

CESUR – CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE RUBIATABA-GO
FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

LÍDIA DE MELO LEMES

Associação Educativa Evangelica
BIBLIOTECA

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 54 E O ABORTO DE FETO ANENCÉFALO



RUBIATABA-GO

2010

**CESUR – CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE RUBIATABA-GO
FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

Associação Educativa Evangelica
BIBLIOTECA

LÍDIA DE MELO LEMES



**A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 54 E O ABORTO DE FETO ANENCÉFALO**

Monografia apresentada a FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Sérgio Luis Oliveira dos Santos, especialista em direito privado.

Tombo n°	17653
Classif.:	34
Ex.:	1
Origem:	vd
Data:	28.01.11

32796
sacconi

RUBIATABA-GO

2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

LÍDIA DE MELO LEMES

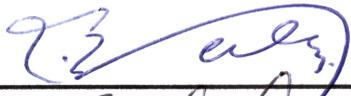
Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

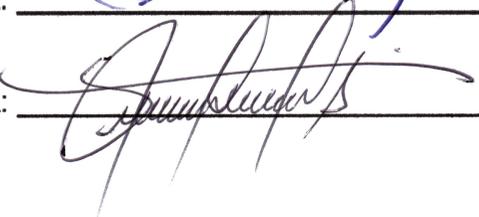
**A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 54 E O ABORTO DE FETO ANENCÉFALO**

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO BACHARELADO DE DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

ORIENTADOR: _____ 

2º EXAMINADOR: _____ 

3º EXAMINADOR: _____ 

RUBIATABA, 2010

Primeiramente dedico a Deus, que me deu o dom da vida e capacidade para lutar e vencer todos os obstáculos que aparecem em meu caminho. Aos mestres, por sua dedicação e compromisso como educadores, aparentemente incansáveis nos acompanharam por toda essa jornada, e nos proporcionaram maior conhecimento no âmbito do Direito. Aos amigos e colegas, com quem convivi durante todo o curso, transmitindo amizade e solidariedade. Uns, serão lembrados apenas como colegas de faculdade, mas outros, serão para sempre lembrados como verdadeiros amigos, com quem construí fortes laços de amizade que jamais se romperam. Aos meus pais, Antonio de Paula Lemes e Marise de Melo Lemes, pessoas que amo de todo o coração e merecem todo o meu respeito. Obrigada, por sempre estarem ao meu lado me apoiando, incentivando e ensinando o verdadeiro caminho a ser seguido. Aos meus avós, (e ao avô Adolfo, que Deus o quis levar, sem antes me ver vencer mais essa etapa de minha vida). A minha família

(irmão, tios, tias) e todos aqueles que comigo caminharam e caminham, que acreditam na minha capacidade e me apóiam nessa batalha que ainda não se findou.

“Porque assim é a vontade de Deus, que, pela prática do bem, façais emudecer a ignorância dos insensatos”. I Pedro 2:14

Resumo: A anencefalia é uma anomalia letal congênita, com níveis de incidência relativamente altos no Brasil. Porém, a legislação penal brasileira, não admite o aborto de feto anencefálico. Por isso, foi impetrada a ação judicial de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, pedindo que haja a descaracterização de crime de aborto na antecipação do parto, no caso de gestação de feto anencefálo.

Palavras chave: anencefalia – parto antecipado – feto anencéfalo – Arguição de Descumprimento de Preceito Legal nº 54

ABSTRACT: Anencephaly is a lethal congenital anomaly, with relatively high levels of incidence in Brazil. But, the Brazilian legislation, does not allow the abortion of anencephalic fetus. Therefore, moved the lawsuit to the Allegation of Noncompliance with Precept Fundamental # 54, asking that there be a distortion of crime to the anticipation of the birth, in the case of anencephalic fetus.

Key words: anencephaly – anticipation of the birth – anencephalic fetus – Allegation of Noncompliance with Precept Legal # 54

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. NOÇÕES GERAIS A CERCA DO CRIME DE ABORTO	13
1.1 Conceito.....	13
1.2 Espécies de Aborto.....	14
1.2.1 Ilícitude.....	15
1.3 Objetividade Jurídica.....	16
1.4 Sujeitos Ativo e Passivo do Crime.....	17
1.4.1 Sujeito Ativo.....	17
1.4.2 Sujeito Passivo.....	17
1.5 Tipicidade.....	18
1.6 Consumação e Tentativa.....	18
1.7 Concurso de Pessoas.....	19
1.8 Aborto de Feto Anencéfalo.....	20
2. DA ANENCEFALIA.....	21
2.1 Conceito de Anencefalia.....	21
2.2 Dados Estatísticos.....	26
2.3 Atuação Médica.....	27
3. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54.....	28
3.1 Jurisprudência.....	28
3.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	29
3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.....	31
4. ACEPÇÕES NEGATIVAS E POSITIVAS NO ÂMBITO JURÍDICO EM RELAÇÃO AO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO.....	35
4.1 Acepções Negativas no Âmbito Jurídico em Relação ao Aborto de Feto Anencéfalo.....	35
4.2 Acepções Positivas no Âmbito Jurídico em Relação ao Aborto de Feto Anencéfalo.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43

LISTA DE SIGLAS

CF/88: Constituição Federal de 1988

CP: Código Penal

LICC: Lei de Introdução ao Código Civil

CPC: Código de Processo Civil

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

OMS: Organização Mundial da Saúde

CNTS: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

LISTA DE ABREVIATURAS/SÍMBOLOS

Art.: Artigo

§: Parágrafo

P.: Página

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: visão da parte interna do cérebro. (Disponível em: <http://2.bp.blogspot.com/encefalo-ilustracao.gif> - Acesso em 2010).

Figura 2: comparação entre um feto normal e um feto com anencefalia. (Disponível em: http://4.bp.blogspot.com//med_sketch500.jpg - Acesso em 2010).

Figura 3: foto de um feto anencéfalo. (Disponível em <http://escuela.med.puc.cl/publ/patgeneral/FotosBig/243.jpg> - Acesso em 2010)

INTRODUÇÃO

Esse trabalho monográfico, pré-requisito para a conclusão do curso de Direito, analisará a questão do aborto de feto anencéfalo, sob a ótica jurídica, pois se trata de assunto bastante polêmico e contraditório, ficando ainda mais alvoroçado quando surgem propostas para a legalização deste, como é o caso da ação judicial de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54, que também será enfatizada neste. A escolha desse tema se deu pela gama variada de idéias e interpretações que se pode ter acerca da ADPF nº 54.

A problemática se encontra na questão da legalização do aborto de feto anencéfalo, sendo essa a proposta da ADPF 54, sendo que, o foco dessa ação é exclusivamente a proteção da vida da gestante e seus direitos, não considerando a capacidade de vida extra-uterina do feto anencéfalo.

Os objetivos gerais são analisar em quais situações o aborto é considerado legal, de acordo com o Código Penal brasileiro, a inter-relação entre medicina e direito e a patologia da anencefalia, sob a ótica jurídica. Os objetivos específicos são analisar a importância da aplicação da jurisprudência no direito, a finalidade de uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental e a propositura da ADPF 54.

Na realização deste estudo, utiliza-se o método dedutivo, partindo-se de uma construção geral que visa obter resultados específicos, ou seja, parti-se do conceito geral à respeito do crime de aborto, dando uma abordagem de forma sintética à cerca da anencefalia e chegando ao ponto específico à respeito da ADPF nº 54 e as várias acepções jurídicas acerca desta. Sendo adotada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como técnica de estudo, buscando relacioná-la com o posicionamento doutrinário acerca da matéria.

Este estudo atingirá seu ápice com uma abordagem sobre a questão da legalização do aborto de feto anencéfalo no Brasil, proposta pela ADPF nº 54, sob a ótica de diversos juristas favoráveis e desfavoráveis a tal.

Diante disso, a polêmica da ADPF nº 54, recai sobre o princípio da dignidade humana para a mulher gestante de um feto anencefálico. Ressaltando que tal feto não possui nenhuma expectativa de vida, o que tornaria essa gestação ainda mais dolorosa e frustrante para a mãe que é obrigada a levá-la até o final. Observando que a legislação brasileira permite o aborto em duas hipóteses, porém em ambas o feto está bem formado e tem plenas condições de vida extra-uterina, sendo assim nada justifica que idêntica regra não seja estendida para o aborto anencefálico.

Os capítulos que se seguem estão distribuídos em quatro partes, para melhor compreensão do assunto. Primeiramente, abordar-se-á de forma genérica, a respeito do crime de aborto. O seu conceito, segundo diversas linhagens jurídicas de pensamentos; as espécies de aborto existentes no Código Penal e suas exceções; dentre várias outras matérias tipicamente doutrinárias a título de conhecimento.

Em seguida, será apresentado um breve apanhado de conceitos, análises e dados estatísticos acerca do que é a anencefalia. Todas as informações prestadas, terão estritamente embasamento médico, pois se trata de uma anomalia fetal congênita, por isso, a necessidade de que a fonte utilizada seja especificamente na área da medicina.

Logo após, se conceituará sobre o que é uma ação judicial de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a importância da jurisprudência no direito brasileiro, e enfatizará a ADPF nº 54, proposta com o intuito de legalizar a antecipação do parto no caso de gestação de feto anencéfalo.

E por fim, será abordado de forma sucinta, a respeito da ADPF nº 54 e sua proposta e o quanto isso repercutirá na sociedade brasileira, através de diversas acepções jurídicas.

1. NOÇÕES GERAIS A CERCA DO CRIME DE ABORTO

Nesse capítulo, se conceituará o crime de aborto, sob a ótica de diversos doutrinadores jurídicos, bem como os sujeitos e os elementos constituidores do tipo, a conduta, consumação e tentativa.

Não se pretende esgotar todas as fontes de pesquisa – pois isto também não seria possível – mas, elaborar um ponto de comum acordo entre os pensamentos aos quais foi acessível para a confecção deste.

1.1 Conceito

De acordo com o dicionário Michaelis, aborto significa: “Interrupção da gravidez antes da 28.^a semana”. (Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=aborto> – Acesso em 19/11/2010 – 15h20). Olhando por esse conceito, pode-se entender que a interrupção da gravidez após a 28^a (vigésima oitava) semana não é mais considerado aborto e sim antecipação do parto, pois o feto já está praticamente formado.

No Brasil, o aborto é considerado crime, de acordo com o Código Penal Brasileiro, entretanto a sua prática é muito comum, pouco importando com a ilegalidade por aquele que o pratica, pois a legislação penal brasileira o admite licitamente em apenas duas situações, que serão analisadas posteriormente.

O doutrinador Ney Moura Teles dá a seguinte conceituação de aborto:

Aborto é a interrupção da gravidez com a morte do ser humano em formação. A gravidez, que começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, é o processo de formação do ser humano, que

termina com o início do parto. A gravidez pode ser interrompida antes de chegar a termo naturalmente ou por provocação cirúrgica sem que ocorra a morte do ser humano em formação – parto cesariano. Quando a gravidez é interrompida, disso resultando em morte do feto, há aborto ou abortamento. (TELES, 2004, p.171)

Uma gravidez começa com a fecundação do óvulo e do espermatozóide. Portanto, é considerada, a partir desse momento, a existência de uma vida humana, ainda que, seja intra-uterina. Com isso, há a expectativa de que, aquele ser cresça e se desenvolva, para que decorrido o ciclo gestacional de nove meses, ele nasça e comece a sua vida extra-uterina.

Entretanto, quando esse ciclo é interrompido bruscamente, seja de forma natural, como de forma provocada, ou seja, quando há a incisão de objetos para a remoção daquele feto, e esse procedimento ocasione a morte do mesmo, é considerado aborto.

1.2 Espécies de aborto

O doutrinador Damásio Evangelista de Jesus, 2004, p.119, conceitua as espécies de aborto como sendo: natural, acidental, criminoso e legal.

O aborto natural e o acidental não constituem crime. No primeiro, há interrupção espontânea da gravidez. O segundo geralmente ocorre em conseqüências de traumatismo, como, (...) a interrupção da gravidez causada por queda. (...) o Código Penal só permite duas formas de aborto legal: o denominado aborto necessário ou terapêutico, previsto no art. 128, I, hipótese em que o fato, quando praticado por médico, não é punido, desde que não haja outro meio de salvar a vida da gestante. O segundo caso de aborto permitido é o descrito no art. 128, II, hipótese em que a gravidez resulta de estupro. É também chamado aborto sentimental ou humanitário.(JESUS, 2004, p. 119)

O aborto, ocorrido de forma natural, não é considerado crime. Esse tipo ocorre de duas maneiras: quando o próprio corpo da gestante rejeita o feto, considerando-o um ser estranho e o expelindo, e quando a gestante é acometida de algum tipo de acidente, como por exemplo, uma queda que faz com que a gestante aborte.

Entre outros casos de aborto, há o aborto necessário e consentido, no primeiro caso, quando a vida da gestante está em risco por causa da gestação, quando o feto apresenta problemas de saúde irreversíveis, no segundo caso quando a mãe foi vítima de estupro e desse resultou numa gravidez indesejada. Nestes casos, faz-se o aborto chamado de terapêutico ou necessário, para que haja o salvamento da vida da mãe de tais riscos, não sendo o aborto considerado crime. Isto está previsto no art. 128 do Código Penal, *in verbis*:

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

Aborto Necessário

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

Aborto no Caso de Gravidez Resultante de Estupro

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

1.2.1 Illicitude

O art. 128 do Código Penal, admite apenas duas causas excludentes de ilicitude, que podem incidir sobre o tipo de aborto. O aborto necessário ou terapêutico e o aborto ético ou sentimental.

“Aborto necessário ou terapêutico é a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la”. (CAPEZ, 2007, p. 124)

Ou seja, basta detectar que tal gravidez traz risco iminente a saúde da mulher, constatação essa que caberá apenas ao médico, para que seja concedido o aborto necessário ou terapêutico. Nesse caso, poderá o médico intervir na concordância ou não da gestante ou do seu representante legal, até porque, muitas vezes a mulher se encontra em estado inconsciente e os familiares podem ser impelidos por outros motivos, como por exemplo, uma sucessão hereditária.

Capez, 2007, p. 126, conceitua o aborto sentimental, humanitário ou ético como “o aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um estupro. O Estado, não pode obrigar a mulher a gerar um filho fruto de um coito vaginal violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que lhe pode acarretar”.

Imagina-se o trauma que uma mulher deve enfrentar ao ter o seu maior bem, que é o seu corpo, transgredido, violentado e abusado de forma cruel e dessa terrível brutalidade lhe resultar um filho que não lhe é querido, nem ao mesmo o foi desejado. E este, por sua vez, trará a memória desta, as cenas outrora vividas a cada vez que olhar para a criança. Portanto, não pode o Estado, obrigá-la a prosseguir adiante uma gestação, que lhe trará tantos danos, principalmente psíquicos.

1.3 Objetividade Jurídica

O objeto jurídico do crime de aborto é a vida do feto. Mesmo, que este, ainda não a tenha independente do corpo da mãe, porém, este já possui o maior bem tutelado pela Carta Magna e resguardado pelo Código Penal. Daí, a importância de se punir, quem outrora comete tal delito.

No CP brasileiro, o crime de aborto é classificado no Título “Dos Crimes contra a Pessoa” e no capítulo “Dos Crimes Contra a Vida”. Assim, o objeto da tutela penal é a vida do feto. Não se cuida de vida

independente, mas o produto da concepção vive, o que é suficiente para ser protegido. (JESUS, 2004, p.120)

1.4 Sujeitos Ativo e Passivo do Crime

De acordo com o Código Penal, existem duas figuras típicas. São elas, o auto-aborto ou aborto consentido, o aborto provocado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante.

1.4.1 Sujeito Ativo

Capez, 2007, p. 112 e 113, define o sujeito ativo nos seguintes casos: no auto-aborto ou aborto consentido, disposto no art. 124, CP, como “somente a gestante pode ser autora desses crimes, pois, trata-se de crime de mão própria”; no aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, disposto nos arts. 125 e 126, CP, “por tratar-se de crime comum, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa”.

1.4.2 Sujeito Passivo

Capez, 2007, p. 112 e 113, define também o sujeito passivo desse crime nos seguintes casos: no auto-aborto ou aborto consentido (art. 124, CP), “é o feto que é o detentor, desde sua concepção, dos chamados direitos civis do nascituro”; no aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, “os sujeitos passivos são a gestante e o feto. Trata-se de crime de dupla subjetividade passiva”.

Nesse crime, a possibilidade da gestante ser sujeito ativo, quando ela mesma provoca o aborto, ou permite que um terceiro – seja esse um médico ou

qualquer outra pessoa – lhe provoque o aborto. Nesse caso, a gestante será considerada sujeito ativo do crime, e responderá inteiramente pelo ato cometido, e se praticado juntamente com outrem, ambos responderão pelo delito. Porém, quando a gestante não consente que seja feito o aborto, e este é provocado por uma terceira pessoa, ela é considerada sujeito passivo, e apenas a pessoa a quem lhe provocou o delito, responderá pelo crime.

1.5 Tipicidade

Provocar é o núcleo (verbo) do tipo penal em estudo. Significa dar causa, originar o aborto. A ação deve ser praticada antes do parto, deve visar o feto, pois, se praticado após o parto, o crime passa a ser outro (homicídio ou infanticídio).

Capez, 2007, p. 112, conceitua a ação provocadora através dos seguintes meios executivos:

a) meios químicos: são substâncias não propriamente abortivas, mas que atuam por via de intoxicação, como o arsênio, fósforo, mercúrio, quinina, estricnina, ópio, etc.; b) meios psíquicos: são a provocação de susto, terror, sugestão, etc.; c) meios físicos: são os mecanismos (ex. curetagem); térmicos (ex. aplicação de bolsas de água quente e fria no ventre); e elétricos (ex. emprego de corrente galvânica ou farádica). O delito também pode ser praticado por conduta omissiva nas hipóteses em que o sujeito ativo tem a posição de garantidor; por exemplo, o médico, a parteira, a enfermeira que, a percebendo-se do iminente aborto espontâneo ou acidental, não tomam as medidas disponíveis para evitá-lo, respondem pela prática omissiva do delito.

1.6 Consumação e tentativa

Consuma-se o aborto, com a morte do ser humano em formação. Porém, a tentativa é absolutamente admissível.

A tentativa, seja pela interrupção do processo executório, seja pela não-ocorrência do resultado, deve haver, necessariamente, início de execução. [...] Realizado o processo de execução, interrompida a gravidez, nascendo vivo, entretanto, seu produto, haverá tentativa de aborto. [...] Admissíveis a desistência voluntária e o arrependimento eficaz quando, iniciado a execução, o agente desiste de nela prosseguir, não se consumando o aborto, ou concluído o processo executório, ele consegue impedir o resultado. (TELES, 2004, p.180)

Ainda que, após o sujeito ter praticado todos os atos executórios, com a intenção de provocar de fato o aborto, porém, por algum determinado motivo esse crime não se conclui, não há a consumação, ainda sim ele é punível, pois nesse momento, caracterizou-se a tentativa. Com a ressalva de o agente desistir da conduta, e se arrepender do ato, interrompendo o procedimento, e evitando a consumação. Nesse caso, ele responderá apenas pelas lesões corporais provocadas na gestante.

1.7 Concurso de pessoas

Quando se tratar de aborto, com o consentimento da gestante, o executor é o autor do crime do art. 126 e a gestante autora do crime do art. 124. "terceira pessoa, que contribuir materialmente para a execução, será co-autor, juntamente com o executor. Se, apenas induzi-lo, instigá-lo ou prestar colaboração não decisiva, será partícipe" (TELES, 2007, p.181).

Sem sombra de dúvidas, quem comete o crime é o autor. No caso do aborto, o autor poderá ser a própria gestante ou um terceiro, que o cometa com ou sem o consentimento da mesma. É admitida, nesse crime, a co-autoria, que é a participação material de um terceiro. Caso, essa colaboração não seja decisiva para a consumação do ato, este será não co-autor, mas partícipe.

1.8 Aborto de Feto Anencéfalo

Há também outras espécies de aborto. O aborto eugenésico, eugênico ou piedoso e social ou econômico.

Porém, em se tratando de aborto eugenésico, eugênico ou piedoso, vale ressaltar o aborto de anencéfalos, que pode ser considerado um aborto eugenésico que "é executado sob a suspeita de que, o filho virá ao mundo, com anomalias graves". (Disponível em <http://www.fontedosaber.com/biologia/aborto-eugenesisico.html> - Acesso em 19/11/10 - 15h55), porém não é permitido na legislação penal brasileira.

Entretanto, em 2004, foi impetrada uma ADPF nº54, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que propõe a legalização, para antecipação do parto no caso de gestação de feto anencéfalo, pois seria considerado aborto eugênico, o que veremos posteriormente.

No próximo capítulo, serão abordadas noções gerais a cerca da anencefalia. A origem, como ocorre esse defeito, os riscos iminentes à saúde da mulher durante a gestação, dentre outros.

2. DA ANENCEFALIA

Como foi observado, no primeiro capítulo, o aborto no Código Penal Brasileiro, é tratado de forma restrita, coibindo amplamente a conduta. A norma penal pátria permite somente dois tipos de abortos, como mencionado anteriormente e o aborto por anencefalia não está expressamente previsto na legislação penal do país. Muitos outros países já autorizam este tipo de aborto, porém, o Brasil ainda tece discussões e considerações sobre o assunto.

Porém, a legislação penal brasileira está muito a quem da realidade, por se tratar de um Código introduzido na década de 40, onde muitos avanços tecnológicos e culturais, não se podiam nem imaginar.

Devido à complexidade gerada sobre essa questão do aborto de feto anencéfalo, a seguir, será apresentado um breve conceito sobre a anencefalia, suas características, os efeitos que uma gestação de um feto anencefálico poderá acarretar, tanto à saúde física quanto psicológica da mulher, dados estatísticos.

2.1 Conceito de Anencefalia

Para o reitor da Universidade Estadual de Montes Claros-MG, José Geraldo de Freitas Drumond:

Medicina e o Direito constituem áreas de conhecimento e atividades profissionais que se convergem na defesa da dignidade humana. A Medicina nasceu com o aparecimento do primeiro homem neste planeta e da necessidade de se buscar curas para os seus males corporais e espirituais, daí porque se invocavam os deuses e os espíritos para medicar o homem primitivo. Já o Direito surgiu da necessidade de defender o homem contra toda a forma de dominação e violência, estabelecendo critérios e normas impositivas essenciais para a convivência e o equilíbrio sociais. Estas normas surtem efeitos não só na esfera individual como, também, no âmbito

institucional público e privado, quer a nível nacional como internacional. Pode-se, então, afirmar que Direito e Medicina se complementam em suas missões precípuas e se identificam naquilo que é fundamental para ambos: a busca por uma humanidade mais justa, próspera e feliz. (Disponível em http://www.ibemol.com.br/sodime/artigos/direito_medico_geraldo_artigo.htm - Acesso em 19/11/10 - 16h30).

Por isso, o aborto de feto anencéfalo, deve ser cuidadosamente analisado tanto no âmbito científico quanto jurídico, a fim de, se obter uma posição favorável tanto para a gestante, quanto para o feto, que, mesmo possuindo uma expectativa de vida extra uterina bem pequena, ainda assim é um ser humano, que possui todos os direitos à vida alçados na Carta Magna.

Conceituando a anencefalia, pode-se dizer que:

É uma malformação congênita resultante do defeito de fechamento do tubo neural. Esta estrutura fetal é a precursora do Sistema Nervoso Central e é a partir da formação do tubo neural que o Sistema Nervoso se formará. Este defeito ocorre por volta do vigésimo quarto dia após a concepção, já que é neste período em que o tecido formado pelas células fetais, que se apresentava em uma forma plana, começa a transformar-se em um tecido que se invagina, formando pregas que começam a fechar-se por completo, formando, assim, uma estrutura tubular. Dessa arte, percebe-se que, no caso de anencefalia, o tubo neural não se fecha totalmente. O processo de fechamento do tubo neural se dá de forma incompleta e o indivíduo passa a ser portador de um defeito congênito, a anencefalia. (Disponível em: <http://www.jusvi.com/artigos/36781>. Acesso em 26/05/2010 - 09h35m)

A anencefalia é uma má-formação fetal congênita, caracterizada pelo não fechamento completo do tubo neural. Há a ausência parcial de encéfalo. Quando, durante a gestação, esse processo de fechamento não se completa, o indivíduo passa a ser portador do defeito da anencefalia. Porém, se há a ausência apenas de uma parte, isto significa que, a outra parte do cérebro existe, e que está em funcionamento, o que justifica o feto ainda possuir vida.

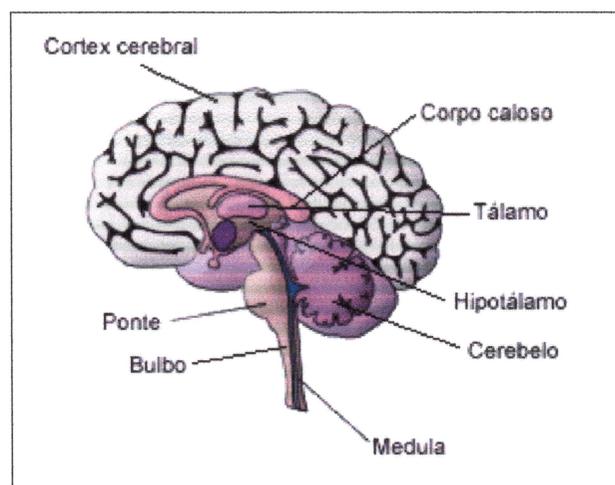
É considerado defeito congênito "toda anomalia funcional ou estrutural do desenvolvimento do feto devido a fatores originados antes do nascimento sejam genéticos, ambientais ou desconhecidos". (Disponível em http://www.pt.wikipedia.org/wiki/Malforma%C3%A7%C3%A3o_cong%C3%A9nita. Acesso em 26/05/2010 – 10h10m).

Essa malformação do tubo neural ocorre entre o décimo sexto e o vigésimo sexto dia de gestação. Na prática, a palavra anencefalia "é geralmente utilizada para caracterizar uma má-formação fetal do cérebro. Nestes casos, os bebês podem apresentar algumas partes do tronco cerebral funcionando garantindo algumas funções vitais do organismo". (Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anencefalia>. Acesso em 26/05/2010 - 10h20m)

A anencefalia é detectada através de um exame de ultra-sonografia. Trata-se de uma patologia letal, pois os fetos que possuem essa anomalia possuem uma expectativa de vida muito curta, porém, não é possível estabelecer de forma precisa, o tempo de vida extra-uterina que esse feto terá.

O encéfalo, não é o cérebro propriamente dito, ele é um conjunto de estruturas anatomicamente e fisiologicamente ligadas, sendo elas: o bulbo raquidiano, hipotálamo, corpo caloso, cérebro, tálamo, formação reticular e cerebelo. Como mostra a figura abaixo:

FIGURA 1 - Visão da Parte Interna do Cérebro.



Fonte: <http://2.bp.blogspot.com/encefalo-ilustracao.gif>

“A ocorrência da anencefalia não pode ser ligada a uma causa específica: é um defeito multifatorial. Especialistas a relacionam, principalmente, às deficiências de vitaminas do complexo B, especialmente o ácido fólico”. (Disponível em [www. http://jusvi.com/artigos/36781](http://jusvi.com/artigos/36781) - Acesso em 19/11/10 - 16h45)

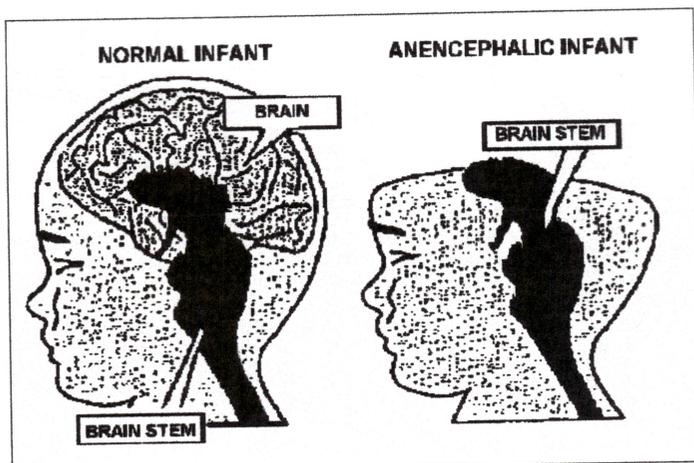
Por isso, a importância de que, toda e qualquer mulher ao engravidar deve ser acompanhada por um médico especialista desde o início da gestação. Pois este irá avaliar o quadro clínico da paciente e assim, prescrever-lhe suplementos vitamínicos dentre outros se esta assim necessitar.

Por causa da não formação completa do cérebro do feto, o anencéfalo não possui tecido cerebral ou quando possui, esse tecido não tem uma forma definida, o que faz com que ele fique solto no líquido amniótico que envolve o feto dentro da bolsa uretral:

O feto portador de anencefalia apresenta uma característica única e inconfundível: não possui os ossos do crânio, ou seja, a partir da parte superior da sobrancelha não há osso algum, razão pela qual sua cabeça não possui o formato arredondado. Sendo que, em alguns casos, há apenas o couro cabeludo que cobre a porção não fechada pelos ossos. O feto anencefálico pode ser identificado visualmente, pois [...] além da abertura que existe em sua cabeça, o anencéfalo possui os olhos saltados em suas órbitas, justamente porque estas não ficaram bem formadas em razão da inexistência dos ossos do crânio. Outrossim, seu pescoço é mais curto do que o pescoço de um feto normal. Além do exame visual é possível a realização de exame biológico, através da análise dos níveis de alfa-fetoproteína no soro materno e no líquido amniótico. Estes níveis, da décima primeira até a décima sexta semana de gravidez, encontram-se sempre aumentados em gestações de anencefálicos. Desta forma, o diagnóstico da anencefalia é inequívoco e não existem possibilidades de erro. (Disponível em <http://www.jusvi.com/artigos/36781>. Acesso em 29/05/2010 - 19h50m)

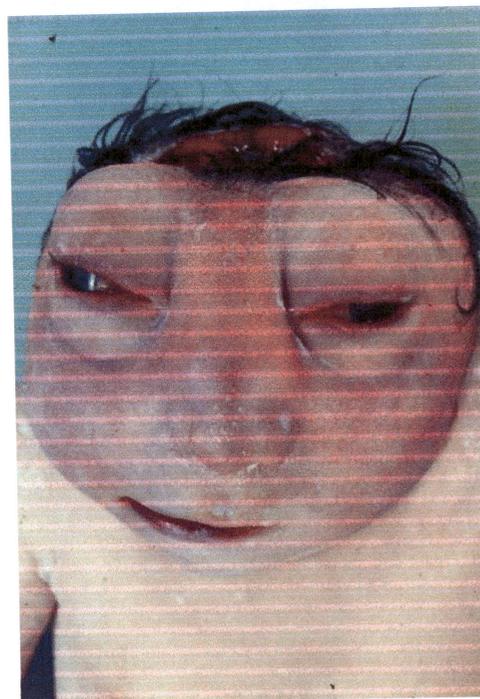
Como se percebe, na ilustração abaixo, o feto anencéfalo é visivelmente diferente de um feto normal:

FIGURA 2 - Comparação entre um Feto Normal e um Feto com Anencefalia.



Fonte: http://4.bp.blogspot.com//med_sketch500.jpg

FIGURA 3 - Foto de um Feto Anencéfalo



Fonte: <http://escuela.med.puc.cl/publ/patgeneral/FotosBig/243.jpg>

Não podemos, deixar de ressaltar também, que a gestação de um feto portador de anencefalia não é nada tranquila para a futura mãe. Principalmente, pelos efeitos psicológicos arrasadores que este tipo de gestação pode provocar, tanto na mãe, quanto na família em geral, pois ninguém está preparado para conviver com a situação de não poder criar um filho que foi querido e planejado. Além disso, esse tipo de gestação, pode acarretar sérios riscos à saúde da gestante:

As complicações maternas são claras e evidentes:

- A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas.
- B) Sua associação com polihidramnion (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. (Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 11/06/2010 – 21h00)

Além, de tantos problemas fisiológicos, imagina-se a situação psicológica dos pais, em especial a da mãe, que faz planos para o seu filho que irá nascer. Compram o enxoval, montam o quarto do bebê, planejam o nome, imaginam como serão as características físicas da criança, se enchem de esperanças e expectativas e, sem aviso prévio, descobrem que o feto, não possui qualquer tipo de chance de sobrevivência, ou seja, de ter uma vida extra-uterina, tendo grandes chances de morrer ainda em ventre materno.

Os efeitos psicológicos sobre a família, principalmente para a mãe, são inimagináveis e devastadores. Isto, sem mencionar que o prosseguimento dessa gestação, atenta contra todas as garantias de dignidade humana da mulher.

Não se pode deixar de ressaltar, que má-formação congênita, não pode ser confundida com deficiência. A anencefalia é um defeito, que torna mínima a expectativa de vida extra-uterina do feto, já a deficiência, é uma lesão, uma limitação ou restrição à participação de certas atividades.

2.2 Dados Estatísticos

Enquanto, a detecção desse defeito é extremamente precisa, os dados de incidência, deste já, não são. Estima-se que a ocorrência “é de 1,4 para cada mil gestações” (Disponível em <http://www.jusvi.com/artigos/36781> - Acesso em



11/06/2010 - 21h20m), “aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterina” (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/Artigos/Art_Luis.htm - Acesso em 11/06/2010 – 21h25m), 25% das crianças anencéfalas que vivem até o fim de gravidez morrem durante o parto; 50% têm a expectativa de vida de poucos minutos a 1 dia; 25% vivem além de 10 dias.

Segundo estudos, a anencefalia afeta mais meninas do que meninos e não há tratamento para o feto anencéfalo. De acordo com os dados da Organização Mundial da Saúde - OMS, o “Brasil é o quarto país do mundo em partos de anencefálicos, estando atrás do México, Chile e Paraguai”. (Disponível em <http://www.who.int> – Acesso em 11/06/2010 – 21h30m).

2.3 Atuação Médica

De acordo, com a lei vigente no Brasil, para que os médicos, enfermeiros e demais profissionais de saúde, possam abreviar o sofrimento das mulheres gestantes de fetos anencefálicos, recorrendo ao procedimento de antecipação do parto, é necessária a obtenção de autorização judicial.

Os profissionais de saúde, envolvidos na atenção às mulheres, nesta situação se deparam com uma insegurança jurídica, tendo em vista que, seus atos podem ser indevidamente interpretados por juízes e tribunais, o que pode sujeitá-los a ações penais públicas, por violação aos dispositivos do Código Penal, que criminalizam o procedimento médico do aborto.

No próximo capítulo, abordar-se-á conceitualmente, sobre o que é a ação judicial de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a importância da jurisprudência no direito brasileiro, e do que se trata a ADPF nº 54.

3. AÇÃO JUDICIAL DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 54

Nos capítulos anteriores, foram expostas relevantes informações à respeito do crime de aborto e anencefalia. Todas essas são de suma importância, para que a partir desse capítulo se tenha uma maior compreensão do assunto, que será abordado.

Primeiramente, faz-se necessário, explicar sobre a importância da jurisprudência no mundo jurídico, e a conceituação do que é uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

3.1 Jurisprudência

Jurisprudência é considerada uma fonte do Direito, que surge de decisões e interpretações da lei, feita por magistrados, para se aplicar ao caso concreto, quando a lei é omissa em relação a tais atos. Elas são baseadas nos princípios do Direito e nos costumes de um determinado local, como está expresso no art. 4º da LICC: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito". Elas são emitidas através de decisões monocráticas, decisões colegiadas, acórdãos e súmulas vinculantes, que são proferidas por magistrados de instâncias superiores, como constam nos artigos 103-A da CF/88 e 476 a 479 do CPC, *in verbis*:

CF/88 - Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

CPC - Art. 476 - Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único - A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

A importância da jurisprudência, deve-se ao fato de que o direito necessita sempre acompanhar a evolução humana e social, e nem sempre a legislação assim o faz, incumbindo à jurisprudência, adequar o direito aos novos casos que o necessitam, podendo aplicá-la em casos semelhantes, que posteriormente venham a surgir.

Para cada caso que está sob a competência dos magistrados de instâncias superiores, faz-se necessário dar-lhe um desfecho, tornando-se este uma jurisprudência, podendo esta servir de embasamento legal para outros casos semelhantes.

3.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Deve-se salientar que, determinadas ações, são de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, e dentre essas, tem-se a ação de Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental, como consta no art. 102, § 1º da CF/88, *in verbis*: “Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 1º - A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Uma ADPF pode ser impetrada, quando alguém (pessoa física ou jurídica) entende que determinado princípio fundamental, expresso e garantido pela Constituição Federal, está sendo ameaçado, em detrimento de algum outro artigo dentro da legislação.

Essa, encontra-se no âmbito do direito constitucional, e serve para garantir que o Poder Judiciário cumpra preceitos importantes da Constituição Federal, ou seja, fazer com que, cumpra-se o que está expresso na Carta Magna, sendo o objeto dessa ação os princípios jurídicos, como observa-se no art. 1º da Lei nº 9.882/99, *in verbis*:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II - (VETADO)

O resultado dessa ação pode se tornar uma jurisprudência, e esta, como já foi dito, posteriormente, poderá ser utilizada quantas vezes se fizer necessário, daí a necessidade de analisar a ADPF nº 54, que diz respeito à liberação da antecipação do parto no caso de gestação de feto anencéfalo.

3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

No dia 16 de junho de 2004, foi peticionada uma inicial de arguição de descumprimento de preceito fundamental, pelo representante legal da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) e requerida pelo ministro relator Marco Aurélio, com endereçamento ao Supremo Tribunal Federal, na qual pedia-se a reformulação dos artigos 124, 126 caput, e 128 I e II, do Código Penal.

Eles alegam que, a aplicação dos referidos dispositivos, feita por diversos juízes e tribunais, violam certos preceitos fundamentais resguardados pela Carta Magna, sendo eles dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, e o direito à saúde, quando deles se extrai a proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos.

Dentre todas as alegações, retiradas do sítio eletrônico da CNTS, pode-se ressaltar essa abaixo, que afirma que a letalidade da anencefalia ocorre em 100% dos casos, além de ser uma gestação de risco e ainda a falta de legislação para garantia do exercício da profissão, são um dos motivos para que haja a legalização da antecipação do parto de feto anencéfalo:

A segurança do diagnóstico e a simplicidade do exame necessário, a certeza da letalidade em 100% dos casos, os riscos para a saúde da gestante, a impossibilidade de aproveitamento dos órgãos para transplante, a necessidade de legislação que garanta o exercício profissional e a não obrigatoriedade de interrupção da gravidez foi consenso entre os cientistas, que apresentaram estudos, estatísticas e laudos médicos para defender a antecipação terapêutica do parto nos casos de Anencefalia, debatida em audiência pública no Supremo Tribunal Federal. (Disponível em www.cnts.org.br/geral/Arquivo/ADPF%2054.doc – Acesso em 19/11/10 – 21h00)

Além disso, o advogado autor da ação, Luís Roberto Barroso afirma que: “Qualquer sofrimento inútil e inevitável viola o princípio da dignidade da pessoa humana. A ação não visa debater o aborto e sim saber se o Estado tem o poder de

obrigar uma mulher a manter a gestação do filho que ela não vai ter e, portanto, se é possível o Estado causar este sofrimento involuntário". (Disponível em www.cnts.org.br/geral/Arquivo/ADPF%2054.doc – Acesso em 19/11/10 – 21h10)

A abertura da primeira sessão foi conduzida pelo então ministro do Supremo Gilmar Mendes, que ressaltou "a importância desse instrumento, por permitir o diálogo particular e a abertura na interlocução do Supremo com a comunidade científica e a sociedade como um todo." (Disponível em www.cnts.org.br/geral/Arquivo/ADPF%2054.doc – Acesso em 19/11/10 – 21h10).

Em meados de 2008 houve uma série de audiências públicas em que se debateu amplamente o assunto, e até o momento, houve as seguintes decisões:

Decisão

O Tribunal, por decisão unânime, deliberou que a apreciação da matéria fosse julgada em definitivo no seu mérito, abrindo-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.08.2004. (Disponível em www.stf.jus.br – Acesso em 19/11/10 – 22h00)

Nessa primeira decisão, no dia 02 de agosto de 2004, por unanimidade dos votos da mesa julgadora, pede-se que a matéria, ou seja, a ADPF nº 54, seja julgada em definitivo, conforme prolatou o Presidente do STF Nelson Jobim.

Porém, no dia 20 de outubro de 2004, o ministro Marco Aurélio vota a favor do deferimento da ação, o que leva o ministro Carlos Britto a pedir vista aos autos, sendo essa recebida pelo ministro Eros Grau, que revoga a liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio, dando-lhe oportunidade de fazer uma nova sustentação oral. Conforme citação abaixo:

Decisão:

Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, resolvendo a questão de ordem no sentido de assentar a adequação da ação proposta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Em

seguida, o Tribunal, acolhendo proposta do Senhor Ministro Eros Grau, passou a deliberar sobre a revogação da liminar concedida e facultou ao patrono da argüente nova oportunidade de sustentação oral. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Senhor Ministro Cezar Peluso. E o Tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os Senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela argüente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 20.10.2004. (Disponível em www.stf.jus.br – Acesso em 19/11/10 – 22h20)

Entretanto, no dia 09 de dezembro de 2004, o ministro Carlos Britto pede nova vista aos autos: “Renovado o pedido de vista, do Senhor Ministro Carlos Britto, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 09.12.2004” (Disponível em www.stf.jus.br – Acesso em 19/11/10 – 22h30). Sendo o texto expresso na Resolução o seguinte, *in verbis*:

Art. 1º O Ministro que pedir vista dos autos deverá devolvê-los no prazo de 10 (dez) dias, contados da data que os receber em seu Gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir à devolução, independentemente da publicação em nova pauta.

§ 1º Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por 10 (dez) dias, findos os quais o Presidente do Tribunal ou da Turma consultará, na sessão seguinte, o Ministro, que poderá, justificadamente, renovar o pedido de vista.

Por fim, no dia 27 de abril de 2005, o Tribunal entende admissível a ADFP nº 54 e determina que os autos voltem ao relator para serem reexaminados. Vencendo 5 votos que não admitiam a argüição. Conforme citação abaixo:

Decisão:

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, entendeu

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

admissível a arguição de descumprimento de preceito fundamental e, ao mesmo tempo, determinou o retorno dos autos ao relator para examinar se é caso ou não da aplicação do artigo 6º, § 1º da Lei nº 9.882/1999, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, que não a admitiam. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.04.2005.

Contudo, espera-se que, ainda neste ano de 2010 seja julgada em definitivo, a ação movida pela CTNS. Muitos esperam que, essa seja terminantemente indeferida, pois se mostram absolutamente contrários ao aborto, mesmo que seja no caso de feto anencefálico, porém, tantos outros, se apõem à decisão de liberar a antecipação do parto em casos de fetos com anencefalia.

No próximo capítulo será exposta algumas publicações consideráveis no âmbito jurídico sobre o aborto de feto anencéfalo e a ADPF nº54.

4. ACEPÇÕES NEGATIVAS E POSITIVAS NO ÂMBITO JURÍDICO EM RELAÇÃO AO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

4.1 Acepções Negativas no Âmbito Jurídico em Relação ao Aborto de Feto Anencéfalo

A seguir serão expostos alguns argumentos jurídicos desfavoráveis à prática do aborto de feto anencéfalo.

Se faz de suma importância, abordar sobre a nossa própria legislação, pois ela, além de possuir caráter impositivo do direito, por si só, posiciona-se contrária ao aborto de feto anencéfalo. Pois, conforme pôde ser observado anteriormente, o artigo 128 do Código Penal, extingue a ilicitude do aborto em apenas dois casos; quando o ele se faz necessário, para salvar a vida da gestante, e quando a gravidez resulta de estupro e desde que, haja o consentimento da gestante, em abortar ou de seu representante legal quando esta é incapaz.

Deve-se observar também, que a própria Constituição Federal, opõe-se ao aborto quando esta resguarda o direito a vida, e o direito à dignidade da pessoa humana, como está expresso nos artigos 1º, III e 5º caput, *in verbis*:

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. 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...

Tais artigos, leva ao entendimento de que, a vida humana é o maior patrimônio individual, e se faz de extrema necessidade resguardá-la e protegê-la, a fim de que, todos possam viver dignamente.

Na ocasião da ADPF nº 54, o ministro Carlos Velloso, que votou contra a liminar, emitiu o seguinte argumento: "Ora, essa regulamentação, absolutamente necessária, somente poderia ser feita mediante lei. O Supremo Tribunal Federal não poderia, evidentemente, fazê-la, sob pena de substituir-se ao Congresso Nacional". (Disponível em <http://www.providaanapolis.org.br/index1.htm> - Acesso em 13/06/2010 - 16h50m)

Em tal citação, o Ministro, além de se posicionar contra a liminar, foi mais enérgico em seu posicionamento, fazendo-se entender que, o Supremo Tribunal Federal não tem o poder de confeccionar leis, pois isto, é de competência exclusiva do Congresso Nacional.

O ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Dr. José Néri da Silveira, no dia 11 de agosto de 2004, formulou uma consulta, dando o seu parecer contrário à ADPF nº 54 e, em diversos trechos ele cita as seguintes palavras:

(...) O feto anencefálico é ser humano vivo e em desenvolvimento no útero materno, embora a anomalia que o acomete, tendo a sua vida e a dignidade humana a proteção da ordem constitucional e legal. A natureza de ser humano, desde a concepção e até a morte, não se altera pela malformação encefálica (...) direito à vida, como o primeiro dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, *caput*), é garantido, pela Constituição e ordenamento legal, ao ser humano, desde a concepção até a morte. É ele, assim, assegurado, também ao *nascituro*, desde a concepção, sem distinção de qualquer natureza ou condições de maior ou menor vitalidade desse ser vivo, na fase intra-uterina, bem assim na vida extra-uterina, quer exista ou não probabilidade de duração breve. (...) Não cabe dar prevalência ao que se pretende na Inicial, que instrui a Consulta, porque isso importaria em destruir a vida do ser vivo e em desenvolvimento no útero materno, ou seja, fulminar, irreversivelmente, o direito fundamental à vida do feto anencefálico, antecipando-lhe a morte, eliminando uma vida que, mesmo se houver de ser breve, embora indeterminado o momento do óbito, nem com isso deixará de ser vida humana protegida pela Constituição e as leis, com a nobreza do ser humano. (Disponível em <http://www.providaanapolis.org.br/index1> - Acesso em 13/06/2010 - 17h40m).

Nesses trechos da Consulta, concedida pelo Dr. José Néri, instruída pelo, que julga ser uma pretensiosa inicial, ele posicionou-se de forma defensora à vida incólume, não apenas de quem já nasceu, como também daquele que ainda está em frente materno: “assegurado, também ao nascituro, desde a concepção, sem distinção de qualquer natureza, ou condições de maior ou menor vitalidade desse ser vivo, na fase intra-uterina” e faz uma severa crítica à inicial, que em sua palavras, tem o intuito de “fulminar, irreversivelmente, o direito fundamental à vida do feto anencefálico, antecipando-lhe a morte, eliminando uma vida que, mesmo se houver de ser breve, embora indeterminado o momento do óbito, nem com isso deixará de ser vida”.

4.2 Acepções Positivas no Âmbito Jurídico em Relação ao Aborto de Feto Anencéfalo

Anteriormente, foi abordado à respeito da extinção de ilicitude no art. 128 do CP. Porém, o Capítulo 2, trouxe que, a gravidez de feto anencéfalo é sem dúvida, mais delicada do que uma gravidez de um feto normal, e em decorrência desse fato, a gestante está muito mais suscetível a complicações gestacionais, que poderão acarretar danos irreversíveis a sua saúde.

Sendo assim, ao se olhar com clareza para esse grupo de gestantes, pode-se observar nitidamente que o aborto de feto anencéfalo, enquadrar-se-ia com perfeição nesse artigo, tornando-o possível e inimputável.

Retornando, também ao que diz no Capítulo 1, o doutrinador Fernando Capez, conceitua várias espécies de aborto, e dentre essas, encontra-se o aborto eugenésico, que se trata daquele realizado para impedir, que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Este, não é aceito no ordenamento jurídico brasileiro, porém ao se observar com limpidez a situação do feto anencéfalo intra e extra uterino, percebe-se perspicazmente que se faz de extrema necessidade a

inserção dessa espécie de aborto no ordenamento jurídico em questão, uma vez que, em observância aos dados estatísticos em relação a sua incidência, tem-se que, ele é mais freqüente no Brasil do que se imagina.

No sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, foi publicado um artigo, onde o mestre em direito professor Gilberto Notário Ligerio, professor das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, da cidade de Presidente Prudente, no estado de São Paulo, juntamente com a discente do 4º ano do curso de Direito da citada faculdade e orientanda na confecção deste artigo, que tem por título: *Anencefalia, antecipação do parto de fetos anencefálicos*, que dentre outros argumentos, a favor da liberação do aborto, no caso de anencefalia, eles abordam que a antecipação do parto de feto anencéfalo, não seria considerado aborto, uma vez que sua anomalia é irreversível, não podendo ser concertada na gestação e com isso, o feto não possui status de pessoa, fazendo menção também ao princípio da dignidade humana, que estaria sendo ferido, ao obrigar a mulher a levar a gestação até o final. Como pode ser observado na citação abaixo:

O Código Penal condena sim, os casos em que realmente frustrar o feto que tenha a aptidão de ser pessoa. No caso os fetos anencefálicos, apresentam anomalias, que são incuráveis e incompatíveis com a vida, e que não podem ser concertados com o período de gestação. O que não permite também que o feto não adquira o status de pessoa. Deste modo a gestante e o médico que optem por cessar a gravidez, pelo fato do feto ser inviável e de má-formação incompatível com a vida, não praticaria o crime de aborto, porque não existiria tipicidade na conduta do médico e da gestante. (...) Tanto pela licitude da antecipação do parto, como pelo argumento de ser o feto anencefálico um natimorto, o ADPF n. 54 usou essas duas argumentações como fundamentação. As mulheres gestantes de fetos anencefálicos experimentam a amarga sensação que seu filho não viverá, ou seja, considera-se um "caixão ambulante", a espera do natimorto que sequer chegará a ver. Por esses motivos fere nitidamente o princípio da dignidade da pessoa humana, além de colocar em risco a saúde, tornando a peregrinação um meio de sofrimento desumano e improficuo. Com a negativa da interrupção da gravidez também se fere o princípio da liberdade, causando um constrangimento ilegal à mulher, perante sua autonomia como ser humano. Uma gestão normal já implica riscos a mãe, quem dirá uma gestante com fetos anencefálicos; também se justifica de outro lado não só a saúde física, mas a saúde psíquica da mulher. (...) Meu posicionamento, nesse caso, é favorável à antecipação do parto em caso de anencefalia, pois o que estaria

ocorrendo, na verdade, não seria um aborto, pois não existe a vida. Isso é algo que deve estar a critério da mulher. (Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 07/08/2010 – 18h45m)

Em um artigo publicado no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, produzido pelo procurador e professor universitário Paulo Queiroz, cujo título é *Crítica à decisão do STF sobre a Anencefalia*, traz a indignação do autor quando se depara com um Código Penal defasado de 1940, onde se autoriza o aborto em situações bem menos extremas do que no caso de feto anencefálico, enfatiza sobre a prática ilegal do aborto, e defende àquelas que procuram a lei ao invés de clínicas para abortar e sustenta que, quem tem o direito de decisão é a mulher e não o Estado e seus representantes. Como segue a citação abaixo:

A recente decisão do STF que pretendeu desautorizar o abortamento em caso de anencefalia é criticável sob vários aspectos. Desde logo, porque o vetusto Código Penal de 1940 o autoriza em situações bem menos extremas e menos legítimas, como no caso de gravidez resultante de estupro, inclusive estupro com violência presumida, que nada mais é do que um namoro envolvendo "vítima" menor de 14 anos. (...) Também pela absoluta inconveniência da proibição legal do aborto, pois é evidente que ninguém deixa de praticá-lo pelo só fato de ser crime tal comportamento, não tendo as disposições jurídico-penais relevância alguma no processo motivacional de formação da vontade de abortar; sendo muito mais importante, no particular, razões de ordem moral, religiosa, as condições econômico-financeiras da mulher etc.(...) Nesse caso específico, portanto, não admitir a cirurgia significa penalizar quem, ao invés de se dirigir a uma das muitas clínicas especializadas em aborto, optou por atuar de acordo com a lei. Além disso, por ser rotineira a prática do aborto entre nós (...). O tipo legal de crime e, pois, as decisões judiciais que o legitimam, servem, assim, para criar uma só impressão – e uma falsa impressão - de segurança jurídica e de real proteção à vida. (...) Mas quem há de decidir sobre isso – decisão não raro dramática e penosa – é a mulher, e não o Estado ou seus representantes, que não estão de modo algum sensibilizados com a "verdade existencial", mas com a "verdade processual". (...) Urge, enfim, trabalhar com o máximo de políticas sociais e com o mínimo de direito penal. (..) O juiz é o legislador no caso concreto! A decisão do STF só reflete então quão reacionárias são certas decisões judiciais, a demonstrar o enorme distanciamento entre o Judiciário (de ontem) e a realidade do Brasil (de hoje). (Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 07/08/2010 – 19h40m).

Perante todos os relatos ora expostos, pôde-se observar a gama de opiniões favoráveis, e desfavoráveis à ADPF nº54, não se podendo dizer quem está certo ou errado. Porém, é de extrema necessidade que haja uma reformulação do Código Penal Brasileiro, e isso é um fato, pois este se encontra defasado, afinal trata-se de um Código confeccionado em 1940, tendo 70 anos da sua vigência, e é de suma importância, que a nossa legislação penal, caminhe paralelamente com os avanços tecnológicos e culturais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todo o conteúdo, ora exposto em relação ao aborto em uma gestação de um feto anencéfalo, observa-se a necessidade, de adequar a legislação penal com a evolução que a sociedade brasileira teve, desde a confecção do Código Penal até os dias atuais.

Faz mister dizer que, a ADPF 54 pode ser considerada a ponta do iceberg dos problemas existentes no cotidiano brasileiro, pois ela trata apenas de uma situação eminente, dentre tantas outras existentes que tem urgência igual ou até superior de uma solução e que o Código Penal ainda não conseguiu alcançá-los.

É certo que, o deferimento da ADPF, trará maiores opções de escolha para as futuras mulheres que enfrentarão esse ardiloso problema, dando-lhes maior segurança em seus atos, sem recair-lhes sanções penais severas e satisfará as pretensões dos que buscam a legalização do aborto de feto anencéfalo, pois este alegam, que, além de deixar a vida da gestante vulnerável, aos perigos desse tipo de gestação, trar-lhe-á um grande transtorno psicológico, embasado no princípio da dignidade humana em relação à mãe.

Por outro lado, o deferimento despertará a insatisfação daqueles que se opõem e condenam o aborto de feto anencéfalo, pois consideram tanto um atentando contra a vida da mulher, quanto à privação do feto de ter uma vida extra-uterina, mesmo que mínima, ferindo assim o princípio do direito à vida, e da dignidade humana em relação ao feto.

Ainda assim, espera-se por parte dos ministros do STF que analisarão essa ADPF, tomarem de muita cautela, pois embora alguns acreditem que exista apenas o risco proeminente da vida da gestante – sendo essa uma das alegações da CNTS – não se pode ignorar o fato de que o feto anencéfalo, apesar de preexistir com uma anomalia irreversível e letal, também é um ser com vida, mesmo que por pouco tempo e esse direito à vida também é um princípio fundamental resguardado pela

Constituição Federal, que tão pouco estipula um prazo mínimo de vivência para obtê-lo.

Contudo, se pode ter uma certeza: é de competência do Estado e seus administradores, através da legislação, salvaguardar o direito à vida e o princípio da dignidade humana. É certo que, não se pode intervir na natureza para dominá-la, e nem tampouco evitar que ela siga o seu ciclo natural, porém, é de todos o dever e a obrigação de respeitá-la, esteja ela em qualquer situação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____, Constituição Federal, In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Código Penal, In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Código de Processo Civil, In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Lei de Introdução ao Código Civil, In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ. Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2007.

JESUS. Damásio E. de. Direito Penal Parte Especial. São Paulo; Saraiva, 2004.

TELES. Ney Moura. Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2004.

ADPF. Processo Físico. Disponível em <http://www.stf.gov.br>

ADPF – ANENCEFALIA. Disponível em <http://www.cnts.org.br/geral/Arquivo/ADPF%2054.doc>

ANENCEFALIA. Disponível em <http://www.wikipedia.org/wiki/Anencefalia>

DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em <http://www.michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues>

FIGURA DE ILUSTRAÇÃO. Disponível em http://4.bp.blogspot.com//med_sketch500.jpg

FIGURA DE ILUSTRAÇÃO. Disponível em <http://www.escola.med.puc.cl/publ/patgeneral/FotosBig/243.jpg>

LIMA. Ricardo O. de Oliveira. Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/1101/1/o-aborto-de-fetos-anencefalos/pagina1.html>.

MÁ FORMAÇÃO CONGÊNITA. Disponível em http://www.wikipedia.org/wiki/Malforma%C3%A7%C3%A3o_cong%C3%A9nita.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Disponível em <http://www.who.int>

PACHECO. Elaine Descovi. Disponível em: <http://www.jusvi.com/artigos/36781>.

QUEIROZ. Eduardo Gomes de. Disponível em <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7770>.

QUEIROZ. Paulo. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>

SEGUNDO. Luiz Carlos Furquim Vieira. Disponível em <http://www.jusvi.com/artigos/38493>

SILVEIRA. José Néri. Disponível em <http://www.providaanapolis.org.br/index1.htm>

TRADUTOR. Disponível em <http://www.translate.google.com.br>