos religiosos, filosóficos e científicos, e, acima de tudo, políticos. Entretanto, se impõem uma mínima noção de equidade, solidariedade e, acima de tudo, argúcia para que se chegue a uma solução razoável.

A constituição Federal, bem como grande parte dos diplomas infraconstitucionais, está carregada de proposições que elevam a dignidade da pessoa humana à condição de principio fundamental de nosso ordenamento jurídico. Assim, a proteção a vida que está presente na Constituição e no Código Civil não pode ser confundida com a proteção a uma concepção sobre o que é a vida. Vida é ausência de morte. E, nestes casos, tanto a morte cerebral quanto a morte da anencefalia são dados evidentes.

Cometem um erro, os que não admitem discutir a interrupção de gestação de fetos anencefálicos, mesmo havendo argumentações razoáveis para o debate, por temerem que isso abra portas para outras modalidades de aborto. De fato, a sociedade se torna cada vez mais liberal e disposta a aceitar o que antes era tabu e tende a considerar o progresso da medicina nas decisões telúricas, mesmo e principalmente quando a colocam frente a questões novas, para as quais as nossas antigas respostas mostram-se incompletas. Interditar o debate com estratégias do tipo “daqui a pouco estará implantada a eugenia”, não contribui para o avanço moral dos pais. As questões difíceis devem ser tratadas, mesmo que haja riscos de equívocos. Evitá-las, não os afasta e, com certeza, só amplia a exclusão dos cidadãos de questões que estão no seu cotidiano e sobre as quais podem dar sua contribuição real

No que tange a ADPF, o objetivo principal da ação não é promover uma excludente de ilicitude em relação ao aborto e sim tornar possível, para mulheres, gestantes de fetos com anencefalia a possibilidade de fazer a interrupção terapêutica de parto para evitar lesões aos preceitos fundamentais de sua dignidade, o sofrimento, danos a saúde e ao principio de autodeterminação, pois se a mesma assim não desejar, não precisará ser submetida a tratamento que considere desumano ou contra suas crenças ou preceitos íntimos.

Entende-se que a iniciativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, em propor a ADPF é em sentido primeiro o de garantir que os profissionais da saúde que venham a participar da interrupção terapêutica de parto não sejam arrolados, isto é, respondam a um processo penal pelo crime de aborto. A iniciativa se dá em questão da defesa desses profissionais que corroboram com a interrupção pela não viabilidade de vida que o feto com anencefalia possui e ainda na tentativa de proteger a saúde e a integridade psicológica da gestante, optam pela interrupção e não sejam por ela acusados por praticar conduta tipificada pelo código penal – aborto.

A análise sobre a decisão do Ministro Marco Aurélio de conceder “ad referendum” a liminar, gerou, num primeiro momento, a possibilidade dessas mulheres se submeterem ao tratamento com a certeza do amparo legal e concedendo a elas o sentimento de dignidade, pois a decisão de “tirar um filho” com a concessão da justiça dá a este ato o sentimento de ter feito a escolha certa, pois mais sofrida que seja. O Ministro considerou a importância da matéria e a relevância de urgência que a mesma precedia para a concessão da liminar, agindo neste momento ativamente e ponderando os princípios que estavam em colisão diante da impossibilidade de sua harmonização. Em nenhum momento o Ministro comentou ou fez alusão que permitir a interrupção terapêutica em caso de feto com anencefalia estaria sendo criada uma regra de excludente da ilicitude do crime de aborto, apenas percebe-se que é uma causa, um fato concreto que ameaça princípios constitucionais fundamentais e que de pronto merecia guarida do poder judiciário.

O Procurador da República Claudio, rejeitou os argumentos propostos pela Confederação Nacional dos trabalhadores da Saúde e pediu sessão para julgamento da liminar que foi revogada, numa sessão confusa, pois além de não se entenderem – os ministros – pareceu-nos que a revogação se deu numa atitude impulsiva e sem preavencimento de questionamentos ponderados, como se deveria ser uma audiência que veio revogar a liminar que concedeu o direito de antecipar, o parto em caso de anencefalia.

Alternando ou revogando as decisões de seus membros, o judiciário, ora agindo ativistas e ora impulsivas, demonstram que ainda sofrem de debilidades quando o assunto são matérias eivadas de valor moral, talvez por não compreender que a relevância do assunto, a inquietação dos agentes e os valores inerentes. Concorde-se que a matéria tem que ser decidida em virtude dos princípios que estão em colisão e a luz da constituição ao que tange o direito a vida.

Vale destacar que o direito à vida primado pelos direitos humanos e positivado na Constituição Federal como fundamental deve estar consubstanciado ao princípio da dignidade

humana, pois de que adiantaria ter vida se esta vida não puder ser digna ou mais, diante da inviabilidade desta vida extra-uterina submeter à mulher gestante de um feto com anencefalia a uma gravidez de risco e que ao final, o objeto desejado pela maternidade que é o filho, não sobreviver.

Existem conflitos de interesses que pela regra constitucional devem ser solucionados pelo judiciário, no caso em tela pelo Supremo Tribunal Federal. Conflitos estes de colisão de princípios fundamentais, ou seja, o direito a vida digna desta mulher contra o principio da vida deste feto, que diante dos exames e comprovação medicas, não possui a viabilidade necessária ou suficiente para da vida desfrutar.

Há de se convir, que matérias como esta, de colisão de princípios fundamentais consagrados pela Constituição, a regra seja a da ponderação, mas ponderar demais, mais de cinco anos de ponderação, além de gerar insegurança gera também duvida de que até que ponto o judiciário brasileiro esta pronto para decidir questões que envolvam princípios de tamanha grandeza. Concorde-se que estas questões de valor moral e os princípios em colisão, precisam de analise, de ouvir depoimentos técnicos, de todos os meios que possam sustentar e garantir que a decisão a ser amparada pelo Supremo estaria em conformidade com os princípios de defesa da vida e da dignidade, mas concorda-se também que levar mais de cinco anos para analisar demonstra que os Ministros do Supremo além de não terem chegado a um entendimento comum ainda confronta com o principio da razoável duração do processo.

Desta forma, dividido entre ativismo e questões de valor moral, o Supremo vem buscando através da “ponderação”, ou melhor, da “cautela em demasia” abrir suas portas para a sociedade através das audiências publicas e nelas ouvindo as opiniões técnicas,científicas e das mais diversas entidades como forma de consubstanciar o seu entendimento sobre o assunto e não levando em conta que ocorrendo colisão de princípios deve o judiciário valer-se da técnica proposta por Alexy:

“... se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um principio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isto não significa, contudo, nem que o principio cedente deva ser declarado invalido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições”.

Desta forma, percebeu-se que o Supremo Tribunal Federal em questões de valor moral ainda não se sente confortável e para fazer a ponderação necessária ou harmonizar os princípios em conflito e na falta de conseguir harmonizar aplicar a técnica de peso, isto é, qual principio deve ceder em procedência de outro.

Ainda não foi divulgada ou marcada a data para apreciação da matéria em definitivo pelo Supremo, aguarda-se a manifestação em definitivo para saber se a presença dos *amicus curiae* e da abertura para a audiência pública serviram para fundamentar a decisão a ser tomada pelo Supremo e seus Ministros e se ao final será técnica da ponderação ou do peso, pois em questão de serem ativistas neste caso não se consubstanciou.

Há que se destacar, uma atitude ativista, requer ação, o que não se observa nesta ação, por vários fatores: a) a revogação da liminar, b) a controvérsia no julgamento, pois tinha escopo à verificação da possibilidade do pedido e não a liminar; c) o tempo, afinal o tempo que esta ação se encontra pendente de análise no referido tribunal coloca em xeque se o Supremo está ou não em condições para enfrentar questões que envolvam tão relevante matéria sobre direito, moral e pelo que nos parece, religião.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NARLOCH, Eliza Muto. Quando a vida começa? Revista Super Interessante, São Paulo: Edição 219, p. 62, Novembro 2005.

FRANCO, Albero da Silva. **Anencefalia: Breves Considerações médicas, Bioéticas, Jurídicas e Jurídico-Penais**: Revista dos Tribunais V.833, p. 111 Março 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol II. São Paulo: Editora Saraiva. 2006. 628 p.

Luiz Fernando Moreira e William Junqueira Ramos . **Aborto por anencefalia sob o prima constitucional**.. <http://www.boletimjuridico.com.br>
Acesso em 22 de agosto de 2010.

Thais Tech Gaiotti. **Visão Jurídica à respeito do aborto de fetos portadores de anencefalia**. <http://www.direitonet.com.br> acesso em 22 de agosto de 2010-10

Antecipação terapêutica do parto; **Jus navigandi**
<http://jus.uol.com.br/revista/texto17346/antecipação-terapeutica-do-parto-em-caso-de-anencefalia>- acesso em 23 de setembro de 2010.

Naise Costalonga Neves:Aborto anencefálico – **Direito e Religião**
<http://www.webartigos.com/articles/43435/1/aborto-anencefalico-direito-e-religião>
acesso em 23 de setembro de 2010

Gandra, Ives. Aborto, uma questão constitucional
<http://www.gandramartins.adv.br/artigos-detail.asp?ID=122>
Acesso 23 de setembro de 2010

