

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A ANENCEFALIA E SUAS DISCUSSÕES NO MUNDO JURÍDICO

Thati Iartelli Miranda Rodrigues Esgalha

Presidente Prudente/ SP
2007

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A ANENCEFALIA E SUAS DISCUSSÕES NO MUNDO JURÍDICO

Thati Iartelli Miranda Rodrigues Esgalha

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois Campos.

Presidente Prudente/ SP
2007

A ANENCEFALIA E SUAS DISCUSSÕES NO MUNDO JURÍDICO

Monografia de Conclusão de Curso
aprovada como requisito parcial para
obtenção do Diploma de Bacharel em
Direito.

Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois Campos
Orientadora

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, ____ de novembro de 2007.

Qualquer que seja a crise em tua vida,
nunca destruas as flores da esperança e
colherás os frutos da fé.

Lorenz

Dedico o presente trabalho à minha família, pelo apoio e incentivo, e a minha orientadora, pela paciência e dedicação.

AGRADECIMENTOS

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram de alguma forma com a realização do presente trabalho.

Aos meus pais, Célia e Giba, e ao meu irmão, Cauê, pelo amor, carinho e compreensão.

Aos meus amigos de faculdade, que estiveram durante cinco anos, presentes nesta árdua caminhada, dividindo momentos de alegrias e de dificuldades.

Ao Dr. Nelson R. Bugalho, promotor com o qual durante dois anos fiz estágio, e que me proporcionou um aprendizado sem tamanho.

A minha orientadora, professora Vera, pelo ótimo trabalho que realizamos juntas.

RESUMO

O presente trabalho analisa a patologia denominada anencefalia, que vem a ser a má-formação do feto, ou seja, o feto não desenvolve o tecido cerebral, levando-o à impossibilidade de sobrevivência pós-uterina. Em razão do feto anencéfalo ter vida extra-uterina 100% incompatível, é que muito se discute: se a gestante poderia interromper essa gestação de feto anencefálico; se precisaria autorização judicial para interromper a gestação; se essa conduta estaria enquadrada no crime de aborto; se haveria um conflito de direitos do feto anencefálico X os direitos da mãe. Ainda, discute-se sobre os problemas que a gestante enfrenta durante a gravidez de feto anencéfalo; se o feto anencéfalo possui ou não vida, entre outras muitas discussões que serão abordadas no decorrer deste trabalho. Para tanto, foram analisados os direitos humanos fundamentais envolvidos na questão da anencefalia, como o direito à vida, o direito à liberdade da mãe, o direito à dignidade, o direito à saúde, além do aborto e da anencefalia especificamente. Para desenvolvimento deste trabalho foi utilizado os métodos dedutivo, histórico e hipotético-dedutivo, tendo em vista que há uma lacuna na lei em se tratando da interrupção da gravidez de feto anencéfalo. O que se pretende com este trabalho é levar informações às pessoas sobre essa anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina, o que a mãe sofre, os riscos que ela corre e a preservação dos seus direitos. Aborda-se também, o principal fator de ocorrência dessa patologia, o modo de preveni-la, e tentar dirimir as inúmeras dúvidas e discussões que rodeiam esse assunto, e também conscientizar a população e o Estado de que a anencefalia, provavelmente, é um problema da saúde pública.

Palavras-Chaves Anencefalia. Direitos Humanos Fundamentais. Interrupção Terapêutica. Aborto. Direito à Vida. Feto Anencéfalo.

ABSTRACT

The present paper analyzes the pathology denominated anencephaly, which comes to be the fetus' inappropriate growth, in other words, the fetus doesn't develop its cerebral fabric, taking away the possibility of powder-uterine life. Due to the fact of anencephalous fetus have outside uterine life 100% incompatible, a lot has been discussed: if pregnant women would be allowed to interrupt their anencephalous fetus' gestations; if one would need judicial authorization to interrupt the gestation; if such conduct would be framed in the abortion crime role; if there would be a conflict among the anencephalous fetus vs. mother's rights. Still, discussions on the problems that women face with their anencephalous fetus' pregnancy are aroused: whether or not the anencephalous fetus is a living thing, among many others discussions that will be approached throughout this work. In order to do so, fundamental human rights concerning or related to anencephaly were analyzed, such as the right of life, of dignity, of health or even the mothers' freedom rights, besides subjects as abortion and anencephaly itself. To achieve development, the deductive, historical and hypothetical-deductive methods were used in this paper, focusing on the fact that there is a gap in the law when it comes to interrupting an anencephalous fetus pregnancy. What is intended with this paper is to spread people information on the incapability from this fetal anomaly to deal with outside uterine life conditions; furthermore, pregnant women's risks and their rights of preservation. Also studied on this paper: the main factor for this pathology occurrence and how to prevent it; how to try to settle the countless doubts and discussions that surround the subject, as well as to make the population and State aware that anencephaly is probably a public health problem.

Keywords: Anencephaly. Fundamental Human Rights. Therapeutic Interruption. Abortion. Right of Living. Anencephalous Fetus.

LISTA DE TABELAS

| | |
|--|----|
| TABELA 1 - Número de autorizações expedidas ao longo dos anos e em cada Estado..... | 58 |
| TABELA 2 - Relação de decisões favoráveis e desfavoráveis ao pedido de aborto de feto anencéfalo nos Tribunais de Justiça dos Estados Brasileiros e do Superior Tribunal de Justiça | 69 |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS | 12 |
| 2.1 Definição..... | 12 |
| 2.2 Origem e Evolução..... | 13 |
| 2.3 Evolução Histórica dos Direitos Humanos no Brasil..... | 16 |
| 2.4 Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988..... | 18 |
| 2.4.1 Direito à vida..... | 19 |
| 2.4.2 Direito à liberdade..... | 21 |
| 2.4.3 Direito à dignidade da pessoa humana..... | 23 |
| 2.4.4 Direito à saúde..... | 24 |
| 3 ABORTO | 27 |
| 3.1 Conceito..... | 27 |
| 3.2 História do Aborto..... | 28 |
| 3.3 O Aborto no Brasil..... | 32 |
| 3.4 Modalidades de Aborto..... | 33 |
| 3.4.1 Quanto ao objeto..... | 33 |
| 3.4.2 Quanto à causa provocadora..... | 34 |
| 3.4.3 Quanto ao elemento subjetivo..... | 35 |
| 3.4.4 Quanto à finalidade pretendida..... | 35 |
| 3.4.5 Quanto à visão jurídica..... | 37 |
| 3.5 Aborto no Código Penal Brasileiro..... | 38 |
| 3.5.1 Da permissão legal..... | 42 |
| 4 ANENCEFALIA | 46 |
| 4.1 Conceito | 46 |
| 4.2 Problemas Decorrentes de Gravidez de Feto Anencéfalo | 50 |
| 4.3 Direitos da Mãe X Direito do Feto Anencéfalo | 54 |
| 4.4 História da Anencefalia no Brasil | 56 |
| 5. POSICIONAMENTOS | 61 |
| 5.1 Posições Doutrinárias | 61 |
| 5.1.1 Luiz Flávio Gomes..... | 61 |
| 5.1.2 Ives Gandra da Silva Martins..... | 62 |
| 5.1.3 Flávio Augusto Monteiro de Barros..... | 62 |
| 5.1.4 Alberto da Silva Franco..... | 62 |
| 5.1.5 Fernando Capez..... | 63 |
| 5.1.6 Guilherme de Souza Nucci..... | 63 |
| 5.1.7 João Baptista Villela..... | 63 |
| 5.1.8 Cezar Roberto Bitencourt..... | 64 |
| 5.1.9 Maria Helena Diniz..... | 64 |
| 5.1.10 Paulo Silveira Martins Leão Junior..... | 64 |
| 5.1.11 Julio Fabbrini Mirabete..... | 65 |
| 5.1.12 Ives Gandra da Silva Martins Filho..... | 65 |
| 5.1.13 Antonio Jorge Pereira Júnior..... | 65 |

| | |
|---|------------|
| 5.1.14 Rodrigo Fortunato Goulart..... | 66 |
| 5.1.15 Gilberto Jabur Haddad..... | 66 |
| 5.1.16 José Aristodermo Pinotti..... | 66 |
| 5.1.17 Jorge Andalaft Neto..... | 67 |
| 5.1.18 Fabrício Fazolli..... | 67 |
| 5.1.19 Luis Roberto Barroso..... | 67 |
| 5.1.20 Dílio Procópio Drummond de Alvarenga..... | 68 |
| 5.2 Posição dos Tribunais | 68 |
| 6. PESQUISA DE CAMPO..... | 74 |
| 6.1 Entrevistas | 74 |
| 6.1.1 Juizes de Direito..... | 74 |
| 6.1.2 Promotor de Justiça..... | 78 |
| 6.1.3 Advogado..... | 79 |
| 6.1.4 Profissionais da saúde..... | 79 |
| 6.1.5 Religiosos..... | 83 |
| 6.1.6 Pessoa comum..... | 86 |
| 6.1.7 Gestante de feto anencéfalo..... | 87 |
| 7 CONCLUSÃO | 88 |
| BIBLIOGRAFIA | 96 |
| | |
| ANEXOS | 101 |
| ANEXO A - Diferenças entre uma criança normal e uma criança anencéfala | |
| ANEXO B – Fotos de anencéfalos | |
| ANEXO C – Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina | |
| ANEXO D - Resolução nº 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina | |
| ANEXO E – Reportagem da Revista Veja, publicada em 15 de agosto de 2007 | |
| ANEXO F - Peças referentes a uma ação interposta no juízo de Presidente Prudente com pedido para interrupção da gestação de feto anencéfalo | |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do problema da anencefalia, patologia que muitos não conhecem, e que ocorre em fetos que, por problemas em sua formação, não tiveram o tecido cerebral desenvolvido, ou têm muito pouco desenvolvido, o que traz a impossibilidade de sobrevivência extra-uterina. A escolha do tema deve-se ao fato de a anencefalia ser um assunto atual e polêmico no meio jurídico. Ademais é um assunto com o qual a autora tem afinidade.

A anencefalia, há pouco tempo, teve uma repercussão nacional muito grande com o caso de “Maria Vida”, um feto anencéfalo que teve sete minutos de “vida” após o parto. Gabriela de Oliveira Cordeiro, grávida de quatro meses de um feto anencéfalo, entrou com um pedido de *habeas corpus* no STF, no ano de 2004 para que sua gestação fosse interrompida. Foi então que surgiu a polêmica: deve-se permitir a interrupção da gestação em casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida extra-uterina (p. ex. a anencefalia)?

Em resumo, Gabriela não conseguiu autorização judicial para interrupção de sua gestação, dando à luz Maria Vida, que sobreviveu apenas sete minutos.

Na época as opiniões foram muito divididas e, por tal motivo, não se conseguiu a autorização judicial. Em 01 de julho de 2004, o ministro do STF, Marco Aurélio Mello, concedeu liminar autorizando a antecipação do parto de fetos com anencefalia, desobrigando as mulheres de obterem autorização judicial. Contudo, essa liminar foi cassada pelo plenário do STF, que optou pela “vida” do feto.

É por tudo isso que esta obra vem tratar dos direitos humanos fundamentais envolvidos no problema, tais como o direito à vida do feto, o direito à vida da mãe, o direito à dignidade, o direito à liberdade, o direito à saúde; começando pela conceituação e evolução dos direitos humanos fundamentais. Vem trazer, também, a discussão se há ou não um conflito de direitos no caso de anencéfalos. Ademais, o presente trabalho questiona a problemática de se caracterizar, ou não, a figura típica do aborto em caso de antecipação da gestação de fetos anencéfalos. Foi desenvolvida a história do aborto, inclusive no Brasil, além

de sua conceituação, e espécies existentes. Por fim, tratou-se especificamente da anencefalia, seu conceito e sua influência no meio jurídico, problemas que a gestante de feto anencéfalo enfrenta durante a gravidez, e procurou-se trazer à baila a problematização do feto anencéfalo ter ou não vida.

O que se pretende com este trabalho é levar informações às pessoas sobre essa anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina, o que a mãe sofre, os riscos que ela corre, os seus direitos, o principal fator de ocorrência dessa patologia, o modo de preveni-la e, talvez, conscientizar a população e o Estado de que esse é um problema de ordem pública!

É importante a discussão da anencefalia para que as pessoas pensem no problema, e quem sabe num futuro próximo o posicionamento atual mude, dando à mãe o direito de optar por gestar ou não um feto que não terá sobrevida após o nascimento.

Para desenvolvimento desta obra utilizou-se do método dedutivo, histórico e hipotético-dedutivo, tendo em vista que há uma lacuna na lei em se tratando de autorização judicial para interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Ademais, utilizou-se como fonte de pesquisa diversos livros de Direito Constitucional, livros de Direito Penal e livros específicos sobre o aborto. Em se tratando da anencefalia, não foram encontrados muitos livros; nesse aspecto a pesquisa foi baseada em artigos de diversos autores, encontrados em livros e em *sites* confiáveis da internet. Em geral, não se encontrou nenhuma dificuldade no desenvolvimento desta obra.

O presente trabalho foi dividido em cinco tópicos essenciais, começando pela discussão dos direitos humanos fundamentais; logo após falou-se sobre o aborto; em seguida tratou-se da anencefalia; o quarto tópico trouxe um trabalho de pesquisa entre diversos doutrinadores e dentre nossos tribunais quanto ao posicionamento de cada um sobre a questão da anencefalia; o último tópico, essencial, trata das entrevistas realizadas com diversas pessoas, incluindo juristas, médicos, religiosos, além do importante relato de uma mãe que desenvolveu uma gravidez de anencéfalo. Essa pesquisa termina com anexos, entre eles uma ação proposta na cidade de Presidente Prudente, por uma gestante com pedido de antecipação do parto de feto anencéfalo, além da decisão desta e a autorização para realização do procedimento de antecipação do parto de anencéfalo.

2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

2.1 Definição

Antes de se abordar especificamente os direitos humanos fundamentais, tais como o direito à vida, à dignidade e demais direitos, é mister conceituar o gênero: “Direitos Humanos Fundamentais”.

Pinto Ferreira (1998, p. 99-101) definiu brilhantemente as declarações de direitos, que antecederam os direitos humanos fundamentais. Assim, na concepção desse autor Declarações de Direitos são:

[...] aquelas disposições declaratórias das principais liberdades humanas. Tais direitos, enunciados pelas grandes revoluções e depois incluídos nos textos das Constituições, constituem a própria personalidade do homem, cujo exercício lhes corresponde, com limitações recíprocas nos direitos dos demais homens.

Apesar do conceito de Pinto Ferreira, é difícil conceituar Direitos Humanos, tendo em vista as várias expressões utilizadas que surgiram ao longo da evolução histórica, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, entre outras.

José Afonso da Silva (2001, 179-183), em seu livro “Curso de Direito Constitucional Positivo”, trata das diversas expressões utilizadas para designar os direitos fundamentais, considerando como a mais adequada a expressão “direitos fundamentais do homem”, que nada mais são que “prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. São direitos “fundamentais” porque tratam “de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”; e são direitos fundamentais do homem considerado como pessoa humana, por isso também a denominação de “Direitos Humanos”.

Alexandre de Moraes (1998, p. 39-41), define direitos humanos fundamentais como:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Por sua vez, a Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação) define Direitos Humanos Fundamentais como sendo uma proteção contra os excessos do poder e regras que estabelecem condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 1998, p. 41).

Em síntese, direitos humanos fundamentais são proteções ao ser humano: proteção à sua vida, à sua dignidade, à sua saúde, como também são proteções contra abusos do Estado. Todas as definições acima apresentadas caminham para esse entendimento.

2.2 Origem e Evolução

Os Direitos Humanos Fundamentais têm sua origem no antigo Egito e na Mesopotâmia, no terceiro milênio A.C., diferentemente do que pensam alguns autores, tendo em vista que, desde àquela época, já eram previstos mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. Isso pode ser verificado claramente com o Código de Hamurabi, datado de 1690 A.C., posto que esse consagrou direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, entre outros direitos.

É clara a influência filosófico-religiosa nos direitos do homem quando se pensa nas idéias de igualdade entre todos os homens, propagadas por Buda no ano 500 A.C.

Posteriormente, na Grécia, percebe-se o surgimento de vários estudos sobre a necessidade do homem de igualdade e de liberdade. Destacam-se:

[...] as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estóicos (por exemplo, na obra Antígona – 441 A.C. , Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis , superiores aos direitos escritos pelo homem). (MORAES, 1998, p. 25)

É importante ressaltar que, na Antiguidade, como já dito, fazia-se referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens, mas dado a eles pelos deuses; uma lei natural que nasceria com o homem, já viria gravada em sua memória ancestral e era descoberta aos poucos por meio da razão. Esse pensamento, de um direito independente da vontade do homem, perdurou durante toda a Idade Média, havendo resquícios dessa idéia ainda no final do século XVIII. Expressões desse pensamento são “Antígona”¹ de Sófocles e o diálogo *De legibus*, de Cícero.

Apesar dos estudos da Grécia quanto à necessidade do homem de igualdade e liberdade, é no Direito Romano, com a “Lei das Doze Tábuas”, que se pode considerar a origem dos textos escritos que consagraram a liberdade, a propriedade e a proteção aos direitos dos cidadãos. Essa lei visava tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais.

Posteriormente, com o cristianismo e a sua forte concepção religiosa, foi consagrado o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, partindo da idéia de que todos os homens eram iguais, independente de raça, sexo, cor, ou credo. Para Luiz Alberto David Araújo (2002, p. 82), os direitos humanos fundamentais nasceram nessa época, com o cristianismo.

Na Idade Média, diversos documentos jurídicos reconheceram a existência dos direitos humanos, que tinham como intenção limitar o poder do Estado, assim como todos os direitos humanos fundamentais, apesar da rígida separação de classes e da relação de subordinação que existia nas organizações feudais.

O desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais deu-se realmente “a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX” (MORAES, 1998, p. 25). E a Inglaterra encontra-se como uma das mais

¹Filha incestuosa de Édipo e Jocasta, Antígona é a mais corajosa e elevada encarnação do amor filial e fraterno. Nascida para amar e não para odiar, enfrenta a tirania com indomável firmeza, opondo os ditames da consciência à razão de Estado e à lei política, embora sabendo que tal atitude lhe vai trazer uma condenação terrível. Na literatura grega, o diálogo de Antígona com o rei Creonte, na terceira tragédia da trilogia de Sófocles (494-406 A.C.), expressa, de forma inequívoca, a crença no Direito Natural e a sua superioridade em relação ao Direito temporal. Creonte havia determinado que Polinice, morto em uma batalha, não fosse sepultado, com o que Antígona, sua irmã, rebelando-se contra a ordem do tirano, disse-lhe: ‘...tuas ordens não valem mais do que as leis não-escritas e imutáveis dos deuses, que não são de hoje e nem de ontem e ninguém sabe quando nasceram’. Inquestionavelmente, a ANTÍGONA de Sófocles é, na história da humanidade, um indelével monumento, uma dessas coisas por que vale a pena ter memória! (EUFRÁSIO, 2003, p. 04).

importantes expressões desse desenvolvimento, tendo como exemplo: a *Magna Charta Libertatum* outorgada por João Sem-Terra em 1215, a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Settlemente*, de 1701.

Pinto Ferreira (1998, p.99) atribui a origem dos direitos fundamentais à Inglaterra, afirmando que a Magna Carta “foi a primeira declaração histórica dos direitos, embora bastante incompleta”. Leciona ainda, que as declarações, leia-se direitos fundamentais, “estão presas ao advento da democracia, que se seguiu ao desmoronamento do feudalismo e da Monarquia absoluta”.

Na evolução dos direitos humanos, teve também grande importância a Revolução dos Estados Unidos da América, e, por consequência, a elaboração dos seguintes documentos: Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

Coube à França, porém, “a consagração normativa dos direitos humanos fundamentais” (MORAES, 1998, p. 26), em 1789, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em 1791, a Constituição Francesa trouxe novas formas de controle do poder estatal, mas só com a Constituição de 1793 houve uma melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais na França, que se espalhou pela Europa e, daí, para o resto do mundo.

Durante o constitucionalismo liberal do século XIX continuou a concretização dos direitos humanos fundamentais com a Constituição Espanhola de 1812 (Constituição de Cádiz), com a Constituição Portuguesa de 1822, com a Constituição Belga de 1831, e por fim, com a Declaração Francesa de 1848.

Com a chegada do século XX surgem as preocupações sociais, e isso pode ser percebido nos seguintes diplomas constitucionais: Constituição Mexicana (1917), Constituição de Weimar (1919), Declaração Soviética de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918), Constituição Soviética ou Lei Fundamental Soviética (1918), e Carta do Trabalho (Estado Fascista italiano, 1927).

Ainda hoje, por exemplo, há diversas manifestações internacionais que vêm fazendo com que o rol desses direitos fundamentais aumente, inclusive

apresentando preocupações específicas, como o meio ambiente. “Cada passo na etapa da evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos” (SILVA, 2001, p. 153).

Quanto às conquistas dos direitos fundamentais, é importante ressaltar, também, a classificação feita por Norberto Bobbio, em sua obra “A Era dos Direitos” (1992). Ele separa os direitos em três gerações. Assim, direitos fundamentais de primeira geração são os direitos individuais e políticos, tais como o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, que surgem da preocupação de liberdade contra o arbítrio estatal. Direitos fundamentais de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, que traduzem uma proteção da dignidade humana, havendo a preocupação com as necessidades do ser humano. Por fim, direitos fundamentais de terceira geração são o direito à paz, ao desenvolvimento econômico, à comunicação, à preservação do meio ambiente; há uma preocupação com o destino da humanidade, por isso também são chamados de direitos de solidariedade, porque a essência desses direitos é a solidariedade e a fraternidade.

Vê-se, que foi longa e custosa a evolução dos direitos humanos fundamentais. Os povos, ao longo da história, tiveram que passar por muitas situações desrespeitosas à vida, à dignidade, para que conseguissem ganhar proteção do Estado contra o próprio Estado e a proteção a uma vida mais digna.

2.3 Evolução Histórica dos Direitos Humanos no Brasil

As Constituições brasileiras sempre incluíram em seus textos constitucionais os direitos humanos fundamentais. Pode-se dizer que o Brasil foi o primeiro país a positivizar os direitos do homem com a Constituição do Império de 1824, antes mesmo até da Bélgica que o fez em 1831, considerada pioneira quanto a esses direitos.

A Constituição do Império já trazia quase que integralmente todos os direitos individuais, havendo pouca evolução quanto a essa matéria, a não ser na

Constituição vigente, que trouxe novidades representativas. Contudo, em seu texto, os direitos humanos não eram conceituados como “Declaração de Direitos”, mas como “Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”. Trazia, em seu art. 179, trinta e cinco incisos que tratavam especificamente dos direitos e garantias individuais.

Já, a Constituição de 1891, trazia em seu texto a expressão “Declaração de Direitos”. Assegurava aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos à liberdade, à segurança e à propriedade. Também acrescentou algumas garantias funcionais e militares, ressaltando que a enumeração não era exaustiva, idéia que se perpetuou nas constituições posteriores.

Em seguida veio a Constituição de 1934 que, em sede de “Declaração de Direitos”, tratou, não só dos direitos e garantias individuais, mas acrescentou a esses direitos o direito à nacionalidade e os direitos políticos. Outra novidade dessa Constituição, ainda que de maneira pouco eficaz, foi a incorporação dos direitos econômicos e sociais do homem, inseridos no Título “Da Ordem Econômica e Social”, como consequência pós Primeira Guerra Mundial. Essa Constituição também previa um novo direito individual: a inviolabilidade do direito à subsistência.

Com a Carta de 1937 foi possível verificar um enorme desrespeito aos direitos do homem, principalmente em relação aos direitos políticos, tendo em vista que a forma, o conteúdo e a aplicação dessa Carta eram ditatoriais.

A Constituição de 1946 tratou da Declaração de Direitos em dois capítulos: “Nacionalidade e Cidadania” e “Direitos e Garantias Individuais”. Essa Constituição não incluiu o Direito à Subsistência; em seu lugar colocou o direito à vida.

O Direito à Subsistência encontrava-se no artigo que assegurava a todos trabalho que possibilitasse uma existência digna. Trazia, mais bem estruturados do que na Constituição de 1934, os direitos econômicos e sociais, divididos em dois títulos: um sobre a ordem econômica e, outro, sobre a família, a educação e a cultura.

Assim como a Constituição de 1946, as Constituições de 1967 e 1969 seguiram a mesma linha: possuíam direitos econômicos e sociais, previam o Direito

à Vida em substituição ao Direito à Subsistência abordado na Constituição de 1934, não trazendo nenhuma novidade expressiva que mereça um estudo especial.

Por fim, a Constituição de 1988. Esta, com técnica mais moderna, trata, no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, subdividido em Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Direitos da Nacionalidade, Direitos Políticos e Partidos Políticos. Traz também “Da Ordem Econômica e Financeira”, “Da Ordem Social”, onde estão localizados os direitos sociais.

Assim, todas as constituições brasileiras trouxeram em seu texto os direitos fundamentais, reservando a esses um capítulo próprio. De certo que as duas primeiras constituições preocuparam-se principalmente com a liberdade pública, como forma de limitar o poder. As constituições subseqüentes à de 1934 incluíram também os direitos sociais. E por fim, a Constituição vigente já prevê, inclusive, direitos de solidariedade, tais como proteção ao meio ambiente.

2.4 Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto constitucional o Título II que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e o Capítulo I que trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. O art. 5º, disposto em 78 (setenta e oito incisos), e 4 (quatro) parágrafos, elenca os direitos e deveres individuais, afirmando que:

Art. 5º. 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, nos termos seguintes.

Os incisos do art. 5º que dispõem especificamente sobre os direitos e deveres individuais serão objeto deste trabalho, limitando-se às matérias envolvidas, tais como o direito à vida e à liberdade de convicção.

Além desses direitos elencados no art. 5º, a Constituição Federal traz outros direitos que merecem um estudo mais apurado, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, previsto como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil no art. 1º, e o direito à saúde, previsto no art. 6º que trata dos direitos sociais. Assim vejamos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Passa-se agora ao estudo específico desses direitos, quais sejam: direito à vida, direito à liberdade de convicção, direito à dignidade da pessoa humana, e, por fim, direito à saúde.

2.4.1 Direito à vida

O direito à vida é o mais importante e fundamental de todos os direitos, pois sem ele não há existência nem exercício dos demais direitos; o direito à vida seria um pré-requisito para a existência de todos os demais direitos.

O Estado deve assegurar esse direito, uma vez que a Constituição Federal o assegura, devendo ser protegido, tanto o direito de continuar vivo, como o direito de se ter uma vida digna quanto à subsistência.

Esse direito humano fundamental deve ser entendido como “direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais” (MORAES, 1998, p.87).

Na visão de Alexandre de Moraes (1998, p. 87), devem ser respeitados os princípios fundamentais como os da cidadania, da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como o de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, entre outros.

Alexandre de Moraes (1998, p. 87) indica duas obrigações do Estado:

- obrigação de cuidado a toda pessoa humana que não disponha de recursos suficientes e que seja incapaz de obtê-los por seus próprios meios;
- efetivação de órgãos competentes públicos ou privados, através de permissões, concessões ou convênios, para prestação de serviços públicos adequados que pretendam prevenir, diminuir, extinguir as deficiências existentes para um nível mínimo de vida digna da pessoa humana.

Esse direito ou garantia tem início simultâneo com o nascimento da vida que, no sentido biológico, inicia-se com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, cujo resulta do é o zigoto ou ovo. A Constituição protege a vida em geral, inclusive a vida intra-uterina.

José Afonso da Silva (2001, p. 201) afirma que envolvem o direito à vida, o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e o direito à existência.

Para José Afonso da Silva (2001, p. 201), o direito à existência “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”.

Continuando o pensamento de José Afonso da Silva (2001, p. 202/203), a integridade física é um bem vital; agredindo-se o corpo humano, o físico, agride-se também a vida, por isso é um direito fundamental do indivíduo. Mas a vida não é só um conjunto de elementos físicos, materiais; é composta também de elemento moral, que consiste na honra da pessoa, na sua reputação, na dignidade e decoro, e a Constituição, assegurando o direito à vida, assegura também a integridade moral, como um valor ético-social da pessoa e da família.

O direito à dignidade da pessoa humana será objeto de estudo no próximo tópico e o direito à privacidade aqui não será discutido por não ter afinidade com o assunto estudado.

Conclui-se que o direito à vida é o primeiro direito de qualquer pessoa, inclusive de um feto que tenha viabilidade de vida, por isso é um direito tão importante, o principal de todos os direitos humanos fundamentais, porque dele derivam os demais direitos; sem o direito à vida, os demais direitos nem existiriam.

2.4.2. Direito à liberdade

Montesquieu (apud SILVA, 2001, p. 236) definiu resumidamente a palavra “liberdade”, como sendo “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”. Num conceito um pouco mais completo, a Declaração de 1789 dispôs que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos [...] A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade. (apud SILVA, 2001, p. 236)

José Afonso (2001, p. 236) conceitua liberdade como “um poder de atuação do homem em busca de sua felicidade”. Esse mesmo autor cita o conceito dado por Rivero (SILVA apud RIVERO, 2001, p. 236), autor francês, como sendo a liberdade “um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”.

É interessante ressaltar que há uma liberdade interna, que é o querer, o livre-arbítrio, a liberdade subjetiva, a manifestação interior do homem, a sua vontade; e há uma liberdade externa, que é a exteriorização desse querer individual, na qual deve ser analisado o que é permitido fazer.

Convém também ressaltar que a liberdade teve uma longa trajetória e foi sendo adquirida aos poucos, ao logo da evolução histórica dos direitos

fundamentais, e, ainda o é, como nos dizeres de José Afonso (2001, p. 235): “Liberdade é conquista constante”.

Há várias formas de liberdade: liberdade da pessoa física (de locomoção, circulação), liberdade de pensamento, liberdade de expressão coletiva (de reunião, de associação), liberdade de ação profissional, liberdade de conteúdo econômico e social (livre iniciativa, por exemplo), porém, no presente trabalho, será estudada apenas a liberdade em sentido amplo, de livre arbítrio para decidir o que melhor lhe aprouver.

A Constituição Federal prevê a liberdade como um direito fundamental, estando disposto no art. 5º, IV, a liberdade de pensamento, determinando que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Liberdade de pensamento é o direito de exprimir o que se pensa; é a liberdade de pensar e de dizer o que se acredita verdadeiro.

O art. 220 da Constituição Federal também dispõe sobre a liberdade de manifestação do pensamento da seguinte forma:

Art.220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art.5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A proteção constitucional não é só para o direito de se expressar oralmente, mas também por escrito. O inciso IX², do art. 5º, da Constituição Federal prevê o direito à liberdade de comunicação, que nada mais é do que o direito de difusão do pensamento e da informação.

Assim, a liberdade a muito custo foi conseguida, e hoje é prevista na nossa Constituição Federal como um direito humano fundamental, estando disposto em vários incisos do art. 5º. Liberdade de pensamento é o direito de se exprimir, seja oralmente ou por escrito; é o direito de falar o que se pensa, o que se acha certo, direito de pensar e decidir o que é melhor para si.

² IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

2.4.3 Direito à dignidade da pessoa humana

Dignidade da pessoa humana não é um direito ou garantia fundamental como vem sendo confundido por muitos; na verdade é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil e está prevista no art. 1º, III³, da Constituição Federal.

Convém lembrar que a palavra “princípio” contém vários significados, tais como: começo, início. Contudo essa não é a acepção da expressão “Princípios Fundamentais” que consta do Título I da Constituição Federal. Princípios, no caso, seriam os fundamentos, as bases da República Federativa do Brasil; princípio, seria, no dizer de José Afonso (2000, p. 95), um “mandamento nuclear de um sistema”.

Dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, encontra-se a dignidade da pessoa humana que enseja os direitos humanos fundamentais, tais como o direito à vida privada, à intimidade, à honra; esses direitos são conseqüências do princípio da dignidade da pessoa humana.

No ensinamento de Alexandre de Moraes (1998, p. 60), a dignidade da pessoa humana nada mais é que:

[...] um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar [...]

Portanto, a dignidade da pessoa humana é um direito individual protetivo, um meio de defesa contra o próprio Estado e os demais indivíduos que dele façam parte. É, também, um dever de tratamento igualitário dos semelhantes; as pessoas devem respeitar a dignidade do semelhante posto que a Constituição

³ **Art. 1º** - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;(original não grifado)

Federal assim o quis ao elencar a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

No direito romano havia três princípios fundamentais: viver honestamente, não prejudicar ninguém e dar a cada um o que lhe era devido. O princípio da dignidade da pessoa humana resume esses três princípios romanos.

É interessante ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução nº 217 A, III), da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1948, reconhece a dignidade como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Enfim, dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, e foi esse princípio que norteou e deu origem aos direitos humanos fundamentais, tais como o direito à vida privada, à honra, à intimidade, entre outros. Dignidade, é o respeito mínimo que se exige à cada pessoa, é um respeito mútuo entre os indivíduos e também do Estado para com os cidadãos.

2.4.4 Direito à saúde

O direito à saúde compreende um dos direitos sociais, previsto no art. 6º⁴, da Constituição Federal de 88. A Constituição Mexicana de 1917 foi pioneira a disciplinar sobre a ordem social. O Brasil teve influência da Constituição alemã de Weimar, e, em 1934, dedicou um título sobre a ordem econômica e social.

Até à Constituição de 1988 a ordem econômica e a ordem social dividiam um único título no texto constitucional. Com o advento da Constituição de 1988 foi dedicado um capítulo próprio (Capítulo II do Título II) aos direitos sociais e um título especial (Título VIII) à ordem social.

⁴ **Art. 6º** - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (original não grifado).

Hodiernamente, o direito à saúde está previsto na Constituição Federal no art. 6º, como um direito social coletivo e, mais adiante, nos arts. 196 a 200, a Constituição fala especificamente do direito à saúde, no título VIII que trata “Da Ordem Social”.

Pode-se dizer, que os direitos sociais visam a melhoria da condição de vida dos mais fracos, a igualdade, o gozo dos direitos individuais, e o Estado é quem deve proporcionar isso, prestando atendimento, criando condições mais palpáveis à obtenção da igualdade real.

Enfim, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, que deve zelar pela saúde de seus cidadãos, propiciando tratamento médico em caso de doença, independentemente da situação econômica, reduzindo e erradicando a incidência de doenças. Os arts. 196 e 197 da CF tratam sobre o assunto:

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

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O Poder Público efetiva essa proteção à saúde, garante a universalidade e a igualdade no acesso à saúde por meio do Sistema Único de Saúde, o SUS, que é uma rede regionalizada e hierárquica de ações e serviços de saúde, destinada a todos os cidadãos, sem distinção de raça, cor, crença ou condição social. O art. 198 estabelece esse sistema único, e indica as suas diretrizes:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

Assim, o direito à saúde é de todos, por isso é um direito social coletivo e o Estado deve tornar esse direito acessível, efetivo, independente da classe social ou condição econômica das pessoas; deve atender, principalmente, as pessoa que mais necessitam e que não tenham condições de pagar por serviços médicos particulares e nem ao menos por um plano de saúde que lhes atenda em casos de omissão do Estado.

O direito à saúde é um meio de efetivar o principal direito humano fundamental que é o direito à vida, pois somente com saúde é possível sobreviver neste mundo árduo.

3 ABORTO

3.1 Conceito

O conceito da palavra “aborto” ainda gera divergência entre os autores jurídicos. Carrara (apud DINIZ, 2001, p. 31) conceitua o aborto como feticídio, ou seja, “é a morte dolosa do feto no útero ou a sua expulsão violenta do ventre materno, da qual resulta a morte do mesmo feto” .

Tardieu, Zancarol e Garraud (apud DINIZ, 2001, p. 31) entendem ser o aborto:

[...] a expulsão prematura, violenta e intencionalmente provocada do feto, independentemente das circunstâncias de viabilidade, idade e formação regular, não considerando aquelas hipóteses em que se tem aborto sem que seja expelido o produto da concepção, que poderá ser absorvido pelo organismo da gestante ou, então, sofrer o processo de mumificação [...]

Já para os doutrinadores Magalhães de Noronha, Aníbal Bruno, Nélon Hungria (apud DINIZ, 2001, p. 31), entre outros, o aborto é tido como: “a interrupção da gestação, seguida ou não de expulsão do produto da concepção, antes da sua maturidade, abrangendo, assim, para sua configuração, o período que vai desde a concepção até o início do parto”.

Etimologicamente analisando, a palavra “aborto” vem do latim *abortus* (*ab* significa privação, e *ortus* significa nascimento), que vem de *aboriri* (morrer, perecer). Então, aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto. O dicionário é explícito ao dizer que abortar é “dar à luz antes da viabilidade do nascituro; ter mau sucesso [...]”, e por conseguinte, aborto é “Ação ou efeito de abortar, o mesmo que abortamento [...]” (SILVEIRA BUENO, 1992, p. 08).

Convém ressaltar que o mais correto seria a utilização do termo “abortamento”, que é o termo técnico utilizado na medicina e indica a conduta de

abortar, e o termo “aborto” é o produto da interrupção, do abortamento; é o feto quando retirado do útero materno. Porém, o Código Penal brasileiro, ao tipificar a conduta, adota o termo “aborto”, o que pode ser verificado nos artigos 124 a 128.

Apesar das divergências existentes na conceituação da palavra “aborto”, poder-se-ia dizer que o aborto é a interrupção da gravidez antes do momento em que realmente deveria ocorrer (termo final), podendo ser espontânea ou provocada, e tendo havido, ou não, a expulsão do feto.

3.2 História do Aborto

O aborto sempre esteve presente na história do direito. Em alguns casos o aborto era severamente punido, em outros, houve o abrandamento da pena, inclusive, em certa época, o aborto era considerado como assunto estritamente familiar, que poderia repercutir no direito privado.

Não se sabe como as civilizações sem escrita lidavam com o aborto e a contracepção, contudo acredita-se que, como o número de filhos era importante para a sobrevivência dos grupos dessas civilizações, eles não se preocupavam em evitar a gravidez ou então interrompê-la, mas se desejassem evitar a gravidez, supõe-se que se utilizavam de magia ou superstições.

Isso pode ser analisado em um papiro egípcio de 1850 a.C., onde foram encontradas as primeiras referências sobre a anticoncepção. Havia prescrições médicas para evitar gravidez, tais como aplicação vaginal de uma mistura de mel e bicarbonato de sódio ou de pasta preparada com fezes de crocodilo ou gomas de árvores (VERARDO, 1987, p. 80).

Em outro papiro, de 1550 a.C., há a prescrição de uma pasta de brotos de acácia com mel. É interessante ressaltar que essa mistura de brotos de acácia, ao fermentar e entrar em contato com a água, forma o ácido láctico, que até hoje é usado como agente anticoncepcional em cremes e geléias vaginais.

O Código de Hamurábi, de 1700 a.C. (Mesopotâmia), considerava o aborto como crime contra os interesses do pai e do marido, que era prejudicado e ofendido economicamente, e uma lesão à mulher.

Estranho é verificar que os hebreus também evitavam a concepção por meio do coito interrompido, e, ainda, tal prática era reprovada, o que pode ser verificado em um dos relatos do Gênesis sobre Onan⁵. Outras técnicas também eram utilizadas, tais como a introdução de substâncias esponjosas na vagina, a remoção do esperma e a movimentação violenta após o ato sexual.

Na Bíblia há referências indiretas sobre o aborto, sempre ressaltando o prejuízo sofrido pelo marido. Toma-se como exemplo uma parte do Êxodo que diz que: “Se qualquer homem durante uma briga espancar uma mulher grávida, provocando-lhe um parto prematuro, sem mais outro prejuízo, o culpado será punido conforme o que lhe impuser o marido [...]” (VERARDO, 1987, p. 80).

Há relatos de Aristóteles, um dos grandes filósofos gregos, sobre a prática de anticoncepção na Grécia por meio da utilização de óleo de cedro, incenso misturado com azeite de oliva ou unguento de chumbo, e, com essa mistura, untava-se a mulher. O aborto era permitido e era um meio de controlar o excesso populacional.

Grécia e Roma, na Antiguidade, ainda não previam pena à prática do aborto; os gregos e os romanos consideravam o feto como parte integrante da mãe, que, desse modo, poderia dispor livremente do seu corpo, por isso não puniam tal ato.

Diferentemente, Esparta proibia o aborto. A razão disso, é que Esparta era muito ligada à defesa militar, e o aumento populacional era importante para a formação dos exércitos espartanos. Apesar de ser proibido o aborto, nos casos de nascimento de criança com má formação ou deficiência física aparente, o Estado decidia o destino destes, que geralmente era mortos, jogados do monte Taijito.

Por volta do ano 200 d.C., em Roma, Séptimo Severo passou a cominar pena extraordinária à mulher casada que provocasse aborto, por entender

⁵Então Judá disse a Onan: «Casa com a mulher do teu irmão, pois é essa a tua obrigação como cunhado, para dares descendência ao teu irmão.» ⁹Mas Onan compreendeu que essa descendência não seria a sua e, quando se aproximava da mulher de seu irmão, derramava no chão o sêmen, a fim de não dar descendência a seu irmão.¹⁰A sua conduta desagradou ao SENHOR, que também lhe deu a morte (Gênesis, 38, 8-10).

que era uma ofensa ao direito que o marido deveria ter sobre a prole. Já, para a mulher solteira que praticasse aborto, não havia nenhuma punição.

Roma só passou a incriminar o aborto quando da punição por preparo de veneno utilizado em poções abortivas. As penas para quem preparava tal poção era o serviço forçado em minas, o confisco de bens ou até a deportação mas, caso a gestante morresse em decorrência do aborto, a pena era de morte para quem houvesse provocado o aborto. A Lei das XII Tábuas e as leis da República ainda não faziam menção ao aborto, somente depois é que o aborto foi considerado como uma ofensa ao direito do marido à prole.

Foi com o cristianismo, na Idade Média, que a punição do aborto generalizou-se. Havia agora uma reprovação social movida por aquele movimento religioso e, por isso, o aborto passou a ser comparado e enquadrado como homicídio.

Entendia-se, agora, que o feto era dotado de alma; não era mais considerado como uma parte integrante da mãe, por isso punia-se o aborto. Contudo havia divergência quanto ao momento em que o feto adquiria alma. Não havia certeza quanto a esse momento; uns afirmavam que era no 40º dia de gravidez, outros diziam que era no 60º dia, e outros, ainda, falavam que era no 3º mês da gestação.

Pela dificuldade em determinar o instante em que o feto adquiria alma, começou-se a utilizar do critério de distinção do feto animado e inanimado, em que os movimentos fetais no ventre da mãe indicavam sua animação, sendo assim um ser vivo, dotado de alma e, a partir de então, seria punido o aborto.

A *Constitutio Bamberguensis* (Código Criminal de Bamberg, cidade situada na Alemanha), de 1507; e a *Constitutio Criminalis Carolina* (Código Criminal de Carlos V) publicado em 1532, foram os primeiros institutos a tratar do aborto como crime. Igualavam o aborto ao homicídio, distinguindo o feto com vida (animado) e o feto sem vida (inanimado). A *Constitutio Criminalis Carolina* cominava pena de morte pela espada para quem fizesse aborto em alguma mulher, e punia com morte por afogamento a mulher que provocasse aborto em si mesma.

Nessa mesma época, na França, o aborto era punido como crime gravíssimo com pena de morte, porém não havia distinção entre o feto animado e inanimado.

No direito alemão o aborto foi considerado como forma de feitiçaria ou crime especial de homicídio. Essa idéia foi integrada à Igreja, o que levou à elaboração da *Constitutio Criminalis Carolina*, já citada acima.

Foram as idéias do cristianismo que reformaram o direito antigo, que passou a incriminar o aborto como homicídio. Quase todos os povos civilizados seguiram essa idéia do cristianismo, incluindo a tipificação do aborto em suas legislações e punindo os infratores com penas que variavam desde à pena de morte até uma branda pena de multa.

Diante do excessivo rigor na punição do aborto, no século XVIII surgiram movimentos que buscavam a descriminalização do aborto e/ou o abrandamento das penas, o que levou, aos poucos, à substituição da pena de morte pela pena prisional.

Norteados por essas novas idéias de descriminalização do aborto e de abrandamento da pena, o Código Russo de 1926 e o Código Uruguaio de 1933 tutelaram a liberdade de abortar. Contudo, diante dos grandes danos e dos efeitos gravíssimos do aborto, poucos anos depois, esses institutos foram revogados, no entanto, em 1955, a Rússia retomou esse posicionamento e o aborto foi novamente legalizado.

São poucas as legislações que admitem o aborto livremente. A maior parte tende à descriminalização parcial, sendo admissível o aborto apenas sob certas circunstâncias específicas e determinadas. Entre os países que permitem o aborto estão: a Dinamarca, a Rússia, a Hungria, o Japão, Nova Iorque (Estado americano), Havaí, Alasca, Portugal, Holanda, entre outros.

Vê-se que o aborto esteve presente em todas as épocas da história. Houve várias linhas de pensamento, contudo a que prevaleceu e a que permanece até hoje, são as idéias do cristianismo, de proteção integral ao feto, mesmo que este ainda não seja considerado como pessoa (concepção jurídica – dotado de personalidade), mas é um ser vivo e merece proteção do Estado que garanta a sua vida.

O que parece mais estranho nesse posicionamento da Igreja, é que em épocas remotas, ela defendia a pena de morte para quem provocasse o aborto, ou seja, a morte do feto. No mínimo nos parece estranho punir a morte de um feto, um ser ainda em formação, com a morte de outra pessoa plenamente formada em todos os sentidos.

Talvez devesse haver uma renovação na mentalidade das pessoas, é de se convir que seria muito melhor uma mãe ter um filho que deseja e dar a ele todo amor, carinho e dedicação, do que uma mãe ter uma gravidez indesejada, mas que, em conseqüência, não vá tratar bem seu filho, ou até que vá jogá-lo na rua ou dá-lo em adoção.

3.3 O Aborto no Brasil

No Brasil, logo de início, houve um excessivo rigor na penalização do aborto e, com o tempo, foi havendo um abrandamento, diferentemente do que ocorreu no resto do mundo, como se pode verificar acima.

Na época em que o Brasil era colônia portuguesa e eram vigentes as ordenações (afonsinas, manuelinas e filipinas), não havia nessas leis nenhuma menção ao aborto.

Em contraste à época de colônia do Brasil, este já como Reino, o aborto era punido severamente, equiparado ao homicídio por envenenamento (venifício).

Com o Código Penal do Império, de 1830, houve um abrandamento na pena do aborto: não se punia o aborto quando praticado pela gestante e enquadrava-se o aborto como crime contra a segurança das pessoas e das vidas.

O Código Penal da República, de 1890, em casos de auto-aborto, previa a redução de pena, desde que o aborto fosse para preservar a honra própria. O aborto praticado por terceiro também era punido, se houvesse a morte da mulher grávida.

Em 1940 editou-se o Código Penal vigente até hoje, com algumas alterações, mas com as mesmas bases, permanecendo as mesmas penas. Esse Código trouxe como novidade duas modalidades de aborto legal: o aborto necessário e o aborto sentimental, que serão tratadas mais adiante.

Quanto ao aborto, percebe-se que, a evolução do Brasil foi às avessas, uma vez que começou punindo a prática abortiva com um rigorismo excessivo e, aos poucos, foi havendo um abrandamento; isso em razão de sua descoberta tardia, por ser um país consideravelmente novo, sob as influências daquela época e de Portugal. Hoje há movimentos até pela despenalização do aborto, mas esse é um assunto ainda muito delicado, e sobre o qual ainda muito vai se discutir.

3.4 Modalidades de Aborto

São várias as modalidades de aborto; para classificar as espécies de aborto são levadas em conta: o objeto, a causa provocadora, o elemento subjetivo, a finalidade pretendida e a visão jurídica.

As espécies de aborto contempladas em nosso Código Penal de 1940, serão tratadas em tópico próprio por serem relevantes ao desenvolvimento do presente trabalho.

Assim, de acordo com a Maria Helena Diniz (2001, p. 32), o aborto pode ser classificado quanto ao objeto, quanto à causa, quanto ao elemento subjetivo, quanto à finalidade e quanto a ponto de vista jurídico, como se verá neste tópico.

3.4.1 Quanto ao objeto

Quanto ao “objeto”, quer dizer, quanto ao feto, o aborto pode ser classificado como:

- a) ovular: se praticado até a oitava semana de gestação;
- b) embrionário: se praticado até a décima quinta semana ou terceiro mês de gestação; e
- c) fetal: se a prática do aborto se der depois da décima quinta semana.

Nota-se que, para essa classificação, o critério utilizado é o tempo de gestação, atribuindo-se ao “objeto”, a terminologia utilizada na medicina, de acordo com o tempo, a contar da concepção, qual seja: óvulo, embrião e feto.

3.4.2 Quanto à causa provocadora

A causa provocadora, no tocante ao aborto, diz respeito à natureza dessa causa, que pode ser espontânea, acidental ou provocada.

A causa será espontânea quando houver uma interrupção natural, não desejada, decorrente de doença durante a gestação, ou pelas condições de saúde da gestante.

Pode enquadrar-se na causa espontânea o aborto decorrente de anemia profunda, cardiopatia, diabetes e, pode ser, também, em decorrência até mesmo de defeitos do ovo, embrião ou feto; quer dizer, a causa provocadora, no aborto espontâneo, pode ser motivada tanto pelas condições de saúde da gestante, quanto pelas condições de saúde do feto.

Também, quanto à causa provocadora, o aborto pode se dar por causa acidental; a exemplo da causa espontânea, a causa acidental é uma interrupção não desejada da gravidez, que ocorre, porém, por circunstâncias externas, sem qualquer traço de imprudência, negligência ou imperícia. São exemplos típicos de abortos por causa acidental aqueles motivados por emoção violenta, sustos ou quedas.

A terceira modalidade de aborto quanto à causa provocadora é o aborto provocado, isto é, a interrupção da gravidez provocada pela própria gestante ou por terceiro, com ou sem o consentimento daquela. Dentre os tipos de aborto

inserido na classificação de causa provocadora, esse tipo configura o crime de aborto descrito no artigo 124⁶ do Código Penal.

3.4.3 Quanto ao elemento subjetivo

Ao classificar o aborto quanto ao elemento subjetivo, os doutrinadores e a própria legislação levam em conta o desejo e a participação daquele que o praticou: se houve, ou não, consentimento da gestante; se a mesma desejou, ou não, praticar o aborto ou consentir na sua prática.

Dessa forma, o aborto, quanto ao elemento subjetivo, pode ser classificado como:

- a) sofrido: quando ocorre sem o consentimento da gestante;
- b) consentido: quando há o consentimento da gestante para a interrupção da gravidez; e
- c) procurado: se a gestante for o agente principal do aborto, isto é, se o aborto for desejado, procurado e realizado pela própria gestante.

3.4.4 Quando à finalidade pretendida

Quanto à finalidade pretendida, essa classificação diz respeito ao objetivo, à intenção daqueles que recorreram à sua prática, isto é, se o aborto foi realizado por ser necessário e em que condições foi realizado; se o aborto foi praticado porque havia risco para a gestante, porque a gravidez era decorrente de estupro, por motivo econômico, dentre outras causas.

⁶ **Aborto Provocado pela Gestante ou com Seu Consentimento**

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

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

Dessa forma a classificação do aborto quanto à finalidade pretendida, provém da análise dos motivos que levaram o agente, ou agentes, à sua prática.

Assim, o aborto, quanto à finalidade pretendida, pode ser classificado em seis espécies distintas.

A primeira delas é o aborto terapêutico que, por sua vez, é subdividido em duas categorias: o aborto necessário e o aborto para evitar enfermidade grave.

O aborto necessário é permitido pela lei, conforme disposição do artigo 128⁷ do Código Penal e tem por objetivo salvar a vida da gestante quando esta corre sério risco de vida e não haja outra alternativa de salvar a sua vida senão por meio do aborto. Nesse caso, o aborto deve ser realizado por um médico, com ou sem o consentimento da gestante. Acerca desse tipo de aborto, há, ainda, discussões sobre a necessidade, ou não, de autorização judicial. Neste trabalho, essa questão será analisada mais à frente, em tópico próprio.

A segunda modalidade de aborto terapêutico – para evitar enfermidade grave – procura impedir grave e iminente perigo para a saúde da gestante, contudo, essa prática não é abordada legalmente e, assim, o agente que praticar essa modalidade de aborto “preventivo”, poderá ser punido por lei, nos termos dos artigos 124 a 127 do Código Penal.

Ainda, quanto à finalidade pretendida, o aborto pode ser sentimental ou humanitário: é aquele praticado nos casos em que há uma gravidez resultante de estupro. Essa modalidade de aborto é permitida por lei (artigo 128, II⁸ do Código Penal), porém deve ser realizado por médico, mediante o consentimento da gestante ou de seu representante legal quando essa for incapaz. Também aqui se discute sobre a necessidade, ou não, de autorização judicial.

Outra categoria de aborto, enquadrada na classificação “quanto à finalidade pretendida”, é o aborto eugênico, ou seja, aquele praticado com o intuito de seleção de eugenia ou aperfeiçoamento da raça humana.

⁷ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

⁸ Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Essa modalidade de aborto geralmente é praticada quando o feto apresenta suspeita de doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves, tais como: microcefalia, mongolismo, demência precoce, idiotia amaurótica, entre outras. O aborto eugênico, antes aplicado para “selecionar” futuros guerreiros fortes e saudáveis ou para “depurar” a raça alemã, hoje é praticado até mesmo quando o feto não é do sexo desejado pelos pais. Também o aborto eugênico é vedado pela legislação brasileira.

O aborto dito “econômico” também é enquadrado na modalidade “finalidade pretendida”; é o aborto praticado sob o argumento de que o casal ou a gestante não têm condições financeiras para sustentar uma criança. Desnecessário dizer que tal prática abortiva é veementemente vedada pela legislação brasileira.

Ainda quanto à finalidade pretendida, o aborto pode ser estético, que é aquele praticado pela gestante que não quer ter o seu corpo “deformado” por uma gravidez indesejada; a par com o aborto econômico, também sua prática é defesa em lei.

Finalmente, quanto à finalidade pretendida, a última modalidade é o aborto *honoris causa*; proibido pela legislação, é aquele praticado por gestantes solteiras ou cujo feto seja produto de um relacionamento extraconjugal, para preservar a honra, a fama e a reputação.

3.4.5 Quanto à visão jurídica

Quanto à visão jurídica, não há muitas modalidades nas quais se enquadrar a prática do aborto. Juridicamente, o aborto só pode ser legal, como elencado no artigo 128 do Código Penal, ou criminoso, como nas hipóteses dos artigos 124 a 127 do mesmo diploma legal.

O aborto será legal quando praticado nas hipóteses em que a lei o permite, não havendo punibilidade para seu praticante. É o caso típico do aborto necessário e do aborto sentimental.

Por outro lado, o aborto criminoso é a prática vedada por lei; é a interrupção da gravidez em qualquer fase evolutiva, havendo, ou não, expulsão do feto.

Há que se dizer, também, que, sob o ponto de vista jurídico, admite-se o aborto na modalidade culposa, em que o médico possa ter agido com negligência ou imperícia.

Expostas as diversas modalidades de aborto, passa-se, agora, ao estudo específico das espécies de que trata o Código Penal brasileiro.

3.5 Aborto no Código Penal Brasileiro

Em suas disposições sobre o aborto, o Código Penal brasileiro traz cinco figuras típicas: o auto-aborto, o aborto provocado sem o consentimento da gestante, o aborto consensual, o aborto qualificado, e por fim, o aborto legal.

Essas tipificações estão previstas nos artigos 124 a 128, do Código Penal, como se verá a seguir.

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com consentimento da gestante:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.
Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

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

Art. 128. Não se pune aborto praticado por médico:
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O auto-aborto, figurado no artigo 124, é a interrupção da gravidez provocada pela própria gestante, que se utiliza de meios físicos, químicos ou até mecânicos para a prática do aborto, o que leva à morte do feto.

Esse artigo tutela o direito à vida do feto, que é o titular do direito que está sendo protegido pelo Estado.

Na segunda parte desse artigo fala-se do consentimento da gestante a terceiro para que lhe provoque o aborto. Nesse caso, só a gestante responde pelo artigo 124, que é um crime próprio, isto é, só pode ser realizado pela gestante. O terceiro que lhe provoca o aborto com o seu consentimento incorre na figura típica do artigo 126, que é o aborto consentido.

Já a figura do aborto provocado sem o consentimento da gestante, elencado no artigo 125, é de fácil entendimento, não havendo necessidade de maiores delongas para sua compreensão. Convém dizer que o dissentimento pode ser real ou presumido. Real quando há emprego de violência, fraude ou grave ameaça contra a gestante. Presumido quando a gestante é menor de quatorze anos, alienada ou débil mental; o parágrafo único do artigo 126 trata desse dissentimento presumido.

Quanto ao aborto consensual, também não há maiores dificuldades, esse é o aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante para tal ato. Deve-se ressaltar, apenas, que o consentimento deve persistir durante todo o ato do terceiro que está praticando o aborto, e que a gestante deve ter capacidade para consentir (é o que foi dito a cima quanto o dissentimento presumido). Nessa figura típica atua como sujeito ativo somente o terceiro que pratica o aborto.

O aborto qualificado incide em aumento da pena em razão dos resultados provocados por ele ou pelos meios utilizados para provocá-lo, tais como a lesão grave ou a morte da gestante. É um crime qualificado pelo resultado, crime esse de natureza preterdolosa, ou seja, pratica-se um ato doloso, que leva a um resultado também culposos. Essa figura só se aplica aos crimes dos artigos 125 e 126 se a gestante tiver apenas uma lesão leve; nesses casos, o terceiro somente responderá pelo aborto, uma vez que a lesão de natureza leve é uma consequência natural do aborto.

Enfim, o aborto legal, disposto no artigo 128 do Código Penal, é dividido em dois incisos: o primeiro trata do aborto terapêutico ou necessário e, o segundo, trata do aborto sentimental ou humanitário.

Art. 128. Não se pune aborto praticado por médico:
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Há grandes discussões em dizer se o artigo 128, que dispõe sobre o aborto legal nos casos em que não haja outro meio de salvar a vida da gestante e na gravidez resultante de estupro, é causa excludente da culpabilidade; se as exceções aos delitos dos artigos 125 a 127 são escusas absolutórias ou causa extintivas da punibilidade, ou então excludentes da antijuridicidade.

O doutrinador Damásio de Jesus (2003, p. 128) diz que são causas de exclusão da antijuridicidade, uma vez que o fato não é punível e o próprio artigo 128 reza isso: “não se pune o aborto”. Na opinião desse doutrinador, o fato, portanto, é lícito.

Nessa mesma linha de pensamento, o doutrinador Regis Prado (2003, p.541) afirma ser o aborto necessário uma excludente de ilicitude da conduta, baseando-se no estado de necessidade. Contudo, considera o aborto sentimental uma causa excludente da culpabilidade, pela inexigibilidade de conduta diversa.

Já o penalista Mirabete (2003, p.98) faz um misto ao dizer que o aborto necessário é caracterizado pelo estado de necessidade e o aborto sentimental pode ser enquadrado, tanto no estado de necessidade como numa causa de não exigibilidade de outra conduta.

É preciso então conceituar aborto necessário e aborto sentimental.

Quanto ao aborto necessário, este só deve ser realizado se realmente não houver outro meio de salvar a vida da gestante. O aborto com a finalidade de preservar a saúde da gestante configura, sim, o crime de aborto, como já dito acima. A lei não permite o aborto para evitar enfermidade grave da gestante.

O aborto sentimental é quando há uma gravidez resultante de estupro. Nessa modalidade de aborto, é importante que haja o consentimento da gestante ou então de seu representante legal. Esse tipo de aborto é autorizado diante da

justificativa de que a mulher não pode ser obrigada a cuidar de um filho concebido em situação de violência, de um coito não desejado, além dos riscos de a criança ter problemas de saúde mental hereditários, referentes à índole criminosa do autor do estupro.

Nesse caso, para que não haja nenhum problema para o médico, é importante que ele verifique se houve realmente o estupro (ou atentado violento ao pudor, onde se aplica a analogia), por meio de inquérito policial, boletim de ocorrência, processo criminal, ou até de indícios que estiverem ao seu alcance, tais como marcas de violência, presença de espermatozoides na vagina, tudo como um meio de evitar que o profissional seja levado a erro pela gestante, ou mesmo pela família da gestante.

Apesar de não haver nenhuma ressalva no Código Penal no sentido de que deva haver autorização judicial (assunto muito discutido, e que vai ser objeto do próximo tópico), em caso de dúvida, é melhor que o médico não realize o aborto sem essa autorização.

O que mais nos interessa para a discussão do tema e entendimento posterior deste trabalho é o aborto terapêutico e o aborto sentimental.

Apenas para instigar os ânimos dos leitores é que se propõe as seguintes discussões: Se o aborto necessário é possível, porque o aborto para preservar a saúde da gestante também não é possível, se este for o único meio de fazê-lo? A saúde da mãe integra a sua vida; sem saúde não há vida, então, ao se admitir o aborto necessário, deveria ser admitido também o aborto para a preservação da saúde da gestante! Por quê o aborto sentimental é permitido se não põe em risco nenhuma vida? Por quê permitir um aborto, em caso de estupro, se o bebê tem pelo menos 50% de chances de nascer perfeito?

Essas são questões que, mesmo com um estudo aprofundado, dificilmente serão respondidas. O Código Penal adotou esse posicionamento em 1940; talvez esse Código esteja precisando de uma reforma, precisando modernizar-se um pouco, adotar outro posicionamento senão aquele religioso, há muito adotado.

3.5.1 Da permissão legal

Ainda muito se discute se há, ou não, necessidade de autorização judicial para a prática do aborto legal.

Não há nenhuma menção no Código Penal sobre necessidade de autorização judicial para o aborto em caso de estupro. A lei é clara ao dispor que não será punido o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro (art. 128, II, CP). O único requisito necessário é de que haja consentimento da gestante para a prática do aborto na gravidez resultante de estupro.

Em razão disso, a maioria da doutrina tem entendido não haver necessidade de autorização judicial para a prática do aborto sentimental; o médico deve apenas submeter-se ao Código de Ética Médica e ter a cautela necessária, verificando, por meio de todos os indícios disponíveis, se realmente ocorreu o estupro, como forma de evitar que seja levado a erro por imprudência, cometendo, assim, o crime de aborto.

Quanto ao aborto necessário, o médico está autorizado a praticar o aborto diante de uma situação de necessidade, qual seja, o risco à vida da gestante. Não incorre no delito de aborto o médico que, mesmo sem o consentimento da gestante, realiza o aborto, uma vez que é sua função de médico salvar, ou pelo menos tentar salvar, a vida de seus pacientes, dentre eles a gestante, cuja figura, no caso de aborto terapêutico, sobrepõe-se ao feto, tendo a sua vida protegida pelo direito penal, em detrimento da vida em formação que carrega no ventre.

Conclui-se, evidentemente, que, se o Código Penal não faz nenhuma menção à autorização judicial para o aborto no caso de estupro, é porque ele já está permitindo tal prática; a autorização já se encontra implícita na própria lei, e nisso consiste o *caput* do art. 128 do Código Penal: “Não se pune o aborto praticado por médico: [...]”.

Superada essa questão, surge uma nova polêmica: e em casos de afecção grave e incurável no feto ou anomalia fetal, não se poderia pedir autorização judicial para a realização do aborto denominado eugênico ou seletivo?

Convém aqui ressaltar que muitos autores, a exemplo de Maria Helena Diniz (2001, p. 46), compreendem a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como aborto eugênico. A autora do presente trabalho, *data vênia*, discorda de tal posicionamento, entendendo que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo enquadra-se como uma interrupção terapêutica, por razões que serão demonstradas mais adiante.

Assim, se o aborto em caso de estupro é autorizado, legal e não punido, por quê não seria também autorizado e não punido o aborto de fetos incompatíveis com a vida extra-uterina, como no caso da anencefalia?

No caso de estupro, pelo menos de primeiro plano, o feto não apresenta nenhuma deformidade ou anormalidade que justifique a prática do aborto; autoriza-se o aborto nesses casos apenas com a justificativa de que a mulher não é obrigada a cuidar de um filho resultante de um coito violento, que poderá herdar problemas de saúde mental, de índole criminosa, ou outro advindos de pai desconhecido.

Se essa é a justificativa, tão mais lógico seria autorizar o aborto em caso de anencefalia, já que o feto, com raras exceções, não sobrevive após o parto; isso pouparia todo o sofrimento dos pais em esperar por nove meses para ver uma criança nascer deformada, mal desenvolvida, sabendo que a mesma não sobreviverá por muito tempo, criando uma expectativa de vida que, dificilmente, concretizar-se-á.

O que se defende aqui é apenas o aborto em caso de anencefalia. De maneira alguma se defende o aborto nos casos de doença mental, moléstias congênitas, tais como o mongolismo, a síndrome de Down, ou deficiências físicas, pré diagnosticadas no feto e que poderiam se enquadrar no chamado “aborto eugênico”. Isso sim é eugenismo e lembra a política de Hitler que buscava a superioridade ariana, com a “purificação” da raça.

A criança com mongolismo, síndrome de Down, ou outra deficiência na mesma área, tem chances de viver perfeitamente, e merece uma vida digna como qualquer pessoa, sem distinção alguma. Engana-se quem diz que pessoas com um desses tipos de deficiência não aproveitam a vida como uma pessoa normal.

Esse não é o caso da anencefalia, como poderá ser visto mais adiante em estudo mais aprofundado, uma vez que o feto anencéfalo tem pouquíssimas, para não dizer impossíveis, chances de sobreviver ao parto, por ser um feto sem cérebro, ou melhor dizendo, com cérebro muito reduzido, o que, comprovadamente, impossibilita totalmente o desenvolvimento de sua vida.

É preciso, é claro, que haja cautela e bom senso também, uma vez que há doenças que podem ser tratadas ainda durante a gestação, por meio de intervenções cirúrgicas, terapia gênica, profilaxia das malformações congênitas, o que viabilizaria a vida extra-uterina.

Há uma proposta de reforma do Código Penal e, nesse novo código, o aborto eugênico seria legal, previsto no inciso III do art. 128 com a seguinte redação:

Não constitui crime de aborto praticado por médico: se se comprovar, através de diagnóstico pré-natal, que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésima semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daquele que, ou sob cuja direção, o aborto é realizado.

Assim, no Brasil, o aborto eugênico ainda é proibido e com razão, porque permitindo tal espécie de aborto estar-se-ia regredindo, voltando ao passado de Hitler, que buscava a superioridade da raça humana e, por isso, determinava a prática do aborto eugênico para evitar o nascimento de crianças defeituosas. Ou, ainda, estaríamos voltando à Antiguidade, época em que, na cidade-estado grega de Esparta, matavam-se os recém nascidos imperfeitos que não serviriam para a guerra ou para defender sua pátria.

Toda pessoa tem direito à vida, e, além disso, a uma vida digna; não importa se ela será portadora de deficiência de qualquer natureza. Não há motivos que justifiquem a autorização para esse tipo de aborto.

Contudo, se o feto, comprovadamente por exames cada vez mais acurados e precisos, for inviável com a vida extra-uterina, por quê não autorizar o aborto como forma de aliviar, de certo modo, o sofrimento dos pais e familiares?! Para que gerar toda uma expectativa em torno de uma vida que, desde o início, já se apresenta inviável?

Hodiernamente, os exames existentes são muito precisos e isso facilita, e muito, tanto a prática médica, quanto à dos juristas em saber se o feto é realmente incompatível com a vida extra-uterina. A doutrinadora Maria Helena Diniz (2001, p. 46) cita vários exames que podem ser realizados e que constata se o feto é portador de doenças incuráveis ou se o feto é anormal, tais como: biologia molecular, amniocentese, ultra-sonografia (já existente até com imagem em 3D), amostra de vilo corial, fetoscopia, análise do sangue fetal coletado, embrioscopia, cordocentese, ecografia, dosagem de alfafetoproteína, entre outros.

Com tanta modernidade, tantos meios precisos de se identificar se o feto terá uma probabilidade de vida após o parto, não há porque temer autorizar o aborto em caso de feto anencéfalo. A simples ultra-sonografia já consegue detectar, em pouco tempo de gestação, se o feto é portador da anomalia denominada anencefalia. Um motivo a mais para se autorizar esse tipo de aborto.

4 ANENCEFALIA

4.1 Conceito

A anencefalia é um tema muito atual e polêmico que gera muitas discussões no mundo jurídico e também entre a sociedade.

Etimologicamente analisando a palavra “anencefalia” (*an* + encéfalo), em grego significa privação de cérebro, ou seja, *an* significa “privação de”, e encéfalo (*enkephalos* no grego) significa cérebro, portanto anencefalia é o feto “privado de cérebro”.

O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (1986, p. ?) define a anencefalia como sendo:

Anomalia de desenvolvimento, que consiste em ausência de abobada craniana, estando os hemisférios cerebrais ausentes ou representados por massas pequenas que repousam na base. Monstruosidade consistente na falta de cérebro.

Por ser um conceito médico, quase a totalidade dos autores pesquisados conceitua anencefalia dando ênfase, principalmente, ao fato de que o feto não tem vida extra-uterina, ou seja, não sobreviverá após o parto, e que o feto não possui cérebro, ou esse é muito reduzido. Pode-se dizer que há consenso pelo menos na conceituação da referida patologia, senão vejamos:

[...] uma má-formação fetal incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais em virtude de um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não se fecha e o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face. Em linguagem coloquial, os fetos com esta má formação são chamados de “fetos rãs”. Em linguagem coloquial são fetos sem cérebro. (Débora Diniz 2004, pg. 91)

Anencefalia consiste em malformação congênita caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, entre os dias 23 e 28 da gestação. (Jorge Andalaft Neto, presidente da comissão nacional de violência sexual e interrupção da gestação prevista por lei. Disponível em <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>>)

[...] pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela de tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois. (Maria Helena Diniz, 2001, p.281)

A anencefalia é uma patologia congênita que afeta a configuração encefálica e dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça. A conseqüência deste problema é um desenvolvimento mínimo do encéfalo, o que com freqüência apresenta uma ausência parcial ou total do cérebro (região do encéfalo responsável pelo pensamento, a vista, o ouvido, o tato e os movimentos). A parte posterior do crânio aparece sem fechar e é possível, ademais, que faltem ossos nas regiões laterais e anterior da cabeça (QUEIROZ, 2007, p. 3).

Assim, anencefalia nada mais é que uma malformação do feto, uma malformação do cérebro do feto, que pode ser representada pela ausência completa de cérebro, ou por cérebro muito reduzido, o que inviabiliza sua vida extra-uterina. Contudo a anencefalia não envolve apenas o cérebro, ou a ausência deste, envolve também todo o sistema nervoso.

O cérebro é apenas uma parte integrante do encéfalo, que é a parte do sistema nervoso central, situado dentro do crânio central. O encéfalo é composto de cérebro (telencéfalo e diencefalo), cerebelo e tronco encefálico (protuberância e bulbo raquiano). Para melhor elucidação tem-se uma figura (ANEXO A), que mostra as diferenças entre uma criança normal e uma criança, ou feto anencefálico.

Portanto a anencefalia é uma patologia decorrente de má-formação do encéfalo ocorrida na fase embrionária, e que pode ser constatada por meio de ecografia. É uma patologia que pode ser diagnosticada a partir de 12 semanas de gestação.

O diagnóstico da anencefalia é muito simples, é feito por meio de ecografia, como já dito acima, também conhecido como ultra-sonografia. Esse exame oferece um diagnóstico 100% seguro e, além disso, faz parte da rotina de qualquer exame pré-natal. Na primeira ecografia já dá para diagnosticar e visualizar o achatamento da cabeça do feto, a imagem é nítida e não deixa margem a dúvidas.

O reconhecimento de feto anencefálico é imediato como diz o professor titular de ginecologia da USP, José Aristodermo Pinotti (Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia2.htm>>): “Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado.”

Não se sabe ao certo as causas ensejadoras dessa patologia. Sabe-se apenas que fatores nutricionais, genéticos e ambientais podem influenciar indiretamente para a ocorrência da anencefalia, assim como: a exposição da mãe durante os primeiros dias de gestação a produtos químicos e solventes; irradiações; deficiência materna de ácido fólico; alcoolismo e tabagismo. A causa mais freqüente é a deficiência de ácido fólico, um dos componentes vitamínicos do complexo B.

Interessante, é que há maior incidência de casos de anencefalia em fetos de gestantes diabéticas (em que há uma probabilidade seis vezes maior), muito jovens ou com idade avançada. E, o mais interessante: a anencefalia ocorre com maior freqüência em fetos do sexo feminino, isso porque tal patologia parece estar relacionada ao cromossomo X.

A anencefalia é incurável, o feto não tem desenvolvimento do cérebro e o problema é que o cérebro é o responsável por todos comandos do corpo, é ele que regula os sistemas vitais do corpo, tais como o sistema respiratório e o sistema cardio-vascular. Se o feto não tem cérebro, não há como manter funcionando esses sistemas vitais, por isso ele morre pouco tempo após o parto, e em 65 % dos casos de anencefalia, a gravidez não chega a termo, o que é muito grave para mãe, mas isso será discutido mais à frente.

Apesar de incurável, a anencefalia pode ser prevenida. Como a maior ocorrência dessa patologia é em decorrência de insuficiência de ácido fólico, um dos componentes vitamínicos do complexo B, no organismo da mãe, os médicos

recomendam às gestantes que tomem o ácido fólico um mês antes e durante os dois primeiros meses de gestação. Não é uma técnica 100% segura, mas previne cerca de 30 a 50% dos casos de anencefalia.

Convém aqui também discutir se o feto anencéfalo tem ou não vida. Essa discussão surge diante da conceituação de “morte”, que num conceito jurídico, e também médico, diz respeito à morte encefálica. Desde o primeiro transplante de coração, em 1969, a morte cerebral passou a ser considerada como o fim da vida de uma pessoa mesmo que outros órgãos vitais ainda continuem funcionando.

A Resolução nº 1.480/97 (ANEXO C), do Conselho Federal de Medicina dispõe:

[...] a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial (...)

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

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia [...].

Então, a morte ocorre quando há paralisação das atividades cerebrais, e não a paralisação dos demais órgãos (morte biológica). Mas, como visto, se o feto anencéfalo não possui cérebro, como fica o conceito de morte para ele? Quando pode ser considerado que ocorreu a morte no feto anencéfalo, se a morte é ausência de atividades cerebrais e o feto, portador dessa patologia, não possui cérebro?

Em 2004, o Conselho Federal de Medicina emitiu a Resolução nº 1.752/04 (ANEXO D), que trata da autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante. Nessa Resolução os fetos anencéfalos foram considerados natimortos cerebrais, ou seja, fetos que nascem mortos ou que morrem instantes após o parto ou no momento do parto e, para tanto, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica, uma vez que estes não possuem cérebro.

Então, os fetos anencefálicos propriamente não possuem vida; eles mantêm-se “vivos” em razão do metabolismo da mãe; é a mesma coisa que uma pessoa que, por qualquer motivo, está no hospital vegetando e já teve a sua morte cerebral decretada, porém, se ela for mantida ligada aos aparelhos, suas funções vitais permanecerão. Essa pessoa só continuará “viva” porque os aparelhos que a mantêm com vida. No momento em que estes forem desligados, ela “morrerá” (morte biológica) em pouco tempo.

Apesar de ser uma doença terrível, pensando-se pelo lado solidário, os fetos com anencefalia podem ter um papel importante por serem potenciais doadores de órgãos, mesmo que, geralmente, os transplantes de órgãos de fetos anencéfalos não dão certo, ou são inviáveis, porque os órgãos podem estar comprometidos em razão da má-formação.

Conclui-se, redundantemente, que a anencefalia é uma doença incurável, e de fácil diagnóstico, que leva inevitavelmente, em 100% dos casos, à morte do feto. O feto anencéfalo já foi considerado natimorto por resolução do Conselho Federal de Medicina. Assim, sopesando-se o fato de já ter sido considerado natimorto, não seria viável interromper a gravidez de feto anencéfalo?

A anencefalia gera muitas discussões, principalmente em torno desse questionamento: se a mãe teria, ou não, o direito de optar por interromper a gravidez, ou se ela seria obrigada a levar a termo essa gravidez, sob pena de incorrer no crime de aborto. O presente trabalho vai se desenvolver a partir de agora em torno dessa discussão.

4.2 Problemas Decorrentes de Gravidez de Feto Anencéfalo

A gravidez de feto anencéfalo gera muitos problemas à mãe, tais como risco de vida, doenças advindas dessa gravidez de risco, desgaste emocional que, inclusive, é equiparado por alguns autores à tortura psicológica, entre outros.

Toda gravidez é fator de riscos para a mãe e para o bebê, mas a gravidez de feto anencéfalo traz maior probabilidade de ocorrência de doenças à

mãe. E sobre isso a FEBRASGO (apud Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia, 2004, p. 104, 105), Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, emitiu um parecer atestando que:

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

A probabilidade de uma gestante de feto anencéfalo ter polihidrâmnio, que é o excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, é de 50% a 75%; isso ocorre porque parte do líquido amniótico é deglutido por fetos normais e, em caso de fetos anencéfalos, não há deglutição, pela falta de controle do Sistema Nervoso Central. A tentativa de retirar o excesso de líquido pode levar a um deslocamento prematuro de placenta, que é considerado de relativa gravidade.

Há possibilidade de a gestante ter uma atonia do útero no pós-parto, e isso ocorre em 10% e 15% dos casos de gestante de feto anencéfalo, sem contar a grande possibilidade de ocorrer hemorragias na gestante.

Outro problema grave é a distóica de ombro, patologia que, em fetos anencéfalos, pode iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero, isso em razão de o ombro, em caso de anencéfalos, geralmente ser grande, maior do que a média, e isso, pode levar à expulsão do ombro, além de grandes dificuldades no parto. A distóica de ombro tem ocorrência em 5% dos casos de parto de fetos anencéfalos.

Eclampsia também é uma complicação à saúde da mãe, que é o desenvolvimento de hipertensão, além de excesso de proteína na urina. A eclampsia

é um risco de toda gravidez, mas aumenta em gestações de fetos anencéfalos, e pode levar ao coma ou até à morte.

Traz grandes riscos à vida da gestante quando o feto “morre” ainda dentro do útero da mãe, antes de completar os nove meses. Isso ocorre em 60% a 65% dos casos de anencefalia, e é gravíssimo.

Além dos riscos à saúde da gestante no período de gestação, ela também corre riscos no parto, que aumentam na ordem de 22%, comparado aos partos de gestações normais. A primeira complicação que se deve considerar é a duração do parto. O trabalho de um parto comum ou natural dura em média 6 horas, já o trabalho de parto em casos de anencefalia dura entre 14 a 16 horas. Isso se deve à própria deformidade do feto, que não se encaixa corretamente para o parto, em razão de não ter a caixa craniana formada. Os fetos geralmente estão sentados, atravessados, e isso também indica sérios riscos à vida da gestante.

Não se pode desconsiderar os problemas psicológicos pelos quais a mãe passa, e não só a mãe, mas toda a família se inclui nesse rol. Um filho é uma alegria imensa para toda mãe, gera uma expectativa muito grande em torno desse maravilhoso acontecimento que é o nascimento de uma vida. Mas a imensa alegria do nascimento de um filho se torna profunda tristeza e dor, diante o diagnóstico e prognóstico de que o bebe é anencéfalo e não sobreviverá. Muitas mães sonham com seus bebês com cabeças de monstros, ou muitas delas nem conseguem dormir ao imaginar que carregam no ventre um bebê anencéfalo. Essas gestantes vêm todos os seus sonhos irem embora, sonhos esses que toda mãe sempre sonhou: arrumar o quarto para o bebê, comprar berço, comprar roupinhas. Todo esse sofrimento não passa de uma tortura psicológica, levar uma gestação a termo nessas condições é uma tortura para a mãe e para os demais familiares, pois gera uma expectativa que não será suprida ou correspondida.

Sem contar que, se a gravidez é levada a termo, haverá a necessidade de registrar o bebê, ir a uma delegacia de policia registrar o óbito e providenciar um funeral e sepultamento para o bebê.

A gestante tem que passar por um tratamento psicológico durante e após a gestação, para poder superar a perda de um filho que nem chegará a viver. Certos cuidados deverão ser tomados pelo médico, tais como no: pós-parto não

colocar a mãe na mesma sala em que outras gestantes estão amamentando seus bebês.

Diante de tantos gravames que a gestante de um feto anencéfalo passa, seria melhor que ela tivesse o livre arbítrio de interromper ou não a gestação, como meio de evitar tantos sofrimentos e como meio de proteger a sua saúde, a sua vida.

Convém ressaltar, que apesar de muitos autores dizerem que a interrupção da gravidez em caso de anencefalia trata-se de aborto eugênico ou seletivo, essa afirmação é incorreta.

Primeiro que não se trata de aborto, e sim de uma interrupção terapêutica da gestação. Não se trata de aborto, porque para configurar o aborto é necessário que haja uma potencialidade de vida extra-uterina do feto, o que se pretende proteger com o a tipificação do aborto é a vida humana, o que não ocorre no caso de anencéfalos.

Como já dito, o feto anencéfalo não tem vida e muito menos uma potencialidade de vida extra-uterina, portanto não teria como enquadrar o ato de interromper a gravidez como aborto. A antecipação terapêutica do parto de anencéfalo não retira a vida do feto, apenas abrevia o sofrimento da gestante. É interessante destacar que todas as pesquisas de medicina fetal e de neurofisiologia do feto mostram que o feto não sente dor, não sofre, porque ele não tem cérebro e sem ele não é possível que o feto sinta dor ou sofra (DINIZ, 2004, p. 86).

Ademais, também não se trata de eugenia, ou seja, ideologia opressora e autoritária baseada em pressupostos racistas, sexistas e discriminatórios. O aborto eugênico ou seletivo é praticado com o intuito de seleção de eugenia ou aperfeiçoamento da raça humana, é realizado quando o feto é portador de deficiências, por exemplo. Deficiência não tem nada a ver com anencefalia, a anencefalia é incompatível com a vida, já a deficiência é perfeitamente compatível.

E nesse sentido são os dizeres de Dílio Procópio Drummond de Alvarenga (apud GOULART, 2006, p. 537):

Não se pode obrigar uma mulher a suportar, desnecessariamente e por longo tempo, os riscos e peso, moral e físico, de uma gestação, cujo produto nem resistirá a seu próprio nascimento. E foi assim que cheguei ao entendimento que nega a punibilidade (por ausência de tipicidade) do aborto de feto anencefálico. Essa resposta é obtida, à luz da sistemática jurídica, em consonância com o exame da legislação pertinente à remoção e transplante de órgãos de cadáveres humanos. Evidentemente, essa atividade só é permitida desde que constatada a morte do doador. Dogmaticamente, a razão da impunibilidade do aborto de feto anencefálico – que é um morto cerebral, prende-se à ausência de tipicidade, fundada em três causas: falta de objeto jurídico, falta de sujeito próprio e falta de objeto material. O fato não é mais do que um quase-crime, na modalidade de crime impossível.

Diante de tantos problemas que a gestante de feto anencéfalo enfrenta durante a gravidez, dentre os quais os já citados acima: problemas de saúde, problemas psicológicos, risco de vida, não seria viável abreviar esse sofrimento da gestante e permitir legalmente a antecipação terapêutica do parto? Se, em casos de estupro, o aborto é permitido, mesmo quando o feto é sadio e perfeito, pelo simples motivo de preservar os sentimentos da mãe, com muito mais razão deveria ser permitido a antecipação terapêutica do parto em caso de anencéfalos. E é este o principal assunto do presente trabalho: se a mãe tem ou deveria ter o direito de escolher se quer ou não antecipar o parto e quais os direitos que devem prevalecer, da mãe ou do feto?!

4.3 Direitos da Mãe X Direitos do Feto Anencéfalo

Enfim começa-se agora a discutir o cerne do tema desse trabalho, ou seja, dentre os direitos fundamentais conflitantes envolvidos no problema da gravidez de feto anencéfalo, diga-se, os direitos da mãe e os direitos do feto, qual deles deve prevalecer? Nesses casos, a mãe tem o direito de escolher se quer ou não antecipar o parto?

Os direitos humanos fundamentais já foram tratados e especificados neste trabalho. Os principais direitos, que estariam envolvidos nessa questão são o direito à vida do feto anencéfalo, além dos direitos à dignidade, à liberdade

(autonomia), à saúde e, também, à vida da gestante. Haveria mesmo um conflito entre esses princípios constitucionais?!

Levando-se em consideração a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.752/04, que atribui aos fetos anencéfalos a característica de natimorto, a princípio não haveria conflito entre normas constitucionais, uma vez que o feto não tem uma vida, nem expectativa de vida, não há que se falar sobre a tutela do Estado sobre um direito que não existe.

É certo que os nascituros tem seus direitos assegurados, mas com a condicionante de nascerem vivos. No caso do anencéfalo, ele já é considerado natimorto, então não há um bem jurídico a ser protegido, não há direitos a serem resguardados.

Ao se permitir legalmente ou judicialmente a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia, não se estaria negando o direito à vida do feto, porque não há uma vida a ser protegida no caso de feto anencéfalo. Essa é uma razão também pela qual a antecipação do parto não pode ser considerada crime de aborto. Não há vida a ser protegida, não há um bem jurídico em perigo.

Luis Roberto Barroso (apud GOULART, 2006, p. 539) confirma essa tese:

A antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico. O fundamento das decisões judiciais que têm proibido sua realização, não é a ordem jurídica vigente no Brasil, mas sim, outro tipo de consideração. A restrição à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante, nesse caso, não se justifica, quer sob o aspecto do direito positivo, quer sob o prisma da relação de valores: como já referido, **não há bem jurídico em conflito** com os direitos aqui descritos. (grifo não original)

Contudo, ao proibir que as gestantes realizem a antecipação terapêutica do parto, estar-se-ia negando os direitos fundamentais dessa gestante, estar-se-ia negando o seu direito de liberdade, de autonomia, estaria pondo sua saúde e sua vida em risco, além de que, obrigar a gestante a esperar por nove meses uma criança que não terá vida é submetê-la a tratamento desumano, e isso fere o princípio de todos os princípios: da dignidade da pessoa humana, sendo equiparado à tortura.

Flavia Piovesan (apud PIMENTEL, disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia4.htm>>), ao se referir a autorização da antecipação terapêutica do parto diz que tal ato:

[...] celebra a prevalência dos valores da dignidade humana, da liberdade, da autonomia e da saúde, em absoluta consonância com os parâmetros constitucionais e internacionais acolhidos pelo Brasil. Caberá à mulher, na qualidade de pleno sujeito de direitos, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado [...]

Mais uma vez ressaltando que, se em casos de estupro o aborto é permitido, por quê não seria permitida a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia, sendo que o feto anencéfalo não tem chances de viver, já o feto, em caso de estupro, pode vir a ser perfeito e saudável?

Assim, não há que se falar em conflitos de princípios fundamentais, porque apenas uma das partes é considerada pessoa detentora de direitos, a outra parte, nem vida possui. Sobre esse ponto de vista, não seria ilegal permitir a antecipação do parto em casos de anencefalia. Autorizando tal ato, estar-se-ia consagrando os direitos fundamentais, principalmente os direitos de liberdade e de autonomia de escolha. A decisão de antecipar o parto deve ser só da mãe, ou, quando muito, daqueles que a cercam no âmbito familiar.

4.4 História da Anencefalia no Brasil

O diagnóstico de anomalias fetais iniciou-se em 1979. No mesmo período começou-se a discutir sobre o aborto, discussões restritas apenas ao âmbito da medicina, restritas.

Em 1990, o Conselho Federal de Medicina abre a discussão sobre anomalias fetais para o mundo jurídico, o que resultou na proposta de reformulação do Código Penal, especificamente do artigo 128, como já dito acima.

Quanto aos precedentes jurisprudenciais dos quais se tem notícia, a primeira autorização para antecipação de parto em caso de anomalias fetais teria sido concedida no Estado de Rondônia, cidade de Ariquemes, em 1989. Contudo não se têm documentos que comprovem a concessão de tal autorização.

Já em 1991, há documentos que comprovam ter sido concedida autorização para realização de aborto em caso de anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina em uma gestação de 26 semanas. Essa autorização foi encontrada na 1ª instância do Estado de Mato Grosso, na cidade de Rio Verde, sendo uma decisão do juiz Jurandir Rodrigues Brito. Inclusive nesse processo houve menção ao alvará emitido em Ariquemes – RO (FRIGÉRIO, disponível em: <http://www.jep.org.br/downloads/JEP/Artigos/aspectos_bioetico_juridico_abortamento_seletivo.htm>).

Um ano depois, em 1992, na cidade de Londrina, Paraná, o juiz Miguel Kfoury Neto autorizou a interrupção da gravidez de feto com anencefalia, gestação essa na 20ª semana.

Em 1993 foi a vez do Estado de São Paulo, o juiz Geraldo Pinheiro Franco autorizou a interrupção da gestação em caso de anomalias múltiplas do feto.

A partir de 1994 começou a ser mais freqüente a autorização para interrupção da gestação em casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida, como se pode ver na tabela a baixo (FRIGÉRIO, disponível em: <http://www.jep.org.br/downloads/JEP/Artigos/aspectos_bioetico_juridico_abortamento_seletivo.htm>).

TABELA 1 - Número de autorizações expedidas ao longo dos anos e em cada Estado.

| Estado | 1989 | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 |
|-------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Amazonas | | | | | | 1 | | | | | |
| Bahia | | | | | | | | | | | 1 |
| Ceará | | | | | | 1 | 3 | | | | |
| Distrito Federal | | | | | | | | | | 2 | 1 |
| Mato Grosso | | | 1 | | | | | | | | |
| Minas Gerais | | | | | | 2 | | 2 | | | |
| Paraná | | | | 1 | | 1 | | 2 | | | |
| Pernambuco | | | | | | | | | 1 | 1 | |
| Rio de Janeiro | | | | | | 1 | | 5 | 7 | 2 | |
| Rio Grande do Sul | | | | | | 1 | | | | 2 | |
| Rondônia | 1 | | | | | | | | | | |
| São Paulo | | | | | 3 | 19 | 44 | 64 | 32 | 41 | 19 |
| Santa Catarina | | | | | | | | | | 2 | |

Foi feito um levantamento de processos judiciais em que houve pedido de autorização para interromper a gravidez em casos de anomalias fetais pelo Dr. Paulo Alberto Otto, do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo (apud FRIGÈRIO). Como o judiciário ainda não está informatizado por completo, é difícil obter informações precisas; a alternativa foi fazer uma chamada por alvarás expedidos no território nacional por meio da imprensa, internet, contatos pessoais e outros meios de divulgação.

Foram encontrados 263 processos, de agosto de 1996 a junho de 1999, o que pode ser verificado na tabela acima. Apenas duas autorizações foram concedidas em segundo grau, uma em Belo Horizonte e a outra em Florianópolis.

A anencefalia teve maior destaque no Brasil no ano de 2004, com o caso Gabriela. Gabriela, morava em Teresópolis, Rio de Janeiro, era uma mulher jovem e, aos 3 meses de gestação, descobriu que seu feto era anencéfalo. Foi feito o pedido de autorização para interromper a gestação, mas tal pedido foi negado pelo juiz de primeira instância. Houve recurso para o Tribunal Superior, sendo que a autorização foi concedida, mas, logo após foi cassada.

Gabriela passou por uma longa trajetória jurídica, entre o pedido de antecipação do parto, *habeas corpus* e das várias negativas da antecipação, e por

isso ela não conseguiu antecipar o parto; teve seu bebê no oitavo mês de gestação. Era uma menina, Maria Vida e viveu apenas sete minutos.

Nesse caso pode se verificada a grande diversidade das decisões dos juízos de 1º e 2º grau, ou seja, ou que concede e o outro que nega, depois resolve conceder. Isso só comprova a polêmica do assunto, e ainda a grande incerteza sobre esse.

Diante do caso de Gabriela, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, por meio do advogado constitucionalista Luis Roberto Barroso, ofereceu Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, ao Superior Tribunal Federal, em 16 de junho de 2004, com o intuito de que fosse liberado o aborto em casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida.

Liminarmente, em 1º de julho de 2004 pelo Ministro Marco Aurélio, foi concedido à todas as mães o direito de optarem pela interrupção ou não da gestação nos casos de fetos anencéfalos. Contudo essa liminar foi cassada, e depois em votação no plenário o STF decidiu pela improcedência da ADPF nº 54.

Assim, de acordo com a decisão do STF, no Brasil ainda é proibida a antecipação do parto em casos de anomalias fetais, tais como a anencefalia, e em razão disso o Brasil está em quarto lugar no ranking mundial dentre os países que mais apresenta partos de fetos com anencefalia, de acordo com a Organização Mundial de Saúde.

E isso não é um fator decorrente da maior ou menor pobreza do país, porque se assim fosse, países mais pobres que o Brasil teriam a incidência de partos de anencéfalos muito maior, mas não é o que ocorre. Podemos citar como exemplo a Bolívia, o Equador, a China, que são países não tão rígidos quanto a sua legislação. Já no Chile, que é um país com menos pobreza que o Brasil, tem uma incidência maior que o Brasil em partos de anencéfalos, isso devido a legislação ser muito rígida, e portanto não autorizar o aborto, a interrupção da gravidez.

Talvez seja preciso amadurecer nossa legislação, não só para permitir que a antecipação do parto de fetos anencéfalos seja autorizada, mas como meio de evitar vários problemas, tais como a violência, a desordem, o desrespeito à sociedade e aos cidadãos brasileiros.

Ademais, é de se cogitar uma responsabilidade do Estado diante de tantas ocorrências de fetos anencéfalos no Brasil, uma vez que a maior ocorrência dessa malformação é decorrente da falta de ácido fólico na gestante.

Muitas gestantes, a maioria, por sinal, não têm condições financeiras de acompanharem sua gravidez e mesmo a sua saúde em médicos particulares, deste modo utilizam-se do Sistema Único de Saúde – SUS, que é muito precário. As gestantes não recebem todo o tratamento que seria devido e necessário a uma gestante, por exemplo, a indicação do médico para que a mãe tome ácido fólico antes e durante a gravidez, como medida preventiva de vários problemas em seu bebê.

Talvez o grande problema seja o descaso do Estado para com os seus cidadãos, descaso daqueles que foram escolhidos para que buscassem os interesses dos cidadãos, mas na verdade só almejam o aumento de seus salários, ironicamente altíssimos, só buscam maneiras de enganar aqueles que pagam seus salários com falcatruas, burlando licitações e a legislação. Talvez o problema seja muito mais sério do que a simples falta de “ácido fólico”, talvez seja falta de vergonha e de compaixão para com seus semelhantes.

5 POSICIONAMENTOS

5.1 Posições Doutrinárias

São diversas as posições doutrinárias quanto ao assunto tão polêmico que é a anencefalia. Esse tópico visa apenas elucidar esse trabalho com a posição de alguns doutrinadores com relação a anencefalia.

A maior parte dos doutrinadores pesquisados tendem em aceitar a interrupção da gestação de feto anencéfalo como um direito e uma opção da gestante, além de acreditarem que o feto anencéfalo não teria vida.

Discute-se muito se o ato de interromper a gestação de feto anencéfalo seria punível, sendo portando tipificado como crime de aborto, ou se seria uma excludente da antijuridicidade, ou da punibilidade, ou ainda da tipicidade.

Passa-se, então, a expor o posicionamento de apenas alguns doutrinadores.

5.1.1 Luiz Flávio Gomes

Pode-se afirmar tudo em relação ao aborto anencefálico, menos que seja um caso de morte arbitrária. Ao contrário, antecipa-se a morte do feto (cuja vida, aliás, está cientificamente inviabilizada), mas isso é feito para a tutela de outros interesses sumamente relevantes (saúde da mãe, sobretudo psicológica, dignidade etc.). Não se trata, portanto, de uma morte arbitrária. O fato é atípico justamente porque o resultado jurídico (a lesão) não é o desarrazoado (...). esse, em suma, é o fundamento da atipicidade do aborto anencefálico (...). mas é preciso que se constate, com toda clareza, a inviabilidade do feto (...). Fora das hipóteses de inviabilidade certa da vida, jamais se conceber o aborto (...) o feto anencefálico conta com má formação do cérebro, mas não se pode afirmar a sua morte cerebral. (GOMES, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561>):

5.1.2 Ives Gandra da Silva Martins

A Constituição garante a todos os seres humanos, bem ou malformados, sadios ou doentes, o direito à vida desde a concepção, sendo a morte apenas a decorrência natural de sua condição e não a decorrência antecipada de convicções ideológicas.

(MARTINS apud QUEIROZ, 2007, p. 04)

5.1.3 Flávio Augusto Monteiro de Barros

[...] a inexigibilidade de uma conduta conforme o direito exclui a culpabilidade. Razões humanitárias e lógicas demonstram que, em circunstâncias anormais, o comportamento contrário ao direito não é reprovável quando o agente não podia proceder de outra maneira.

Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 390)

5.1.4 Alberto da Silva Franco

São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável.

[...]

h) a mãe gestante de anencéfalo tem o direito de optar pela manutenção ou não do processo de gravidez [...];

[...]

k) não é possível em se tratando de anencefalia, caracterizar como aborto a interrupção do processo gestacional ou de antecipação do parto, pois o elemento básico para reconhecimento do tipo é a existência de uma vida intra-uterina, o que inexiste no anencéfalo cuja malformação embrionária inviabiliza vida própria fora do ventre materno;

[...]

m) a interrupção do processo de gestação ou o adiantamento do parto são condutas havidas como atípicas;

n) em se tratando de caso flagrante de atipicidade, não há sentido algum em exigir-se autorização judicial [...]

(lberto da Silva Franco)

5.1.5 Fernando Capez

Tecnicamente considerado, o aborto eugenésico dirá com a exclusão de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, tanto por parte da gestante, considerando o dano psicológico a ela causado, em razão de uma gravidez cujo feto sabidamente não sobreviverá, como por parte do médico, que não pode ser compelido a prolongar o sofrimento da mulher.

5.1.6 Guilherme de Souza Nucci

[...] algumas decisões de juizes têm autorizado abortos de fetos que tenham graves anomalias, inviabilizando, segundo a medicina atual, a sua vida futura. Seriam crianças que fatalmente morreriam logo ao nascer ou pouco tempo depois. Assim, baseando-se no fato de que algumas mães, descobrindo tal fato, não se conformam com a gestação de um ser completamente inviável, abrevia-se o sofrimento e autoriza-se o aborto. O juiz invoca, por vezes, a tese da inexigibilidade de conduta diversa, por vezes a própria interpretação da norma penal que protege a vida humana e não falsa existência, pois o feto só está vivo por conta do organismo materno que o sustenta. A tese da inexigibilidade, nesse caso, teria dois enfoques: o da mãe, não suportando gerar e carregar no ventre uma criança de vida inviável; o do médico, julgando salvar a genitora do forte abalo psicológico que vem sofrendo. A medicina, por ter meios atualmente de detectar tais anomalias gravíssimas, propicia uma avaliação judicial antes impossível. Até este ponto, cremos ser razoável a invocação da tese de ser inexigível a mulher carregar por meses um ser que, logo ao nascer, perecerá. Mas não se pode dar margem a abusos [...]

5.1.7 João Baptista Villela

A anencefalia também é uma deficiência física. Não mais que uma deficiência física, como a falta de braço ou a deformidade dos pés. [...] Se esta fosse, contudo, uma razão para abortar os anencéfalos – isto é, a brevidade de suas vidas – deveríamos, por coerência e até por economia, liquidar igualmente a vida dos pacientes terminais, pois eles também, sabe-se, não viverão por muito tempo mais. [...] Ora, aí estaríamos fazendo uma diferença entre os que têm uma sobrevida longa e os que têm uma sobrevida curta. Esta distinção é inaceitável. [...] Não fosse assim, deveríamos falar em dignidade “dos jovens”, “dos saudáveis”, “dos que não padecem deficiência”, etc. e não em “dignidade da pessoa humana”. [...] O direito não protege a duração da vida, senão a vida mesma pelo tempo – longo ou breve – que durar.

5.1.8 Cezar Roberto Bitencourt

O CP não legitima o chamado *aborto eugenésico*, mesmo que seja provável que a criança nascerá com deformidade ou enfermidade incurável. Contudo, sustentamos que a gestante que provoca o *auto-aborto* ou *consente que terceiro* lho pratique está amparada pela inexigibilidade de outra conduta, sem sombra de dúvida.

5.1.9 Maria Helena Diniz

Em caso de malformação fetal ou de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, como a anencefalia, por exemplo, ou com uma boa qualidade de vida dos pais teriam o direito de optar pela interrupção da gestação? (...) Tudo isso, no nosso entender, não passa de eugenismo, que lembra a “política eugenista” de Hitler, a qual pretendia a legalização do aborto eugênico para evitar nascimento de crianças defeituosas, com a intenção de obter a melhoria da raça ariana ou “higiene racial”. (...) A ninguém é lícito, muito menos à sociedade ou ao Estado, julgar o valor intrínseco de uma vida humana por suas deficiências. Nem mesmo a eutanásia pré-natal por consenso dos pais deveria ser admitida, porque se ninguém tem o direito de controle sobre sua própria vida, como poderia tê-lo em relação à vida alheia?

5.1.10 Paulo Silveira Martins Leão Junior

[...] quanto à questão das crianças anencéfalas, enfatiza-se o sofrimento, real, da mãe por estar grávida de um filho com malformação grave e se propõe, como solução, falsa, a eliminação ou morte desse filho como se ele ainda não existisse, deixando-se oculto o fato de que, quando o diagnóstico de anencefalia é feito, em torno dos três meses de gravidez, a mãe já tem certeza da existência de seu filho, até mesmo em razão de sua movimentação. Silencia-se sobre as gravíssimas conseqüências, físicas e psicológicas, para a mulher, advindas do abortamento provocado [...]. Omiti-se a informação da possibilidade de prevenção [...]; não se implantam políticas públicas eficazes nesse sentido; [...] exagera-se nos riscos da gravidez de feto anencéfalo, que, em si, não é danosa à saúde da mulher [...]

5.1.11 Julio Fabbrini Mirabete

Não prevê a lei a exclusão da ilicitude do aborto eugênico (ou *eugenésico*, ou *eugenético*, ou *piadoso*), que é o executado ante a prova ou até suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves ou fatais (anencefalia ou acrania, p. ex.), embora haja movimentos, a nosso ver totalmente justificados, em favor da legalização dessa prática. Já há precedentes jurisprudenciais no sentido de que, provada a anomalia grave, o aborto deve ser autorizado, mas os alvarás concedidos ainda não encontram apoio nem no direito material nem no direito processual.

5.1.12 Ives Gandra da Silva Martins Filho

A prática tem demonstrado que os **traumas psicológicos** gerados por **abortos voluntários** são maiores do que a tristeza e o desgaste de se levar até o final uma gravidez de um feto anencéfalo ou indesejado. [...] não é possível se pretender dizer que não se está diante de **uma vida humana** [...]. Concluindo-se que se trata de uma vida humana, a desse embrião, vem nova questão que coloca em xeque a sua **viabilidade** e a sua **racionalidade**. Será que apenas a vida humana **saudável e consciente** seria passível de defesa?

5.1.13 Antonio Jorge Pereira Júnior

Se o acaso foi pesaroso a uma mãe, nem por isso deverá ela ser injusta com sua prole, tirando dela seu bem mais valioso. “É melhor sofrer uma injustiça a comete-la”, dizia Aristóteles, o pai da Ética clássica (ética das virtudes, também denominada ética da felicidade). Continuam mãe e filho sendo pessoas diferentes, dotadas de iguais direitos e de idêntica dignidade, por mais que seja indesejada a situação do feto. A dignidade humana, a despeito de todos os defeitos do feto, permanece inteira na pessoa. O respeito ao curso natural da gestação, no caso, preserva a integridade ética da mulher e disso ela deve ser informada. A interrupção voluntária violenta mãe e filho.

5.1.14 Rodrigo Fortunato Goulart

[...] no caso de anencefalia, não há conflitos de direitos, dada a morte cerebral do feto, nem tampouco crime de aborto, em virtude da inexistência de sujeito passivo próprio e falta de objeto material.

Subtrair a oportunidade de interromper, sob o acompanhamento médico especializado, uma gravidez de feto anencéfalo é protelar um sofrimento psicológico muito grande para a gestante e sua família, sem falar no risco de vida em que incorre a própria mãe.

Desta forma, optamos pelo posicionamento, longe do debate político ou religioso, a favor do direito da garantia de escolha aos casais e, principalmente às gestantes portadoras de fetos anencéfalos: que haja o **direito de optar pela antecipação terapêutica do parto, sem previa necessidade de autorização judicial, [...]**

5.1.15 Gilberto Jabur Haddad

É no fundamento do preceito constitucional que devotou apreço à família, a qual, tornada “base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226, *caput*), que se identifica a mola constitucional mais forte, seguida pelo comando inergável em que deita a dignidade humana (CF, art. 1º, III), contra qualquer autorização contrária à *natural* fluência da vida intra-uterina: mãe e filho formam, com ou sem pai ou diversos parentes – e formam porque assim o determinou o constituinte (art. 226, §4º) – uma genuína família no que diz respeito à proteção do Estado, que, ao permitir a remoção da vida, vai além das raias da desproteção e penetra a ilicitude civil (CC, art. 2º, 2ª parte) e penal (CP, 128, I, a *contrario sensu*).

5.1.16 José Aristodermo Pinotti

A manutenção da legislação atual, que precede em muitas décadas os avanços científicos que garantem o diagnóstico de certeza da anencefalia, obriga as mulheres a levarem adiante uma gestação que contém feto com morte cerebral e certeza de impossibilidade de sobrevivência ao nascerem. Para essas mães, a alegria de pensar em berço e enxoval será substituída pela angústia de preparar vestes mortuárias e sepultamento. [...] é importante dar às mulheres e seus companheiros o direito de optar de modo informado.

5.1.17 Jorge Andalaft Neto

Decidi-se entre os profissionais de saúde se a interrupção é ou não um ato benéfico para a gestante. O diagnóstico de anencefalia é sempre seguido de grande angústia por parte dos médicos e das pacientes. O médico precisa estar suficientemente preparado para notificar o casal e orientá-los de forma segura. A orientação dada ao casal deve sempre ser esclarecedora [...]. “Desfazer os sonhos” e derrubar o castelo que estava sendo construído são situações difíceis, encruzilhadas perigosas, e o médico neste momento não deve atuar como um fator complicador de decisão. A ele não cabe impor sua opinião, pois deve a família tomá-la.

Do ponto de vista clínico e obstétrico há evidências muito claras de que a manutenção da gestação pode levar o risco de morbi-mortalidade materna, justificando-se deste modo, a livre decisão de médicos e pacientes pela antecipação do parto.

5.1.18 Fabrício Fazolli

[...] cabe lembrar que o produto desta gestação só possui “vida” devido ao metabolismo da mãe, que a criança, ao nascer, conseguirá “sobreviver” apenas alguns instantes e viria a óbito logo em seguida. Assim, a ausência de cérebro não daria a este ser nenhuma expectativa de vida. E, mesmo com a afirmação acima de que, a capacidade de vida autônoma torna-se irrelevante à questão do aborto, torna-se indispensável expor aqui a desnecessidade de uma mãe carregar em seu ventre um filho que não tenha possibilidade de ter uma vida extra-uterina, e que ela, além da dor física que terá durante nove meses de gravidez, que neste caso tornar-se-ia a menor das dores, sofrerá de forma que só uma mãe possa sofrer ao imaginar seu filho “nascendo” e “morrendo”, em seguida.

5.1.19 Luis Roberto Barroso

A antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico. O fundamento das decisões judiciais que têm proibido sua realização, não é a ordem jurídica vigente no Brasil, mas sim, outro tipo de consideração. A restrição à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante, nesse caso, não se justifica, quer sob o aspecto do direito positivo, quer sob o prisma da relação de valores: como já referido, **não há bem jurídico em conflito** com os direitos aqui descritos. (grifo não original)

5.1.20 Dílio Procópio Drummond de Alvarenga

Não se pode obrigar uma mulher a suportar, desnecessariamente e por longo tempo, os riscos e peso, moral e físico, de uma gestação, cujo produto nem resistirá a seu próprio nascimento. E foi assim que cheguei ao entendimento que nega a punibilidade (por ausência de tipicidade) do aborto de feto anencefálico. Essa resposta é obtida, à luz da sistemática jurídica, em consonância com o exame da legislação pertinente à remoção e transplante de órgãos de cadáveres humanos. Evidentemente, essa atividade só é permitida desde que constatada a morte do doador. Dogmaticamente, a razão da impunibilidade do aborto de feto anencefálico – que é um morto cerebral, prende-se à ausência de tipicidade, fundada em três causas: falta de objeto jurídico, falta de sujeito próprio e falta de objeto material. O fato não é mais do que um quase-crime, na modalidade de crime impossível.

5.2 Posição dos Tribunais

Para que se tivesse uma idéia de como está o pensamento e posicionamento dos juizes brasileiros, envolvendo principalmente os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e ministros do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da anencefalia, é que foi realizada uma pesquisa nos sites oficiais dos Tribunais de Justiça de cada um dos Estados brasileiros e também no site do Superior Tribunal de Justiça.

Convém ressaltar que nem todos os sites traziam julgados sobre a anencefalia, por isso nem todos os Estados estarão elencados aqui. É importante também dizer que, como a justiça brasileira ainda não está totalmente informatizada, não tem como fazer pesquisa em juízos de primeira instância.

Na cidade de Presidente Prudente, onde está sendo desenvolvido o presente trabalho, consta de uma decisão autorizando a interrupção da gestação de feto anencéfalo, conforme demonstrado nas peças anexas (ANEXO F).

Porquanto, o que se apurou está demonstrado na tabela abaixo:

TABELA 2 - Relação de decisões favoráveis e desfavoráveis ao pedido de aborto de feto anencéfalo nos Tribunais de Justiça dos Estados Brasileiros e do Superior Tribunal de Justiça.

| Estados | Favorável | Desfavorável | Prejudicado * | Total |
|---------------------|------------------|---------------------|----------------------|--------------|
| STJ | 0 | 1 | 2 | 3 |
| Amapá | 1 | 0 | 0 | 1 |
| Goiás | 1 | 2 | 2 | 5 |
| Minas Gerais | 2 | 2 | 1 | 4 |
| Pernambuco | 1 | 0 | 0 | 1 |
| Rio de Janeiro | 5 | 3 | 1 | 9 |
| Rio Grande do Norte | 1 | 0 | 0 | 1 |
| Rio Grande do Sul | 6 | 1 | 0 | 7 |
| Rondônia | 0 | 1 | 1 | 2 |
| São Paulo | 4 | 3 | 3 | 10 |

* alguns julgados foram prejudicados pela ocorrência do parto antes mesmo que a Justiça prolatasse sua decisão.

I -Tribunal de Justiça do Estado do Amapá

Julgados favoráveis:

- a) Processo nº 1241 – Apelação Criminal – Câmara Única – ano de 2000.

II - Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Julgados favoráveis:

- a) Processo nº 199901414157 – *Hábeas Corpus* – ano de 1999.

Julgados Desfavoráveis:

- a) Processo nº 30679-3/213 - APELACAO CRIMINAL.
- b) Processo nº 2001.007.69190 - 14ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia – ano de 2001.

Julgados Prejudicados:

- a) Processo nº 21515-0/213 - APELACAO CRIMINAL – 2ª Câmara Criminal – ano de 2001.
- b) Processo nº 200402483752 – *Hábeas Corpus* – 2ª Câmara Criminal – ano de 2005.

III - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Julgados Favoráveis:

- a) Processo nº 1.0191.05.007719-4/001(1) – ano de 2005.
- b) Processo nº 2.0000.00.515561-1/000(1) – ano de 2005.

Julgados Desfavoráveis:

- a) Processo nº 1.0024.06.199818-3/001(1) – ano de 2006.
- b) Processo nº 2.0000.00.302437-1/000(1) – ano de 2000.

Julgados prejudicados:

- a) Processo nº 1.0000.00.232686-6/000(1) – ano de 2002.

IV - Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Julgados favoráveis:

- a) Processo nº 123022-6 – Mandado de Segurança – 3ª Câmara Civil – ano de 2006.

V - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Julgado favoráveis:

- a) Processo nº 2003.050.05208 - Apelação Criminal – 2ª Câmara Criminal – ano de 2003.
- b) Processo nº 2004.059.06681 - *Hábeas Corpus* – 8ª Câmara Criminal – ano de 2005.
- c) Processo nº Processo : 2000.059.01629 – *Hábeas Corpus* – 6ª Câmara Criminal – ano de 2000.
- d) Processo nº 2000.059.01697 – 6ª Câmara Criminal – ano de 2001.
- e) Processo nº 2000.078.00044 – Mandado de Segurança – Seção Criminal – ano de 2000.

Julgados desfavoráveis:

- a) Processo nº 2000.001.062364-3 - 29ª Vara Criminal da Capital do Estado do Rio de Janeiro – ano de 2000.
- b) Processo nº 2000.078.00042 – Mandado de Segurança – Seção Criminal – ano de 2000.
- c) Processo nº 2001.078.00057 - Mandado De Segurança – Seção Criminal – ano de 2002.

Julgados prejudicados:

- a) processo nº 2004.214.00008 – Cautelar Inonimada – 1ª Câmara Criminal – ano de 2005.

VI - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

Julgados favoráveis:

- a) Processo nº 2005.005879-0 – Apelação Cível – 3ª Câmara Cível – ano de 2005.

VII - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Julgados favoráveis:

- a) Processo nº 70016858235 – Apelação Criminal – ano de 2006.
- b) Processo nº 70012840971 – Apelação Criminal – ano de 2005.

- c) Processo nº 70011400355 – Apelação Criminal – ano de 2005.
- d) Processo nº 70005577424 – Mandado de Segurança – ano de 2003.
- e) Processo nº 70005037072 – Apelação Criminal – ano de 2002.
- f) Processo nº 70011918026 – Apelação Criminal – ano de 2005.

Julgados desfavoráveis:

- a) Processo nº 70006994644 – Mandado de Segurança – ano de 2003.

VIII - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Julgados desfavoráveis:

- a) Processo nº 100.012.2005.002759-1 - Apelação Criminal – ano de 2005.

Julgados prejudicados:

- a) Processo nº 01.000244-8 - Apelação Criminal – ano de 2001.

IX - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Julgados favoráveis:

- a) Processo nº 390.340-3/5 – Mandado de Segurança - 1ª Câmara Criminal – ano de 2000.
- b) Processo nº 329.564-3/3-00 – Mandado de Segurança - 1ª Câmara Criminal - ano de 2000.
- c) Processo nº 458.690.3/4-00 – Mandado de Segurança - 2ª Câmara Criminal Extraordinária do TJSP – ano de 2004.
- d) Processo nº 498.281.3/0-00 – Mandado de Segurança - 2ª Camara Criminal do TJSP – ano de 2005.

Julgados desfavoráveis:

- a) Processo nº 274.732-3-6 – Mandado de Segurança – 4ª Câmara Criminal do TJSP – ano de 1999.
- b) Processo nº 905037.3/8-0000-000 – Mandado de Segurança – 2ª Câmara do 1º Grupo da Seção Criminal – ano de 2006.

- c) Processo nº 0102005.3/0-0000-000 – *Hábeas Corpus* - 14ª Câmara do 7º Grupo da Seção Criminal – ano de 2006.

Julgados prejudicados:

- a) Processo nº 237.941-3/9-00 – *Apelação Criminal* – 2ª Câmara Criminal Extraordinária do TJSP – ano de 2000.
- b) Processo nº 311.212-3/1-00 – *Mandado de Segurança* – 6ª Câmara Criminal do TJSP – ano de 2000.
- c) Processo nº 00909309.3/9-0000-000 – *Hábeas Corpus* – 1ª Câmara Criminal – ano de 2006.

X – Superior Tribunal de Justiça

Julgados desfavoráveis:

- a) Processo nº HC 32159 / RJ ; *HABEAS CORPUS* 2003/0219840-5 – 5ª Turma – ano de 2004.

Julgados Prejudicados:

- a) Processo nº HC 47371 / GO ; *HABEAS CORPUS* 2005/0143089-7 – 5ª Turma – ano de 2006.
- b) Processo nº HC 56572/SP; *HABEAS CORPUS* 2006/0062671-4 – 5ª Turma – ano de 2006.

6. PESQUISA DE CAMPO

6.1 Entrevistas

Para complementar o presente trabalho, foram realizadas várias entrevistas com estudantes, religiosos, juristas, profissionais da área da saúde, pessoa comum e gestante de feto anencéfalo, como forma de elucidar e de mostrar o pensamento da sociedade brasileira em sua pluralidade,. portanto, passa-se a expor as entrevistas realizadas.

Insta salientar que as entrevistas foram colhidas no período de abril a agosto de 2004 e as pessoas entrevistadas foram informadas sobre a finalidade de seu uso. Dessa forma, constam das entrevistas somente a identificação daqueles entrevistados que a permitiram.

6.1.1 Juízes de Direito

Nome: Eduardo Gesse

Profissão: Juiz da Vara de Família de Presidente Prudente

Religião: católico

Idade: 50 anos

Estado Civil: casado

Entrevista: Pessoal - gravada

O Doutor Eduardo Gesse disse que a perspectiva de vida pós-uterina do feto anencéfalo é quase nula, são raros os casos em que a vida de um feto com anencefalia ultrapassa um mês. Afirma não ter certeza se a anencefalia é a ausência total de cérebro, acredita ser inviável a vida pós-uterina e, por conseqüência, ficaria difícil ter uma opinião formada, porque é preciso saber se há ou não atividade cerebral, mas a partir do momento em que se constata atividade cerebral, há vida.

Nosso sistema jurídico, qualquer que seja a corrente, salvo a natalista, entende a vida do ser humano a partir da atividade cerebral. Diz que o feto anencéfalo não pode ser considerado natimorto, assim como definiu a resolução nº 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina, porque natimorto é aquele que nasce morto. Afirma, ainda, que o problema de autorizar ou não o aborto do anencéfalo é definir o início da vida, é definir sobre tudo se tem ou não atividade cerebral. Porque se não tiver atividade cerebral é possível autorizar o aborto, na medida em que se tem uma lei que permite o transplante de órgãos quando ocorre a morte cerebral, então a vida do ser humano está unicamente ligada à atividade cerebral, já reconhecida em nosso sistema jurídico. Não se pode falar que a vida começa sem atividade cerebral, quando você fala que a vida termina sem atividade cerebral - se ela é causa para por fim, também é causa para impedir o início. Esse argumento é forte. Mas ainda não há uma definição segura de que todo anencéfalo não tenha atividade cerebral. Uma vez não tendo essa definição segura, passa a ser perigoso o juiz autorizar o aborto do anencéfalo, porque na fenda do anencéfalo pode vir o cego, o que tem síndrome de down; se o anencéfalo é gente e tem atividade cerebral, mas se permite o aborto em consideração a vontade da mãe, em respeito à dignidade da mãe para que não tenha todo esse sofrimento, então toda vez que vier um filho com anomalia grave, a pretexto de não fazer a mãe sofrer, poderia ser autorizado o aborto, e parece que o nosso sistema jurídico não permite isso. A mãe não tem o direito, ao ver dele, de definir sozinha pela interrupção da gestação. Entendendo ser o anencéfalo um nascituro, ainda que inviável, se o nascituro tem direitos, o pai também tem que consentir com o aborto; não é só a mãe que sofre ou que possui crença religiosa. O aborto mataria um filho e isso seria traumático para o pai também. Acrescenta, ainda, que pode ocorrer problemas quanto à divergência de opiniões entre pai e mãe. Mesmo assim, afirma não saber se seria melhor a mãe levar a gravidez de feto anencéfalo a termo, mas, que isso, no mínimo, é muito problemático – se o feto morrer naturalmente seria menos problemático. Diz que os problemas de saúde que a gestante de feto anencéfalo enfrentam são apenas desculpas que inventaram, uma vez que não é comprovado cientificamente a ocorrência de doenças em grávidas de anencéfalos; reconhece que a mãe pode ter problemas psicológicos, mas não tem nada definitivamente provado que a gestação daquele feto coloque a vida da gestante em risco, afirma que nada ainda o convenceu disto. Tal alegação seria uma forma de conseguir, via oblíqua, o que não

está se conseguindo por via direta, sem enfrentar problemas – como se fosse uma segunda justificativa para autorizar o aborto, já que o aborto é permitido quando a vida da mãe corre riscos. É uma fuga do problema, não enfrentá-lo de frente. Conclui dizendo que o grande problema é definir se há ou não vida, e se não tem vida não se trata de autorização de aborto, seria como tirar um quisto, porque aquilo não é um ser. Afirma que não autorizaria o aborto em caso de gestação de anencéfalo, porque ainda está uma zona muito nebulosa, não confia ainda que o feto com anencefalia não tenha atividade cerebral, isso ainda não está definido, e se não tem segurança dessa definição, entende que estaria autorizando um aborto, e relutaria em autorizar um aborto, não por motivo religioso, mas a vida é algo a ser sempre defendido, não consegue nem conceber a pena de morte, embora saiba que ela exista, mas jamais condenaria alguém à pena de morte e teria grande dificuldade em autorizar um aborto em caso de estupro, principalmente porque hoje não se justifica mais; existe “n” métodos contraceptivos e pós-contraceptivos. Essa autorização de aborto deveria ser uma coisa pacificada; não havendo necessidade de aguardar o desenvolvimento do feto. Não é favorável ao aborto, defende a preservação da vida. Afirma não ter autorizado nem a eutanásia do seu cachorro, que teve câncer, como poderia então autorizar a eutanásia de um ser humano, quanto mais um aborto. Enquanto não for comprovado que o anencéfalo não se trata de ser humano, de maneira confiável, não autorizaria o aborto.

Nome: José Wagner Parrão Molina

Cargo: Juiz de Direito.

Religião: Católico.

Idade: 42 anos.

Estado Civil: casado.

Entrevista: e-mail

1) Sabe o que é anencefalia?

Sim. A anencefalia consiste em malformação caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do [tubo neural](#) durante a formação embrionária. Esta é a malformação fetal mais freqüentemente relatada pela medicina (conceito extraído de: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anencefalia>).

2) Qual seu posicionamento quando à anencefalia? O aborto deveria ser permitido ou a gravidez deveria ser levada a termo? Por quê?

Acredito que cada caso deve ser analisado em suas particularidades. Desta forma, se não houver qualquer possibilidade de sobrevivência do nascituro anencéfalo, não há motivo para se prolongar a gravidez contra a vontade da gestante, considerando que tal prosseguimento implicará em abalo emocional e psicológico da gestante, face a certeza de que não ocorrerá o nascimento com vida. Todavia, se houver um mínimo de viabilidade do feto, isto é, caso ele tenha uma expectativa de vida, ainda que pequena, a gravidez não pode ser interrompida.

3) O feto anencefalo possui vida? Possui Direitos? Poder-se-ia cogitar em conflito de direitos entre o feto anencéfalo e a gestante?

Sim, o anencéfalo possui vida, pois é nascituro, e, desta forma, tem a proteção conferida pelo artigo 2º do Código Civil.

Quanto à possibilidade de conflito de direitos entre feto anencéfalo e gestante, parece ser possível. Todavia, a lide deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, analisando qual interesse deve preponderar sobre o outro, sendo certo afirmar que o direito à vida prevalece sobre outros interesses menos importantes.

4) A interrupção da gestação de feto anencéfalo é aborto?

Sim. Todavia, a conduta pode estar amparada por alguma excludente de ilicitude, como as hipóteses do artigo 128, incisos I e II, do Código Penal, e, nesses casos, não há responsabilidade criminal.

5) Já julgou alguma causa com pedido judicial de permissão para a realização de aborto em caso de feto anencéfalo? E em outros casos de aborto? (se positivo, qual?). Se positiva a resposta, qual foi a decisão, sob qual fundamento?

Sim, já julguei improcedente um pedido de Alvará para aborto de feto anencéfalo, por falta de amparo legal da pretensão, uma vez que se tratava de aborto necessário, pois a gravidez colocava em risco a vida da mãe. Desta forma, entendo que cabe ao médico tomar as providências necessárias para resguardar a vida da gestante, mesmo que tenha que praticar o aborto, pois sua conduta estará

acobertada pela excludente do estado de necessidade. Aliás, caso o médico não proceda a um aborto que coloque em risco a vida da gestante, responderá pelo crime de omissão de socorro.

Nunca tive outros pedidos de permissão judicial para o aborto.

6.1.2 Promotor de Justiça

Nome: Jurandir José dos Santos

Profissão: Promotor de Justiça

Religião: evangélico

Idade: 50 anos

Estado Civil: casado

Entrevista: Pessoal - gravada

Conhece a patologia da anencefalia, teve contato com um processo da Comarca de Assis-SP, embora não tenha atuado diretamente, em que o pai pediu pela interrupção da gestação de feto anencéfalo. Teve interesse no assunto porque nunca tinha ouvido falar e foi uma época em que era muito comum a ocorrência dessa anomalia, entre outras, na cidade de Cubatão, e as pessoas até associavam a ocorrência da anencefalia com a poluição. Comentou que os promotores de justiça da cidade de Cubatão enfrentaram a dúvida de autorizar ou não a interrupção desse tipo de gestação. Voltando, ele disse que teve contado com um caso em Assis em que o juiz autorizou, e o membro do Ministério Público também deu parecer favorável à interrupção da gestação de feto anencéfalo. Diz que por ser evangélico, acredita na vida daquele feto, em milagre, que Deus seria capaz de colocar um cérebro naquele feto sem cérebro, mas acredita, também, em desígnio de Deus, situações que Deus permite que a gente passe, e o casal está sujeito a isso – é um sofrimento muito grande para família – tem que respeitar a opinião dos pais. Considera ser o feto um ser inviável, levar a termo a gestação de anencéfalo é sofrer a toa, é sustentar uma gravidez de um ser que sabe que não vai sobreviver, então para que? Quem não tem cérebro não vive, não pode viver. Afirma ainda que considera ser aborto o ato de interromper a gestação de feto anencéfalo, embora se discuta se há vida ou não daquele feto anencéfalo, ressalta acreditar que a vida não

está no cérebro, acha que é um ser que vai nascer, mas por causa da anomalia importante não vai viver, portanto a interrupção da gestação seria aborto eugênico ou eugenésico. Acha que a religião não pode influenciar nessa questão. Não tem que sustentar uma gravidez dessa.

6.1.3 Advogado

Nome: Gilberto Notário Ligerio
Profissão: Advogado e professor universitário
Religião: Católico
Idade: 33 anos
Estado Civil: Casado
Entrevista: por e-mail

Conhece a patologia denominada anencefalia, como sendo uma malformação congênita, que se caracteriza pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana. Não atuou em nenhuma causa relacionada com a anencefalia. É contra qualquer forma de aborto, até mesmo nesses casos de anencefalia. Assim, entende que, se houver interrupção, ocorreria aborto. Conhece outro profissional que atuou em uma causa semelhante, o Dr. Paulo Borghi. Ao ser indagado se uma gestante lhe procurasse para que ele atuasse a seu favor para pedir a interrupção da gestação de feto anencéfalo perante a justiça, ele responde que declinaria da causa, expondo com bastante ética a sua posição.

6.1.4 Profissionais da Saúde

Nome: José Hamilton do Amaral
Profissão: Médico Legista
Religião: católico
Idade: 70 anos
Estado Civil: Casado
Entrevista: Pessoal - gravada

Afirmou que a anencefalia é uma má-formação congênita que se caracteriza pela ausência das estruturas ósseas do crânio e ausência de cérebro, daí a expressão anencefalia – ausência do encéfalo. Existem graus de anencefalia, mas no mínimo não existe um córtex cerebral e as estruturas superiores do cérebro, existe o tronco cerebral, parte mais próxima a medula, mas toda as estruturas cerebrais estão ausentes. Existem riscos mais numerosos para gestante de anencéfalo, não muito importantes, mas existem. Entende que a decisão de tirar ou não o feto anencéfalo é da mãe, mas ela deve ser informada de que não está gestando uma vida humana, que está gestando apenas uma vida biológica. Não havendo cérebro não há vida humana, é apenas uma vida biológica, não trará nenhum resultado senão a morte antes do parto ou minutos após o parto, não há sobrevivência de anencéfalo. Não tem vida humana, os órgãos funcionam com exceção do cérebro, mas não têm os dois requisitos que definem a vida humana que o aspecto psíquico e o aspecto social – ele é um natimorto encefálico, não apenas natimorto, ele é um morto anencefálico a partir do momento em que se constata a anencefalia. Cita algumas complicações que a mãe pode ter na gestação de feto anencéfalo, tais como o polidranios, que é um aumento muito grande do líquido amniótico, e psicologicamente, no mínimo, é um drama existencial para a mulher. O mais interessante é que a maioria das gestantes querem continuar com a gravidez, por motivos morais, éticos, religiosos, elas aceitam como ônus, como um peso e não optam por interromper. Afirma ainda não se tratar de aborto, porque aborto é morte, e não morre quem não está vivo. Comentando um caso que apareceu na televisão de uma criança com 5 meses, que diziam ter anencefalia, o doutor disse que possivelmente é acrania, uma má formação rara de ausência de crânio, e não do tecido cerebral. Essa criança vai vivendo enquanto não complicar, mas não vai solucionar nunca também – acredita que não seja anencefalia – não se conhece nenhum caso de sobrevivência de anencéfalo, minutos, no máximo 2 dias, 3 dias. A sobrevivência de anencéfalo pode aumentar um pouco em alguns dias quando há um certo segmento de cérebro, isso devido aos graus de anencefalia, contudo o mais comum é a ausência total. O mais importante é que o feto anencéfalo não se caracteriza vida humana e não vai ter sobrevivência.

Nome: Ieda Maria Munhós Benedetti
Profissão: Psicóloga
Religião: -
Idade: 42 anos
Estado Civil: solteira
Entrevista: Pessoal

Teve algumas pacientes grávidas de fetos anencéfalos. Afirmou ser um trauma muito grande para a mãe, durante e principalmente depois, nos casos em que a gestante resolve interromper a gestação. As reações das pessoas são muito intensas, quase que psicopatas. Nem todas as mães tinham pesadelos, mas aquelas que optaram por interromper a gestação e interromperam, sofrem até hoje, se culpam pela morte do feto, sonham com monstros. As pessoas reagem diferentemente aos problemas, tem mãe que se mostra indiferente, parece que bloqueia sua mente para o que está acontecendo, age como se fosse uma gravidez normal, talvez na esperança de que aquela criança nasça normal, na esperança de que todos os exames feitos estejam errados. Ela teve um caso desse, nem as irmãs de sua paciente sabiam do problema da gravidez, elas até compraram presentes para o bebê. A única pessoa que sabia era o pai da gestante, que resolveu procurar a psicóloga. O caso que ela mais acompanhou foi de uma gestante que na época tinha 31 anos e decidiu interromper a gestação. Entrou com pedido de autorização da antecipação do parto, mas não obteve a prestação jurisdicional a tempo, no oitavo mês de gestação a criança nasceu – viveu poucas horas e foi levada a óbito. Essa gestante descobriu a anencefalia no quarto mês de gestação. Afirmo que a gestante chorava muito durante as consultas, juntamente com sua mãe.

Nome: Lincoln Motta Hashimoto
Profissão: Estudante – 3º ano de Medicina na Unoeste
Religião: Espírita
Idade: 21 anos
Estado Civil: solteiro
Entrevista: por e-mail

Define a anencefalia como uma má-formação caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. Anencefalia significa popularmente como ausência de cérebro. Ressalta que ainda

não teve contato com este tipo de gestante. Ao ser questionado se a gravidez de feto anencéfalo pode ocasionar em algum perigo para a mãe ele afirma que não. O que pode ocorrer é a gravidez ser afetada. Em cerca de um quarto dos casos, é produzido líquido amniótico em demasia (polidrâmnios). Isso se deve ao fato de que a criança não tem os reflexos que a habilitam a engolir o líquido amniótico. Se o volume de líquido é excessivo, pode causar desconforto para a mãe. O trabalho de parto pode ocorrer prematuramente, ou a bolsa d'água pode-se romper. Uma amniocentese pode então ser feita para reduzir o volume de líquido. O excesso de líquido amniótico é removido com uma seringa, oferecendo assim à mãe um alívio temporário. Diz que sem a menor dúvida há conseqüências emocionais para a gestante, são conseqüências inevitáveis, uma vez que ela se depara numa situação única, em que a maior parte das pessoas ficam felizes, criam expectativas; a SOCIEDADE questiona o crescimento da barriga; alterações fisiológicas que ocorreriam de forma normal para um bebê normal tornam-se desnecessárias. Caso recebesse uma gestante grávida de anencéfalo afirma que explicaria exatamente a situação para a gestante, baseando numa ultra-sonografia confiável e em exames complementares, como por exemplo, soro materno (exame de sangue), ultra-sonografias posteriores e amniocentese (punção do útero para retirada de amostra de líquido amniótico). Diante dos resultados positivos para anencéfalo aconselharia o aborto. Devido as conseqüências citadas acima. Quanto ao questionamento se o feto anencéfalo possui ou não vida, diz que o feto possui "meia-vida". Pois não está completamente morto por não apresentar necrose, porém se torna, na maioria dos casos relatados, incapaz de viver sem a simbiose/mutualismo mãe-feto por questão de dias. Ou seja, por si só o feto não sobrevive dias e, raramente meses, no entanto, vive meses quando dentro da mãe que completa sua outra metade vital. Quanto maior a perda cerebral, maior chance de aborto ou morte. E a variação do tempo de sobrevivência é algo intrínseco a cada feto como os casos vêm relatando. O tratamento quanto a anencéfalos ATÉ O QUE SE SABE HOJE deixa claro a sobrevivência extremamente curta. E não se pode deixar de lembrar que um anencéfalo não sofre da ausência de algum órgão duplo como rim, pulmão, o que nestes casos teria outra parte que compensaria total ou parcialmente a falta, mas estamos falando de um órgão praticamente vital. "A não ser que inventemos um aparelho ou afim que substitua algumas funções das expectativas ausências cerebrais".

6.1.5 Religiosos

Nome: Luiz Carlos dos Santos

Profissão: Pastor da Igreja Presbiteriana de Presidente Prudente

Religião: Evangélico

Idade: 33

Estado Civil: casado

Entrevista: Pessoal - gravada

Não conheceu nenhum caso de anencefalia entre as pessoas que freqüentam a sua Igreja, nem na sua vida particular. O grande problema em se discutir sobre a anencefalia é a questão de quando começa a vida. É complicado discutir sobre isso, mas considera que o começa da vida é com a concepção, com a fecundação. Levando em consideração a mãe, que planejou a gravidez, mas descobre que seu bebê tem anencefalia, ele acredita que, *a priori*, a mãe não pensaria em tirar o feto anencéfalo. Ele acredita não se pode dizer que o feto anencéfalo é natimorto: ou ele está vivo, ou está morto. Existe o estado vegetativo, mas a pessoa ainda está viva. Quando se pensa em vida, pensa-se em se movimentar, trabalhar, viver normalmente, mas há vida enquanto corre sangue nas veias. A bíblia diz que a vida está no sangue, se não tem sangue não tem vida. Não é à toa que a Bíblia traz que quando Jesus morreu, ele derramou todo seu sangue na cruz, ele deu a vida dele por nós, derramou sua vida por nós. Cita inclusive o filme “A Paixão de Cristo” na cena em que se passa uma lança em Jesus Cristo quando estava pregado na cruz para ver se ele ainda estava vivo a lança sai limpa, sem sangue algum, sai apenas água – isso é bíblico. Em razão disso não dá para dizer que está morto ou que é um morto vivo, pensando religiosamente falando. Acredita que há vida. Quanto ao direito de retirar ou não o feto anencéfalo, pensando em sua posição de pastor, se uma “ovelha”, como ele denominou, o procurasse e expusesse a situação, ele não poderia aconselhá-la a retirar o bebê. Tem-se que partir do principio de que somos um povo de fé e que cremos que Deus é capaz de trazer a existência daquilo que não existe, como por exemplo de fazer nascer um cérebro naquele feto anencéfalo, fazer nascer com vida um feto nessas condições, vai-se orar e crer de que Deus é capaz de fazer um milagre. Ele acredita

ser aborto a retirada daquele feto, mesmo sendo o feto anencéfalo. Como cristão, ele sempre vai defender a vida, porque ela é um dom, presente de Deus, e quem tem o direito de tirar a vida é Deus. Mas alguém pode questioná-lo, porque Deus permitiu que formasse um feto assim? Não existe uma resposta – cita passagem na bíblia da história de Jó, em que Deus retira tudo de Jó a pedido do Diabo, para provar se Jó o negaria. Jó perde tudo, resta apenas ele e a mulher, mas nem assim ele nega Deus, Jó perde até sua saúde, amaldiçoa o dia de seu nascimento, mas não à Deus e nem o renuncia. Surge a pergunta, porque Deus retirou tudo de Jó se ele era justo, correto?! Não há resposta, mas Deus permitiu. Considerando que todo ser humano é pecador, como pecador que o ser humano é ele merece uma condenação, que é a morte. Então todos nós merecemos morrer eternamente. Todos nós deveríamos ter o direito de nascer desta forma, como pecadores que somos e que merecemos a morte, então a vida para a gente já um grande presente. Contudo, diante de sérios problemas de saúde à mãe, em que o único meio de salvar sua vida seria retirando o feto, na ética cristã, opta-se pelo mal menor, ou seja, sacrificar a vida do feto, pela vida da gestante, pessoa já adulta, que já produziu para a sociedade. Seria o sacrifício do bem menor. Diz que o feto é um ser humano. E conclui dizendo que, quanto aos problemas psicológicos da gestante, Deus pode tratar de tudo.

Nome: Gerisvaldo Silva Viana
Profissão: Padre da Igreja São Judas Tadeu
Religião: católica
Idade: 38 anos
Estado Civil: solteiro
Entrevista: Pessoal - gravada

Tem conhecimento do que é a anencefalia, diz que sempre tem que estar preparado para quando as pessoas forem procurá-lo para perguntar sobre tal assunto, isso porque o nome: anencefalia é diferente e causa estranheza. Diz não ter tido nenhum caso de anencefalia dentre as pessoas que freqüentam a sua Igreja, mas ha dois anos atrás deu entrevistas sobre o assunto à TV, rádio, jornais escritos, isso em razão de trabalhar na pastoral da saúde. Lembra que também deu palestra nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, há aproximadamente dois anos atrás. Afirma ser difícil chegar-se a um consenso comum, tendo em vista que a

questão não é só religiosa, mas é particular também. Quando foi perguntado à ele sobre o feto anencéfalo, ele respondeu que ele tem que acreditar na vida, a partir do momento em que aquele feto é concebido, há um ser, ele acredita na vida, mesmo que venha a questão da ciência falar que aquele feto é um deficiente, que está faltando um membro – a partir do momento em que é concebido ele acredita na vida, no sopro da vida que é o sopro de Deus. Afirma ser difícil a gestante tomar a decisão de retirar ou não aquele feto anencéfalo, mas ele aconselharia a mãe a continuar com a gestação, se aquele feto foi concebido, dever-se-ia esperar o curso normal da gestação, esperar ele nascer, e assim morrer, se for o caso, mesmo que a ciência coloque que ele tem pouco tempo de vida após o parto – tem que acreditar sempre num milagre, não que vá acontecer, mas tem sempre que acreditar. Ressalva o salmo 104 que fala do sopro da vida – Deus é quem dá a vida e quem pode retirá-la. È contra o aborto, qualquer tipo de aborto, mas se uma mãe procurá-lo dizendo que quer abortar, ou que já abortou, ele terá que dar um apoio a essa mulher, pelo sofrimento dela, ele não pode condenar ninguém, ele vai procurar orientar, aconselhar, mas não poderá excluí-la - vai ser contra, mas vai dar um apoio se a mãe resolver tirar. O feto não é só um pedaço de carne, é um ser, mesmo que não tenha o cérebro completo – ele não escolheu nascer daquele jeito. Se começar a tirar uma criança que não tem cérebro, daqui a pouco começa a tirar uma criança que não tem perna, braço.

6.1.6 Pessoa comum

Nome: Robson Leite

Profissão: estudante de geografia na UNESP de Presidente Prudente

Religião: Cristão

Idade: 27 anos

Estado Civil: solteiro

Entrevista: Pessoal - gravada

Não sabe especificamente o que é a anencefalia, mas sabe que no pré-natal a mãe já descobre que a criança não tem cérebro, vai nascer sem cérebro. Tem conhecimento de fetos que nasceram com variadas mal-formações, incluindo a

falta de cérebro, ou seja, anencefalia, na cidade de Cubatão, cidade esta com altos índices de poluição. Comenta ainda que Cubatão chegou a ser uma das cidades mais poluídas do mundo. Acredita que a poluição não seja o único fator pela ocorrência da anencefalia. A partir do momento que a mãe descobre que ela vai ter um bebê natimorto, ela tem o direito de escolher se vai querer gestar ou esse feto, deve ter o apoio da justiça inclusive. O Estado deve intervir, porque a anencefalia é um problema de saúde pública. Além disso, a mãe sendo proibida de interromper essa gestação de feto anencéfalo, pode causar um problema psicológico muito grave à mãe, não só no pós-parto, mas como durante toda a gestação, não podendo esquecer a família, que da mesma maneira sofre. Afirma, que os conservadores da sociedade, não só os religiosos, defendem o fato de ser um aborto. Comenta ainda, que uma sociedade que não discute um assunto polêmico como esse, se o feto anencefálico tem ou não vida, é uma sociedade anencefálica, sem cérebro, tem-se que discutir isso, mesmo porque grande parte da população não conhece essa patologia.

6.1.7 Gestante de feto anencefalo

Nome: S. C. M.

Profissão: do lar

Religião: -

Idade: 34 anos

Estado Civil: casada

Entrevista: Telefone

Esse é o testemunho de uma mãe que aos 4 meses de gestação descobriu que seu bebê tinha anencefalia. Ela não quis conversar muito, disse sofrer muito ainda, apesar de o ocorrido ter sido no ano de 2000. Disse ter descoberto a anencefalia aos 4 meses de gestação. Foi um sofrimento muito grande. Seu marido até hoje chora e não suporta falar no assunto. Tiveram muitos problemas como insônia; após descobrirem a anencefalia não dormiam mais, alteração da pressão. Ela optou por pedir autorização para interromper a gestação. Obteve a autorização, e, a partir de então, tentou interromper a gestação por 3 vezes, mas sem obter

resultados. Assim, decidiu levar a gravidez até o sétimo mês, e então fazer uma cesariana (particular, porque seu médico do posto de saúde perto de onde moravam, não quis realizar o parto, tendo a gestante que procurar outro médico). Disse que as sensações da gravidez eram normais. Lamenta não ter tido apoio de ninguém da família, sua mãe não queria que ela antecipasse o parto. Então, aos sete meses de gestação ela teve bebê, que ao nascer viveu apenas 2 horas. Afirma que não quis ver o bebê. O marido e o restante da família viram o bebê. Foi elaborado o atestado de óbito, e o bebê (menina) teve que ser enterrado.

7 CONCLUSÃO

Foi longa e custosa a evolução dos direitos humanos fundamentais. Os povos, ao longo da história, tiveram que passar por muitas situações desrespeitosas à vida, à dignidade, para que conseguissem ganhar proteção do Estado contra o próprio Estado e a proteção a uma vida mais digna.

Em síntese, direitos humanos fundamentais são proteções ao ser humano: proteção à sua vida, à sua dignidade, à sua saúde, como também são proteções contra abusos do Estado.

Todas as constituições brasileiras trouxeram em seu texto os direitos fundamentais, reservando a esses um capítulo próprio. De certo que as duas primeiras constituições preocuparam-se principalmente com a liberdade pública, como forma de limitar o poder. As constituições subsequentes à de 1934 incluíram também os direitos sociais. E por fim, a Constituição vigente já prevê, inclusive, direitos de solidariedade, tais como proteção ao meio ambiente.

Dentre os principais direitos humanos fundamentais envolvidos neste trabalho está o direito à vida, que é o primeiro direito de qualquer pessoa, inclusive de um feto que tenha viabilidade de vida, por isso é um direito tão importante, o principal de todos os direitos humanos fundamentais, porque dele derivam os demais direitos; sem o direito à vida, os demais direitos nem existiriam.

A liberdade a muito custo foi conseguida, e hoje é prevista na nossa Constituição Federal como um direito humano fundamental, estando disposto em vários incisos do art. 5º. Liberdade de pensamento é o direito de se exprimir, seja oralmente ou por escrito; é o direito de falar o que se pensa, o que se acha certo, direito de pensar e decidir o que é melhor para si.

O direito à dignidade da pessoa humana é um dos direitos mais comentados, ele é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, e foi esse princípio que norteou e deu origem aos direitos humanos fundamentais, tais como o direito à vida privada, à honra, à intimidade, entre outros. Dignidade, é o

respeito mínimo que se exige à cada pessoa, é um respeito mútuo entre os indivíduos e também do Estado para com os cidadãos.

E por fim, tratou-se do direito à saúde, que é um direito de todos, por isso é um direito social coletivo e o Estado deve tornar esse direito acessível, efetivo, independente da classe social ou condição econômica das pessoas; deve atender, principalmente, as pessoas que mais necessitam e que não tenham condições de pagar por serviços médicos particulares e nem ao menos por um plano de saúde que lhes atenda em casos de omissão do Estado. O direito à saúde é um meio de efetivar o principal direito humano fundamental que é o direito à vida, pois somente com saúde é possível sobreviver neste mundo árduo.

Começamos a tratar, então, do aborto. Convém ressaltar que o mais correto, quanto a conceituação, seria a utilização do termo “abortamento”, que é o termo técnico utilizado na medicina e indica a conduta de abortar, e o termo “aborto” é o produto do abortamento, é o feto quando retirado do útero materno. Porém, o Código Penal brasileiro, ao tipificar a conduta, adota o termo “aborto”, o que pode ser verificado nos artigos 124 a 128.

Apesar das divergências existentes na conceituação da palavra “aborto”, poder-se-ia dizer que o mais correto e acertado é dizer que o aborto é a interrupção da gravidez antes do momento em que realmente deveria ocorrer (termo final), podendo ser espontânea ou provocada, e tendo havido, ou não, a expulsão do feto.

São poucas as legislações que admitem o aborto livremente. A maior parte tende à descriminalização parcial, sendo admissível o aborto apenas sob certas circunstâncias específicas e determinadas. Entre os países que permitem o aborto estão: a Dinamarca, a Rússia, a Hungria, o Japão, Nova Iorque (Estado americano), Havaí, Alasca, Portugal, Holanda, entre outros.

O aborto esteve presente em todas as épocas da história. Houve várias linhas de pensamento, contudo a que prevaleceu e a que permanece até hoje, são as idéias do cristianismo, de proteção integral ao feto, mesmo que este ainda não seja considerado como pessoa (concepção jurídica – dotado de personalidade), mas é um ser vivo e merece proteção do Estado que garanta a sua vida.

O que parece mais estranho nesse posicionamento da Igreja, é que em épocas remotas, ela defendia a pena de morte para quem provocasse o aborto, ou seja, a morte do feto. No mínimo nos parece estranho punir a morte de um feto, um ser ainda em formação, com a morte de outra pessoa plenamente formada em todos os sentidos.

Talvez devesse haver uma renovação na mentalidade das pessoas, é de se convir que seria muito melhor uma mãe ter um filho que deseja e dar a ele todo amor, carinho e dedicação, do que uma mãe ter uma gravidez indesejada, mas que, em conseqüência, não vá tratar bem seu filho, ou até que vá jogá-lo na rua ou dá-lo em adoção.

No Brasil, a evolução do aborto foi às avessas, uma vez que começou punindo a prática abortiva com um rigorismo excessivo e, aos poucos, foi havendo um abrandamento; isso em razão de sua descoberta tardia, por ser um país consideravelmente novo, sob as influências daquela época e de Portugal. Hoje há movimentos até pela despenalização do aborto, mas esse é um assunto ainda muito delicado, e sobre o qual ainda muito vai se discutir.

Há varias modalidades de aborto; Maria Helena Diniz (2001, p. 32), para classificar as espécies de aborto, levou em conta: o objeto, a causa provocadora, o elemento subjetivo, a finalidade pretendida e a visão jurídica.

Convém ressaltar algumas espécies de aborto classificadas pela finalidade pretendida; a primeira delas é o aborto terapêutico que, por sua vez, é subdividido em duas categorias: o aborto necessário e o aborto para evitar enfermidade grave.

O aborto necessário é permitido pela lei, conforme disposição do artigo 128⁹ do Código Penal e tem por objetivo salvar a vida da gestante quando esta corre sério risco de vida e não haja outra alternativa de salvar a sua vida senão por meio do aborto. Nesse caso, o aborto deve ser realizado por um médico, com ou sem o consentimento da gestante. Acerca desse tipo de aborto, há, ainda, discussões sobre a necessidade, ou não, de autorização judicial.

⁹ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

A segunda modalidade de aborto terapêutico – para evitar enfermidade grave – procura impedir grave e iminente perigo para a saúde da gestante, contudo, essa prática não é abordada legalmente e, assim, o agente que praticar essa modalidade de aborto “preventivo”, poderá ser punido por lei, nos termos dos artigos 124 a 127 do Código Penal.

Ainda, quanto à finalidade pretendida, o aborto pode ser sentimental ou humanitário: é aquele praticado nos casos em que há uma gravidez resultante de estupro. Essa modalidade de aborto é permitida por lei (artigo 128, II¹⁰ do Código Penal), porém deve ser realizado por médico, mediante o consentimento da gestante ou de seu representante legal quando essa for incapaz.

Outra categoria de aborto, enquadrada na classificação “quanto à finalidade pretendida”, é o aborto eugênico, ou seja, aquele praticado com o intuito de seleção de eugenia ou aperfeiçoamento da raça humana.

Essa modalidade de aborto geralmente é praticada quando o feto apresenta suspeita de doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves, tais como: microcefalia, mongolismo, demência precoce, idiotia amaurótica, entre outras. O aborto eugênico, antes aplicado para “selecionar” futuros guerreiros fortes e saudáveis ou para “depurar” a raça alemã, hoje é praticado até mesmo quando o feto não é do sexo desejado pelos pais. Também o aborto eugênico é vedado pela legislação brasileira.

O que mais tem relevância a este trabalho é o aborto terapêutico e o aborto sentimental. Propôs-se as seguintes discussões durante o desenvolvimento deste trabalho: Se o aborto necessário é possível, porque o aborto para preservar a saúde da gestante também não é possível, se este for o único meio de fazê-lo? A saúde da mãe integra a sua vida; sem saúde não há vida, então, ao se admitir o aborto necessário, deveria ser admitido também o aborto para a preservação da saúde da gestante! Por quê o aborto sentimental é permitido se não põe em risco nenhuma vida? Por quê permitir um aborto, em caso de estupro, se o bebê tem pelo menos 50% de chances de nascer perfeito?

¹⁰ Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Essas são questões que, mesmo com um estudo aprofundado, dificilmente serão respondidas. O Código Penal adotou esse posicionamento em 1940; talvez esse Código esteja precisando de uma reforma, precisando modernizar-se um pouco, adotar outro posicionamento senão aquele religioso, há muito adotado.

Superada essa questão, surge uma nova polêmica: e em casos de afecção grave e incurável no feto ou anomalia fetal, não se poderia pedir autorização judicial para a realização do aborto denominado eugênico ou seletivo?

Convém aqui ressaltar que muitos autores, a exemplo de Maria Helena Diniz (2001, p. 46), compreendem a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como aborto eugênico. A autora do presente trabalho, *data vênia*, discorda de tal posicionamento, entendendo que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo enquadra-se como uma interrupção terapêutica.

Assim, se o aborto em caso de estupro é autorizado, legal e não punido, por quê não seria também autorizado e não punido o aborto de fetos incompatíveis com a vida extra-uterina, como no caso da anencefalia?

No caso de estupro, pelo menos de primeiro plano, o feto não apresenta nenhuma deformidade ou anormalidade que justifique a prática do aborto; autoriza-se o aborto nesses casos apenas com a justificativa de que a mulher não é obrigada a cuidar de um filho resultante de um coito violento, que poderá herdar problemas de saúde mental, de índole criminosa, ou outro advindos de pai desconhecido.

Se essa é a justificativa, tão mais lógico seria autorizar o aborto em caso de anencefalia, já que o feto, com raras exceções, não sobrevive após o parto; isso pouparia todo o sofrimento dos pais em esperar por nove meses para ver uma criança nascer deformada, mal desenvolvida, sabendo que a mesma não sobreviverá por muito tempo, criando uma expectativa de vida que, dificilmente, concretizar-se-á.

O que se defende aqui é apenas o aborto em caso de anencefalia. De maneira alguma se defende o aborto nos casos de doença mental, moléstias congênitas, tais como o mongolismo, a síndrome de Down, ou deficiências físicas, pré diagnosticadas no feto e que poderiam se enquadrar no chamado “aborto

eugênico”. Isso sim é eugenismo e lembra a política de Hitler que buscava a superioridade ariana, com a “purificação” da raça.

Esse não é o caso da anencefalia, uma vez que o feto anencéfalo não possui chances de sobreviver ao parto, por ser um feto com malformação cerebral, o que, comprovadamente, impossibilita totalmente o desenvolvimento de sua vida.

É preciso, é claro, que haja cautela e bom senso também, uma vez que há doenças que podem ser tratadas ainda durante a gestação, por meio de intervenções cirúrgicas, terapia gênica, profilaxia das malformações congênitas, o que viabilizaria a vida extra-uterina.

Há uma proposta de reforma do Código Penal e, nesse novo código, o aborto eugênico seria legal, previsto no inciso III do art. 128 com a seguinte redação:

Não constitui crime de aborto praticado por médico: se se comprovar, através de diagnóstico pré-natal, que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésima semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daquele que, ou sob cuja direção, o aborto é realizado.

No Brasil o aborto eugênico ainda é proibido, e com razão, porque permitindo tal espécie de aborto estar-se-ia regredindo, voltando ao passado de Hitler, que buscava a superioridade da raça humana e, por isso, determinava a prática do aborto eugênico para evitar o nascimento de crianças defeituosas. Ou, ainda, estaríamos voltando à Antiguidade, época em que, na cidade-estado grega de Esparta, matavam-se os recém nascidos imperfeitos que não serviriam para a guerra ou para defender sua pátria.

Toda pessoa tem direito à vida, e, além disso, a uma vida digna; não importa se ela será portadora de deficiência de qualquer natureza. Não há motivos que justifiquem a autorização para esse tipo de aborto.

Contudo, se o feto, comprovadamente por exames cada vez mais acurados e precisos, for inviável com a vida extra-uterina, por quê não autorizar o aborto como forma de aliviar, de certo modo, o sofrimento dos pais e familiares?! Para que gerar toda uma expectativa em torno de uma vida que, desde o início, já se apresenta inviável?

Hodiernamente, os exames existentes são muito precisos e isso facilita, e muito, tanto a prática médica, quanto à dos juristas em saber se o feto é realmente incompatível com a vida extra-uterina. Com tanta modernidade, tantos meios precisos de se identificar se o feto terá uma probabilidade de vida após o parto, não há porque temer autorizar o aborto em caso de feto anencéfalo. A simples ultra-sonografia já consegue detectar, em pouco tempo de gestação, se o feto é portador da anomalia denominada anencefalia. Um motivo a mais para se autorizar a interrupção da gestação de feto anencéfalo.

È preciso lembrar que a anencefalia é uma doença incurável, e de fácil diagnóstico, que leva inevitavelmente, em 100% dos casos, à morte do feto. O feto anencéfalo já foi considerado natimorto por resolução do Conselho Federal de Medicina. Assim, sopesando-se o fato de já ter sido considerado natimorto, não seria viável interromper a gravidez de feto anencéfalo?

A anencefalia gera muitas discussões, principalmente em torno desse questionamento: se a mãe teria, ou não, o direito de optar por interromper a gravidez, ou se ela seria obrigada a levar a termo essa gravidez, sob pena de incorrer no crime de aborto.

Diante de tantos problemas que a gestante de feto anencéfalo enfrenta durante a gravidez, dentre os quais os já citados acima: problemas de saúde, problemas psicológicos, risco de vida, não seria viável abreviar esse sofrimento da gestante e permitir legalmente a antecipação terapêutica do parto? Se, em casos de estupro, o aborto é permitido, mesmo quando o feto é sadio e perfeito, pelo simples motivo de preservar os sentimentos da mãe, com muito mais razão deveria ser permitido a antecipação terapêutica do parto em caso de anencéfalos. E é este o principal assunto do presente trabalho: se a mãe tem ou deveria ter o direito de escolher se quer ou não antecipar o parto e quais os direitos que devem prevalecer, da mãe ou do feto?!

Não há que se falar em conflitos de princípios fundamentais, porque apenas uma das partes é considerada pessoa detentora de direitos, a outra parte, nem vida possui. Sobre esse ponto de vista, não seria ilegal permitir a antecipação do parto em casos de anencefalia. Autorizando tal ato, estar-se-ia consagrando os direitos fundamentais, principalmente os direitos de liberdade e de autonomia de

escolha. A decisão de antecipar o parto deve ser só da mãe, ou, quando muito, daqueles que a cercam no âmbito familiar

Talvez seja preciso amadurecer nossa legislação, não só para permitir que a antecipação do parto de fetos anencéfalos seja autorizada, mas como meio de evitar vários problemas, tais como a violência, a desordem, o desrespeito à sociedade e aos cidadãos brasileiros.

Ademais, é de se cogitar uma responsabilidade do Estado diante de tantas ocorrências de fetos anencéfalos no Brasil, uma vez que a maior ocorrência dessa malformação é decorrente da falta de ácido fólico na gestante.

Muitas gestantes, a maioria, por sinal, não têm condições financeiras de acompanharem sua gravidez e mesmo a sua saúde em médicos particulares, deste modo utilizam-se do Sistema Único de Saúde – SUS, que é muito precário. As gestantes não recebem todo o tratamento que seria devido e necessário a uma gestante, por exemplo, a indicação do médico para que a mãe tome ácido fólico antes e durante a gravidez, como medida preventiva de vários problemas em seu bebê.

Parece que o grande problema é o descaso do Estado para com os seus cidadãos, descaso daqueles que foram escolhidos para que buscassem os interesses dos cidadãos, mas na verdade só almejam o aumento de seus salários, ironicamente altíssimos, só buscam maneiras de enganar aqueles que pagam seus salários com falcatruas, burlando licitações e a legislação. Talvez o problema seja muito mais sério do que a simples falta de “ácido fólico”, talvez seja falta de vergonha e de compaixão para com seus semelhantes.

Com isso, este trabalho conclui que a mãe deve ter reconhecido seu direito de optar por interromper ou não a gestação, afinal não há conflito de interesses, o feto anencéfalo não possui propriamente uma vida, e assim não incorreria em aborto a gestante que optasse por interromper a gestação de feto anencéfalo. Contudo, se me perguntassem se eu interromperia a minha gravidez por estar gestando um feto anencéfalo, eu responderia que não! Eu, simplesmente, tentaria aceitar aquela situação, com muito sacrifício, mas permitiria que a vida tivesse seu curso normal.

8 BIBLIOGRAFIA

ANDALRAFT NETO, Jorge. **Anencefalia: posição da FEBRASGO**. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>> Acesso em: 28 de outubro de 2006.

ALONSO, Félix Ruiz. **A inviolabilidade da vida**. (Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**). São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal, parte geral: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Lisa S/A, 1992.

BUGLIONE, Samantha. **Capítulo Inacabado: obrigar mulher a levar a gravidez de feto anencéfalo é tortura**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/28889,1>> Acesso em: 16 de dezembro de 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial: volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

COOK, Rebeca J. **Leis e Políticas sobre o aborto: desafios e oportunidades**. São Paulo: Conselho Estadual da Condição Feminina, 1991.

COSTA JR, Paulo José da. **Aborto: eugênico ou necessário?** Disponível em: <<http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/7698/dp35.htm>> Acesso em: 17 de abril de 2007.

DINIZ, Débora, et all. **Aborto por anomalia fetal.** Brasília: Letras Livres, 2004.

DINIZ, Débora. **O luto das mulheres brasileiras.** Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm>> Acesso em: 28 de outubro de 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

EÇA, Antonio José. **O aborto.** (Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**). São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

FAZOLLI, Fabrício. **Anencefalia e aborto.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5444>> Acesso em: 28 de outubro de 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANCO, Albeto da Silva. **Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais.** Revista dos Tribunais n. 833, março de 2005.

FRIGÉRIO, Marcos Valentin et all. **Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil.** Disponível em: <http://www.jep.org.br/downloads/JEP/Artigos/aspectos_bioetico_juridico_abortamento_seletivo.htm> Acesso em: 16 de dezembro de 2006.
GOMES, Luiz Flávio. In: Jus Navegandi. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561>> Acesso em 28 de outubro de 2006.

GOULART, Rodrigo Fortunato. **A legalidade da antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia: análise da ADPF n. 54.** (Coord. PIOVESAM, Flavia. **Direitos Humanos**) Curitiba: Juruá, 2006.

HADDAD, Gilberto Jabur. **O direito à vida como direito ao nascimento.** (Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**) São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte especial vol. 2.** São Paulo: Saraiva, 2003.

JORGE, Karen Alessandra Facholi Bachega. **Interrupção seletiva da gravidez do feto anencéfalo.** 2001. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas do Direitos Humanos e Fundamentais do Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEÃO JÚNIOR, Paulo Silveira Martins. **O direito fundamental à vida dos embriões e anencéfalos.** (Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**) São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

LOPES, Adriana Dias. **A menina sem estrela.** Revista Veja do dia 15 de agosto de 2007. Editora Abril. Edição 2021 – ano 40 – nº32. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/150807/p_122.shtml> Acesso em 26 de agosto de 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O direito à vida e o aborto do anencéfalo.** (Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**) São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **O direito do ser humano à vida.** São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

MELLO, Gustavo Miguez. **Direito Fundamental à vida.** (Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**). São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Código penal interpretado.** São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas S.A., 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O direito do nascituro à vida**. (Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**). São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Vida e morte no direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2004.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PENTEADO, Jaques de Camargo, et all. **A vida dos direitos humanos: bioética medica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge e ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. **Parte II – Brasil 2005: o aborto em caso de anencefalia**. (Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**) São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

PIMENTEL, Silvia, et all. **O STF e a anomalia fetal grave: justiça**. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia4.htm>> Acesso em: 28 de outubro de 2006.

PINOTTI, José Aristodermo. **Anencefalia: opinião**. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia2.htm>> Acesso em: 28 de outubro de 2006.

PONTES, Manuel Sabino. **A Anencefalia e o Crime de Aborto – Atipicidade por Ausência de Lesividade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.Br/doutrina/texto.asp?id=7538>> Acesso em: 29 de março de 2007.

PRADO, Danda. **O que é aborto, coleção primeiros passos 126**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: leitura indicada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Eduardo Gomes de. **Abortamento de feto anencéfalo e a inexigibilidade de conduta diversa. A influência das circunstâncias concomitantes no comportamento humano.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7770>> Acesso em: 28 de outubro de 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Um pouco sobre o direito à vida.** (Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**). São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuridicidade.** São Paulo: Lejus, 1997.

TARDIM, Mirian Barrocal. **Da interrupção da gestação do anencéfalo.** 2005. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

UEDA, Rosângela Teruko. **Gestação de fetos anencéfalos e seus aspectos jurídicos.** 2001. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2001.

VARI, Massimo. **O direito de nascer.** (Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**). São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

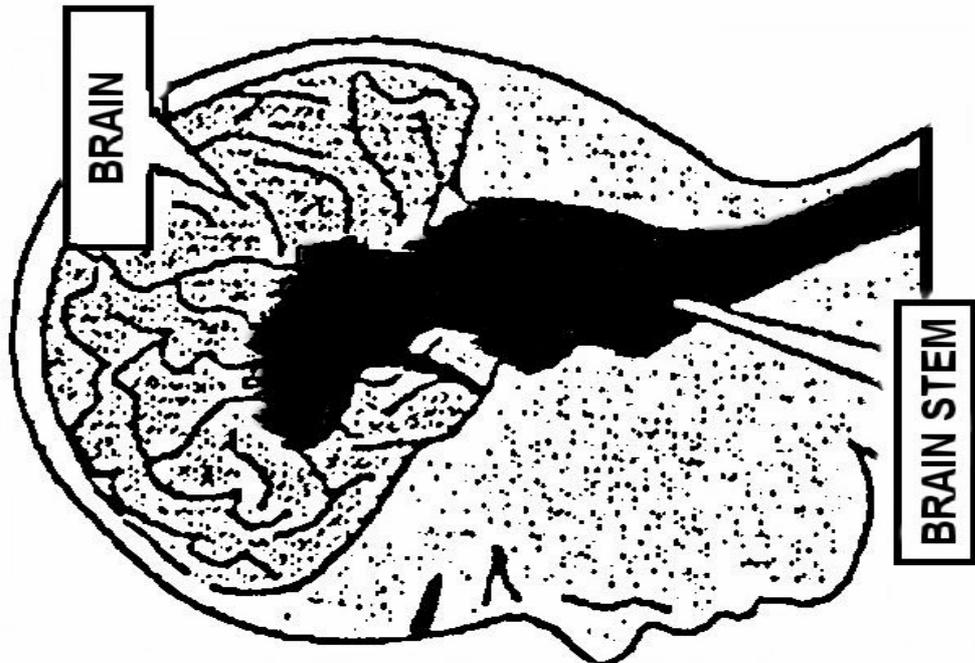
VERARDO, Maria Tereza. **Aborto: um direito ou um crime?** São Paulo: Moderna, 1987.

VILLELA, João Baptista. **Anencefalia, direito & estado.** (Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**) São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

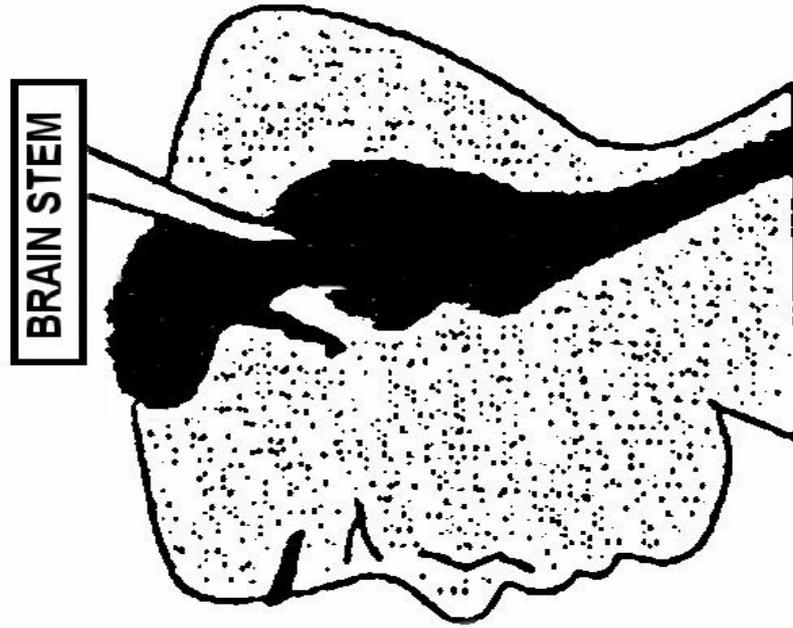
ANEXOS

ANEXO A - Diferenças entre uma criança normal e uma criança anencéfala

NORMAL INFANT



ANENCEPHALIC INFANT



ANEXO B - Fotos de fetos anencéfalos







RESOLUÇÃO CFM nº 1.480/97

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 e, CONSIDERANDO que a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica; CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial; CONSIDERANDO o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica; CONSIDERANDO a necessidade de judiciosa indicação para interrupção do emprego desses recursos; CONSIDERANDO a necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte; CONSIDERANDO que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros, RESOLVE:

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.

Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução.

Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens.

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

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas

b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas

c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas

d) acima de 2 anos - 6 horas

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,

b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,

c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

Art. 7º. Os exames complementares serão utilizados por faixa etária, conforme abaixo especificado:

a) acima de 2 anos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c";

b) de 1 a 2 anos incompletos: um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c". Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro;

c) de 2 meses a 1 ano incompleto - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro;

d) de 7 dias a 2 meses incompletos - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro.

Art. 8º. O Termo de Declaração de Morte Encefálica, devidamente preenchido e assinado, e os exames complementares utilizados para diagnóstico da morte encefálica deverão ser arquivados no próprio prontuário do paciente.

Art. 9º. Constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clínico da instituição hospitalar, ou quem for delegado, comunicar tal fato aos responsáveis legais do paciente, se houver, e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo se encontrava internado.

Art. 10. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação e revoga a Resolução CFM nº 1.346/91.

Brasília-DF, 08 de agosto de 1997.

WALDIR PAIVA MESQUITA

Presidente

ANTÔNIO HENRIQUE PEDROSA NETO

Secretário-Geral

ANEXO D - Resolução nº 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.752/04
(Publicada no D.O.U. 13.09.04, seção I, p. 140)

Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes;

CONSIDERANDO que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica;

CONSIDERANDO que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças;

CONSIDERANDO que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões compatíveis;

CONSIDERANDO que a Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivência, por não possuir a parte vital do cérebro;

CONSIDERANDO que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados;

CONSIDERANDO o Parecer CFM nº 24/03, aprovado na sessão plenária de 9 de maio de 2003;

CONSIDERANDO o Fórum Nacional sobre Anencefalia e Doação de Órgãos, realizado em 16 de junho de 2004 na sede do CFM;

CONSIDERANDO as várias contribuições recebidas de instituições éticas, científicas e legais;

CONSIDERANDO a decisão do Plenário do Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2004,

RESOLVE:

Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.

Art. 2º A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 4º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 8 de setembro de 2004.

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE

Presidente

RUBENS DOS SANTOS SILVA

Secretário-Geral

ANEXO E – Reportagem da Revista Veja, publicada em 15 de agosto de 2007.

A menina sem estrela

O drama de Marcela de Jesus, que há quase nove meses resiste a uma cruel anomalia congênita: a ausência de cérebro

Adriana Dias Lopes

Fotos Celio Messias e Joel Silva/Folha Imagem



Marcela, hoje (à esq.) e recém-nascida, ao lado da mãe, Cacilda. Para a família, a sobrevivência é um milagre. Para a medicina, um caso raro, mas irreversível

Marcela de Jesus Galante Ferreira vai completar 9 meses na próxima semana sem jamais ter sentido o toque das mãos de sua mãe. A menina nunca ouviu um único som e não sabe o que é sentir dor física ou emocional. Desconhece o cheiro e o sabor de qualquer alimento. Sobrevive no mais absoluto vazio. Portadora de uma anomalia congênita cruel – anencefalia, ou ausência de cérebro –, a garotinha resiste graças às funções básicas mantidas pelo tronco encefálico, a única estrutura do sistema nervoso de que dispõe. Composto de fibras nervosas, o tronco encefálico garante os batimentos cardíacos, a respiração e alguns movimentos de sucção. Nada mais. Os bebês anencéfalos, em geral, não duram mais do que três semanas. Marcela é um caso raro na medicina.

Para a Igreja, os nove meses de sobrevivência, ainda que vegetativa, são um milagre divino. Marcela foi, inclusive, o símbolo de uma passeata antiaborto organizada em São Paulo, em março passado, que reuniu 5.000 fiéis católicos, espíritas e evangélicos. Para a medicina, Marcela é apenas uma exceção. "É impossível prever quanto o corpo da garotinha vai resistir. Mas é

certo que a sua deformidade é absolutamente letal e, contra ela, não há escapatória", diz o geneticista Thomaz Gollop, especialista em medicina fetal do Hospital Albert Einstein.

Os pais da menina, Cacilda e Dionísio, lavradores da minúscula Patrocínio Paulista, cidadezinha no interior de São Paulo, nunca haviam sequer ouvido falar de tal problema congênito. Foi durante um ultra-som de rotina, no quarto mês de gestação, que souberam da anomalia. Os médicos lhes deram uma semana para pensar sobre o que fazer – a permissão do aborto de anencéfalos não está prevista no Código Penal, mas a maioria dos juízes hoje concede alvarás para a interrupção desse tipo de gestação. "Entendi no ato o que eles queriam dizer com aquele tempo que me deram. Respondi que não precisava de nem um minuto a mais para saber que eu levaria a gravidez adiante", diz Cacilda. Com a resignação própria de católicos fervorosos, os pais decidiram acrescentar o "de Jesus" ao nome da filha. "A partir daquele momento, ela nunca mais foi minha. Foi entregue a Deus", diz a mãe. Desde o nascimento de Marcela, o pai só fica na cidade com a mulher aos domingos. Nos outros dias, a fim de poder arcar com o aumento das despesas, ele permanece na roça. As filhas mais velhas – Débora, de 18 anos, e Dirlene, de 15 – passam a metade da semana com Dionísio, ajudando a plantar milho, feijão e verduras. Cacilda parou de trabalhar e deixou de ir à missa aos domingos para cuidar do bebê. É ela quem controla a alimentação de Marcela por sonda. Também aprendeu a perceber o momento exato de colocá-la no concentrador de oxigênio, um aparelho elétrico em forma de capacete que aumenta a oferta de ar quando a criança tem dificuldade de respirar – e que fez a conta de luz da casa saltar de 30 para 200 reais por mês.

A família Ferreira age como se Marcela não fosse diferente dos outros bebês de sua idade. A menina está em dia com a carteira de vacinação do Ministério da Saúde. Toma ferro e vitaminas, como qualquer criança da mesma faixa etária. Apesar dos olhos cegos projetados para fora e de a parte superior da cabeça ser disforme, a garotinha tem fotos feitas pela família. Nelas, aparece usando um gorro, simplesmente. "Minha filha é muito carinhosa. As pessoas ficam tão encantadas com ela que não ligam para o formato de sua cabecinha", diz Cacilda. As reações esporádicas de Marcela aos afagos da mãe, como um meio sorriso que esboça vez por outra, são resultado de reflexos involuntários que não precisam necessariamente passar pelo cérebro.

Marcela não viverá muito mais. A causa provável de sua morte será uma infecção nas vias respiratórias. Casos como o de Marcela costumam dividir opiniões: quem é capaz de determinar se uma criança nessas condições merece ou não viver, e por quanto tempo? Na Holanda, uma história similar mexeu com a opinião pública do país no início dos anos 2000: uma menina batizada de Anna nasceu com graves malformações do cérebro e da coluna vertebral. Quando tinha 4 semanas, os pais pediram aos médicos que a vida dela fosse interrompida. Depois de um acalorado debate nacional, houve uma

mudança de legislação: a eutanásia neonatal passou a ser permitida. "Casos como o de Marcela certamente seriam incluídos nos protocolos de eutanásia na Holanda", diz o pediatra alemão Roberto Wüsthof. "Não faz sentido ser diferente. É como se ela fosse um computador sem processador." Isso não importa para Cacilda e Dionísio.

NEM PRAZER, NEM DOR

- A anencefalia é uma malformação congênita que faz com que o bebê nasça sem cérebro
- Marcela possui apenas o tronco encefálico, responsável por algumas funções vitais, como os batimentos cardíacos e a respiração
- Em média, um bebê anencéfalo vive três semanas. Marcela está com quase 9 meses, o que é considerado uma raridade na medicina
- A menina não tem nenhum dos cinco sentidos. Não vê, não ouve, não fala, não sente gosto nem sensação alguma, seja de prazer, seja de dor. Ela também é desprovida de qualquer tipo de emoção

Fontes: Thomaz Gollop, especialista em medicina fetal, e Jorge Pagura, neurologista

ANEXO F - Peças referentes a uma ação interposta no juízo de Presidente Prudente com pedido para interrupção da gestação de feto anencéfalo.