

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

MARCELO DAMASCENO SILVEIRA

ABORTO E ANENCEFALIA

São Paulo

2008

MARCELO DAMASCENO SILVEIRA

ABORTO E ANENCEFALIA

Monografia apresentada no curso de Pós-Graduação *Lato-Sensu* em Direito e Processo Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista.

ORIENTADOR: Prof. Dr. ALEXIS COUTO DE BRITO

São Paulo

2008

RESUMO

Neste trabalho defende-se a possibilidade da realização do aborto em casos de anencefalia, lastreado na certeza científica trazida pela Medicina acerca da total inviabilidade de vida extra-uterina apresentada pelo feto anencefálico. Discute-se que a anencefalia também pode trazer sérios riscos à vida da gestante, bem como conseqüências de caráter psicológico e moral, podendo levar a mulher a passar por sério quadro de depressão, mesmo após o parto, razão por que se conclui devam prevalecer os direitos constitucionais à vida, à saúde, à integridade física e mental, bem como à dignidade humana da mulher. Aborda-se a questão, ademais, sob o ponto de vista ético, concluindo-se que essa forma de interrupção da gravidez não fere a ética ou a moral, porquanto não é razoável o argumento de que a mulher deva ser obrigada a dar à luz a um ser inviável, a fim de que os órgãos do anencéfalo possam ser doados a outros bebês, devendo prevalecer, em primeiro lugar, os interesses da gestante. A questão é enfrentada, ainda, por meio do cotejo com a Lei nº 9437, de 4 de fevereiro de 1997, que prevê a morte encefálica como marco final da vida humana, do que se conclui que o anencéfalo não possui vida humana em potencial, não tutelável, pois, pelo Direito. Fala-se, também, das influências geradas pela Igreja Católica na sociedade brasileira, e da necessária separação entre os aspectos morais e religiosos do jurídico. Do ponto de vista penal, conclui-se não haver falar-se em crime de aborto nesses casos, já que não há vida em potencial no feto anencefálico, não fazendo sentido tutelar-se a vida intra-uterina se a vida extra-uterina - seu fim último - não possui qualquer possibilidade de se concretizar, configurando-se típico caso de crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto. Ademais, ressalta-se não haver dolo de extermínio de uma vida humana em potencial, senão a vontade de se evitar significativo sofrimento psicológico, físico e moral à mulher, que apenas enterraria seu próprio bebê. Sob o ponto de vista da culpabilidade, conclui-se não ser exigível conduta diversa da gestante, devendo prevalecer seu direito à vida, à saúde e à dignidade humana. Por fim, analisou-se a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que aborda essa questão, bem como o caso da menina Marcela de Jesus Ferreira, que, inicialmente diagnosticada com anencefalia, verificou-se depois tratar-se de microcefalia, razão da sua sobrevivência por um ano e oito meses.

Palavras-chave: Aborto; anencefalia; direito à vida; direito à saúde; dignidade humana; crime impossível.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 ANENCEFALIA.....	7
2.1 CONCEITO, CAUSAS E CARACTERÍSTICAS.....	7
2.2 RISCOS E CONSEQÜÊNCIAS.....	12
3 POSSIBILIDADE DO ABORTO? AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NO BRASIL.....	20
4 CONSTITUCIONALIDADE?.....	24
4.1 DIREITO À VIDA.....	24
4.2 DIREITO À SAÚDE E À INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL...	28
4.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	29
4.4 ISONOMIA: ABORTO NECESSÁRIO E HUMANITÁRIO.....	30
5 UMA QUESTÃO DE ÉTICA?.....	34
6 COTEJO: MORTE NO BRASIL - MORTE ENCEFÁLICA - ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.437. DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997.....	38
7 A POSIÇÃO DA IGREJA CATÓLICA E SUA INFLUÊNCIA SOBRE A OPINIÃO PÚBLICA.....	43
8 ANÁLISE JURÍDICO-PENAL DA QUESTÃO.....	49
9 POSIÇÃO ATUAL DO STF - A ADPF Nº 54.....	59
10 O CASO MARCELA DE JESUS FERREIRA.....	68
11 CONCLUSÃO.....	71
BIBLIOGRAFIA.....	73

1 INTRODUÇÃO

Visa-se com o presente trabalho a abordar aspecto específico envolvendo o crime de aborto, relacionado à circunstância especial e delicada da gravidez de feto anencefálico, destacando tanto a dignidade humana da mulher e a exigibilidade desta em manter a gravidez, quanto o direito à vida do embrião.

A análise envolverá o confronto daqueles preceitos constitucionais – direito à vida do feto e à liberdade da gestante -, além da questão da morte encefálica prevista na Lei nº 9.434/97 como parâmetro de tutela do direito à vida do feto, considerando a eventual possibilidade de se cogitar a inexistência de vida humana do anencéfalo em virtude da ausência de cérebro. Será analisada, assim, a possibilidade de exclusão do crime de aborto em casos deste jaez.

O intuito é destacar e debater a importância social acerca da anencefalia, buscando demonstrar que tanto científica quanto socialmente, o aborto em casos de fetos anencéfalos não ofende a Constituição Federal, mas, ao contrário, tutela direitos tanto da gestante, quanto dos familiares desta, evitando traumas de ordem física e psicológica, precisando, pois, que o Congresso Nacional regule esta questão definitivamente, especificando regras e procedimentos para a realização do aborto em casos de anencefalia.

Será destacado, ademais, que como o aborto está previsto como crime no Brasil, tanto doutrina quanto jurisprudência pátrias são divididas a respeito da possibilidade de realizá-lo em casos de anencefalia.

Uma primeira corrente defende a impossibilidade de sua realização em virtude da ausência de previsão legal e por desrespeito ao direito à vida, enquanto outra entende que mesmo na ausência de lei, a interrupção da gravidez em casos de anencefalia seria possível por aplicação de princípios constitucionais implícitos e explícitos, não havendo ferimento à Constituição da República pelo fato de o próprio ordenamento jurídico pátrio prever a inexistência de vida humana após atestada a morte cerebral.

Outrossim, será abordado que em razão da ausência de previsão legal para a realização de aborto em casos como tais, deve-se considerar as circunstâncias fáticas vivenciadas pela mulher, assim como as pesquisas científicas realizadas pela

Medicina ao longo dos séculos, concluindo pela total inviabilidade de sobrevivência do feto portador de anencefalia.

Tais circunstâncias, somadas ao trauma vivenciado pela mulher e à previsão da Lei nº 9.434/97, cuja interpretação permite concluir pela ausência de vida humana viável em casos como tais, justifica o encaminhamento da pesquisa voltado à busca de maiores argumentos científicos e jurídicos a fim de possibilitar a realização do aborto em casos como os aqui em discussão.

Será demonstrado, portanto, que a anencefalia é doença de natureza extremamente grave, e que por não permitir ao feto qualquer possibilidade de sobrevivência, deve ser permitido o aborto de anencéfalos, sem que com isso se possa alegar ofensa ao direito à vida consagrado na Constituição Federal, preservando-se, por outro lado, a dignidade humana da mulher e de seus familiares, evitando-se, assim, todos os traumas durante e após a gestação de um feto que já se sabe destituído de qualquer chance de sobrevida, conforme comprovados estudos científicos.

2 ANENCEFALIA

2.1 CONCEITO, CAUSAS E CARACTERÍSTICAS

A anencefalia, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹, conceitua-se como sendo:

Monstruosidade em que não há abóboda craniana e os hemisférios cerebrais ou não existem, ou se apresentam como pequenas formações aderidas à base do crânio.

Já para os médicos pesquisadores do *National Institute of Neurological Disorders and Stroke*, a anencefalia tem a seguinte definição:

[...] é um defeito no tubo neural (uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula, e/ou suas coberturas protetivas). O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3ª e 4ª semanas de gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. A anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. **Fetos com esta disfunção nascem sem testa (a parte da frente do cérebro) e sem um cerebrum (a área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação). A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente, e incapaz de sentir dor.** Embora alguns indivíduos com anencefalia talvez venham a nascer com um tronco rudimentar de cérebro, **a falta de um cerebrum em funcionamento permanente deixa fora de alcance qualquer ganho de consciência.** Ações de reflexo tais como a respiração, audição ou tato podem talvez se manifestar. **A causa da anencefalia é desconhecida. Embora se acredite que a dieta da gestante e a ingestão de vitaminas possam caracterizar uma resposta, cientistas acreditam que há muitos fatores envolvidos**² - [grifo nosso].

Maria Auxiliadora Minahim³, por sua vez, preleciona que:

A anencefalia, numa perspectiva médica, consiste em uma patologia congênita que afeta a configuração encefálica e dos ossos do crânio

¹ *Dicionário da língua portuguesa*, 2. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p.138.

² In: <<http://www.anencephaly.net>>, Apud SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia, *Nos limites da vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 114.

³ *Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Juruá, 2007. p. 207.

que rodeiam a cabeça. **Como resultado, há um desenvolvimento mínimo do encéfalo, faltando total ou parcialmente, o cérebro – região do encéfalo responsável pelo pensamento, a visão, a audição, tato e coordenação de movimentos.** A expressão sugere ausência de encéfalo, o que de fato não ocorre, mas sim, uma formação inacabada deste. Esta porção de tronco encefálico existente permite que diversas funções que lhe incumbem possam ser cumpridas tais como: movimento dos olhos e da boca, transmissão de mensagens sensoriais (inclusive dor), fome, respiração espontânea, temperatura corporal, tosse, vômitos e deglutição. A permanência desses reflexos, ou de alguns deles, é que marca a diferença entre morte encefálica e anencefalia, segundo os critérios médico-biológicos vigentes, conforme se verá no capítulo que trata da morte e suas repercussões no direito penal.

[...]

A incompletude do encéfalo determina que cerca de setenta e cinco por cento dos fetos nasçam mortos e que os vinte por cento restantes, que nascem vivos apenas sobrevivem poucas horas, dias ou semanas. É freqüente, todavia, que haja referências extremadas quanto ao prazo de vida dos anencéfalos: ‘alguém que vive por sete minutos’, ‘por poucos minutos após o nascimento’. É preciso assinalar que, embora raramente, - em apenas cinco a nove por cento dos casos – esses bebês têm sobrevida além de dois meses, morrendo alguns em ‘questão de dias’ - [grifo nosso].

Já o Professor José Aristodemo Pinotti⁴ – Titular de Ginecologia da USP -, assim conceitua a anencefalia:

é o resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. As evidências têm demonstrado que a diminuição de ácido fólico materno está associada com o aumento da incidência, daí sua maior freqüência nos níveis socioeconômicos menos favorecidos. O Brasil é um país com incidência alta, cerca de 18 casos para cada 10 mil nascidos vivos, a maioria deles do sexo feminino. [...] Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado.

Ainda, ao ser ouvido perante o Supremo Tribunal Federal, na audiência pública realizada no dia 28.08.2008, o ilustre professor e, atualmente, Deputado Federal, defendeu a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, afirmando que a Medicina não possui qualquer dúvida acerca da inviabilidade do feto portador daquela doença.

⁴ PINOTTI, José Aristodemo. *Anencefalia*. Advocacia Dinâmica: Informativo, Rio de Janeiro, v.24, n. 48, dez. 2004. p. 741.

A sua argüição foi assim noticiada no *site* daquele E. Tribunal⁵:

O deputado federal José Pinotti, mais conhecido como Dr. Pinotti (DEM-SP), afirmou nesta quinta-feira (28) que **os fetos com malformação cerebral, anomalia conhecida como anencefalia, não têm potencialidade de vida. Segundo ele, “a anencefalia é uma patologia letal em 100% dos casos”**.

Pinotti, que integra a Academia Nacional de Medicina, foi o sexto palestrante da audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para analisar a possibilidade de interrupção de gravidez de fetos anencéfalos. O STF decidirá sobre isso ao julgar uma ação proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

“O que se quer é simplesmente garantir a dignidade da pessoa humana, permitindo que a mulher escolha levar ou não esse tipo de gravidez até o fim, sempre de uma maneira bastante informada”, ponderou o parlamentar. Para ele, a antecipação do parto de fetos anencéfalos não é aborto. “Aborto é a interrupção de uma potencialidade de vida, e um feto anencéfalo não tem potencialidade de vida.”

Pinotti realçou a dimensão do problema, já que dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) apontam a existência de 8,6 fetos com malformação cerebral a cada 10 mil partos. **Segundo ele, na medicina, há poucas certezas, mas ela é possível em diagnósticos de anencefalia e de óbito fetal.**

De acordo com o parlamentar, bastam duas ecografias realizadas por dois profissionais experientes, na 12ª semana de gravidez, para se ter um diagnóstico de certeza. “São poucas certezas que nós temos na medicina e isso nos move.”

Pinotti também ressaltou que a gravidez de feto anencéfalo é de “altíssimo risco” e que muitas mulheres são compelidas a fazer abortos na ilegalidade por não suportarem prolongar o sofrimento por nove meses. Segundo ele, as estimativas são de que sejam realizados no Brasil cerca de 1,5 milhão de abortos clandestinos no país - [grifo nosso].

Por fim, Alberto Silva Franco⁶, citando Mario Sebastiani⁷, afirma que a anencefalia caracteriza-se:

[...] pela ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria de cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência de hemisférios cerebrais e pela exposição exterior do tecido nervoso hemorrágico e fibrótico⁷. O quadro do feto anencéfalo não se resume apenas às seqüelas já

⁵ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 28 ago. 2008.

⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. RT, São Paulo, v. 94, n. 833, mar. 2005. p. 402-403.

⁷ SEBASTIANI, Mario. *Análisis ético bajo El concepto del feto como paciente em los casos de anencefalia*. LexisNexis-Jurisprudência Argentina. Fasc. 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 23 jul. 2003, p. 78/82.

referidas. Inclui ainda ‘a falta do hipotálamo, **o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, com estruturas faciais alteradas, que dão ao anencéfalo uma aparência grotesca, e anormalidades nas vértebras cervicais. Os olhos podem parecer, de um modo geral, normais, mas o nervo ótico, se existente, não se estende até o cérebro**’. ‘Bem por isso, tem o feto anencéfalo a aparência de uma rã na medida em que é totalmente carente da calota craniana e da cobertura das estruturas neurológicas restantes, com um protusão dos olhos secundada pela ausência do osso frontal que conforma a parte superior da órbita craniana’. É esta aparência que diferencia a anencefalia de outros transtornos que podem ser produzidos também pelo não fechamento do tubo neural e que acarretam outras tantas anomalias graves, como a espinha bífida, com ou sem mielomeningocele. Não obstante os defeitos congênitos já referidos, o feto anencefálico possui, no entanto, o tronco cerebral cuja existência propicia vários reflexos. Apesar da carência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), o que ocasiona a total impossibilidade do exercício ‘de todas as funções superiores do sistema nervoso central que se relacionam com a existência da consciência e que implicam a cognição, a vida de relação, a comunicação, a afetividade, a emotividade’, o feto anencéfalo, em razão do tronco cerebral, preserva, de forma passageira, as ‘funções vegetativas, que controlam, parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal’. **Por todas essas graves carências do processo de desenvolvimento embrionário, o anencéfalo guarda, em altíssimo percentual, incompatibilidade com os estágios mais avançados da vida intra-uterina e total incompatibilidade com a vida extra-uterina** - [grifo nosso].

No tocante às causas da anencefalia, segundo estudos norte-americanos, a causa da doença ainda não é conhecida, havendo apenas hipóteses, porém, sem qualquer comprovação científica.

De acordo com a pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Saúde, Qualidade de Vida e Relações de Trabalho/ CNPq/ UNESP – Professora Doutora Suelen Chirieleison Terruel⁸ -, entre aquelas causas estão infecções pré-natais, antagonistas de ácido fólico, água mineral, hipertensão materna e um fator desconhecido no tubérculo da batata.

Ensina a ilustre professora que:

No Brasil, entretanto, existe expressivo posicionamento de que **a hipossuficiência de ácido fólico é o fator de maior relevância para a incidência da anencefalia.**

Francisco Salomão, chefe do serviço de neurocirurgia do Instituto Fernandes Figueira (IFF), unidade materno-infantil de referência no Rio de Janeiro para malformações congênitas, afirma que **uma das**

⁸ *Anencefalia Fetal: Causas, Conseqüências e Possibilidade de Abortamento*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com>> Acesso em 03 set. 2008.

principais formas de prevenir a malformação de um feto é tornar rotineiro o consumo de ácido fólico: "É fundamental o trabalho de convencimento de médicos de família, obstetras, ginecologistas e outros especialistas no sentido de recomendar e prescrever a vitamina às suas pacientes."

Para o presidente da Comissão Nacional de Violência Sexual e Interrupção da Gestação Prevista por Lei da Febrasgo, Jorge Andalaft Neto, **mães diabéticas têm seis vezes maior probabilidade de gerar filhos anencefálicos, além de haver maior incidência também nos casos em que as mães são muito jovens ou apresentam idade mais avançada. Andalaft Neto afirma que: fatores nutricionais e ambientais podem influenciar indiretamente nesta malformação. Ente elas estão: exposição da mãe durante os primeiros dias de gestação a produtos químicos e solventes, irradiações, deficiência materna de ácido fólico, alcoolismo e tabagismo. Presume-se que a causa mais freqüente seja de ácido fólico. O melhor modo de prevenir esta malformação é que toda mulher em idade fértil utilize diariamente ácido fólico três meses antes da concepção e nos primeiros meses de gestação - [grifo nosso].**

Nesse mesmo sentido, Maíra Costa Fernandes destaca como causas de tal problema:

anormalidades genéticas, fatores ambientais, entorpecentes, enfermidades metabólicas, interação de fatores genéticos e ambientais e deficiências nutricionais e vitamínicas, especialmente a baixa ingestão de ácido fólico. A incidência pode ser maior também em mulheres muito jovens ou de idade avançada. A exposição da gestante no início da gravidez a produtos químicos, solventes e irradiações, e o consumo de tabaco e bebidas alcoólicas também são apontados como elementos capazes de influenciar na má-formação fetal⁹.

Acrescenta a autora, ainda, que:

[...] detectada a anencefalia fetal, não há nada que possa ser feito para reverter a anomalia do feto. Por isso, a prevenção é essencial, especialmente em casos de mulheres que já tenham dado à luz ou interrompido a gestação de um feto anencéfalo, já que, nesses casos, tal precedente pode aumentar em até 10% as chances de desenvolver uma outra gravidez com essa anomalia.

⁹ SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 114-115.

Sobre o tema, Thomaz Gollop¹⁰ preleciona que:

É possível prevenir o risco de recorrência da gestação de um feto com anencefalia, que é de 5% quando se tem um único caso, passa a 10% quando tem dois casos anteriores. A prevenção, hoje, é uma norma do Centro de Controle de Doenças, nos Estados Unidos, que preconiza quatrocentos microgramas de ácido fólico pelo menos um mês antes da gravidez e nos dois primeiros meses da gestação e nos casos onde houve um antecedente o uso de quatro miligramas para prevenir a ocorrência e quatro miligramas para prevenir a recorrência em uso diário. Mas é preciso lembrar que isso é para prevenir, pois não há nenhuma cura para a anencefalia. Não há nenhuma perspectiva de tratamento ou sobrevida para um feto com anencefalia.

Outrossim, pelo que se pode observar dos estudos científicos até então realizados, forçoso concluir que, apesar de não possuir cura, a anencefalia é doença que pode ser prevenida por meio de atitudes da gestante, entre elas, a de ingestão de ácido fólico nos três meses anteriores à concepção e nos primeiros meses de gestação, bem como evitar a exposição a irradiações, o uso de produtos químicos e solventes durante os primeiros dias de gestação, o consumo de álcool e a prática do tabagismo.

2.2 RISCOS E CONSEQÜÊNCIAS

A constatação da anencefalia traz sérios riscos à mulher, inclusive, relacionados à integridade física e à sua própria vida¹¹.

¹⁰ GOLLOP, Thomas Rafael. *Riscos graves à saúde da mulher*. Apud SARMENTO, Daniel, PIOVESAN, Flávia, *Nos limites da vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.115. Thomas Gollop é médico obstetra, especialista em Medicina Fetal e Professor da Universidade de São Paulo.

¹¹ Sobre o tema, a FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia atesta que: “As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstetrícia nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente. C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). D) Associação com vasculopatia periférica de estase. E) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo. G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstetrícias do parto de termo”. Fonte: petição inicial da ação de arguição de descumprimento de

O ilustre professor da Universidade de São Paulo – Dr. Thomaz Rafael Gollop¹², assim introduz o problema:

Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. [...] Em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâmio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de deslocamento prematuro de placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencefálicos, por não terem o pólo cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distorcia do ombro, porque nesses fetos, com freqüência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão no parto do ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grandes no ponto de vista obstétrico. **Assim sendo, há inúmeras complicações em uma gestação cujo resultado é um feto sem nenhuma perspectiva de sobrevivida.** A distorcia de ombro acontece em 5% dos casos, o excesso de líquido em 50% dos casos e a atonia do útero pode ocorrerem em 10% a 15% dos casos - [grifo nosso].

Nesse mesmo aspecto, Suelen Chirieleison Terruel¹³ alerta sobre os riscos da doença à mulher:

Quanto à gestante, há divergência sobre o fato da gestação de anencéfalo ser prejudicial ou não à mulher. Significativa é a representação de médicos que dizem não haver nenhum risco para a gestante, os quais afirmam ser a gestação de anencéfalo idêntica à gestação de feto saudável.

Entretanto, existe uma vertente que defende ser a gestante de anencéfalo prejudicada pela gestação, afirmando que há evidências muito claras de que a manutenção da gestação pode elevar o risco de morbi-mortalidade materna.

Neste sentido se posiciona a Febrasgo, afirmando ser freqüente a associação da anencefalia à polihidrâmnio em 50% dos casos. Esta alta incidência deve-se ao fato de que parte do líquido amniótico é deglutido pelo concepto. Também a apresentação fetal anômala (pélvico transverso, de face e oblíquos) é encontrada em gestações de anencéfalo devido à dificuldade de insinuação do polo fetal no estreito inferior da bacia. Não é desprezível também a associação com doença hipertensiva específica de gravidez (DHEG), comprometendo o bem-estar físico da gestante.

preceito fundamental nº 54, pp. 5-6, Supremo Tribunal Federal – Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 28 ago. 2008.

¹² GOLLOP, Thomas Rafael. *Riscos graves à saúde da mulher*. Apud SARMENTO, Daniel, PIOVESAN, Flávia, *Nos limites da vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 115-116.

¹³ *Anencefalia Fetal: Causas, Conseqüências e Possibilidade de Abortamento*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com>> Acesso em 03 set. 2008.

Nos casos em que se observa a associação com polihidrânio e trabalho de parto prolongado, a incidência de hipotonia e hemorragia no pós-parto é de 3 a 5 vezes maior. Pelo fato da mulher não amamentar, já que há o bloqueio da lactação, também a involução uterina é mais lenta, suscitando sangramento às vezes de grande monta no puerpério.

A Febrasgo orienta também que, embora o aborto seja punido nestes casos, deve ser dada a possibilidade de interrupção da gestação ao casal tão logo se faça o diagnóstico da anencefalia, já que é notável a expedição de autorizações judiciais nestes casos peculiares” - [grifo nosso].

Luís Roberto Barroso¹⁴, da mesma forma, assevera que:

Uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. O mesmo, todavia, não ocorre com relação ao quadro clínico da gestante. **A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos.** De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal. Assim, a antecipação do parto nessa hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução - [grifo nosso].

Por sua vez, José Henrique Pierangeli¹⁵, em aula ministrada na Escola Judicial do Estado do Amapá, em Macapá, expôs de forma muito clara os graves transtornos trazidos às gestantes em decorrência da anencefalia, quer seja no tocante ao perigo de morte, quer seja em relação aos transtornos psíquicos gerados durante e após a gravidez.

O ilustre professor trouxe o relato de uma mulher que muito sofreu, física e psicologicamente, em conseqüência da gestação de um filho anencéfalo, narrando os traumas que isso gerou para a sua vida, durante e depois do parto.

¹⁴ Petição inicial da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, pp. 5-6. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 03 set. 2008.

¹⁵ José Henrique Pierangeli foi professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo do Largo de São Francisco - USP; de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC Campinas e de Direito Penal na Faculdade de Direito de Araxá. Foi procurador de justiça no Estado de São Paulo, sendo eleito por três vezes membro do Conselho Superior e membro do Órgão Especial do Colégio de Procuradores, onde tornou-se membro permanente. Possui artigos e livros doutrinários publicados em língua espanhola em vários países da América Latina. Membro correspondente de várias instituições científicas no Brasil e no exterior. Advogado criminalista.

Ensina o renomado mestre que:

A doutrina médica tem afirmado que a anencefalia cria situações de risco para a saúde da mulher, caso esta prossiga na gestação. Numa angulação sob o aspecto físico, se levado avante o processo gravídico, aumenta para a gestante, significativamente, riscos no parto, mas não se conclui existir em tal situação, perigo de morte. **Aqui, acresce acentuar que o conceito de saúde não se resume à saúde física, mas abrange o estado de completo bem estar físico, psicológico e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade, como define a Organização Mundial de Saúde. É o que criteriosamente acentua Alberto Silva Franco: ora, é inquestionável, na hipótese da encefalia, que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos. O diagnóstico da encefalia 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 [...] Obrigá-la a carregar, em seu ventre, um ser morto, porque deixará de existir se dela desconectado, constitui ainda uma ofensa à sua dignidade de mulher, de mãe, enfim, de pessoa humana.**

O Boletim do IBCCRIM nº 145, de dezembro de 2004, traz um relato de uma juíza de direito, que merece ser transcrito: **Sou mãe (ou fui) de um bebê com esta deformidade. Soube disso no terceiro mês de gravidez (vinte anos atrás) e meu primeiro pensamento foi a interrupção.** Consultei sobre o assunto o médico que acompanhava a gestação e ele deu uma resposta desconcertante: Se v. quiser abortar, indico-lhe um abortadeiro porque sou um parteiro. Isto me deu uma enorme sensação de culpa; me senti uma assassina e levei a gravidez a termo. **Foram os piores anos de minha vida, pois uma das coisas mais importantes deste período é o vínculo de amor e carinho que nós estabelecemos com o ser que está ali dentro de nós. Só a mãe sabe como é esse sentimento. Durante os sete meses restantes, vivi brigando com tal sentimento que teimava em não ser indiferente, pois imaginava que, se conseguisse não estabelecer o vínculo sofreria menos. Foi uma experiência que nenhuma mãe deseja viver [...] Minha filha tinha um rosto lindo, mas faltava-lhe o osso que reveste o cérebro, a anencefalia. Os pediatras aconselharam não alimentá-la para que o tempo de vida não se prolongasse [...] Não tive condições psicológicas de cuidar de minha filha; ela viveu cinco dias porque minha sogra desobedeceu a recomendação médica e a alimentava. Entretanto, segundo me informou, era visível o desconforto da criança que não tinha ânimo nem para chorar, esboçava uma gesticulação intermitente e desconexa. Aí se foram as duas primeiras oportunidade de ter um filho. Insisti numa terceira gravidez [...] e nesta não conseguia acreditar que tudo estava bem e, novamente, me esforcei para não amar tanto o meu filho. Não comprei uma fralda; não fiz o enxoval e nunca me dirigi ao feto com medo de mais uma perda. Eu sabia que não suportaria. Graças a Deus, tudo deu certo [...]. Por tudo isso que acabo de testemunhar - e é a primeira vez que tenho**

coragem de fazer isso peço que ajudem muitas mulheres a se darem a si próprias a oportunidade de ter um filho saudável com vida- pois não se pode falar em vida do anencéfalo. Que vida? Somente intra-uterina?¹⁶ - [grifo nosso].

Na mesma esteira, Alberto Silva Franco¹⁷ preleciona que:

[...] A organização Mundial da Saúde define a saúde como 'o estado de completo bem estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade. Ora, 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. Esta morte certa, que não se permite abreviar no tempo, constitui a condenação imerecida da mulher grávida e a abolição do exercício de sua autonomia de vontade. Obrigá-la a carregar, em seu ventre, um ser morto, porque deixará de existir se dela desconectado, constitui ainda uma ofensa à sua dignidade de mulher, de mãe, enfim, de pessoa humana.

Por fim, José Aristodemo Pinotti¹⁸ assevera que:

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

Como se vê, a anencefalia pode trazer sérios riscos à vida e à integridade física e mental da mulher, gerados, principalmente, durante e após a gravidez.

Conseqüências diretas da doença podem ser a morte da gestante ou, quando não, a ocorrência de traumas de ordem psicológica, que, certamente, refletirão no

¹⁶ Texto básico de aula ministrada na Escola Judicial do Estado do Amapá, em Macapá, no dia 8 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.oabmt.org.br/index.php?tipo=ler&mat=3976>> - OAB do Estado do Mato Grosso. Acesso em 10. ago. 2008.

¹⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. RT, São Paulo, v. 94, n. 833, mar. 2005. p. 407.

¹⁸ PINOTTI, José Aristodemo. *Anencefalia*. *Advocacia Dinâmica: Informativo*, Rio de Janeiro, v.24, n. 48, dez. 2004. p. 741.

dia-a-dia da mulher, inclusive, no sentido de passar a temer outras gestações, com medo da ocorrência de fato semelhante.

Realmente, como bem relatado na triste estória vivenciada pela mulher citada por Pierangeli, no caso de nova gravidez o trauma gerado na anterior – em que constatada a anencefalia - foi tamanho que a gestante passou a evitar a amar o próprio filho que estava sendo gerado em seu ventre, exatamente, pelo temor de que, na verdade, os médicos tivessem se equivocado no exame pré-natal e a criança em gestação também se tratasse de anencéfalo.

Sobre o tema, Marcelo Lessa Bastos¹⁹ assim também resume o problema em questão:

[...] É verdade que, pela letra da lei, só se permite o aborto sentimental e o aborto necessário – respectivamente quando a gravidez é oriunda de estupro ou não há outro meio para salvar a vida da gestante (art. 128 do Código Penal). O Código não previu o aborto eugênico, nem em caso de anencefalia, parecendo, para o intérprete preguiçoso, que se contenta com a interpretação literal, que, em sendo assim, constitui crime interromper a gravidez em hipóteses tais, **mesmo sabendo, com 100% de certeza médica, que o feto ou morrerá durante a gestação ou, no máximo, algumas horas depois de cortado o condão umbilical.**

Pergunta-se: será que a lei penal está a proteger tão-somente a gravidez, apenas enquanto fenômeno fisiológico, pouco importando a higidez do feto, ou será que o bem jurídico protegido é o feto em condições de se desenvolver sadiamente? **Em outras palavras – nos casos de anencefalia, o feto não possui cérebro. O que nos diferencia dos animais é, exatamente, a capacidade de raciocinarmos: faz sentido conferir a dignidade de pessoa a um feto que, infelizmente, ainda que pudesse sobreviver à separação da mãe, jamais teria condições de raciocinar?**

Embora pareça óbvio que não, somente agora a mais alta Corte do País teve a coragem de proclamar o que nos parece ser de extrema obviedade, isto após, em instâncias inferiores, mães gestantes de feto com anencefalia terem que amargar o sofrimento provocado pela covardia dos operadores do direito, que lhes impuseram a dor de ter que levar adiante gestação de um filho, por nove meses, apenas para, ao nascer, vê-lo morrer.

Esta postura é irracional! Inadmissível em pleno século XXI! Decisões judiciais deste porte beiram as raias do sadismo! Parecem tripudiar com o sofrimento das mães, dos pais e demais familiares envolvidos no sublime e maravilhoso fenômeno da gravidez [...] - [grifo nosso].

¹⁹ BASTOS, Marcelo Lessa. *Escritos de Direito Penal e de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2007. p.225-226.

De outro vértice, analisando a questão com enfoque completamente diferente, Patrícia Marques Freitas²⁰ traz em sua monografia o relato de uma mãe que, ao contrário daquela cujo depoimento acima se transcreveu, desejou a todo tempo ter o bebê, considerando um “grande lucro” espiritual o seu nascimento, ainda que tenha morrido horas depois.

O depoimento foi assim narrado pela autora:

Quando Janaína foi atendida, os médicos lhe disseram que já deveria ter feito a interrupção da gestação, e ainda, para coagi-la a tomar a decisão de interromper a gravidez, falaram que ela não iria poder mostrar seu filho pra ninguém após o parto e que ficaria com o corpo cheio de estrias. Janaína decidiu levar a gravidez até o fim.

Thales nasceu às 13h15 do dia 09.07.2002, foi registrado e faleceu às 11h25 do dia 10.07.2002. Para Janaína Thales é seu filho e ela pode com certeza ter tido a real experiência de ter sido mãe: **‘Sou mãe do Thales, vivo ou morto, bonito ou feio, presente ou ausente. Sou mãe dele porque ele efetivamente existiu e foi gerado por mim, o tempo em que ele permaneceu com a minha família e toda a multidão que ia vê-lo na incubadora, foi um grande lucro’.**

O relato de Janaína é um claro retrato de como é falsa a ilusão de que o abortamento vai solucionar a questão dos anencéfalos. Para aqueles que discordam desta posição, pelo menos sua história serve para mostrar como este assunto pode ser visto e analisado sob uma outra ótica, a da mãe e não a do médico e demais profissionais da área da saúde, demonstrando o quanto é sofrido para a mãe ter de abrir mão de seu filho, mesmo que sua vida possa representar alguns poucos minutos, mas para algumas delas são minutos de uma vida muito preciosa e que de fato não devem ser contados para qualificar o seu valor – [grifo nosso].

Outrossim, sopesados todos esses aspectos, pode-se concluir que, ao menos em regra, têm-se constatado serem graves as conseqüências da anencefalia; quando não resultar na morte ou em lesões físicas à mulher, a doença pode lhe trazer traumas psicológicos que muito afetarão a sua vida, transformando-a significativamente, atingindo a sua dignidade e integridade mental e moral como ser humano, sua integridade física como mulher e também a sua saúde.

Tais problemas, possivelmente, gerarão reflexos no seu dia-a-dia, isto é, em suas relações sociais com amigos, colegas de trabalho, vizinhos e, principalmente, familiares, podendo resultar em desestímulos na vida profissional, depressão,

²⁰ FREITAS, Patrícia Marques. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental como meio de defesa dos direitos humanos e o caso dos fetos anencefálicos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 15, n. 58, jan.-mar. 2007. p. 260.

desestabilização emocional, entre inúmeras outras conseqüências, daí por que forçoso afirmar que o caso vivenciado por Janaína (acima citado), pelo que se pôde constatar, é exceção, porquanto a regra é, em geral, a ocorrência de distúrbios psicológicos, mentais e morais à gestante.

3 POSSIBILIDADE DO ABORTO? AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NO BRASIL

Consoante o disposto nos artigos 124 a 127 do Código Penal, no Brasil o aborto é considerado crime, sendo lícita a sua realização, tão-somente, nas hipóteses expressamente autorizadas nos incisos I e II do artigo 128 do estatuto repressivo, isto é, nos casos de aborto necessário para salvar a vida da gestante – denominado também de aborto terapêutico -, e nos casos de gravidez resultante de estupro – conhecido também na doutrina como aborto sentimental ou humanitário.

Pois bem, não obstante a ausência de previsão legal para o abortamento em casos de feto anencefálico, questiona-se: é possível, diante das circunstâncias até aqui expostas, a realização do aborto nessas hipóteses? É isso juridicamente viável frente ao ordenamento brasileiro?

É exatamente essa questão que a partir de agora se passará a analisar.

A resposta não pode ser simplista, principalmente, porque está a se tratar do mais importante e fundamental direito do ser humano, que, mesmo ainda em formação, tem direito pleno à vida, à integridade física e à saúde, conforme inclusive garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil e por tratados e convenções internacionais, tais como Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, entre outros.

E, quando se trata de vida humana, é preciso muita cautela antes de se decidir acerca do caminho a ser seguido, pois decisões precipitadas ou sem detalhamento científico podem gerar conseqüências trágicas e irreversíveis ao ser humano, sendo necessários, pois, estudos prévios e aprofundados acerca do fato em dúvida para que se tenha absoluta certeza de que a vida humana não está sendo colocada em risco.

No caso da anencefalia, conforme já foi possível verificar no presente estudo, a Medicina não possui qualquer dúvida acerca da total inviabilidade de sobrevivência dos fetos anencéfalos, apresentando, inclusive, dados científicos no sentido de que o anencéfalo é o resultado de um processo irreversível, sem qualquer possibilidade de sobrevida e de causa conhecida.

Sobre o tema, interessante o parecer médico proferido pelo Conselho Federal de Medicina²¹, no seguinte sentido:

O Ministério Público do Paraná solicita parecer a respeito da doação de órgãos dos anencéfalos para fins de transplante.

O anencéfalo (ausência de cérebro) não tem as mínimas condições de sobrevivência, haja vista não possuir as estruturas neocorticais. Possui tão-somente o tronco cerebral. Cumpre também salientar que esses seres não têm uma vida de relação com o mundo exterior.

[...]

A morte não é um evento, mas sim um processo. O conceito de morte é uma convenção que considera um determinado ponto desse processo. Quando não havia transplantes, a morte se caracterizava pela parada cardiorrespiratória. Com o advento dos transplantes o diagnóstico clínico convencional tornou-se menos importante, passando-se a adotar os critérios de morte encefálica. No entanto, isto não significa que todo o corpo esteja morto. **A morte encefálica atesta a total impossibilidade de perspectiva de vida.**

Os critérios de morte encefálica, constantes da Resolução CFM nº 1.480/97, são baseados na ausência de atividade de todo o cérebro, incluindo, obviamente, o tronco cerebral.

No anencéfalo não existe a possibilidade de aplicação dos critérios dos exames complementares de diagnóstico de morte encefálica, constantes nos artigos 6º e 7º da resolução supracitada, sejam os métodos gráficos (eletroencefalograma), sejam os métodos circulatorios, pela ausência do neocórtex, anormalidades da rede vascular cerebral e ausência da calota craniana. Restaria a utilização dos parâmetros clínicos de morte encefálica (coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia), respeitando-se a idade mínima de sete dias (artigos 4º e 5º). **Entretanto, corroborando sua total inadequação para essas situações, os anencéfalos morrem clinicamente durante a primeira semana de vida; nesse estado, os órgãos estão em franca hipoxemia, tornando-os inúteis para uso em transplantes.**

Vários métodos foram propostos para conservar viáveis os órgãos dos anencéfalos, incluindo intensivos cuidados para protegê-los até que ocorra a morte de todo o cérebro e congelamento gradual do anencéfalo, visando a evitar a isquemia. Esses métodos, na nossa opinião, não encontram guarida nem no princípio bioético da beneficência - **pois prolongam princípios vitais de um ente permanentemente inconsciente, sem as mínimas possibilidades de sobrevivência** - nem no princípio da justiça, uma vez que, além de dispendiosos, são controvertidos nas searas técnica e ética.

[...]

Os pais que ao invés de solicitarem um aborto, com o qual muitos juízes já estão concordantes, optam por gestar um ente que sabem de antemão que jamais viverá, doando-o para salvar a vida de outras crianças com chances de vida, demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade. As crianças só podem receber órgãos de outras crianças com dimensões

²¹ Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm> Acesso em: 15 ago. 2008.

compatíveis, e os anencéfalos dispõem de órgãos viáveis para transplantes.

A Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, diz que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida. **O anencéfalo é o resultado de um processo irreversível, sem qualquer possibilidade de sobrevida e de causa conhecida.**

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, dispõe em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica.

Concluimos que, uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá proceder ao transplante de órgãos do anencéfalo após sua expulsão ou retirada do útero materno, dada a incompatibilidade vital que o ente apresenta, por não possuir a parte nobre e vital do cérebro, tratando-se de processo irreversível, mesmo que o tronco cerebral esteja ainda temporariamente funcionando.

Este é o parecer, SMJ. Brasília, 9 de maio de 2003 - **MARCO ANTÔNIO BECKER** Conselheiro Relator - **PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 1.839/1998 - PC/CFM/Nº 24/2003 - INTERESSADO:** Ministério Público do Paraná - **ASSUNTO:** Anencefalia e transplante - **RELATOR:** Cons. Sérgio Ibiapina Ferreira Costa - **RELATOR DE VISTA:** Cons. Marco Antônio Becker – [grifo nosso].

Conforme se pode verificar do parecer supracitado, somado aos demais textos científicos também já antes transcritos, a comunidade científica, após aprofundados estudos sobre a questão em foco, não possui hoje qualquer dúvida de que a anencefalia é doença até agora incurável e que apresenta destino certo ao feto: sua morte logo após o seu nascimento, sem qualquer chance, ainda que mínima, de sobrevida.

Como se não bastasse, a ciência também vem demonstrando, conforme estudos colacionados, que efeitos graves dessa doença podem resultar à gestante, causando-lhe risco à vida e à integridade física durante a gravidez, além de danos psicológicos à sua integridade mental (durante e após a gestação), sendo descrito pela Medicina como verdadeira tortura à mulher e a seus familiares, inclusive, podendo levar a gestante a evitar nova concepção, como resultado do trauma e do medo de gerar outro feto anencefálico.

Assim, considerando todas essas circunstâncias, corroboradas, é claro, por estudos médicos e científicos, há de se ponderar se é razoável que a gestante passe por tamanhos riscos e constrangimentos sérios à sua vida e integridade física e mental, apenas para que se tutele a vida intra-uterina de alguém que, logo após

nascer, morrerá, não havendo atualmente qualquer esperança da Medicina em sentido contrário.

Do ponto de vista legal, como já visto, não há, no Brasil, ao menos até o momento, lei que possibilite o aborto em casos como tais, sendo necessária que essa importante discussão seja encaminhada ao Congresso Nacional a fim de que se torne uma realidade em nosso país, em nome da vida humana digna e sem riscos à gestante.

De outro vértice, não obstante a ausência de previsão legal, é certo que para melhor responder a essa questão, torna-se necessário ponderar também aspectos constitucionais sobre o tema, os quais serão melhor analisados no capítulo seguinte.

4 CONSTITUCIONALIDADE?

Diante de todos os dados científicos colacionados, a questão a ser enfrentada agora relaciona-se à seguinte indagação: a Constituição Federal de 1988 dá amparo jurídico à realização de aborto nos casos de feto anencefálico, mesmo inexistindo lei regulamentando o assunto? Seria esse um direito fundamental da gestante?

A resposta não é fácil, pois, conforme já acima mencionado, trata-se de ponderar bens e valores constitucionais relacionados ao mais importante direito do ser humano: a vida.

Pois bem, conforme estudos científicos trazidos, está muito claro que, diante do atual estágio de desenvolvimento da Medicina, até o momento a anencefalia é considerada doença incurável e apta a trazer sérios riscos à vida e à integridade física e mental da gestante.

Em razão disso, há de se perquirir: seria razoável impor à gestante o dever de levar à frente a gravidez, mesmo se sabendo dos riscos a serem enfrentados – morte e lesões corporais, mentais e morais – e do destino certo que terá o feto, isto é, a morte logo após o parto?

Para responder a esta indagação, torna-se necessário sopesar os valores e bens jurídicos em risco e que precisam de alguma forma ser tutelados pelo ordenamento pátrio.

4.1 DIREITO À VIDA

A vida é o mais importante bem do ser humano, pois sem ela todos os demais direitos consagrados em Cartas Constitucionais e Tratados Internacionais não fariam qualquer sentido.

E é exatamente por isso que o ordenamento jurídico brasileiro tutela, desde a concepção, os direitos do nascituro, nos termos do disposto no artigo 2º do Código Civil, *verbis*:

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

Ainda, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado no Brasil pelo Decreto n° 592/92 (portanto: lei no Brasil), dispõe, no art. 6, que: *"Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life"*.

Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos do Homem, (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada no Brasil pelo Decreto n° 678/92, prevê que:

Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano ". Dispõe no art. 4.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Nesse aspecto, a tutela do nascituro, relacionada à vida intra-uterina, permite ao feto o direito a um desenvolvimento saudável até o nascimento, impossibilitada qualquer forma de intervenção humana (meio não-natural) para a interrupção do processo vital.

Sobre o tema, o ilustre Professor José Afonso da Silva²² preleciona que:

A vida humana, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). [...] Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.

No tocante ao direito à existência, afirma o ilustre mestre:

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. **É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável** – [grifo nosso].

E, especificamente sobre o aborto, ensina que:

A nós, nos parece que, no feto, já existe vida humana. [...] No fundo, a questão será decidida pela legislação ordinária, especialmente a

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 30. ed. 2008. p. 197-203.

penal, a que cabe definir a criminalização e a descriminalização do aborto. **E, por certo, há casos em que a interrupção da gravidez tem inteira justificativa, como a necessidade de salvamento da vida da mãe, o de gravidez decorrente de cópula forçada e outros que a ciência médica aconselhar** – [grifei].

Já para Vidal Serrano Nunes Júnior²³, nem mesmo por emenda constitucional o constituinte brasileiro pode permitir o aborto, uma vez que o direito à vida foi introduzido originariamente em nosso texto constitucional como cláusula pétrea, não podendo, pois, ser reduzido por norma do constituinte derivado.

Ensina o ilustre autor e promotor de justiça em São Paulo:

Veja-se, por outro lado, que o aborto também se vê alcançado pelo espectro regrativo da norma constitucional em comento. É que a vida, iniciada com a concepção, não pode sofrer solução de continuidade não espontânea, fazendo com que o direito a ela também se estenda ao nascituro. **Logo, mesmo uma emenda constitucional não poderia legitimar o aborto em nosso sistema jurídico fora das duas hipóteses já admitidas, sabido que é o disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República, que petrificou os chamados direitos individuais** – [grifo nosso].

Da mesma forma, Amida Bergamini Miotto²⁴, Professora de Criminologia e de Vitimologia, entende que mesmo nos casos em que inviável, o feto deve ter garantido seu direito à vida. Ensina a ilustre professora que:

Uma vez que o bem jurídico vida, de cada indivíduo humano, nascituro ou nascido, decorrente do valor humano vida, do qual todos os demais dependem - a ele se subordinam todos os demais bens jurídicos. **É, portanto, inaceitável destruir ou lesar o bem jurídico vida de quem quer que seja (nascido, de qualquer idade) ou nascituro (desde a concepção), ainda que não tenha possibilidade de viver, não seja viável). Esse primordial bem jurídico é um direito, não concedido pelo Estado** nem por qualquer entidade supra-estatal, com suas normas jurídicas, mas que deve ser juridicamente reconhecido, respeitado e protegido pelo Estado e pelas entidades supra-estatais, porque **é direito natural, inherent right, direito humano.**

Tendo inerente direito à vida, direito humano, como tem, desde a concepção, **o nascituro tem dignidade humana, que deve igualmente ser reconhecida, respeitada e protegida** – [grifo nosso].

²³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 7. ed. 2003. p. 104.

²⁴ O direito à vida. Desde que momento. Disponível em: <http://www.providafamilia.org.br/site/secoes_detalhes.php?sc=52&id=52>. Acesso em 05 set. 2008.

Outrossim, pode-se concluir este tópico afirmando que a vida é o mais precioso bem pertencente ao ser humano, devendo ser sempre preservada em qualquer situação, havendo, porém, divergências quanto à sua preservação em casos específicos e delicados, como nos do aborto em razão de anencefalia.

Se de um lado há o direito fundamental do nascituro à vida extra-uterina futura, de outro há também o direito da gestante em ver resguardado seu direito a não correr riscos de morte em consequência da doença vivenciada pelo feto que carrega em seu ventre.

Nesses casos, considerando a relevante gama de estudos científicos até então realizados, todos no sentido de que o anencefálico não terá quaisquer condições de sobrevida, não é razoável dar guarida à vida deste em prejuízo da vida da mãe, pois, afinal, trata-se ainda de vida intra-uterina, de ser não dotado de personalidade e que, repita-se, sem qualquer chance de sobrevivência.

Portanto, quando se fala em direito à vida, em casos como o aqui tratado, devem-se ponderar os bens jurídicos em confronto e as soluções concretas encontradas pela ciência, pois somente assim torna-se possível concluir pela prevalência do direito da gestante frente aos do nascituro.

Era exatamente esse o entendimento de Nelson Hungria²⁵, já na década de 40 do Século passado:

O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um 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 como falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto**". Afirmando ainda, que não estaria em jogo "a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher – [grifo nosso].

²⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

4.2 DIREITO À SAÚDE E À INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL

Da mesma forma que o direito à vida, a saúde é também direito fundamental do ser humano, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como direito social.

Conforme estudado, não são poucas as conseqüências que podem advir à gestante em decorrência da gestação de feto anencefálico, tais como morte, lesões corporais e, principalmente, distúrbios psicológicos.

Sopesados estes aspectos, e considerando todas as circunstâncias da gestação de um feto com anencefalia – inviabilidade de sobrevivida – os direitos aqui tratados referem-se, por evidente, à gestante e não ao feto.

Com efeito:

A gravidez de feto anencefálico, além de todo transtorno psicológico, causa ainda sérias complicações à saúde física da mulher – tanto no período gestacional, quanto no parto – decorrentes da própria deformação fetal. Aumentam-se as chances de contrair doenças hipertensivas na gravidez, de pré-eclâmpsia e eclâmpsia, além das possibilidades de desmaios e convulsões.

A vida da gestante também corre sérios riscos, já que, não raras vezes, o feto morre ainda dentro do corpo da mulher, caso em que o atendimento médico deve ser da maior urgência. Ademais, elevados são os riscos de hemorragia, descolamento prematuro de placenta, entre outras complicações. Uma vez diagnosticada a referida anomalia, não há nada que se possa fazer para reverter o quadro fetal. Nem todo o avanço da Medicina e da Ciência, nem mesmo o enorme sacrifício suportado pela gestante poderão alterar o dramático fim destinado ao anencéfalo²⁶.

Como se vê, a preocupação com a saúde da mulher em casos de anencefalia está totalmente relacionada ao seu direito à vida e à integridade física e mental, pois quando se fala em tutela da saúde se está, na verdade, buscando-se guarida ao direito de todo ser humano de desfrutar de uma vida saudável, o que envolve um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.

²⁶ FERNANDES, Máira Costa. In: SARMENTO, Daniel, PIOVESAN; Flávia, *Nos limites da vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 139.

4.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Trata-se de princípio fundamental da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

O princípio em tela, como se pode deduzir, também se dirige à gestante.

Afinal, a mulher deve ter o direito de escolher entre levar a gestação à frente ou interrompê-la, no intuito de evitar os inevitáveis traumas de uma gravidez tão tormentosa, como no caso aqui estudado.

Quando se fala em dignidade, está-se referindo a preceitos morais do ser humano. Em casos como tais, conforme já visto, são vários os efeitos que podem decorrer de uma gestação de feto anencefálico.

O fato narrado por Pierangeli, por exemplo, da mulher que resolveu levar a frente a sua gravidez, demonstra quão traumático é todo o processo durante e após o parto, tendo aquela mãe sofrido tanto que, em sua segunda gravidez, evitou amar o filho que estava então sendo gerado, por medo de que nascesse um bebê portador de anencefalia. O trauma da primeira gravidez foi tão forte para essa mulher, que ela acabou não acreditando no exame pré-natal realizado quando da segunda gestação, que acusava não se tratar de feto anencefálico.

Por fim, importante também lembrar os efeitos psicológicos gerados à mulher não só frente ao seu corpo e ao seu estado mental consigo mesma, mas também em relação aos seus familiares, amigos, vizinhos e colegas de trabalho. As dificuldades de convivência, máxime em ambientes de trabalho, acabam sendo conseqüências do trauma vivenciado, devendo tais fatores ser também levados em consideração quando da ponderação de valores entre o direito à vida do feto inviável e os direitos da gestante.

No caso, é claro que a dignidade humana, por si só, não poderia jamais se sobrepor ao direito à vida, porém, quando somado aos demais preceitos constitucionais aplicáveis ao caso e analisadas as suas circunstâncias, a conclusão não pode ser outra, senão a de que o direito à vida intra-uterina do feto deve ceder aos direitos à vida, à integridade física e mental e à dignidade da mulher, mesmo porque a vida extra-uterina do embrião anencefálico, por ser inviável, não pode prevalecer frente a todos aqueles direitos da gestante.

4.4 ISONOMIA: ABORTO NECESSÁRIO E HUMANITÁRIO

O Código Penal Brasileiro, vigente desde a década de 40, prevê no artigo 128, incisos I e II, respectivamente, o aborto necessário e o humanitário, este último conhecido também como sentimental.

Pois bem, é claro que dos anos 40 até hoje muitas coisas mudaram, ocorreram guerras e ditaduras, milhões de judeus foram covardemente massacrados, a sociedade mundial transformou-se e a ciência apresentou uma evolução fantástica em todas as áreas do conhecimento, tendo a informática traçado marco divisor entre o mundo do século XX e o que hoje atualmente se vivencia no Século XXI.

Acompanhando essa grandiosa transformação, a Medicina também muito evoluiu, tendo encontrado a cura para inúmeras doenças outrora fatais, possibilitado a melhora na qualidade de tratamentos, entre inúmeros outros feitos importantes.

No tocante à questão da anencefalia, apesar de a ciência ainda não ter encontrado a cura para essa espécie de anomalia, é certo que a evolução veio a possibilitar a sua constatação desde o início da gravidez, em face dos inúmeros exames médicos hoje realizados, inclusive computadorizados, e que possibilitam apontar eventuais anomalias apresentadas pelo feto.

Assim, é importante refletir que se nos idos de 1940 a Medicina não possuía instrumentos científicos suficientes para, desde o início da gravidez, constatar a presença de anomalias no feto, é evidente que naquele momento da história da humanidade não poderia fazer qualquer sentido se pensar em aborto como decorrência da anencefalia, porquanto esta somente era constatada após o parto²⁷.

Portanto, é muito diferente hoje, com os avanços da ciência, em que já se pode, desde o início, saber-se de todas as anomalias eventualmente apresentadas pelo feto, sendo razoável defender-se que o legislador de 1940 apenas não previu a possibilidade de aborto em casos de feto anencefálico pela simples razão de que

²⁷ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso preleciona: “Note-se, a propósito, que a hipótese em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a Parte Especial daquele diploma, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma”. Petição inicial da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2008.

essa circunstância não era aferível àquela época por meio dos exames pré-natais, tal como o é atualmente.

Realmente, as situações expressamente previstas nos incisos I e II do artigo 128 do estatuto repressivo referem-se à necessidade do aborto como única forma de salvar a vida da gestante – inciso I -, e quando a gravidez resultar de estupro e o aborto é autorizado pela gestante ou pelo seu representante legal – inciso II.

No primeiro caso (inciso I) trata-se de inequívoca causa de exclusão da ilicitude, consubstanciada no estado de necessidade, pois se o aborto não for realizado a gestante certamente morrerá.

Já no segundo caso (gravidez resultante de estupro), a vida da gestante não sofre qualquer risco, porém, a gravidade da situação levou o legislador, por compaixão, a possibilitar a realização do aborto - aborto sentimental ou humanitário.

Pois bem, é exatamente em razão deste último fator que a questão da anencefalia pode ser equiparada, por isonomia. Sobre o tema, Fernando Capez²⁸ ensina que “o Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, **dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar**”.

Ora, se a sociedade brasileira de 2008 continua admitindo essa espécie de aborto - em decorrência de estupro -, hipótese em que o feto não apresenta qualquer forma de anomalia, sendo plenamente viável para a vida, então não há razão lógica, nem mesmo ética, para não se admitir o aborto em caso de anencefalia, principalmente, porque nessa última situação o feto, como é cediço, não tem qualquer possibilidade de sobrevivência e a razão para o aborto também é humanitária, sentimental e por compaixão à mulher, em decorrência dos sérios traumas psicológicos decorrentes de uma gravidez desse jaez.

Outrossim, a aplicação ao presente caso do princípio constitucional da isonomia é medida que se impõe, não sendo justo que razões semelhantes – danos psicológicos, mentais e morais à gestante – possibilitem a realização do aborto em decorrência de estupro (hipótese em que o feto é plenamente viável), mas não sejam consideradas nos casos de feto anencefálico, isto é, aquele sem qualquer chance de sobrevivência, segundo estudos já amplamente comprovados pela Medicina.

²⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 121.

Por outro lado, não obstante a conclusão acima estar lastreada na isonomia que deve imperar entre situações semelhantes (de um lado o aborto legal em decorrência de estupro e de outro o aborto nos casos de feto anencéfalo - sem previsão na lei), questão que deve ser ponderada é se o próprio aborto autorizado pelo legislador, nos casos de estupro (art. 128, II, CP), deve realmente continuar sendo aceito pela sociedade atual. Seria correta e ética essa situação, isto é, deve o sofrimento da gestante ser colocado acima do direito à vida do feto, que, neste caso, é plenamente viável?

Será que mais razoável não seria autorizar o aborto do anencéfalo e, ao contrário, proibir o aborto nos casos de estupro?

Realmente, há de se questionar se é, de fato, razoável e proporcional que, no intuito de se tutelar os sentimentos e a dor moral, psíquica e física da mulher, permita-se retirar a vida de um ser humano viável.

Por mais terrível e doloroso seja para a mulher saber que está sendo gerado dentro de si um feto fruto de uma conjunção carnal indesejada e violenta, pergunta-se: tem essa mulher o direito de decidir pela vida (viável) de seu filho?

Veja-se que aqui a questão é completamente diferente do aborto em casos de anencefalia, pois se está falando de uma vida plenamente viável, tendo o legislador resolvido autorizar seu extermínio por compaixão à situação da mulher, enquanto no caso da anencefalia não se retira o direito à vida, uma vez que a morte, antes ou logo após o nascimento, é certa, tratando-se de feto completamente inviável.

Ainda que se argumente com os inúmeros transtornos psicológicos sofridos pela gestante e a rejeição do filho durante a gravidez e após o nascimento, o fato é que não se pode aceitar que o direito à vida viável de um ser humano possa ser preterido em razão da dor física, sentimental e psicológica da mulher.

Com efeito, uma coisa é autorizar o aborto a fim de salvar a vida da gestante – tratando-se de conduta praticada em típico estado de necessidade, sob pena de morte da mulher -, estando em confronto aqui o direito à vida do feto com o direito à vida da gestante. Preferiu o legislador, com razão, dar guarida à mulher, mesmo porque, se assim não fosse, tanto ela quanto o próprio bebê acabariam morrendo. Ademais, não seria razoável tutelar o feto e deixar de resguardar a pessoa, já há muito dotada de personalidade e de uma vida inteira de relações e convivência com outros seres humanos. Sendo necessária a escolha, o legislador andou bem em dar preferência à gestante, devendo assim permanecer.

Agora, outra coisa completamente diferente, é o legislador autorizar o aborto, isto é, o extermínio de uma vida humana, por compaixão à gestante.

Não se discute aqui quão importante à mulher todo o apoio que deve receber da família e do Estado após ser vítima de um ato tão cruel como o estupro.

Porém, justificar o extermínio de uma vida humana viável com base nesse sofrimento não parece ser proporcional e razoável, pois não se trata, neste caso, de um ato necessário para salvar a vida da mulher, mas tão-somente para tutelar a sua dor física, moral e psicológica, estando em confronto, aqui, o direito à vida humana de um lado, e de outro simples sentimentos morais da gestante.

Por essas razões, não faz sentido o legislador prever o aborto sentimental ou humanitário (em razão de estupro), mas não o possibilitar nos casos de anencefalia, em que o direito à vida do feto é inviável e o sentimento de compaixão à gestante também está presente.

Ora, se a legislação deve, no mínimo, ser razoável e justa, então se é para possibilitar o aborto em casos de estupro, com muito maior razão que se possibilite também nos casos de anencefalia, hipótese em que o feto é inviável.

Ademais, a reforçar essa conclusão, é certo que no caso de anencefalia a Medicina já comprovou que, além de distúrbios psicológicos e morais, essa espécie de gravidez pode gerar riscos à vida da gestante – circunstância inexistente no aborto legal pelo estupro -, razão a mais para se ponderar pela autorização do aborto naquele caso.

Outrossim, a única forma de aborto que deveria ser admitida como sentimental é a praticada quando da gravidez de feto anencefálico, e jamais em razão de estupro - pois não cabe a qualquer de nós decidir sobre a continuidade da vida viável de outro ser humano. Basta pensarmos em nós mesmos: se nossas mães tivessem sido estupradas e, então, decidido abortar, estaríamos hoje aqui vivendo e usufruindo da maravilha que é poder estar vivo, conviver e amar outras pessoas? Esse direito fundamental pertence a todo ser humano, não podendo ninguém retirar-lhe isso!

5 UMA QUESTÃO DE ÉTICA?

Segundo constatações científicas, os órgãos do bebê anencéfalo, após o nascimento, têm condições plenas de serem utilizados em bebês normais, mas que por possuírem alguma espécie de anomalia no coração, nos pulmões, nos rins, nos olhos, entre outros, necessitam do transplante para poderem enxergar, andar, etc.

Poder-se-ia questionar, assim, se não seria antiética a realização do aborto em casos como tais, pois, ainda que inviável, o feto anencefálico poderá ajudar a salvar ou a melhorar a qualidade de vida de muitas pessoas, possibilitando-as a andar, a ouvir, a enxergar, etc.

Essa questão envolve, mais uma vez, posto que dela indissociável, os direitos da gestante, isto é, o ponto central da discussão deve ser a razoabilidade de se impor à mulher passar por tamanho trauma psicológico, moral, físico e até mesmo colocando em risco a sua vida, a fim de contribuir para a solução dos problemas por que passam inúmeras crianças.

É claro que aquelas mulheres que optarem por assim agir, mesmo tendo consciência dos riscos que irão enfrentar, sem dúvida alguma, muito contribuirão para que esses bebês tenham um futuro digno, com direito efetivo a uma vida mais feliz, saudável e normal, após possibilitada a cura das anomalias de que são portadores.

Atos louváveis como este e de extrema generosidade merecem, realmente, os aplausos de toda a sociedade, porém, é importante que se ressalve que a opção deve ser sempre e, apenas, da mulher, pois é somente ela quem vivenciará todos os riscos e conseqüências dessa espécie de gestação, durante e após o parto.

Sobre o tema, o então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, proferiu o seguinte parecer:

Ora, o pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área da saúde, **impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês** que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm grave deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, **órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo**, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não

ver. O pleito da autora, por certo, **vai na contra-mão da construção da sociedade solidária** a que tanto nós, brasileiras e brasileiros, aspiramos, **e o ser solidário é modo eficaz de instituir a cultura da vida**²⁹ - [grifo do autor].

No que pese o brilhantismo dos argumentos trazidos por sua Excelência, é certo que, por mais grandioso que seja este ato da mulher de doação ao próximo, não se pode dizer que seria antiética a autorização pela lei desta forma de aborto, pois em casos como tais devem prevalecer os direitos e interesses da mulher e não os de terceiros.

Afinal, antes de se resguardar os interesses de outras pessoas, parece ser evidente que a gestante tem o direito fundamental de desejar tutelar, primeiro, a si própria, em vez de passar por traumas e riscos que poderão conduzir a sua vida a caminhos imprevisíveis, não sendo razoável, pois, que a pretexto de salvaguardar direitos de outras pessoas a gestante tenha o dever de “automutilação” – física, moral e mental ou, pior, de colocar em risco a sua própria vida.

Afinal, não se está colocando em confronto interesses psicológicos e morais da mulher - portanto, temporários -, frente ao direito à vida de um feto viável, hipótese que certamente seria absurda e criminosa, mas sim ponderando-se interesses de alguém que sofrerá riscos, inclusive de morte, apenas para tutelar o direito de nascer e morrer do feto anencefálico (completamente inviável), visando-se, com isso, resguardar interesses alheios.

Ora, por mais grandioso que isso seja do ponto de vista ético e moral, o cerne dessa discussão, repita-se, é que não se pode exigir de ninguém fazer sacrifícios relevantes e colocar em risco a sua própria vida (e quando se fala em vida se pressupõe vida saudável e feliz), com o fim de resguardar a integridade física ou a vida de terceiros.

Nesse sentido, Alberto Silva Franco³⁰ ao tecer considerações bioéticas sobre o assunto, preleciona que:

As novas tecnologias, na área biomédica, possibilitam que, nos primeiros meses de gestação, a mãe possa dispor de uma informação que, em época anterior, não lhe era acessível: seu útero abriga um anencéfalo. Essa situação inteiramente nova coloca em

²⁹ Parecer PGR nº 3.358/CF, ADPF n. 54-DF, 18.08.2004. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br>> Acesso em 05 set. 2008.

³⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. RT, São Paulo, v. 94, n. 833, mar. 2005. p. 407-408 e 410.

linha de colisão dois valores relevante: de um lado, o direito à vida da mãe de preservar sua saúde física, psíquica e social e, também sua autonomia de vontade e, de outro, o direito à vida de um anencéfalo, Como equacionar, do ponto de vista bioético, o impasse? [...]

Por outro lado, não encontra também nenhum fundamento ético a posição dos que defendem que a mãe gestante deva levar a gravidez a termo para que o anencéfalo possa doar seus órgãos.

Ninguém ignora que a anencefalia está associada a outras anomalias também graves, o que põe em xeque a prestabilidade dos órgãos do anencéfalo para o processo de transplante. Não se desconhece também que a falta de suficiente oxigenação dos tecidos e a possibilidade de infecções oportunistas criam obstáculos praticamente insuperáveis para qualquer tipo de transplante. Além disso, como observa Débora Diniz, dois outros argumentos se mostram pertinentes na matéria. Não há demanda reprimida por órgãos de recém-nascidos e não há tecnologia segura para realizar o transplante, inexistindo no país confirmação desse tipo de transplantação. Ademais, diante da impossibilidade concreta dessa doação, coloca-se para a mulher gestante, como única possibilidade, a de sepultar o filho destinado a servir de doador. O dever de gestação se converte no dever de dar a luz a um filho para enterrá-lo.

Mas o que é pior: coisifica o corpo da mulher. Transformá-la em mera encubadora de feto anencéfalo no aguardo do transplante de órgãos atenta contra a dignidade da sua condição de mulher. Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação ao seu corpo e à sua dignidade como pessoa. [...] Cuida-se aqui do primeiro e fundamental princípio da ética laica contemporânea: aquele com base no qual nenhuma pessoa pode ser tratada como coisa, pelo que qualquer decisão heterônoma, justificada por interesses alheios aos da mulher, equivale a uma lesão do imperativo Kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio para fins a si alheios, mas apenas como fim de si mesma. Instrumentalizar a mulher grávida, tornando-a apenas um corpo útil para gerar um feto anencéfalo afim (*sic*) de que este forneça órgãos ou tecidos a terceiros é algo que ofende os mais mezinhos princípios éticos” – [grifo nosso].

Nessa mesma esteira, Maíra Costa Fernandes destaca que:

[...] O heróico ato de levar adiante uma gravidez cujo desfecho trágico é inevitável, com o nobre objetivo de doar os órgãos do recém-nascido deve ser voluntário, jamais imposto às gestantes. Nem mesmo as doações de sangue ou de medula óssea – capazes de salvar incontáveis vidas e não comparáveis ao sacrifício da mulher grávida de anencéfalo – podem ser obrigatórias. Da mesma forma, o transplante de órgãos não é compulsório, ao contrário: deve ser autorizado pela própria pessoa em vida ou por seus familiares, quando falecida³¹.

³¹ In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 150.

Outrossim, ainda que sejam respeitáveis os entendimentos em contrário, a conclusão a que aqui se chega é a da necessidade de prevalecer, em primeiro lugar, os interesses da gestante, tendo-se como fator decisivo a circunstância da inviabilidade do feto anencefálico, os sérios riscos da gravidez e a predominância dos direitos individuais da mulher frente aos de terceiros, devendo a escolha pela manutenção da gravidez caber, pois, apenas e tão-somente a ela, bem como a própria doação dos órgãos do anencéfalo após a sua morte.

6 COTEJO - MORTE NO BRASIL: MORTE ENCEFÁLICA – ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997

Dispõe o artigo 3º, da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, *verbis*:

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

Da análise do texto normativo transcrito, torna-se possível afirmar que no Brasil a morte, ao menos do ponto de vista científico, dá-se com o falecimento das faculdades cerebrais (morte cerebral), ainda que o corpo humano continue vivo, sendo possível a remoção dos órgãos e tecidos para fins de transplante a partir do diagnóstico de morte encefálica.

Pois bem, trasladando-se esses aspectos para a questão da anencefalia e, considerando-se que a vida humana viável pressupõe a existência de cérebro (pois sem ele, ao menos juridicamente, a pessoa estará morta), torna-se relevante questionar acerca de qual espécie de tutela jurídica deve ter o feto anencefálico, porquanto se desde o início de sua vida não possui qualquer formação cerebral, seria correto classificar de nascituro alguém que nascerá para imediatamente morrer?

Em outras palavras, se a vida do ser humano pressupõe a existência do cérebro - e isso é a própria lei que afirma -, o abortamento de anencéfalo representa, de fato, extermínio de vida humana?

Em primeiro lugar, necessário lembrar-se que a vida humana, em decorrência de razões diversas, entre elas a anencefalia, pode ser viável ou inviável.

No caso do feto anencefálico, conforme já amplamente demonstrado no decorrer deste trabalho, trata-se de hipótese de vida humana completamente inviável, sem qualquer chance de sobrevivência após o nascimento, em razão da ausência de cérebro e das conseqüências advindas desta anomalia.

Nesse contexto, o que o legislador visou a proteger é o direito à vida viável, isto é, aquela forma de vida passível de continuidade normal, e não o direito

meramente formal de nascer para imediatamente morrer, já se sabendo desde o início tratar-se de forma de vida inviável.

Portanto, considerando-se que vida humana inviável também é vida, é claro que o abortamento de feto anencefálico caracteriza-se sim como extermínio à vida humana (pois se não for humana, que forma de vida seria essa?), porém, não àquela forma de vida protegida como bem jurídico pela lei, uma vez que pela interpretação sistemática do dispositivo legal supracitado com a Constituição Federal de 1988, extrai-se que o legislador pátrio visou resguardar a vida humana viável, isto é, a dotada, entre outros órgãos, de encéfalo, único capaz de garantir ao ser humano vida digna e compreendida de sentido, objetivos, felicidade, sentimentos, pensamentos, raciocínio, prazer, etc.

Do contrário, não passaria de mera vida vegetativa, destituída de todos aqueles atributos, não comparável sequer ao “mundo particular” dos alienados mentais, pois mesmo dotados de disfunções cerebrais, estes possuem cérebro e consciência de sua existência, sendo capazes de externar sentimentos, desejos, etc, apenas apresentando distúrbios que exigem seja sua vida resguardada pela curadoria de terceiros ou do Estado.

Sobre o tema, o ginecologista e obstetra Thomaz Rafael Gollop, ao falar pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência perante o Supremo Tribunal Federal, na audiência pública realizada no dia 28.08.2008, cujo fim é a instrução da ADPF nº 54, afirmou que o Sistema Único de Saúde (SUS) está absolutamente aparelhado para fazer ultra-sonografias e, portanto, diagnóstico seguro de anencefalia.

Segundo a notícia:

O especialista fez uma comparação entre os bebês anencéfalos e doentes em vida vegetativa que sobrevivem numa fase terminal, mas não tem nenhuma vida de relação. Segundo ele, nos dois casos não há condição de processar informações porque precisa-se do córtex cerebral e, “se esse lhe falta, ele não tem condição de ter nenhum tipo de sentimento”.

Explicou que há um encéfalo rudimentar revestido por uma membrana que permite uma sobrevivência maior. E, o que esses indivíduos têm, é o tronco cerebral que permite respirar e ter batimento cardíaco, mas não permite de maneira nenhuma processar informação.

Gollop afirmou que a morte cerebral é rigorosamente igual ao que acontece no caso de bebês anencéfalos. “O anencéfalo é um morto cerebral que tem batimento cardíaco e tem respiração.

Disse ainda que a anencefalia é incompatível com a vida, corresponde a morte cerebral e ninguém tem nenhuma dúvida acerca disso.” Outra informação trazida pela especialista foi que aproximadamente 75% dos fetos anencefálicos morrem dentro do útero. Dos 25% que chegam a nascer, todos tem sobrevivida vegetativa que cessa na maioria dos casos dentro de 24 horas e os demais nas primeiras semanas de sobrevivida ³² – [grifo nosso].

Nesse mesmo sentido, Débora Diniz acentua que:

uma pessoa sem atividade cerebral está morta, tanto que é possível com o coração batendo e o sangue fluindo, a retirada de órgãos para transplantes. Um feto anencefálico não tem córtex cerebral, portanto, é um feto sem atividade cerebral³³ – [grifo nosso].

No mesmo contexto, Pedro Federico Hooft ³⁴, citando Diego Garcia, assevera que:

a morte humana consiste ‘na perda irreversível das faculdades superiores (neocórtex), embora continuem subsistindo as puramente vegetativas e animais (...) associando-se, assim, a morte com a perda total e irreversível da consciência’. Se bem que o autor formule essas reflexões com relação ao final da vida, **podemos transpor estes critérios para a anencefalia, dado que aqui o desenvolvimento cerebral não existe, e nunca existiu,** devido a um erro na embriogênese, em virtude do qual a racionalidade não se encontra presente nem sequer em potência – [grifo nosso].

Ainda mais expressivo sobre essa questão é o entendimento de Álvaro Mayrink da Costa, aduzindo que o feto anencefálico, em razão da característica principal a ele inerente (acrania), não se trataria de ser humano.

Afirma o ilustre professor que “no caso de fetos com falta de crânio, a arquitetura genética impede de considerá-los como pessoa humana e, por isso, não devem ser admitidos como sujeito passivo de crime de aborto”³⁵.

³² Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Notícias de 28 ago. 2008. Acesso em: 03 set. 2008.

³³ DINIZ, Débora. *O luto das mulheres brasileiras*. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm>> Apud FRANCO, Alberto Silva, *Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. RT, São Paulo, v. 94, n. 833, mar. 2005. p. 406.

³⁴ HOOFT, Pedro Federico. *Transexualidad: la imperiosa necesidad de brindar una ‘solución humana’ a um ‘problema complejo’ em Bioética: entre utopias y desarraigos*, pp. 285/292. Apud FRANCO, Alberto Silva. ob. cit. p. 406.

³⁵ Apud, FRANCO, Alberto Silva, ob. cit. p. 416.

No mesmo diapasão, Juliana Gomes dos Santos Neff³⁶, em excelente trabalho científico sobre o assunto, questiona:

Como é possível coexistir, em um mesmo ordenamento jurídico, norma que autoriza a realização do transplante de órgãos, quando ocorre a morte cerebral, e outra, que proíbe o aborto nos casos em que o feto apresenta ausência ou má-formação do cérebro? Como pode ser sanada essa antinomia, para evitar que o mesmo bem jurídico, qual seja, a vida, receba tratamento diverso?.

[...] A Lei nº 9.434/97 estabelece como marco caracterizador da morte de um indivíduo a sua morte cerebral; o feto anencéfalo, por sua vez, não possui cérebro. Destarte, o feto está morto e um possível aborto, praticado em razão dessa anomalia, não teria nem mesmo uma conduta típica, posto se tratar de crime impossível ante a impropriedade absoluta do objeto (...), a saber, o feto morto.

Pois bem, apesar de a anencefalia não impossibilitar que o feto apresente parte do cérebro, ainda que ínfima (conforme amplamente destacado no item 2.1 deste trabalho), a tese acima apresentada é bastante lógica e se lastreia inteiramente na Lei nº 9.434/97, ou seja, com a morte cerebral finda-se a vida humana, logo, o feto anencefálico, por não possuir, parcial ou totalmente, cérebro, não apresenta vida humana, estando, portanto, legalmente morto.

Conforme dito acima, o anencéfalo nem sempre deixa de apresentar cérebro, ainda que de forma insignificante. Ocorre, porém, que, mesmo o possuindo em parte, o feto anencefálico não tem nenhuma condição de sobrevivência, dada a irrelevância da parte restante do cérebro para a viabilidade vital, daí por que não deixa de estar correta a conclusão esposada pela autora, no sentido de ele não apresentar vida humana viável, estando, pois, juridicamente morto.

Agora, é claro que a morte referida é, tão-somente, a morte do ponto de vista legal, pois biologicamente o feto está vivo.

Não obstante, como se trata de vida completamente inviável – já que sem cérebro -, considera-se que esse feto é desprovido de vida humana viável.

Outrossim, sopesados todos esses aspectos, e, considerando-se tratar-se de vida humana inviável (pois só é viável quando constituída de cérebro) - portanto, não tutelada pelo legislador pátrio -, pode-se concluir não ocorrer crime quando do abortamento de feto anencefálico, pois a vida que se extermina é simplesmente vegetativa, destituída de quaisquer características inerentes ao ser humano, uma vez

³⁶ SANTOS NEFF, Juliana Gomes dos. *Aborto por anencefalia é crime impossível*. Consulex – Revista Jurídica, Brasília, v. 9, n. 206, 15 ago. 2005. p. 56-57.

que, sem cérebro, o corpo não detém comando, comportando-se como um simples “vegetal”, apesar de carne e osso.

O que se impede de continuar vivendo é, pois, nada mais nada menos do que um corpo humano vivo, porém, sem qualquer semelhança com um ser humano, em razão da acrania.

7 A POSIÇÃO DA IGREJA CATÓLICA E SUA INFLUÊNCIA PERANTE A OPINIÃO PÚBLICA

Como é cediço, o Brasil, apesar de laico, é um país predominantemente católico, exercendo a Igreja Católica relevante influência em nossa sociedade.

Em razão disso, grande parte da população brasileira, em geral, não aceita o aborto, ressalvados casos especiais como o realizado por necessidade – para salvar a vida da gestante -, ou decorrente de estupro, havendo, neste último caso, também certa resistência em aceitá-lo, sob o fundamento de o direito à vida (aqui, plenamente viável) dever sempre prevalecer sobre possíveis riscos e sofrimentos da mulher.

E é exatamente sob esse enfoque – direito à vida do feto – que a Igreja e, conseqüentemente, grande parte da população brasileira, não aceita o aborto, ainda que realizado em casos de anencefalia, do que se verifica a significativa influência exercida pela Igreja Católica frente ao pensamento do povo brasileiro também nesses casos.

Nesse sentido, tem-se noticiado que:

Os balanços sobre o pontificado de João Paulo II que ocuparam recentemente a mídia e as expectativas em torno do papado de Bento XVI mostram que é nas questões ligadas à sexualidade e à ciência que a Igreja Católica, no mundo contemporâneo, tem revelado o seu perfil mais conservador. No Brasil, nos debates sobre a Lei de Biossegurança, sancionada no dia 24 de março, as bancadas católica e evangélica tentaram barrar a aprovação da lei por discordarem da utilização de células-tronco embrionárias de seres humanos. **Suas alegações baseavam-se na inviolabilidade do direito à vida do embrião, que deveria ser considerado como pessoa desde o momento da fecundação. Ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal, a liberação da interrupção da gravidez nos casos de feto sem cérebro - a chamada anencefalia - tem encontrado resistências em argumentos semelhantes.** E, assim como no caso das células-tronco embrionárias, a discussão vem mobilizando argumentos religiosos e científicos sobre o estatuto da vida e o debate sobre a descriminalização do aborto no país está ganhando novos contornos.

Em carta endereçada ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, a **Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) - representante dos interesses do episcopado brasileiro - se posiciona contrariamente à liberação do aborto nos casos de anencefalia do feto utilizando como um dos argumentos o fato de que o Estado brasileiro deve reconhecer a posição da Igreja como expressão da vontade dos seus cidadãos, na medida em**

que a maioria deles seriam católicos: "No Brasil, o cristianismo se confunde com a nossa história. Daí que os valores cristãos fazem parte da formação cultural de nossa sociedade. Um Estado laico respeita os valores religiosos de uma sociedade e os considera na formulação de suas decisões. Os poderes e as instituições do Estado decidem em nome e para o povo, daí que não pode desprezar ou ignorar esses valores em suas decisões. Um Estado laico não supõe indiferença ante a religiosidade dos cidadãos³⁷.

É claro que o argumento da Igreja, ao erguer a bandeira do direito à vida, é sempre muito forte, porém, não se pode também esquecer que a grande "massa" do povo deste país é formada por pessoas, em regra, de baixíssimo nível sócio-cultural, sem qualquer consciência, pois, acerca das especificidades e riscos de uma gestação de feto anencefálico, conforme comprovado pelas ciências médicas.

Não se está aqui, com isso, pretendendo questionar a doutrina da Igreja Católica ou a fé em Deus e em Jesus Cristo de seus seguidores. Ao contrário, visa-se apenas perquirir se as pessoas que questionam o aborto em casos como tais o fazem por terem plena consciência científica do pensamento que estão externando, ou, simplesmente, porque são influenciadas pela doutrina de sua Igreja, sem conhecerem, porém, as especiais circunstâncias e conseqüências da gestação de um anencéfalo.

E mais: será que a própria Igreja Católica não está fechando os olhos para a realidade, tal como já o fez em passado remoto, quando da época das Inquisições, período de caça às bruxas e aos hereges que a Igreja comandou na Idade Média?

Marcelo Lessa Bastos³⁸, ao tratar do tema, questiona:

Para quê Deus permitiu que o homem inventasse a ultrassonografia, se não pode se valer de suas evidências e fazer cessar uma gestação cujo produto está fadado a morrer? Será que Deus quer impor que se gere, por nove meses, não uma vida; mas uma morte? [...] Os dicionários definem a criança anencefálica como uma monstruosidade. Será que é vontade de Deus que a mulher seja obrigada a gerar, por nove meses, uma monstruosidade?! Não se pode conceber tamanho absurdo!

³⁷ Mulher ou sociedade: quem decide sobre o aborto? Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/2005/05/05.shtml>> Acesso em 03 set. 2008.

³⁸ BASTOS, Marcelo Lessa. *Escritos de Direito Penal e de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2007. p. 227.

Ainda, no intuito de refletir sobre essa questão, vejamos o comovente relato de uma mulher suíça que, ao se apegar a Deus e à religião, conseguiu superar os traumas da gravidez e do nascimento de uma bebê anencefálica:

[...] 'Dai glória ao Senhor dos Exércitos; seja a ele o vosso temor e o vosso tremor.' Isaías 8:13.

Depois de ler essa passagem, compreendo que não tenho que ter medo das minhas indagações, mas que posso me abrigar em Deus a qualquer momento. Ouço música bíblica e de louvor. Essas palavras me fazem lembrar da natureza de Deus e de suas promessas. Elas me ajudam a ver Anouk com os olhos de Deus, ou seja, com o coração.

Os últimos dias antes do parto são bastante difíceis. Cada hora parece uma eternidade e quase não posso pensar em algo que não seja o nascimento. Estou tão preocupada com ele que anseio estar sozinha numa ilha deserta. Além disso, as pessoas ao meu redor estão-me dando nos nervos, apesar de serem muito cordiais, perguntando como estou e sendo muito gentis comigo. Porém, gostaria de estar sozinha. Isso explica porque meu humor muda o tempo todo, passando de uma imensa alegria a profundos sentimentos de tristeza. Assim, sinto-me fisicamente bem e não há dor pré-natal. Ao invés disso, há paz. No nível espiritual, há uma luta permanente: estou preocupada e temerosa do que há por vir. Um parto normal nem sempre é agradável, mais nesse caso, também há a insegurança do que vai acontecer em seguida. De repente, tenho a impressão de que entendo como Jesus está sendo desencorajado e assustado no Getsêmani. Assim, Deus está aqui e embora nem sempre Ele nos permita evitar provações, Ele nos ajuda a suportá-las.

'Não vos inquieteis com nada. Mas apresentai a Deus todas as vossas necessidades pela oração e pela súplica, em ação de graças. Então a paz de Deus, que ultrapassa toda compreensão, guardará os vossos corações e pensamentos, em Cristo Jesus.' (Filipenses 4: 6-7)

Um dia antes da data devida, pedi à indução do parto ao Dr. Vial. Continuei esperando que o nascimento começasse por si mesmo, mas não posso esperar mais: é muito duro. Ao chegarmos ao hospital, em 18 de julho, um calendário bíblico nos dá as boas-vindas com o seguinte versículo:

'Mas eu sei também que aos que temem a Deus acontece o bem, porque eles o temem.' (Eclesiastes 8:12)

Que promessa! Todos os meus temores se desvanecem e, em lugar disso, uma paz profunda, que irá permanecer. E Deus responde às nossas preces: **Anouk nasce às 17h21min após um parto normal, breve e direto. A parteira apenas coloca um gorrinho em sua cabeça e finalmente posso segurá-la em meus braços. Ela está viva! Será que ela vai começar a respirar? O mundo à minha volta pára e a coisa mais importante é a minha filha. Cada segundo com ela é tão precioso e somos tão gratos. Embora eu saiba claramente que ela vai morrer, estou tão feliz. A sala se enche de alegria ao nosso redor; alegria e paz. Anouk começa a respirar suavemente: incerteza no início, mas então de maneira**

mais e mais regular. Agora olho para ela mais atentamente. Ela é tão pequenina, principalmente sua cabeça. O gorro que tentei tricotar o menor possível ainda é bastante largo. Não quero olhar por baixo do gorro. Tento olhar para o resto de seu corpo. Vejo a minha filha, um bebê com uma terrível deformação, mas acima de tudo minha filha. Ela se parece com os três outros no nascimento. Poderíamos facilmente confundi-los com Anouk.

E então eles chegam; Anais, Max e Tabea vieram encontrar sua irmãzinha. Eles estão intimidados pela sala com todas as máquinas e se sentem inseguros porque a mamãe está deitada nesta cama branca e não pode levantar-se para saudá-los. Eles olham para Anouk cheios de curiosidade, fazem muitas perguntas, mas nenhum deles quer segurá-la. Ela parece tão estranha com a sua pele rosada. Tiramos muitas fotos para nos ajudar a lembrar dela mais tarde.

'Sua filha tem muita sorte por ser bem-vinda em sua família', diz a parteira para mim. Ela nos agradece por ter permitido que ela estivesse presente no parto. O pediatra nos diz como a nossa atitude e decisão o impressiona. Sem testemunhar Deus, todos podem sentir a sua presença. Ele guiou tudo perfeitamente.

Após a visita de nossos pais, permaneço a sós com Anouk. Ela é surda e mesmo se ela abrir seus olhos azuis, ela é cega. Mas ela pode reagir ao amor que lhe comunicamos e sua reação é totalmente visível, uma vez que o amor é dado e recebido com o coração e não é preciso ter um cérebro para isso. Agora, estou pronta para dar uma olhada debaixo do gorro manchado de sangue. A ferida é horrível, mas pertence à Anouk e não me choca. A sala está tão calma e estou tão feliz por Anouk estar viva, mas devo confessar que ficarei aliviada quando ela morrer. Certamente ela não pode viver.

Mais ou menos às 2 h da manhã, ela começa a chorar e mal pode respirar. Chamo o pediatra, que limpa suas vias respiratórias. Então, ela se acalma, mas respira com crescente dificuldade e mais devagar do que antes. Pouco tempo antes das 6h30min da manhã, Christophe e eu rezamos juntos e colocamos a vida dela nas mãos de Deus. Ela respira mais uma vez e depois falece. Não preciso de um médico para saber que não há mais vida. Estou segurando um invólucro vazio em minhas mãos. Choro e choro, em parte porque estou triste, mas, principalmente, porque estou feliz de saber com certeza que a alma de Anouk agora está com Deus. Christophe chora também e isso me faz bem.

Antes de banhar e vestir Anouk, tiramos suas impressões das mãos e dos pés, porque é importante para mim ter tantas lembranças quantas possível. Mais tarde, sempre serei capaz de jogá-las fora, mas essa é a minha única oportunidade de recolhê-las. Depois disso, nada nos retém no hospital e nossos filhos precisam de nós em casa. Sabemos que não podemos fazer nada mais por Anouk. Choro ao sair do hospital. Continuo chorando no carro e, ao chegar a casa, quando Tabea nos pergunta onde está Anouk, começo a chorar novamente. Passo o resto do dia na cama com uma caixa de lenços de papel. Mas apesar disso, não posso parar de agradecer a Deus. Não há amargura nem lamentação e não me arrependo por um segundo nos últimos meses. Fico feliz apesar da minha tristeza porque "A morte foi tragada pela vitória." "Onde está, ó morte, a tua vitória? Onde está, ó morte, o teu aguilhão?" O aguilhão da morte é o pecado, e a força do pecado é a lei. Mas graças a Deus que nos dá a

vitória por meio de nosso Senhor Jesus Cristo." Agora posso compreender o significado da seguinte frase que uma senhora escreveu para mim durante a minha gravidez "Viver o amor nunca será um problema, mas sim o que tiramos dele."
Demos todo o nosso amor a Anouk e agora podemos deixá-la partir.
Monika Jaquier, Suíça³⁹.

O depoimento acima transcrito bem demonstra a importância da fé em momentos como esse. Revela, ainda, que a crença espiritual e a religião podem muito influenciar as escolhas e decisões a serem tomadas pelas pessoas.

No caso da mãe de Anouk, sua fé em Deus foi decisiva para que decidisse enfrentar as amarguras e riscos dessa espécie de gravidez, que, como relatou, não foi diferente das demais, tendo passado por momentos de significativo *stress*, abalo emocional, sofrimento físico, mental e moral.

Não obstante, essa foi a escolha por ela feita, pois sabia desde o início que sua gravidez era de risco e que gerava um feto anencefálico, o qual inevitavelmente morreria minutos ou horas após o parto.

Fatos como este leva-nos a concluir que a gestação de um feto anencéfalo é tão especial à mulher que, quer seja ou não sob o ponto de vista da fé e da religião, a decisão em manter a gravidez deve ser única e tão-somente da gestante.

E isso porque essa forma de gestação, ao contrário do que foi para a mãe de Anouk – que por ter apego à religião e fé em Deus e em Jesus Cristo acabou conseguindo superar com maior facilidade os traumas e riscos da gravidez -, pode trazer traumas psicológicos, mentais e morais de extrema gravidade para outras centenas ou milhares de mulheres que não possuem aquela mesma crença, e tudo isso apenas para que a gestante assista ao nascimento e, logo após, ao falecimento de seu bebê.

É razoável e proporcional que isso seja assim para aquelas mulheres que não desejam passar por tais traumas?

A conclusão a que se chega é que nos casos de anencefalia, pelo fato de a morte do feto ser certa – circunstância esta, repita-se, já comprovada cientificamente pela Medicina -, há de se abstrair os aspectos religiosos e vinculados à fé, porquanto em nada se relacionam com as descobertas e avanços da ciência, devendo a Igreja, na verdade, buscar abrir os olhos para a realidade do Século XXI, sem que com isso deixe de dar continuidade à sua doutrina, mesmo porque, do ponto de vista religioso,

³⁹ Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/anouk.php>>. Acesso em 03 set. 2008.

não é o homem quem está decidindo pela vida ou morte do anencéfalo, senão a própria natureza, criada por Deus.

8 ANÁLISE JURÍDICO-PENAL DA QUESTÃO

Sopesados todos os argumentos científicos trazidos pela Medicina em relação à anencefalia, a questão deve ser analisada agora sob o aspecto jurídico-penal, isto é, se há ou não crime na interrupção da gestação de feto anencefálico.

E não são poucas as razões para que se possa afirmar não haver falar-se em crime nessas situações.

Por primeiro, de acordo com o conceito analítico tripartido, crime é todo fato típico, ilícito e culpável.

Quanto ao primeiro de seus elementos, é cediço que, de acordo com a mais abalizada e moderna doutrina, particularmente, com Claus Roxin, a tipicidade subdivide-se (ou complementa-se) em formal e material.

A tipicidade formal conceitua-se como a simples adequação do fato ao tipo, enquanto a tipicidade material exige não apenas a subsunção, mas também que o bem jurídico tutelado seja de alguma forma ofendido pela conduta omissiva ou comissiva praticada pelo infrator.

Este conceito – de tipicidade material – é extraído dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do Direito Penal, os quais servem também de fundamento ao princípio da insignificância ou da bagatela.

De acordo com esses princípios, o sistema penal deve buscar tutelar apenas bens jurídicos relevantes à sociedade, sem se preocupar com pequenos delitos ou fatos insignificantes. Por exemplo, o furto de um chocolate, apesar de formalmente subsumir-se ao tipo do artigo 155, “caput”, do Código Penal, não deve ser punido, já que certamente não houve ofensa ao bem jurídico “patrimônio” do proprietário do supermercado. Assim, diz-se que por tal conduta ser materialmente atípica, não deve ser abarcada pelo Direito Penal.

Pois bem, trazendo agora estes princípios para o tema da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, há de se questionar: haveria tipicidade - formal e material?

Para que se possa responder a esta pergunta, necessário lembrar que o aborto é crime contra a vida de um ser humano, ainda em estágio intra-uterino.

No caso dos anencéfalos, porém, como já visto, apesar de haver vida físico-corporal, é evidente tratar-se de uma vida meramente vegetativa, porquanto ausente

a formação cerebral característica da vida humana, conforme reiterados estudos científicos colacionados neste trabalho.

Assim, da mesma forma que ocorre quando da declaração médica de morte cerebral de uma pessoa, o feto anencefálico, como ser humano, jamais viveu ou viverá, pois o que se tem aqui, repita-se, é um mero corpo humano vivo, assim como vivo continua ainda por algum tempo o corpo daquela pessoa cuja morte cerebral foi atestada. Porém, uma vez morto, não se trata mais de pessoa, mas sim de cadáver.

Portanto, como afirmar haver aborto em casos como estes? Isto é, ainda que formalmente típica a conduta de “provocar aborto”, seria ela também materialmente típica?

A resposta só pode ser negativa, pois não se poder falar, *in casu*, em vida essencialmente humana (ante a ausência do comando cerebral), razão pela qual o que se extermina é apenas um corpo vivo em formação, mas que jamais será pessoa, pois não conseguirá sobreviver.

E, se a vida intra-uterina é tutelada pelo Direito com o fim único de se resguardar futura vida extra-uterina (ou seja, a vida de uma pessoa futura), não faz qualquer sentido em se falar em crime de aborto em casos como tais, porquanto para o feto anencefálico não haverá jamais vida extra-uterina (podendo sobreviver apenas por algumas horas ou dias), hipótese que configura, assim, crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto.

Assim, para se falar em crime de aborto é preciso que o embrião apresente **potencialidade de vida humana**, pois o legislador visa claramente proteger o feto com possibilidade de se tornar pessoa, isto é, **tutela a vida intra-uterina em potencial**, que é aquela com viabilidade futura de vida extra-uterina, característica totalmente ausente no feto anencefálico.

Luís Roberto Barroso⁴⁰, ao falar sobre essa questão, ensina que:

[...] na gestação de feto anencefálico não há vida humana viável em formação. Vale dizer: não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto. Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de

⁴⁰ Petição inicial da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, p. 19. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 15 ago.2008.

uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto.

Ao discorrer sobre o tema, no bojo do *habeas corpus* nº 88.720, o Ministro Arnaldo Esteves Lima assim expôs a questão:

Por essas razões, entendo que, mesmo considerando que o conceito de aborto é a interrupção intencional da gravidez antes de atingir o termo limite normal, isto é, "... durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intra-uterina" (Código Penal Comentado, Cezar Roberto Bitencourt, 3ª ed., Ed. Saraiva, p. 431), sua configuração depende da morte do feto, que é a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma legal, razão porque se concluir que **somente a conduta que frustra nascimento com potencialidade de vida extra-uterina tipificará o crime de aborto** (STJ, HABEAS CORPUS Nº 88.720 - RS (2007/0188614-0), RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA, DECISÃO:29/08/2007, DJ 15/10/2007, PG:00337) – [grifo nosso].

E, ao citar Diaulas Costa Ribeiro⁴¹ - *in* Aborto por Anomalia Fetal, escrito em parceria com a Professora Débora Diniz -, o Ministro transcreveu trecho do texto do autor, no seguinte sentido (Ed. Letras Livres, pp. 102/104):

Tal perspectiva permite concluir que **a conduta que interrompe uma gravidez, mas que não frustra o surgimento de uma pessoa, não tipifica o crime de aborto**. Nesse mesmo sentido é a conclusão de Néelson Hungria: 'O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um 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 [como] falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.' Não está em jogo, afirma ainda o autor, 'a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher' – [grifei].

Ressalta, ainda, Arnaldo Esteves de Lima em seu voto que:

Mesmo tendo sido escrito há mais de 60 anos, o diagnóstico jurídico-penal de uma gravidez de feto inviável, feito por Néelson Hungria em Comentários ao Código Penal, se mostra tão atual como se tivesse sido feito por ultra-sonografia com scanner de 4D. **É um tanto óbvio o fato de que, se a gravidez apresenta-se como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que possa salvar a vida do feto, não há**

⁴¹ *Apud habeas corpus* nº 88.720, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 15 ago.2008.

como falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. 'Não há como falar-se em aborto' significa dizer que não está presente o suporte fático do injusto, necessário à conformação típica do crime de aborto. Não há bem jurídico típico a ser protegido pelo Direito Penal, sendo o bem jurídico o elemento básico para formação do tipo penal. Trata-se, pois, de um interesse fundamental da sociedade a ser preservado pelo Direito Penal e que constitui a base da estrutura e da interpretação dos tipos penais, cuja manutenção a sociedade tem interesse em assegurar. O interesse da sociedade a ser preservado na gravidez não é a gravidez como fato fisiológico em si mesmo, mas a expectativa de que o feto, decorrida a gestação, dê lugar a um ser humano, previsivelmente vivo. Se, ao contrário, não há mais essa expectativa, não há bem jurídico a ser preservado, não há tipo penal, não há crime. A pessoa da gestante, entretanto, há que ser preservada, voltando-se para ela, na integralidade, toda a proteção jurídica disponível. Conseqüentemente, a gestante e o médico que, com o consentimento dela, interrompem a gravidez de um feto com inviabilidade por má-formação não praticam crime de aborto, simplesmente porque não há tipicidade. Usando a mesma orientação do Direito Civil, quando o feto é viável tem-se a eficácia antecipada da sua personalização. Quando o feto é inviável, não há o suporte fático dessa eficácia antecipada. Logo, há uma despersonalização antecipada, não sendo necessário aguardar o final da gestação para interrompê-la. A partir do momento em que há diagnóstico definitivo de inviabilidade fetal, antecipar ou não antecipar o parto deve ser uma decisão privativa da mulher. Não é diferente a lição de Luiz Regis Prado (Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 2, 5ª ed., Ed. RT, p. 126), que, ao discorrer sobre a antecipação do parto nos casos de fetos anencéfalos, destaca que, **nesses casos, 'verifica-se apenas um desvalor de situação que não se assimila à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (desvalor do resultado)', pois não se trata de feto 'biologicamente capaz de concretizar-se em uma vida humana viável, o que só permite caracterizá-lo como 'um projeto embriológico falido, não sendo um processo de vida, mas um processo de morte' – [grifo nosso].**

Nesse mesmo sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, nos autos do *habeas corpus* nº 84.025⁴², concedeu a ordem a fim de assegurar à paciente o direito de interromper a gravidez, nos seguintes termos:

[...] em casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extra-uterina, uma interpretação que tipifique a conduta do aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva,

⁴² Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2008.

para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extra-uterina está obrigada a manter a gestação. Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludente de aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extra-uterina é plenamente viável. **Seria um contra-senso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso de aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica – [grifo nosso].**

Afirma, ainda, que: Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? **Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal – [grifo nosso].**

Colaciona-se, ainda, sobre o tema, o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR NO WRIT ORIGINÁRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE. CABIMENTO DE HABEAS CORPUS PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. PATOLOGIA CONSIDERADA INCOMPATÍVEL COM A VIDA EXTRA-UTERINA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. GESTAÇÃO NO TERMO FINAL PARA A REALIZAÇÃO DO PARTO. ORDEM PREJUDICADA.

1. A via do habeas corpus é adequada para pleitear a interrupção de gravidez fora das hipóteses previstas no Código Penal (art. 128, incs. I e II), tendo em vista a real ameaça de constrição à liberdade ambulatorial, caso a gestante venha a interromper a gravidez sem autorização judicial. 2. Consoante entendimento desta Corte, é admitida a impetração de habeas corpus contra decisão denegatória de liminar em outro writ quando presente flagrante ilegalidade. 3. Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a

proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. **4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia.** 5. Contudo, considerando que a gestação da paciente se encontra em estágio avançado, tendo atingido o termo final para a realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração. 6. Ordem prejudicada (STJ - HC 56572 / SP HABEAS CORPUS 2006/0062671-4 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 25/04/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 15.05.2006 p. 273) – [grifo nosso].

Na mesma esteira, o Professor Luiz Flávio Gomes⁴³, ao discorrer sobre a questão, preleciona que:

“O aborto anencefálico não é um fato materialmente típico. [...] O aborto anencefálico elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material) porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação. [...] **Quando há interesse relevante em jogo, que torna razoável a lesão ao bem jurídico vida, não há que se falar em resultado jurídico desvalioso (ou intolerável). Ao contrário, trata-se de resultado juridicamente tolerável, na medida em que temos, de um lado, uma vida inviável (todos os fetos anencefálicos morrem, em regra, poucos minutos após o nascimento), de outro, um conteúdo nada desprezível de sofrimento (da mãe, do pai, da família, etc). [...] Basta compreender que o ‘provocar o aborto’ do art. 124 significa ‘provocar arbitrariamente o aborto’ para se concluir pela atipicidade material da conduta. Esse, em suma, é o fundamento da atipicidade do aborto anencefálico”** – grifo nosso.

Por fim, Alberto Silva Franco⁴⁴ ensina que:

O embrião ou o feto, na anencefalia, estão, em razão de um processo patológico, no desenvolvimento embrionário, irreversivelmente condenados à morte, configurando-se, no caso, o critério morte neocortical. Como ressalta Hootf, ‘a vida biológica, controlada principalmente pelo tronco cerebral, ‘não é unicamente

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. *Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material (II)*. In: Consulex – Informativo Jurídico, Brasília, v. 20, n. 47, 27 nov. 2006. p. 7.

⁴⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. RT, São Paulo, v. 94, n. 833, mar. 2005. p. 415-416.

humana, porque comparte suas características com os não-humanos.' A conclusão deste raciocínio é que a vida biológica é condição necessária mas não suficiente para a vida humana'. **Não há, em consequência, vida humana intra-uterina a ser protegida. Além disso, as intervenções efetuadas quer no processo gestacional, quer na antecipação induzida do parto, não visam a morte do embrião ou do feto, mas pura e simplesmente pôr cobro ao sofrimento da mãe gestante, evitando o agravamento de sua saúde psíquica.** Ademais, não há como relacionar a expulsão do embrião ou do feto ou a aceleração do parto ao resultado morte uma vez que a intervenção executada não foi a causa direta ou imediata da morte, mas mera ocasião para que esta se mostre visível a todos. A malformação física obsta ao embrião ou ao feto que tenham condições de ter vida própria fora do ventre materno.

Destarte, embora em ambos os casos – aborto e anencefalia – se possa cogitar de interrupção do processo gestacional, é indubitoso que faltam à anencefalia os elementos que denunciam o tipo do aborto, sobretudo, o reconhecimento prévio da existência de vida humana intra-uterina. Trata-se, portanto, de caso de pura atipia – [grifo nosso].

Outrossim, considerando todos os apontamentos até aqui realizados, conclui-se não se poder falar em conduta típica, pois se não haverá vida humana extra-uterina viável, o objeto jurídico tutelado pela norma penal protetora da vida intra-uterina perde seu objeto, porquanto não faz qualquer sentido tutelar-se formalmente a vida intra-uterina, se o seu fim último – que é a vida extra-uterina – jamais poderá ser alcançado.

Por outro lado, outros dois aspectos devem ser ainda considerados na análise da tipicidade: ausência de dolo - que é elemento subjetivo do tipo - e a criação de riscos permitidos.

Com efeito, para se poder falar em aborto é preciso lembrar da necessidade da presença de dolo, ou seja, da vontade de exterminar uma vida humana viável, com o fim de que sejam evitados inúmeros transtornos para aquela que aborta e a seus familiares (entre eles morais, econômicos, indesejabilidade da gravidez, etc).

Ora, no caso do aborto do anencéfalo a sua realização dá-se não com o fim de interromper o ciclo de uma vida viável, mas sim no intuito de se evitar uma gravidez tumultuada e com riscos à gestante, em que o feto inevitavelmente morrerá.

Por isso, em casos como tais, não há dolo de extermínio de uma vida humana, sendo outras as razões da conduta, lastreada na razoabilidade, aceitação social e proporcionalidade. Assim, como se falar em crime se não há dolo, elemento subjetivo do tipo?

Portanto, também por ausência de dolo o fato seria penalmente atípico.

No que concerne à criação de riscos permitidos, essa circunstância é abordada pela “Teoria da Imputação Objetiva” como um dos requisitos à exclusão da imputação do delito.

Para essa teoria, a conduta apta a causar riscos permitidos é aceita pela sociedade, como, por exemplo, dirigir um veículo nos limites de velocidade permitida para o local. Apesar de essa conduta – dirigir veículo - causar riscos potenciais à sociedade (já que pessoas podem se acidentar na direção de veículo automotor ou ser atropeladas), trata-se de um risco socialmente aceito, daí por que a conduta do motorista que assim proceder, sem exceder o limite de velocidade permitido, será também considerada adequada. Logo, ainda que eventualmente venha causar a morte ou lesão a terceiros, o resultado não poderá lhe ser imputado, não respondendo, pois, por delito algum.

Com efeito, de acordo com Claus Roxin⁴⁵, são fundamentalmente dois os requisitos da teoria em questão: a criação pela conduta do agente de um risco juridicamente desaprovado (risco não permitido) e a realização do risco no resultado.

Apresenta, ainda, o autor quatro concretizações do referido princípio: a diminuição do risco, a criação de um risco juridicamente relevante, o aumento do risco e, por último, a esfera de proteção da norma como critério de imputação⁴⁶.

Aplicando-se as duas primeiras e principais vertentes dessa teoria ao caso dos bebês anencefálicos, tem-se que, apesar de a conduta abortiva causar riscos à vida do feto (bem jurídico tutelado pela norma penal), como se trata de uma forma de vida potencialmente inviável, o risco criado torna-se irrelevante, não podendo, pois, ser juridicamente desaprovado.

Outrossim, em se tratando de risco irrelevante para o bem jurídico vida - já que com a inviabilidade de sobrevivência extra-uterina do feto torna-se sem sentido a tutela à sua vida intra-uterina -, pode-se concluir que o fato se torna atípico, não havendo que se falar, pois, em infração penal.

No tocante ao segundo elemento do crime - a antijuridicidade -, é certo que, caso superada a tese da atipicidade da conduta, poder-se-ia falar ainda em sua possível licitude.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 9.

⁴⁶ Ob. cit. p. 58.

Isso porque a anencefalia, como já dito, pode trazer sérios riscos de vida à gestante, fato que, uma vez constatado no caso concreto, por óbvio autorizaria o aborto, como, aliás, já é previsto pela nossa legislação penal no artigo 128, inciso I, do estatuto repressivo, como estado de necessidade.

Por fim, importante aspecto a ser analisado relaciona-se ao terceiro elemento do crime: a culpabilidade.

A culpabilidade é formada por três elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e conhecimento potencial da ilicitude.

E é exatamente quanto à exigibilidade de conduta diversa que se poderia questionar acerca da sua presença em casos como o aqui em discussão.

Realmente, já foi amplamente demonstrado no decorrer deste trabalho quão tormentosa e difícil para a mulher é a gravidez de um feto anencefálico. Os relatos pessoais trazidos nos capítulos anteriores demonstram que muitas mulheres sofrem tanto com a gravidez, que acabam precisando de acompanhamento médico e psicológico por vários anos.

Ademais, tamanho é o trauma vivenciado, que muitas delas acabam não tentando mais engravidar, ou, quando sim, passam a temer amar o bebê que está sendo gerado em seu ventre, com receio de se tratar de novo feto anencefálico.

Por derradeiro, não se pode esquecer, como dito, que muitas gestações deste jaez são acompanhadas de sérios riscos à saúde e à vida da gestante, circunstâncias que impõem deva-se questionar até que ponto a mulher deve ter o dever de aceitar passar por tamanhos traumas e riscos à sua integridade física, mental, moral e à sua própria vida?

Do ponto de vista jurídico a pergunta é: é exigível comportamento diverso da mulher, senão o de lhe ser possível optar pelo aborto em casos como tais?

A resposta só pode ser positiva, sendo lastreada não apenas em traumas psicológicos ou mentais da gestante, mas, principalmente, na vida e na saúde da mulher, que devem ser resguardadas sempre, mesmo quando se tratar de um feto viável, o que se dirá quando o que se tem em foco é um feto anencefálico, sem qualquer chance de sobrevivência entre os seres humanos.

Por todas essas razões, pode-se concluir que, tanto sob o ponto de vista da tipicidade, quanto da ilicitude e da culpabilidade, não há qualquer possibilidade de subsistir a ocorrência de crime em casos de abortamento de feto anencefálico.

Assim, ainda que se pudesse falar em fato típico, o crime não subsistiria por ausência de ilicitude. E, mesmo que houvesse tipicidade e ilicitude, tal circunstância também se tornaria irrelevante, ante a ausência de culpabilidade, devido a presença da causa supralegal de exclusão da culpabilidade, consistente em inexigibilidade de conduta diversa, que somente pode ser reconhecida e aplicada em casos excepcionais, como o aqui em estudo.

9 POSIÇÃO ATUAL DO STF – A ADPF Nº 54

Ao falar sobre anencefalia não se poderia deixar de lembrar a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 (ADPF nº 54), ajuizada em 17 de agosto de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS - perante o Supremo Tribunal Federal.

A finalidade da ação é a de que, ao proceder à interpretação conforme dos artigos 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana), 5º, inciso II (legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e 6º c.c 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República, a Corte Suprema declare a inconstitucionalidade da incidência dos artigos 124, 126, “caput”, e 128, I e II, do Código Penal, à hipótese de aborto em caso de anencefalia, reconhecendo-se, assim, à gestante o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.

A argüente aduz, em síntese, que a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos, não havendo controvérsias na literatura científica sobre a questão. Afirma, também, não haver qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa, sendo que 65% dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterino.

Por outro lado, no que se refere à gestante, argumenta que estudos científicos demonstram que a presença do feto anômalo no ventre materno é potencialmente perigosa, causando riscos à saúde da gestante e até mesmo perigo de vida, em razão do alto índice de morte intra-uterina dos fetos; que se não há potencialidade de vida extra-uterina não há falar-se em aborto, em que a morte deve ser consequência direta de meios abortivos artificiais, e não de anomalia apresentada naturalmente pelo feto.

Aduz, ainda, que impor à mulher o dever de carregar por nove meses em seu ventre um bebê que sabe, desde logo, não sobreviverá, fere o princípio da dignidade humana, causando-lhe dor moral e psicológica, devendo ser resguardado seu direito à saúde.

Requer, outrossim, a procedência da ação para o fim de que seja declarada inconstitucional a interpretação dos artigos 124, 126, “caput”, e 128, I e II, do Código Penal, procedendo-se à sua interpretação conforme a Constituição, e,

conseqüentemente, reconheça-se o direito subjetivo das gestantes de se submeterem à antecipação terapêutica sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Instado a se manifestar como *custos legis*, em nome do Ministério Público Federal, o então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, opinou, preliminarmente, pelo não cabimento da ADPF por entender não haver que se falar em interpretação conforme – já que os preceitos insculpidos nos artigos 124, 126, “caput”, e 128, I e II, do Código Penal, apresentam clareza e inequívoca compatibilidade com a Constituição Federal, não podendo o Judiciário incluir no artigo 128 do estatuto repressivo hipótese de exclusão da punibilidade (anencefalia) não prevista pelo legislador.

Quanto ao mérito, asseverou que a vingar a tese do autor, restará sacrificado o direito à vida, cuja proteção caracteriza-se como sentido único da tutela dos demais bens pela Constituição Federal, sendo posto como *marco primeiro no espaço dos direitos fundamentais*.

Afirmou, ademais, que nos casos de anencefalia “há o normal desenvolvimento físico do feto: formam-se os olhos; nariz; ouvidos; boca; mãos, enfim o que lhe permite sentir, e também braços; pernas; pés; pulmões; veias; sangue que corre, o coração”⁴⁷.

Citou, ainda, o artigo 2º do Código Civil, o artigo 4.1 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, bem como a Convenção sobre os Direitos da Criança, todos no sentido da preservação do direito à vida desde a concepção, fato indicativo do entendimento normativo no sentido de que a vida tem início desde aquele momento (concepção).

Argumentou também que:

O bebê anencéfalo, por certo nascerá. Pode viver segundos, minutos, horas, dias e até meses. Isto é inquestionável! E aqui o ponto nodal da controvérsia: **a compreensão jurídica do direito à vida legitima a morte, dado o curto espaço de tempo da existência humana? Por certo que não! Se o tratamento normativo do tema, como vimos ..., marcadamente protege a vida, desde a concepção, por certo é inferência lógica, inafastável, que o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevivida visível.** Estabeleço, portanto, e em

⁴⁷ FONTELES, Cláudio. *Aborto: feto portador de anencefalia*. Consulex – Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 184, set. 2004. p. 46-49.

construção estritamente jurídica, que o direito à vida é atemporal, vale dizer, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana. E se assim o é, e o é afetivamente, dada a clareza dos textos normativos importa prosseguir, e indagar, então: **a dor temporal da gestante é causa bastante a obscurecer, e então relativizar, a compreensão jurídica do direito à vida como venho de assentar? Estou em que não! [...] É de se reconhecer, outrossim, e mantido o raciocínio na poderação (sic) de bens, que por certo o sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o pôr cobro a uma vida, que existe, intra-uterina, e que, seja sempre reiterado, goza de toda a proteção normativa, tanto sob a ótica do direito interno quanto internacional. O feto no estado intra-uterino é ser humano não é coisa!**⁴⁸ – [grifo nosso].

Por fim, o ilustre Procurador-Geral concluiu seu parecer opinando pelo indeferimento do pleito, devendo prevalecer sempre o direito à vida.

O pedido de liminar foi deferido pelo relator – Ministro Marco Aurélio – não tendo sido, porém, referendado integralmente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, em sessão datada de 20.10.2004, por maioria, ratificou a primeira parte da liminar concedida, mantendo o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado. Também por maioria, o Tribunal revogou a segunda parte da liminar, em que se reconheceu o direito constitucional da gestante em submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos.

Prosseguindo no julgamento, em sessão de 27.04.2005, o Tribunal, por maioria, entendeu admissível a ADPF, bem como determinou o retorno dos autos ao relator para examinar se é o caso ou não da aplicação do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.982/1999, isto é, oitiva das partes, de peritos ou ainda designação de audiências públicas para oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Por derradeiro, em decisão datada de 31.08.2007, o plenário decidiu pelo prosseguimento da ação, nos seguintes termos:

ADPF – ADEQUAÇÃO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – FETO ANENCÉFALO – POLÍTICA JUDICIÁRIA – MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os

⁴⁸ FONTELES, Cláudio. *Aborto: feto portador de anencefalia*. Consulex – Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 184, set. 2004. p. 49.

enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – PROCESSOS EM CURSO – SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal.

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – AFASTAMENTO – MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

E, segundo noticiado no *site* do Supremo Tribunal Federal, por despacho datado de 31.07.2008, o Ministro Marco Aurélio – Relator da ADPF – designou audiências públicas para os dias 26 e 28 de agosto e 04 de setembro de 2008, oportunidade em que foram ouvidos profissionais e técnicos das seguintes instituições:

a) 26 de agosto de 2008: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; Igreja Universal; Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e Católicas pelo Direito de Decidir;

b) 28 de agosto de 2008: Conselho Federal de Medicina; Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Sociedade Brasileira de Genética Clínica; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e, por último, o Deputado Federal José Aristodemo Pinotti.

c) 04 de setembro de 2008: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF; Escola de Gente e Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos;

Entre as entidades ouvidas no primeiro dia, a ONG “Católicas pelo Direito de Decidir” defendeu o direito de interrupção da gravidez em caso de anencefalia.

Ao falar em nome da ONG, a Professora da PUC/SP e doutora em Sociologia pela Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais de Paris Maria José Fontelas Rosado Nunes, ressaltou que:

eticamente, a maioria da população brasileira apóia a interrupção da gravidez, em caso de comprovada anencefalia. Até mesmo porque não oferecer à mulher essa oportunidade é tratá-la como coisa. O que se quer é igual direito para Severina (a que decide interromper a gestação) e Cacilda (a que decide levar a gestação até o fim) ⁴⁹.

Disse, ainda, que modificar a legislação para permitir a interrupção da gravidez no caso de anencefalia é uma questão de justiça social, pois com isso também as mulheres pobres, que não têm recursos para apelar à Justiça para fazer valer o seu direito de autodeterminação, poderão fazê-lo.

Falando também em defesa da interrupção terapêutica, o bispo Carlos Macedo de Oliveira, representando a Igreja Universal do Reino de Deus, afirmou que a questão diz respeito à saúde e aos direitos da mulher e, portanto, cabe apenas à mãe decidir sobre a possibilidade ou não de antecipação do parto em casos como tais.

Ressaltou que “Talvez nenhum de nós consiga dimensionar os agravos de uma gravidez acometida de anencefalia”⁵⁰, ponderando que o bem comum passa primeiro pelo bem individual de cada pessoa, e cabe ao Estado proporcionar que seus cidadãos vivam bem, e não apenas vivam.

Por fim, destacou que descriminalizar o aborto é diferente de torná-lo obrigatório.

De outro vértice, foram ouvidas também entidades contrárias à realização do aborto em casos como os aqui em discussão

Para o médico e representante da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família Rodolfo Acatauassú Nunes, a Medicina ainda precisa avançar muito nas pesquisas sobre o nível de consciência das crianças nascidas com deformações severas no cérebro antes de serem definidas políticas sobre a interrupção da gravidez.

Isso porque, segundo expôs:

A anencefalia não é o mesmo que morte encefálica, porque uma pessoa que respira sozinha e que é amamentada pela mãe sem precisar de aparelhos está viva. Existem muitas reações desses bebês que não se explicam, por isso é necessária a cautela ⁵¹. [...] o cérebro pode estar completamente ausente ou pode ter resquícios. A doença é letal e não há cura para ela, mas também não se trata de

⁴⁹ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>, publicação do dia 26.08.2008. Acesso em 26. ago. 2008.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Ibidem.

um tudo-ou-nada. [...] Não é verdade que todos morrem logo após o parto, muitos bebês vivem por meses ou mais de um ano”.

Por fim, defendeu que antes de se decidir pela interrupção da vida, estudos devem ser feitos para determinar o real estado de consciência dessas crianças, aduzindo não ser honesto cientificamente dizer que existe ou não a presença de consciência sem haver antes um maior aprofundamento científico sobre o assunto.

No mesmo sentido, as médicas Irvênia Luiza de Santis Prada e Marlene Rossi Severino Rossi, falando em nome da Associação Médico-Espírita do Brasil (AME), defenderam serem equivocadas as opiniões no sentido de não haver possibilidade de vida do anencéfalo. Segundo expuseram:

Essas opiniões não têm, metodologicamente, dentro do contexto da neurociência, nenhum embasamento. Pelo contrário, a neurociência vem demonstrar pelo seu conteúdo que o anencéfalo tem substrato neural para desempenho de funções vitais, o que contra-indica o aborto desse feto e contra-indica a disponibilização do anencéfalo recém-nascido para transplante de órgãos⁵².

Já no segundo dia das audiências (28.08.2008), da mesma forma, várias entidades e personalidades foram ouvidas.

Entre elas, o professor e Deputado Federal José Pinotti defendeu a interrupção da gravidez em casos como tais, afirmando que a Medicina não possui dúvida de que o feto anencefálico não tem qualquer chance de sobrevivência, em 100% (cem por cento) dos casos.

Na mesma esteira, a antropóloga Débora Diniz, representando o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), argumentou que a anencefalia não se confunde com outras anomalias relacionadas ao encéfalo, e que não há crianças vivas portadoras daquela anomalia, já que se trata de doença fatal em todos os casos.

Afirmou, ademais, tratar-se de verdadeira tortura exigir-se da mulher o prosseguimento da gravidez, com o fim único de enterrar o seu filho.

Por sua vez, o médico Everton Neves Pettersen, da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, sustentou que existe, hoje, capacidade técnica para diagnosticar a anencefalia com 100% de segurança, já no primeiro trimestre de gestação, mais precisamente a partir da 8ª semana, tendo defendido a interrupção da gravidez

⁵² Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>, publicação do dia 26 ago. 2008. Acesso em 26. ago. 2008.

quando do diagnóstico de anencefalia por considerar o feto anencefálico um natimorto neurológico. Segundo ele, do ponto de vista técnico, o feto não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central. Por isso, disse, “seria uma tortura psicológica” obrigar a mãe levar até o fim a gestação de um feto que nascerá morto.

Por outro lado, a presidente do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil Sem Aborto, Lenise Aparecida Martins Garcia, pediu prudência científica no trato da anencefalia porque, segundo ela, ainda não há certezas no estudo desses casos até o momento.

Para tanto, citou o caso da menina brasileira Marcela de Jesus, que teve anencefalia diagnosticada a partir do quarto mês da gestação. “Ela não tinha calota craniana, mas percebia quando a mãe estava por perto, tinha o aparelho auditivo formado, escutava e reconhecia a voz da mãe”⁵³, disse uma das médicas de Marcela no vídeo exibido por Lenise.

Acrescentou a professora, ainda, que estudos realizados nos Estados Unidos colocam em dúvida a inexistência de consciência pelos anencéfalos, concluindo nos seguintes termos: “Claro que todo o mundo quer ter um filho sadio, mas se ele não for assim isso dá aos pais o direito de matá-lo?”, questionou a líder do movimento favorável à vida dos anencéfalos. Na opinião de Lenise, tais crianças são deficientes, mas não mortas-vivas. “Isso é tão verdade que são considerados, nas estatísticas oficiais, entre os nascidos-vivos”, argumentou ⁵⁴.

Por fim, no terceiro e último dia das audiências públicas (04.09.2008), um dos primeiros a ser ouvido foi o Ministro da Saúde José Gomes Temporão, que se posicionou favoravelmente à antecipação do parto nos casos de anencefalia.

Explicou o ministro que “a anencefalia é uma má formação incompatível com a vida fora do útero e que um feto com anencefalia não sobrevive ao parto. Essa é “uma certeza médica e científica atestada pela Organização Mundial de Saúde”⁵⁵, afirmou.

Segundo ele, a definição de morte é a morte cerebral e esta condição autoriza a retirada de órgãos para transplantes mesmo que o coração continue batendo. Ele fez uma analogia com o bebê anencéfalo, considerado um natimorto cerebral.

⁵³ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>, publicação do dia 26 ago. 2008. Acesso em 26 ago. 2008.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Ibidem. Acesso em 07 set. 2008.

A contrário senso, a representante da Associação para o Desenvolvimento da Família (Adef), Ieda Therezinha Verreschi, afirmou haver vida humana no feto anencéfalo e, por isso, retirá-lo do útero antes do momento do parto seria “um retorno da sociedade à barbárie”.

Outras autoridades no assunto foram também ouvidas, todas elas expondo aspectos positivos e negativos sobre a questão, posicionando-se contrária ou favoravelmente à antecipação terapêutica.

O desfecho da ação não tem ainda data prevista, mesmo porque a questão em foco é extremamente complexa e exige cautelosa e aprofundada discussão, sendo certo, porém, que alguns ministros já indicaram em debates anteriores posicionamento favorável à autorização do aborto no caso de feto anencefálico, entre eles, o Ministro Joaquim Barbosa⁵⁶, conforme voto nos seguintes termos:

[...]Seria um contra-senso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso de aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica” [...] Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal – [grifo nosso].

Outrossim, o que a sociedade brasileira certamente pode esperar é que o Supremo Tribunal Federal, com muita cautela e competência, mais uma vez faça as vezes do Congresso Nacional, decidindo sobre questão que, ante a sua incontestável relevância social, já deveria ter sido há muito tempo regulamentada pelo Poder Legislativo.

A esperança é que o Judiciário, atendo-se menos aos aspectos religiosos e morais que envolvem a questão, mas, ao contrário, com olhos voltados ao seu aspecto constitucional e penal (dignidade humana da mulher, isonomia, direito à

⁵⁶ *Apud habeas corpus* nº 84.025. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 28 ago. 2008.

saúde e integridade física e mental da mulher, adequação social da conduta, ausência de dolo, inexigibilidade de conduta diversa), decida pela interpretação conforme dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, aos preceitos constitucionais do direito à vida, à saúde e à integridade física, moral e mental da gestante, declarando, assim, que a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia não caracteriza crime.

10 O CASO MARCELA DE JESUS FERREIRA

No dia 03.08.2008 o jornal O Estado de São Paulo⁵⁷ assim noticiou o caso Marcela de Jesus Ferreira:

Bebê 'anencéfalo' morre após 1 ano e 8 meses

Marcela de Jesus Ferreira teve diagnóstico polêmico e sua sobrevivência era vista como um exemplo para grupos contra o aborto de fetos sem cérebro.

Segundo a reportagem, a menina Marcela de Jesus Ferreira, diagnosticada inicialmente como anencéfala, morreu em Patrocínio Paulista, na região de Ribeirão Preto – SP, quando já completara um ano e oito meses.

Exames mais detalhados, porém, realizados um ano depois, revelaram que a bebê tinha pequenas partes do cérebro, que mantinham suas funções vitais, tratando-se na verdade de microcefalia – desenvolvimento reduzido do cérebro -, e não de anencefalia – hipótese de ausência total do cérebro e da caixa craniana -, em que não há possibilidade de sobrevivência.

Para sobreviver, Marcela usava um capacete de oxigênio (raramente ficava sem ele) e era alimentada por sonda, à base de líquidos (sucos, leite e papinhas).

Pois bem, aos opositores ferrenhos da legalização do aborto em casos de anencefalia, é importante destacar expressamente que o caso de Marcela não era de anencefalia, mas sim de microcefalia (desenvolvimento parcial do cérebro), o que permitiu a sua sobrevivência por tanto tempo – um ano e oito meses.

Nesse sentido, ao ser argüido perante o Supremo Tribunal Federal, na audiência pública realizada no dia 28.08.2008, com o fim de instruir a ADPF nº 54, o médico Everton Neves Pettersen⁵⁸, da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, afirmou que o caso de Marcela de Jesus, amplamente noticiado na imprensa, que seria um caso de anencefalia com longa sobrevivência, é um “caso clássico de falsa idéia de anencéfalo”. À base da imagem tomada em uma tomografia, ele mostrou que Marcela apresenta região do cerebelo, tronco cerebral e um pedacinho do lóbulo

⁵⁷ O ESTADO DE SÃO PAULO. Domingo, 03 ago. 2008, Caderno Sociedade, p. A25.

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Notícias do dia 28 ago. 2008. Acesso em 28 ago. 2008.

temporal, que faz parte dos hemisférios cerebrais. “Então, isso não é diagnóstico de anencefalia”, afirmou.

E continua a notícia nos seguintes termos:

Segundo Everton Petersen, no entanto, essa confusão é compreensível, porque a imagem é semelhante à de um anencéfalo, pois também apresenta aspecto de sapo com olhos exuberantes. “São bastante parecidos, mas são diversos em termos de patologia”, afirmou. Ele disse que tais erros de diagnóstico são compreensíveis por se tratar de uma patologia rara e a classe médica ter pouco acesso a casos semelhantes.

No fim de sua exposição, o médico Everton Pettersen defendeu a realização da antecipação de partos em casos de anencefalia. “Nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico”, observou. “Porque, do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central. Por isso, disse, “seria uma tortura psicológica” obrigar a mãe levar até o fim a gestação de um feto que nascerá morto – [grifo nosso].

Assim, é evidente que o fato em enfoque não serve como base de comparação aos diagnósticos de anencefalia, hipótese em que há certeza da morte do feto horas ou dias após o parto, circunstância não verificada na microcefalia, mesmo porque, segundo a reportagem do “Estado”, Marcela não morreu em razão da doença, mas sim por ter vomitado o leite ingerido e em seguida o aspirado, provocando-lhe pneumonia.

Não obstante, o caso de Marcela vem ratificar a importância da rigorosa cautela com a qual os exames pré-natais devem ser realizados, evitando-se diagnósticos equivocados e que acabem gerando autorizações de abortos de seres humanos viáveis, ainda que com reduzido potencial cerebral.

Por outro lado, ainda que se tratasse realmente de caso de anencefalia, tenho que, mesmo assim, o fato de Marcela ter sobrevivido por tanto tempo, não mudaria o pensamento posto neste trabalho, acerca da autorização do aborto em casos como tais.

Isso porque, conforme já destacado ao longo deste trabalho, o que sobrevive em casos assim (de anencefalia) é, simplesmente, um corpo humano vivo, destituído, porém, de viabilidade de sobrevivência humana, ante a ausência de comando cerebral, fato que torna insignificante o tempo de sobrevivência do corpo, isto é, se um dia, duas semanas, alguns meses ou anos.

Afinal, fatos como este muito se assemelham ao ser humano cuja morte cerebral já foi atestada: o que sobrevive neste caso não é uma pessoa, mas sim o corpo humano, uma vez que sem o cérebro – que é o que dá sentido à vida humana – não se pode dizer haver ali um ser humano – este dotado de personalidade, objetivos, sentimentos etc – senão um simples corpo vivo (cadáver), mas em estado vegetativo.

Por todas essas razões, é imperioso ratificar que tendo sido criteriosamente diagnosticada a anencefalia, defende-se neste trabalho a possibilidade do aborto (ou, mais precisamente, da antecipação terapêutica), sendo irrelevante cogitar-se na possibilidade de sobrevivência do bebê por mais tempo que o previsto pela Medicina, pois, repita-se, a ausência de cérebro inevitavelmente o levará à morte, e durante o tempo de sua sobrevivência não viverá como um autêntico ser humano, senão como um corpo vegetal, apenas com forma humana.

11 CONCLUSÃO

Sopesados todos os aspectos fático-jurídicos colacionados neste trabalho, pode-se concluir que a realização do aborto em casos de feto anencefálico não constitui crime, pois, especificamente, quanto aos aspectos jurídico-penais, restam ausentes a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, sendo que, do ponto de vista constitucional e legal, aquela conduta não desrespeita preceitos do nosso ordenamento pátrio, principalmente, da Constituição Federal.

No que se refere à tipicidade, demonstrou-se que a interrupção terapêutica aqui estudada caracteriza crime impossível, porquanto a conduta deve afetar vidas viáveis, em potencial, e não inviáveis, não fazendo qualquer sentido, assim, tutelar-se a vida intra-uterina se o seu objeto – que é a vida extra-uterina (o tornar-se pessoa) -, jamais se concretizará.

Observou-se, ainda, não haver dolo na conduta da gestante que decide interromper a gravidez nesses casos, pois sua intenção não é exterminar uma vida por simples indesejabilidade de ser mãe, ou por problemas sociais ou econômicos, mas sim porque foi advertida pelos médicos, passando a possuir plena consciência da inviabilidade do feto e dos transtornos e riscos (inclusive de morte) em se levar a frente uma gestação deste jaez.

Portanto, se não há dolo de se interromper o ciclo de uma vida em potencial, não se pode falar em crime de aborto.

Ademais, demonstrou-se também, com base na Teoria da Imputação Objetiva, que em sendo a conduta socialmente adequada, isto é, aceita pela sociedade (razoável), ainda que formalmente típica, torna-se materialmente atípica, excluindo-se a tipicidade do fato.

Com efeito, em se tratando de caso em que a morte do bebê é certa, a antecipação terapêutica do parto é medida que cumpre os preceitos constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, pois evita que a gestante corra sérios riscos de vida (direito fundamental à vida), bem como à sua integridade física, moral e mental (direito fundamental à saúde).

Outrossim, em se tratando de conduta razoável, proporcional e adequada socialmente, não há falar-se em tipicidade.

A razoabilidade vincula-se, ainda, ao cotejo realizado com a Lei nº 9.434/97, porquanto não se mostra razoável que o legislador considere morta a pessoa cuja morte cerebral foi declarada, e não possibilite a interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos, os quais, por ausência de formação cerebral, comparam-se a seres humanos sem vida, ainda que o corpo humano esteja vivo, porém, com vida meramente vegetativa.

Avançando-se para a ilicitude, resta claro que a anencefalia, por causar sérios riscos à vida da gestante, também se caracteriza como causa de exclusão da ilicitude, consubstanciada em estado de necessidade, pois se constatado pelos médicos perigo de morte concreto à mulher, é evidente que esta tem o direito vital de interromper a gravidez, nos termos, aliás, do previsto no artigo 128, inciso I, do Código Penal.

Quanto à culpabilidade, este último elemento do crime também está ausente em casos como tais, pois, conforme se demonstrou, não é razoável e proporcional exigir que a gestante passe por tamanho constrangimento psíquico, moral e, inclusive, com riscos à sua própria vida, apenas para dar guarida a um ser completamente destituído de vida em potencial.

Assim, devem prevalecer nesses casos os direitos da gestante, não fazendo sentido que a mulher – ser humano dotado de personalidade, sentimentos, objetivos e de toda uma vida pela frente – tenha o dever de passar por todos aqueles constrangimentos apenas para enterrar o seu próprio bebê.

Por derradeiro, diante de todas essas conclusões, entendo que a escolha deve ser sempre da gestante, pois o fato de a antecipação terapêutica em casos como tais não ser crime não pode obrigar a mulher a se submeter à interrupção da gravidez quando assim não desejar.

Afinal, o objetivo é impedir que a gestante não possa exercer o seu direito de escolha, isto é, levar adiante ou não a gravidez, pois é somente ela quem sofrerá os traumas e riscos desta espécie de gestação, sendo mais consentâneo com a dignidade humana possibilitar a ela o direito de escolher, em vez de se impor o abortamento, o que certamente caracterizaria manifesto constrangimento e inconstitucionalidade material.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Marcelo Lessa. *Escritos de Direito Penal e de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v.1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, _____. v. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

FERNANDES, Máira Costa. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da língua portuguesa*, 2. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FONTELES, Cláudio. *Aborto: feto portador de anencefalia*. Consulex – Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 184, set. 2004.

FRANCO, Alberto Silva. *Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. RT, São Paulo, v. 94, n. 833, mar. 2005.

FREITAS, Patrícia Marques. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental como meio de defesa dos direitos humanos e o caso dos fetos anencefálicos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 15, n. 58, jan.-mar. 2007.

FRIGÉRIO, Marcos Valentin. *Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil*. Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal. Abril. 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material* (II). In: Consulex – Informativo Jurídico, Brasília, v. 20, n. 47, 27 nov. 2006.

HUNGRIA, Nelson. *Código penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

JESUS, Damásio E de. *Direito Penal*. v.2. São Paulo: Saraiva, 2001.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Juruá, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Código Penal Interpretado*. 5 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PINOTTI, José Aristodemo. *Anencefalia*. Advocacia Dinâmica: Informativo, Rio de Janeiro, v.24, n. 48, dez. 2004.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS NEFF, Juliana Gomes dos. *Aborto por anencefalia é crime impossível*. Consulex – Revista Jurídica, Brasília, v. 9, n. 206, pp. 56-57, 15 ago. 2005.

SÃO PAULO, O Estado de. Caderno sociedade do dia 03 ago. 2008.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SEBASTIANI, Mario. *Análisis ético bajo El concepto del feto como paciente em los casos de anencefalia*. LexisNexis-Jurisprudência Argentina. Fasc. 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 23 jul. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Sites Consultados

Associação Nacional pró-vida e pró-família. Disponível em: Artigo: *O direito à vida. Desde que momento*. Disponível em:
<http://www.providafamilia.org.br/site/secoes_detalhes.php?sc=52&id=52>. Acesso em: 05 set. 2008.

Com Ciência Revista Eletrônica de Jornalismo Científico - *Mulher ou sociedade: quem decide sobre o aborto?* Disponível em:
<<http://www.comciencia.br/reportagens/2005/05/05.shtm>>. Acesso em 03 set. 2008.

OAB do Estado do Mato Grosso – Disponível em:
<<http://www.oabmt.org.br/index.php?tipo=ler&mat=3976>> Acesso em: 10 ago. 2008.

Portal Médico - Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm> Acesso em: 15 ago. 2008.

Superior Tribunal de Justiça – Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 15 ago. 2008.

Supremo Tribunal Federal – ADPF nº 54 – Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>
Acesso em: 28 ago. 2008.

Web artigos – Disponível em: <http://www.webartigos.com>> Artigo: *Anencefalia Fetal: Causas, Conseqüências e Possibilidade de Abortamento*. Acesso em: 03 set. 2008.