

INTERRUPÇÃO (ABORTO) DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO

Ariane dos Passos do Nascimento

Diely Daiane Moreira Portolani

Luciana Pimenta Correa

Paula de Abreu Pirotta Castilho

Rosemeire Batista Almeida Galdino Correa

Resumo: Com a referida intenção, o presente artigo parte de uma estrutura consolidada, buscando-se analisar, inicialmente a evolução histórica e conceitual no que tange ao tratamento dado à problemática do aborto no decorrer dos anos. Sequencialmente, num segundo momento, a questão da interrupção de gestação de feto anencéfalo será analisada à luz das normas e princípios fundamentais vigentes no ordenamento jurídico, de forma a evidenciar a presente dicotomia e contradição existentes na legislação.

Palavras-chave: Aborto, Direito Penal, Feto Anencéfalo, Direito à vida.

Abstract: With such intention, this article part of a consolidated structure, seeking to analyse initially the historical and conceptual regarding the treatment given to the problem of abortion over the year trend. Sequentially, secondly, the issue of interruption of pregnancy of anencephalic fetus will be analysed in the light of the norms and fundamental principles in the legal

system, in order to highlight this dichotomy and contradiction in the existing legislation.

Keywords: Abortion, Criminal Law, Anencephalic fetus, Right to life.

Sumário: Introdução. 1. O crime de aborto no Código Penal brasileiro. 2. A criminalidade do aborto. 3. Anencefalia Fetal: causas, consequências e possibilidade de aborto. 4. Análise Religiosa. 5. O aborto anencefálico à luz dos Direitos Fundamentais. 6. O aborto anencefálico e os Princípios Constitucionais. 6.1. O Direito à vida. 6.2. Dignidade da Pessoa Humana. 6.3. O Direito à Saúde.

INTRODUÇÃO



debate acerca da tipificação do aborto anencefálico como crime contra a vida gera grandes discussões na seara do direito penal e constitucional, na medida em que o tema carece de fundamentação por parte do ordenamento pátrio. Trata-se de um grave embate ético-moral entre o direito à vida do feto anencéfalo e a dignidade da pessoa humana, neste caso, representada pela gestante. Nesse contexto, pode-se ressaltar a tamanha complexidade que acompanha este tema, permeado de dúvidas, contradições e polêmicas. Os posicionamentos que predominam entre os juristas e doutrinadores são divergentes, por vezes até mesmo antagônicos, tornando-se inerente a concretização imediata de um regramento jurídico acerca da referida problemática. Pretende-se, ainda, com este trabalho, analisar os enfoques mais relevantes pertinentes ao assunto, na tentativa de vislumbrar, mesmo que de forma ínfima, uma possível solução para o desenvolvimento desta questão, dada a atualidade da temática apresentada e a dificuldade de consolidação

de um posicionamento ético, moral e jurídico para tanto.

Por derradeiro, relevam-se as questões eminentemente jurídicas relativas à prática abortiva decorrente da anencefalia fetal, no que tange à análise das condições que legitimam a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, bem como o posicionamento dos Tribunais brasileiros frente à questão.

1. O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Conceito de aborto

A palavra aborto vem do latim *abortus*, que, por sua vez, deriva do termo *aborior*. Este conceito é usado para fazer referência ao oposto de *orior*, isto é, o contrário de nascer. Como tal, o aborto é a interrupção do desenvolvimento do feto durante a gravidez, desde que a gestação ainda não tenha chegado às vinte semanas. Ocorrendo fora desse tempo, a interrupção da gravidez antes do seu termo tem o nome de parto prematuro. Existem dois tipos de abortos: o espontâneo ou natural, e o induzido ou artificial. O aborto espontâneo ocorre quando um feto se perde por causas naturais. De acordo com as estatísticas, entre 10% a 50% das gravidezes acabam num aborto natural, condicionado pela saúde e pela idade da mãe.

O aborto induzido, por sua vez, é aquele que é provocado com o objetivo de eliminar o feto, seja ou não com assistência médica. Calcula-se que, todos os anos, cerca de 46 milhões de mulheres recorrem a esta prática, em todo o mundo. Desse total, cerca de 20 milhões praticam abortos inseguros, sujeitas a pôr a sua vida em risco.

A maioria das legislações nacionais faz a distinção entre duas classes de abortos induzidos: os terapêuticos e os eletivos.

Os abortos terapêuticos são justificados pelos médicos

para salvar a vida da mulher grávida (se a continuação da gravidez ou o parto representar um risco grave para a sua saúde) ou para evitar que a criança nasça com uma doença congênita ou genética grave, que a coloque em risco de morte ou a condene a malformações ou deficiências bastante severas.

Os abortos eletivos costumam ser decididos se a gravidez for fruto de algum delito sexual (uma violação) ou se a mulher não puder ou não desejar guardar a criança por razões econômicas e/ou sociais. Na maioria dos países, está prática é proibida por lei à exceção de alguns casos mais raros (por exemplo, se uma menor de idade tiver sido violada).

2. A CRIMINALIDADE DO ABORTO

No que diz respeito à criminalidade do aborto, o Código Penal deixa bem evidente, tanto quanto a punição quanto a exclusão. Vejamos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena: detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Na primeira parte, é tratado o delito de auto aborto, que é quando a própria mulher pratica a interrupção da gravidez, empregando em si mesma o método abortivo. Nesta hipótese, pode ocorrer a participação de terceiro, quando o mesmo auxilia, secundariamente, a prática do aborto, fornecendo por exemplo, os meios para a ocorrência, sendo enquadrado no art. 124 do Código Penal como partícipe. Na segunda parte, é explicado o aborto com consentimento, que é quando a mulher consente que uma terceira pessoa lhe pratique o aborto. Neste caso também há a possibilidade de um partícipe, que induz a gestante a permitir que o terceiro lhe faça o aborto. Pode haver também crime de ação múltipla, no qual a mulher consente que o outro lhe provoque o aborto e logo em seguida, o auxilia no aborto em si mesma. A pena imposta a gestante é diferente da

imposta ao terceiro, caracterizando assim como uma exceção à teoria monística, prevista no art.29, CP, que acredita que "[...] todos os participantes (coautor e partícipe) de uma infração incidem nas penas de um único e mesmo crime [...]" (CAPEZ, 2008, p.128-129). Essa exceção seria a concepção dualista, que diferencia as penas do autor e do partícipe de acordo com a participação e a consequência de cada ato, individualizando o castigo. Em ambos os casos, não há a possibilidade de coautoria, por ser um crime de mão-própria, sendo o consentimento personalíssimo.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

É a forma mais grave do delito de aborto, que consiste na prática de métodos abortivos por terceiro sem o consentimento da vítima. Não há a necessidade da gestante saber e não aprovar o ato. Pode ocorrer casos da não-ciência da mulher como, por exemplo, misturar uma substância abortiva em um alimento e dá a grávida para a sua ingestão. Essa forma de aborto pode ser de dissentimento real, quando o agente emprega diretamente contra a gestante; de fraude, quando a gestante é levada ao erro, através de emprego de atitudes ardilosas; de grave ameaça contra a gestante, quando é prometida à gestante um mal grave caso não cometa o aborto; de violência, que é o aborto provocado através do emprego de força física e de dissentimento presumido, que somente é aceito quando a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, é alienada ou débil mental, posto que o consentimento não é espontâneo, sendo muitas vezes induzida por outrem a tomar tal atitude.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena: reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Este artigo trata do aborto provocado por terceiro com o

consentimento da gestante. Neste caso, pode haver também a incidência de partícipe, que auxilia o terceiro na prática. Mas para que se caracterize como aborto consentido, a anuidade da gestante tem que ser válida (art.126, CP), ou seja, ela tem que ter capacidade para consentir. Caso não possua, o crime poderá se enquadrar no art.125 do Código, como é exposto no art.126, parágrafo único, CP (consentimento inválido, que se aplica à gestantes com menos de 14 anos, alienadas e débeis mentais). Vale ressaltar que o consentimento deve perdurar durante toda a execução abortiva. Caso a gestante consinta inicialmente a prática e posteriormente volte atrás em sua decisão, mas ainda assim o terceiro prossegue na prática, o mesmo se enquadrará então no art.125, CP, não respondendo a grávida por nenhum crime. Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Antes de entrar na explicação do art.127, é importante informar o equívoco do legislador ao intitular o artigo como sendo uma "forma qualificada" de crime, quando na verdade deveria ser como forma majorada, por se tratar de uma forma especial de aumento de pena. Em seu livro, Cezar Roberto Bitencourt (2000, p.520) ensina que "as qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais? tipos derivados? com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem a sua variação. Ademais, as majorantes e minorantes funcionam como modificadoras na terceira fase do cálculo da pena, o que não ocorre com as qualificadoras, que estabelecem limites mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena-base". Aplica-se este artigo somente na incidência dos arts. 125 e 126 do Código Penal, não sendo utilizado em caso de aborto consentido e auto aborto, na medida em que não há punibilidade nos casos

de autolesão ou no ato de matar-se. Para que se caracterize como sendo um crime qualificado pelo resultado é *sine qua non* que pelo menos um dos acontecimentos (morte ou lesão grave) decorra de culpa, configurando assim um crime preterdoloso. Se tanto o aborto quanto a morte ou lesão grave for doloso, é excluído o art.127, respondendo o autor em concurso formal pelos dois crimes. Sobre a presença do partícipe, que instiga o crime de auto aborto ou auxilia na prática do aborto, existem divergências quanto a sua punição no caso de ocorrer uma lesão grave ou a morte da gestante. Segundo Fernando Capez (2008, p.132): "Entendemos que o sujeito deve responder por homicídio culposo ou lesão corporal culposa, conforme o caso, na qualidade de autor mediato, pois a gestante funcionou como instrumento (*longa manus*) de sua atuação imprudente. Além disso, responde por participação em auto aborto em concurso formal".

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

No inciso primeiro, trata-se da interrupção da gravidez pelo médico em caso da gestante estar correndo risco de morte e não há outra alternativa para salvá-la (aborto necessário ou terapêutico). É considerado como uma espécie de estado de necessidade, mesmo que o perigo contra a vida não seja atual, podendo a gravidez ser interrompida diante da constatação de algum risco futuro, como, por exemplo, câncer uterino, diabetes etc. Neste caso, existem dois bens jurídicos correndo perigo e para que um sobreviva, faz-se necessário a destruição do outro, sendo escolhido pelo legislador a vida da mãe, posto que a vida do feto ainda não está totalmente formada. Vale ressaltar que o médico tem que ter a plena certeza de que a doença acarretará risco à mulher para a prática do aborto. É extremamente

importante que o médico tenha o consentimento da gestante ou de seu representante legal para a prática abortiva. Em caso de "iminente perigo de vida", o médico poderá executar a prática sem o consentimento da paciente ou de seu representante legal, de acordo com o art.146, § 3º, I, do Código Penal.

O art.128, I, garante somente ao médico a excludente de ilicitude do crime de aborto. No caso de uma enfermeira praticar o ato, não responderá também pelo crime, por se enquadrar em uma das hipóteses do art.24, CP (estado de necessidade de terceiro), sendo causa de excludente de culpabilidade, por inexistência de conduta diversa. Se o médico, achando que há a necessidade do aborto, pratica-o, sendo desnecessária a prática, ocorre neste caso um erro, sendo afastado o dolo e consequentemente o crime, caracterizando um caso de discriminante putativa (art.20, § 1º). No inciso segundo, trata-se de aborto praticado por médico em caso de estupro (aborto sentimental, humanitário ou ético). Diferentemente do inciso I, tem-se a necessidade do consentimento prévio da gestante ou do representante para a prática do aborto. Para a execução, basta uma prova do atentado sexual como, por exemplo, um boletim de ocorrência, não necessitando de nenhum outro documento. Se o médico for enganado e praticar o ato mesmo não sendo um caso de estupro, haverá um erro de tipo, excluindo assim o dolo. Assim como o inciso anterior, a enfermeira não responderá pelo crime, por se tratar de hipótese de estado de necessidade de terceiro (art.24, CP), pelo fato de "[...] dentro das circunstâncias concretas não havia como se exigir outra conduta da enfermeira que não a realização do aborto na gestante" (CAPEZ, 2008, p.137). No caso da enfermeira que auxilia o médico no aborto humanitário, não haverá a ocorrência de crime, posto que a conduta do médico não é fato típico e ilícito.

3. ANENCEFALIA FETAL: CAUSAS, CONSEQUÊNCIAS E POSSIBILIDADE DE ABORTO

O sistema nervoso do neonato está sujeito a malformações ocasionadas em consequência de anormalidades ocorridas durante o período embrionário ou fetal. O período considerado mais importante para a formação do sistema nervoso do embrião é o da formação do tubo neural, a qual ocorre entre a terceira e quarta semana de gestação.

O processo de formação e fechamento do tubo neural é suscetível a diversos erros, podendo originar más-formações ao sistema nervoso consideradas letais, severas ou menores. As más-formações serão consideradas letais quando incompatíveis com a vida; severas, quando causarem morte precoce, anormalidades ou paradas sérias no desenvolvimento físico ou mental; menores, quando geralmente associadas a uma variável quantidade de deformidades ou "doenças", mas permitindo quase sempre determinado tempo de vida.

O grau máximo de severidade da formação de tubo neural é aquele em que há total falha da neurulação primária e que origina a craniorraquisquise total. O feto que é acometido desta má-formação não sobrevive senão poucas horas de vida, pois todo o sistema nervoso central fica exposto e malformado.

A anencefalia encontra-se, indubitavelmente, entre as mais graves más-formações congênicas do sistema nervoso central do embrião.

A definição leiga de anencefalia é expressa como "monstruosidade consistente na falta de cérebro", conforme expresso em dicionário da língua portuguesa.

Em linguagem científica, define-se anencefalia como uma má-formação decorrente do não fechamento do neuroporo anterior do tubo neural do embrião, o que implica na ausência ou formação defeituosa dos hemisférios cerebrais. Esta má-formação ocorre no 26º dia de gestação, momento no qual ocorre o fechamento do tubo neural: o período crítico varia do 21º ao 26º dia.

Não existe cérebro bem constituído no anencéfalo. Há um desabamento ou ausência da calota craniana e dos tecidos cranianos que os encerram com presença do tronco encefálico e de porções variáveis do diencéfalo. A criança nasce com o que se costuma chamar "área cerebrovascular", que consiste numa massa de tecido conectivo vascular e esponjosa, colágeno, canais de sangue, cistos, glias, plexos coróides irregulares e hemorragias. A "área cerebrovascular" é coberta por um saco epitelial e em 46% dos casos não existem hemisférios cerebrais, havendo apenas rudimentos nos outro 54%. O cerebelo é ausente em 85% e o tronco cerebral ausente em 75%.

Geralmente a criança nasce sem testa, com orelhas de implantação baixa e pescoço curto. A base do crânio é diminuída por causa da alteração do osso esfenoide e a fossa posterior se apresenta com diâmetro transverso aumentado. A boca é relativamente pequena e o nariz longo e aquilino. Apresenta sobras de pele nos ombros, globos oculares protuberantes, pavilhões oculares malformados, fenda palatina e anomalias das vértebras cervicais. Responde a estímulos auditivos, vestibulares e dolorosos. Apresenta quase todos os reflexos primitivos do recém-nascido, além de elevar o tronco, a partir da posição em decúbito dorsal, quando se estende ou comprime os membros inferiores contra um plano da superfície (manobra de Gamstorp).

Na maioria das vezes, a anencefalia inviabiliza a possibilidade de vida-extra-uterina, podendo apresentar "grau variado de má-formação e destruição dos esboços do cérebro exposto." A ausência dos hemisférios e do cerebelo pode ser variável, como variável pode ser o defeito da calota craniana. A superfície nervosa é coberta por um tecido esponjoso, constituído de tecido exposto degenerado.

O risco geral de ocorrência é de 0,1%; recorrência de 2,7% para outra anencefalia ou de 4,6% para qualquer outro defeito do tubo neural; após dois irmãos afetados, o risco sobe

a 10% ou 12%; parentes de segundo e terceiro graus têm risco menor que 1%.

O diagnóstico pode ser efetuado no pré-natal, a partir de 12 semanas de gestação, por dois métodos: ultrassonografia e dosagem de alfa-fetoproteína. Esta, em gestação de anencéfalo, se encontra aumentada no soro materno e no líquido amniótico por volta da 12^a à 16^a semana de gestação. Geralmente os ultrassonografias preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para a confirmação diagnóstica.

A ressonância magnética, ao lado da ultrassonografia, tem se mostrado importante meio diagnóstico na identificação de outras afecções associadas à anencefalia, como a espinha bífida e a raquisquis, presentes em grande parte dos casos. Outras malformações frequentemente associadas à anencefalia são as cardiopatias congênitas e as alterações do sistema gênito-urinário fetal, conforme dados fornecidos pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo).

O feto anencéfalo é gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. Um feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central "responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade." Geralmente é mantido um controle mais ou menos eficaz da função respiratória e circulatória, funções que dependem das estruturas localizadas no tronco encefálico.

Entretanto, segundo Shewmon, existem casos de anencefalia menos críticos que possibilitariam ao anencéfalo condições primárias sensoriais e de consciência. Isso seria possível devido à neuroplasticidade do tronco cerebral. Afirma o autor que:

Não se trata, obviamente, da possibilidade por parte do tronco de suprir as funções do córtex faltante, mas de admitir que a neuroplasticidade do tronco poderia ser suficiente para garantir ao anencéfalo, pelo menos, nas formas menos graves, uma certa primitiva possibilidade de consciência. Deveria, portanto, ser rejeitado o argumento que o anencéfalo enquanto privado dos hemisférios cerebrais não está em condições, por definição, de ter consciência e provar sofrimentos.

Para Fávero, a anencefalia apresenta-se como monstruosidade de grande vulto que pode impedir a vida:

[...] inúmeras malformações, quando de pequeno vulto, são compatíveis com a vida. É o que acontece com o lábio leporino, a goela do lobo, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, inversões viscerais, etc. Outras vezes, a monstruosidade é de tal sorte que pode impedir a vida. Registrem-se a evisceração do tórax e do abdome, a anencefalia, a ausência de cabeça, fusão de membros, duplicidade de cabeça, anomalias de grandes vasos, isso tratando-se de monstros unitários. A monstruosidade pode ser dupla ou tripla e haver fusão e malformação de órgãos, que impeçam inteiramente a vida.

Apesar de uma expectativa de vida tão reduzida não é sempre possível definir a iminência do óbito e a duração da vida pode ser diretamente influenciada pelos tratamentos intensivos.

Na Itália, o Comitê Nacional para a Bioética divulga o registro de um caso único, em todo o mundo, de sobrevivência até 14 meses e dois casos de sobrevivência de 7 e 10 meses, sem que tenham recorrido à ventilação mecânica. Nos EUA, o caso do Bebê K tornou-se mundialmente reconhecido pelo fato da mãe ter adquirido na Suprema Corte o direito de manter a ventilação mecânica de seu filho anencéfalo, o qual sobreviveu por 30 meses.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) realizou estudo cooperativo sobre o desenvolvimento do sistema nervoso e mostrou a incidência de malformações congênitas específicas em várias partes do mundo, incluindo o Brasil. Os menores

índices estão em Bogotá (Colômbia), na Cidade do México (México), e Medellín (Colômbia), com 1.1, 1.4 e 2.4 nascimentos de anencéfalos, respectivamente, para cada 10.000 nascimentos, enquanto os índices mais elevados estão em Bombaim (Índia), Alexandria (Egito) e Belfast (Irlanda do Norte), com 15.2, 31.3 e 42.4 nascimentos de anencéfalos, respectivamente, para cada 10.000 nascimentos. O índice brasileiro é de 5.5 nascimentos de anencéfalo para cada 10.000 nascimentos.

De acordo com a Febrasgo, estimativas apontam para a incidência de aproximadamente um caso a cada 1.600 nascidos vivos. Já para as Estatísticas do Estudo Colaborativo Latino-Americano de Malformações Congênitas (ECLAMC), sendo este estudo conduzido pelo professor Eduardo Castilho, da Fundação Oswaldo Cruz, no Rio de Janeiro, a incidência de casos de anencefalia é em torno de 1 para cada 1000 nascidos vivos.

Segundo Cypel e Diament, admite-se que a incidência da anencefalia "é seis vezes maior na população branca do que na preta, assim como no sexo feminino mais do que no masculino."

Segundo estudos norte-americanos, a causada anencefalia permanece desconhecida, tendo havido muitas hipóteses não provadas como: infecções pré-natais, antagonistas de ácido fólico, água mineral, hipertensão materna, um fator desconhecido no tubérculo da batata. Entretanto, a etiologia parece ser multifatorial, com influência de fatores ambientais, sendo o fator genético bem menos evidente pelos seguintes fatos: discordância em gêmeos monozigóticos, características epidemiológicas e a ação de agentes teratogênicos, experimentalmente.

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 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 frequente 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.

Este é o quadro de referência geral da má-formação anencefálica; mas não se deve pensar que esta malformação seja rigorosamente definível. A dificuldade de classificação baseia-se sobre o fato de que a anencefalia não é uma malformação ausente ou presente, mas trata-se de uma malformação que passa de quadros menos graves a quadros de indubitável anencefalia, sem solução de continuidade. Nas palavras de Barchifontaine e Pessini:

[...] anencefalia consiste na ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais. Não corresponde exatamente, no plano médico, à "morte cerebral". O sinal inequívoco desta reside na constatação da ausência funcional total e definitiva do tronco cerebral. Este está presente nos fetos anencéfalos e permite, em

alguns casos, uma sobrevivência de alguns dias, fora do útero materno.

Com relação aos períodos do parto, nota-se que, em geral, a fase de dilatação e de expulsão fetal são mais demoradas. Orienta-se que deve ser observado que, nos casos onde há cicatrizes uterinas anteriores (cesarianas), a estimulação do parto deve ser criteriosa. A escolha da via parto é sempre difícil, com preferência ao parto por via vaginal, mesmo sendo mais penoso. Cria-se um risco elevado no momento do parto devido ao trauma que o tecido nervoso residual sofre por não estar protegido pelas estruturas ósseas.

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 morbimortalidade materna. Neste sentido se posiciona a Febrasgo, afirmando ser frequente 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.

Nos casos em que se observa a associação com polihidrâmnio 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 san-

gramento 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.

Quando a decisão da mulher ou do casal for favorável à interrupção da gestação, deverão ser elaborados documentos para obtenção de autorização judicial para que o procedimento seja legalmente realizado. Os documentos necessários são: relatório médico solicitando autorização judicial, explicando no relatório que a doença é letal em 100% dos casos; exames de ultrassom morfológico com avaliação de idade gestacional e descrição da patologia; avaliação psicológica e assinatura do casal. Sendo concedida a autorização judicial, a gestante deverá retornar ao hospital a fim de ser internada e o parto induzido com medicamentos.

Realizado o procedimento cirúrgico, o médico obstetra emitirá o atestado de óbito. Conduta especial deverá ser oferecida à puerpéria, incluindo tratamento psicológico que vise evitar o quadro depressivo que, na maioria das vezes, acomete o estado puerperal do parto de anencéfalo.

ANÁLISE DA ADPF Nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 tornou legal, no Brasil, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

A ação relatada pelo ministro Marco Aurélio Mello, proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), foi julgada apenas oito anos depois, numa votação com a participação dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal durante os dias 11 e 12 de abril de 2012 e aprovado com placar de 8 votos a favor, e 2 votos contra.

A lei não descriminaliza o aborto, bem como não cria nenhuma exceção ao ato criminoso previsto no Código Penal

Brasileiro, a ADPF 54 decidiu, porém, que não deve ser considerado como aborto a interrupção induzida da gravidez de um feto sem cérebro. A decisão do STF muda, ou põe em oficial, a interpretação que a Justiça deve ter sobre tais casos. Antes da sua aprovação, o Estado não tinha uma interpretação definida sobre o tema, fazendo com que a decisão final ficasse para cada Juiz. Na maioria das vezes, a prática era aceita, mas ficaram conhecidos casos em que a paciente teve de completar a gestação de um natimorto sem ter direito a abortar ou em que a sentença foi dada num estágio muito avançado da gravidez. A ADPF 54 é considerada por alguns juristas como uma lei de suma importância para o modo como o debate sobre o aborto é tratado no Brasil. O ministro Carlos Ayres Britto disse antes da votação que o projeto é um "divisor de águas no plano da opinião pública".

Durante a votação, o projeto recebeu ampla cobertura midiática, sendo destaque em jornais impressos, pela televisão e rádio. Também teve grande espaço na Internet, sendo um dos assuntos mais comentados entre os brasileiros. Gerou protestos e críticas por parte, principalmente, de grupos religiosos, entre eles católicos, espíritas evangélicos, que condenaram a decisão do STF e defenderam a sua posição de que, mesmo sem cérebro, a vida do feto deve ser protegida. Médicos que não concordam com os preceitos destas crenças, em geral, aclamaram o resultado da votação, destacando os riscos à saúde da mulher; feministas defenderam o direito de escolha da gestante.

ESPECIALISTAS COMENTAM JULGAMENTO DE ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS NO STF

Após a liberação da interrupção de gestações de fetos anencéfalos, no julgamento encerrado nesta quinta-feira no Supremo Tribunal Federal (STF), a sociedade passa a debater os argumentos utilizados pelos ministros durante as discussões. A liberação, que venceu a disputa por 8 votos a 2, se pautou no direito à autonomia reprodutiva das mulheres e no entendimen-

to de que manter a gestação de fetos que não tem condições de sobreviver apenas aumenta o sofrimento das famílias, afirmam os especialistas.

De acordo com a advogada criminal e presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ, Maíra Fernandes, a decisão do STF pode ser considerada um marco na discussão dos direitos humanos no Brasil:

“É uma vitória para as mulheres brasileiras. A argumentação dos ministros garante os direitos fundamentais de liberdade, igualdade, autonomia reprodutiva, garantidos pela Constituição”, explica.

O advogado da confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que ajuizou a ação, Luis Roberto Barroso, segue na mesma linha:

“Quando a ação foi proposta, em 2004, o tema era tabu e o êxito improvável. Oito anos depois, o direito de a mulher interromper a gestação nesse caso tornou-se senso comum. A decisão do Supremo Tribunal Federal significa o reconhecimento da liberdade reprodutiva da mulher e dá início a uma nova era para a condição feminina no Brasil”, comemora.

Um dos pontos mais controversos do debate se referiu à viabilidade da sobrevivência de um anencéfalo, bem como a identificação do problema. Enquanto o ministro Marco Aurélio, relator, afirmou que um feto anencéfalo pode ser comparado a uma pessoa com morte cerebral, o ministro Ricardo Lewandowski contra-argumentou dizendo que era muito difícil distinguir casos de anencefalia de outros em que há má formação de cérebro, mas a criança ainda tem condições de sobreviver. O neurologista Rogério Lima, especialista do Hospital Copa D’or, explica que nenhuma das posições é correta:

“Um feto que sofre de anencefalia não pode ser comparado com uma pessoa com morte cerebral porque, tecnicamente, teria que haver um cérebro funcional anteriormente, o que não é o caso. Não há formação de tecido cerebral ou, quando ele existe, é tão incipiente que não dá à pessoa condições de

sobrevivência. Por outro lado, não procede essa dificuldade de se identificar o problema, o diagnóstico é preciso”, acrescenta. “Existem alguns casos de má formação que podem ser confundidos com a anencefalia no ultrassom, no começo da gestação. Contudo, no decorrer da gravidez fica bem claro quando se trata ou não de um feto anencéfalo”.

Outro ponto apostado por vários ministros favoráveis à liberação da interrupção das gestações de anencéfalos se relaciona ao sofrimento dos pais. Neste caso, segundo a psicóloga Daniela Pedroso, especialista em abortamento previsto em lei e com extensa experiência no atendimento de pais de crianças anencéfalas, a Corte levou em consideração o direito à saúde dos familiares, que podem sofrer de graves transtornos psíquicos por conta da manutenção da gravidez.

“Pessoal e profissionalmente fico muito satisfeita com essa decisão, porque a mulher não costuma ser lembrada nesse tipo de discussão. Todo o sofrimento desde o diagnóstico da anencefalia até a morte da criança gerava graves problemas de saudade psíquica na família.”

Para Daniela Pedroso, a experiência clínica mostra que a interrupção da gravidez diminui o sofrimento dos pais e evita experiências ainda mais desagradáveis, como providenciar o enterro do filho:

“Levar a gestação adiante pode até ocasionar um quadro de depressão muito difícil de se combater”. Estamos falando de uma gestação desejada, em que se cria uma grande expectativa que nunca vai se consumir. Ninguém nunca imagina que vai acontecer algo errado com os seus filhos, então o choque é muito grande. Essas famílias não se arrependem da escolha de interromper a gestação, porque ela evita situações simbolicamente muito difíceis, como ter que providenciar o sepultamento de um filho, ver aquele caixão sendo enterrado, entre outros problemas, relata.

“É o fim da insegurança jurídica, afirma jurista”. Outro

ponto celebrado pela advogada Maíra Fernandes é o fim da incerteza para as famílias que procuravam a Justiça:

“Antes do STF se posicionar, essa decisão cabia aos juízes, que podiam acatar ou não o pedido da família. Essa incerteza provocava ainda mais sofrimento e, algumas vezes, quando a questão era apreciada a criança já havia nascido e falecido. É o fim da insegurança jurídica”, argumenta.

Segundo ela, a visão dos ministros contrários à liberação, de que o Supremo Tribunal Federal não poderia tomar uma decisão sobre um tema que já era motivo de discussões no Legislativo, não procede:

“Respeito à posição dos ministros, mas isso já foi intensamente discutido quando a ação foi proposta”. Esse argumento foi levado inclusive pelo Procurador da República à época. O STF não poderia atuar como legislador positivo, mas os ministros entendem que o STF poderia sim decidir sobre a matéria. Só o fato de terem aceitado dar prosseguimento ao processo já é um sinal de que a Corte pode, sim, julgar essa questão. O que se fez foi uma interpretação do Código Penal à luz da constituição. E isso é papel do STF sim, como guardião da Constituição, enfatiza.

Atemos para os posicionamentos favoráveis à posição de trazer atipicidade, sobre esse tipo de aborto.

Marcos Aurélio Mello confirma ser favorável á pratica de aborto em casos de anencefalia, bem como tal pratica não deve ser tipificada como aborto tendo em vista que esta é quando há alguma possibilidade de vida, e no caso de anencefalia, há uma ausência de cérebro. Desta forma, no cérebro não há vida, vez que anencefalia é uma malformação fetal congênita e irreversível, mais precisamente dizendo “ausência de cérebro”.

Joaquim Barbosa lembrou o caso de uma mulher do Rio de Janeiro que passou toda gravidez submetida a um vaivém de decisões judiciais. Ao final, o parto ocorreu antes do julgamen-

to de um Habeas Corpus no STF, o bebê sobreviveu por sete minutos. Sublinhou o Ministro: “ela foi submetida a todo tipo de chicana e arbitrariedade, inclusive por representante do Poder Público. O ministro criticou também o CP de 1940, que admite duas hipóteses de aborto: Necessária e a Sentimental e ressaltou, que estamos diante de uma legislação vetusta, concebida em priscas eras.”

4. ANÁLISE RELIGIOSA

Nota da CNBB sobre o aborto de Feto “Anencefálico” - Referente ao julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB lamenta profundamente a decisão do Supremo Tribunal Federal que descriminalizou o aborto de feto com anencefalia ao julgar favorável a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Com esta decisão, a Suprema Corte parece não ter levado em conta a prerrogativa do Congresso Nacional cuja responsabilidade última é legislar.

Os princípios da “inviolabilidade do direito à vida”, da “dignidade da pessoa humana” e da promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação (cf. art. 5º, caput; 1º, III e 3º, IV, Constituição Federal), referem-se tanto à mulher quanto aos fetos anencefálicos. Quando a vida não é respeitada, todos os outros direitos são menosprezados, e rompem-se as relações mais profundas.

Legalizar o aborto de fetos com anencefalia, erroneamente diagnosticados como mortos cerebrais seria descartar um ser humano frágil e indefeso. A ética que proíbe a eliminação de um ser humano inocente, não aceita exceções. Os fetos anencefálicos, como todos os seres inocentes e frágeis, não podem ser descartados e nem ter seus direitos fundamentais vilipendiados!

A gestação de uma criança com anencefalia é um drama para a família, especialmente para a mãe. Considerar que o aborto é a melhor opção para a mulher, além de negar o direito inviolável do nascituro, ignora as consequências psicológicas negativas para a mãe. Estado e a sociedade devem oferecer à gestante amparo e proteção.

Ao defender o direito à vida dos anencefálicos, a Igreja se fundamenta numa visão antropológica do ser humano, baseando-se em argumentos teológicos éticos, científicos e jurídicos. Exclui-se, portanto, qualquer argumentação que afirme tratar-se de ingerência da religião no Estado laico. A participação efetiva na defesa e na promoção da dignidade e liberdade humanas deve ser legitimamente assegurada também à Igreja.

A Páscoa de Jesus que comemora a vitória da vida sobre a morte, nos inspira a reafirmar com convicção que a vida humana é sagrada e sua dignidade inviolável.

5. O ABORTO ANENCÉFALO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme anteriormente mencionado, sabe-se que o debate jurídico acerca da tipificação do aborto anencefálico como crime contra a vida gera grandes discussões na seara do direito penal e constitucional. Há evidentes contradições relativas ao assunto, principalmente no que tange à permissão expressa do Código Penal em relação ao abortamento em casos de estupro e se não houver outro meio de salvar a vida da gestante. Não se admite interpretação extensiva da norma, tampouco qualquer tipo de analogia, devendo prevalecer nesses casos o princípio da reserva legal.

Por um lado, se autorizada a interrupção da gravidez, o princípio do direito à vida e ao nascimento do feto estariam sendo violados. Contudo, caso seja mantida a gestação, o princípio da dignidade da pessoa humana, neste caso representada

pela gestante, seria infringido, bem como as garantias constitucionais da proteção à saúde física, psíquica e a autonomia da vontade.

Note-se que aqui ocorre uma colisão entre os direitos fundamentais. Diante deste quadro, cabe questionar se o aborto anencefálico deve continuar a ser tipificado como crime contra a vida pelo Código Penal vigente. Afinal, na ação real, do dia-a-dia, esta prática é socialmente e juridicamente considerada legal ou ilegal? Quais os princípios constitucionais que merecem mais valia? O direito à vida e a dignidade da pessoa humana são do feto ou da gestante? A problemática deve ser analisada em todos os seus detalhes, à luz das normas e princípios constitucionais vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

6. O ABORTO ANENCÉFALO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

6.1. O DIREITO À VIDA

O legislador constituinte atribuiu à vida humana uma posição de elevada superioridade dentre os bens jurídicos que o sistema brasileiro protege. Indubitavelmente todas as argumentações contrárias ao aborto e também à antecipação terapêutica do parto estão fundamentadas no direito à vida do feto. Desta maneira, o cerne da problemática está em averiguar se a interrupção da gravidez de feto anencefálico afronta o artigo 5º, caput, da Constituição Federal, que garante a todos a inviolabilidade do direito à vida, in verbis:

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

Nesse diapasão, partindo da premissa de que o feto anencefálico é considerado um ser humano, pois existe desde o momento da concepção e tem seus direitos resguardados pela

Constituição Federal e, sendo o direito à vida consagrado como direito supremo e fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que somente a Carta Magna pode prever a pena de morte. Logo, se a tipificação penal abrange somente aquelas hipóteses elencadas na norma do texto legal para os casos de interrupção da gestação, não haveria motivo para incluir o aborto terapêutico nas causas excludentes de ilicitude, restando finda a questão, uma vez que sendo a Constituição a lei máxima do país, nenhum dos Poderes da República poderá afrontá-la. Entretanto, sabe-se que a questão não é tão simples assim, eis que são diversas as particularidades que circundam essa problemática. Sob a ótica jurídica, a questão é identificar, dentre outros aspectos, se a viabilidade da vida extra-uterina do feto anencéfalo faz jus à proteção constitucional e, em caso positivo, se esta proteção deverá ocorrer na mesma medida e grau de igualdade dos outros seres humanos, se sobrepondo, inclusive, aos direitos da gestante.

Note-se que:

Através de uma primeira argumentação, conclui-se que inexistente afronta ao direito à vida, por se tratar de um ser “biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), mas juridicamente morto”, já que o conceito de morte adotado pela legislação brasileira – respaldado na literatura médica e no parecer do CFM sobre o assunto – não se restringe à cessação dos movimentos cardio-respiratórios, incluindo a ausência de atividade cerebral. Assim, diante da gravíssima má formação fetal incompatível com a vida extra-uterina, estar-se-á diante de um ser considerado morto desde a constatação de sua anormalidade. Por óbvio, não pode então receber a garantia constitucional do direito à vida, pois, para tanto, é indispensável que se esteja vivo. Sob esse prisma, não haverá, igualmente, que se falar em crime de aborto, já que o artigo 124 do CP tutela o direito à vida do nascituro. Vale registrar também que, para se configurar o crime de aborto, é necessário sobrevir, da ação de interromper a gravidez, a morte do feto; isto é, deve haver uma inequívoca relação ato/consequência, o que não se verifica em se tratando de anencéfalo, pois a morte é certa e inevitável.

Por outro lado, embora evidentemente constatada a “morte cerebral” destes indivíduos, portadores desta anomalia irreversível, é inquestionável o fato de que a morte encefálica não significa que os demais tecidos e órgãos estejam mortos. A criança anencefálica apresenta atividade no tronco cerebral e sobrevive por algum tempo, logo estes indivíduos não estão mortos. Eles respiram, choram, se movimentam e se alimentam. Dentro destes precedentes, é possível fazer o seguinte questionamento:

Para que interromper gravidez de anencéfalo ou de qualquer feto portador de moléstia grave e incurável? Ninguém é tão desprezível, inútil ou insignificante que mereça ter sua morte decretada, por meio de interrupção da gestação, uma vez que a natureza é sábia e se encarregará de seu destino se não tiver condições de vida autônoma extra-uterina. Se nascer, surgirá outra questão: a possibilidade de os pais doarem seus órgãos e tecidos para transplantes em crianças.

Sabe-se que existem relatos médicos, embora sejam considerados raríssimos, de casos em que anencéfalos sobreviveram por um tempo relativamente longo. Em um dos registros, reconhecido pelo governo italiano, um anencéfalo sobreviveu 14 (quatorze) meses sem recorrer à respiração artificial. Sob esse prisma, é inquestionável o fato de que o bebê anencéfalo nascido com vida possui direitos irrenunciáveis relativos a sua personalidade jurídica, como por exemplo, direito ao nome, à imagem, à maternidade, à paternidade, aos alimentos, bem como aos direitos de herança e sucessão. Esses direitos lhe são negados quando ocorre a interrupção da gravidez.

Não obstante o mencionado, pode-se afirmar, ainda:

Nem se invoque, no particular, em prol da conclusão contrária à vida desse ser humano doente, que a ciência está apontar-lhe existência extra uterina breve, se nascer com vida. O tempo mais ou menos longo de previsão de vida humana não autoriza, em qualquer caso, antecipar a morte. A eutanásia é, em nosso sistema, crime de homicídio, vale dizer, delito contra a vida. A interrupção da gravidez, com a morte do feto, constitui aborto (CP, arts. 124 a 126), crime também contra a vida,

não se enquadrando o aborto do anencefálico no art. 128, I, do Código Penal. Não há sequer regra legal a excluir a aplicação de pena a quem provocar essa interrupção da gravidez, em qualquer de seus estágios, com a conseqüente morte do feto, pouco importando que, para isso, se use, de forma imprópria, o nome de "antecipação de parto", pois o efeito é da mesma intensidade, ou seja, a morte provocada do ser humano, que está vivo no ventre materno e, aí, se vem desenvolvendo.

Conclui-se, com base nos argumentos acima explicitados, que a má-formação, seja ela física ou mental, não pode ser utilizada como justificativa para se sobrepor ao direito fundamental de que todos possuem gozo à vida. A Declaração Universal dos Direitos do Homem reconheceu, em seus artigos 1º e 2º, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e que todos têm capacidade para gozar os direitos e as liberdades sem distinção de raça, cor, sexo, entre outros. Desta maneira, sendo um ser humano vivo e em desenvolvimento no útero materno, o feto anencéfalo é revestido de proteção legal e dotado de dignidade e, embora acometido de uma anomalia irreversível, a patologia não justifica seu desamparo à luz do ordenamento jurídico.

Neste sentido, apesar do direito à vida do nascituro se dar após o nascimento com vida deste, o feto anencéfalo possui um potencial direito à vida, que é protegido pelo Estado. Realizado esse potencial através do nascimento com vida, o anencéfalo passa a ser o titular efetivo do direito à vida.

6.2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De outro lado, a Constituição Federal considerou a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF\88), in verbis:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana.

A principal consequência deste princípio é que, em um Estado Democrático de Direito, as políticas e decisões devem ser laicas, visando sempre a resguardar os direitos e garantias fundamentais.

Igualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana abarca, de forma correlata, os princípios da autonomia da vontade e a liberdade de crença. O conteúdo da dignidade da pessoa humana, por sua vez, implica em:

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

Nesse tocante, a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana relaciona-se ao fato de que impor a gestante o desenvolvimento de uma gravidez de feto anencéfalo causaria muito sofrimento, dor e angústia, tanto a própria mãe quanto à família. Parte-se da premissa de que o bebê não sobreviverá por muito tempo fora do útero. Parte da doutrina afirma que esta situação é uma ameaça à integridade física e psíquica da gestante. O jurista Luís Roberto Barroso equipara o sofrimento psíquico à própria tortura psicológica: “A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica”.

Neste sentido:

Receber a notícia de que o feto gerado em seu ventre sofre de máformação cerebral irreversível, que não tem nenhuma chance de sobrevivência, sem dúvida é um momento de incomensurável sofrimento para a mulher. O caso da gravidez de feto anencefálico guarda peculiaridades dramáticas, in-existentes no caso de uma gestação de feto viável, pois pode representar a dor de receber a triste notícia sobre a anomalia fetal, numa fase em que a gestante poderia estar fazendo planos sobre o nascimento do feto que só então saberá: não vai viver.

Difícil também é imaginar o instante em que essa mulher, após ter esperado por nove meses um bebê, tiver que voltar para casa sem seu filho. Mais triste ainda será o fato de ter que lhe dar um nome e sobrenome, apenas para constar do túmulo e do registro funerário de um ser que, paradoxalmente, chegou apenas a existir por alguns breves instantes após o parto.

Paradoxalmente, Maria Helena Diniz traz a seguinte discussão ao assunto:

(...) Seria possível ainda alegar que o prosseguimento da gravidez de feto anencéfalo poderia causar dano à higidez psíquica da gestante, situação que tornaria o aborto necessário? Parece-nos que não, uma vez que a vida da mãe não está em jogo, embora, em certos casos, sua saúde física ou mental possa abalar-se. Assim sendo, seria legítimo sacrificar alguém, mediante antecipação ou interrupção terapêutica do parto ou da gestação com o escopo de beneficiar outrem, camuflando um aborto de feto portador de anencefalia ou de alguma malformação genética (interrupção seletiva da gestação).(...)

Quanto à referida questão, outro aspecto relevante desponta no ordenamento jurídico: quando o Estado autoriza o aborto em gestação oriunda de estupro, por exemplo, coloca o princípio da dignidade da pessoa humana acima do direito à vida. O feto é sacrificado para garantir os direitos constitucionais, em especial a honra da mãe. A liberdade e a autonomia da vontade da gestante norteiam esta decisão, que sob todos os fundamentos, é revestida de legalidade e legitimidade. Por esta premissa, conclui-se que nem sempre o direito à vida está acima dos demais princípios constitucionais. É importante frisar, ainda, que parte da doutrina e jurisprudência tem classificado o aborto de anencéfalo como caso de inexigibilidade de conduta diversa, que exclui do agente toda a culpa por um ato ilícito praticado, em razão da impossibilidade de agir de modo diferente naquela ocasião.

Com efeito, é este o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt:

Concluindo, não se pode falar em reprovabilidade social nem

em censurabilidade da conduta de quem interrompe uma gravidez ante a inviabilidade de um feto anencéfalo, que a ciência médica assegura, com cem por cento de certeza, a absoluta impossibilidade de vida extra-uterina. É desumano exigir-se de uma gestante que suporte a gravidez até o fim, com todas as consequências e riscos, para que, ao invés de comemorar o nascimento de um filho, pranteie o enterro de um feto disforme, acrescido do dissabor de ser obrigada a registrar o nascimento de um natimorto.

Alberto Franco também defende a exclusão da ilicitude desta conduta:

A vida do nasciturus é um bem jurídico protegido pelo art. 5º da Magna Carta, mas isto não significa que tal bem jurídico não possa entrar em conflito com “direitos relativos a valores constitucionais, como a vida e a dignidade da mulher”. Estes conflitos não podem ser considerados a partir da perspectiva dos direitos da mulher ou da proteção da vida do nasciturus. Na medida em que nenhum desses bens pode afirmar-se com caráter absoluto, impõe-se a sua ponderação e harmonização. Bem por isso, em situações, singulares ou excepcionais, rigorosamente delimitadas, mostra-se perfeitamente adequado do ponto de vista do respeito constitucional do direito à vida, a não-punibilidade do aborto com a exclusão da proteção penal do embrião ou feto.

Pelo exposto, pode-se concluir que a argumentação jurídica em prol do aborto anencefálico parte da premissa de que o anencéfalo não é (e jamais será) pessoa. Por esta razão, a dignidade da gestante se sobrepõe à dignidade do feto, havendo uma individualização do bem-estar da mãe em detrimento da vida em potencial do feto anencéfalo. Todavia, deve-se reconhecer o efetivo sofrimento que acomete as gestantes que se encontram nesta situação.

Note-se que:

É inquestionável que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos após o diagnóstico da anencefalia, que contagia a si própria e a seu núcleo familiar. A gravidez é uma fase de transição na vida de uma mulher, em que há grandes transformações físicas e vulnerabilidade emocional. A gestante portadora de um feto anencéfalo, pode experimen-

tar sentimentos de choque, negação, tristeza, raiva e ansiedade. Assim, uma equipe multidisciplinar evidencia a importância dos aspectos emocionais da família e faz com que toda a equipe seja cuidadosa em relação a esses aspectos, respeitando o difícil momento que eles enfrentam.

Igualmente, o ato de decidir sobre a interrupção da gestação é, por si só delicado. Torna-se, porém, traumatizante, quando a escolha da mulher sofre a intervenção do Estado repressor. Entretanto, embora a autonomia seja um princípio fundamental garantido pela legislação, esta deve ser exercida dentro de certos limites. A supremacia da vontade individual não poderia, em tese, invadir a esfera jurídica de terceiros. O embrião ou feto representa um ser individualizado com uma carga genética própria, sendo inexato garantir que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe.

6.3. O DIREITO À SAÚDE

Outro aspecto relevante a ser levado em consideração é a questão do direito à saúde. Esse direito englobaria a integridade física e psíquica da gestante e sua violação representaria uma afronta ao princípio da dignidade humana. A Organização Mundial da Saúde classifica a saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social”, assim sendo, negar à gestante o direito de praticar a interrupção da gravidez nestas ocasiões seria o mesmo que negar-lhe o direito à saúde, um bem jurídico constitucionalmente tutelado. Conforme anteriormente exposto, sabe-se que existem divergências quanto aos efetivos riscos que acometem as gestantes, mães de fetos anencéfalos, todavia, a maior parte dos doutrinadores, médicos e juristas acreditam na existência de maiores complicações à saúde, decorrente desta situação, se comparada a uma gestação de feto saudável.

Neste sentido, é a afirmação de Maíra Costa Fernandes:

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 de maior urgência.

Ademais, elevados são os riscos de hemorragia deslocamento 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 alternar o dramático fim destinado ao anencéfalo.

Além das complicações anteriormente já elencadas, tais como as chances de contrair doenças hipertensivas, maiores riscos de ocorrência de eclampsia e complicações decorrentes do parto, é de se ressaltar que o aspecto psíquico é um dos maiores causadores de transtornos às gestantes. Com efeito, à luz dos direitos humanos, mostra-se necessário garantir a essas mulheres condições dignas e seguras para a resolução da gestação. O sofrimento psicológico ocasionado pela ansiedade com relação ao fim da gravidez, em uma situação onde não haverá as esperadas recompensas da maternidade, é enorme. É importante frisar, ainda, que o término da gravidez representa um período de risco particular, associado a situações de perigo para a vida materna. Com propriedade, Maíra Costa Fernandes acredita que o Estado deveria autorizar a antecipação do parto nestas ocasiões. A autora afirma, ainda, que o ente estatal deveria colocar este tipo de procedimento a disposição da rede pública hospitalar, uma vez que a ocorrência de gravidez de feto anencéfalo atinge muitas mulheres pobres, possivelmente em virtude da carência nutricional que as acomete.

Neste ponto, outro problema decorrente desta situação reside no fato de algumas gestantes optarem pelo aborto clandestino, de modo a evitar o acesso ao Judiciário para pleitear a interrupção da gestação pelo caminho legal, já que recorrer às vias judiciais representaria mais um processo doloroso. Entre os principais problemas decorrentes deste tipo de abortamento, destacam-se a perfuração do útero, hemorragia e infecção, que podem acarretar diferentes graus de morbidade, sequelas permanentes e até mesmo a morte. Desta forma, cumpre ver o tema em debate como um problema de saúde pública, a ser dis-

cutido pela sociedade e pelo Poder Público em conjunto, na busca de uma medida eficaz que não entre em conflito com os princípios constitucionais ora postos em questão.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, tendo como ponto de partida a evolução histórica e conceitual da problemática do aborto, desde os primórdios até a contemporaneidade, imprescindível se faz reconhecer este como um dos temas mais polêmicos e controversos da atualidade.

O advento de uma nova forma de sociedade, com o desenvolvimento das ciências biológicas, aliado ao aperfeiçoamento dos métodos diagnósticos da medicina fetal, possibilitou a constatação precoce de quaisquer tipos de patologias, inclusive aquelas incompatíveis com a vida. Sob este aspecto, vários países como Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Espanha, dentre outros, adaptaram suas normas jurídicas ao novo axioma, legalizando a interrupção voluntária da gravidez, dentro de determinados prazos e condições.

No Brasil, a discussão acerca da prática abortiva voltou a ter destaque em decorrência da interposição de autorizações judiciais pleiteando a antecipação do parto quando constatada a anencefalia fetal, uma vez que a legislação infraconstitucional ainda não possui um dispositivo regulamentador da matéria. A argumentação em prol da descriminalização do aborto anencéfalo tem como principal alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana em relação à gestante, sopesando seu sofrimento decorrente desta situação. De outro lado, coloca-se em pauta o princípio primado do direito à vida. A proibição do aborto anencéfalo encontra amparo na própria legislação, uma vez que a conduta não se enquadra no rol dos casos de exclusão de ilicitude, como o aborto necessário e o abortamento realizado nos casos de estupro. Trata-se de uma realidade penosa, pois a mãe

carrega em seu ventre um ser humano desprovido de cérebro, cuja viabilidade extrauterina é praticamente nula, sendo irrefutável concluir que tal situação é permeada por dor e angústia, eis que as famílias acometidas por esta anomalia tem o conhecimento de que o (a) filho (a) poderá nascer e falecer em seguida ou, quiçá, nem chegar ao momento do nascimento.

Todavia, com o afastamento da ilicitude do aborto anencéfalo, corre-se o risco de que o direito à dignidade da pessoa humana seja sobreposto ao direito à vida de forma irrestrita, pois um novo precedente surgirá no ordenamento legal vigente, possibilitando a eliminação de fetos com má-formação, o que poderá ocorrer de forma impetuosa e injustificada. Somando-se a isto, a complexa relação entre vida e direito reacende-se, ainda, em situações consideradas raras pela medicina, de sobrevida, por vários dias, ou meses, de crianças anencéfalas. Isto posto, tem-se que a discussão acerca da interrupção da gestação de fetos anencéfalos transcende à simples questão de ser contra ou a favor do aborto, em razão da necessidade de se estabelecer um parâmetro diferenciado entre as instâncias morais e éticas, na medida em que estas sirvam de embasamento para as diretrizes eventualmente adotadas. Nesse contexto, torna-se inerente a expedição de uma norma reguladora acerca da problemática, com a consequente adequação da legislação à nova realidade social, de forma a resguardar ao máximo os interesses que se posicionam em dissonância. Com o referido intuito, acredita-se que o aborto anencéfalo deverá incidir tão somente nos casos em que houver a evidente constatação de que o produto concebido apresenta completa inviabilidade de vida extrauterina, uma vez que, conforme já elucidado, existem inúmeras evidências de fetos que, sendo inicialmente diagnosticados com anencefalia, alcançaram uma sobrevida muito maior do que as expectativas. Nestes casos, a criminalização da prática abortiva permaneceria como regra, abrindo-se uma exceção, entretanto, para os casos excepcionais de total

incompatibilidade com a vida, de forma a evitar a primazia de um princípio constitucional sobre outro. Por fim, é imperativo que se faça uma ponderação dos preceitos e normas principiológicos inerente à problemática do aborto de anencéfalo, através da relativização dos postulados ora postos em questão, a fim de que se possa estabelecer as diretrizes e mecanismos que possam regulamentar efetivamente a construção de uma norma penal compatível com o mínimo de equilíbrio e justiça.



BIBLIOGRAFIA

- ABREU FILHO, Nylson Paim de (org.). *Vade Mecum*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COSTA, Maíra. *Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional*. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GOMES, Luiz Flavio *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* Julho/2005.
- MODESTO, Taisa Katillen, *Aborto de Anencefálicos*, Monografia Centro Universitário Unitoledo 2012.

FONTE

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/caroline_witt.pdf

<http://www.cnbb.org.br/site/imprensa/noticias/9040-qlegalizar-o-aborto-de-fetos-com-anencefalia-erroneamente-dagnosticados-como-mortos-cerebrais-e-descartar-um-ser-humano-fragil-e-indefesoq-afirma-nota-da-cnbb>

<http://conceito.de/aborto>