



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
CURSO DE DIREITO**

ARTHUR ROBERTO RUBACK LIMA

**DIREITO DA GESTANTE INTERROMPER A GRAVIDEZ DE FETO
ANENCEFÁLICO DIANTE DE GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Juiz de Fora
2012

ARTHUR ROBERTO RUBACK LIMA

**DIREITO DA GESTANTE INTERROMPER A GRAVIDEZ DE FETO
ANENCEFÁLICO DIANTE DE GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Juiz de Fora, como requisito obrigatório à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Besnier Villar.

Juiz de Fora
2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

Arthur Roberto Kulback Lima

Aluno

Limite para gestantes internamente e gravidez no feto
princípios perante as personalidades e princípios constitucionais.

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

[Assinatura]

[Assinatura]

Sandra Bava Alves

Aprovada em 08/12/2012.

Dedico esta monografia aos meus pais, pela compreensão e carinho e a meu orientador Prof. Besnier Villar, pela ajuda e atenção que me deu durante toda esta monografia.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir chegar até aqui, fazendo cumprir com todas as promessas, que ele mesmo fez um dia para minha vida, ainda quando eu me encontrava no ventre de minha mãe.

A todos os professores e funcionários do curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, pois sem eles nada seria possível.

A meus colegas de turma, que caminharam junto nesta jornada.

A maior conquista de um homem é
superar seus próprios obstáculos.

William Douglas

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a questão do aborto de feto anencefálico. Por ser o aborto um crime contra a vida, previsto em nosso ordenamento jurídico, necessário se faz uma maior apreciação por parte do Poder Judiciário no que diz respeito à anencefalia, para que direitos constitucionais não sejam feridos. A outro giro, não se pode descartar o grave sofrimento a que se submetem as mulheres que carregam no ventre um feto que sabem ser incapaz de sobreviver, violando assim a dignidade da pessoa humana. Desta feita, o presente trabalho defende o direito mais importante consagrado por nossa legislação vigente: o direito à vida.

PALAVRAS-CHAVE: Anencefálico. Feto. Aborto. Gestante.

ABSTRACT

This paper aims to examine the issue of abortion from anencephalic fetus. Why is abortion a crime against life, laid in our legal system, you do need a greater appreciation on the part of the judiciary with respect to anencephaly, that constitutional rights are not injured. In another turn, one can not rule out severe suffering to women who undergo carrying a fetus in the womb they know to be unable to survive, thus violating the dignity of the human person. This time, this paper argues the most important right enshrined in our legislation: the right to life.

KEYWORDS: Anencephalic. Fetus. Abortion. Pregnant.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 VIDA: UM DIREITO FUNDAMENTAL.....	12
1.1 O começo da vida.....	12
1.2 Quando se dá o início da vida: teorias jurídicas.....	13
1.2.1 Teoria concepcionalista.....	13
1.2.2 Teoria natalista.....	14
1.3 Direito à vida: atemporal.....	14
1.4 Aborto.....	15
2 ANENCEFALIA E ABORTO.....	19
2.1 Como se dá a anencefalia.....	20
2.2 O aborto de feto anencéfalo.....	20
2.3 Correntes favoráveis e correntes contrárias a interrupção da gestação de feto anencéfalo.....	21
2.3.1 Corrente favorável.....	21
2.3.2 Correntes contrárias.....	23
2.4 Aborto e o Código Penal.....	23
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	25
REFERÊNCIAS.....	26

INTRODUÇÃO

O tema “Direito da gestante interromper a gravidez de feto anencéfalo diante de garantias e princípios constitucionais” é muito discutido no âmbito jurídico, principalmente pela cobrança da sociedade, a qual tem acompanhado de perto a evolução da medicina, onde o pré-natal é feito com alto grau de precisão através da ultrassonografia, detectando casos de má formação do feto, como por exemplo, a anencefalia.

No que diz respeito à legislação vigente, o Código Penal data de 1940, estando portanto ultrapassado e não prevendo qualquer tipo de norma legal que mencione algum excludente de ilicitude em relação ao aborto de fetos anencéfalos.

Nos dias atuais, para que a gestante consiga antecipar o parto de feto anencéfalo necessário se faz uma autorização judicial, o que ocasiona decisões proferidas de forma diversa, causando muitas vezes mal estar entre o judiciário e a sociedade.

O anteprojeto do novo Código Penal abordou vários temas, não deixando de lado o aborto, uma vez que é de suma importância que se toque na questão da interrupção da gestação de feto anencéfalo, de acordo, claro, com as vontades da mãe.

Esse tema justifica-se pelo fato do nosso Código Penal ser ultrapassado, datado de 1940, e nos dias atuais, com a evolução da medicina, sente-se a necessidade de adequá-lo à realidade, principalmente no que diz respeito ao aborto de fetos anencéfalos.

Uma vez que o quadro de anencefalia é irreversível, e o mesmo pode ser diagnosticado ainda na fase intra-uterina, muitas gestantes têm o direito de minimizar sua dor através da antecipação do parto, pois o feto não sobreviverá após o nascimento.

Ante as decisões adversas do próprio judiciário surge a necessidade de uma garantia para a gestante de feto com anencefalia de decidir o destino do próprio filho.

Assim, com o anteprojeto de lei que prevê a regulamentação do aborto, e por ter sido colocado a questão dos anencéfalos, necessário se faz informar ao leitor a respeito do tema, para que o mesmo se posicione de forma a favorecer as gestantes que da lei necessitam para decidir o futuro de seus filhos.

Espera-se com este trabalho demonstrar a necessidade de uma legislação moderna a respeito do aborto, principalmente de fetos anencefálicos.

O primeiro capítulo tratará da vida, um direito fundamental, onde serão vistas as teorias jurídicas a respeito do início da vida e a respeito do aborto.

O segundo capítulo diz respeito à anencefalia e ao aborto, trazendo à baila as correntes favoráveis e contrárias à interrupção da gestação de feto anencéfalo e falando a respeito do aborto de acordo com o Código Penal.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho foi uma pesquisa de cunho bibliográfico, utilizando-se para tanto autores como: Diniz(2009), Mirabete (2006), Santos(2012), dentre outros.

1 VIDA: UM DIREITO FUNDAMENTAL

O primeiro direito que o ser humano possui é o direito à vida, sendo que o mesmo precede a teoria dos direitos fundamentais, transformando-se, segundo Silva (2001), em “fonte primária dos outros bens jurídicos”, além de tratar a vida humana como objeto de tutela constitucional.

Para Mendes (2009, p. 393), “o direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pela constituinte; assim, não faria sentido declarar qualquer outro, se antes não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo”.

Desta forma, em seu art. 5º. A Constituição Federal de 1988 aduz que: “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”.

Na concepção de Diniz (2009, p. 20), “a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa”.

Segundo Penteado (1999):

O direito à vida é imprescindível ao gozo dos direitos e, por conseguinte, a ciência jurídica ampara sua proteção integral. O Estado brasileiro não assegura somente a vida digna, mas todo e qualquer tipo de vida humana. Mesmo que imperfeita ou suscetível de limitações, a vida humana estará tutelada pela Constituição Federal da República de 1988, sem distinções (PENTEADO, 1999, p. 251).

Por se tratar de um bem jurídico de suma importância o mesmo deve ser protegido, sendo para tanto criadas normas jurídicas que impedem a prática de atentados contra a vida.

1.1 O começo da vida

Para Lino et al (2012), biologicamente falando a vida se inicia quando o óvulo é fecundado pelo espermatozóide, formando o zigoto ou ovo, dando início à gestação. Porém, no campo do Direito e da Bioética algumas questões devem ser analisadas: quando se dá o início da vida? Quando se dá a tutela jurídica? Assim,

surgem diversas teorias, as quais segundo Vieira (2006) podem ser assim resumidas:

1. A vida se inicia com a fecundação, por já se ter, neste momento, toda a informação genética necessária à formação da pessoa humana; 2. O início da vida ocorre com a nidação, quando o óvulo se fixa no útero, por volta do 14^o. dia após a concepção; 3. Com o surgimento da atividade cerebral, o que acontece em torno da oitava semana de gestação, é que começa a vida; 4. A identificação sexual, que sucede por volta da 12^a. semana de gestação, quando ocorre a definição do sexo biológico, é o marco inicial da vida; 5. O aparecimento da crista neural, ou seja, do sistema nervoso, o que se verifica em torno da 22^a. semana de gestação, é o momento em que a vida tem início; 6. O nascimento com vida delimita o início do seu autônomo (VIEIRA, 2006).

Nota-se porém que não há uma concordância, uma vez que cada teórico tem como fundamento de suas afirmações valores culturais e religiosos próprios. Muito se fala a respeito, uma vez que há várias consequências jurídicas em jogo. Assim, no entender de Vieira (2006), caso se utilize a pílula do dia seguinte a mesma seria considerada abortiva, uma vez que há uma teoria que considera o início da vida o momento da fecundação, ao passo que se considerarmos o início da vida com a nidação, a mesma não será considerada abortiva. Tudo é uma questão de concepção.

Mas segundo Diniz (2006, p. 14), a vida deve ser tutelada desde “a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da fecundação da pessoa, e juridicamente, desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide”.

1.2 Quando se dá o início da vida: teorias jurídicas

1.2.1 Teoria concepcionalista

Segundo o artigo 2^o. do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Desta forma, a teoria concepcionalista tem por fundamento vida humana ter início na fecundação do óvulo pelo espermatozóide, ou seja, no momento da concepção.

Segundo Barbosa (2012), “o embrião humano é um indivíduo em desenvolvimento, que merece o respeito e dignidade que é dado a todo homem, a partir do momento da concepção”.

1.2.2 Teoria natalista

Para os teóricos natalistas a personalidade da pessoa é reconhecida a partir do nascimento com vida, não sendo o nascituro considerado pessoa, uma vez que o mesmo pode nascer sem vida. Assim, segundo Barbosa (2012), “o nascituro, de acordo com esta teoria, não tem personalidade jurídica nem capacidade de direitos, sendo protegido apenas os direitos que terá possivelmente ao nascer com vida, os quais encontram-se taxativamente enumerados pelo Código Civil”.

1.3 Direito à vida: atemporal

Como não se tem uma forma de avaliar o início da existência humana, considera-se o direito à vida atemporal e o mesmo é tido como um dos direitos fundamentais. Para Ferreira (2010):

Desde 1839, com Schleiden e Schwann, ao formularem a teoria celular, foram responsáveis por grandes avanços da embriologia. Conforme tal conceito, o corpo é composto por células, o que leva à compreensão de que o embrião se forma a partir de uma única célula, o zigoto, que por muitas divisões celulares forma os tecidos e órgãos de todo ser vivo, em particular o humano (FERREIRA, 2010).

Cientificamente falando, define-se que existe vida desde a concepção, sendo que a mesma irá evoluindo, passando por diferentes fases vitais, mas com algo em comum: todos que vivem têm direito à vida, os quais encontram-se garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Desta forma, o nascituro é reconhecido como pessoa, pois segundo Montoro (1953, p. 10): “todo titular de direito é pessoa, e pessoa em linguagem jurídica é exatamente o sujeito titular de qualquer direito”. Desta forma, considera-se o aborto como um crime contra a pessoa.

Segundo Verdi (2012), por ser o direito à vida garantido na Constituição, o mesmo é atemporal uma vez que é inconstitucional matar qualquer ser humano, antecipando sua morte, e no caso do nascituro o mesmo não pode se defender.

Desta forma, ninguém tem o direito de tirar a vida de outro ser humano, mesmo que lhe seja pedido, ou que a pessoa encontre-se doente e em fase terminal. O mesmo se dá para os casos de má formação do feto, pois o bebê, mesmo que morra após o nascimento, tem o direito à vida.

1.4 Aborto

Segundo Damásio (2007), “considera-se abortamento a interrupção da gravidez até 22 semanas ou, se a idade gestacional for desconhecida, com o produto da concepção pesando menos de 500 gramas ou medindo menos de 16 centímetros”.

O Código Penal Brasileiro não conceitua aborto, apenas define-o como crime sem fazer distinção entre zigoto, embrião e feto, conforme art. 124: “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”.

Desta forma, será considerado aborto segundo Mirabete (2006), o momento em que o desenvolvimento intra-uterino for interrompido de forma intencional, havendo a expulsão do feto seguido de morte.

O aborto é praticado em todo o mundo, porém o mesmo é recriminado na maioria das civilizações, seja por fatores religiosos ou culturais. Segundo Paula (2006), existem várias formas de provocar aborto:

Aborto Medicamentoso: consiste na utilização de drogas uterotônicas (que provocam a contração uterina) e a conseqüente expulsão do conteúdo no útero contido. Aborto por Sucção: o interventor introduz uma cânula (tubo) de plástico no útero. Este tubo é conectado a um aspirador com poder de aspiração vinte e nove vezes maior do que um aspirador de pó caseiro. O embrião ou feto é dilacerado e aspirado. Aborto por Sonda e outros Objetos Pontagudos: comumente praticado por “aborteiras”, consiste na introdução de uma sonda, ou qualquer outro objeto pontagudo no útero, provocando dilatação cervical (do colo uterino), contração uterina e a conseqüente expulsão do conteúdo do útero contido. Aborto por Curetagem: o interventor introduz uma cureta (instrumento metálico) no útero e faz uma “raspagem” do mesmo, extraindo partes do embrião ou feto, até o esvaziamento total do útero. Abortamento por Envenenamento Salino: o interventor insere uma agulha dentro do abdômen da mãe, perfurando a bolsa d’água e injetando uma solução salina hipertônica. O feto, que já respira e engole líquido a partir da 11^o semana, fica envenenado. Aborto por Cesariana: feito, geralmente entre a 8^o e 24^o semana de gestação, consiste na extração do feto, através de uma incisão (corte) no útero, feita via abdominal. Como normalmente o feto é imaturo, portanto inviável, ele não recebe a devida assistência e morre (PAULA, 2006, p. 38).

Apesar de existirem todas essas formas de aborto, no Código Penal são permitidos apenas duas formas de aborto: o necessário ou terapêutico, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e o aborto sentimental ou humanitário, quando a gravidez resulta de estupro. Em momento algum a legislação brasileira prevê a antecipação do parto de fetos anencefálicos.

Segundo Santos (2009), “a anencefalia é um defeito congênito decorrente de mau fechamento do tubo neural, que ocorre entre o 23^o e o 28^o dia de gestação, durante a fase inicial da embriogênese, sendo causado por interações complexas entre fatores genéticos e ambientais”. A proporção de fatalidade do feto com anencefalia é de 100%, uma vez que não existe tratamento ou reversão do quadro.

O Direito Penal tem por finalidade maior garantir a convivência harmoniosa entre as pessoas, promover a paz social. Contudo, certas práticas de lesão são “permitidas” pelo Código, como o aborto do feto que coloca em risco a vida da gestante e o de gravidez provocada por estupro, de acordo com o art. 128, incisos I e II. Assim, Bianchini (2002), expõe:

Não é objeto de direito penal todos os fatos ilícitos, mas tão somente, aqueles que resistem a uma complexa averiguação: a) que estejam envolvidos bens mais fundamentais; b) que a conduta criminalizada provoque considerável abalo social; c) que não se encontrem disponíveis outros meios menos onerosos para o indivíduo; d) que os meios selecionados sejam adequados e eficazes. O direito penal, assim, é chamado a participar em condições extraordinárias (BIANCHINI, 2002, p. 76).

Nota-se claramente que as ações que interferem no âmbito social são consideradas pelo Código Penal Brasileiro como condutas criminalizadas. Já a Constituição Federal defende a liberdade, autonomia da vontade, o direito à saúde da mulher. A dignidade humana.

E quando se fala em dignidade humana fala-se no respeito que se deve ter por todos os indivíduos, com relação à vida, às liberdades e à integridade física e psicológica. Desta forma, como pode-se permitir que uma gestante leve até ao final uma gravidez de um feto anencéfalo, sabendo que o mesmo, ao nascer irá morrer? O prosseguimento desta gestação geraria danos à sua integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos.

Assim, Sarlet (2009) expõe que:

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicado, neste sentido, 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 (SARLET, 2009, p. 134).

Entende-se que é um sofrimento muito grande para a gestante, causado pelo conhecimento de que o filho que está sendo gerado em seu útero nascerá morto, padecendo de uma anomalia irreversível, como é a anencefalia. Assim, obrigar a gestante a levar adiante essa gravidez é desumano, chegando-se a se assemelhar tal conduta a uma agonia, contrariando a Constituição Federal em seu art. 5º., inciso III, que estabelece: ninguém será submetido a tortura ou a tratamento degradante.

Deve-se levar em conta que não estamos discutindo a possibilidade do nascimento de um feto com determinadas limitações físicas e sim de um feto que não terá a mínima chance de sobrevivência, sendo comprovado cientificamente a impossibilidade de perspectiva de vida extra-uterina.

Assim, Bitencourt (2007) assevera que:

A gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será “condenada” a abrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocionalmente e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, regozijando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser “condenada” – além da perda irreparável – continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida (BITENCOURT, 2007, p. 76).

Desta forma, torna-se claro a urgência em se adequar o Código Penal ao desenvolvimento das ciências médicas, uma vez que o que está em jogo é o direito constitucional das mulheres.

2 ANENCEFALIA E ABORTO

Segundo Castilo (2012), anencefalia é uma má formação do cérebro durante a formação embrionária, que acontece entre o 16° e o 26° dia de gestação, caracterizada pela ausência total do encéfalo e da caixa craniana do feto. Conhecida pela população como “ausência de cérebro” a anomalia faz com que não haja nenhum tipo de função do sistema nervoso central, o qual é responsável pela cognição, comunicação, afetividade, consciência, vida relacional.

Afirma Fazolli (2012) que:

A anencefalia trata-se de uma anomalia diagnosticável, porém, não possui nenhuma explicação plausível para justificar sua origem, sabendo-se, apenas, que o feto não apresenta abóbada craniana e os hemisférios cerebrais ou não existem, ou se apresentam como pequenas formações aderidas à base do crânio (FAZOLLI, 2012).

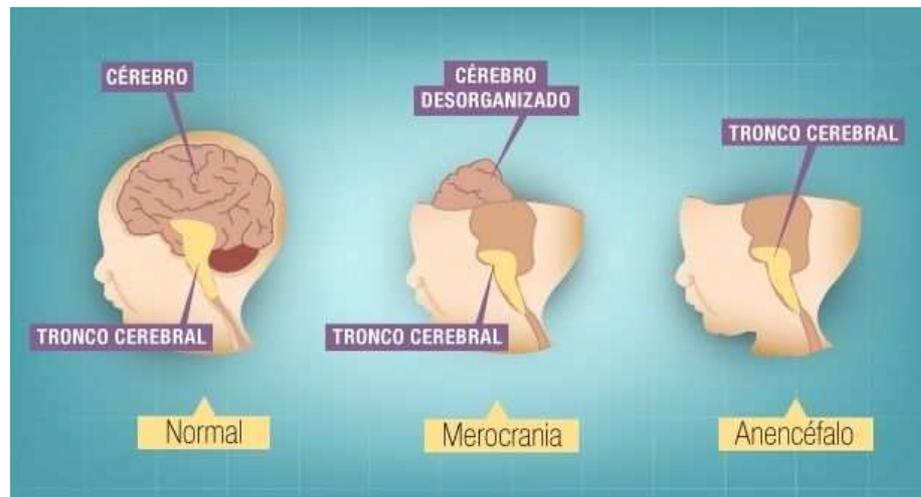


Figura 1: Anencefalia
Fonte: Fazolli, 2012.

Segundo Castilo (2012), a anencefalia pode ser causada por uma mutação genética, mas há outros fatores como a falta de ácido fólico no organismo. Desta forma, os bebês com anencefalia nascem sem a maior porção do cérebro, contudo o tronco cerebral funciona.

Ainda segundo o autor, ao nascer o anencéfalo não tem nenhuma capacidade de sobrevivência, sendo que a maioria morre em poucos minutos, havendo casos em que pode chegar a sete dias de vida, sem haver condições de sobrevivida.

Mesmo sabendo da condição do feto nossa legislação vigente não permite o aborto, permitindo a interrupção da gravidez somente em dois casos: no caso de estupro ou no caso iminente de risco de morte da gestante (CASTILO, 2012).

2.1 Como se dá a anencefalia

Segundo Langaman (2007), a anencefalia ocorre em uma de cada mil gestações, causando a morte em 100% dos casos, sendo que o tempo de sobrevivência é aleatório. Assim aduz o autor:

O tubo neural dá origem ao cérebro e medula, a parte anterior do tubo aumenta de tamanho para formar o cérebro, a parte final evolui para a medula espinhal, cada um desses elementos se desenvolve independentemente, de acordo com a programação genética é formado por uma dobra de tecido embrionário cerca de 25 dias após a concepção. Por volta da quarta semana de gravidez ocorre o fechamento do tubo neural, quando há um defeito muito grave no desenvolvimento, pode haver um aborto natural. A anencefalia é diagnosticada entre o 3º. e 4º. meses de gravidez, podendo ser causada por uma mutação genética, em que o gene não se comporta de forma correta (LANGAMAN, 2007, p. 292).

Para Langaman (2007), o feto com anencefalia não possui cérebro, sendo assim o mesmo não possui atividade intelectual, além de que ao nascer o mesmo não possui nenhuma capacidade de sobrevivência, vindo a morrer em sua maioria em poucos minutos.

2.2 O aborto de feto anencéfalo

Segundo Verdi (2012), fundamento jurídico para a legalização do aborto de feto anencéfalo não há, uma vez que o mesmo é um ser humano vivente, protegido pela Constituição Federal. O fato de ter má formação encefálica não lhe tira a natureza de ser humano nem tão pouco as garantias constitucionais que lhe são de direito.

A respeito da confusão entre morte cerebral e anencefalia Verdi (2012) afirma:

A anencefalia na maioria das vezes, é confundida como morte cerebral, no entanto, em momento algum o feto portador desse tipo de deficiência deve ser tratado como morto por causa dessa confusão, pois a morte encefálica, não se dá apenas com ausência ou suspensão definitiva das atividades do sistema nervoso de nível superior ou cortical, mas de todas as funções do encéfalo (VERDI, 2012).

Para Verdi (2012) os argumentos utilizados para o aborto de fetos anencéfalos são prioritariamente relativos ao bem estar:

A dignidade da gestante não é violada, pois quando mantém o feto em seu ventre até o nascimento, com a grandeza da humanidade e mantendo sua gravidez até o final é digna de mais respeito e admiração, que corresponde a ter sua dignidade muito mais elevada, pois gerando seu filho, demonstra que sabe amar (VERDI, 2012).

Segundo Slaibi Filho (2012) a Constituição tutela o direito à vida no entanto não situa o momento que se inicia ou que se acaba esta proteção. Porém, a legislação infraconstitucional, respeitando a Constituição, fixa esses termos.

Segundo o Código Penal em seu artigo 121, matar um ser humano durante ou após o parto é crime de homicídio, já o aborto é previsto no Código Penal em seus artigos 124 ao 128, “provocar interrupção de gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção”.

2.3 Correntes favoráveis e correntes contrárias a interrupção da gestação de feto anencéfalo

Necessário se faz a análise das duas correntes sobre o tema, uma vez que a sociedade é pluralista, existindo opiniões diferenciadas sobre a questão.

2.3.1 Corrente favorável

Camargo (2007) cita como argumento favorável os utilizados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 54-8 (ADPF), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde:

O Ministro Marco Aurélio de Melo, em sede de medida cautelar, nos autos da ADPF 54-8 do Distrito Federal, que autorizou o aborto de feto anencéfalo. Essa decisão causou múltiplas opiniões em todas as classes sociais e profissionais, inclusive no âmbito, onde alguns representantes apresentaram indignação, enquanto outros se posicionaram favoravelmente (CAMARGO, 2007).

O pedido veiculado é a interpretação conforme a Constituição das normas do Código Penal que dizem respeito ao aborto, para que seja declarada sua incidência às hipóteses de antecipação terapêutica de parto em casos de gravidez de feto anencefálico.

Com base no Código Penal, interromper a gestação de feto anencefálico não seria crime de aborto, uma vez que não há expectativa de vida para o feto, não havendo a possibilidade de surgimento de uma pessoa. Assim, segundo Boas (2012), apenas o feto com capacidade de ser pessoa pode ser também sujeito passivo do crime de aborto.

Ainda segundo a autora, estes fetos possuem defeitos insanáveis, que não serão nunca corrigidos, sendo que sua condição patológica não lhes concede o status de pessoa.

Essa corrente favorável à interrupção da gestação de feto anencefálico baseia-se no fato de que existe a dignidade da pessoa humana e impor a uma mulher o dever de durante nove meses ter que carregar em seu ventre um feto que sabe nascerá morto, lhe trará angústia e dor, violando assim a dignidade humana (CAMARGO, 2007).

Dias (2004) assevera que:

Como a plenitude do sistema estatal não convive com vazios, para a concreção do direito, o juiz precisa ter olhos voltados à realidade social. Mister deixem de fazer suas togas de escudos para não enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados e não punidos (DIAS, 2004, p. 25).

Vale ressaltar que o Código Penal em vigor foi elaborado na metade do século passado, não estando a ciência naquele tempo apta a saber se a criança, se nascida, teria alguma anomalia ou qualquer chance de sobrevivida. Desta forma, torna-se clara a urgência em se adequar o Código Penal ao desenvolvimento das ciências médicas, uma vez que o que está em jogo é o direito constitucional das mulheres.

Segundo dados da Febrasego (2012), entre 1989 e 2008 mais de cinco mil alvarás judiciais foram concedidos permitindo a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, embora não seja regulamentada por lei.

2.3.2 Correntes contrárias

Para os seguidores desta corrente não deve haver permissão para qualquer tipo de aborto, mesmo sendo constatado que o feto possui algum tipo de anomalia ou patologia, incluindo os de feto anencefálicos.

Goldinho (2012) afirma que o representante da Comissão de Bioética da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, padre Luiz Antônio Bento é contra este tipo de prática, afirmando que “a criança, mesmo com anencefalia, não perde a sua dignidade, é um ser humano, é como se fosse um paciente que precisa de cuidados”.

Para Boas (2008):

Nessa premissa o entendimento é que, entre um feto uma criança e um adulto, há uma relação de continuidade. É a premissa mais popular contrária à prática do aborto em geral. Um feto teria todas as potencialidades para se desenvolver e se transformar em um indivíduo adulto, se fosse permitido a este o pleno desenvolvimento biológico no ventre materno. Portanto, o entendimento é de que o feto já seria um indivíduo e qualquer dano a ele deveria ser considerado um atentado a um indivíduo adulto (BOAS, 2008).

Assim, nota-se que essa premissa diz respeito ao princípio da reciprocidade, não tolerando danos contra a vida de um indivíduo.

2.4 Aborto e o Código Penal

No Código Penal brasileiro, o crime de aborto está classificado dentro do Título “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no Capítulo “Dos Crimes contra a Vida”.

Para o Direito Penal, o feto é considerado uma pessoa e assim merece a tutela jurisdicional do Estado a fim de proteger-lhe a vida. O aborto é crime material, uma vez que as figuras típicas descrevem a conduta de provocar e o resultado, que é a morte do feto, exigindo a sua produção.

Assim, em seu art. 128, dispõe que:

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Tal crime se consuma com a interrupção da gravidez e a morte do feto, sendo desnecessária a existência da expulsão. Podem ocorrer casos de expulsão prematura do feto ainda com vida o que não desnatura o crime, pouco importando que a morte ocorra só após.

Vejamos:

Consumação do aborto: TJSP: O momento consumativo do crime de aborto é a interrupção da gravidez com a morte do feto. A expulsão deste é um fenômeno que pode deixar de ocorrer. (RT 454/376) Morte do feto dentro ou fora do ventre materno- TJSP- Pouco importa, ensina José Frederico Marques, que a morte ocorra no ventre materno, ou fora dele. Irrelevante é, ainda, que o evento se dê com a expulsão do feto, ou sem que seja expelido das entranhas maternas (Tratado de Direito Penal, vol 4/157) (RJTJESP 28/368).

O delito admite a forma tentada, quando as manobras abortivas não interrompem a gravidez ou causam apenas a aceleração do parto.

É crime de dano, uma vez que se consuma com a morte do feto. Pode ser executado de forma livre, ou seja, por qualquer meio: ação ou omissão, físico, químico, mecânico, material ou moral.

Fundamentalmente, é destacar que o aborto só é punível a título de dolo, vontade de interromper a gravidez e de causar a morte do produto da concepção, não existe neste crime a modalidade culposa.

O dolo pode ser caracterizado em:

- Direto: quando há vontade livre e consciente de produzir a interrupção da gravidez e a morte do feto.

- Eventual: quando o sujeito, no mínimo, assume o risco de produzir o resultado.

- Preterdolo: quando há dolo no antecedente (aborto) e culpa no conseqüente (lesão grave ou morte). É o caso de aborto qualificado pelo resultado, disposto no art. 127 CP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se por este trabalho que a interrupção da gravidez de feto anencefálico teve destaque nacional após ser divulgado pela mídia uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54/8 DF), a qual foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Porém tal decisão foi tida como inconstitucional, uma vez que vai de encontro ao art. 5º. da Constituição Federal, a qual considera o direito à vida inviolável, além de também ir contra o art. 4º. do Pacto São José, pacto este de cunho internacional ao qual o Brasil aderiu, o qual afirma que a vida tem início na concepção.

Observou-se que existem legisladores que são a favor da criação de uma nova excludente de ilicitude no que diz respeito à gravidez de feto anencefálico. Tem-se como objetivo maior a legalização do aborto seletivo, o qual seria feito quando o feto apresentasse má formação congênita que não lhe permite sobreviver após o nascimento, porém, nota-se que dito aborto não deixa de ser tipificado como crime.

Assim, o feto anencefálico tem direito à vida, pois é um ser humano, gerado no útero de sua mãe, não devendo ser considerado um ser menos digno da proteção do Estado e que destituído de seus direitos.

Ante o conflito existente entre o direito ao feto anencéfalo de nascer e o da mãe, prevalecerá o direito à vida, que é o do feto, o qual possui respaldo no art. 5º. da Constituição Federal.

No que diz respeito ao aborto de feto anencéfalo o mesmo é inconstitucional, portanto, não há legislação que o permita. Desta feita, considera-se o aborto de feto anencéfalo ilegal, uma vez que fere o direito à vida.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, H. H. **Teoria do início da vida.** Disponível em: <www.intertermas.unitoledo.br>. Acesso em: 05 set 2012.

BIANCHINI, A. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal:** série as ciências criminais no século XXI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BOAS, C. B. V. **Anencefalia:** direito à vida. Disponível em: <www.facs.br>. Acesso em: 04 set 2012.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil.** Brasília: MEC, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.**

CAMARGO, M. N. **Leituras complementares de constitucional.** Salvador: Jus Podivum, 2007.

CASTILO, E. **O que é anencefalia?** Disponível em: <www.ghente.org>. Acesso em: 04 set 2012.

DAMÁSIO, E. J. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, B. M. **Aborto feto com má formação congênita.** Anencefalia. Consulex, Revista Jurídica, n. 174, 15 de abril de 2004.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

FAZOLLI, F. **Anencefalia e aborto.** Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 06 set 2012.

FERREIRA, A. T. **A origem do ser humano e o aborto:** biodireito-medicina. Disponível em: <www.biodireito-medicina>. Acesso em: 04 set 2012.

LANGAMAN, J. **Embriologia médica.** São Paulo: Atheneu, 2007.

LINO, M. H.; GUERRA, R.; DIAFÉRIA, A.; BRAZ, M. **Início da vida humana:** uma abordagem ética e jurídica da utilização de células tronco embrionárias. Disponível em: <www.ghente.org>. Acesso em: 06 set 2012.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: saraiva, 2009.

MIRABETE, J. L. **Manual de direito penal.** São Paulo: Atlas, 2006.

MONTORO, A. **Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1953.

PAULA, W. K. **Aborto: tradições e contradições**. Florianópolis: Papa-Livro, 2006.

PENTEADO, J. C. **A vida dos direitos humanos**. Bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Frabris, 1999.

SANTOS, M. A. 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: 02 jul. 2012.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SLAIBI FILHO, N. **Hermenêutica constitucional**. Disponível em: <www.cajur.cjb.net>. Acesso em: 06 set 2012.

VERDI, R. **Aborto de feto anencéfalo: a inconstitucionalidade da legalização e o resgate da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acesso em: 06 set 2012.

VIEIRA, T. R. **Quando começa a vida?** Revista Jurídica, Consulex, n. 225, 31 de maio de 2006.