



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ERICA DE SOUZA AMARAL

ABORTAMENTO DE FETO ANENCEFALO

**Palhoça
2009**

ERICA DE SOUZA AMARAL

ABORTAMENTO DE FETO ANENCEFALO

Monografia apresentada ao Curso de graduação do curso Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gustavo Noronha de Avilla, MSc.

**Palhoça
2009**

ERICA DE SOUZA AMARAL

ABORTAMENTO DE FETO ANENCEFALO

Este trabalho foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 9 de novembro 2009.

Professor e orientador Gustavo Noronha de Avilla, MSc.
Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL

Prof. Cristiane Goulart, Eps.
Universidade do Sul de Santa Catarina - UUNISUL

Prof. Andréia Regis Vaz, Eps.
Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul do Estado de Santa Catarina, o Coordenador do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 11 de novembro 2009.

ERICA DE SOUZA AMARAL

Minha homenagem é dedicada em especial a minha mãe que nunca mediu esforços na busca de me proporcionar o conhecimento, a informação entre tantas outras dificuldades superadas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida.

Ao professor Gustavo Noronha de Avilla, por aceitar a árdua tarefa de orientação e acima disso ter se mostrado amigo, incentivando quando das dificuldades.

À minha mãe e a minha prima Simoni, que me auxiliaram na concretização deste sonho e ao meu irmão que mesmo de longe me deu força para concluir este trabalho.

Aos meus amigos por sua inestimável colaboração. Em especial ao meu grande amigo Carlos Eduardo Schemes Cândido pelo seu incansável incentivo e apoio.

Deixe que seu dia fique mais belo.
Perceba que erros acontecem. Procure
vencer o medo. Jamais desanime.
Comunique-se. Não permita que o mau
humor tome conta de você. Não autorize
que o rancor te envolva. Alimente
sempre sua paz interior com fé e
esperança. Tome sempre o melhor
remédio para sua vida: OTIMISMO.
(Autor Desconhecido)

RESUMO

Esse trabalho monográfico foi desenvolvido com enfoque sobre o tema aborto e anencefalia, após o ajuizamento da ADPF n°. 54 que tem por intuito demonstrar o sofrimento das gestantes de fetos anencéfalos, devendo ser concedido as liminares observando-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Os objetivos específicos da pesquisa consistem no estudo do tipo penal aborto, com atenção especial a abordagem do Direito Constitucional à vida, dos aspectos gerais e históricos do aborto, bem como acerca de sua disciplina no ordenamento jurídico brasileiro; no estudo da anencefalia, com a descrição técnica e doutrinária dessa espécie de má-formação fetal. O sociólogo Boaventura de Souza Santos definiu que a luta pela legalização do aborto não é uma luta das mulheres e sim de toda a sociedade. Afirmou ainda que qualquer que seja a luta social só é possível justificar em prol da aquisição de direitos, mas sempre numa ação articulada com movimentos políticos populares. Para as representantes da articulação de Mulheres Brasileiras, a maior dificuldade enfrentada na luta pela legalização de aborto é uma pressão dos setores religiosos. Com base nas diversas pesquisas bibliográficas efetuadas, assim como o acompanhamento da ação proposta no STF – Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, foi possível observar a complexidade do tema e suas opiniões divergentes. Cumpre salientar os preceitos fundamentais debatidos na ADPF levantados tanto em favor da gestante como do feto anencefálico, especialmente no que tange à dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma discussão muito mais moral do que jurídica e a demora do Judiciário em prolatar uma decisão sobre o tema apenas prolonga o sofrimento e gera insegurança jurídica frente aos preceitos constitucionais consagrados na Constituição Federal. A solução deste problema social nem sempre esta nas normas de Direito, pois o fato gera a norma, quem cria a norma é a sociedade, que por fim, é a causadora do fato. O entendimento que prevalece é de que não há punibilidade (por ausência de tipicidade) do aborto do feto anencefálico, pois, a razão da impunibilidade do aborto do feto anencéfalo considerado um morto cerebral prende-se à ausência de tipicidade, fundada em três causas: falta do objeto jurídico, falta de sujeito passivo próprio e falta de objeto material. O fato não é mais do que um quase-crime, na modalidade de crime impossível.

Palavras-chave: Aborto. Anencefalia. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

C.F. – Constituição Federal

C.P. - Código Penal

Ed. – edição

Nº. – Número

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Anecefalia	34
Figura 2: Anencefalia	34
Figura 3: Anecefalia recém-nascido	34
Figura 4: Síndrome de Patu	35
Figura 5: Síndrome de Patu	35
Figura 6: Síndrome de Patu	35
Figura 7: Síndrome de Body-Stalk	36
Figura 8: Síndrome de Body-Stalk	36
Figura 9: Síndrome de Body-Stalk	36
Figura 10: Mapa do aborto	44
Figura 11: Cérebro	45

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DOS ASPECTOS HISTÓRICOS	15
2.1 ESTADO LAICO	20
2.2 MOVIMENTOS FEMINISTAS.....	22
2.3 CORPO	26
3 DO ABORTAMENTO	28
3.1 DO ABORTO.....	28
3.1.1 Auto-aborto e aborto consentido	29
3.1.2 Aborto provocado por terceiro	29
3.1.3 Aborto consensual.....	30
3.1.4 Aborto qualificado.....	30
3.1.5 Aborto necessário	31
3.1.6 Aborto sentimental	32
3.1.7 Aborto eugenésico	32
3.1.8 Aborto social ou econômico e aborto honoris causa	37
3.2 MÉTODOS ABORTIVOS.....	37
3.2.1 Introdução de corpos estranhos na cavidade uterina.....	38
3.2.2 Ingestão de medicamentos podendo ser por meio de injeções ou por via oral	39
3.2.3 Traumatismos abdominais	39
3.2.4 Injeção de tóxico na cavidade uterina (injeção de tóxicos)	39
3.2.5 Aspiração do feto	40
3.2.6 Cirurgia (cesariana).....	40
3.3 DOS ASPECTOS CLÍNICOS	41
3.3.1 Das conseqüências imediatas.....	41
3.3.2 Das conseqüências tardias	42
3.4 DA ANENCEFALIA	45
3.5 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ÉTICA MÉDICA	52
4 DISCUSSÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL A VIDA	57

4.1 DOS ASPECTOS BIOÉTICOS.....	60
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico consiste em analisar o tema do aborto e anencefalia, por meio de uma análise crítica dos preceitos fundamentais constitucionais princípios da ordem médica, os aspectos bioéticos que surgem, para contribuir na procura de respostas equilibradas ante os conflitos atuais e os das próximas décadas, pois, o verdadeiro interesse é preservar o ser humano, levando em conta os fatores sociais que os rodeiam, bem como a análise da ADPF nº. 54 que ainda esta tramitando junto ao STF, com especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os dados levantados para confecção deste trabalho consistem na importância do tema para a sociedade, buscando analisar e avaliar os argumentos contrários e favoráveis no que diz respeito à possibilidade de interrupção da gestação de feto anencéfalo, desde que comprovada a anencefalia por meio de exames específicos que identificam tal anomalia.

As discussões sobre o tema aborto há muito tempo vem se destacando na sociedade brasileira, especialmente no que se refere à gestação de feto anencéfalo, visto que o ordenamento jurídico pátrio evidencia as principais diferenças e semelhanças entre o aborto e o aborto de feto anencéfalo, pois, o crime do aborto se caracteriza pela interrupção desejada e voluntária da gestação.

No entanto a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ingressou no Supremo Tribunal Federal no dia 24 de junho de 2004 com a arguição do Descumprimento de preceito fundamentação da ADPF nº. 54, que defende com base em diversos princípios constitucionais, o direito da gestante poder promover à antecipação terapêutica do parto nos casos em que restar constatada a gravidez de feto anencéfalo.

O aborto não mata somente algumas células que se multiplicaram, mas um ser que já é capaz de sentir sentimentos e emoções da mãe e das pessoas que a cercam. Enquanto o aborto de um feto anencéfalo se dá em função de uma anomalia incompatível com a vida. Diante de tais fatos toda gestante tem o direito de interromper a gestação de um feto anencéfalo?

Foi utilizado pesquisa bibliográfica exploratória, que consiste no levantamento doutrinário e no estudo da legislação vigente, assim como da

jurisprudência dos tribunais superiores com relação ao procedimento de abordagem do tema, partindo-se do método de abordagem dedutivo, sistema que se baseia em teorias e leis gerais para a análise de fenômenos particulares.

Para o presente trabalho monográfico encontrasse estruturado em cinco capítulos que delineiam a apresentação do assunto. O primeiro capítulo destinado à apresentação do tema, justificativa, procedimentos metodológicos e estrutura da pesquisa. O segundo capítulo refere-se aos aspectos históricos e gerais do aborto bem como a Laicidade do Estado que foi a separação do Estado e da Igreja Católica, pois, segundo a Constituição Federal todos tem o direito de escolher o seu credo. O surgimento dos movimentos Feministas no início foram apoiados pela Igreja Católica, e posteriormente houve a ruptura destes dois seguimentos, no momento em que os movimentos feministas assumiram a defesa de autonomia da mulher diante do seu corpo dando ênfase ao levante da bandeira em favor do aborto.

No terceiro capítulo trata do abortamento, seus tipos e métodos abortivos, os aspectos clínicos que aborda as conseqüências imediatas e tardias, relatamos a Anencefalia e os princípios que norteiam a ética médica na realização deste procedimento.

No quarto capítulo abordamos a discussão do direito constitucional a vida considerando os seus aspectos bioéticos, jurídicos e jurisprudenciais. Apresentam-se no quinto capítulo as considerações finais que é o espaço reservado para o acadêmico expressar sua análise, ponderação e conclusão do trabalho monográfico.

2 DOS ASPECTOS HISTÓRICOS

Desde os primórdios o aborto de fetos portadores de anomalias incompatíveis com a vida vem sendo discutido. Porém tais anomalias só eram diagnosticadas no momento do parto ou então logo após os primeiros meses de vida do recém-nascido¹.

Neste sentido nos ensina Patrícia Partamian Karagulian, que os brâmanes² (sacerdotes) criaram o sistema de castas, que se tornou a principal instituição da sociedade indiana. Eles tinham o costume de matar, ou abandonar na selva as crianças que dois meses depois de nascidas lhe pareciam de má índole.

No código de Manu este proibia o casamento entre membros doentes da mesma família, e também, daqueles que possuíam alguma enfermidade mental³.

Na Grécia os nascidos não desejados eram levados para o alto de uma montanha e ali abandonados⁴. Nessa época Aristóteles já anunciava que o aborto era o método mais eficaz e seguro para controlar o crescimento da população que ali vivia. Porém este era contra a prática abortiva quando a gravidez já se encontrava em um estado mais avançado⁵.

Enquanto isso, os antigos gregos acreditavam que os fetos não possuíam alma, desta forma não poderiam ser considerados humanos, ou seja, seres vivos⁶.

Já em Esparta, que estavam frente à guerra, ou seja, diante do espírito ali dominante, as crianças nascidas e de aparência fraca eram mortas ou segundo os Espartanos eram eliminados. Pois o Estado não via nestas crianças futuros homens fortes com capacidade de protegê-lo o Estado contra invasões que viessem a sofrer e principalmente nas situações de guerras⁷.

¹ HUNGRIA, Nelson. Comentário ao Código Penal. v. 5, Rio de Janeiro, 1992. p. 233.

² Sacerdotes que oficiavam o Veda. Membros da mais alta casta Hindu, a dos homens livres.

³ KARAGULIAN, Patrícia Partamian. Aborto e Legalidade Malformação Congênita. São Caetano (SP): Yends, 2007. p. 11.

⁴ KARAGULIAN, 2007, p. 11.

⁵ KARAGULIAN, 2007, p. 12.

⁶ KARAGULIAN, 2007, p. 12.

⁷ KARAGULIAN, 2007, p. 13.

Nos tempos mais remotos antes de Cristo existiram alguns povos que condenavam a prática do aborto. Como os Sumérios⁸, os assírios, o Código de Hamurabi e dos Persas, datado de 200 a 600 a.C que pregavam a proibição do aborto e impunham punições severas àqueles que causassem a morte de uma criança nascitura⁹.

Por outro lado em Roma, o aborto era tolerado e uma prática comum. A exemplo dos gregos, os Romanos também usavam a prática abortiva como um meio de controlar o crescimento da natalidade nos primeiros tempos da República. Pois, estes consideravam que o produto da concepção era parte do corpo da gestante, sendo que este pequeno ser ainda não tinha autonomia¹⁰. Então sendo assim a mulher que praticava o aborto nada mais estava fazendo se não dispor do seu próprio corpo.

Nesta época competia apenas à mulher, decidir se levaria até o fim aquela gravidez, tal processo ocorreu no período da Lei das XII tábuas e no período República¹¹.

Conforme escreve Fernando Capez, em Roma, nos primeiros tempos não era penalizado a morte praticada contra o feto. O produto da concepção, longe de ser vislumbrado como titular do direito à vida era tido como parte do corpo da gestante, que em seu termo, poderia dele livremente dispor. Portanto eram freqüentes as práticas abortivas¹².

Relata ainda Patrícia Partamian Karagulian que o Infanticídio como o aborto era moral e legalmente aceito para os nascidos com aparência pouca humana, sendo os nascidos jogados dos penhascos. Nessa época considerava-se o aborto menos questionável do que o infanticídio, tendo punição somente quando realizado sem o consentimento do pai¹³.

Porém tudo começou a mudar com o advento do cristianismo a partir do segundo século depois de Cristo. Isso ocorreu porque a população começou a declinar. Dessa forma Roma promulgou leis antiabortivas muito severas para estancar a decadência moral e fortalecer a nação. Tendo os imperadores Adriano

⁸ KARGULIAN, 2007, p. 13.

⁹ KARGULIAN, 2007, p. 13.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 4 ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 103.

¹¹ KARGULIAN, 2007, p. 13.

¹² KARGULIAN, 2007, p. 13.

¹³ KARGULIAN, 2007, p. 13.

Constantino e Teodósio que reformaram o Direito da época passando este a ser considerado como crime ¹⁴.

Com o Cristianismo em ascendência, o aborto passou a ser condenado com base no quinto mandamento: não matarás. Tal posição da igreja católica se mantém até os dias atuais. Porém no decorrer dos séculos a orientação majoritária era esta, necessitava ainda atender os interesses de ordem econômica e política que sempre interferiram neste posicionamento ¹⁵.

Refesindo-se aos recém-nascidos malformados, ou seja, com algumas anomalias foram desaparecendo, em função de o cristianismo ter inserido na sociedade da época um sentimento de sacralidade e integridade da vida humana¹⁶.

Nos primeiros séculos, os teólogos mais importantes como Aristóteles e Santo Agostinho afirmavam que o aborto só seria delito em se tratando de feto animado, o que ocorria quarenta dias para o sexo masculino e oitenta dias para o sexo feminino¹⁷. São Basílio por sua vez não admitia qualquer distinção, considerava o aborto sempre como prática criminal¹⁸.

A igreja católica sempre teve grande influência sobre a sociedade, pois através de seus ensinamentos transmite a criminalização do aborto. Sob este mesmo prisma a igreja encontrou amparo com a seguinte alegação, se fosse permitido o aborto poderia se ter um grande índice de adultério, e assim ocultaria uma gravidez indesejável. Para a igreja é um grande pecado a formicação, ou seja, o sexo sem o fim da procriação.

Neste período tornou-se um tabu mencionar a palavra eugênia quando se facilmente associada com as práticas realizadas por Hitler, sendo que a palavra eugênia é conceituada em sentido restrito como a ciência da melhora da linhagem humana¹⁹.

Porém no decorrer dos tempos pode-se perceber que a visão de Hitler caiu por terra. Perdurando a visão da igreja.

¹⁴ PRADO, 2005, p. 103.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito dos mortos (art. 121 a art. 212). 4 ed., ver. e atual de acordo com as Leis n. 10.741/2003, 10.763/2003 e 10.886/2004. São Paulo (SP): Saraiva, 2004. p. 108.

¹⁶ CAPEZ, 2004. p.108-109.

¹⁷ PEREIRA, Irotilde G. et al. Aborto Legal: implicações éticas e religiosas. São Paulo (SP): CDD, 2002. p. 35.

¹⁸ TESSARO, Anelise: Aborto seletivo Descriminalização & Avanços Tecnológicos da Medicina Contemporânea. 1ª ed. Curitiba (PR), Juruá, 2006. p. 24.

¹⁹ FRANCO, Alberto da Silva. Aborto por indicação eugênica. In: Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 1992. p. 97.

Neste sentido, tem-se a seguinte explicação, o elemento central dessa argumentação é a defesa da vida, reiterada como um princípio absoluto, imutável e intransigível. A extinção da pessoa humana, sujeito de direitos, desde o primeiro momento até a concepção, é o pressuposto da consideração de uma gravidez como um ato homicida, em quaisquer condições no momento da gestação. Assim, esses dois elementos, a sacralidade da vida humana e a condição de pessoa do embrião fundam a condenação condicional do aborto, integrando ao argumento de ordem religiosa, moral e biológica. Tendo em vista sua tradição cristã, nas intervenções do magistério e em dados retirados da ciência, a doutrina oficial católica sobre a moralidade do aborto é clara, taxativa e se põe de forma definitiva na condenação do aborto²⁰.

A igreja católica não aceita a interrupção da gravidez voluntária com a seguinte argumentação, que a vida é um dom divino e esta tem caráter sagrado fundado na fé. Pois, se atentar contra a vida é atentar contra o criador, ou seja, contra Deus²¹.

Já em 1974, a igreja católica publicou a declaração sobre o aborto provocado por meio da sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, no sentido de que a partir da fecundação, começa a aventura de uma vida humana na qual cada uma das suas capacidades requer tempo, um tempo bastante longo, para eclodir e para se adiar em condições de agir. O mínimo que se pode dizer é que a ciência atual no seu estado mais evoluído não dá apoio substancial aos defensores do aborto. De resto não pertence às ciências biológicas dar um juízo decisivo sobre questões propriamente filosóficas e morais, como é a do momento em que se constitui a pessoa humana e a da legalidade do aborto. Ora sob o ponto de vista moral, isto é certo mesmo que por ventura subsistisse uma dúvida concernente ao fato de um fruto da concepção ser uma pessoa humana formada: é objetivamente um pecado grave ousar correr o risco de um homicídio, pois já é um homem aquele que o virá a ser²².

Dessa forma pode se verificar que a igreja católica condena qualquer ato que permita a legalização do aborto. Há relatos que em outras culturas os recém-

²⁰ PEREIRA et al., 2002. p. 26 e 27.

²¹ PEREIRA et al., 2002. p. 27.

²² Sagrada Congregação para a Doutrina de Fé.. Declaração sobre o aborto provocado. 1974. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_doc_19741118_declaration-abortion_po.html>. Acesso em: 04 set. 2009.

nascidos com algumas doenças ou anomalias eram mortos. Em pesquisas desenvolvidas no Brasil se constatou que os índios não só matavam as crianças recém-nascidas com sinais de doença ou que tivessem algum defeito físico, mas também os gêmeos, os ilegítimos e os adultos portadores de moléstias incuráveis²³.

Com o advento do Código Criminal do Império em 1830, que inicialmente não previa o crime de aborto praticado pela própria gestante, apenas normalizava a conduta de terceiro, ou seja, criminalizou a conduta do terceiro que realizava o aborto com ou sem o consentimento da gestante²⁴.

Com o advento do Código Penal de 1890 tornou-se ilícita a prática do aborto provocado pela própria gestante, ou seja, aquele praticado no intuito de causar a destruição do produto da concepção²⁵. Nesse mesmo período o referido código não fazia qualquer distinção entre o aborto com ou sem expulsão do feto, cominando aquele cuja pena fosse mais grave. As penas eram igualmente aumentadas se do aborto ou dos meios empregados para realizá-lo resultasse a morte da mulher. O auto-aborto, embora tipificado, tinha sua pena atenuada se praticado com fim de ocultar desonra própria²⁶.

Com o passar do tempo viu-se a necessidade de se reformular o Código Penal Brasileiro e em 1940 foi publicado o novo Código Penal que continua vigente até a presente data. Neste novo Instituto de prevenção trouxe as modalidades do aborto: previstas nos artigos 124, 125, 126 e no art.127 a forma qualificada, e no art. 128 o aborto necessário, todos do Código Penal.

²³ MAMMANA, Caetano Zamitti. O aborto ante o direito, a Medicina, a Moral e a Religião. v. 1. São Paulo: Letras, 1969, p. 343.

²⁴ CAPEZ, 2004. p. 108.

²⁵ CAPEZ, 2004. p. 108.

²⁶ PRADO, 2005, p. 105.

2.1 ESTADO LAICO

O estado Laico foi instituído logo após as guerras religiosas que se convertem em ações de Estado que resultam em excessos cometidos em nome da divindade²⁷.

A sociedade antiga era de índole religiosa, privada entre o estado Antigo era dominado pelo paganismo e o estado Medieval pelo Catolicismo. A Igreja Católica exercia pleno domínio na esfera política e divina, ou seja, exercendo poder sobre o mundo e sobre as almas, e com o objetivo de manter-se predominantemente a religião católica, impedia a liberdade de crenças e de culto, queimando na fogueira da inquisição hereges e os que discordavam de sua orientação, sendo que inúmeras pessoas pagaram com a morte as suas crenças²⁸.

Destacamos a fusão como um dos diversos sistemas de relações entre a igreja e o Estado, que basicamente é a confusão integral entre os dois institutos. As igrejas reconhecidas pelos estados que se beneficiam de certos privilégios como o da remuneração dos seus ministros pelos cofres do Estado, existindo uma outra variação que consiste na predominância de uma única religião. Com o passar dos anos surge à modalidade da separação, onde o estado reconhece a liberdade de cultos, porem recusa-se a intervir no funcionamento das Igrejas ou Templos, não importando sob qual ponto de vista, sendo este regime conhecido com regime de tolerância. Ressalta-se que é impetuosa a indiferença do Estado, pois, este pode assumir uma modalidade hostil, contraria, gerando uma indiferença tolerante²⁹.

No Brasil, a história constitucional teve inicio com o reconhecimento e a oficialização do Império da Religião Católica Apostólica Romana, mas o art. 5º da Constituição Imperial datada de 1824 determina que a religião do Império, e que todas as outras religiões serão permitidas, desde que pratiquem o seu culto doméstico ou particular, realizadas em locais para isso destinados, sem nenhuma forma de exteriorização de templos.

²⁷ GALDINO, Elza. Estado Sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte, Del Rey. 2006. P. 69.

²⁸ GALDINO, 2006. p. 69.

²⁹ GALDINO, 2006. p. 70.

³⁰ GALDINO, 2006. p. 71.

³¹ GALDINO, 2006. p. 72.

³² GALDINO, 2006. p. 74.

O governo imperial em 11 de setembro de 1861 baixa o decreto n°. 001144 que evidenciaram um sinal de tolerância governamental³⁰.

Com o fim do governo imperial em 1889, se estabelece a República Federativa do Brasil e em 07 de Janeiro de 1890, o decreto n°. 119-A traz a independência religiosa e a separação entre o Estado e Igreja Católica. Com esse ato deve desaparecer a imposição da Igreja e o governo poderá agir com toda a sua eficácia, executando reformas completas compatíveis com o programa republicano³¹.

Em contrapartida a Igreja Católica dizia que a separação violenta, absoluta, radical que tentavam estabelecer seria impossível, pois, geraria uma nação separada oficialmente de Deus³².

O Brasil, no que diz respeito à organização religiosa adotou o modelo de separação entre Igreja e Estado. Tornando-se um estado Laico, ou seja, não confessional. Diante disto ele se mantém indiferente às diversas igrejas que podem livremente constituir-se em conformidade com a personalidade jurídica a elas concedida³³. Toda a discussão sobre a laicidade ou não do Estado brasileiro passa necessariamente, pelo estudo do preâmbulo Federal³⁴.

As constituições do Brasil de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988 têm seu preâmbulo assim definido:

Nós os representantes do povo brasileiro, **pondo a nossa confiança em Deus**, reunidos em assembléia nacional constituinte para organizar um regime democrático, que assegure a Nação a Unidade, Liberdade, a Justiça e o Bem Estar Social e Econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição³⁵.

Do mesmo modo os crucifixos que ornamentam os ambientes de grande parte dos bens Públicos no Brasil devem ser vistos como símbolos cristãos católicos que são, e o fato de ostentá-los é como se deduz a exteriorização de uma opção religiosa, inaceitável no estado Laico sendo que todos os símbolos religiosos ostentados nos próprios locais Públicos podem ser retirados imediatamente, sem a necessidade de qualquer Lei, portaria ou resolução, pois, a presença de tais símbolos é que fere o estabelecido na Lei maior³⁶.

³³ GALDINO, 2006. p. 78.

³⁴ GALDINO, 2006. p. 78.

³⁵ GALDINO, 2006. p. 78.

Para tanto temos a primeira espécie de democracia, é aquela que tem a igualdade por fundamento. Pois, a Lei confere a todas as condições exatamente na mesma proporção conferindo-lhes liberdade e igualdade, tendo este preceito como prática correta se todos os cidadãos usufruem da mesma perfeita igualdade política, assim constitui-se o estado Laico³⁷.

2.2 MOVIMENTOS FEMINISTAS

Pode-se dizer que os movimentos feministas tiveram e tem grande influência sobre a sociedade, porque tem algumas bandeiras que são universais como o aborto, o estupro, o incesto, e a criação dos filhos, bem como as desigualdades praticadas entre os sexos.

A escritora Londa Schienbunger, preleciona que o feminismo é uma teoria social, podendo ser conceituada como uma corrente filosófica e um movimento político. Os movimentos feministas foram formados primeiramente por mulheres, que em função disso, este movimento apresenta uma crítica as desigualdades sociais entre os sexos, buscam ainda promover os direitos das mulheres para se ter uma sociedade mais justa e igualitária³⁸.

Os movimentos feministas tiveram início no século XVIII após o fenômeno do Iluminismo. E não seria por acaso que o feminismo surgiu inicialmente nos países protestantes, onde o Iluminismo teve grande margem com um crescimento acentuado, em países como Portugal que em sua maioria são católicos e a sociedade economicamente menos desenvolvida. As raízes dos movimentos encontram-se, no mundo Ocidental, em especial nos movimentos de reforma do século XIX, e tendo como um movimento organizado, a primeira convenção dos direitos da mulher ocorrido na cidade de Sêneca Falls, em New York no ano de 1848³⁹.

³⁶ GALDINO, 2006. p. 89.

³⁷ GALDINO, 2006. p. 105.

³⁸ SCHIENBINGER, Londa; Tradução de Raul Fiker. O Feminismo mudou a ciência? Bauru (SP): EDUSC,1991. p. 333.

³⁹ RODRIGUES, Almira. Práticas Sociais, Modelos de Sociedade e questões Éticas: Perspectivas Feministas. Janeiro de 2002. Disponível em: <http://cfemea.org.br/publicacoes/artigos_detalhes.asp?artigo=3>. Acesso em 02 set. 2009.

Para Neuma Aguiar, estes movimentos adquiriram cunho reivindicatório por ocasião das grandes revoluções. A revolução Francesa tinha como lema os seguintes temas: Igualdade, Liberdade e Fraternidade, que são reivindicadas também pelas feministas, porque estas acreditavam que os direitos políticos adquiridos a partir das revoluções deveriam se estender a elas enquanto cidadãs. Posteriormente os movimentos feministas ganharam mais força por ocasião da revolução Industrial, quando a mulher assume postos de trabalho que antes eram ocupados somente pelos homens. Nesse momento as mulheres passaram a ter uma tripla jornada de trabalho, dentro e fora de casa⁴⁰.

No decorrer de um século e meio, o movimento obteve um crescimento que hoje inclui diferentes perspectivas sobre o que constitui a descriminalização contra as mulheres. As feministas pioneiras e os primeiros movimentos feministas são chamados de primeira onda. Os movimentos feministas ativos a partir dos anos 60 (sessenta) são chamados de segunda onda, e existe ainda a terceira onda que se estende até os dias atuais, embora haja grande diferença entre os pontos de vista dos diversos grupos feministas. A associação às diversas ondas dos movimentos remete a características a elas atribuídas, e cada onda tinha por objetivo recobrir a fase anterior para consolidar a seguinte⁴⁰.

O sociólogo Boaventura de Souza Santos definiu que a luta pela legalização do aborto não é uma luta das mulheres e sim de toda a sociedade. Afirmou ainda que qualquer que seja a luta social só é possível justificar em prol da aquisição de direitos, mas sempre numa ação articulada com movimentos políticos populares. Para as representantes da articulação de Mulheres Brasileiras, a maior dificuldade enfrentada na luta pela legalização de aborto é uma pressão dos setores religiosos⁴¹.

Contudo se verificou nas discussões apresentadas na mídia sobre o tema aborto pôde-se perceber que como no passado até os dias atuais a Igreja Católica exerce grande influencia sobre a opinião pública e as instituições que discutem esta legislação ou a sua criminalização. Foi na década de 80, que os movimentos

⁴⁰AGUIAR, Neuma. Gênero e Ciências Humanas - desafios às ciências desde a perspectiva das mulheres. Rio de Janeiro (RJ): Rosa dos Tempos, 1997. p. 50.

⁴¹CANCIAN, Renato. Feminismo – Movimento surgiu na Revolução Francesa. 01 janeiro de 2009. Disponível em: <<http://educação.uol.com.br/sociologia/feminismo.jhtm>>. Acesso em: 15 set. 2009.

⁴²SANTOS, Boaventura de Souza. Fórum Social Mundial. Feministas defendem a legalização do aborto no FMS. 01/02/2009. Disponível em: <<http://www.brasil.agenciapulsar.org/nota.phd?id=4162>>. Acesso em 14 set. 2009.

feministas assumiram publicamente a questão de defesa do aborto as mulheres encontraram na Igreja Católica uma aliada na conquista de creches, contra o custo de vida, tendo outros enfoques como a favor dos presos políticos, entre outros. No momento, em que ocorreu uma abertura política, nos anos 80, os conteúdos das reivindicações feministas passaram a incluir, de forma clara, a defesa da autonomia das mulheres no controle da própria sexualidade, inclusive para decidir sobre a interrupção de uma gravidez indesejada. Contudo a reação da Igreja Católica se fez sentir, a partir daí se posicionou de forma clara e contrária a posição dos movimentos feministas⁴².

A Igreja Católica condenou inclusive quem apoiasse esta atrocidade contra um dom divino recebido diretamente de Deus, que é conceber uma vida, ou seja, quem apoiasse os movimentos feministas poderia até receber a excomunhão⁴³.

Nesse sentido Anelise Tessaro elucida que a Igreja Católica é a que tem posicionamento mais radical. Por muito tempo, nem mesmo a interrupção da gravidez praticada para salvar a vida da gestante foi vista de maneira favorável pela Igreja Católica. A mesma em princípio condenava o aborto necessário, ou seja, a interrupção da gestação é necessária, pois, não há outro meio de salvar a vida da gestante, por acreditar que a morte do nascituro, sem o sacramento do batismo, implicaria na perdição daquele ser, que ficaria excluído do reino de Deus. Porém somente na Encíclica *Cast Connubii*, de Pio XI passou se a tolerar o aborto necessário⁴⁴.

Faz-se necessário observar que a discussão política sobre o aborto e as suas (dês)criminalização continua em discussão entre dois setores. Sendo o primeiro os grupos religiosos ligados, em sua grande maioria, à Igreja Católica, aos setores protestantes e espíritas, que defendem a proteção do feto desde a sua concepção; e o segundo grupo são os movimentos de mulheres que defendem a autonomia da mulher sobre o seu próprio corpo⁴⁵.

Sendo que o segundo grupo foi quem contribuiu e continua contribuindo com informações e reflexos a cerca do aborto, sendo responsável por esclarecer os

⁴³ ROSSADO (1996 apud PEREIRA et al., 2002. p. 20).

⁴⁴ TESSARO, 2008, p. 28 e 29.

⁴⁵ EMMERICK, Rulian. Aborto (Des)criminalização, Direitos Humanos e Democracia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.124.

silêncios públicos sobre a prática, trazendo a questão para os debates e embates nos espaços públicos⁴⁶.

Foi com o surgimento dos movimentos feministas na década de 60 e 70 e no século XX, que a Igreja Católica e outros grupos religiosos demonstraram a sua insatisfação e por consequência interferiram sobre o poder legislativo na defesa de seus interesses morais e religiosos, no que diz respeito ao aborto, em flagrante de violação dos princípios do Estado Laico das liberdades democráticas⁴⁷.

Observa-se que o debate público sobre o aborto vai evoluindo progressivamente na sociedade brasileira em especial após o surgimento dos movimentos feministas, concomitantemente com o processo de redemocratização do Brasil.

Seguindo o mesmo posicionamento da Igreja Católica, a doutrina espírita também não admite a prática do aborto a não ser que seja para salvar a vida da mãe. Allan Kardec foi o codificador do espiritismo, e explica que a união da alma com o corpo começa na concepção e se o corpo escolhido morrer antes do nascimento, ele escolhe outro corpo. Allan Kardec foi questionado se há crime em sacrificar o nascituro para salvar a vida da mãe, quando a vida dessa mãe tivesse em perigo. E segundo ele é preferível sacrificar a vida do ser que ainda não existe do que o ser que já existe. O Judaísmo da mesma forma da Igreja Católica e a doutrina Espírita só admite a prática do aborto com o objetivo de salvar a vida da gestante⁴⁸.

Tem muitas religiões ou credos que não aceitam que seja feita nem uma dessas práticas que visam salvar a vida da gestante ou ainda minimizar o sofrimento dela e de sua família quando se descobre que o filho é portador de uma anomalia fetal incompatível com a vida⁴⁹.

Nos dias de hoje, a Igreja Católica não aceita a interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida, essa divulgação ocorre por meio de cartas pastorais de bispos, sendo que nestas cartas a Igreja Católica enfatiza que a vida deve ser preservada, é um dom recebido diretamente de Deus, e não do país⁵⁰.

⁴⁶ EMMERICK, 2008. p.124.

⁴⁷ EMMERICK, 2008. p.124.

⁴⁸ TESSARO, 2008, p. 29.

⁴⁹ EMMERICK, 2008. p.124.

⁵⁰ TESSARO, 2008, p. 28.

A Doutrina Espírita também se posicionou contrária a interrupção da gravidez por anomalia fetal incompatível com a vida. Na interpretação de Elizeu F. Mota Jr, para o espiritismo, a má formação do feto esta ligada a débitos progressos, ou seja, ligados a vidas passadas do reencarnante, se o aborto eugênico for consagrado será impossível a esses espíritos endividados o acerto de suas contas com a Lei divina ou material, por tal motivo a doutrina espírita não aceita que seja praticado o aborto de feto anencefalo⁵¹.

Para os protestantes não há um rigor tão acentuado como na Igreja Católica quanto ao apoio para a interrupção da gestação de um feto portador de anomalia fetal incompatível com a vida⁵².

Em 1960, a Igreja Unida do Canadá posicionou-se da seguinte forma, que se houver indicação médica do aborto em função de ser uma gravidez de risco, ou seja, perigosa à saúde física e mental a saúde da mãe, tal procedimento deve ser adotado para salvar a vida da gestante e não causar um dano maior⁵³.

2.3 CORPO

Diante de vários posicionamentos pelo mundo todo, desde os tempos mais remotos até a atualidade, o debate público do aborto foi evoluindo progressivamente. Porém em especial na sociedade brasileira tal tema ainda é fonte de discussão, pois, tramita no Supremo Tribunal Federal ADPF N° 54 que irá declarar ou não a possibilidade da interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida.

Enquanto isso a prática do aborto ainda tem sérias implicações legais, e por conseqüência há outros obstáculos no âmbito moral, como a interferência da Igreja Católica e de outros grupos religiosos, principalmente sobre o poder Legislativo na defesa de seus interesses morais e religiosos, ficando evidente a violação dos princípios do estado Laico de liberdades democráticas⁵⁴.

⁵¹ TESSARO, 2008, p. 28.

⁵² TESSARO, 2008, p. 29.

⁵³ TESSARO, 2008, p. 29.

⁵⁴ EMMERICK, 2008. p.124.

Neste contexto o fenômeno do aborto e a discussão política sobre sua (dês) criminalização, é mais que uma questão de proteção ou não da vida do feto, desde a sua concepção que, no momento é uma questão inversa no jogo de poder entre os diversos grupos políticos e sociais que atuam na sociedade e no poder legislativo⁵⁵.

Enquanto o aborto for considerado como uma conduta criminosa, as mulheres continuaram morrendo e sofrendo as seqüelas do aborto clandestino e inseguro sendo controladas através de seu corpo, pois, no presente momento a legislação que incrimina o aborto permanece intocada. Agora dependerá de como iram se posicionar as duas forças convergentes, ou seja, os movimentos feministas e a Igreja Católica, nas suas articulações com as diversas bancadas parlamentares no Congresso Nacional⁵⁶.

Com a vinda do Papa Bento XVI ao Brasil, ocorrida em maio de 2007, diante dos atuais acontecimentos políticos e sociais os grupos religiosos conservadores ficaram mais fortalecidos. Sendo assim um projeto de lei que vise à descriminalização da interrupção da gravidez terá muitas dificuldades de ser aprovada conclui Emmerick⁵⁷.

Tem muitos parlamentares que se identificam com a hierarquia católica e outros grupos religiosos contrários a legislação do aborto, enquanto esses congressistas legislarem de acordo com os seus interesses morais e religiosos e não em prol dos reais interesses da sociedade, o principio da laicidade do estado continuará sendo violado, porém como são violados os princípios e fundamentos do estado democrático de direito dispostos na Constituição Federal de 1988, que podemos citar dentre eles que garantem a cidadania, dignidade da pessoa humana. Em uma sociedade livre, justa e solidária para que ocorra a prevalência dos direitos humanos⁵⁸.

⁵⁵ EMMERICK, 2008. p.146.

⁵⁶ EMMERICK, 2008. p.146.

⁵⁷ EMMERICK, 2008. p.146.

⁵⁸ EMMERICK, 2008. p.142.

3 DO ABORTAMENTO

3.1 DO ABORTO

Aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção. É a morte do ovo, ou seja, até três semanas de gestação, enquanto de três semanas até três meses o produto da concepção já é chamado de embrião e após os três meses de gestação é designado feto. Se for empregado algum dos meios usados para causar um aborto após os três meses de gestação não implicando necessariamente na expulsão do produto da concepção e ocorrendo a morte do feto esse pode ser dissolvido, ou reabsorvido pelo organismo da gestante, porém a mulher pode vir a óbito antes da expulsão⁵⁹.

Nesse sentido temos a palavra-chave abortamento que tem maior significado técnico que a palavra aborto. A palavra aborto indica a conduta de abortar, enquanto a palavra abortamento refere-se ou produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Como pode se notar a expressão aborto é mais comum e usual no Código Penal nas disposições incriminadoras⁶⁰.

Na interpretação de Mirabete o termo abortamento serve para designação do ato de abortar, sendo que a palavra aborto se refere apenas ao produto da interrupção da gravidez, pôr outra parte da doutrina entende que o termo legal aborto é a melhor designação. Isto porque é o termo de uso corrente, tanto na linguagem popular quanto na erudita quer, por fim, porque nas demais linguagens neolatinas com exceção do Francês digam-se aborto⁶¹.

A doutrina lista alguns dos tipos mais comuns do aborto, sendo eles: auto-aborto e aborto consentido, aborto provocado por terceiro, aborto consensual, aborto qualificado, aborto necessário, aborto sentimental, aborto eugenésico, aborto social ou econômico e o aborto honoris causa.

⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal. 24 ed. São Paulo (SP): Atlas, 2006. p. 62.

⁶⁰ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal Parte Especial. 27 ed. São Paulo:Saraiva, 2005. p. 119.

⁶¹ MIRABETE, 2006, p. 62.

3.1.1 Auto-aborto e aborto consentido

O auto-aborto encontra permissão legal no art. 124 do Código Penal, em sua primeira parte descreve o auto-aborto, sendo que este é um crime especial, e só pode ser praticado pela própria mulher gestante⁶².

O aborto consentido também encontra previsão legal no art. 124 do Código Penal na segunda parte, neste caso a gestante é incriminada por permitir que outrem lhe provoque o aborto. A pessoa que provoca o aborto consentido, responde pelo crime previsto no art. 126 do Código Penal, nesse sentido se comina a pena mais severa⁶³.

No chamado Auto-aborto e aborto consentido pode ocorrer o concurso de agentes: ainda que moral, praticado por terceiros, ocorrendo por meio de estímulos que é chamada incitação, na propiciação dos meios necessários a ele, ou na ministração de instrumentos, ou, tornando possível o delito mesmo que dele diretamente não participe. Enquanto o agente apenas incentiva, este responde pelo art. 124 do Código Penal. Já no momento em que o terceiro provoca, este responde como participe do crime do art. 126 do Código Penal⁶⁴.

3.1.2 Aborto provocado por terceiro

O aborto provocado por terceiro encontra previsão legal no art. 125 do Código Penal, sendo que a pena é mais grave sendo esta reclusão de três a dez anos. Neste caso a pena é mais rígida em função de o agente praticar o aborto sem o consentimento da gestante sendo assim a gestante é a vítima do crime⁶⁵.

Presume-se não haver o consentimento da gestante quando esta não é maior de quatorze (14) anos, ou é alienada ou ainda débil mental ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave amassa ou violência⁶⁶.

⁶² MIRABETE, 2006, p. 65.

⁶³ MIRABETE, 2006, p. 65.

⁶⁴ MIRABETE, 2006, p. 66.

⁶⁵ MIRABETE, 2006, p. 66.

⁶⁶ MIRABETE, 2006, p. 66.

3.1.3 Aborto consensual

No art. 126 do Código Penal, encontramos o aborto consensual, ou seja, é a provocação do aborto com o consentimento da gestante. O consentimento pode ser expresso ou tácito, devendo existir desde o início da conduta até a consumação do crime. Respondendo o agente pelo art. 125 do Código Penal, ou seja, quando a gestante revoga o consentimento durante a execução da prática delituosa⁶⁷.

Quando há o consentimento da gestante esta responderá pelo crime previsto no art. 124 do Código Penal, e o agente que pratica as manobras abortivas ou causa o aborto de outra forma responde pelo crime de estupro com pena mais severa. Quem pratica a conduta do provocador responde pelo crime de aborto consensual⁶⁸.

No tempo que ocorrer erro de agente, supondo justificadamente que há o consentimento da gestante, porém se isso não ocorrer, é considerado erro de tipo, devendo o agente ser responsabilizado pelo art. 126 do Código Penal e não pelo art. 125 do Código Penal⁶⁹.

3.1.4 Aborto qualificado

Encontramos a forma qualificada do aborto no art. 127 do Código Penal. Sendo que as penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas um terço (1/3) se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo a gestante sofre lesão de natureza grave. As penas serão duplicadas, se por qualquer desses motivos a gestante venha a falecer. O art. 127 do Código Penal trata do crime preterdoloso, em que o agente quer o resultado, podendo causar na gestante uma lesão grave ou até levar a morte da mesma⁷⁰.

É evidente que o agente que pratica o ato abortivo não deseja o resultado mais grave, que seria a lesão corporal grave ou então a morte da gestante. É claro

⁶⁷ MIRABETE, 2006, p. 67.

⁶⁸ MIRABETE, 2006, p. 67.

⁶⁹ MIRABETE, 2006, p. 67.

⁷⁰ MIRABETE, 2006, p. 67.

que se sobrevier alguma dessas incriminadoras a sua punibilidade será maior mesmo que o agente não tenha buscado aquele resultado, simultaneamente de forma eventual por um descuido. Nesses dois casos apresentados o agente deverá responder pelo crime de lesões corporais ou homicídio em concurso com o aborto⁷¹.

No que tange os meios empregados para provocá-lo, responderá o agente pela tentativa de aborto qualificado quando não se consumar a morte do feto, e se por algum outro motivo ocorra lesão grave que sobrevenha a morte da gestante⁷².

A forma qualificada aplica-se apenas para os autores dos crimes previstos no art. 125 do Código Penal e art. 126 do Código Penal. A gestante nesse caso é excluída vindo a responder apenas pelo art. 124 do Código Penal que se refere ao auto-aborto ou o aborto consentido⁷³.

3.1.5 Aborto necessário

No caso do aborto necessário previsto no art. 128, inciso I e inciso II do Código Penal, quando ocorrem situações como estas tornam licita a prática do fato.

¹⁹Sendo que não se pune o aborto praticado pelo médico, se não houver outro meio de salvar a vida da gestante ou então se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido com o consentimento da gestante, e se for incapaz deverá ter o consentimento do seu representante legal⁷⁴.

O aborto necessário caracteriza-se no caso de estado de necessidade, com o objetivo de evitar qualquer problema, o legislador deixou expressamente consignado na lei à possibilidade de o médico poder fazer o aborto se este verificar através de exames clínicos o único meio de salvar a vida da gestante. Não é necessário que o perigo seja atual, para aquele momento basta que o médico tenha a certeza que no decorrer da gravidez poderá provocar a morte da mãe. Tal risco a vida da gestante pode ser ocasionada por anemias profunda, diabetes, cardiopatias, tuberculose pulmonar, câncer uterino, má formação da mulher entre outras complicações advinda do seu estado gestacional⁷⁵.

⁷¹ MIRABETE, 2006, p. 67.

⁷² MIRABETE, 2006, p. 67.

⁷³ MIRABETE, 2006, p. 67.

⁷⁴ MIRABETE, 2006, p. 68.

Dessa forma fica evidente que cabe ao médico decidir sobre a necessidade do aborto a fim de ser preservado o bem jurídico que a lei considera mais importante que é a vida da mãe, mesmo que em prejuízo do bem menor que é a vida do nascituro⁷⁶.

O instrumentador cirúrgico ou outro profissional que auxilia o médico não responde pelo crime de aborto, porque o fato não é criminoso. Da mesma forma a gestante que por ter agido em estado de necessidade, a decisão deve estender-se ao co-réu⁷⁷.

3.1.6 Aborto sentimental

O inciso II do art. 128 do Código Penal preleciona que está autorizado o aborto sentimental podendo ser chamado também de aborto ético ou ainda de aborto humanitário que são aqueles que podem ser praticados em função de a gravidez ser resultado de um estupro. Tal prática encontra respaldo no seguinte argumento, que a mulher não será obrigada a gestar ou ainda a cuidar de um filho que é resultante de um coito violento, ou seja, não desejado, além disso, o autor do estupro pode ser uma pessoa degenerada, anormal, dessa forma no futuro esta criança poderá ter problemas ligados a hereditariedade⁷⁸.

Para o médico proceder ao aborto em caso de estupro à gestante deverá apresentar o boletim de ocorrência, declarações ou atestados que comprovem a ocorrência do mesmo, não havendo necessidade de solicitar autorização judicial para realizar o aborto. O médico deve levar em conta seus princípios e submeter-se apenas ao Código de Ética Médica, porém se o médico foi induzido a erro por parte da gestante ou de terceiro sobre a ocorrência de estupro este não responderá pelo crime de aborto, pois esse é o chamado erro permissivo⁷⁹.

3.1.7 Aborto eugenésico

⁷⁵ MIRABETE, 2006, p. 68.

⁷⁶ MIRABETE, 2006, p. 68.

⁷⁷ MIRABETE, 2006, p. 69.

⁷⁸ MIRABETE, 2006, p. 69.

⁷⁹ MIRABETE, 2006, p. 72.

No início do século os doutrinadores adotaram a designação do aborto eugênico ou eugenésico para se referirem à interrupção da gestação de feto inviável, ou seja, que possui uma anomalia fetal incompatível com a vida. Essa terminologia foi dotada durante a primeira Guerra Mundial, sendo que inicialmente teve como proposta tornar lícito o aborto para aquelas mulheres que engravidaram em virtude de estupro cometido por soldados de outros países, naquela época foi bem comum esta prática, pois tal medida tinha por finalidade preservar a nação de eventuais doenças transmissíveis hereditariamente por aqueles “invasores”⁸⁰.

Nos dias atuais tem se entendido que há excludente da criminalidade no chamado aborto eugenésico ou eugênico. Tal prática é realizada ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com graves anomalias⁸¹.

em princípio nos casos de aborto eugenésico há punição desencadeada em função da piedade, dos julgadores que se comovem com a situação em que se encontra a gestante.

Alguns doutrinadores como Mirabete, enfatizam serem lacunosos, os códigos que eliminaram a repressão a título de crime do abortamento sentimental e em certa medida terapêutico, consideram suscetível de pena o abortamento eugênico⁸². Há, entretanto uma tendência à descriminalização do aborto eugênico em alguns casos específicos como os em que o feto é portador de anomalias graves que são incompatíveis com a vida. Os juízes têm concedido inúmeros alvarás judiciais para a legalização dos abortos em que o feto é portador de anomalia fetal incompatível com a vida, que a chamada de ausência ou má formação do cérebro ou então quando há outra deformidade como agenesia renal que é a ausência de rins. Temos ainda a abertura da parede abdominal e a síndrome de Patu em que há problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos⁸³.

Neste sentido temos as seguintes figuras que demonstram as principais patologias fetais, que na sua maioria levam a morte do recém-nascido:

⁸⁰ TESSARO, 2008, p. 43.

⁸¹ MIRABETE, 2006, p. 70.

⁸² MIRABETE, 2006, p. 70.

⁸³ MIRABETE, 2006, p. 70.



Figura 1: Anecefalia

Fonte 1: <http://images.google.com.br/anencefalia-e-um-defeito>



Figura 2: Anencefalia

Fonte: <http://images.google.com.br/anencefalia-e-um-defeito>



Figura 3: Anecefalia recém-nascido

Fonte 3: <http://www.anencefalos.com.br/images/Giovanna004.jpg>



Figura 4: Síndrome de Patu

Fonte: www.youtube.com/user/negrets16



Figura 5: Síndrome de Patu

Fonte: etecpj2b.blogspot.com/.../sindrome-de-patau.html



Figura 6: Síndrome de Patu

Fonte: <http://www.ghente.org/ciencia/genetica/trissomia13.html>



Figura 7: Síndrome de Body-Stalk

Fonte: www.obgyn.net/.../us/present/0503/merchan_lbwc



Figura 8: Síndrome de Body-Stalk

Fonte: www.obgyn.net/.../us/present/0503/merchan_lbwc

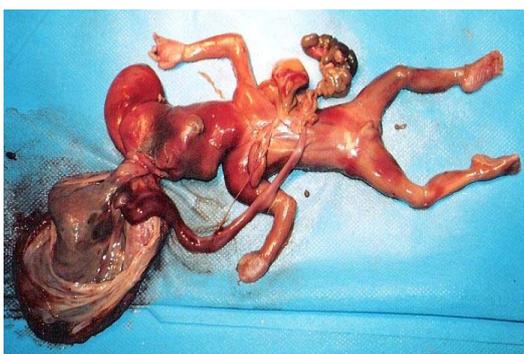


Figura 9: Síndrome de Body-Stalk

Fonte: www.obgyn.net/.../us/present/0503/merchan_lbwc

Diante desses sérios problemas que incompatibilizam a vida extra-uterina e os danos psicológicos sofridos pela gestante e suas famílias, justificam tal posicionamento⁸⁴. Julio Fabrinni Mirabete esclarece ainda que alguns doutrinadores

que se apóiem na tese da existência da possibilidade do aborto terapêutico e outros na excludente de culpabilidade inexigibilidade de conduta diversa⁸⁵.

3.1.8 Aborto social ou econômico e aborto honoris causa

O aborto social ou econômico é punível inquestionavelmente, pois têm-se outros meios de se evitar uma gravidez, mesmo que realizado para minimizar a situação de penúria ou miséria da gestante e de sua família⁷⁶. A punição que se dá por um aborto honoris causa é devido a ocorrência da uma gravidez extramatrimonial⁸⁶.

Pune-se, ainda o aborto que visa preservar a vida da gestante quando ela não corre risco, mesmo quando verificada a necessidade por parte de um médico, ou ainda por motivo à ela relacionado, ou por outras especiais condições que a gestante não possa levar avante sua gravidez, sem correr risco de ser afetada a sua integridade física ou mental.

3.2 MÉTODOS ABORTIVOS

Muitos pesquisadores estão preocupados com a questão do aborto visto que, para Débora Diniz, o aborto já é uma questão de saúde pública, estando ela está engajada em uma pesquisa que vem sendo desenvolvida há pelo menos vinte (20) anos, e com base nesses dados podê-se comprovar que a ilegalidade do aborto traz conseqüências negativas para a saúde das mulheres das classes menos favorecidas e por conseqüência estas não tem acesso aos recursos médicos para o aborto seguro, dessa forma se percebeu que pouco é feito para se coibir à prática delituosa, e assim perpetua a desigualdade social⁸⁷.

⁸⁴ MIRABETE, 2006, p. 70.

⁸⁵ MIRABETE, 2006, p. 70.

⁸⁶ MIRABETE, 2006, p. 70.

⁸⁷ DINIZ, 2008.

De acordo com os dados coletados pode se perceber que o aborto clandestino esta tomando proporções alarmantes, pois, em 2005 ocorreram um milhão e cinqüenta e quatro mil e duzentos e quarenta e dois (1.054.242) abortos, sendo a fonte de dados para o cálculo da estimativa, às internações por abortamento registradas no Serviço de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde, o conhecido SUS. Ao número de internações foi aplicado um multiplicador, que baseia-se na hipótese que 20% das mulheres que induzem o aborto foram hospitalizadas. A grande maioria dos abortos induzidos ocorreu no nordeste e sudeste do país, com uma estimativa de taxa anual de aborto induzido de dois vírgula zero sete (2,07) por cem (100) mulheres entre quinze (15) anos e quarenta e nove (49) anos⁸⁸.

Com base nessas pesquisas verificou-se que muitos são os métodos abortivos usados pelas mulheres para interromper uma gravidez. Sendo que os meios mais comuns são: introdução de corpos estranhos na cavidade uterina, ingestão de medicamentos podendo ser por meio de injeções ou por via oral, traumatismos abdominais, injeção de tóxico na cavidade uterina, aspiração do feto e cirurgia cesariana.

3.2.1 Introdução de corpos estranhos na cavidade uterina

Esse é um dos métodos mais comum e utilizado por muitas mulheres que não querem ou não tem condições de recorrer a um médico ou a uma “parteira” que possui apenas conhecimentos empíricos. Essas gestantes objetivam à morte do feto quando introduzem, por exemplo, agulhas de tricô ou outro tipo de estilete, com a finalidade de perfurar a bolsa que contém o liquido amniótico onde está contido o feto, causando a morte do mesmo, com a possível expulsão do feto pelo próprio organismo⁸⁹.

⁸⁸ DINIZ, Débora. Aborto e saúde pública – 20 anos de pesquisa no Brasil. Setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/bvs>>. Acesso em: 08 out. 2009.

⁸⁹ DINIZ, 2007, p 11.

3.2.2 Ingestão de medicamentos podendo ser por meio de injeções ou por via oral

Muitas mulheres com o intuito de causar um aborto tomam alguns medicamentos oficiais ou então chás caseiros de certas folhas ou raízes com o objetivo de causar a morte do feto. Porém alguns desses procedimentos podem causar efeitos colaterais, isto é, efeitos negativos ao lado dos efeitos positivos, para os quais foram criados, pois essas gestantes quando ingerem esses medicamentos tem um único objetivo que é interromper a gestação⁹⁰.

3.2.3 Traumatismos abdominais

Na maioria dos casos os traumatismos são provocados por pessoas interessadas em causar um aborto, citados em muitos casos o companheiro da gestante que é o responsável pela gravidez, que intuito de escusar-se da responsabilidade paternal, agride a mulher no ventre tentando provocar um traumatismo e principalmente a morte do feto, mas em muitos dos traumatismos praticados pelo genitor não conseguem seu objetivo e apenas ferem gravemente a mulher⁹¹.

3.2.4 Injeção de tóxico na cavidade uterina (injeção de tóxicos)

É injetada substância tóxica dentro da bolsa que contém o líquido amniótico onde se encontra o feto em desenvolvimento. Procedimento que visa o envenenamento do feto, ocorrendo à expulsão pelo organismo da mulher. O feto ao ser eliminado apresenta sinais de intoxicação a que foi submetido, mostrando sinais

⁹⁰ D'ASSUNÇÃO, Evandro Alves. COMPORTANDO-SE fazendo Bioética. 2 ed. Juruá, Curitiba (PR), 2006. p. 155.

⁹¹ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 156.

de envenenamento, com a pele se soltando, bem como as demais lesões pelo corpo que evidenciam a ação do veneno utilizado⁹².

3.2.5 Aspiração do feto

Tal método é o mais usual em clínicas sofisticadas, pois feto, a placenta e as membranas que o envolvem são dilaceradas e em seguida são aspiradas por uma bomba que têm um poder de sucção cerca de sete (7) vezes superior a um aspirador de pó, restando ao final da aspiração apenas os pedaços arrebatados do feto que estivera em formação dentro do ventre materno⁹³.

3.2.6 Cirurgia (cesariana)

A cirurgia cesariana é usada quando a gravidez se encontra em um estado avançado onde os outros meios abortivos não são mais recomendados. Uma cesariana, na qual realizada habitualmente para trazer ao mundo um novo ser, nessas circunstâncias a cesariana é usada para retirar o feto prematuramente do ventre materno que em seguida vem à óbito, se no momento do nascimento ainda encontrava-se vivo no ventre materno⁹⁴.

Os doutrinadores trazem relatos que em circunstâncias especiais, o feto é mantido vivo e utilizado por médicos sem o menor escrúpulo para experiências⁹⁵.

No início dos anos noventa houve uma mudança significativa no perfil dos métodos abortivos adotados nos grandes centros urbanos conforme demonstrado anteriormente as práticas citadas ocorreram na maior parte na década de oitenta (80), como venenos, líquidos cáusticos ou injeções, que com o passar dos anos tornaram-se ultrapassados, porém usados por uma minoria nos dias atuais. Hoje o método preferencial para realizar um aborto é o uso do medicamento Misoprostol

⁹² D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 157.

⁹³ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 158.

⁹⁴ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 159.

⁹⁵ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 160.

conhecido como Cytotec, pois, esse tem uma eficiência maior e pode ser usado para a mulher fazer o aborto em casa, ou para iniciar em casa e terminar no hospital, esse medicamento reduz o risco à saúde, proporcionando um menor tempo de internação hospitalar⁹⁶.

A pesquisa coordenada por Débora Diniz demonstrou ainda que a maior parte das mulheres que decidem abortar vive uma relação estável ou segura. A renda familiar e a escolaridade são fatores associados que resultam na indução na primeira gravidez de um aborto⁹⁷.

A respeito do contraceptivo DIU que é o dispositivo intra-uterino utilizado por muitas mulheres, colocado na cavidade uterina por um médico como meio de se evitar uma gravidez é considerado um meio contravencional. Pois, o DIU não impede a fecundação que é o encontro entre o óvulo e o espermatozóide, e sim, que o óvulo fecundado se aninhe na parede do útero materno, conforme preceitua Evandro Alves D'Assunção⁹⁸.

3.3 DOS ASPECTOS CLÍNICOS

As conseqüências mais comuns têm ligações diretas com cada tipo de método utilizado.

3.3.1 Das conseqüências imediatas

Em muitos casos pode ocorrer a ruptura da cavidade uterina sendo que esta uma das conseqüências mais freqüentes e mais graves. A gestante com o intuito de destruir o produto da concepção introduz copos estranhos na cavidade uterina, seja por meios primitivos ou mais sofisticados sendo que, no momento da introdução de corpos estranhos pode inadvertidamente transfixar a parede do útero que se encontra adelgada pela gravidez e vir a ter em seguida um quadro

⁹⁶ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 161.

⁹⁷ DINIZ, 2007, p 16.

⁹⁸ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 162.

de abdômen agudo acompanhado de choque, e não havendo um tratamento rigoroso e imediato levava a mulher à morte⁹⁹.

Em função da perfuração da cavidade uterina podem ocorrer hemorragias, que muitas vezes são noticiadas nas paginas policiais como causa de morte em clínicas clandestinas onde se pratica o aborto, e na falta de cuidados médicos especiais a gestante pode nunca mais ter filhos, o que acarreta a esterilização da mulher devido a infecções causadas por um aborto mal feito¹⁰⁰.

3.3.2 Das conseqüências tardias

Anteriormente foram demonstrados os problemas psicológicos que tornam-se os mais graves causados em função da prática do aborto, visto que os consultórios de psiquiatras e psicólogos estão repletos de mulheres que após o aborto se sentiram dilaceradas em uma parte de suas vidas e vivem continuamente com a imagem do filho que não nasceu¹⁰¹.

Quando se pratica o aborto não se mata somente algumas células que se multiplicaram, mas um ser que é capaz de sentir captar os sentimentos e emoções da mãe e das pessoas que o rodeiam¹⁰².

Muitos doutrinadores acreditam que é preferível legalizar o aborto, pois, ele existe com ou sem a legalização, e que se tal pratica for legalizada acabaram as clinicas clandestinas e com isso o aborto poderá ser feito em condições humanas aonde as mulheres não venham colocar em risco a sua vida. Para Débora Diniz os procedimentos deveriam ser custeados pela Previdência Social, pois seriam realizados em condições hospitalares dignas, pois cabe a mulher decidir se irá ou não praticar o aborto, sendo ela dona do seu próprio corpo. Sabe-se ainda que esta argumentação a respeito da redução dos abortos clandestinos não é verdadeira¹⁰³, porque em países onde o aborto é legal continuam existindo os abortos clandestinos com as mesmas complicações e infortúnios, esse mesmo período ocorreu um aumento no número de abortos clandestinos, pois, mulheres que não tinham

⁹⁹ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 161.

¹⁰⁰ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 161.

¹⁰¹ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 162.

¹⁰² D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 162.

coragem de enfrentar a situação ilegal, diante de sua legitimação perante a lei dos homens, acabaram por sucumbir à tentação de por fim uma gravidez indesejada¹⁰⁴.

Muitos países da Europa, que permitem o aborto possuem algumas restrições como demonstra a figura 10, a Dinamarca, Áustria, Espanha, Suécia, Hungria, Finlândia, Itália, Polônia, Portugal e Rússia permitem à realização do aborto até o terceiro mês de gestação, já a França permite a realização do aborto até a décima (10ª) semana de gestação, em contrapartida na Inglaterra a interrupção da gestação é permitida até o sexto mês de gestação¹⁰⁵.

¹⁰³ DINIZ, 2007, p 11.

¹⁰⁴ DINIZ, 2007, p 11.

¹⁰⁵ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 159.

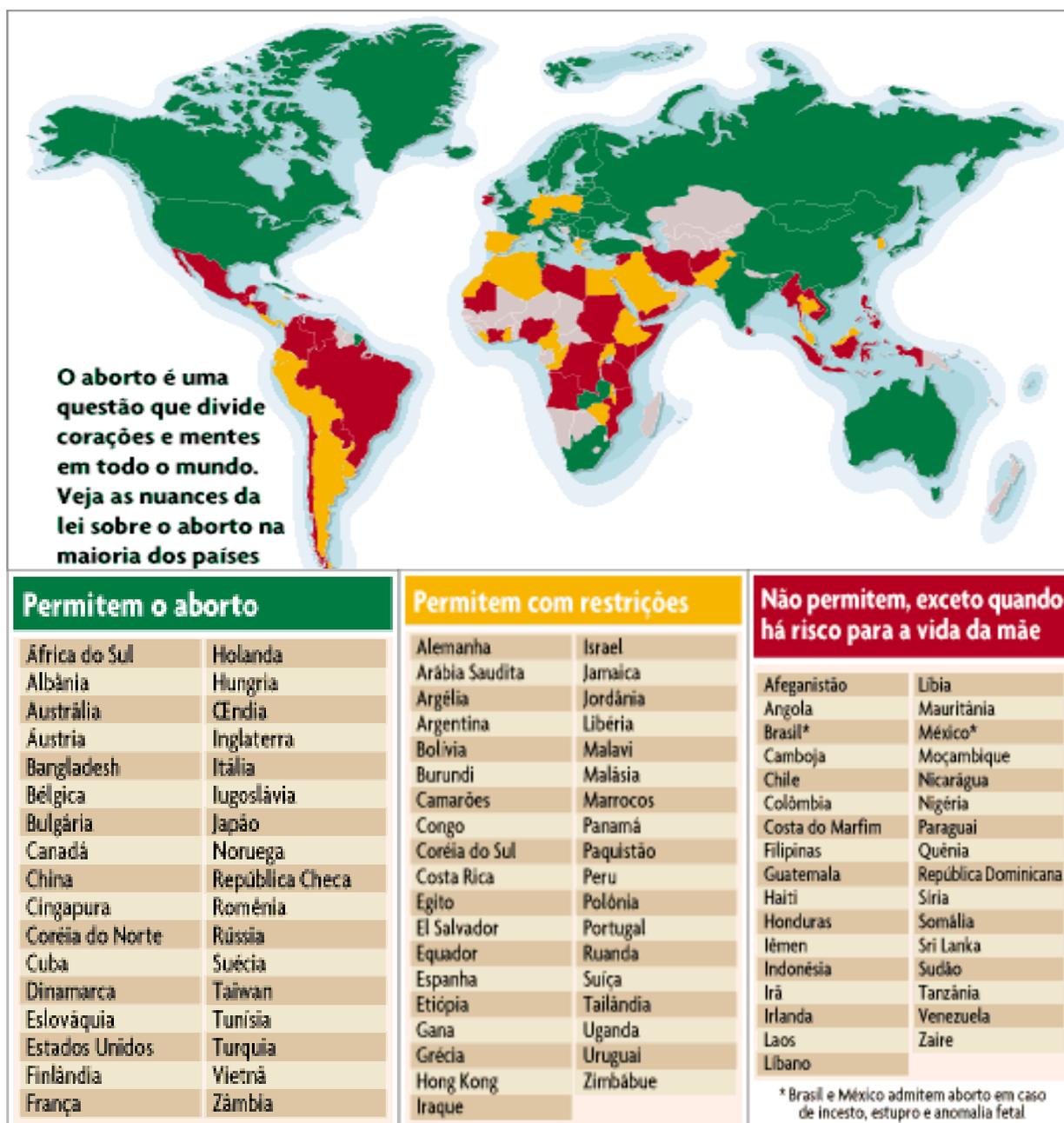


Figura 10: Mapa do aborto

Fonte: <http://www.aborto.com.br/mapa/index.htm>

Mesmo que seja legal tal prática muitas mulheres sentem-se destruídas por não terem tido o filho que gestavam, em alguns casos analisados, mulheres que praticaram o aborto relatam que escutam o choro do filho que não nasceu¹⁰⁶.

¹⁰⁶ TESSARO, 2008, p. 102.

3.4 DA ANENCEFALIA

A palavra anencefalia significa ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, decorrente de um fechamento do tubo neural, que por sua vez é responsável pela formação dos componentes do sistema nervoso central que afeta o cérebro e a medula espinhal¹⁰⁷.

É importante anotar que o encéfalo engloba várias partes do cérebro: o telencéfalo que é o cérebro ou hemisféricos cerebrais, o diencefalo que dividi-se no tálamo e hipotálamo, e por ultimo o tronco encefálico que é constituído pelo mesencéfalo, ponte e bulbo. O cérebro é a parte anterior e superior da massa encefálica e ocupa grande parte da cavidade craniana¹⁰⁸.

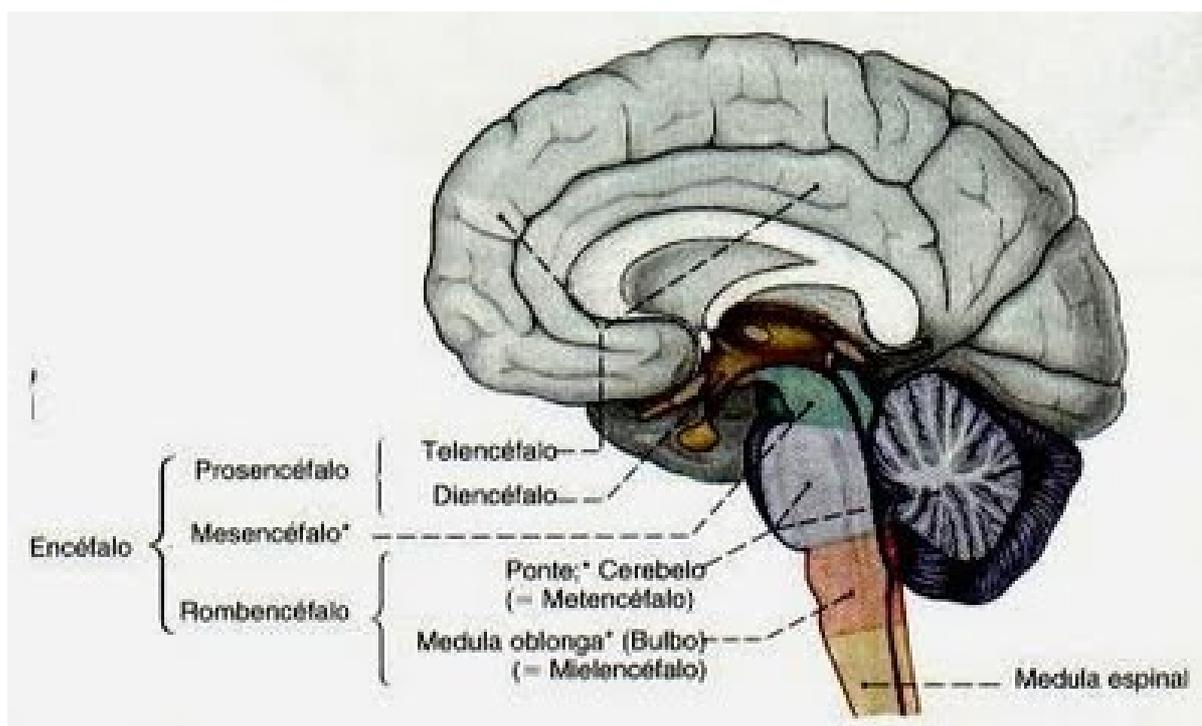


Figura 11: Cérebro

Fonte: <http://www.guia.heu.nom.br/cerebro.htm>

A anencefalia consiste na má formação congênita que ocorre um (1) em cada mil (1.000) fetos, constata-se que esta anomalia não tem cura e atinge bebês

¹⁰⁷ TESSARO, 2008, p. 102.

de ambos os sexos, e que apesar de ser diagnosticável não possuem nenhuma explicação plausível para justificar sua origem¹⁰⁹.

Pesquisas indicam que a patologia esta associada a uma deficiência de acido fólico durante a gestação, e tal deficiência esta mais presente nos níveis socioeconômicos desfavorecidos. Em função da falta do acido fólico ocorre deficiência na formação do tubo neural, pois, o fechamento do tubo neural deve ocorrer aproximadamente no vigésimo quarto dia após a concepção, visto que o defeito no fechamento do tubo neural acarreta má formação embrionária com sérias conseqüências anatômicas¹¹⁰.

Conforme demonstrado nas pesquisas a ausência dos hemisférios e do córtex cerebral afetam o exercício das funções relacionadas à consciência, a cognição, a comunicação e afetividade. Os fetos anencéfalos possuem o tronco cerebral e em função disso preservam de forma passageira as funções vegetativas que controlam a respiração, bem como as funções vaso motoras e as dependentes da medula espinhal, portanto esses recém nascidos conservam os ciclos sono vigília, possuem ainda reflexos e movimentos oculares, reflexos protetores do vômito e tosse. Esses bebês possuem reflexos de resposta à dor, porém os médicos afirmam que é apenas um arco reflexo, pois para sentirem dor os mesmos necessitam das demais regiões que formam o cérebro. Esse sofrimento exige um substrato neural necessário para perceber como ameaça a sensação de dor, pois para isso ocorrer é necessário o neo-cortex dos lóbulos frontais. O anencéfalo precisa do tálamo que se faz necessário para o desenvolvimento do raciocínio, da comunicação, do conhecimento e da sensibilidade em geral. Diante deste motivo alguns pesquisadores têm proposto a utilização do termo meroanencefalia¹¹¹.

A medicina diante de todos os diagnósticos constatou que a anencefalia é uma má formação fetal devido à ausência do cérebro que implica na não sobrevivência do feto fora do corpo da gestante, tendo como conseqüência a morte quase que imediata logo após o parto. Os relatos de sobrevivência são de minutos, horas ou dias, porém esses recém nascidos são monitorados todo o tempo¹¹².

¹⁰⁸ RAMOS, Luiz de Carvalho. ANENCEFALIA: um decisum polêmico. 2005. Disponível em: <http://www.diritonet.com.br/artigos/exibir/1921/anencefalia_um_dicisum_polemico>. Acesso em: 15 out. 2009.

¹⁰⁹ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 160.

¹¹⁰ TESSARO, 2008, p. 48.

¹¹¹ CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Quem é o anencéfalo? 2005. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/quemeoan.htm>>. Acesso em: 05 out. 2009.

O risco aumenta em torno de cinco por cento (5%) a cada gravidez subsequente. Gestantes diabéticas têm seis (6) vezes mais probabilidade de gerar um feto com uma anomalia fetal incompatível com a vida. Há também uma maior incidência de fetos anencéfalos em gestantes muito jovens ou em gestantes de idade avançada¹¹³.

A partir da década de 50 nos países desenvolvidos a medicina passou a contar com o auxílio de novas técnicas de diagnóstico pré-natal. Visando detectar anomalias fetais e em muitos casos possibilitar o tratamento dessas doenças no ventre materno¹¹⁴.

Porém, no Brasil esta técnica chegou somente no final da década de 70, pois até esta data resumia-se a escuta dos batimentos cardíacos fetais e o controle de crescimento do ventre materno, mas com o desenvolvimento das técnicas e dos equipamentos de ultra-sonografia pode-se obter mais completa avaliação de um feto em desenvolvimento¹¹⁵.

Atualmente, conta-se com exames que permitem o diagnóstico de doenças congênitas, alterações cromossômicas, detalhes da anatomia fetal entre outros. A anencefalia pode ser diagnosticada com muita precisão a partir da décima segunda semana de gestação. O exame de ultra-sonografia é um dos meios mais usados para visualizar o seguimento cefálico fetal. Quando os médicos constatarem algum problema no feto estes preferem repetir os exames dentro de uma ou duas semanas para confirmar a suspeita do diagnóstico anterior. Uma vez confirmada a anencefalia inicia-se um longo e doloroso percurso para as mulheres que sabem que estão gestando um bebê sem autonomia de vida extra-uterina¹¹⁶.

Apesar deste doloroso percurso a gravidez pode ser levada adiante normalmente, pois a saúde de vida da mãe não corre risco maior do que uma gravidez de um feto saudável, frente a este sério diagnóstico muitas gestantes buscam informações com o seu médico de como devem proceder, e na maioria das vezes os médicos aconselham que o melhor seria interromper a gestação, porque para os médicos se esta gravidez for levada até o fim à mãe poderá ser afetada psicologicamente, sentirá uma angústia no decorrer da gestação por saber que o

¹¹² D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 161.

¹¹³ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 161.

¹¹⁴ TESSARO, 2008, p. 48.

¹¹⁵ TESSARO, 2008, p. 49.

¹¹⁶ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 161.

seu filho viverá por somente alguns minutos ou em raros os casos por alguns dias¹¹⁷. No Brasil a interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida é considerada crime, pois, o aborto só é permitido legalmente em duas hipóteses: quando resultar de estupro ou quando a vida da mulher corre risco. Porém as gestantes que estão gerando um feto anencéfalo podem recorrer ao Poder Judiciário, com o objetivo de obter-se um alvará judicial que permita a autorização para antecipação do parto.

Com o avanço da tecnologia usada para diagnosticar a má formação fetal, muitos juízes tem autorizado as gestantes grávidas de fetos anencéfalos a efetuarem a interrupção da gravidez. As autorizações estão de acordo com os parâmetros médicos vigentes, bem como em conformidade com os preceitos jurídicos que dizem respeito à dignidade das mulheres prevista na legislação nacional e nas normas internacionais¹¹⁸. Neste sentido alguns magistrados emitem parecer contrário, pois não concordam com a concessão dessas autorizações, porque acreditam que, havendo a concessão a Constituição Federal estará sendo violada, mas este procedimento não está ocorrendo na sua maioria, visto que vem causando divergências na uniformização das jurisprudências.

No Brasil a perda da função cerebral é o parâmetro utilizado para a confirmação da morte de um indivíduo, que é a partir deste instante que as equipes médicas passam a trabalhar com a possibilidade de doação de órgãos, dando início aos procedimentos cirúrgicos para a realização do transplante¹¹⁹.

No que tange a doação de órgãos de um feto portador de anencefalia este ainda é um assunto a se discutido, sendo que deve ficar claro que neste caso a gestante não interrompeu a gestação levando-a até o fim. Nesse sentido escreve Analise Tessaro, que considera que o critério jurídico indicador do fim da vida é a morte encefálica, sendo que o recém nascido portador desta grave anomalia possui uma remota atividade no tronco cerebral, e em função disso o mesmo mantém de forma precária as funções vitais. Há um entendimento que nessas condições a permissão para retirada de órgãos para fins de transplante equivaleria a uma autorização para o homicídio, conforme dispõe a legislação penal vigente¹²⁰.

¹¹⁷ TESSARO, 2008, p. 49.

¹¹⁸ D'ASSUNÇÃO, 2006, p. 162.

¹¹⁹ TESSARO, 2008, p. 105.

¹²⁰ TESSARO, 2008, p. 105-106.

Seguindo este mesmo posicionamento os recém nascidos portadores de anencefalia podem ser doadores de órgãos, mas prática não se tem conhecimento de transplantes realizados que tenham resultado satisfatório em decorrência da pouca oxigenação dos tecidos, própria dessa patologia, e dos problemas biológicos que já possui esses bebês antes do nascimento, isso não quer dizer que são remotas as chances de alguns de seus órgãos não serem aptos ao transplante. A remoção desses órgãos só poderá ser realizada após a confirmação da morte da criança e os critérios estabelecidos para a morte cerebral não podem ser aplicados nesses casos, por enquanto não existe parâmetros para a avaliação de crianças menores de sete dias para realização de transplantes, considerando que os anencéfalos só possuem a parte anterior do cérebro que morre lentamente após o nascimento, os outros órgãos podem tornar-se de tal modo danificados neste período intermediário de tempo, em que o coração começa a falhar. Por tal motivo, os bebês anencéfalos raramente poderiam ser capazes de doar órgãos¹²¹.

Inúmeros são os casos de bebês portadores de anencefalia que surpreendem a medicina, pois com cerca de 8 kg e 62 centímetros, Marcela de Jesus Ferreira que já completou nove meses de nascida, é uma menina gordinha. Alimenta-se não só de leite NAN 2, mas também das papinhas que a mãe prepara. Por exemplo: arroz, feijão e carne batidos no liquidificador. A mãe se surpreende com ela a cada minuto que passa, Marcela reage ao toque da mãe, e com sua mãozinha, ela agarra os dedos da mãe e se assusta com o som de alguma coisa caindo, reage à luz dos refletores trazidos pelos fotógrafos, grita de dor quando sente cólica, fica triste, faz beijo, chora, e quando não gosta de um alimento, ela cospe e reconhece a voz da mãe¹²².

Primeiramente, quando o Ministro do Supremo Tribunal Federal - Marco Aurélio de Mello manifestou-se favorável à antecipação do parto de feto anencéfalo, o tema voltou a estar em foco e a sociedade sentiu a necessidade de manifestar-se, neste sentido temos a decisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal - Marco Aurélio de Mello extraída do site [zenit.org](http://www.zenit.org), publicada em 1º de junho de 2004 que tem por objetivo elucidar os motivos que levaram o Ministro a conceder esta

¹²¹ TESSARO, 2008, p. 105.

¹²² <<http://www.anencefalos.com.br/images/Marcela004.jpg>>. Acesso em: 31 de set. 2009.

medida a liminar autorizava a interrupção terapêutica do parto nos casos de crianças portadoras da má formação fetal conhecida anencefalia. Senão vejamos:

Após a decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, Marco Aurélio de Mello, concedendo medida liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 054, autorizando a antecipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia, o que levou a sociedade a polemizar o assunto e o STF a cassar, em reunião plenária, a liminar concedida. A anencefalia, assim é definida pelos médicos: "Uma malformação congênita que se caracteriza geralmente pela ausência da abóbada craniana e massa encefálica reduzida". Entretanto, o assunto está aberto a discussões. O termo anencefalia é impróprio, uma vez que não há ausência de todo o encéfalo, como o termo sugere. O encéfalo compreende várias partes, sendo as principais o telencéfalo (cérebro ou hemisférios cerebrais), o diencefalo (do qual fazem parte o tálamo e o hipotálamo), tronco encefálico (mesencefalo, ponte e medula alugada). O cérebro é a parte anterior e superior da massa encefálica e ocupa a maior parte da cavidade craniana. Pergunta-se, ainda: Havendo morte encefálica a criança não estaria morta? "É importante essa pergunta, pois no encéfalo não se caracteriza a morte encefálica". Inadvertidamente querem igualar a falta de hemisférios cerebrais com a morte encefálica. Os critérios para diagnosticar a morte encefálica não são aplicáveis cientificamente a crianças menores de dois anos, muitos menos a crianças intra-útero, quando nem se podem realizar os testes necessários ao diagnóstico. Uma vez nascida a criança anencefálica, responde a estímulos auditivos, vestibulares e dolorosos e apresenta quase todos os reflexos primitivos dos recém-nascidos, conforme informam os Prof. Aron Diamant e Saul Cypel da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo em "Neurologia Infantil", 3ª edição, Editora Atheneu. A criança portadora de anencefalia é um ser humano vivo, com toda a sua dignidade que lhe é conferida pela sua natureza humana". Qual a avaliação que o senhor faz da decisão do ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, de autorizar o aborto em caso de anencefalia fetal? "A decisão apressada, é tendenciosa, segundo muitos juristas, é inconstitucional porquanto macula o artigo 5º da lei suprema, que considera inviolável o direito à vida. Além disso, viola o artigo 4º do Pacto de São José, tratado internacional sobre direitos fundamentais a que o Brasil aderiu, e que declara que a vida começa na concepção. Do ponto de vista ético foi uma aberração conceder aos médicos uma função de carrasco para matar seres humanos inocentes, função para a qual nós, os médicos, não fomos formados". O tema ganhou destaque na sociedade brasileira, após o ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, conceder decisão que permite o aborto em caso de anencefalia doença grave que geralmente causa a morte da criança e poderia ser evitada (como outras patologias) com simples medidas de suplementação de folato (ácido fólico)". Ele insiste na importância da conscientização da mulher em idade reprodutiva e, principalmente, da classe médica, responsável pela recomendação da suplementação antes da gravidez. A porcentagem de médicos que tem consciência dessa necessidade é muito pequena. Nos centros de indução de ovulação a recomendação seria fundamental, mas nem sempre existe. E como a anemia por falta de ferro é a mais freqüente, estuda-se menos o folato". Diz o articulista que a Dra. Gisele Thame enfatiza a importância de medidas preventivas e campanhas nacionais de esclarecimento [...] em princípio três procedimentos distintos: primeiro, verificar se a gestante corre risco de vida; nesse caso, o feto, deve ser extirpado com fulcro no inciso I do Art.

128 do Código Penal (Aborto necessário). O segundo, refere-se, a prática de medidas necessárias que poderiam evitar os defeitos no tubo neural (e outras patologias), in Casu, com a suplementação de folato (ácido fólico) às gestantes, indicando, inclusive, o *modus faciendi* de outras atitudes que debelariam o mal indesejado [...]¹²³.

Conforme demonstrado anteriormente a anencefalia é uma anomalia diagnosticável, pois com a evolução da medicina e com o auxílio das tecnologias desenvolvidas para este segmento, hoje se pode proferir laudos que atestem que o feto é portador de uma anomalia fetal incompatível com a vida, cabe agora saber se deve ser punido o aborto anencefálico?.

Em conformidade com o art. 5º da Constituição Federal a vida é um bem e deve ser preservada a qualquer custo, mas quando a vida torna-se inviável, pois é certo que logo após o nascimento esta criança não sobreviverá, sendo assim não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, angustia, sabendo que este feto já está condenado a óbito.

A primeira decisão na história do Direito Penal brasileiro, autorizando a antecipação terapêutica do parto de um feto portador de anencefalia, era de uma gestação de vinte semanas. Tal decisão foi proferida em 19 de dezembro de 1992, pelo magistrado Dr. Miguel Kfoury Neto na cidade e comarca de Londrina/PR¹²⁴.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em 18 de junho de 2004 preparou uma ação pedindo uma autorização para a interrupção terapêutica do parto de feto anencéfalo, visto que tal prática além de não trazer em hipótese alguma a possibilidade de vida do feto gera danos à saúde e perigo à vida da gestante, sem falar que pode ocorrer o óbito intra-uterino do feto¹²⁵.

No que diz respeito às características físicas do encéfalo esclarece Cypel e Diament:

Geralmente a criança nasce sem testa, com orelhas de implantação baixa e pescoço curto. A base craniana é diminuída por causa da alteração do osso esfenoide, a fossa posterior se apresenta com diâmetro transversal aumentado. A boca é relativamente pequena e o nariz longo aquilino. Apresenta sobras de pele nos ombros, globos oculares protuberantes, fenda palatina e anomalias das vértebras cervicais. Responde a estímulos auditivos, vestibulares e dolorosos. Apresenta todos os reflexos primitivos do recém nascido, além de elevar o tronco, a partir da posição em decúbito

¹²³ Disponível em: <<http://www.zenit.org>>. Acesso em: 15 de mai. 2002; 21 out. 2009.

¹²⁴ Disponível em: <<http://www.documentos.dioe.pr.gov.br>>. Acesso em: 20 agosto de 2002; 30 set.2009.

¹²⁵ GALDINO, Elza. Estado Sem Deus – a obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte. 2006, p. 97.

dorsal, quando se estende ou comprimi os membros inferiores contra um plano da superfície (Manobra de Gamstorp)¹²⁶.

O presidente do Conselho Federal de Medicina, Dr. Edson de Oliveira Andrade, por sua vez afirma que um feto anencéfalo tem pouquíssimas chances de após o seu nascimento conseguir sobreviver por mais de uma semana¹²⁷. Pois, a anencefalia é uma má-formação irreversível, em razão da qual o recém-nascido não sobreviverá¹²⁸. Nesse sentido não se justifica levar uma gravidez nessas condições, posto que a gestante que será a maior prejudicada.

3.5 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ÉTICA MÉDICA

Nesse sentido as considerações de ordem médica para analisar o aborto sob o ponto de vista da ética médica é necessário, situá-lo no campo estratégico da saúde reprodutiva das mulheres, ou seja, entende-se por saúde reprodutiva, uma série de condições que traduzem o completo bem-estar físico e psíquico das mulheres¹²⁹.

Para a medicina entende-se por aborto, ou abortamento, a interrupção voluntária, ou não, da gestação antes de completar vinte e duas (22) semanas. Quando a idade gestacional não é conhecida, utilizam-se como parâmetros o peso fetal menor do que quinhentos (500) gramas, ou ainda, estatura que não ultrapasse dezesseis virgula cinco (16,5) cm. Sob o ponto de vista clínico, o aborto pode ser precoce em até doze (12) semanas de gestação ou tardio entre treze e vinte e duas (13 e 22) semanas de gestação. Sob o ponto de vista jurídico, o aborto é

¹²⁶ CYPEL, S.; DIAMENT, A. Neurologia Infantil. 3 ed. São Paulo: Atheneus, 1996. p. 745.

¹²⁷ ANDRADE, Edson de Oliveira, (2003 apud COSTA 2007, p.176).

¹²⁸ PONTES, Manuel Sabino. A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade. JUSNAVEGANDI, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 28 set. 2009.

¹²⁹ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/manual/etica_gineco_obst/etica_gineco_obstetr_capitulo_7.htm>. Acesso em: 27 out. 2009.

¹³⁰ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

simplesmente a interrupção da gestação, com o intuito da morte fetal, independentemente da idade gestacional¹³⁰.

No Brasil, o aborto voluntário ou provocado é considerado ato criminoso previsto no Código Penal nos artigos 124 a 127. Já, o aborto legal ou permitido por lei é explicitado no artigo 128 do CP em situação bem caracterizada de exclusão de antijuridicidade nas seguintes situações não se pune o aborto praticado por médico quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante ou ainda se a gravidez for resultado de estupro e o aborto for precedido do consentimento da gestante e, quando menor ou incapaz, de seu representante legal¹³¹.

O primeiro programa público de assistência ao aborto ocorreu na cidade de São Paulo a partir de 1989, onde se estabeleceu critérios para a realização dos abortamentos legais sendo estes quando a gravidez resulta de estupro. Devendo a gestante apresentar o boletim de ocorrência policial com a data da ocorrência do estupro e da comunicação à autoridade policial, o termo de autorização ou consentimento assinado pela gestante ou, no caso de incapaz, por seu responsável legal, solicitando interrupção da gestação, bem como o termo de consentimento informando a instituição hospitalar, detalhando os riscos e complicações do procedimento a ser realizado, devendo ainda a gestante passar por uma avaliação multiprofissional composta de médicos, psicólogos, enfermeiras e assistentes sociais. A gestação deve ter até vinte (20) semanas sendo que parte de hospitais de referência realizam o aborto somente até doze (12) semanas de gestação, sendo que nesse caso não é necessária a autorização judicial¹³².

O Código Penal preleciona que poderá ser realizado o aborto quando a vida materna corre risco devendo ter uma avaliação de no mínimo dois e o ideal de três profissionais, sendo que um deles deverá ser especialista na patologia que está motivando a interrupção da gestação. O Prontuário Médico deverá conter as justificativas médicas detalhando o risco materno bem como o diagnóstico deve ter clareza de que a interrupção da gestação é a única e a mais adequada maneira de preservar a saúde da mulher, tendo a anuência ou consentimento esclarecido assinado pela gestante ou por seus familiares. Logo após a realização do procedimento a mulher deve ter apoio e acompanhamento de uma equipe

¹³¹ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

¹³² Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

multiprofissional, de psicólogos, tendo em vista que a gestação era desejada. Em situações especiais como o coma, choque, câncer, quimioterapia, radioterapia, a conduta deve ser individualizada e discutida com a equipe médica. O preenchimento completo do prontuário médico da paciente é obrigatório por toda a equipe, onde deverão ser anotadas as opiniões e avaliações, sendo que deve-se informar a Diretoria Clínica ou do Hospital, para a realização desse procedimento não é necessário autorização judicial¹³³.

O Ministro Marco Aurélio Mello autor da liminar que garantia a antecipação do parto de fetos anencéfalos por entendê-los inviáveis, afirmou que a interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico não caracteriza aborto, porque não há expectativa de vida fora do útero, pois para ele não há a necessidade de a mulher levar a gestação até o final, numa espécie de autoflagelação e sem se preocupar com a dignidade da grávida, sua saúde física e mental¹³⁴.

A Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia também alerta e elenca as complicações maternas, nos casos de anencefalia podendo causar eclâmpsia, embolia pulmonar, aumento do volume do líquido amniótico e causar até a morte materna¹³⁵.

A antropóloga Débora Diniz, do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero também é a favor de uma autorização da antecipação do parto em casos de bebês anencefálicos, e é categórica quando cita que hoje o Estado condena a mulher a carregar um “cadáver” e ao mesmo tempo não está se aproximando do sofrimento dessas mulheres, ignorando seu bem estar¹³⁶.

Com o avanço da tecnologia desenvolvida para este seguimento, especialmente na área de diagnósticos por imagem, tem sido possível a detecção precoce das malformações do feto, muitas delas incompatíveis com a vida extra-uterina. Mesmo não estando previstas nas possibilidades legais do Código Penal, tem sido possível a interrupção da gestação mediante autorização judicial. Dentre as causas mais freqüentes está a anencefalia, entretanto toda e qualquer patologia fetal, incompatível com a vida, tem sido objeto de autorização judicial¹³⁷.

¹³³ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

¹³⁴ Pimentel, Déborah. Anencefalia e o STF. 25 agosto 2008. Disponível em:

<<http://www.cinform.com.br/colunistas/?colunista=13&codigo=25820089494056788>>. Acesso em: 27 out. 2009.

¹³⁵ Pimentel, Anencefalia e o STF. 2008.

¹³⁶ DINIZ, 2007. p 11.

¹³⁷ Pimentel, Anencefalia e o STF. 2008.

A justificativa para obtenção de autorização judicial para a interrupção da gestação por malformações fetais, porém com chance de sobrevivência, não têm embasamento legal para a interrupção da gestação, salvo naqueles casos que envolvem risco de vida materna. Para a interrupção da gestação por anomalia fetal são necessários que a gestante expresse claramente o desejo da interrupção quando comunicada do diagnóstico fetal, devendo anexar um ou mais exames de ultra-sonografia morfológica, assinado por dois (2) especialistas detalhando os achados no organismo fetal, o laudo de avaliação psicológica da gestante, bem como a petição solicitando à autoridade judicial a possibilidade de interrupção de sua gestação, mediante laudos médicos, o relatório ou laudo do médico assistente, esclarecendo à autoridade judicial que o feto não terá sobrevivência ao nascer. Se a for patologia pouco conhecida, deverá fornecer cópia de artigo científico ou publicação sobre a patologia, pois, o juiz pode não conhecer esta doença fetal e terá que consultar literatura pertinente ou solicitar que um perito o faça, e desta maneira, tenta-se facilitar a decisão judicial¹³⁸.

O médico ao examinar uma mulher grávida em situação de abortamento, deve levantar dados de anamnese e histórico obstétrico, bem como proceder aos exames clínicos e obstétricos e se necessário exames complementares¹³⁹.

Este procedimento de exames objetiva identificar se o aborto é espontâneo (natural) ou aborto provocado, procedendo a tratamento específico de acordo com as necessidades clínicas a fim de preservá-la. Para preservar o segredo médico diante de um abortamento, o médico não pode comunicar o fato à autoridade policial ou mesmo judicial, pois o segredo médico pertence ao paciente, sendo o médico o seu depositário e guardador, somente podendo revelá-lo em situações muito especiais como: dever legal, justa causa ou autorização expressa do paciente, mas vale ressaltar que se o abortamento foi praticado contrariamente à vontade da paciente, o médico deve buscar o seu consentimento, ou de seu responsável legal, para comunicar o crime. Parecer nº 6.823/91 - Cremesp¹⁴⁰.

¹³⁸ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

¹³⁹ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

¹⁴⁰ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

Os médicos que trabalham com o abortamento em qualquer de suas formas devem seguir as instruções do Código de Ética Médica e seus princípios morais e éticos, dos quais merecem destaque os seguintes artigos:

a) Do Exercício do Médico:

Art. 7º - O médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente¹⁴¹.

b) Direitos do Médico:

É direito do médico:

Art. 21- Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidas e aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País¹⁴².

Art. 28- Recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência¹⁴³.

c) Responsabilidade Profissional:

É vedado ao médico:

Art. 43- Descumprir legislação específica nos casos de transplante de órgão ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento¹⁴⁴.

d) Direitos Humanos:

É vedado ao médico:

Art. 46- Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida¹⁴⁵.

Portanto, ao proceder à terapêutica do abortamento, o profissional deve estar devidamente capacitado e habilitado para o manejo das técnicas instrumentais,

¹⁴¹ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

¹⁴² Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

¹⁴³ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

¹⁴⁴ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

¹⁴⁵ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

bem como para a resolução dos abortamentos por técnicas aspirativas. Além disso, deve o profissional discutir com a paciente os procedimentos a serem adotados, obter sua autorização e ainda oferecer aconselhamento pós-aborto. Desta maneira, consideramos que exercem a medicina de forma ética, os médicos que respeitam os artigos do Código Penal, especialmente aqueles que se referem às permissões legais de abortamento, assim como aqueles que observam os artigos do Código de Ética Médica, sempre com a finalidade única de promover a saúde e o bem-estar de seu paciente¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Aborto & Considerações Éticas e Legais. Acesso em: 27 out. 2009.

4 DISCUSSÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL A VIDA

A vida é o bem jurídico mais valioso, sendo esta tutelada pela Constituição Federal no *caput* do Art. 5º que, é um meio criado para preservá-la, tendo em vista um fim, que é proteger a vida do ser humano sendo que, não podemos admitir que o nosso sistema transgrida o direito à vida para proteger bens jurídicos de equivalência inferior. Essa proteção constitucional, é inclusive cláusula pétrea em nosso ordenamento, não é única, já que mais adiante, no art. 227 da Constituição Federal voltou a garantir o direito à vida¹⁴⁷.

Nesse sentido o constitucionalista Alexandre de Moraes preleciona que:

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência¹⁴⁸.

Dessa, forma o caráter absoluto do direito à vida só poderia ser afastado quando seu sacrifício visasse proteger um bem de equivalência idêntica, qual seja uma outra vida, em casos especiais no caso de aborto para resguardar a vida da gestante em perigo de acordo com o art. 128, I do Código Penal. Nesse mesmo liame temos a seguinte situação, se a mulher sofreu um estupro conforme preleciona o Código Penal no art. 128, II, com o objetivo de evitar que a mulher fique obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado, bem como evitar-se uma criança com personalidade degenerada, devido à influência hereditária do pai, ou ainda que tal medida se justificasse, por exemplo, no caso de legítima defesa estipulado no art. 25 do Código Penal¹⁴⁹.

Como preceitua a Constituição Federal o direito a vida é inviolável, portanto, ao preceituar que a vida tem valor muito grande não permitindo qualquer

¹⁴⁷ PIOVESAN, Flavia. PIMENTEL, Silvia. O Direito Constitucional ao Aborto Legal. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/const8.htm>>. Acesso em: 15 out. 2009.

¹⁴⁸ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 61.

¹⁴⁹ MORAES. 2007. p. 57.

tipo de violência tornando-a intocável e intangível. Se for aprovado algum projeto de lei ou ato normativo, que viole tal preceito este deve ser declarado inconstitucional, pois, estará violando uma norma constitucional, ficando evidente que a Constituição Federal proclama o direito a vida cabendo ao Estado assegurá-la em seu duplo sentido, sendo o primeiro relacionado ao direito de continuar vivo e o segundo de se ter vida digna¹⁵⁰.

Na interpretação de Alexandre de Moraes o direito a vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que este constitui em pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos. Nesse sentido percebe-se que os aspectos do direito constitucional referem-se tanto a integridade física bem como a psíquica, desdobrando-se nesse ponto no direito a saúde, na vedação a pena de morte, e na proibição do aborto, entre tantos outros direitos estabelecidos na lei maior. Preceitua ainda o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna a natureza humana. Como exposto o direito a vida encontra-se em toda a Constituição, permanecendo sempre como uma sombra pronta para servir as mais diversas interpretações das situações jurídicas enfrentadas¹⁵¹.

Muitos doutrinadores divergem a cerca do momento em que se inicia a vida humana, para eles há uma linha divisória moralmente significativa entre o óvulo fertilizado e a pessoa humana, sendo esta uma das grandes polêmicas no debate ético contemporâneo. Tais doutrinadores afirmam que a vida humana tem início com a fecundação, para algum é com a nidação do óvulo e para outros é quando o feto passa a ter capacidade de existir sem a mãe, ocorrendo tal fato entre a vigésima quarta semana de gestação e a vigésima sexta semana de gestação ou ainda quando há a formação do sistema nervoso central¹⁵².

Para Alexandre de Moraes anota-se a seguinte entendimento:

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou um zigoto. Assim a vida viável, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o

¹⁵⁰ PONTES, Manuel Sabino. A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade. 09.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538&p=2>>. Acesso em: 28 out. 2009.

¹⁵¹ MORAES. 2007. p. 58.

¹⁵² PONTES. 2005.

biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina¹⁵³.

Contudo podemos observar que essa proteção constitucional conferida no art. 5º, é inclusive clausula pétrea em nosso ordenamento jurídico, pois cabe ao estado tutelar uma vida viável, porém ainda indefesa, sendo que se dão as principais etapas de desenvolvimento do feto ou do ser humano no útero materno.

4.1 DOS ASPECTOS BIOÉTICOS

Podemos dizer que a Ética é uma parte da filosofia que estuda os valores morais e os princípios ideais da conduta humana, e o conjunto de princípios morais que se devem observar no exercício de uma profissão. Enquanto a Bioética é o conjunto de considerações que pressupõe a realidade moral dos médicos e biólogos em suas pesquisas teóricas e na aplicação delas. A importância da Bioética, como o ramo do conhecimento humano responsável por uma regulação ético-moral adequada em relação às novas técnicas médico-biológicas¹⁵⁴.

A Enciclopédia of bioethics, o termo bioética é um neologismo derivado das palavras gregas *bios* que significa vida e *ethike* refere-se à ética. Pode-se defini-la como o estudo sistemático das dimensões morais incluindo visão, de decisão da conduta e normas morais que é a ciência da vida e do cuidado da saúde¹⁵⁵.

Por muito tempo, a bioética preocupou-se em distinguir-se dos demais ramos do conhecimento. Primeiramente, ela nasce em um ambiente científico, como uma necessidade sentida pelos próprios profissionais da saúde, em seu sentido mais amplo, de proteger a vida humana e seu ambiente. A sua segunda característica que a individualiza é o seu caráter interdisciplinar, pois junta profissionais da área médica, teólogos, sociólogos, juristas, antropólogos, psicólogos, eticistas, filósofos, entre outros. Por fim, mas sem esgotar suas características, é um ramo do conhecimento humano que se apóia mais na razão e

¹⁵³ MORAES. 2007. p. 57.

¹⁵⁴ GUTO, Marcelo. Bioética. <www.mundoquimico.hpg.com.br>. Acesso em: 03 out. 2009.

¹⁵⁵ GUTO, Marcelo. Bioética. <www.mundoquimico.hpg.com.br>. Acesso em: 03 out. 2009.

no bom juízo moral de seus investigadores do que em alguma corrente filosófica ou autoridade religiosa. O principal fundamento da Bioética está baseado na Antropologia Filosófica, porque esta compreende o homem na totalidade de suas expressões e na infinidade de sua realização como pessoa¹⁵⁶.

Com a interação entre as ciências a bioética devem-se localizar no tempo, visando à legislação no âmbito daqueles problemas morais que buscam a jurisdição, uma vez que a totalidade da sociedade é diretamente atingida por esses aspectos e por suas conseqüências advindas da sociedade em geral¹⁵⁷.

Com o advento da Lei n. 9.434/97, que regulamenta a doação de tecidos, órgãos e partes do corpo com exceção do esperma e do óvulo, após ser constatada a morte cerebral de uma pessoa normal, tais tecidos podem ser usados para fins de transplantes e tratamento. Porém deve ser demonstrada a vontade de ser doador ainda em vida ou então com a autorização da família após a morte do ente querido. Diante deste fenômeno temos um problema ético que requer a participação do Estado em sua disciplina, criando o direito para quem necessitar de transplante ou de tratamento de receber tecidos, órgãos ou partes do corpo humano¹⁵⁸.

Desde as primeiras semanas da gravidez, já é possível diagnosticar anomalias cromossômicas e, portanto, verificar a realidade de enfermidades hereditárias. O diagnóstico pré-natal traz à colação a questão da interrupção da gravidez quando se tem laudos de exames que dão embasamento à conclusão de que o nascituro possa nascer com problemas graves e irreversíveis. Esses procedimentos técnicos, que permitem comprovar a presença de enfermidades genéticas graves, podem ser empregados para determinar certas propriedades e qualidades não patológicas¹⁵⁹.

Diante desse diagnóstico a mulher fica muito frágil sendo um momento extremamente difícil, pois a bioética direciona o seu olhar para a mulher grávida de feto anencéfalo e os desdobramentos, de natureza ética e existencial, dessa sofrida condição. A bioética preocupa-se ainda com os fatores que envolvem essa gestante,

¹⁵⁶ BARBOSA, Gisele Corrêa. BOEMER, Magali Roseira. A anencefalia sob a ótica da bioética: a perspectiva dos profissionais de enfermagem. 26 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/68/59a67.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2009.

¹⁵⁷ BARBOSA. BOEMER. 2009.

¹⁵⁸ DINIZ. 2008.

¹⁵⁹ DINIZ. 2008.

pois, analisa a sua natureza social, cultural e psíquica. Pois essa visão refere-se à consciência que o homem tem de si mesmo como um ser singular, dada a sua natureza humana essa percepção se acentua quando ele se vê frente à sua finitude. Assim, a bioética é a área que permite ao homem refletir sobre facticidades que ocorrem em seu cotidiano, chamando a si a discussão de situações que geram temas polêmicos como o aborto, a morte e o morrer, a eutanásia, a distanásia, a fertilização *in vitro*, as pesquisas com células tronco, entre outros¹⁶⁰.

A bioética surge, para contribuir a procura de respostas equilibradas ante os conflitos atuais e os das próximas décadas, pois, o verdadeiro interesse é preservar o ser humano, levando em conta os fatores que os rodeiam¹⁶¹.

É nesse sentido que os juristas buscam muitas informações até proferirem um veredicto. Nesse sentido o Tribunal do Estado de Santa Catarina é quase que unânime em proferir suas jurisprudências concedendo os alvarás judiciais, se não vejamos:

Dados do acórdão

Classe: Apelação Criminal

Processo: 2008.021736-2

Relator: Torres Marques

Data: 18/06/2008

Apelação Criminal n. 2008.021736-2, de Araquari.

Relator: Des. Torres Marques

Ementa: Apelação Criminal. Pedido de Autorização para Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico. Deferido. Recurso do Ministério Público Pretendendo a Reforma da Decisão. Lei N. 9.434/97 que estabeleceu o conceito de Morte A partir da paralisação das Atividades do Encéfalo. Deformidade que Exclui o Conceito Jurídico de Vida. Cessação da Gestação Que Não Configura Crime de Aborto Ante a Ausência do Bem Jurídico Tutelado pela Norma Incriminadora. Decisum Mantido. Recurso Desprovido. Expedição Incontinenti de Alvará Judicial Autorizando a Intervenção Terapêutica da Gravidez. Voto: Trata-se de apelação criminal (fls. 37/52) interposta pelo Promotor de Justiça contra a sentença (fls. 31/34) que concedeu autorização para aborto, na modalidade intervenção terapêutica, em favor de Geneci Savi Cordeiro, grávida, à época com cerca de 16 (dezesesseis) semanas, de nascituro identificado por exames médicos (fls. 9/16) como portador de deformidade classificada de anencefalia (fl. 17). Em síntese dos fatos, sabe-se que a apelada, ao realizar exames médicos para acompanhamento de sua gravidez, teve diagnosticado em seu feto a deformidade "compatível com anencefalia (má-formação fetal incompatível com a vida). Ocorrendo e desenvolvimento defeituoso congênito do cérebro, com ausência dos ossos da abóboda craniana, hemisférios cerebrais e cerebelares e troncos cerebelares rudimentares. Ao ajuizar o pedido (fls. 2/5) buscando dar efetividade à recomendação médica, alegou que corre perigo de "desequilíbrio mental", sustentando, já nas contra-razões de recurso (fl. 67), que sua dignidade, enquanto pessoa humana vem sofrendo abalo em vista dessa situação. Como produto desse quadro, sabe-se que apesar do cérebro possuir algumas funções básicas que ensinam os batimentos cardíacos, por exemplo, essa anormalidade

não permite que o organismo humano possa sobreviver de maneira independente fora do útero, sendo indispensável à ajuda da tecnologia médica para a manutenção da estabilidade daquele conjunto de órgãos, ainda assim por pouco tempo. É que a Lei n. 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Já a morte encefálica é tratada pela Resolução n. 1.480/97, do Conselho Federal da Medicina:

"Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias;"

A mesma resolução expõe:

"Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida."

Assim, a vida, à luz das normas existentes, possui conceito jurídico intimamente ligado ao funcionamento do encefálo, sendo irrelevante a constatação da eficácia de outras partes do sistema orgânico, conforme tem entendido a medicina desde o final da década de sessenta (informe de 1968 do Comitê da Escola de Medicina de Harvard). Então, é de se concluir que se a ciência que busca a cura das enfermidades humanas não reconhece vida naqueles fetos desprovidos dos hemisférios cerebrais, o direito, sem essa função de ofício, não pode se aventurar em criar possibilidades não previstas pelos profissionais da área. O Ministro Carlos Ayres Brito, ainda no voto da ADI 3510 (sobre a constitucionalidade do art. 5º da Lei da Biossegurança), do Supremo Tribunal Federal, exaltou essa razão: "Por isso que a Lei nº. 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito". Por esse posicionamento não pode ser acatada a tese que pretende classificar como aborto a intervenção médica da gestação de anencéfalo. É certo que o objeto jurídico tutelado por essa conduta penalmente prevista é a vida, preceito descaracterizado nesses casos, constituindo conduta atípica a paralisação provocada de gravidez de feto desprovido de vida encefálica, nos termos da interpretação aqui dada à legislação antes referida. Luiz Régis Prado, a esse respeito, comenta: "Em situações como essa, o feto não pode ser considerado tecnicamente vivo, o que significa que não existe vida humana intra-uterina a ser tutelada" (Curso de direito penal brasileiro. v. 2. 5 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, p. 126). Ademais, é de ser valorada a angústia psicológica a que é submetida a gestante nesses casos, obrigada a conviver por considerável espaço de tempo com a idéia da morte certa do filho que carrega. Sob esse argumento, elevando as consequências do prejuízo à dignidade da mulher à situação análoga àquelas previstas no art. 128, I e II, do CP, esta Corte já se manifestou positivamente sobre a questão: "aborto" -autorização judicial - anencefalia fetal - comprovada inviabilização da vida extra-uterino - pedido instruído com laudo médico irrefutável da anomalia e de suas consequências e com favorável parecer psicológico do casal - consentimento expresso do pai - evidência de risco à saúde, especialmente mental, da gestante - interpretação extensiva da excludente de punibilidade prevista no inciso I do art. 128 do CP - aplicação dos princípios da analogia admitidos no art. 3º do CPP - autorização concedida - apelo provido. "Diante da solicitação de autorização para realização de aborto, instruída com laudo médico e psicológico favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro). Por isso, mantém-se a decisão atacada, expedindo-se incontinenti alvará judicial autorizando a intervenção terapêutica de gravidez na apelada.

DECISÃO

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, expedindo-se incontinenti alvará judicial autorizando a intervenção terapêutica de gravidez na apelada.

Florianópolis, 13 de maio de 2008.

Torres Marques

Presidente e relator¹⁶².

Os alvarás são frutos de um processo dialógico que tem início na relação médico-paciente onde se dá a confirmação patológica constatada por meio de exames realizados no decorrer do pré-natal. Após ser diagnosticada a anencefalia ou outra anomalia a gestante recorre ao poder judiciário, ou seja, ao juiz em busca do veredicto oficial que, na maior parte dos casos, é consoante à solicitação clínica onde são pouquíssimos os casos de quadro clínico fetal extremo em que há recusa judicial da Interrupção Seletiva da Gestação. Sob esse enfoque, os alvarás são a materialização de um processo argumentativo, no sentido habermasiano do conceito, onde se consideram vários pontos de vista concernentes à questão¹⁶³.

Com objetivo de permitir ou não a prática do aborto tramita junto ao STF a ADPF nº. 54, nesse sentido Débora Diniz complementa ainda que isso não signifique que as mulheres serão obrigadas a tomar qualquer decisão – em um mundo plural em que cada mulher deverá ser protegida em suas escolhas. Embora grande parte delas opte pela antecipação do parto, sendo que algumas poucas poderão preferir levar a gravidez até o fim, essas duas garantias de escolha devem ser mantidas, pois, para a autora a gravidez de um feto anencéfalo, não deve ser uma escolha fácil, mas um dever, podendo ser entendido como um dever de prolongar o luto, ou ainda um dever de transformar o sofrimento involuntário em experiência mística. A gestante pode entender ainda como um dever de espera sem sentido, mas a crença em um ser supremo poderia conceder-lhe a graça de o seu filho nascer perfeito¹⁶⁴.

A ADPF nº. 54 que tramita no STF visa combater, ou seja, discutir e firmar entendimento, por parte da Suprema Corte, acerca da interrupção da gestação de

¹⁶² BRASIL. TST. Recurso AC. N°. 2008.021736-2. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Geneci Savi Cordeiro. Relator: Des. Torres Marques. Julgado em: 13/05/2008. Publicado em: 18/06/2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 02 out. 2009.

¹⁶³ DINIZ, Débora. Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v5/abortsele.html>>. Acesso em: 28 set. 2009.

¹⁶⁴ PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. Considerações Jurídicas Acerca da Problemática da Anencefalia. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/anencefalia/parecer_da_procuradoria_geral.pdf>. Acesso em: 15 out. 2009.

feto anencéfalo, pois, até o presente momento o aborto de feto anencéfalo ainda é considerado crime, a não ser que a gestante peça autorização judicial para interrupção da gestação. Diante da demora do julgamento da ADPF Nº. 54 esta trouxe reflexos jurídicos e sociais, pois com a demora de seu julgamento, está causando muitos transtornos na vida das pessoas que necessitam da sua autorização para realização da antecipação do parto de um feto anencéfalo. Somente após o seu julgamento é que muitas famílias ponderam livrar-se de um fantasma que as assombra que é de estarem contrariando a Lei, porém buscam o melhor para o seu bem estar psíquico, físico e social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decurso das pesquisas realizadas para a confecção deste trabalho de conclusão de curso, observou-se que o direito à vida encontra-se protegido em diversos diplomas legais do nosso ordenamento jurídico, especialmente no rol dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

A proteção ao direito à vida configura pressuposto de todos os demais direitos. Visto que a discussão mais acirrada se dá acerca do momento em que se considera iniciada a vida humana, sendo que vários doutrinadores divergem a respeito do tema.

No que se refere às praticas abortivas esta é uma questão discutida há bastante tempo, pois a uma controversa muito grande acerca da sua descriminalização, visto que a Igreja Católica sempre se posicionou contra a realização de qualquer pratica realizada nesse sentido.

O Código Penal de 1940 continua vigendo até os dias atuais, e pode se notar que este teve grande influência conservadora ao tipificar em seus artigos às figuras do aborto provocado nos art. 124, 125, 126, que preleciona que quando a gestante assume responsabilidade pelo abortamento, tem-se ainda o aborto sofrido que é quando o aborto é praticado por um terceiro sem o consentimento da gestante, tendo por ressalva apenas a espécie do aborto legal praticado para salvar a vida da gestante se não existir outro meio bem como quando a gravidez resultar de estupro.

Frente às pesquisas realizadas o aborto hoje pode ser conceituado como a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção no caso o feto. Como demonstrado anteriormente a doutrina lista alguns dos tipos mais comuns do aborto, sendo eles: auto-aborto e aborto consentido, aborto provocado por terceiro, aborto consensual, aborto qualificado, aborto necessário, aborto sentimental, aborto eugenésico, aborto social ou econômico e o aborto honoris causa. Porém como foi explanado no decorrer deste trabalho a legislação brasileira não permite algumas dessas modalidades de aborto como é o caso do aborto social ou econômico.

A anencefalia é uma má formação congênita, conforme demonstrado no decorrer deste trabalho significa ausência total ou parcial do encéfalo e da calota

craniana decorrente de um erro no fechamento do tubo neural, que por sua vez é responsável pela formação dos componentes do sistema nervoso central, afetando o cérebro e a medula espinhal. A medicina ainda não tem uma explicação acerca de sua origem, podendo ser causada pela falta de ingestão de ácido fólico ou ainda por uma herança genética.

Com o avanço científico inevitavelmente gera repercussões sociais variáveis, especialmente quando levam em considerações questões polêmicas como o aborto de fetos anencefálicos. O Poder Judiciário brasileiro vê-se cada vez mais abarrotado com demandas para antecipação da gestação de tais fetos que são totalmente incompatíveis com a vida¹⁶⁵.

Como foi comentada a questão da anencefalia é um dos temas mais atuais que recentemente bateu as portas do Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores e Saúde a tão conhecida CNTS. A dita ADPF nº. 54, formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde a CNTS, trata justamente da questão da anencefalia, da possibilidade legítima ou não da antecipação terapêutica do parto, questionando especificamente os arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal em face dos seguintes preceitos fundamentais expressos na Constituição Federal o princípio da Dignidade da Pessoa Humano expresso no art. 1º, III, o princípio da Legalidade, em seu conceito mais amplo, da Liberdade e da Autonomia da Vontade no art. 5º, II e também os diretamente relacionados à Saúde no art. 6º *caput*, bem como o art.196 do mesmo ordenamento¹⁶⁶.

Nenhum anencéfalo sobreviveu mais que um tempo irrisório fora do corpo da mãe. Cerca de setenta e cinco por cento (75%) dos anencéfalo nascem mortos e vinte cinco por cento (25%) sobrevivem poucas horas, dias e, em casos raríssimos, semanas. Em sessenta e cinco por cento (65 %) dos fetos anencefálicos ocorre à morte cardiorespiratória ainda no ventre materno¹⁶⁷.

A gestação de fetos anencefálicos apresenta geralmente de trinta a cinqüenta por cento (30-50%) dos casos complicações no decorrer da gravidez. Pode ocorrer macrossomia fetal que nada mais é do que fetos grandes e

¹⁶⁵ PEIXOTO, 2009.

¹⁶⁶ PEIXOTO, 2009.

¹⁶⁷ PEIXOTO, 2009.

desproporcionais ocorrem ainda dificuldade respiratória para a gestante, ruptura da cavidade uterina, embolia de líquido amniótico, atonia uterina pós-parto e outras complicações, nesse sentido colocam a vida da gestante em risco¹⁶⁸.

A gestante cujo feto padece de anencefalia tem um amplo rol de direitos fundamentais constitucionalmente positivados a seu favor. Dentre estes princípios constitucionais o que mais se destacam é o princípio da dignidade da pessoa humana, exposto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988. De início cumpre destacar que o próprio conceito de dignidade da pessoa humana é controverso¹⁶⁹.

Nesse sentido não é justo que o Estado imponha a esta mulher levar a termo uma gravidez comprovadamente inviável a qual violaria o princípio da dignidade da pessoa humana tanto em sua vertente da integridade física no que condiz ao direito da mulher ao próprio corpo quanto na sua integridade moral estabelecido no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988, qual seja o direito à vida privada, à liberdade, à intimidade, à imagem¹⁷⁰.

Sendo assim o estado por infligir verdadeira tortura psicológica à mesma, violando sua integridade física, moral e psíquica e, conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro centro e fundamento básico de todo preceito constitucional relativo a direitos fundamentais sendo este um dos principais norteadores do direito. Lembremo-nos que o legislador constituinte foi expresso em vedar toda e qualquer forma de tortura no art. 5º, III da Constituição Federal de 1988, então por que esse mesmo estado impõe a gestante que ela leve a termo essa gestação que só irá lhe causar “prejuízos”?

Após a criação da Organização Mundial de Saúde a OMS em 1946, o conceito de saúde passou a ser o completo estado de bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. Desse modo o direito fundamental à saúde exposto no art. 6º da Constituição Federal de 1988 acaba por ser violado com a imposição Estatal de fazer com que a mulher leve a termo à gravidez do feto anencefálico¹⁷¹.

Porém, cumpre relatar que o fato da proibição Estatal à antecipação terapêutica do parto no caso em questão acaba por obrigar as gestantes menos àquelas que podem arcar com os custos a recorrerem a meios clandestinos para a

¹⁶⁸ PEIXOTO, 2009.

¹⁶⁹ PEIXOTO, 2009.

¹⁷⁰ PEIXOTO, 2009.

prática do aborto, o que compromete ainda mais o seu direito fundamental à saúde. Pois segundo o Ministro da Saúde José Gomes Temporão em entrevista a Revista VEJA estima-se em 1,1 milhão o número de abortos clandestinos por ano no Brasil. Recentemente, aconteceram mortes em consequência de abortos mal-sucedidos. E, como as classes de menor renda não têm acesso à informação e aos métodos anticoncepcionais, são as mulheres pobres que realizam o aborto em condições inseguras. Para as mulheres “ricas”, o aborto é questão que não se coloca em foco, pois, elas realizam em condições seguras chegando a pagar em torno de R\$ 2.000 reais a R\$ 5.000 reais, dessa forma fica evidente que as mulheres pobres não possuem condições para a tal prática¹⁷².

A interrupção terapêutica da gestação de fetos anencefálicos, de fato, é moralmente reprovável por parte de alguns setores da sociedade, porém apenas isto não é motivo suficiente para que seja justificada a sanção penal a esta prática. Ademais, as condutas meramente imorais não merecem a tutela do direito penal, quanto mais àquelas imorais apenas sob a ótica de alguns ramos da sociedade que se dizem conservadores.

Através das pesquisas realizadas no decorrer deste trabalho podemos perceber que os interesses da gestante personificados no princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da legalidade, e ao direito à saúde, condizem com um Estado democrático, que atende os interesses de sua prole.

Por meio da pesquisa realizada pode se perceber que o legislador não inseriu a conduta da antecipação da gestação de fetos anencefálicos no rol das causas do aborto legal segundo o art. 128 do Código Penal apenas porque àquela época não existiam exames que permitiam identificar com precisão se determinado feto padecia ou não desta patologia.

Desta feita cumpre que os juristas e legisladores atentem para o caso, que realmente se disponham a pôr o “dedo na ferida” e atuem não de forma parcial, mas de forma imparcial em vista do ideal da laicidade e do pluralismo, princípios básicos do Estado Democrático de Direito, a fim de garantir às gestantes a sua dignidade enquanto mulheres e pessoas humanas.

Este trabalho tem por objetivo buscar esclarecer a posição do nosso atual Código Penal diante do aborto e do aborto de fetos anencéfalos, este necessita de

¹⁷¹ PEIXOTO, 2009.

¹⁷² PEIXOTO, 2009.

reformulação, bem como a lei nos parece muitas vezes obscura, confusa, tornando - se necessário à função de analisá-la com cautela.

A solução deste problema social nem sempre esta nas normas de Direito, pois o fato gera a norma, quem cria a norma é a sociedade, que por fim, é a causadora do fato. O entendimento que prevalece é de que não a punibilidade (por ausência de tipicidade) do aborto do feto anencefálico, pois, a razão da impunibilidade do aborto do feto anencéfalo considerado um morto cerebral prende-se à ausência de tipicidade, fundada em três causas: falta do objeto jurídico, falta de sujeito passivo próprio e falta de objeto material. O fato não é mais do que um quase-crime, na modalidade de crime impossível.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Língua Portuguesa. Revista e atualizada do Aurélio Século XXI, **O Dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. 1. ed. Editora Positivo, 2004.

AGUIAR, Neuma. **Gênero e Ciências Humanas: desafios às ciências desde a perspectiva das mulheres**. Rio de Janeiro: Record Rosa dos tempos, 1997.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal: parte especial**. v. 2. 3. ed. Atual e aum. São Paulo: Saraiva, 2004.

ANDRADE, Edson de Oliveira, (2003 apud COSTA 2007, p.176).

BARBOSA, Gisele Corrêa. BOEMER, Magali Roseira. A anencefalia sob a ótica da bioética: a perspectiva dos profissionais de enfermagem. 26 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/68/59a67.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. TST. **Recurso AC. N°. 2008.021736-2**. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Geneci Savi Cordeiro. Relator: Des. Torres Marques. Julgado em: 13/05/2008. Publicado em: 18/06/2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 02 out. 2009.

BRASIL, ADPF nº. 54. **Andamento processual**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 set. 2009.

_____. **Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS: Alegações Finais**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 set. 2009.

_____. **Despacho Ministro Relator Marco Aurélio de Mello**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 set. 2009.

_____. **Liminar**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 set. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 set. 2009.

_____. **Decreto-lei n.º 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em 18 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n.º 54**: Andamento processual. Origem: Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 set. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 4. ed., rev. e atual. de acordo com as Leis n. 10.741/2003, 10.763/2003 e 10.886/2004. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Biotecnologia, Direito e Bioética**: perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas. 2002.

CLÉMENT, Catherine. KRISTEVA, Julia. Tradução de Rachel Gutiérrez. **O Feminismo e o Sagrado**. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

COMITÊ NACIONAL PARA A BIOÉTICA DA ITÁLIA. **O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos**. 21/06/1996. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 12 out. 2009.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Quem é o anencéfalo?** 2005. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/quemeoan.htm>>. Acesso em: 03 set. 2009.

CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Neurologia infantil**. 3. ed. São Paulo: Atheneus, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANTAS, Cristine Elaine Moisés et al. **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. São Paulo: Funpec Ed. Universidade de São Paulo – Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto – Departamento de Ginecologia e Obstetrícia, 2005.

DINIZ, Débora. **Audiência pública**: STF – ADPF 54. 2008. Disponível em: <http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa57_diniz_apresentacao_adpf54.pdf>. Acesso em: 15 set. 2009.

_____. **Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais**. Disponível em: <<http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/ética/aborto>>. Acesso em: 22 set. 2009.

_____. **ABORTO E SAÚDE PÚBLICA 20 ANOS DE PESQUISAS NO BRASIL**. Brasília. Publicado: janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.sbgm.org.br/artigos/aborto_e_saude_publica_vs_preliminar.pdf>. Acesso em: 21 set. 2009.

_____; ALMEIDA, Marcos de. **Bioética e Aborto Iniciação à Bioética**. Conselho Federal de Medicina. Brasília. 1998.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A Propósito do Aborto na Reforma do Código Penal**, Revista da Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo, 2000.

D'Assunção, Evandro de. **Comportar-se fazendo Bio Ética**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

EMMERICK, Rulian. **Aborto (Des)criminalização Direitos Humanos Democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FAZOLLI, Fabricio. **Anencefalia e aborto**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5444>>. Acesso em: 03 out. 2009.

FONSECA, Patrícia. **Quando começa a vida humana?** Disponível em: <http://aeiou.visaojunior.visao.pt/default.asp?SqlPage=Content_Sociedade&CpContentId=332764>. Acesso em: 23 set. 2009.

FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro. **Impossível a sobrevida do feto, deve ser autorizado o aborto**, Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 1993.

Galdino, Elza. **Estado sem Deus** à obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Nem todo aborto é criminoso**. 2004. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina_Detalhar&did=15311>. Acesso em: 25 set. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. v.1. 2. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

GUTO, Marcelo. **Bioética**. <www.mundoquimico.hpg.com.br>. Acesso em: 03 out. 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v. 2. Parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 27. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

KARAGULIAN, Patrícia Partamian. **Aborto e Legalidade malformação congênita**. São Caetano do Sul (SP): Yedis, 2007.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

MAMMANA, Caetano Zamitti. **O Aborto ante o Direito, a Medicina, a Moral e a Religião**. São Paulo: Letras, 1969. v.1.

MARTINS, Ives Granda da Silva. Martins, Roberto Vidal da Silva. Filho, Ives Granda da Silva Martins. **A Questão do Aborto: Aspectos Jurídicos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e Legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto eutanásia, pena de morte, pena de morte, suicídio, violência/linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEDREIRA, Denise Araújo Lapa. **Malformações do Sistema Nervoso Central**. São Paulo: Atheneu, 1993.

PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. Considerações Jurídicas Acerca da Problemática da Anencefalia. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/anencefalia/parecer_da_procuradoria_geral.pdf>. Acesso em: 15 out. 2009.

PEREIRA, Irotilde G. et al. **Aborto legal: implicações éticas e religiosas**. São Paulo (SP): CDD, 2002.

PEREIRA, Maria José Miranda. ABORTO. **Revista Jurídica Consulex**, Ano VIII, nº 176, 15 de mai/2004.

Pimentel, Déborah. Anencefalia e o STF. 25 agosto 2008. Disponível em: <<http://www.cinform.com.br/colunistas/?colunista=13&codigo=25820089494056788>>. Acesso em: 27 out. 2009.

PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. **STF e anencefalia**. 2004. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/forum_subTemas.php?id=41&acao=selTemas>. Acesso em: 12 out. 2009.

PONTES, Manuel Sabino. **A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 16 de set. 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAMOS, Luiz de Carvalho. **Anencefalia: um decisum polêmico**. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1921/Anencefalia-Um-decisum-polemico>>. Acesso em: 24 set. 2009.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável**. Revista do Ministério Público Federal e Territórios. Brasília, 2000.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. **Declaração sobre o aborto provocado**. 1974. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_po.html>. Acesso em: 01 set. 2009.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os Direitos do Nascituro: aspectos civis, criminais e do biodireito**. 2. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SCHIENBINGER, Londa. Tradução de Raul Fiker. **O Feminismo mudou a ciência?** Bauru (SP): EDUSC, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. Revista atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a emenda Constitucional nº. 42, de 19/12/2003, publicada em 31/12/2003). São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, Euclides Custódio da, [s/d] apud GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVEIRA, José Neri da. **Anencefalia: Ministro aposentado é contra interrupção de gravidez**. 2004. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-ago-29/ministro_aposentado_parecer_interrupcao_gravidez>. Acesso em: 25 de set. 2009.

TESSARO, Anelise, **Aborto Seletivo Descriminalização & Avanços Tecnológicos da Medicina Contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2006. 4. triagem.

_____. **Aborto Seletivo**. 2. ed. ver. atual. Curitiba: Juruá, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código Penal Comentado**, 9. ed. ver., aum. e atual – São Paulo: Saraiva, 2005.