

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

ANA KARINA PINHEIRO NOGUEIRA

Fortaleza - Ceará
2006

ANA KARINA PINHEIRO NOGUEIRA

ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

Monografia apresentada como exigência para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo da Professora Fernanda Cláudia Araújo da Silva e de metodologia dos Professores Flávio José Moreira Gonçalves e Rui Verlaine Oliveira Moreira.

Fortaleza – Ceará
2006

ANA KARINA PINHEIRO NOGUEIRA

ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

Fortaleza (CE), 20 de fevereiro de 2006.

Lino Edmar de Menezes
Prof^ª. Orientador da Faculdade de Direito

Marcos José Nogueira de Souza Filho
Prof. Examinador da Faculdade de Direito

Daniele Fernandes dos Santos
Advogada Examinadora Convidada

RESUMO

NOGUEIRA, Ana Karina Pinheiro. **Aborto de Feto Anencéfalo**. Ana Karina Pinheiro Nogueira. 60**fl. Monografia (Curso de Direito) Universidade Federal do Ceará – UFC. Fortaleza, Ce: 2006.

O trabalho aqui apresentado relata sobre a possibilidade legal de retirar do corpo da mãe o feto anencéfalo. Tendo como principal apoio ser essa uma medida terapêutica necessária para a saúde da gestante. Não se pretende em momento algum defender a pura e simples legalização do aborto. Demonstra-se, apenas, que a conduta da gestante e dos profissionais de saúde de interromper a gestação de feto anencéfalo se encontra no campo da licitude, não devendo o Estado acarretar sanção para ela. São abordados pontos como o direito à vida, o conceito de anencefalia, riscos e mudanças na gestação de anencéfalo, a personalidade jurídica, a dignidade da pessoa humana, as reflexões no Direito Penal e alguns casos práticos. Conclui-se a partir do momento em que se constata através de um parâmetro médico que o anencéfalo é uma vida inviável, sendo considerado por muitos um morto cerebral. Após esse juízo de convencimento, retira-se da conduta do gestante e de seus médicos a tipicidade que muitos insistem em atribuir-lhes. Devendo o Estado assegurar as condições necessárias para a expulsão do feto anencéfalo do útero da mãe.

ABSTRACT

NOGUEIRA, Ana Karina Pinheiro. **Abortion of Anencephalic Embryo.** Ana Karina Pinheiro Nogueira. 60**fl. Monografia (Curso de Direito) Universidade Federal do Ceará – UFC. Fortaleza, Ce: 2006.

The present work relates about a legal possibility of embryo with out brain's mother take out it of her body. This teory is support for it be a measured therapeutical necessary to the preservation of her healthful and worthy life. There is no intention of defending the abortion legalization. They intent to analyze the right of life, concept of anencephaly, changes and risk of carry a embryo with out brain, the legal personality, the dignity of the person human being and the Criminal Code. It is concluded if to deal with the therapeutical anticipation the embryo childbirth anencefalic of behavior not reached for the incidence ofthe criminal norm, manifestation of th regular exercise of right, action to be carried though in the socialsphere of the legality. The State must warn the conditions of all hospital and doctor that can make this kind of operation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2. O QUE É VIDA HUMANA.....	10
2.1 O homem na visão filosófica.....	12
2.2 Personalidade Jurídica.....	14
3 ANENCEFALIA.....	18
4 A GESTAÇÃO DO FETO ANENCEFALO.....	23
4.1 Uma breve discussão sobre dignidade.....	23
4.2 Mudanças físicas e psíquicas na gestação.....	28
5 O DIREITO PENAL E SUA APLICAÇÃO AO CASO	32
5.1 Atos Ilícitos.....	32
5.2 Direito Penal e os Atos Ilícitos.....	32
5.3 Princípio da Intervenção Mínima.....	35
5.4 Direito Penal e Dignidade Humana.....	36
6 INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL.....	38
6.1 Aplicação de alguns Princípios Penais no caso em estudo.....	40
6.2 Princípio da Exclusiva Proteção de bens Jurídicos.....	40
6.3 Princípio da Adequação Social.....	42
6.4 Princípio da não-exigibilidade.....	43
7 CASOS PRÁTICOS.....	45
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....

1 INTRODUÇÃO

A relevante e atual discussão na sociedade brasileira sobre o aborto de feto anencéfalo torna necessária a demonstração de alguns de seus pontos mais importantes com o intuito de formar uma opinião menos divergente e alertar para uma necessária positividade pelo Estado sobre o tema que já está presente em várias decisões judiciais.

Tanto nos meios de comunicação como nas mais altas cortes brasileira a repercussão sobre o tema precede a da luta da gestante e dos profissionais da área de saúde, buscando autorização do Estado por meio do Poder Judiciário para a interrupção da gravidez de feto desprovido de órgãos necessários para a sua sobrevivência.

A modernização das técnicas do diagnóstico de malformação do feto logo no início da gravidez auxilia no avanço nas pesquisas sobre a incidência dessa anomalia no mundo em geral. Segundo a Organização Mundial de Saúde, o Brasil é o 4º país no ranking de nascimento de feto com anencefalia. A cada 10 mil brasileiros nascidos registra-se 615 mortes ao ano em decorrência dessa afecção, um índice de 8,6 fetos anencéfalos.

Exige-se, a partir desse dado, uma imediata solução através de decisões unificadas do Poder Judiciário, pois ora o mesmo permite ora proíbe o procedimento discutido neste trabalho. Importante salientar o silêncio do Poder Legislativo que se esquia de votar projetos de lei que versam sobre o aborto e que se encontram em tramitação.

É importante frisar que o estudo aqui realizado não verse genericamente sobre o aborto, mas, especificamente, sobre a liberdade da gestante de interromper licitamente a sua gestação quando em seu ventre ela carrega um feto inviável à sobrevivência, decorrente de uma malformação grave, inconsistente com a vida extra-uterina. Impossível não suscitar daí uma discussão sobre a dignidade da gestante, o que leva à necessária abordagem sobre questões preliminares a cerca do tema, como por exemplo os conceitos de vida humana, de pessoa e de personalidade, correlacionando sempre tais visões com a de feto anencéfalo para que isso possa ajudar a ter um conceito sobre o mesmo. Só assim poder-se-á descobrir em qual situação (status) jurídica pode-se inseri-lo.

O problema será estudado levando em consideração a bibliografia nacional, as notícias sobre o tema nos meios de comunicação, os Projetos de Lei e a reforma da Parte Especial do Código Penal, ambos em tramitação no Congresso Nacional. Serão também conhecidas algumas decisões judiciais, obviamente versando sobre o mesmo assunto, proferidas pelos Tribunais Estaduais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, o presente trabalho se baseia e se resume na discussão de dois problemas correlatos e indispensáveis para a descoberta do status jurídico do embrião anencefálico. O primeiro questionamento dá-se com a interrogação: o aborto de tal embrião é considerado crime contra a vida, implicando em violação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana? Já a segunda revela abertamente o contrário: a proibição da interrupção da gravidez fere a dignidade da gestante, tornando a conduta abortiva, nesse caso, atípica? E com isso deve o Estado prestar condições de saúde para a realização segura da antecipação terapêutica do parto?

No primeiro capítulo, é imprescindível a abertura de temas que adentra a filosofia, o conceito de personalidade jurídica, sem perder de vista o próprio conceito usual de personalidade. Toda essa discussão leva a um entendimento aprimorado do que é realmente anencefalia, também estudado do primeiro tópico desse trabalho.

No segundo capítulo, uma pequena observação das conseqüências de ter uma gestação desse tipo, enfatizando os possíveis riscos a saúde da gestante, e, principalmente, os traumas e problemas psicológicos causados tanto na mãe como no pai e em toda a família.

O nosso objetivo com o presente texto consiste em analisar especificamente o abortamento em casos de anencefalia, primando por uma abordagem puramente jurídico-científica, concernente primordialmente à temática ética e penal. Não se ambiciona aqui solucionar indiscutivelmente o problema, posto a complexidade das paixões envolvidas e as evidentes limitações da autora. Busca-se, entretanto, dar contornos mais objetivos e práticos à matéria.

2 O QUE É VIDA HUMANA?

O vocábulo Vida deriva do grego bios e do latim vita, expressando o intervalo de tempo entre a concepção ou nascimento (questão até agora não resolvida) e a morte.

No sentido biológico, o primeiro sinal de vida se dá na fecundação do óvulo pelo espermatozóide, ocorrendo uma combinação entre os genes do pai com os da mãe. Neste momento quase todas as características do novo ser já estarão geneticamente definidas. No final das 38 semanas de gestação, o feto deve vir ao mundo através do parto, momento conhecido como nascimento. É a partir desse momento que o ordenamento jurídico brasileiro entrega ao ser humano a titularidade de direitos e de personalidade, porém o momento a partir do qual é possível identificar individualmente o homem é questão bastante controversa pela doutrina. Não se intenta aqui se omitir sobre o problema, uma vez que tal assunto é indispensável para conhecimento do início da tutela jurídica da vida.

Algumas teorias trazem à baila a sua concepção do começo da vida humana. A teoria tradicional da natalidade ou natalista acredita que o feto faz parte do corpo da mãe, não podendo ainda ser individualizado, algo que só pode ocorrer com o nascimento. Já a também tradicional teoria conceptista ou da vitalidade revela que a existência da vida humana dá-se no momento exato da concepção, quando o espermatozóide fecunda o óvulo. Interessante perceber-se que tal crença é a mesma da Igreja Católica Romana e de uma parte do pensamento da igreja evangélica cristã. Depois dos avanços nos conhecimentos da

tecnologia da ciência genética e com a ajuda da globalização da informação, novas teorias surgiram como a da gestação, da cariogamia, da nidacão e do 14º dia.

A teoria da gestação ficou conhecida por servir de fundamentação ao famoso caso *Roe versus Wade*, decidido pela suprema Corte dos EUA, reconhecendo o direito da mãe de optar pelo aborto desde que seja até o sexto mês de gestação. Acredita tal teoria que é só a partir do sexto mês que o organismo do bebe tem condições de sobreviver fora do útero materno, pois essa viabilidade é indicada pela presença necessária da formação normal do sistema nervoso central.

Na teoria da cariogamia, o zigoto é um individuo humano, pois se defende que desde a concepção há um potencial de existência de ser humano no futuro próximo. Sua justificativa para tal pensamento decorre da crença de que o ser encontrado no útero da mãe já é uma unidade indivisível dotado de características genéticas próprias e individuais.

Por último, a teoria do 14º dia ou pré-embrião defende que a vida só começa a existir a partir da formação do sistema nervoso, o que ocorre aproximadamente na segunda semana após a concepção. É importante mencionar que uma parte dos evangélicos cristãos pensa da mesma forma.

Apesar da pequena explanação sobre as dadas teorias, o estudo sobre o aborto de feto anencéfalo não se dá propriamente no âmbito dessa discussão sobre o início da vida. E sim o fato de ser decisivo para a vida do ser humano a formação do cérebro. Afirma Anta Moser (2004) que o desenvolvimento cerebral ocorre após os três meses de gestação, quando se indica condições mínimas para uma vida pessoal. Também é certo, e acredita-se indubitável, que cessadas as funções do cérebro a pessoa deve ser

considerada morta. Percebe-se uma certa semelhança com a teoria do 14º dia. Os críticos dessa teoria asseveram a discussão salientando o caso do estado de coma, Estado no qual o cérebro parece desativado, mas existe a possibilidade de sua reativação.

Realmente, tal crítica parece pertinente, exigindo assim para uma completa discussão a diferenciação entre o estado de inconsciência, doença ou distúrbio mental e enfim, a anencefalia, inexistência de estruturas cerebrais sem as quais nunca poderão existir atividades mentais, o que torna impossível comportamentos voluntários e morais. Nos outros três casos o cérebro tem seu desenvolvimento estrutural completo e a vida mesmo que precariamente pode ser viável. Vê-se através da ajuda dessas definições que o conceito de anencefalia retoma a discussão para assuntos muito mais filosóficos do que propriamente biológico.

2.1 O homem na visão filosófica

Como o homem é um ser pensante , ele não aceita a sua própria descrição apenas como um conglomerado de células, enunciado Biológico. A idéia de ser humano é discutida desde os mais remotos tempos. Segundo Ferrater Mora, Aristóteles definia a vida como “aquilo pelo qual um ser se nutre , cresce e perece por si mesmo”. Em todas as épocas a investigação sobre o tema foi influenciada pela filosofia. As correntes que se desenvolveram a partir do século XV ainda hoje são conhecidas. O período humanista , que se desenvolveu do séc. XV ao XVII, atribuía à dignidade humana o centro do universo, discutia a liberdade e a igualdade entre todos os povos. O segundo período foi o Positivismo iniciado no séc. XIX, tendo como mentor intelectual Augusto Comte, acreditava-se que o

homem aqui é superior a quaisquer outros seres devido a sua razão, condição necessária para a própria realização em sociedade.

O último período é o historicismo, iniciado no séc. XX, representada por Dilthey e influenciado por outros filósofos, assevera a a diferença entre o homem e a natureza.

A filosofia procura respostas para os mais diferentes questionamentos sobre a vida, o homem e a natureza, por isso influencia todas as demais ciências. Nesse sentido é importante citar Recaséns Siches

A vida é dar-se conta de si, de saber-se, ver-se, não um simples conhecimento intelectual , mas presença imediata da vida para cada qual, uma tomada de posse do indivíduo de si mesmo.

Percebe-se assim que a conduta humana é consciente, influenciada pelos valores culturais, históricos e as condições ambientais para a realização de certos fins estabelecidos pelo grupo no qual está inserido. Dessa forma, o homem poderá sentir-se completo de suas necessidades e realizados nos seus objetivos. A partir do momento em que o indivíduo modifica a natureza, torna-os objetos de sua vontade racional. Tal discurso intenta descrever o ser humano como ser racional , utilizando toda a sua natureza corpórea para ter consciência de si mesmo e viver em sociedade dignamente. Objetos que só podem ser alcançados por ser o homem dotado de razão.

A afirmação de Kant sobre a importância das coisas, dos objetos, somente por serem eles necessários ao homem, mostra-se fundamental para se conhecer a diferença entre as pessoas e as coisas.

(...) os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que seres racionais denominam-se pessoas, porque sua natureza distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (é objeto de respeito) (2003, p. 59)

É indiscutível a importância da filosofia para compreender o indivíduo e tudo que gira em torno dele e só existe por sua causa. De certo que para o desenvolvimento desse assunto não se pode deixar de acentuar a descoberta de si mesmo pelo próprio homem, sendo desconsiderado pela filosofia o ser sem características humanas, sem consciência e razão.

2.2 Personalidade Jurídica

A tentativa de dar um significado para o que é vida humana não teria relevância alguma se no trabalho faltassem a descrição da personalidade jurídica e o momento no qual se atribui status jurídico de pessoa ao ser humano.

Tal discussão remonta-se à antiguidade quando a palavra pessoa origina-se do grego, *proposon* e do latim, *persona*, indicando nos dois idiomas a máscara que os atores utilizavam, nas apresentações teatrais para esconder o rosto e ressoar forte a voz.

Washington de Barros Monteiro (2000) informa que com tempo a máscara utilizadas no teatro pelo atores passou a expressar o próprio indivíduo artista que representava esses papéis. Sem esquecer que significava também aquele que olha para frente, que afronta.

O Código Civil Brasileiro, Lei 10.406/02, em seu art.1º indica que toda pessoa é capaz de direito e deveres na ordem civil. Nesse sentido, o legislador investe a pessoa natural, indivíduo como ele é, sujeito de direitos e deveres pelo fato de ter nascido com vida, momento em que o homem adquire personalidade.

A personalidade jurídica diferencia-se em demasia do próprio conceito de personalidade adotado pelos dicionários, como o próprio Aurélio descreve personalidade como o que é basicamente o caráter ou qualidade do que é pessoal e determina a individualidade duma pessoa moral, pode ser especificado também como o elemento estável da conduta de uma pessoa ou sua maneira habitual de ser, aquilo que a distingue de outros indivíduos. Segundo o dicionário de Psicologia de Henri Pieron, é o conjunto de características de constituição, temperamento, inteligência e caráter e suas modalidades específicas de comportamento. Não se pode deixar de destacar que o vocábulo personalidade, para o Direito, é um valor jurídico, surgindo imediatizada no ser humano desde o momento em que passa a existir. Já aquela consiste numa qualidade de sujeito de direitos e de obrigações que podem ser atribuídos tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica e entes despersonalizados.

A Constituição Federal protege expressamente a personalidade do homem quando eleva a dignidade da pessoa humana como um dos mais importantes preceitos a serem guardados pela ordem jurídica constitucional. Percebe-se indissolúvel o conceito de personalidade jurídica com o próprio homem, pois no ordenamento jurídico brasileiro somente se perde a personalidade com a morte.

O instituto discutido aqui destaca-se por ser indistintamente conferida as pessoas naturais e jurídicas e somente por conveniência do legislador (e apenas

para a complementação) atribuiu a entes despersonalizados a mesma condição. Nesse sentido, destaca-se a personalidade jurídica com um teor de subjetividade, significando a possibilidade de qualquer ente ser titular de relações jurídicas.

Necessário faz-se explicar como a subjetividade situa-se em face da personalidade jurídica. Ela torna alguém ou algo titular de direitos e obrigações, sujeito, situando-o aptos para figurarem uma relação jurídica. Esse ponto é o cerne da discussão entre doutrinadores, pois qual seria o exato momento da atribuição de sujeito jurídico ao ser humano, uma vez que o feto é ser concebido, mas não se pode considerá-lo completo, já que não nasceu ainda.

No Direito Romano, o feto fazia parte do corpo da mãe e o momento de conferir a ele personalidade era com o nascimento. Muito embora os interesses fossem resguardados e protegidos através de um instituto chamado antecipação presumida do nascimento, apresentando o propósito de apenas proteger os interesses do nascituro. A Lei Brasileira, que apresenta grande semelhança com o dispositivo mencionado, em seu art. 1º, descreve que toda pessoa é capaz de direitos e deveres da ordem civil, porém só no art. 2º ela concede personalidade civil a todos que nasceram com vida e nesse mesmo momento o artigo salvaguarda os direitos do nascituro desde sua concepção. Faz dessa maneira por acreditar que muito provavelmente o ser intra-uterino nascerá com vida (Rodrigues, 2000). Interessante citar que o Projeto de Lei do Código Civil encabeçado por Clóvis Beviláqua redigia tal matéria diferentemente, quando em seu art 3º dispunha que a “personalidade começa com a concepção, sob condição de nascer com vida”, porém o artigo foi rejeitado, dando preferência a já mencionada concepção do direito romano.

Atualmente, os avanços da Biotecnologia já interferem na verificação de diversas fases da gestação, podendo com segurança afirmar que só a partir da 24ª semana há a viabilidade da sobrevivência do feto autonomamente, pois nesse estágio já existe forma humana e sistema nervoso diferenciado.

Uma questão importante suscitada por Maria Helena Diniz envolve a discussão do embrião fecundado “in vitro” a que ela entende possuir a mesma personalidade jurídica formal, no que concerne aos direitos de personalidade, visto que possui uma carga genética peculiar.

“Embora a vida se inicie com a fecundação, com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física, à saúde, independem do nascimento com vida. (...) Não distinguimos o concebido naturalmente do obtido in vitro. Apenas os efeitos de direitos patrimoniais, como o de receber doação ou herança, dependem do nascimento com vida (DINIZ, op.cit: 192/3 – nota de rodapé).

Apesar da relevante opinião da grande jurista, o legislador parece entender que o momento inicial da dignidade do nascituro dá-se com a nidação. É isso que se pode concluir do Projeto da Lei nº 1184/2003, regulando a reprodução assistida no país, expressa no § 2º, art. 13º, que os embriões fecundados in vitro antes de implantados no útero de sua genitora não possuem personalidade jurídica.

Percebe-se com esse pensamento que a lei específica sobre o assunto protege a vida viável, uma vez que embriões fora do corpo da mãe não possuem a mínima condição de se desenvolver. Assevera-se que a celeuma sobre pesquisas em células-

embrionárias é bem mais profunda e não se pretende, de forma alguma, opinar sobre o assunto, apenas relatar a sua existência para a melhor compreensão do trabalho.

3 ANENCEFALIA

Atualmente, são utilizados meios de alta tecnologia para diagnosticar alguns erros no material genético dos pais, possibilitando ao casal que pretende ter filhos ser muito bem aconselhado por um especialista sobre a viabilidade ou não da procriação. Toda essa precaução serve para evitar que suas crianças nasçam com doenças incuráveis ou com anomalias indesejadas.

Além de medidas preventivas, também após a concepção tem-se formas de verificar certas malformações ainda no útero da mãe, como o exame de ultra-som e o do teste da alfafetoproteína, utilizados também para o diagnóstico da anencefalia e a própria ecografia.

É nesse contexto de desenvolvimento tecnológico que pode ser verificada ainda na gestação a anencefalia, ausência completa ou parcial do cérebro e da caixa crânio decorrente de fatores genéticos e ambientais que causam uma falha no fechamento do tubo neural. Os exames não deixam sequer um rastro de dúvidas sobre o diagnóstico prévio do anencefálico e é sabido que não há nenhuma façanha médica que possa dar vida ao anencéfalo, já que muitos acreditam que ele já é, por natureza, morto.

O advogado Manuel Sabino Pontes, especialista em Direito Constitucional, assevera que essa ausência de estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) desencadeia uma paralisação das funções superiores do sistema nervoso central. Estas

funções possibilitam a existência da consciência e comandam a percepção, comunicação, afetividade e emotividade, ou seja, aquelas características que são a expressão da identidade humana. Há apenas uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal. Esta situação neurológica corresponde aos critérios de morte neocortical, enquanto que a abolição completa da função encefálica define a morte cerebral ou encefálica.

A viabilidade para a vida extra-uterina depende do suporte tecnológico disponível (oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vasomotora, nutrição, hidratação). Há 20 anos, um feto era considerado viável quando completava 28 semanas, enquanto que hoje, bastam 24 semanas ou menos. Faz 10 anos que um neonato de 1 kg estava em um peso limite, mas hoje sobrevivem fetos com 600 gramas. A viabilidade não é, pois, um conceito absoluto, mas variável em cada continente, cada país, cada cidade e cada grupo sociocultural. Entretanto, em todos os casos, a viabilidade resulta concebível em relação a fetos intrinsecamente sãos ou potencialmente sãos. O feto anencéfalo, ao contrário, é intrinsecamente inviável. Dentro de um quadro de morte neocortical, carece de toda lógica aplicar o conceito de viabilidade em relação ao tempo de gestação. O feto será inviável qualquer que seja a data do parto.

Veja-se a opinião do advogado Luis Roberto Barroso na ADPF nº 54 sobre a anencefalia.

A anencefalia é a má-formação congênita pela qual o feto, por defeito de fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex. Como consequência, o feto não terá qualquer viabilidade de vida extra-uterina.

A anencefalia, que consiste na ausência ou distúrbio na formação da maior parte da calota craniana, constitui um tipo especial dessa classe de doença. No caso, a falta de desenvolvimento encéfalo, dará lugar, inevitavelmente, à morte, resultando então em natimorto ou óbito perinatal (ALARCON, 2004, p.139).

Além de ser um defeito fatal em 100% dos casos, a maioria dos anencéfalos morrem ainda na gravidez (cerca de 65 %) e a grande parte dos sobreviventes morrem no primeiro dia depois do nascimento.

Segundo o Conselho Nacional de Medicina da Bahia (2004) quase todos os fetos anencéfalos nascidos morrem ao 1º dia de vida e apenas cerca de 0,5% a 2% sobrevivem uma semana, a incidência é de 2 a cada 1000 nascidos.

No laudo médico pericial oficial firmado por Demerindo Brandão, citado por Warley Rodrigues Belo (1999, p.100).

Anacefalia, ou ausência de cérebro, é afecção irreversível, que impede inquestionavelmente a ocorrência devida. Equivale à morte cerebral, situação que permite não só desligamento de aparelhos médicos, como a própria doação de órgãos. Não se trata, nesse caso de interrupção da vida por defeito ou formação, ou para se prevenirem sofrimentos.

Necessário faz-se citar o conceito de anencefalia na visão de um grande estudioso nesse assunto, Patrick Verspieren, in Belo (1999, p. 106).

A anencefalia consiste na ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais. Não corresponde exatamente, no plano médico, à morte cerebral. O sinal inequívoco desta, admite-se hoje, reside na verificação da ausência de função total e definitiva do tronco cerebral. A função do tronco cerebral está presente nos fetos anencefálicos e permite, em alguns casos, uma sobrevivência de alguns dias, fora do claustro materno.

Observa-se que o feto somente sobrevive por encontrar-se acoplado no corpo da mãe, onde é possível a circulação sanguínea através da placenta. Desligando-se do ventre materno sua sobrevivência só ocorre se ligada a equipamentos que lhe possibilitem a respiração artificial. Isso se dá apenas quando o feto não faleceu no útero da mãe, pois geralmente possui outros problemas de saúde congênitos como defeitos cardíacos, atresia pulmonar, ventrículo único e outros.

Frisa-se com o relatado que o anencéfalo é, invariavelmente, um morto cerebral, e somente se usa esse termo para ter-se algo concreto e cotidiano para comparar, e se muitos discutem acerca da existência ou não de função cerebral após o nascimento do anencéfalo, é indiscutível a sua morte. Sua condição é análoga a da pessoa cuja morte encefálica já foi constatada, só sendo mantido o seu estado vegetativo para viabilizar a doação de órgãos para transplantes. Dessa forma, o feto anencéfalo não pode, muitas vezes, sequer proporcionar felicidade, amor e, conseqüentemente, aflorar o sentimento de maternidade na mãe. Abre-se um pequeno parêntese para manifestar a idéia de manter a gestação com o intuito de possibilitar o transplante de órgão, porém tal discussão deve desenvolver-se em outros trabalhos.

Segundo, Elida Sá, no âmbito internacional, trata-se do anencéfalo como doador. Ela suscita que

Encontra-se corrente que o equipara ao morto, permitindo a interrupção voluntária da gravidez, a qualquer momento, dado que não se estaria perante um feto vivo. Inegavelmente, se o critério que permite a retirada de órgãos para transplante é a morte cerebral, o anencefalo é um ser morto (apud CONTI, 2004, p.26).

Depois de relatados o conceito de vida e de personalidade jurídica conclui-se que o anencéfalo, sob o ponto de vista jurídico, é um feto morto expulso do corpo da mãe, já que na maioria dos casos não apresenta respiração pulmonar. Não há, então, o que o confundir com o nascituro, pois como já foi dito, filosoficamente não é um ser em si, não possui liberdade moral e social. Do ponto de vista biológico pode ser que ele seja considerado ser humano, pois apresenta genoma, material genético identificador do homem. Situando-o no âmbito jurídico, o qual só confere vida ao nascituro quando ele respira. Se o anencéfalo só conheceu como veículo respiratório a distribuição do sangue da mãe, não se pode dizer que houve vida e , portanto, não se pode atribuir personalidade jurídica a ele.

4 A GESTAÇÃO DO FETO ANENCEFALO

4.1 Uma breve discussão sobre dignidade

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como base na Carta Magna, não pode de forma alguma deixar de ser reverenciada neste trabalho. Cabe, contudo, explicar que pela extensa discussão que se abriria para aprofundar o assunto, serão apresentadas apenas algumas poucas opiniões.

Admite-se a dignidade como atributo próprio do homem e a vida digna, entendida como a satisfação de certas condições necessárias para que o homem se realize pessoal e socialmente. A única forma de idealizar e conquistar esse ideal de sociedade é poder investir o Estado de toda a força e dar-lhe meios para intentá-lo.

Ora, a dignidade aqui pensada deve ser não somente a do feto, mas de todas as vidas envolvidas na gestação, a da mãe, a dos pais. Nenhum deles sai ileso do sofrimento que é uma gestação cheia de riscos e um parto que pode terminar com o bebê morto. A proibição do aborto anencefálico protege a dignidade humana do feto em detrimento da liberdade da mulher ou do homem, pois não se pode ter a escolha de sofrer ou não psicologicamente, vendo um filho morto. Alguns autores dizem que o sofrimento viola a dignidade do homem, quando em situações como a da vida vegetativa ou artificial ou mesmo quando de doenças incuráveis. Não se entende dessa forma, uma vez que existindo vida, há dignidade, como antes já foi mencionando, a dignidade é inerente ao homem. A tentativa de suscitar o aborto em estudo é por se acreditar que o anencéfalo não corresponde

à vida humana ou pelo menos vida humana completa e normal. Vale lembrar que o feto é vida em potencial, uma vez que suas chances de sobrevivência são altas, já aquele não apresenta nenhuma expectativa de vida, o seu fim é certo, a morte.

O direito protege a dignidade da pessoa humana, mas como entender a dignidade sem fazer menção à liberdade, à integridade, que são características do próprio conceito de vida digna. A liberdade e a integridade são indissociáveis e atuam de forma a direcionar a vida dos indivíduos e, com certeza, do legislador. Portanto a escolha da mãe em abortar, o que remete a liberdade, em não atingir a integridade física causada pela dor de ver um ser anormal saindo do seu útero vai de encontro com a proteção pelo Estado da dignidade do feto anencéfalo, garantindo-lhe a possibilidade de viver.

O direito, ao proteger a vida, torna-a indisponível e assegura também a liberdade e a integridade do homem. Nenhum ser humano pode-se considerar alheio aos valores e até a forma de não acreditar neles já é em si um valor. Os valores existem na espiritualidade de cada um e o princípio da dignidade humana protege a liberdade espiritual e psicológica, como também deve proporcionar condições materiais para alcançá-la. De certo, a liberdade não pode ser ilimitada, o que favoreceria a irresponsabilidade e desumanidade, retirando a liberdade dos demais.

É inadmissível a possibilidade de conceder aos pais a alternativa de procurarem meios através da Engenharia Genética para descartar os embriões que mesmo viáveis não correspondem aos interesses deles. Devem ser repudiadas todas as demais formas de selecionar ou modificar os genes dos embriões com o intuito de satisfazer as expectativas dos procriadores. Essa prática compara os embriões a coisas, transformando-os em objetos.

No entanto, nem toda incidência da Engenharia Genética na reprodução assistida deve ser vista como prejudicial e contrário aos princípios. A tentativa de levar a cura doenças quando o feto ainda está no útero da mãe mostra-se louvável.

Importante a lembrança de que esses recursos tecnológicos devem ser acessíveis a todos. Já que a saúde, protegida na condição de direito social fundamental, deve ser efetivada por políticas públicas, sociais e econômicas, assegurando o acesso a todos os serviços de recuperação e preservação da natureza humana. A Constituição precisamente em seu art. 196 retrata o assunto.

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A proteção à saúde no âmbito internacional só vem ratificar, e com certeza serviu-lhe de base, o encontrado no ordenamento jurídico brasileiro. Esse direito é reconhecido mundialmente como direito humano fundamental e a Organização Mundial de Saúde representa-o pelo completo bem estar físico, mental e social, não o limitando apenas a ausência de doença.

O legislador, ao proibir o aborto, eleva a dignidade do feto em detrimento da liberdade de escolha dos pais em não ter aquele filho. É óbvio que o legislador deveria pensar dessa forma, pois a liberdade que ele concede aos pais está justamente em utilizar os meios anticoncepcionais para evitar a procriação, mas, uma vez havendo concepção, a proteção da vida intra-uterina deve ser escolhida em detrimento da liberdade dos pais.

Observa-se, contudo, que o mesmo deu liberdade para o aborto quando a vida da gestante está em risco (aborto necessário) e quando o fruto da concepção é advindo de um estupro. Nesses casos, o legislador ponderou os valores em questão. No primeiro, optou pela vida da gestante, sacrificando a do feto. Já no segundo caso, permitiu a mulher violada sexualmente retirar o fruto daquele ato de violência que ela provavelmente repudia com imensidão. Nesses dois casos, o Código Penal Brasileiro retira a ilicitude de um ato que sem essas circunstâncias seriam tidos como crimes. Há uma escolha em que o legislador sopesa a importância de cada valor embutido nos casos e reporta o seu pensamento na lei.

A razão do legislador nessas excludentes é indiscutível, mas o caso de aborto de feto anencéfalo pode ser justificado pela ausência, na época em que foi promulgado o Decreto-Lei 2848 de 1940 (atual Código Penal Brasileiro), de meios idôneos para a correta e precisa verificação de doenças e malformações no feto. Atualmente esse diagnóstico já pode ser conferido ainda nos primeiros meses de gestação através de exames pré-natais já mencionados.

Verifica-se, portanto, que não há uma omissão do legislador sobre a matéria, e, por conseguinte, a inclusão desse tipo de aborto na ilicitude. Ocorre que é realmente a falta da lesão ao bem jurídico protegido ou ao direito de outrem, pois a afirmação de inviabilidade da vida intra-uterina é anterior e independe da vontade da mãe, inexistindo conduta ilícita a ser excepcionada. Claro que não se pode abortar sem exames comprovando esse fato e, nesse ponto, o Estado deve controlar e permitir tal conduta.

É verossímil que o diagnóstico precoce de muitas doenças pode apresentar chances de cura, porém se sabe que a malformação encefálica não possui tratamento nem cura, deixando apenas traumas psicológicos e físicos aos pais.

A primeira tentativa de legalizar a interrupção da gravidez do feto anencéfalo foi com o Projeto de Lei 1956/96, apresentado na Câmara dos Deputados em 1996. Argüiu-se, no entanto que a prática desse tipo de aborto feria o direito à vida. Ora, já foi citado várias vezes que o feto ainda não é titular de personalidade, que só começa como nascimento com vida (art. 2º CC/2002), portanto ele não pode ser titular de direitos. Ele é, contudo, protegido em razão da dignidade inerente a todo o ser humano. Apesar de saber-se que somente existe dignidade se houver liberdade e integridade, bens os quais o nascituro ainda não conhece. Com relação ao anencéfalo, não se pode presumir que ele possua potencial de ser o titular desses bens no futuro. Pelo contrário, sabe-se que ele não chegará a ter vida extra-uterina, pois, como já foi dito, ele se compara ao morto cerebral.

Nesse ponto, muitos autores defendem a interrupção da gestação do feto anencéfalo, pois acreditam que o feto já possui um cérebro morto, sem consciência. Alguns afirmam que a anencefalia não é apenas defeitos físicos e mentais como ocorre em outras anomalias, mas a ausência total de condições de sobrevivência, por isso o aborto suscitado nesse estudo não se compara ao aborto eugênico e também não é uma espécie dele. Esse visa a interrupção da gravidez de um feto de vida viável por ele ter defeitos físicos e/ou mentais, “coisificando” o homem quando dispõe de sua vida. Na verdade, pretende minimizar o sofrimento dos pais do anencéfalo, pois as conseqüências dessa gestação imprimem danos à dignidade da mãe e do pai.

Já é perceptível, até esse ponto do trabalho, a grande tensão envolvendo os titulares da dignidade humana no caso, o pai, a mãe e, muitos a atribuem, ao feto anencéfalo. Talvez uma saída para o problema seria comparar o assunto a permissão do Estado do aborto em caso de estupro, conhecida como analogia *in bona parte*. O estupro fere a dignidade e a liberdade sexual da mulher, ocasionando nela traumas psíquicos irremediáveis. Quando daquele ato de terror gerar um fruto, o legislador entendeu que tal filho geraria um fardo eterno para a mãe carregar. Observa-se que o feto pode nascer perfeito, sem nenhuma anomalia, mas mesmo assim ele entende que seria desumano obrigar a mulher estuprada a gerar por nove meses um filho fruto de uma violência sem reparos.

Dessa forma, a mãe e o pai daquele feto anencéfalo podem carregar um fardo de culpa durante toda uma vida e gerar graves conseqüências para toda uma família. O luto e o sentimento de impotência levam meses para serem esquecidos. A interrupção dessa gravidez pode ser vista com uma antecipação terapêutica do parto, por se tratar de um feto inviável. Esse é o entendimento de muitos doutrinadores.

É necessário, então, adentrar um pouco mais sobre os processos físicos e psíquicos que sofrem os pais do anencéfalo.

4.2 Mudanças físicas e psíquicas na gestação

A gravidez é um estado necessário para o desenvolvimento de um novo ser, produto da concepção. A medicina só considera uma gestação a partir do momento da fixação do óvulo fecundado na parede do útero. Esse pensamento serve de base ao ponto de vista jurídico, pois a Lei 1184/2003, em seu art. 13, § 2º, desconfigura os

embriões originados in vitro de proteção jurídica, enquanto não se estabelece a implantação no útero. O dispositivo mencionado indica inclusive a adoção da Teoria da Nidação para definir o início da proteção jurídica à vida.

Sabe-se, contudo, que, para os pais que se programam para ter um filho, a idéia de gestação já vem muito antes, da própria fecundação, ele começa nos sonhos conjuntos. Imaginam-se, então, quais conseqüências psicológicas eles terão ao descobrir um diagnóstico preciso de uma doença fatal em seu bebê.

Nesse momento, os pais já amam aquele pequeno ser em crescimento no útero da mãe e reagem de diversas formas a frente dessa notícia. Segundo Bowlby, para os pais de crianças que sofrem de doenças fatais, o luto começa no momento em que lhes comunicam o diagnóstico. Várias emoções dominam esses pais e o sentimento de fraqueza diante dessas ocasiões perturbam a mente deles.

Registra-se, ainda, que poucas famílias escapam ilesas quando se perde um filho. Problemas como o alcoolismo, a histeria e sintomas psiquiátricos fazem-se presente no histórico do casal. Os outros filhos sofrem em conjunto, sentindo-se rejeitados.

Entendem muitos conhecedores do assunto que a mesma relação de dor deve-se fazer quando o feto anencéfalo nasce, envolvendo os sentimentos dos pais, principalmente da mãe ao saberem da inexistência de cura para o problema de seu filho. A minimização desse sofrimento deveria ser uma opção para os pais, efetuando a interrupção da gravidez nesse caso.

Há investigações sobre as variadas reações dos que perderam um ente querido, e tem-se que não se distancia muito da emoção sofrida pelos pais de crianças que saem mortas do ventre da mãe ou mesmo as que sobrevivem poucos dias após o

nascimento. Klaus e Kennel assinalam que apesar desses laços serem recentes, o sofrimento dos pais e da família se assemelha ao daqueles que perdem um companheiro de toda uma vida (Bowlby, 1998). Conforme esses mesmos autores, o sentimento de vergonha dos pais é bem grande, pois acreditam que eles são incapazes de gerar uma criança sadia e pode também afetar o desejo da mãe de ter outros filhos. Percebe-se que submeter a gestante a esse sofrimento prolongando é violar a sua dignidade e a de sua família.

Segundo o parecer apresentado pela FEBRASGO (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia) na ADPF nº 54, sobre as complicações maternas comprovadas pelo estudo da prática.

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 obstétricas do parto de termo.

Para quê, então, obrigar uma mãe a sofrer todas essas mudanças psicopsicológicas se o que ela carrega em seu ventre é no dizer da Professora Dafne Gandelman Horovitz, 2002, “um caixão ambulante”, sem qualquer possibilidade de uma vida fora do corpo da mãe (citação).

Conforme o médico gineco-obstetra Herlâncio Costa Carvalho (Araújo, 2004), desde o início da gestação do feto anencéfalo a gravidez torna-se um risco para mãe, pois há um elevado teor de líquido amniótico na placenta já que o feto não possui capacidade para degluti-lo, fazendo com que uma gravidez de cinco meses já pareça estar no sétimo ou oitavo mês de gestação. Outra peculiaridade constata-se na impropriedade do feto de produzir em quantidade desejada o corticóide, substância necessária para a ocorrência do parto, podendo a gestação chegar aos dez meses. Sem falar nos riscos de infecções tanto na mãe como no bebê.

Diante de todas essas afirmações deve-se utilizar o princípio integrador da dignidade da pessoa humana, tanto aplaudida pela Hermenêutica Constitucional, elevando-as regras dos códigos civil e penal. Toda a legislação infraconstitucional deve ser atualizada e ponderada pela Constituição. É fato que essa deve corresponder aos anseios de seu povo, por ser a Carta Magna de um Estado Democrático de Direito. A legislação penal não pode desrespeitar a Carta Constitucional. Em nosso estudo, os dispositivos penais referentes ao aborto não podem ferir os princípios basilares da Constituição como o da dignidade da pessoa humana, a liberdade e a integridade.

É necessário asseverar que a interrupção da gestação de feto anencéfalo não pode ser vista jamais como um ato criminoso pela lei e, muito menos, pelo Estado. Ao contrário, essa conduta há de ser vista pela ordem jurídica como medida concreta de proteção à dignidade da gestante.

5 O DIREITO PENAL E SUA APLICAÇÃO AO CASO

5.1 Atos Ilícitos

A construção de um Estado, baseado no bem-estar social, deve ter nos seus princípios basilares valores éticos mínimos que defendam a segurança, a saúde, o desenvolvimento para a manutenção do equilíbrio e da paz social.

O Direito, conforme explica Miguel Reale, 2003, é “ a ordenação bilateral atributiva das relações sociais na medida do bem comum”. Nota-se que essa ordenação, com a finalidade de alcançar o “Bem Comum”, não visa a satisfação dos indivíduos entre si, porém , acima disso, almeja a harmonia entre todos, a tão discutida Paz Social ou Satisfação Social. Ao Direito foi dado o encargo de concretizá-la, utilizando a Justiça para redigir suas normas. Mas o que é Direito? Depois de todas as observações a cerca do vocábulo Direito, o mesmo autor desenvolveu a Teoria Tridimensional do Direito, na qual explica que o direito compõe-se de Fato, Valor e Norma. O doutrinador ordena suas idéias avaliando todos os tipos de sociedade e em qualquer tempo, portanto serve como dado científico ao estudo ora realizado.

5.2 Direito Penal e os Atos Ilícitos

Relacionando o apresentado com o nosso estudo, conclui-se que o ato ilícito vai de encontro com o conceito de Direito da Teoria Tridimensional do Direito. O

ato ilícito não está contido na norma permissiva, pode estar presente tanto na norma proibitiva quanto na norma advinda da permissiva que tipifica o tal ato como ilícito. Além disso, a sua infração gera sempre uma penalidade imposta pelo legislador. Esse é o meio mais utilizado para encontrar a convivência harmônica entre todos. Aquele, então, que violar as regras está praticando um ato ilícito, ocasionando um dano a outrem.

Cabe ao Estado a tentativa de atingir tais objetivos através da força concedida a ele pelo povo e também de sua maior arma, a sanção, que eleva o Direito Penal ao ramo com maior potencial de intervir na vida de um cidadão. Na compreensão de Fernando Capez, o Direito Penal é

(...) o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias a sua correta e justa aplicação (CAPEZ, 2000, p. 01).

Em todas as ramificações do direito busca-se a justiça igualitária, objetivo precípua da Constituição. O Direito Penal não pode eximir-se dessa regra, os seus dispositivos não permitem em sua tipificação condutas inofensivas aos bens jurídicos. Apesar de existir um permanente Controle Estatal, quando limitadas pela norma incriminadora e pelos princípios.

Dessa forma, o Direito Penal apresenta-se como o conjunto de normas limitantes da liberdade individual, visando sempre combater os crimes ao impor penalidade a certas condutas ilícitas.

Devido a essas severas penalidades do Direito Penal, chegando até a retirar a liberdade de ir e vir do infrator, a norma deve-se apresentar clara e precisa. Ela tem conteúdo valorativo, pois protege os bens jurídicos mais importantes do ser humano tanto isoladamente como a sociedade em seu todo.

O ato criminoso deve, então, preencher os requisitos sem os quais não o poderia assim enquadrá-lo. Toda infração remete: tipicidade, exigência de conduta descrita na lei como fato criminoso; a antijuricidade, a conduta do agente que não se encaixa em nenhuma das escusas penais; e por fim, a culpabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, aparada pelo princípio *nullum crime sine culpa*. Deve-se verificar entre outros fatores, o nexo de causalidade, a exigência de conexão entre o ato e a lesão a direito ou ameaça de lesão provocadas. Assim, a conduta para ser criminosa deve provocar um dano ou ameaçar provocá-lo, de maneira ativa ou omissa, dolosa ou culposa.

O tipo, inserido na lei penal, descreve abstratamente todas as características do comportamento ilícito: o verbo, o objeto material, o resultado, as circunstâncias de tempo e lugar, o modo e meio de execução, finalidades da ação e o elemento intencional ou psicológico que anima a ação. Toda conduta que não preencher o fato típico descrito na lei trata-se de um irrelevante penal, um “nada jurídico” (CAPEZ, 2001, p.220).

Atuando o Estado de maneira tão impositiva, o Direito Penal exerce total influência na formação dos princípios éticos-morais no juízo dos cidadãos, que passam a saber quais as delimitações dos valores considerados essenciais ao convívio em sociedade.

Com isso, um pequeno estudo dos princípios penais voltados para o caso em pauta será tratado a seguir.

5.3 Princípio da Intervenção Mínima

A diferença entre o ilícito penal e o civil encontra-se basicamente na maior repercussão social e o elevado valor do objeto jurídico protegido. Conseqüentemente, a sanção é bem mais severa, dado a conduta também se caracterizar como mais injusta e a culpabilidade do agente mais elevada.

A sanção penal intenta tanto apaziguar a vítima e seus familiares como proteger a ordem social. Os bens protegidos pelo Direito Penal são assim enquadrados, porque se verifica uma ordem constitucional para esse enquadramento. Os danos considerados mais leves não devem ser enquadrados na legislação penal, evitando-se assim o arbítrio do Estado no jus puniendi.

Admite-se, então, que fora das condutas socialmente reprovadas e tipificadas na lei penal, o cidadão pode realizar atos que não firam os bens fundamentais à subsistência do corpo social. Conclui-se, com Capez, 2003, que a intervenção na esfera jurídica do indivíduo só tem sentido como imperativo de necessidade, reforçando a idéia de proteção do bem jurídico da única e última formas possíveis.

Vê-se a falta de necessidade de que algumas condutas sejam apreciadas pela esfera penal, dispondo de normas diversas, como a moral e a religiosa, para avaliar o caso em questão.

Nesse sentido, pensa Johannes Grundel, citado por Toledo

(...) Nem tudo o que é imoral tem logo de ser castigado. Só quando a vida comunitária for afetado de maneira grave ou quando os direitos da pessoa forem desprezados é que o Direito Penal tem de cuidar da proteção correspondente. ...Por isso o cristão também pode, absolutamente, pleitear a isenção de pena de um comportamento imoral, se não tiver convencido de que prejudique a comunidade (1999, p. 05).

Com isso, o Princípio da Intervenção Mínima deve orientar o Estado na busca do deve-ser e compatibilizá-lo à realidade social. Não restringindo a sua interpretação à literalidade da lei, pelo contrário, o Direito Penal deve ser visto como um processo de elaboração legislativa com representatividade popular, tentando captar nos anseios sociais os valores dados a reprovabilidade de algumas condutas. Como se verifica nos resultados da Pesquisa IBOPE, 76% da população brasileira é favorável ao aborto no caso de problemas congênitos incompatíveis com a vida, como é o caso da anencefalia. Por outro lado, relativamente às hipóteses legalmente permitidas, 79% da população é favorável ao aborto no caso de risco de morte para a mulher, enquanto que, 62% apóiam o aborto em caso de gravidez resultante de estupro (ÉPOCA, 2005, pág 65).

5.4 Direito Penal e Dignidade Humana

Conforme foi visto, o Estado só deve aplicar sanções penais nos casos em que além de ferirem as normas penais, firam também os bens jurídicos mais importantes para a convivência harmônica social. Se não forem verificadas essas duas hipóteses, o Estado pode estar usando da violência para atingir interesses escusos de grupos particulares.

Para que essa última possibilidade se afaste, é preciso uma interpretação integradora da norma penal com os princípios constitucionais, delimitando não só o arbítrio do aplicador da norma como o do próprio legislador.

Dentre todos esses princípios, ressalta-se todos no mesmo patamar de importância, o respeito ao princípio da dignidade e da liberdade da pessoa humana aos bens jurídicos. A sua inobservância acarreta, em muitos casos, a inconstitucionalidade das normas e a invalidade dos seus efeitos.

Relembrando que a Constituição Federal brasileira revela em seu art. 1º o Estado Brasileiro como de Direito, sujeitando-o as leis e dividindo os poderes em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Há também a imposição da democracia como limitador do poder constituinte originário, tornando a nossa federação um Estado Democrático e , por isso, todas as disposições legais do ordenamento jurídico brasileiro devem obedecer a vontade de seu povo.

Remata-se daí pela inconstitucionalidade de tipos penais que, não apresentado uma efetiva necessidade de proteção, representem uma afronta à dignidade e à liberdade do homem.

6 INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL

É de suma importância a interpretação da norma penal de acordo com os valores atuais da sociedade para que o aplicador não a imponha apenas pelo seu caráter legal e vigente, mas principalmente pela ciência dos verdadeiros valores e alcance do seu conteúdo, atualizando sempre as suas disposições com o intuito de defender a justiça e proteger os valores socialmente relevantes no momento atual.

Interpretar significa conhecer a lei na sua mais extensa significação, de forma a retirar dela o seu sentido explícito e implícito para delimitar o campo de atuação do seu aplicador. Com o intuito de manter a sua função de regular relações com justiça, a norma deve-se manter atualizada, refletindo a realidade social, sem esquecer que os valores da sociedade e do Estado devem ser sempre observados.

Há, então, a necessidade de recorrer a várias técnicas de interpretação. O estudo apresentado não pretende esmiuçar as mais diversas espécies de técnicas interpretativas, apenas deseja listar as mais relevantes e, por isso, bastante utilizadas quando se pretende adequar o conteúdo à atualização da norma no contexto fático e axiológico. São elas as interpretações teleológica, sociológica, progressiva e por fim, a sistemática.

Utilizando algumas técnicas de cada interpretação citada, no caso, mais propriamente a teleológica, na interrupção da gestação de feto anencéfalo, verifica-se que apesar da divergência doutrinária quanto ao conceito de vida, não se mostra adequado aos fins para os quais as normas constitucionais e penais se destinam, interpretar essas normas de forma a considerar crime contra a vida tal interrupção. Pelo contrário, verifica-se nessa conduta uma medida de restauração da vida saudável e digna da gestante.

Na verdade, os tipos penais dos crimes contra a vida foram criados para proteger a vida humana extra-uterina e intra-uterina viável.

Enquanto a vida intra-uterina inviável, ou especificamente a anencefalia, não se tornar explicitamente objeto do tipo penal, a forma de tratar esse vazio no ordenamento jurídico é enquadrá-lo como lacuna e solucioná-lo como tal. Utilizando as técnicas de auto-integração da lei: a analogia, o costume, os princípios gerais do direito e equidade. A analogia importa em aplicar a um fato não verificado na lei o mesmo dispositivo legal de um caso semelhante.

Prevista na Lei de Introdução do Código Civil, a analogia resolve os conflitos não previstos em lei, mas semelhantes aos codificados. No Direito Penal apesar de ter-se que obedecer ao princípio da reserva legal, tornado impossível a analogia para equiparar aos ilícitos penais matéria não tipificadas na lei, conhecida como analogia mala parte. Pelo contrário, no Direito Penal, a única analogia que pode ser imposta é a em bona parte, sempre em benefício do réu através do princípio de equidade. Resolvendo estender a ele tratamento mais benéfico previsto em lei para situação muito semelhante à encontrada na lei.

É o caso da equiparação da gravidez resultante de estupro com a resultante de atentado violento ao pudor, excluindo de penalidade a prática do aborto em tal caso, utilizando o dispositivo do art. 128, II, do Código Penal.

Para uma completa desmistificação acerca da conduta da gestante de interromper a gestação em caso de anencefalia do feto impõe-se uma exposição de alguns princípios importantes para uma interpretação conforme a Constituição.

6.1 Aplicação de alguns Princípios Penais no caso em estudo

O primeiro princípio que se menciona ao se tratar de Direito Penal é o da reserva legal do crime e da pena – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – encontrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal, afirmando que só por lei pode ser enquadrada uma conduta como crime.

No caso em estudo, é necessária, para uma ampla compreensão do caso em estudo a adoção de princípios norteadores da interpretação da norma penal, principalmente, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, seguidos dos princípios da adequação social e da inexigibilidade.

6.2 Princípio da Exclusiva Proteção de bens Jurídicos

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, conforme Toledo (1999), encontra-se em seu art. 8º, o Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos, frisando que a lei apenas deve estabelecer penas estrita e devidamente necessárias.

Esse princípio torna legítimo a criminalização de um fato se o mesmo constitui meio necessário para a proteção de um bem jurídico. Dessa forma, o poder criativo do Direito Penal passa a ser limitado e orientado pela exclusiva proteção dos bens jurídicos.

Observando a aplicação desse princípio além da conduta danosa enquadrada em algum dos tipos penais, deve haver efetiva existência de lesão ou exposição a perigo de lesão de bem jurídico tutelado penalmente. Entende-se então, que a lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico é essencial a existência, estrutura e finalidade do tipo, por isso a ausência do próprio bem jurídico protegido desconfigura a conduta tida como criminosa e, conseqüentemente, não se aplicarão sanções penais.

Com essa visão, a constatação de vida inviável intra-uterina, em razão de afecção fatal e irreversível, no caso do feto anencéfalo em que há a ausência dos dois hemisférios e do córtex cerebral (estruturas cerebrais essenciais ao funcionamento do corpo humano) não há bem jurídico a ser protegido. A vida intra-uterina viável, como deve ser, é sim protegida pela lei, mas como classificar um feto anencéfalo de viável quando em 100% dos casos não lhe resta alternativa senão a morte.

Neste sentido foi o belo voto do **Ministro Carlos Ayres Brito**, proferido nos autos da supracitada ADPF 54/DF:

(...) Quero dizer: **o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação de algo em alguém**. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano. Incontornavelmente empacado ou "sem qualquer possibilidade de sobrevivida" (ainda uma vez, locução tomada de empréstimo à mesmíssima resolução do CFM), por lhe faltar as características todas da espécie. Uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta. O que já

importa proclamar que se a gravidez "é destinada ao nada" -- a figuração é do ministro Sepúlveda Pertence -, sua voluntária interrupção é penalmente atípica. Já não corresponde ao fatotipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a O censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana in fieri. Donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer. Equivale a dizer: o desfazimento da gravidez anencéfala só é aborto em linguagem simplesmente coloquial, assim usada como representação mental de um fato situado no mundo do ser. Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste. (...)

Dessa forma, a interrupção da gestação será conduta incapaz de ameaçar ou ferir bem jurídico, portanto, conforme o Princípio de Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos, tal ato não pode ser objeto de incidência da norma penal.

6.3 Princípio da Adequação Social

Através do Princípio da Adequação Social, diferencia-se no tipo delitivo condutas realmente proibidas e certas situações em que aparentemente, recaiam no tipo, mas que são aceitas pela sociedade. A conduta socialmente adequada está, desde sempre, excluída do tipo penal e do exame de sua incidência. Até porque se encontra entre as ações asseguradas e protegidas, portanto, materialmente, atípicas.

Assevera-se que para a conduta ser socialmente aceita, tidas como normais, não é necessário que esteja adequada a valores éticos e sim que se encontre no campo da liberdade de ação social, ou seja, "não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto" (Conde, 1988).

Dessa forma, imprescindível se faz a aplicação do Princípio da Adequação Social para diferenciar os comportamentos condizentes com a realidade social e os tipos penais que proíbem essas condutas. Há, então, uma verificação fática caso a caso, utilizando uma interpretação restritiva dos tipos penais, redigidos com excessiva amplitude, estendendo em demasia o âmbito de proibição (idem).

Cita-se a diferença entre adequação social e a presença de causa justificadora da conduta. Essa se apresenta descrita na própria lei como causas de excludentes da ilicitude, ou seja, a norma cita casos em que a ação típica realizada pelo agente não será considerada crime, como é o caso da legítima defesa.

Retornando ao caso de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, a conduta realizada pela gestante não ameaça, e muito menos, fere bem jurídico tutelado, expresso anteriormente. Com isso, a ação também não é considerada suporte fático de nenhum tipo penal. Verifica-se, na verdade, apenas uma medida de intervenção clínica com a finalidade terapêutica, recaindo em uma questão de saúde pública para a restauração da saúde física, mental e emocional da gestante.

Não resta dúvidas que a única forma de preservar a saúde da grávida e a de sua família é a interrupção da gestação, então tal conduta é considerada pela sociedade como aceita e materialmente atípica.

6.4 Princípio da não-exigibilidade

Entre todos os princípios que conduzem o aplicador do direito a um decisão justa, utilizando-os para interpretar a norma, o princípio da não-exigibilidade se apresenta como um dos melhores indicadores da justiça.

Tal princípio importa em não punir o inevitável, pois só pode ser considerado culpável o sujeito que age ilicitamente quando poderia comportar-se de forma diversa, ou seja, quando das circunstâncias concretas estava presente a exigibilidade de outra conduta.

Os pais sofrem intensamente com a constatação de que o filho tão esperado não possui condições de sobrevivência. Através de todo um aparato tecnológico, a notícia de anencefalia do feto é bastante segura e na totalidade dos casos ele não sobreviverá mais que um dia.

O que exigir desses pais? Que eles mantenham a gestação de um ser que gerará bastante sofrimento? Obrigar a mãe a passar por mudanças hormonais e corporais para ver seu filho morrer no parto seria desumano, sem contar que toda a gravidez traz riscos para ela. É impossível, não se compadecer com o sofrimento desses pais, entendendo que não há outra opção mais digna de que interromper essa gestação, desobrigando-a, se assim desejar, a manter em seu ventre um morto cerebral.

Explica-se que a licitude de interromper a gestação não torna obrigatória a conduta. Pelo contrário, a mãe terá uma opção legal de tirar o fruto de seu ventre, mas essa escolha é dela e do pai do feto anencéfalo, só podendo ser aplicado pelos médicos com expressa autorização deles.

7 CASOS PRÁTICOS

É essencial considerar a realidade atual para se obter uma convicção sobre o caso. A tabela apresentada abaixo foi elaborada pelos professores Marcos Valentin Frigério, Ivan Salzo, Silvia Pimentel e Thomaz Rafael Gollop quando realizaram um estudo intitulado Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil. Observou a elaboração de duas tabelas sobre 263 casos de aborto de feto anencéfalo e seus respectivos embasamentos jurídicos e chegou-se a conclusão de que o Ministério Público deferiu o alvará em 201 (76,43%) casos e indeferiu em 62 (23,57%). Em contrapartida, o juiz decidiu pelo deferimento em 250 (95,06%) casos e pelo indeferimento em apenas 13 (4,94%).

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

Embasamento jurídico no deferimento	Juízes	MP
Inexibilidade de conduta diversa	1	2
Artigo 5º. da Constituição	3	4
Preservar a higidez psíquica da gestante	63	41
Inexibilidade de conduta diversa + Preservar a higidez psíquica da gestante	1	2
Inexibilidade de conduta diversa + Artigo 5º da Constituição + Preservar a higidez psíquica da gestante	7	5

Preservar a higidez psíquica da gestante e autoriza o aborto pelo art. 128	17	5
No Artigo 5º. da Constituição + art. 3º, Código de Processo Penal e princípios gerais do direito nos princípios de jurisdição voluntária e art. 1104 e seguintes do Código Penal	78	32
Estado de Necessidade + Aplicando-se analogia "in bonam parte" usando art. 124 CP c/c o Art. 128,I e II + Artigo 5º. da Constituição	1	4
Autoriza o aborto nos termos do art. 128,I e II do CP	39	24
Aplicando-se analogia in bonam parte" usando art. 124 CP c/c o Art. 128,I e II	13	29
No Artigo 5º. da Constituição + art. 3º, Código de Processo Penal e princípios gerais do direito nos princípios de jurisdição voluntária	6	5
Não há crime em realizar o aborto pois o feto não tem mais vida a ser tutelada	6	3
Não encontra amparo no direito normativo	3	2
Sem acesso a informação / julgado na 2ª. Instância	12	43
TOTAL	250	201

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

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

Assim, é fácil perceber a inclinação dos juízes e promotores brasileiros sobre o caso. O que se verifica é a intensa incerteza da fundamentação jurídica que deve embasar a sentença judicial. Essa tarefa de pacificação só pode ser realizada pelo Poder Legislativo regulamentando através de uma lei que autoriza interrupção da gravidez em caso de anencefalia, sem esquecer as exigências de um diagnóstico preciso e da expressa autorização dos pais.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o exposto durante o trabalho, percebe-se que a vida surge na concepção, mas só na nidação, a gravidez se torna viável. Nesse momento, o feto passa a ser protegido pelo ordenamento jurídico, pois apresenta vida em potencial. Somente no momento do nascimento, e se o feto nascer com vida, o ser humano passa a ser considerado pessoa, titularizando personalidade jurídica.

Observa-se que nem todo produto da concepção configura vida viável extra-uterina. No caso, pode o feto ser afetado por anomalias diversas, morrer no próprio útero ou resistir no corpo da mãe até ser expulso dele. A anencefalia afeta o fechamento do tubo neural, manifesta-se mediante a ausência parcial ou total de cérebro e apresenta apenas o tronco encefálico.

Tal afecção é letal, não havendo qualquer meio de cura ou prolongamento de sua vida. Na maioria dos casos (um percentual de 65%) morre mesmo no útero da mãe no processo natural de aborto. Os que resistem e chegam a nascer, falecem em poucos minutos, e, quando muito, em horas após o parto. A ausência de grande parte do

sistema nervoso central torna o recém nascido incapaz de realizar funções necessárias a vida de qualquer ser humano. Tal como se estabeleceu na Lei de Transplantes de Órgãos, a morte relaciona-se com a inexistência de atividade cerebral quadro esse que se apresenta muito semelhante ao do anencéfalo.

Há, então, uma necessidade de definição no próprio ordenamento jurídico dos conceitos de vida e de morte. Agindo dessa maneira, o legislador ameniza as divergências nos juízos e tribunais brasileiros, pois nem toda a forma de manifestação de vida pode ser protegida como bem jurídico.

É a dignidade da pessoa humana valor que preceitua um princípio constitucional, representando a unidade material de toda Constituição democrática. Não há dignidade humana sem vida e não existe vida humana indigna. Uma vez, que o ser vivo dentro do ventre da mãe apresenta vida em potencial, ele deve ser protegido pelo ordenamento jurídico. Pensando assim, o legislador tipificou a conduta tanto da gestante que pratica em si própria o aborto ou simplesmente consente que o outro o faça como também esse terceiro, no art. 124 e seguintes do Código Penal. Há, contudo, grande diferença entre o aborto de feto viável e a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo, toda essa peculiar característica torna tal conduta atípica.

Dessa maneira, através dos princípios da exclusiva proteção dos bens jurídicos, da adequação social e da não-exigibilidade, tentou-se demonstrar a atipicidade da conduta da gestante e dos médicos que interrompem a gravidez de feto anencéfalo. Utilizando para ratificar tal pensamento tanto a falta do bem jurídico protegido

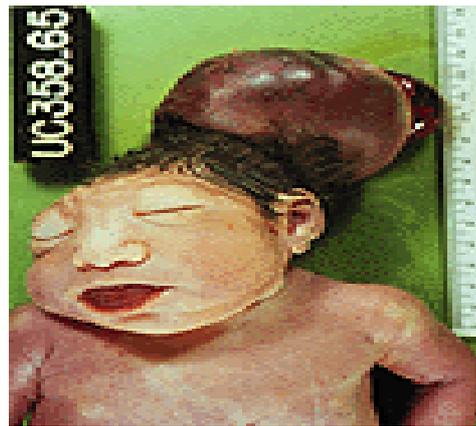
pelo ordenamento jurídico, como próprios números de pesquisas realizadas com a população.

Conclui-se que o bem maior a ser protegido pela norma é a saúde física e psíquica da gestante e de sua família, devendo ser assegurada pelos serviços de saúde pública em todo o âmbito nacional.

Diante de todo exposto, são perceptíveis a grandiosidade do tema e a sua impossibilidade de esgotá-lo. O trabalho apenas tenta ilustrar a inacabável discussão de valores, sentimentos, idéias sobre o tema. Asseverando que se ateuve a aspectos gerais do assunto.

Por fim, seria de grande insensibilidade não reproduzir em fotos o objeto de todo esse trabalho, o anencéfalo, que apesar de ter, na concepção, apresentado vida em potencial, devido as multiplicações celulares e outros fatores inexplicáveis tornou-se um ser com vida extra-uterina inviável.





REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Taís. **Direito ao Aborto**. Fetos sem cérebro reacendem polêmica. Diagnóstico no 3º mês de gestação. Diário do Nordeste. Fortaleza, 2 ago. 2004, Cidade
- BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BOWLBY, Jonh. **Apego e Perda: perda, tristeza e depressão**. V. 3, trad. Valtensir Dutra, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1997.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ÉPOCA, Revista. **A Igreja Dividida**, n.º 355. São Paulo: Globo, 2005.
- COUTINHO, Luiz Augusto. **Aborto em casos de anencefalia: crime ou inexigibilidade de conduta diversa?**. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6423>>. Acesso em: 10 jan. 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V. 1: teoria geral do direito civil, 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida: e Aborto, eutanásia liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, 3.ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. Niterói: Impetus, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**, 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Atlas, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18ª edição. São Paulo: Forense.
- VERARDO, Maria Tereza . **Aborto: um direito ou um crime?:** São Paulo: Moderna, 1997.