

ANENCEFALIA: O DIREITO DA GESTANTE DE INTERROMPER A GRAVIDEZ¹

*Anencephaly:
The right of pregnant women to terminate a pregnancy*

por Gessyca Viana de Sousa²

Resumo: A anencefalia é uma má-formação no tubo neural, podendo ser diagnosticada entre a 8^a e 12^a semana de gestação. A questão do aborto do feto anencéfalo não encontrava previsão legislativa, não havia norma que proibisse ou autorizasse a interrupção da gravidez em caso de feto portador de anencefalia, sendo assim, se fazia necessário o ajuizamento de ação pela gestante para autorizar tal procedimento. Ocorre que, devido à tramitação processual, a decisão final ultrapassava os nove meses, acarretando em alguns casos a busca de abortamento por meios ilícitos e em outros a obrigação de levar a termo a gestação sem que houvesse a prestação jurisdicional do Estado. O Supremo Tribunal Federal ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o aborto em caso de anencefalia fetal deixou de ser conduta tipificada no Código Penal, contudo, o termo “aborto” não pode ser utilizado no caso de feto acometido dessa anomalia, pois sua vida é inviável e para caracterizar o aborto o feto deverá ter potencialidade de vida. Direitos fundamentais entram em colisão, quais sejam: direito à vida, direito à saúde, do direito à liberdade, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, visto que tanto a gestante quanto o nascituro possuem tais direitos, devendo um direito ser suprimido para garantir o direito de outrem, para tanto, serão aplicados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Palavras-chave: aborto; anencefalia; arguição de descumprimento de preceito fundamental; princípios constitucionais; direito à vida.

Abstract: Anencephaly is a malformation of the neural tube, which can be diagnosed between the 8th and 12th week of gestation. The abortion issue of anencephalic fetus found no legislative forecast, there was no rule prohibiting or authorizing the termination of pregnancy in case of fetus with anencephaly, so if the court action by the pregnant woman was required to authorize such a procedure. That occurs due to procedure, the final decision went beyond the nine months, leading in some cases to search for abortion and other illicit means the obligation to carry to term a pregnancy without an effective adjudication of the state. The Federal Supreme Court to dismiss the complaint of breach of fundamental precept number 54, abortion in cases of fetal anencephaly no longer conduct typified in the Penal Code, however, the term "abortion" cannot be used in the case of affected fetus this anomaly, because your life is unfeasible to characterize abortion and the fetus should have potentiality

¹ Artigo desenvolvido no âmbito das disciplinas *Direito Penal e Direito Constitucional* sob a orientação da Prof^a. Benigna Araújo Teixeira, do Curso de Direito das Faculdades Integradas Promove de Brasília.

² Graduanda do Curso de Direito das Faculdades Integradas Promove de Brasília.

CURSO DE DIREITO

of life. Fundamental rights collide, namely: the right to life, right to health, the right to liberty, the right to preserve the autonomy of the will, legality and, above all, the dignity of the human person, as both the pregnant woman such as the unborn have rights, a right must be suppressed to ensure the right of others to do so, the principles of proportionality and reasonableness will apply.

Keywords: abortion; anencephaly; complaint of breach of fundamental precept; constitutional principles; the right to life.

Sumário: Introdução. 1. Início da vida. 1.1. Aspecto religioso. 1.1.1 Cristã protestante. 1.1.2 Católica. 1.2. Aspecto científico. 1.3. Aspecto jurídico. 2. O aborto. 3. A anencefalia. 4. Princípios constitucionais. 4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana. 4.2. Princípio da legalidade. 4.3. Princípio da autonomia da vontade e direito à liberdade reprodutiva. 4.4. Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. 5. Direito à vida do anencéfalo. 6. Direito à saúde da mulher. 7. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 8. Da possibilidade de interrupção da gravidez de feto sem cérebro. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo visa analisar a vida humana e a proteção aos direitos fundamentais previstas na Carta Magna, tendo como destaque o direito à vida – o bem jurídico mais importante – cuja inviolabilidade está disposta em seu texto constitucional, no qual a legislação penal tipifica os crimes que atentem contra ela, tendo enfoque a temática do aborto de fetos portadores de anencefalia, caracterizada pela má-formação congênita resultante de defeito de fechamento de tubo neural, impossibilitando a vida extrauterina.

A gestação de feto portador de anencefalia necessita de análise especial, uma vez que os direitos do conceito e os direitos da gestante podem colidir. Após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, bem como a pacificação acerca da punição dessa espécie de aborto, ainda se observa inúmeras críticas e posicionamentos conflitantes, apesar da decisão em que autoriza a gestante a optar ou não pela interrupção gestacional.

Logo, busca-se despertar a atenção para a possibilidade de supressão de direitos do nascituro anencefálico para garantir a efetividade dos direitos da gestante. Pretende-se, também, analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de interrupção da gravidez de feto portador da anencefalia nesse

caso, bem como o entendimento dos profissionais da saúde, dos líderes religiosos e de profissionais do direito.

1. Início da vida

A origem da vida sempre despertou a curiosidade humana e essa é a pergunta que inicia este artigo: quando ela é iniciada? A determinação do seu início é controversa nas ciências médicas, biológicas, religiosas e jurídicas, existindo várias teorias a esse respeito. Vale ressaltar que, não se busca esgotar tal tema, tendo em vista sua complexidade e por não ser objeto principal do trabalho, desse modo, serão abordados sucintamente os entendimentos acerca do início da vida, bem como a possibilidade do aborto nos âmbitos religiosos, jurídicos e científicos.

1.1. Aspecto religioso

Religião é um sistema de crenças em algo sobrenatural, possuindo doutrinas e rituais próprios, havendo devoção pelos seus fiéis naquilo em que lhe é ensinado. No mundo há inúmeras religiões e dessa forma, serão analisadas as principais existentes.

1.1.1. *Cristã protestante*

A discussão sobre o conceito de vida, assim como sua análise como um todo e o ponto de partida para tal assunto são os três capítulos do Livro de Gênesis que revelam que Deus é a fonte da vida, tanto animal quanto vegetal; é a fonte da vida humana; e guarda relações especiais com o homem, sendo uma dessas relações é a que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus.

Em entrevista com um conhecedor do tema, o Pr. Nilton César Silva Araújo³, acerca do aborto elucida:

A posição da igreja não admite o aborto em razão a vida, ou seja, Deus proíbe todo tipo de assassinato (Ex. 20.13). O aborto é um grave atentado à vida humana, um assassinato de uma vítima inocente, sem

³ Pastor Evangélico da Assembleia de Deus do Centro-Oeste. Bacharel em Filosofia, Teologia e acadêmico de Direito na Facitec. Escritor e membro da Academia de Letras Brasileira Machado de Assis.

CURSO DE DIREITO

defesa, no lugar que deveria ser o mais seguro do mundo, o ventre materno, feito por aqueles que a deveriam proteger. Nenhum pretexto pode justificar esse crime; nenhum fim pode justificar esse meio pecaminoso; nunca se deve favorecer tal pecado, sob qualquer forma. Não existe justificativa. O sujeito indefeso não pode ser ultrajado. A condenação da interrupção da gravidez funda-se numa proposição de fé, segundo a qual a vida humana tem caráter sagrado por ser um dom divino. Cada ser humano, também a criança no ventre materno, recebe o direito de vida imediatamente de Deus, não dos pais, nem de qualquer sociedade ou autoridade humana. Atentar contra a vida é atentar contra o próprio Deus. Do direito à vida derivam todos os outros direitos, dos quais aquele é condição necessária. Assim, o mandamento divino: *Não matarás* refere-se à sacralidade da vida, que deve ser respeitada, por vontade divina, segundo um princípio abstrato, absoluto, universal e aplicável a todos os seres humanos. Uma vez que, a bíblia nos ensina desde o primeiro momento da fecundação há uma pessoa humana completa, o aborto torna-se um ato moralmente inaceitável e condenável, verdadeiro homicídio, e atentado contra a vida e, conseqüentemente, contra o próprio Deus, criador da vida, um pecado gravíssimo.⁴

Em se tratando de feto portador de anencefalia, acrescenta:

Ensino bíblico em Zacarias 12.1, assevera que no ato da concepção Deus cria a alma, portanto é inadmissível qualquer tipo de interrupção. Trata-se de uma questão ético-teológica. No livro de Samuel diz: Que somente Deus tem o poder de tirar a vida e a de dar. A interrupção de uma gravidez significa provocar uma desumanização ou de criar uma situação desumana e uma agressão a natureza do próprio criador. Cremos que de fato a vida é a vida mesmo que sujeita a deficiências.⁵

1.1.2. Católica

Para o catolicismo, a vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não um ser humano em potencial.⁶ Em entrevista com o Pe. Lázaro Ilzo Daniel⁷, doutor em Teologia, esclareceu que a Igreja Católica em nenhuma hipótese admite o aborto, pois a vida é um dom de Deus e somente ele

⁴ ARAÚJO, Nilton César Silva: depoimento [jun. 2013]. Entrevistadora: SOUSA, Gessyca Viana de. Taguatinga - DF, jun. 2013.

⁵ Idem, *Ibidem*.

⁶ Artigonal Diretório de Artigos Gratuitos. A Vida pra o Direito. jun. 2009. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/a-vida-para-o-direito-997927.html>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

⁷ Padre católico da Paróquia São Judas Tadeu. Doutor em Teologia pela Universidade Lugano na Suíça.

poderá ceifá-la. Ademais, acredita-se que cada um tem uma “missão” na terra e ao tirar a vida do feto, está o impedindo de exercer a sua. Ao ser questionado acerca da hipótese de interrupção da gravidez para salvar a vida da gestante, acrescenta:

Em se tratando de gestante que sofre algum mal, por exemplo, um tumor, e precisa passar por algum procedimento cirúrgico, ou até mesmo, fazer uso de medicamento muito forte, que resulta no falecimento do feto, para o catolicismo não é aborto, pois o médico não tinha a intenção de retirar a vida do bebê, sua intenção é boa, salvar a vida da mãe. Santa Gianna Beretta Molla, estava muito doente, e segundo os médicos ela teria que escolher entre salvar sua vida ou a do seu filho, então, abriu mão da sua própria vida, para dar a oportunidade de bebê vir ao mundo e ser feliz.⁸

Vale lembrar que o Brasil é constitucionalmente um país laico, não podendo quaisquer concepções morais religiosas guiar as decisões estatais.

1.2. Aspecto científico

Para analisar o início da vida sob o prisma da ciência, vale ressaltar a origem de tudo, da Terra. A *Teoria do Big Bang* (Grande Explosão) é utilizada para explicar como a Terra surgiu. Estudiosos acreditam que o nosso planeta se formou há 4,5 bilhões de anos e, aproximados 1 bilhão de anos, sofreu processos importantes, viabilizando o surgimento da vida.

Cientistas da Idade Média, da Idade Moderna e até meados do século passado defendiam que os seres vivos surgiam prontamente da matéria bruta – a hipótese da geração espontânea, igualmente denominada abiogênese. Entretanto, através de diversos experimentos, executados por cientistas, como Redi, Needham, Spallanzani e Pasteur, foi possível desconsiderar essa hipótese, adotando a biogênese, que afirma que os micro-organismos surgem a partir de outros preexistentes.⁹ Atualmente, acredita-se que o primeiro ser vivo era autotrófico, capaz de executar a fotossíntese.

O ser humano tem o início biológico com a fração de segundo na qual um único espermatozóide, uma das milhões de células fecundativas do pai, liga-se ao óvulo

⁸ DANIEL, Lázaro Ilzo: depoimento [jun. 2013]. Entrevistadora: SOUSA, Gessyca Viana de. Taguatinga – DF, jun. 2013.

⁹ LINHARES, Sérgio; GEWANDSZNAJDER, Fernando. *Biologia série Brasil. Ensino médio*. São Paulo: Ática, 2005, p. 302.

(célula-ovo), um das centenas de milhares de óvulos produzidos e armazenados no corpo da mãe.¹⁰

A concepção, ou fertilização, é o processo pelo qual o espermatozóide e o óvulo se juntam, formando uma única célula nova chamada zigoto. Durante a gestação, que dura aproximadamente 09 (nove) meses ou 266 (duzentos e sessenta e seis) dias de desenvolvimento entre a concepção e o nascimento, o zigoto se duplica sucessivamente por divisão celular. Primeiramente transforma-se em um embrião, posteriormente torna-se um feto, e finalmente no ser humano com bilhões de células especializadas com diferentes funções.¹¹

Com a fecundação surge um novo ser, com sua individualidade e com carga genética já definida. O conceito se diferencia, desde a concepção, tanto de sua mãe quanto de seu pai, sendo assim, é um ser humano, trazendo consigo o gene de todas as características racionais.¹²

1.3. Aspecto jurídico

A respeito do início da vida humana, a Constituição nada menciona, entretanto, é indiscutível que toda vida humana começa com a fecundação e conforme preceitua Gilmar Mendes:

Existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostas na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo.¹³

¹⁰ PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos; trad. Daniel Bueno. **Desenvolvimento Humano**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000, p. 58.

¹¹ Idem, *Ibidem*.

¹² LIMA *apud* ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 160.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287.

CURSO DE DIREITO

Ressalta-se que é impossível confundir embrião de vida humana com vida humana embrionária. O zigoto ainda não é uma vida humana embrionária, podendo somente se tornar depois de passar por uma metamorfose constitutiva da vida humana que não se dá fora do útero, porque o embrião, cientificamente, não é autoconstitutivo, sendo apenas um embrião de vida humana.¹⁴

Para o ordenamento jurídico os direitos e obrigações em regra se iniciam com o nascimento com vida, mas em algumas passagens no Código Civil prevê a proteção dos direitos do nascituro, conforme verificamos no artigo 2º *“a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”*¹⁵

Nascituro é aquela criatura que está no ventre de sua genitora, é aquele que ainda não nasceu, não veio ao mundo. Consoante o doutrinador Silvio de Salvo Venosa:

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, sendo este um direito de mera situação de potencialidade, de formação.¹⁶

Na doutrina há três correntes acerca do início da personalidade jurídica:

a) Teoria Natalista – segundo esta teoria, o nascituro é uma mera expectativa de direito, pois é mera expectativa de pessoa. Dos vários adeptos a essa corrente, Pontes de Miranda, citado por Sérgio Abdalla Semião, em sua obra: Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito, traz o seguinte ensinamento:¹⁷

No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos (...). Todavia, entre a concepção

¹⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Acórdão Eletrônico, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 abr. 2012, p. 258-259.

¹⁵ Artigo 2º do Código Civil vigente na legislação brasileira.

¹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 153.

¹⁷ MANSANO, Josyane. **Direitos do Nascituro**. Revista Espaço Acadêmico, n. 121, jun. 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/12442/7066> Acesso em: 15 de abr. 2013.

CURSO DE DIREITO

e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se tem algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter tido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. (MIRANDA, 2000, p. 42).¹⁸

b) Teoria Concepcionalista – considera que a personalidade jurídica do nascituro é iniciada com a sua concepção sem estar condicionada ao nascimento com vida. Conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

A teoria concepcionista, surgiu sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se encontram Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente.¹⁹

Ainda conforme o autor, o nascimento com vida não é uma condição para adquirir a personalidade, todavia, há direitos que só podem ser exercidos por pessoas existentes fisicamente no âmbito civil:

A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.²⁰

c) Teoria da Personalidade Condicional - sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade está sob a dependência de condições suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, uma vez que parte da premissa de que a personalidade se inicia com o nascimento com vida.²¹

No entendimento de Maria Helena Diniz:

O nosso Código Civil afastou todas as hipóteses, que originavam incertezas, dúvidas, no seu art. 2º, não contemplou os requisitos da viabilidade e forma humana, afirmando que a personalidade jurídica

¹⁸ *Idem, Ibidem.*

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 81.

²¹ *Op. cit.*, p. 103.

inicia-se com o nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer momento depois.²²

2. O aborto

O ato de interromper a gravidez ou a antecipação do parto mediante expulsão do produto da concepção denomina-se aborto. Segundo Paulo José da Costa Júnior,

há seis modalidades de abortamento, quais sejam: o autoaborto, aquele provocado pela gestante em si própria, complementando, que o terceiro que contribuir responderá pelo mesmo crime; o aborto consentido pela gestante, correspondendo a um crime bilateral, em que dois são os coautores; o terceiro e a gestante consciente; aborto provocado não consentido, com previsão penal de três a dez anos (art. 125); aborto qualificado, segundo dispõe o artigo 127, haverá o agravamento de um terço da pena se, em decorrência do aborto, a gestante vier a sofrer lesão corporal grave, duplica-se a pena se lhe sobrevier a morte, ressalva-se que agindo o sujeito com dolo, este responderia pelos crimes de aborto e lesões ou homicídio.²³

De acordo com o artigo 128 do Código Penal existem hipóteses em que o aborto é permitido pela lei, quando existem fatos que tornam lícitas a prática do fato abortivo, as causas de excludente de antijuridicidade, isto é, *não se pune o aborto praticado por médico*:²⁴

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

Não poderá haver punição à mulher que está sofrendo o risco de morte, bem como risco à sua saúde física e psíquica devido a sua gestação, comprovado por laudo médico a necessidade de interrupção da gravidez.

*II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*²⁵

Nelson Hungria, ao discorrer sobre o aborto de gravidez resultante de estupro, afirma que: *“nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade*

²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221.

²³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 22.

²⁴ Brasil. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940. São Paulo: Rideel, 2012.

²⁵ Art. 128, incisos I e II do Código Penal vigente na legislação brasileira.

CURSO DE DIREITO

odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida."²⁶ Consoante o inciso II, também não se deve punir a mulher vítima de estupro resultando em uma gravidez, uma vez que já sofreu tanto pela violência em virtude de ser forçada a manter relação sexual com um indivíduo que na maioria das vezes é desconhecido e obrigá-la a prosseguir com a gestação de um filho não desejado, de uma experiência traumática e dolorosa é condená-la ao cumprimento de uma pena perpétua, bem como à tortura. Nesses casos, a norma legal não está obrigando a mulher a continuar ou não com a gestação, ao contrário, permite a gestante decidir sobre a interrupção ou prosseguimento da gravidez, não punindo sua conduta e tão pouco a do profissional de saúde, caso queira interrompê-la, prevalecendo o direito de escolha da mulher.

No caso de anencefalia não há que se usar a terminologia "aborto", haja vista o embrião não possuir potencialidade de vida, bem como sua equivalência ao morto, conforme a expressão do Ministro Joaquim Barbosa, no Habeas Corpus nº 84.025/RJ:

o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.²⁷

Antes do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, era considerado crime contra a vida o abortamento de fetos portadores da anencefalia.

3. A anencefalia

O cérebro é o órgão onde se radicam a sensibilidade consciente e inconsciente na modalidade voluntária e involuntária. Durante os primeiros meses de gestação, por intermédio da ultrassonografia, poderá ser diagnosticado se o feto é portador de alguma anomalia, dentre elas a anencefalia, que é um tipo de má-formação fetal em que estão ausentes os hemisférios cerebrais, o cerebelo e até os ossos superiores do

²⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 312.

²⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Op. cit.*, p. 23-24.

CURSO DE DIREITO

crânio. A grande parte dos fetos nessa condição nasce com vida, porém minutos após o nascimento falecem, uma pequena parte consegue manter as funções vitais apenas por algumas horas e a minoria por mais de uma semana, outros já nascem sem vida.²⁸

Na audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da interrupção da gravidez em caso de anencefalia, o Dr. Heverton Neves Pettersen, esclareceu que para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista,

precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio.²⁹

O feto portador de anencefalia carece de grande parte do sistema nervoso central. No entanto, por preservar o tronco encefálico ou parte dele, mantém as funções vitais, tais como o sistema respiratório e o cardíaco, sendo também capaz de reagir a estímulos, de manter a temperatura corporal e de realizar os movimentos de sucção e de deglutição, reações exclusivamente reflexas e, assim, típicas do estado vegetativo. No início da gestação, o fechamento do tubo neural deverá ocorrer e os defeitos no fechamento ocasionam malformações do embrião, tendo sérias consequências anatômicas, por exemplo, a anencefalia.³⁰

O encéfalo é *“parte do sistema nervoso central, contida da cavidade do crânio e que abrange o cérebro, o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano”*.³¹ Em decorrência da complexidade de seu desenvolvimento embriológico, é comum o surgimento de anomalias na espécie humana. O sistema nervoso central é centro propulsor e coordenador de todas as manifestações vitais, isto é, as intelectivas, as sensitivas e as

²⁸ BIRCHAL, T.; FRIAS, L. Aborto de fetos Anencéfalos. **ethic@Revista Internacional de Filosofia Moral**. Florianópolis v. 8, n. 1 p. 19 - 30 Jun 2009. Disponível em: <<http://journal.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/19251>> . Acesso em: 10 ago. 2012.

²⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Op. cit.*, p. 44.

³⁰ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1.ed. (ano 2008), 3.reimp. (ano 2012). Curitiba: Juruá, 2009. p. 76.

³¹ BLAKISTON. **Dicionário médico**. 2. ed. São Paulo: Andrei, 1982.

vegetativas e as malformações nesse sistema geram inúmeras doenças, dentre elas, a anencefalia.³²

Ao ser entrevistada acerca das causas e da prevenção da anencefalia, bem como da perspectiva de vida do anencéfalo, a médica ginecologista Dr^a. Sádía Martins de Paula Souza³³ esclarece:

(...) A medicina ainda não sabe precisar quais são esses fatores causadores dessa anomalia, entretanto, estão relacionados com a genética da gestante e não se sabe precisamente como prevenir a anencefalia. Alguns estudiosos afirmam que ao consumir o ácido fólico, poderá haver uma redução da probabilidade dessa anomalia surgir. O bebê anencéfalo possui expectativa de vida extrauterina baixíssima, praticamente zero, mas mesmo por alguns minutos, muitas mães defendem essa expectativa, mas de crescimento até agora a medicina não conseguiu reverter tal situação. Em se tratando da possibilidade do aborto, isso vai depender do psicológico da mãe.³⁴

Consoante Dr^a. Sádía de Paula:

O diagnóstico é feito pela ultrassonografia, feito no exame de pré-natal, que avalia a idade gestacional, os órgãos do bebê e avalia a má formação fetal. Como a anencefalia é uma má formação, esse exame diagnostica muitas vezes no início da gestação, nos quatro primeiros meses, em que já está sendo formado o crânio e já começa a ter as alterações.

Em entrevista com o Exm^o. Ministro Corregedor-Geral do Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra da Silva Martins Filho³⁵, autor e coordenador de obras relacionadas ao aborto de fetos anencefálicos, ilustra:

³² LIMA *apud* MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. **Embriologia clínica**. 5. ed. Tradução de Fernando Simão Vugman. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994, p. 75.

³³ Médica oncologista ginecológica. Formada em medicina pela Universidade Federal do Pará. Residência de ginecologia no Hospital Regional de Ceilândia.

³⁴ SOUZA, Sádía Martins de Paula: depoimento [jun. 2013]. Entrevistadora: SOUSA, Gessyca Viana de. Ceilândia - DF, jun. 2013.

³⁵ Ministro Corregedor do Tribunal Superior do Trabalho e Membro do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Professor do Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS) e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT). Coordenador das Revistas LTr e Lex-Magister de Direito do Trabalho. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia Paulista de Magistrados.

CURSO DE DIREITO

Conheço um casal que teve um filho anencefálico. A criança durou menos de uma hora depois do parto, que foi natural. Quando houve o diagnóstico da tendência à anencefalia, porque a calota craniana não iria fechar e o líquido amniótico iria corroer o cérebro em formação, a tristeza do casal foi imensa. Mas não pensaram em abortar, quer porque, anencefálico ou não, era seu filho, quanto pelo fato de que o parto natural seria menos traumático para a mãe do que um aborto. Pensando nesse casal, tenho dificuldade de vislumbrar no aborto um “direito” da mãe frente a um ser humano em formação, ainda que com as deficiências próprias de uma doença congênita. Qualquer ser humano, desde a sua concepção, tem o direito à vida como algo que lhe é natural (cfr. Art. 4.1 do Pacto de S. José, que é a Convenção Americana de Direitos Humanos, firmada pelo Brasil em 1969).³⁶

É irrefutável que o portador da anencefalia não possui vida, visto que apesar de ter funções vitais preservadas, tais como a cardíaca e respiratória, isto é, consegue levar ar para os pulmões, porém, para a medicina o feto anencéfalo é um natimorto neurológico sendo incompatível com a vida fora do útero. Ressalta-se a impossibilidade de crescimento do encéfalo após o nascimento.

4. Princípios constitucionais

O Título I da Constituição, composto dos arts. 1º ao 4º, trata dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, princípios estes norteadores de todo ordenamento jurídico nacional. Todos os artigos desse título estão diretamente relacionados a tutela dos direitos fundamentais.

4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana foi irrigado ao patamar de princípio constitucional fundamental expresso por força desse artigo, a dignidade da pessoa humana configura valor supremo, visto que é atributo de todo o ser humano,

³⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva: depoimento [jun. 2013]. Entrevistadora: SOUSA, Gessyca Viana de. Asa Sul – DF, jun. 2013.

independentemente das diferenças de sexo, idade, raça, religião, classe social, opção política ou filosófica, nacionalidade, etc.³⁷

Segundo José Afonso da Silva:

Este princípio é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases de existência humana”.³⁸

O interesse do legislador constituinte é a garantia do máximo respeito a essência humana englobando a honra, integridade física e psíquica, qualidade de vida, moral, etc. Dessa forma, exigir que uma mulher mantenha a gestação de um natimorto, levando a termo o produto da concepção humana com sobrevivência mínima proibindo decidir sobre a interrupção da gravidez é afrontar tal princípio.

4.2. Princípio da legalidade

É um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, visto que da essência do seu conceito depende a Constituição que se baseia na legalidade democrática. Nesse sentido, o princípio está consagrado no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.³⁹ Somente a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas,

³⁷ LIMA, Carolina Alves de Souza *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 23.

³⁸ SILVA, Afonso José da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 105.

³⁹ SILVA, Afonso José da. *Op. cit.*, p. 420.

mesmo que o texto constitucional faça interpretar que só estas últimas estão contempladas no princípio da legalidade.⁴⁰

Trata-se também de garantia individual prevista no art. 5º, XXXIX, segundo o qual *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*, em que se consubstancia no princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*. José Afonso da Silva preceitua:

O dispositivo contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas. A definição legal do crime a previsão da pena não que preceder o fato tido como delituoso. Sem lei que o tenha feito não há crime nem pena.⁴¹

A interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo não havia norma jurídica expressa que proibisse ou autorizasse o abortamento, o que não significa que tal conduta não esteja aparada por tal princípio. Em razão da ausência de lei, faz-se necessário realizar uma interpretação sobre a possibilidade ou não do aborto em caso de anencefalia.

4.3. Princípio da autonomia da vontade e direito à liberdade reprodutiva

O respeito ao princípio da dignidade está, outrossim, diretamente ligado ao princípio da autonomia pessoal, ou seja, a liberdade que o ser humano tem de, ao menos potencialmente, conduzir sua própria existência e ser respeitado como sujeito de direitos. Segundo Kant: *“Autonomia é, pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.”*⁴² Neste contexto, o direito de decidir de forma autônoma sobre sua vida, seus projetos existenciais, seus anseios e seus caminhos representa o respeito à dignidade da pessoa humana.⁴³

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 421.

⁴¹ *Op. Cit.*, p. 429.

⁴² LIMA *apud* KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Textos selecionados; seleção de textos de Marilena de Souza Chauí; traduções de Tânia Maria Bemkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultura, 1984, p. 141.

⁴³ *Idem, ibidem.*

CURSO DE DIREITO

No âmbito das relações particulares, se pode fazer tudo que a lei não proíbe, vigendo o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁴⁴

O direito à liberdade de autonomia reprodutiva garante tanto a homens quanto a mulheres a liberdade de decidir acerca da sua reprodução, englobando o respeito à liberdade e à autonomia individual, assim como à privacidade e à intimidade. Se o direito à autonomia reprodutiva tem como um dos seus fundamentos os direito à liberdade e à privacidade, referido direito se cumula ao direito ao próprio corpo.⁴⁵

Diante do direito à liberdade de autonomia reprodutiva, não há como considerar criminoso o aborto do anencéfalo, segundo os princípios constitucionais de interpretação dos direitos fundamentais.⁴⁶

Tendo em vista o direito à liberdade ser uma conquista consolidada no Brasil é controverso forçar a mulher a prosseguir a gestação, não respeitando sua liberdade de decidir, de dispor do seu próprio corpo. Não se pretende, aqui, defender o aborto em casos não previstos em lei, mas tão somente reconhecer que a gravidez neste caso não pode ser tratada como uma gravidez convencional.

4.4. Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade

A palavra proporcional diz respeito a equilíbrio, agir harmoniosamente, com ponderação, exigindo que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deva ser proporcional. O princípio constitucional da proporcionalidade é universal no âmbito das constituições dos Estados Democráticos de Direito. No Brasil, tal princípio não está explícito em nossa Constituição.⁴⁷

⁴⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 860.

⁴⁵ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Op. cit.*, p. 125.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 126.

⁴⁷ CAMPOS, HELENA NUNES. **Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais**. Disponível em <
http://www.mackenzie.br/fileadmin/FPos_Graduacao/Mestrado/Direito.

CURSO DE DIREITO

É notório que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados, tendo limites em outros direitos fundamentais e para que haja a efetivação desses direitos deverá haver ponderação quando se chocarem, colidirem. Nesse sentido, aplicar-se o princípio constitucional da proporcionalidade ao caso concreto e desse modo, terá de forma segura e coerente, a preservação do máximo de direitos e garantias fundamentais. Stinmetz diz que:

para a realização da ponderação de bens requer-se o atendimento de alguns pressupostos básicos: a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não-realização do outro, a inexistência de uma hierarquia abstrata entre direitos em colisão, isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva.⁴⁸

O princípio da proporcionalidade é subdividido em subprincípios, quais sejam: **necessidade, adequação e da proporcionalidade em sentido estrito**. O **subprincípio da adequação**, também é denominado de princípio da idoneidade ou princípio da conformidade, traduz a ideia de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade pretendida, isto é, deve haver a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são determinados.

O **subprincípio da necessidade**, ou princípio da exigibilidade, busca-se que a medida restritiva seja realmente indispensável para a conservação do direito fundamental e, que não possa ser substituída por outra de igual eficácia e, até menos gravosa, ou seja, se há várias formas de se obter aquele resultado, impõe que se opte por aquela que irá afetar com menor intensidade os direitos envolvidos na questão.

O último subprincípio do princípio da proporcionalidade é o da **proporcionalidade em sentido estrito**, caracterizado pela ideia de que os meios

[_Politico_e_Economico%2FCadernos_Direito%2FVolume_4%2F02.pdf&ei=OL64UbKFG8Hr0gGMvYCwCQ&usg=AFQjCNGUTLGJaO8HgCpIVYidwDOOKyMMQ&sig2=_2IVU_hmotAuuTLVkgnlbg](#) > Acesso em: 21 abr. 2013.

⁴⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 142-143.

CURSO DE DIREITO

eleitos devem manter-se razoáveis com o resultado perseguido. Isto quer dizer que o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado. Trata-se da verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Este subprincípio exige uma equânime distribuição de ônus, com a utilização da técnica de ponderação de bens ao caso concreto.

O princípio da razoabilidade serve como meio de valoração do fato concreto em relação ao direito a ser aplicado. Dessa forma, Fábio Corrêa Souza de Oliveira conceitua que:

O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade.⁴⁹

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres.⁵⁰ Desse modo, para que ocorra a aplicação de forma racional e proporcional ao caso concreto, leva-se em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, isto é, para garantir os direitos da gestante, os direitos do feto sem cérebro deverão ser suprimidos, visto que as medidas interventivas estão adequadas

⁴⁹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 92.

⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Op. cit.*, p. 68.

ao caso concreto, não existindo nenhum outro meio eficaz e menos gravoso para solucionar tal conflito, o que justifica a aplicação desses dois princípios.

5. Direito à vida do anencéfalo

Consoante entendimento de Pedro Lenza “o direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.⁵¹

Tendo em vista as divergências existentes nas ciências médicas e biológicas em relação ao início da vida, o ordenamento jurídico brasileiro aceitou o momento da concepção como marco de proteção constitucional em decorrência de o Estado brasileiro ter incorporado ao sistema constitucional a Convenção Americana de Direitos Humanos, que tutela a vida desde aquele momento.⁵²

O direito à vida não é absoluto e como todos os outros direitos, pode ser restringido quando estiver em colisão com outros direitos também fundamentais. O bem jurídico vida nem sempre prevalece quando em conflito com outros bens também protegidos constitucionalmente. São situações específicas e excepcionais; no entanto, acolhidas pela ordem jurídica constitucional. Imprescindível frisar que se a vida deve ser preservada, desde a concepção, então essa regra possui exceções.⁵³

Segundo Silvia Regina Pontes Lopes:

(...) o conceito jurídico-penal de vida deve ser isento de conveniência moral, religiosa e emocional. Vida, para o Direito Penal, não é dom, não é alma, não é intocável e nem é fruto santificado. Vida é um bem jurídico integrante da personalidade, sujeito à tutela penal. E essa tutela é prestada com base nos mesmos padrões estabelecidos para a proteção de todos os demais bens jurídico-penais. (...) ⁵⁴

⁵¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 970.

⁵² LIMA, Carolina Alves de Souza. *Op. cit.*, 41-42.

⁵³ *Op. cit.*, p. 39.

⁵⁴ LOPES, Silvia Regina Pontes. **Vida humana e esfera pública: contribuições de Hannah Arendt e Jürgen Habermas para a questão da anencefalia fetal no Brasil**. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008, p. 170, *apud* RIBEIRO, Diaulas Costa. **Antecipação terapêutica de parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal**. In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*, p. 96.

CURSO DE DIREITO

A vida é um bem a ser preservado quando a vida do feto é inviável, é desproporcional condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero. Anencefalia e vida são termos distintos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida, sendo denominado de *natimorto cerebral* pelo Conselho Federal de Medicina. Aborto é crime contra a vida, tutelando-se a vida em potencial, no entanto, se o feto é anencéfalo não existe vida possível.⁵⁵

6. Direito à saúde da mulher

O direito à saúde também é tutelado pela Constituição Federal como um direito social, envolvendo tanto a proteção do direito em si, pelo ordenamento jurídico, quanto à prestação de determinados serviços pelo Estado, para que o direito seja resguardado. Quanto ao direito de realizar o aborto do anencéfalo, o direito à saúde não pode materializar-se sem políticas públicas que permitam a realização desse procedimento nos hospitais públicos e privados, com todo o atendimento médico e psicológico necessário ao restabelecimento da mulher.⁵⁶

Abranger o aborto do anencéfalo, quando há consentimento da gestante, como conduta criminosa, configura lesão ao direito à saúde da mulher, uma vez que a gravidez, nessas circunstâncias, põe em risco a saúde da mulher.⁵⁷

O Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia durante a audiência pública supramencionada, afirmou

que as mulheres gestantes de feto anencéfalo apresentam maiores variações do líquido amniótico, hipertensão e diabetes, durante a gestação, bem como aumento das complicações no parto e no pós-parto e consequências psicológicas severas, com oito vezes mais risco de depressão.⁵⁸

Em se tratando do direito à integridade física da mulher, Afonso José da Silva elucida:

⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Op. cit.*, p. 54.

⁵⁶ LIMA. Carolina Alves de Souza. *Op. cit.*, p. 108.

⁵⁷ *Op. Cit.*, p. 108-109.

⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Op. cit.*, p. 22.

CURSO DE DIREITO

Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. Daí por que as lesões corporais são punidas pela legislação penal qualquer pessoa que as provoque fica sujeita às penas de lei.⁵⁹

E acerca da integridade moral, acrescenta:

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, igualmente, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (art. 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (art. 5º, V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atribuídos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena insignificância. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental.⁶⁰

Consoante entendimento da Dr^a. Cinthia Macedo Specian no que diz respeito à saudade da gestante de feto anencéfalo:

a não formação da calota craniana acarreta a exposição da massa neural rudimentar ao líquido amniótico dentro da bolsa gestacional, fazendo com que a formação da massa nervosa ocorra simultaneamente à degeneração hemorrágica e fibrótica.⁶¹

Em entrevista com o psicólogo Iran Lima Aragão Filho⁶² acerca do sentimento da mulher quando descobre que seu filho é anencefálico, ilustrou:

é um sentimento de perda, luto. Pois, na verdade o tempo de vida de uma criança nessa situação é curta. No aspecto religioso, os fieis tende a entender como algo da vontade de Deus.⁶³

Nota-se que a gestação em que o feto é portador dessa anomalia traz inúmeros desconfortos não só para quem o carrega em seu ventre, mas para todos da família.

⁵⁹ SILVA, Afonso José da. *Op. cit.*, p. 199.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 201.

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Op. cit.*, 27.

⁶² Professor, Bacharel em Direito pela UDF, pós-graduado em Direito Público, formado em Teologia pela CESBAN, mestre em Ciências da Religião, formado em Psicologia pela UNIP e pós-graduado em Psicanálise.

⁶³ ARAGÃO FILHO, Iran Lima: depoimento [jun. 2013]. Entrevistadora: SOUSA, Gessyca Viana de. Taguatinga – DF, jun. 2013.

Conforme fora dito, proibir a mulher de decidir acerca da sua reprodução, ocasiona diversos problemas, seja psicológico, físico e até mesmo moral.

7. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A questão do aborto do feto anencéfalo não encontrava previsão legislativa, não havia norma que proibisse ou autorizasse a interrupção da gravidez em caso de feto portador de anencefalia, sendo assim, se fazia necessário o ajuizamento de ação pela gestante para autorizar tal procedimento. Ocorre que, devido a tramitação processual, a decisão final ultrapassava os nove meses, acarretando em alguns casos a busca de abortamento por meios ilícitos e em outros a obrigação de levar a termo a gestação sem que houvesse a prestação jurisdicional do Estado.

Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS formalizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na petição inicial, destacou como envolvidos, os preceitos dos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –, 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, *caput*, e 196 – direito à saúde –, todos da Carta Magna e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Ressaltou que diversos juízes e tribunais vinham extraindo do Código Penal a proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos. Alegou ser a patologia daquelas que tornam inviável a vida extrauterina. Ademais, buscou-se demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não caracteriza aborto, no que este envolve a vida extrauterina em potencial.⁶⁴

A inicial contém itens, a saber: a) dignidade da pessoa humana; analogia à tortura; b) legalidade, liberdade e autonomia da vontade; c) direito à saúde, conforme petição inicial em anexo. O pedido principal era declarar que os artigos 124, 126, 128, I e II, do Código Penal, são inconstitucionais no que se refere à antecipação terapêutica em caso de anencefalia. E esclareceu que, nesse caso, não se

⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Op. cit.*, p. 2.

CURSO DE DIREITO

postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha a dar a Corte.⁶⁵

O pedido final visava à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 em se tratando da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir conforme decisão sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.⁶⁶

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (8 x 2), julgou procedente o pedido veiculado na ADPF nº 54, acrescentando nova modalidade que exclui a hipótese de crime de aborto em se tratando de feto anencéfalo. Veja-se a ementa do acórdão:

ESTADO - LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - MULHER - LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - SAÚDE - DIGNIDADE - AUTODETERMINAÇÃO - DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRIME - INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.⁶⁷

Ao ser indagado acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ressaltou sua discordância e acrescenta:

Quando, num país, sua Suprema Corte relativiza o direito à vida, permitindo o aborto contra a Constituição e a Convenção de Direitos Humanos, o resto que tiver que decidir será mera perfumaria, pois não foi capaz de assegurar aos cidadãos desse país o 1º e mais importante de seus direitos. A decisão é de se lamentar. Quando, no filme "Julgamento de Nuremberg" (1961), o juiz alemão Ernest Janning, condenado por ter mandado tantos judeus aos campos de

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 4-5.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 7-8.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 1.

CURSO DE DIREITO

concentração, tenta se justificar diante do juiz americano Haywood sobre sua conduta, diz-lhe apenas: “Aqueles milhares de pessoas... Não podia imaginar que chegaria àquilo” (sobre os filmes de campos de concentração mostrados durante o julgamento). A resposta de Haywood serve de reflexão para a questão do aborto de deficientes: “Quando você condenou o primeiro inocente, começou a trilhar o caminho que levaria àquilo”. Para mim, uma Corte que amplia as hipóteses de aborto começou a trilhar o caminho da derrocada dos direitos humanos fundamentais, à guisa de defende-los. Mas serão os direitos dos mais forte sobre os mais fracos e indefesos. Parece-me que o ponto nodal da questão relativa ao aborto do anencéfalo (e do aborto provocado em geral) é o do começo do caminho que leva à despersonalização do homem. Realmente, como poderia dizer o juiz Janning, não se pode imaginar como a simples autorização legal ou judicial de supressão de um feto anencéfalo possa levar a uma sociedade totalitária e desumanizada como a do regime nazista (ou comunista). No entanto, esse é o perigo real de se ceder no pequeno (por pressão de uma sociedade hedonista e materialista). Cruzada a fronteira da condenação de uma vida humana inocente (já que até no caso de estupro, a injustiça foi do estuprador e não da criança gerada), depois a questão é só de tempo para se chegar à total degradação dos valores fundantes de uma sociedade humana. Com efeito, se a diferença entre o nascituro e o nascido não é de natureza (ambos são seres humanos), mas de grau (seres humanos em diferentes estágios de desenvolvimento, com melhores ou piores condições de existência), a passagem para a supressão dos direitos das minorias será a o ponto final (esgrimindo-se sempre, para isso, o princípio democrático da vontade da maioria, como ocorreu no regime nazista, cuja ascensão se deu com base nas urnas). É o jusnaturalismo sofista de Cálicles: “Por natureza, é justo que o forte domine o fraco”. Se o Direito existe; se se busca como ideal o Estado de Direito e não o Direito do Estado; então a lei deve ser a salvaguarda do fraco contra o forte. E a Suprema Corte a sua guardiã maior!

O STF ao julgar esse tema não está em hipótese alguma legalizando o aborto em geral, apenas dando uma solução, o poder de decisão, uma resposta, as várias mulheres que estão sofrendo ou já sofreram com essa situação.

8. Da possibilidade da interrupção da gravidez de feto sem cérebro

O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é

CURSO DE DIREITO

suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina.⁶⁸

Ante o exposto, verifica-se a possibilidade de interrupção da gravidez em caso de feto carecedor de encéfalo, visto que este não possui vida intrauterina e principalmente, não há expectativa de vida extrauterina e que a sua permanência no interior da sua genitora traz riscos à saúde física e psicológica, tornando-se inconstitucional a interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, em se tratando da interrupção da gestação de feto portador dessa anomalia ser conduta tipificada, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, doutrinas, bem como entrevistas.

CONCLUSÃO

O início da vida humana sempre foi alvo de curiosidade e nesse sentido, buscou-se analisá-lo sucintamente o entendimento religioso, científico e jurídico. A Constituição Federal não faz menção acerca do início da vida, mas resguarda os

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 13-14.

direitos do nascituro desde a sua concepção, sendo indiscutível que a vida humana começa com a fecundação.

A questão principal que fora estudada consiste na possibilidade da interrupção da gestação quando o feto é portador dessa anomalia que segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional a interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal em se tratando da interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada, isto é, não caracteriza crime de aborto quando o feto é anencefálico. Ressalta-se que é inadequado utilizar o termo “aborto” para cuidar de tal caso, visto que o embrião não possui potencialidade de vida.

Conforme analisado, a anencefalia consiste em uma malformação do tubo neural, resultante de defeito no fechamento deste durante a formação do embrião, caracterizada pela ausência dos hemisférios cerebrais e do crânio.

Pois bem, a permanência de feto portador de anomalia no ventre da genitora é potencialmente perigosa, podendo resultar em danos à saúde e à vida da gestante. Dessa forma, impor à mulher a obrigação de carregar por nove meses um feto, possuindo o conhecimento de que não ele sobreviverá, implica em violência ao princípio da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em privação da liberdade de reprodução e autonomia da vontade.

A questão secundária, ora analisada, se refere ao entendimento da Igreja em relação ao aborto, nesse sentido restou demonstrado que, o Brasil é constitucionalmente um país laico, não podendo quaisquer concepções morais religiosas guiar as decisões estatais.

Acerca de o anencéfalo possuir vida, verificou-se que não há compatibilidade entre a vida e a anencefalia, visto que por se tratar de um natimorto cerebral não tem potencial de vida. As mulheres gestantes de feto anencéfalo apresentam maiores variações do líquido amniótico, hipertensão e diabetes, durante a gestação, bem como aumento das complicações no parto e no pós-parto e consequências psicológicas bruscas.

CURSO DE DIREITO

Verificou-se que há conflito de direitos fundamentais do nascituro anencefálico e da gestante, isto é, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade, do direito a autonomia da vontade, da legalidade, da dignidade da pessoa humana da mulher em contrapartida os direitos do anencéfalo, sendo assim, para que ocorra a aplicação dos direitos de forma racional e proporcional ao caso concreto, leva-se em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, isto é, para garantir os direitos da gestante, os direitos do feto sem cérebro deverão ser suprimidos, visto que as medidas interventivas estão adequadas ao caso concreto, não existindo nenhum outro meio eficaz e menos gravoso para solucionar tal conflito, o que justifica a aplicação desses dois princípios.

Vale frisar que a gravidez interrompida por se tratar de feto anencéfalo ocorre porque sua vida é inviável e não porque a gravidez não era esperada. Não é objetivo defender o aborto quando o feto é viável e possui potencial de vida, mas apenas afirmar um direito adquirido da mulher em decidir manter ou não a gravidez em caso de feto acometido de anencefalia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO FILHO, Iran Lima: depoimento [jun. 2013]. Entrevistadora: SOUSA, Gessyca Viana de. Taguatinga – DF, jun. 2013.

ARAÚJO, Nilton César Silva: depoimento [jun. 2013]. Entrevistadora: SOUSA, Gessyca Viana de. Taguatinga – DF, jun. 2013.

Artigonal Diretório de Artigos Gratuitos. **A Vida pra o Direito**. jun. 2009. Disponível em : < <http://www.artigonal.com/direito-artigos/a-vida-para-o-direito-997927.html> > Acesso em: 08 abr. 2013.

BIRCHAL, T.; FRIAS, L. **Aborto de fetos Anencéfalos**. ethic@ Revista Internacional de Filosofia Moral. Florianópolis v. 8, n. 1 p. 19 – 30 Jun 2009. Disponível em: <<http://journal.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/19251>> . Acesso em: 10 ago. 2012.

BLAKISTON. **Dicionário médico**. São Paulo: Andrei, 1982.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Acórdão Eletrônico, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 abr. 2012.

CAMPOS, HELENA NUNES. **Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais.** Disponível em < http://www.mackenzie.br%2Ffileadmin%2FPos_Graduacao%2FMestrado%2Direito_Politico_e_Economico%2FCadernos_Direito%2FVolume_4%2F02.pdf&ei=OL64UbKFG8Hr0gGMvYCwCQ&usg=AFQjCNGUTLGJaO8HgCpIVYidwDO-OKyMMQ&sig2=_2IVU_hmotAuuTLVkgnlbg > Acesso em: 21 abr. 2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Letras Livres, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1991, p. 22.

DANIEL, Lázaro Ilzo: depoimento [jun. 2013]. Entrevistadora: SOUSA, Gessyca Viana de. Taguatinga – DF, jun. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro parte geral.** V. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão.** 1.ed. (ano 2008), 3.reimp. (ano 2012). Curitiba: Juruá, 2009.

LINHARES, Sérgio; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **Biologia - série Brasil.** Ensino Médio. São Paulo: Ática, 2005.

LOPES, Silvia Regina Pontes. **Vida humana e esfera pública: contribuições de Hannah Arendt e Jürgen Habermas para a questão da anencefalia fetal no Brasil.** Belo Horizonte: Argumentvm, 2008.

CURSO DE DIREITO

MANSANO, Josyane. **Direitos do Nascituro**. Revista Espaço Acadêmico. n. 121, jun. 2011. Disponível em: <

<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index/php/EspacoAcademico/article/viewFile/12442/7066> > Acesso em: 15 de abr. 2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva: depoimento [jun. 2013]. Entrevistadora: SOUSA, Gessyca Viana de. Asa Sul – DF, jun. 2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Ives Gandra da Silva;

MARTINS, Roberto Vidal da Silva. **A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al*; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos; trad. Daniel Bueno. **Desenvolvimento humano**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

SILVA, Afonso José da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Sádía Martins de Paula: depoimento [jun. 2013]. Entrevistadora: SOUSA, Gessyca Viana de. Ceilândia – DF, jun. 2013.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil parte geral**. Atlas, 2005.

_____. **Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 22 de janeiro de 2014. Aprovado em 26 de junho de 2014. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade da autora.