ABORTO DE FETO ANENCÉFALO: FATO TÍPICO OU ATÍPICO?

Fabiana de Santana Sousa, advogada.

RESUMO: Tratar o tema aborto em qualquer de suas formas, gera profundas reflexões e inquietações. Muitas mulheres que se encontram na condição de gerar um feto anencéfalo sentem angústia e sofrimento. Estes sentimentos negativos estão reservados principalmente à mulher, em cujo útero habita este ser que se desenvolve, ao se depararem com o dilema que nasce com a possibilidade de interromper uma gravidez. A notícia de má-formação incompatível com a vida interrompe bruscamente um processo psicológico e social característico de todas as gestantes e respectivas famílias. A anencefalia é considerada como uma deformação incompatível com a vida. Não havendo vida e sendo tal fato atestado por pareceres clínicos através de exames precisos, o médico que realize a intervenção cirúrgica de antecipação do parto não estará atingindo o bem jurídico vida, portanto, é fato atípico. E se assim não fosse, o gravame de ordem psicológica sofrido pela mãe é mais sério, do que outras razões de ordem moral albergadas pela legislação penal. Não se pode olvidar que o Direito Penal deve ser visto como instrumento de que se serve o Estado para tutelar bens juridicamente relevantes e não para atuar como "braço armado" do Estado, o qual impõe uma determinada moral.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; Anencefalia; Atipicidade.

ABSTRACT: Studying the theme abortion in all its forms causes deep reflections and anxiety. Many women in the condition of carrying an anencephalic baby feel profoundly afflicted. These negative feelings are exclusive of the woman, whose uterus carries this being. They face the dilemma of interrupting a pregnancy. Receiving the news of being pregnant of a baby with bad formation incompatible with life interrupts abruptly a psychological and social process characteristic of all pregnant women and their families. Anencephaly is considered a bad formation incompatible with life. If there is no life and if this fact was attested by medical reports and precise exams, the doctor who carries out surgeries

of delivery anticipation will not be affecting juridical properties, therefore the fact is atypical. However, it is important to mention that there are some authors who consider it important, just and human to admit it as supralegal form of illicity exclusion. It can't be forgotten that criminal law must be seen as an instrument used by state to patronize juridically relevant properties and not to act as an "armed arm" of state, which imposes some moral.

KEYWORDS: Abortion; Anencephaly; Atypical.

INTRODUÇÃO

Antes de adentrar na discussão sobre o aborto do feto anencéfalo, é de suma importância uma melhor compreensão do que vem a ser a anencefalia.

A anencefalia é um defeito congênito (do latim "congenitus", "gerado com"). Corresponde a uma alteração na formação cerebral resultante de falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural e que se caracteriza pela falta dos ossos cranianos frontal, occipital e parietal, hemisférios e do córtex cerebral. O tronco cerebral e a medula espinhal na maioria dos casos não são atingidos, mas há casos em que, a anencefalia ocorre por defeitos no fechamento da coluna vertebral.

De acordo com um estudo realizado pelos doutores Carlos Gherardi e Isabel Kurlat denominado *Anencefalia e Interrupción del Embarazo – Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente*, aproximadamente 75% dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 horas e o resto dentro da primeira semana.

Na anencefalia, a inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) provoca a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Estas funções têm a ver com a existência da consciência e implicam na cognição, percepção, comunicação, afetividade e emotividade, ou seja, aquelas características que são a expressão da identidade humana. Há apenas uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a

respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal.

A viabilidade para a vida extra-uterina depende do suporte tecnológico disponível como oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vasomotora, nutrição, hidratação. Há 20 anos, um feto era considerado viável quando completava 28 semanas, enquanto que hoje, bastam 24 semanas ou menos. Faz 10 anos que um neonato de 1 kg estava em um peso limite, mas hoje sobrevivem fetos com apenas 600 gramas. Isso tudo graças ao grande avanço tecnológico ocorrido na área da medicina.

A viabilidade não é, pois, um conceito absoluto, mas variável em cada continente, cada país, cada cidade e cada grupo sociocultural. Entretanto, em todos os casos, a viabilidade resulta concebível em relação a fetos intrinsecamente sãos ou potencialmente sãos. O feto anencéfalo, ao contrário, é intrinsecamente inviável. Diante do que foi relatado acima, carece de toda lógica aplicar o conceito de viabilidade em relação ao tempo de gestação. O feto será inviável qualquer que seja a data do parto.

Ao tratar da anencefalia, convém conceituar também o que seja o encéfalo e a morte encefálica. Do ponto de vista anatômico, encéfalo é a parte do sistema nervoso central, contida dentro do crânio central. Abrange o cérebro (telencéfalo e diencéfalo), o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano.

A respeito do que seja encéfalo, vale conferir os ensinamentos do professor Ângelo Machado em sua obra *Neuroanatomia Funcional* (MACHADO, 1987, p. 35): "Encéfalo é a parte do sistema nervoso central situada dentro do crânio neural. No encéfalo, temos cérebro, cerebelo e tronco encefálico".

Com relação à morte encefálica, os critérios estão previstos na Portaria 1480/97 do Conselho Federal de Medicina, que assim dispõe:

> Artigo 1º - A morte encefálica caracterizada da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.
> Artigo 4° - Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação e morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

> Artigo 6° - 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.

Para melhor explicitar, trazemos à baila um outro conceito de anencefalia de Débora Diniz (DINIZ, 2004, p. 12):

> 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 qual 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.

Para a doutrinadora Maria Helena Diniz (DINIZ, 2001, p. 281):

> O anencéfalo pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação (sic) congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhes os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do 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.

Uma criança portadora da anencefalia nasce sem o couro cabeludo, calota craniana, meninges, ou seja, nasce com a cabeça aberta protegida apenas por uma fina membrana. Além da situação estética deformada, que, para alguns, parece com uma rã, não há tratamento para esse

problema que afeta mais meninas do que meninos segundo a medicina. A má-formação congênita ocorre entre o 20° e o 28° dia após a concepção que é facilmente perceptível a partir da 10ª semana através de um exame de ultra-som de alta resolução realizado na gestante, sendo o mais aconselhável que seja feito entre a 15ª e a 20ª semana para um melhor resultado e mais seguro, já que a probabilidade de erro é mínima.

Apesar da evolução científica no campo da medicina, ainda não se sabe o que causa a anencefalia. O que se sabe é que provavelmente seja desencadeada por uma combinação de fatores genéticos e ambientais e que a ingestão de ácido fólico antes da concepção pode prevenir a sua ocorrência, nada tendo a ver com a conduta dos pais.

Ao ser comprovado o diagnóstico da anencefalia não há nada que possa ser feito em relação ao feto, já com relação à gestante, esta pode vir a sofrer danos à saúde e até risco de vida, em razão do alto índice de óbitos ocorridos dentro do útero. Nesse caso, o mais recomendável na seara médica seria a antecipação do parto que é a única medida possível e eficaz para o tratamento da gestante, já que não há solução para reverter a situação de inviabilidade do feto.

Segundo parecer a respeito do assunto, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO, 2004) atesta que:

> As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstetrícia nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas; B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente; C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG); D) Associação com vasculopatia periférica de estase; E) 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 obstetrícias do parto de termo.

De acordo com o que foi relatado, uma das complicações, é o aumento do líquido amniótico, visto que a criança não tem os reflexos que a habilitam a engolir o líquido amniótico como ocorre em uma gestação normal. Isso causa um desconforto para a mãe, além do que o trabalho de parto pode ocorrer prematuramente.

Outra questão de ordem nos dias atuais é com relação à doação de órgãos. Na prática, dificilmente ocorrerá com as crianças anencéfalas, já que seus órgãos somente podem ser removidos se a criança estiver seguramente morta. Entretanto, os critérios que definem a morte cerebral não podem normalmente ser aplicados para crianças abaixo de 7 dias de nascidas. Antes de a morte cerebral ser confirmada, os órgãos de tais crianças podem-se tornar de tal modo danificados que não sejam aptos para doação. Crianças anencéfalas não têm a parte posterior do cérebro, mas têm a parte anterior que em geral funciona normalmente no nascimento. A parte anterior do cérebro morre lentamente e outros órgãos podem morrer no período intermediário de tempo. Observou-se que a morte cerebral clínica (completa ausência de reações e reflexos e ausência de respiração espontânea) quase sempre ocorre depois que o coração começou a falhar. Conseqüentemente, as crianças anencéfalas só raramente poderiam ser capazes de doar órgãos. Em alguns países, as válvulas cardíacas podem ser removidas para uso em um transplante posterior. Os problemas mencionados acima são menos relevantes porque as válvulas podem ser removidas até 8 horas depois da morte da criança e congeladas até que um receptor seja encontrado.

Um alívio para as mães de fetos portadores da anencefalia é que na maioria dos casos, trata-se de uma anomalia isolada e é muito

improvável que possa ocorrer novamente na mesma família. Estatisticamente, a taxa de recorrência para uma mulher que já teve um filho anencéfalo é de 4%.

Por ser um tema ainda em pesquisa a fim de se conseguir êxito em situações deste tipo o *National Institute of Neurological Disorders and Stroke* conduz e financia uma larga gama de estudos que exploram os complexos mecanismos de um desenvolvimento cerebral normal. O conhecimento adquirido desses estudos fundamentais fornece o fundamento para compreender como esse processo pode dar errado, e assim, oferece esperança para novos meios de tratar e prevenir distúrbios cerebrais congênitos, inclusive defeitos de soldadura do tubo neural como a anencefalia.

A anencefalia tem despertado grande interesse e polêmica nos dias atuais. Em uma rápida pesquisa acerca desse tema na Internet, na página do Google apareceram 181.000 (cento e oitenta e um mil) sites em 01 de novembro de 2007.

Ressalte-se que embora considerada a melhor ferramenta de busca à disposição na internet, segundo a revista *Veja*, alcança apenas uma pequena parte da Rede Mundial, sendo estimado que existem cerca de cinqüenta vezes mais páginas do que seja capaz de encontrar (VEJA, 2004, p. 69).

Segundo a revista *Época*, foi encomendada uma pesquisa do IBOPE, em que ficou contestado que 76% da população brasileira é favorável ao aborto no caso de problemas congênitos incompatíveis com a vida, como é o caso da anencefalia. Por outro lado, relativamente às hipóteses legalmente permitidas, 79% da população é favorável ao aborto no caso de risco de morte para a mulher, enquanto que, 62% apóiam o aborto em caso de gravidez resultante de estupro (ÉPOCA, 2005, p. 65).

Por ser um tema de fundamental importância para toda a sociedade, vale a pena ressaltar a obra intitulada *Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil* de autoria de Marcos Valentin Frigério, Ivan Salzo, Silvia Pimentel e Thomaz Rafael Gollop (FRIGÉRIO; SALZO; PIMENTEL; GOLLOP, 2006, p. 15), na qual foi realizado o estudo de 263 pedidos de alvarás para interrupção da gravidez em

casos de anomalias incompatíveis com a vida, sendo a anencefalia uma dessas anomalias.

Nestes 263 casos estudados, o Ministério Público opinou pelo deferimento do alvará em 201 casos (76,43%) e pelo indeferimento em 62 casos (23,57%). Em contrapartida, o juiz decidiu pelo deferimento em 250 casos (95,06%) e pelo indeferimento em apenas 13 casos (4,94%).

Os embasamentos jurídicos das decisões e pareceres pelo deferimento e pelo indeferimento dos pedidos foram variados, como se pode observar nas tabelas abaixo.

Tabela I: Embasamento Jurídico da Sentença Judicial e do Parecer da Promotoria Favorável a Pedido de Aborto Seletivo:

Embasamento Jurídico no Deferimento	**Juízes**	**MP**
Inexigibilidade de Conduta Diversa	1	2
Artigo 5º da Constituição Federal	3	4
Preservar a higidez psíquica da gestante	63	41
Inexigibilidade de Conduta Diversa + Preservar a higidez psíquica da gestante	1	2
Inexigibilidade de Conduta Diversa + Artigo 5º da Constituição Federal + Preservar a higidez psíquica da gestante	7	5
Preservar a higidez psíquica da gestante e autoriza o aborto pelo Artigo 128 do CP	17	5
No Artigo 5º da Constituição Federal + Artigo 3º do Código de Processo Penal e princípios gerais do direito nos princípios de jurisdição voluntária e Artigo 1104 e seguintes do Código de Processo Civil	78	32
Estado de Necessidade + Aplicando-se analogia "in bonam partem" usando Artigo 124 CP c/c o Artigo 128, I e II + Artigo 5º da Constituição Federal	1	4
Autoriza o aborto nos termos do Artigo 128, I e II do CP	39	24
Aplicando-se analogia "in bonam partem" usando Artigo 124 do CP c/c o Artigo 128, I e II do CP	13	29

No Artigo 5º da Constituição + Artigo 3º do Código de Processo Penal e princípios gerais do direito nos princípios de jurisdição voluntária	6	5
Não há crime em realizar o aborto, pois o feto não tem mais vida a ser tutelada	6	3
Não encontra amparo no direito normativo	3	2
Sem acesso a informação/Julgado na 2ª Instância	12	43
Total	**250**	**201**

Tabela II: A Argumentação dos Juízes e Promotores Contra a Autorização do Aborto Seletivo:

Embasamento Jurídico no Indeferimento	**Juízes**	**MP**
Não se opõe desde que haja risco de vida materna	0	1
Não configura estado de necessidade	4	5
Não encontra amparo no direito normativo	9	53
Inviabilidade do direito à vida	0	3
Total	**13**	**62**

Diante do que foi exposto, é de fácil percepção que a maioria da população e dos profissionais da área jurídica são favoráveis à interrupção da gravidez no caso de anomalias absolutamente incompatíveis com a vida, dentre elas está o caso da anencefalia.

Outro tema muito polêmico é o aborto. Há quem defenda a descriminalização completa da conduta e há aqueles que lutam pela sua proibição absoluta e incondicional.

A palavra aborto vem do grego *abortus*, que significa perecer, morrer, fenecer. Etimologicamente quer dizer privação de nascimento: *ab* significando privação, e *ortus*, nascimento.

Ao dissertar acerca de tema tão importante e debatido na atualidade, é salutar que se faça menção a diversos conceitos de diferentes doutrinadores. O professor Hélio Gomes (GOMES, 2003, p. 56), em

seu livro *Medicina Legal*, conceitua aborto como sendo "a interrupção ilícita da prenhez com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu período evolutivo: da concepção até as proximidades do parto".

Para o ilustre doutrinador Heleno Cláudio Fragoso (FRAGOSO, 1995, p. 84) "é a interrupção da gravidez com a morte do feto". Já Hélio Gomes (GOMES, 2003, p. 66), o conceitua como sendo "a interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu estado evolutivo, desde a concepção até o momento antes do parto". E ainda no mesmo diapasão assevera Gerardo Vasconcelos (VASCONCELOS, 1970, p. 38) que "é a interrupção da gravidez antes de concluído o seu período normal, com a morte do produto da concepção".

Após a concepção até três semanas se diz ovo, de três semanas até três meses é embrião, após três meses da gestação é considerado feto.

Sabe-se que a prática abortiva era comum entre os povos antigos. As mais remotas notícias sobre métodos abortivos datam do século XXVIII a.c., na China. Os gregos não puniam esta prática, nem mesmo o Direito Romano inicialmente estabelecia qualquer punição para o aborto. Só posteriormente foi considerada uma lesão ao direito do marido à prole.

Para ratificar o que foi dito acima, convém incluir o que o insigne doutrinador Paulo Lúcio Nogueira (NOGUEIRA, 1995, p. 57), escreveu a respeito:

> O aborto nem sempre foi punido, pois antigamente era indiferente ao direito, sendo, considerado o feto simples anexo ocasional do organismo materno, cujo destino a mulher podia livremente decidir. Nos primeiros tempos em Roma o aborto não era punido. Depois, sendo levado em consideração o direito de paternidade em sua defesa, começou a incriminação do aborto, justamente pela frustração da esperança do pai quanto à sua descendência.

Ainda no mesmo sentido, assevera Nelson Hungria (HUNGRIA, 1958, p. 69) que:

> Em Roma, não cuidavam do aborto as XII Tábuas e as leis da República. Considerava-se o produto da concepção como parte do corpo da gestante, e não como um ser autônomo. Ensinava a escola estóica que *partus antequam edatur mulieris pars est ve viscerum*, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia do que dispor seu próprio corpo, no exercício de irrecusável *jus in se ipsa*. Tornou-se o aborto, por isso mesmo, comuníssimo.

Com o advento do Cristianismo é que o Império Romano, por força da influência religiosa, passou a punir a prática do aborto, como bem explicita Paulo Lúcio Nogueira (NOGUEIRA, 1995, p. 47):

> Foi o Cristianismo que introduziu no conceito de aborto a idéia da morte de um ser humano, punindo-o como homicídio; o problema discutido era o do momento em que a alma penetrava no organismo em formação, distinguindo-se o feto animado do inanimado para efeito de punição.

No mesmo diapasão afirma Nelson Hungria (HUNGRIA, 1958, p. 75):

> Foi, porém, com o Cristianismo que se consolidou a reprovação social do aborto. Sob seu influxo, os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram o antigo direito e assimilaram o aborto criminoso ao homicídio, sendo-lhe cominada até mesmo a pena do *culeus*.

Na época do direito canônico a matéria mereceu intenso debate, ressurgindo a discussão sobre a punibilidade estar associada à aquisição da "alma" por parte do recém-nascido, como bem explica Nelson Hungria (HUNGRIA, 1958, p. 36):

> No começo da Idade Média, os teólogos disputam em torno da incriminação do aborto. Santo Agostinho, com fundamento na doutrina de Aristóteles, dizia que o aborto só era crime quando o feto já tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer 40 ou 80 dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou de mulher. São Basílio, porém, firmando-se na versão da *Vulgata*, não admitia distinção alguma: o aborto provocado era sempre criminoso.

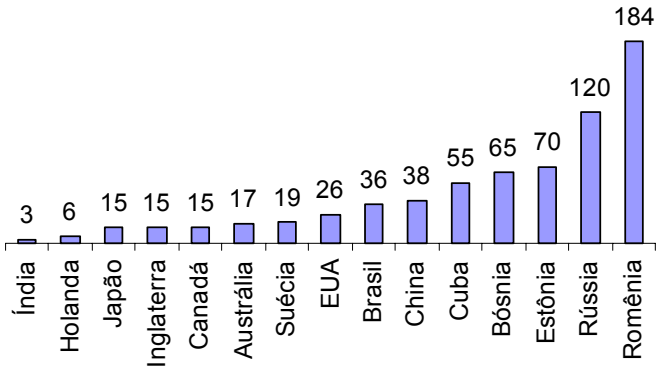
Diante do que foi exposto, percebe-se claramente a influência da religião católica na formação da punibilidade do aborto. Também tem que se levar em conta que nas origens da sociedade ocidental havia muita carência acerca do conhecimento científico.

Vale ressaltar que no Brasil, o Código Penal do Império de 1830 punia apenas o aborto praticado por terceiro. A punição do auto-aborto foi prevista pela primeira vez no Código Penal de 1890. Já o Código Penal de 1940 pune o aborto provocado por terceiro, ao tempo em que traz à baila duas hipóteses de exclusão da antijuridicidade.

Há várias espécies de aborto: Aborto Provocado pela Gestante ou com seu Consentimento com previsão no artigo 124 do Código Penal, Aborto Provocado por Terceiro sem Consentimento da Gestante com previsão no artigo 125 do Código Penal, Aborto Provocado por Terceiro com Consentimento da Gestante com previsão no artigo 126 do Código Penal, Aborto Terapêutico ou Necessário com previsão no artigo 128, inciso I do Código Penal, Aborto Sentimental, Humanitário ou Piedoso com previsão no artigo 128, inciso II do Código Penal, Aborto Espontâneo ou Natural, Aborto Acidental, Aborto Eugênico, Aborto Econômico e o Aborto Honoris Causa.

Por ser tão instigante e polemizado, é oportuno que se mostre como o aborto é visto no Brasil e no mundo de acordo com o gráfico abaixo, o menor número de abortos ocorre na Índia e o maior número de abortos ocorre na Romênia.

Número de abortos por 1000 mulheres



Fontes: Population Action Internacional: Alan Gutmacher Institute/Washington Post.

O aborto de feto anencéfalo será abordado, não sob os aspectos ético, religioso, moral, social ou emocional, mas sim do ponto de vista jurídico, analisando se seria uma conduta típica ou atípica. Sabe-se que há os defensores de que seria uma conduta típica por vários motivos, mas concordamos com aqueles em que a consideram uma conduta atípica, pelas razões que serão expostas.

O Código Penal de 1940, que está em vigor há mais de sessenta e sete anos, não traz a previsão da possibilidade de realização do aborto portador da anencefalia. Muitos de seus artigos são questionados, pois estão defasados, já que a vida é dinâmica e evolui rapidamente, graças à ciência e à tecnologia.

Por sua vez, o Direito Penal não pode ignorar essa realidade, devendo se submeter permanentemente a um interminável processo de ajustamento a uma sociedade de natureza transformadora. Além do que, é cediço que não era possível o legislador prever todas as condutas à época da elaboração do diploma legal.

Menciona Aníbal Bruno (BRUNO, 2003, p. 25) que:

> É impossível definir com segurança o que resultará do jogo entre os genes favoráveis e desfavoráveis provindos dos dois núcleos germinais e submetido por sua vez à influência das infinitas

> condições que irão cercar a evolução do novo ser e imprimir-lhe a extrema complexidade da sua estrutura e do seu comportamento individual [...] Em verdade, estamos diante de um problema obscuro, sobre o qual a ciência da herança ainda não pôde dizer a palavra decisiva. E nada mais contrário aos princípios que regem o Direito do que pretender decidir sobre tais incertezas o destino de um ser humano.

Por isso, a vontade da lei não deve ser analisada somente em relação à época em que nasceu o preceito, mas sim levando em consideração o momento de sua aplicação.

Ao iniciar o debate acerca do tema, é salutar que se faça o exame da adequação da denominação aborto, uma vez que se trata de feto sem vida ou feto com morte cerebral.

É cediço que o crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo.

A análise do aborto deve ser feita dentro do contexto do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que veda, como destaca o ministro do STF Marco Aurélio na ADPF de número 54 (STF, ADPF/DF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 27.04.2005), com toda a sua autoridade, "a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto".

Em meados de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ajuizou uma argüição de descumprimento de preceito fundamental, na qual foi concedida uma liminar em sede de medida cautelar que permitia a gestante realizar o parto de fetos anencefálicos, *in verbis*:

> O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, na argüição formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, de descumprimento de preceitos fundamentais - da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade e do direito à saúde - consagrados pela Constituição Federal de 1988, concedeu liminar,

> ad referendum do Tribunal Pleno, para sobrestar os processos e decisões não transitadas em julgado e para reconhecer 'o Direito Constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto' e o 'risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados' (Medida cautelar em argüição de descumprimento de preceito fundamental n° 54 – 8, Diário da Justiça, Seção 1, n° 147, de 2 de agosto de 2004, pp. 64/65).

O deferimento da liminar causou intensa polêmica em todo o país, gerando a movimentação de diversos setores da sociedade, trazendo à baila, muito além de toda a questão jurídica, implicações morais, sociológicas, psicológicas, entre outras. Diante de tantas manifestações e implicações, a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio foi cassada e a ADPF até hoje ainda não foi julgada.

É notória a aflição psicológica e moral que passa a gestante ao carregar em seu ser um feto anencéfalo. Isso implica em uma aflição de ordem moral comparável ou até superior a outras causas de justificação albergadas pela legislação brasileira.

Nesse sentido, preleciona Marco Antônio Becker (BECKER, 2005, p. 73): "Certamente, a manutenção da gravidez indesejada de um anencéfalo acarretará graves distúrbios psicológicos na gestante, em decorrência da tortura sofrida e de um tratamento degradante, vedado pelo artigo 5º, inciso III da Constituição Federal".

E ainda acrescenta o renomado autor (BECKER, 2005, p. 75): "Quando a mãe pede para retirar esse feto e o médico pratica o ato, isto não configura propriamente aborto, com base no art. 126 do Código Penal, pois o feto, conceitualmente, não tem vida".

Por fim, complementa Becker (BECKER, 2005, p. 78): "A morte não é um evento, mas sim um processo. O conceito jurídico de morte considera um determinado ponto desse processo biológico. Durante séculos adotou-se a parada cardiorrespiratória como índice demarcador da vida".

Apesar de muitas vezes em sentido contrário, não há dúvida alguma de que o entendimento do legislador brasileiro reconhece que a morte cerebral põe termo à vida humana de acordo com a evolução médico-científica.

Ora, se a morte cerebral autoriza a retirada dos órgãos para fins de transplante, o que se dirá de um feto que nem cérebro tem?

Sendo assim, a interrupção da gravidez em decorrência da anencefalia não configura aborto, visto que, embora haja gravidez em curso, o feto não está vivo e sua morte não decorre de práticas abortivas.

Se a interrupção da gravidez em decorrência da anencefalia não configura aborto por não preencher os requisitos, essa interrupção é absolutamente atípica, não podendo sequer ser denominada de aborto, seja criminoso ou não.

Nesse diapasão bem explica Marco Antônio Becker (BECKER, 2005, p. 82):

> Não há porque adicionar outra excludente ao artigo 128 do Código Penal, pois pelas razões expostas o ordenamento jurídico já existente autoriza o médico a retirar o feto de anencéfalo da gestante, a seu pedido, sem que com isso incorra em infração penal ou ética, pois, repetimos: se não há vida, não há que se falar em aborto.

Muito embora a doutrina majoritária considere o aborto de feto anencéfalo um fato atípico, há doutrinadores que consideram não ser crime por configurar uma inexigibilidade de conduta diversa, excluindo a culpabilidade.

Seja qual for o fundamento utilizado para permitir o aborto de feto anencéfalo, o que importa é que não se justifica obrigar uma gestante esperar 9 (nove) meses para ver seu filho nascer totalmente deformado e em seguida morrer, quando não já nascer morto.

A ciência médica com a mais alta tecnologia empregada já assegurou que o feto sem cérebro não possui nenhuma possibilidade de vida extra-uterina. Então restam algumas indagações.

Quando uma gestante de posse de laudo médico assegurando-lhe que o feto que está em seu ventre não tem cérebro e não lhe resta nenhuma

possibilidade de vida extra-uterina, quem poderá, afinal, nas circunstâncias, censurá-la por buscar o abortamento? Com que autoridade moral o Estado poderá exigir dessa gestante que aguarde o ciclo biológico, mantendo em seu ventre um ser inanimado, que, quando a natureza resolver expeli-lo, não terá alternativa senão pranteá-lo, enterrá-lo ou cremá-lo?

Exigir que a gestante suporte até o fim uma gravidez que logo nas primeiras semanas de gestação foi diagnosticado um feto portador de anencefalia, constitui, inquestionavelmente, uma forma brutal de submetê-la a odioso "tratamento desumano", que é vedado pelo artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual, ninguém será submetido a tratamento desumano.

Foi nesse espectro que Carlos Artidório Allegretti (ALLEGRETTI, 2005, p. 19) ao escrever o artigo científico "Revisão Crítica do Crime de Aborto" asseverou:

> O direito à saúde da mulher – incluindo-se a saúde sexual e reprodutiva – tem-se constituído em componente essencial dos direitos humanos, concepção refletida em diversos documentos produzidos nas conferências internacionais das Nações Unidas nas últimas décadas. A Conferência de Teerã, de 1968 (Primeira Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos) reconheceu o direito humano fundamental de pais e mães de determinarem livremente o número de filhos ou filhas e os intervalos de seus nascimentos. A partir das Conferências do Cairo (Conferência Internacional sobre População em Desenvolvimento – 1994) e de Pequim (IV Conferência Mundial sobre a Mulher – 1995), a comunidade internacional passou a reconhecer expressamente o aborto inseguro como um grave problema de saúde pública e recomendou aos governos que considerem a possibilidade de reformar as leis que estabelecem medidas punitivas contra as mulheres que tenham sido submetidas a abortos ilegais, bem como que garantam às mulheres, em todos os casos, o acesso a serviços de qualidade para tratar complicações derivadas

> do aborto. Vale lembrar que o Brasil assinou os documentos das conferências acima, assumiu perante a comunidade internacional o compromisso político e moral de revisar as leis internas que punem as mulheres submetidas a aborto ilegal. Aliás, o Brasil é signatário dos principais tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, tais como a Convenção dela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (Convenção da Mulher, ONU, 1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, OEA, 1994). É essa matéria constitucional que tem permitido ao judiciário brasileiro tomar, em relação ao aborto, algumas decisões mais arrojadas, como tem feito nos últimos tempos.

Convém frisar que ainda que fosse autorizado o aborto de feto anencéfalo, não constituiria uma obrigação e sim em uma faculdade, caberia então à gestante a liberdade de escolha, em realizar o aborto ou aguardar o curso natural do ciclo biológico.

Isso confortaria e muito todas as mulheres que se encontram nessa situação, pois se optassem pela realização ao aborto, não seriam obrigadas a sofrer até o fim como bem ensina Cezar Roberto Bittencourt (BITENCOURT, 2005, p. 36), em seu belíssimo artigo "Atipicidade do Aborto Anencéfalo: Respeito à Dignidade Humana da Gestante":

> Apenas, se preferir, a gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas em contrapartida, não será 'condenada' a abrigar dentro de si um tormento que aniquila, brutaliza, desumaniza e a destrói emocional e psicologicamente, posto que ao contrário das gestantes que se preparam para dar à luz a vida, regozijando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a – além da perda

> irreparável – continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado (seria um verdadeiro 'ser'?!), disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida.

Conforme foi dito acima há controvérsia acerca da fundamentação, mas seja lá qual for a adotada, o que se pode concluir é que se não há vida, é impossível configurar o crime de aborto.

Se onde não há atividade cerebral não há vida, não há objeto jurídico. Não havendo objeto jurídico não há proteção jurídica justificada, conseqüentemente, não responsabilidade penal.

A única conclusão possível é que a expulsão do ventre do feto anencéfalo não é possível de criminalização. É importante frisar que é permitido em países com legislação mais moderna, o que não é o caso do Brasil que deve rever a sua legislação para estar de acordo com a intensa globalização ocorrida nos últimos tempos.

Nessa linha de raciocínio, adotamos a conclusão de Carlos Artidório Allegretti (ALLEGRETTI, 2005, p. 21), que preconiza:

> É impensável que, no Brasil, em horizonte visível, se possa chegar à descriminalização do aborto. O tema está impregnado, ainda, de intolerância religiosa e moral. E, todavia, dever-se-ia pensar no assunto muito seria e racionalmente. O Brasil rural, sem espaços públicos para discussão da autonomia e liberdades públicas, ambiente em que foi editado o código penal que vigorou em 1940, não existe mais. Deu lugar a um país urbano e favelizado, com imensas diferenças sociais, com enorme índice de exclusão, com absoluto desrespeito pelas minorias, mas com paradoxal consciência do coletivo, de espaços conquistados na direção da cidadania, dos direitos individuais e transindividuais e dos direitos humanos. O direito como legislação e como interpretação tem que recuperar o tempo perdido, eis que evoluiu menos do que a sociedade.

Antes de finalizar, é salutar que se deixe aqui registrado que quem mais se opõe à prática do aborto de feto anencéfalo é a Igreja Católica, mas proibir o aborto no caso de anencefalia por motivos puramente religiosos é inadmissível em um Estado laico.

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

> (...) Quero dizer, **o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação de algo em alguém**. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano. Incontornavelmente empacado ou 'sem qualquer possibilidade de sobrevida' (ainda uma vez, locução tomada de empréstimo à mesmíssima resolução do CFM), por lhe faltar as características todas da espécie. Uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estádio de borboleta. O que já importa proclamar que se a gravidez 'é destinada ao nada' – a figuração é do ministro Sepúlveda Pertence – sua voluntária interrupção é penalmente atípica. Já não corresponde ao fatotipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri*. Donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer. Equivale a dizer: o desfazimento da gravidez anencéfala só é aborto em linguagem simplesmente coloquial, assim usada como representação mental de um fato situado no mundo do ser. Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste. (...)". (STF, ADPF/DF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 27.04.2005) (grifo nosso).

Concluindo, não restam dúvidas de que o aborto praticado em decorrência da anencefalia não é crime, seja porque é caso de atipicidade pela ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal aborto, seja porque está presente a inexigibilidade de conduta diversa. No entanto, filio-me aos doutrinadores que entendem tratar-se de um fato atípico, visto que se não há vida, não há o que se proteger juridicamente.

Espera-se que em breve espaço de tempo, a questão esteja solucionada a fim de que seja cessado todo o sofrimento que aflige as mulheres que carregam em seu ventre um feto que por ser incompatível com a vida extra-uterina está condenado à morte.

CONCLUSÃO

No princípio, o aborto era formalmente livre de penas. Mas sua prática não era livre de riscos à vida e à saúde da mulher. O aborto matava inúmeras mulheres, conseqüentemente a mortalidade era maior que no parto. Logo, conclui-se que o aborto nunca foi livre de penas, sempre houve "pena de morte" para o aborto. Para proteger as mulheres da "pena de morte", proibiu-se o aborto com "pena de vida": prisão. Em alguns países, houve a proibição da realização do aborto sem as condições sanitárias adequadas, evitando-se assim a morte das mulheres. Ainda hoje o aborto continua sendo objeto de muitas restrições, principalmente no Brasil, e a luta para permitir a realização do aborto em casos de feto portador de anencefalia é imensa, inclusive, a questão está pendente de julgamento na Corte mais alta do país, trata-se de uma Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Enquanto não ocorre o julgamento, as mulheres sofrem conseqüências psicológicas e físicas irreversíveis. É inaceitável que o Direito Penal Brasileiro seja um instrumento de desamparo, de abandono e de preconceito, características próprias de um Estado fanático, insensível. O Direito Penal brasileiro, que usa o Código Penal apenas como instrumento básico, não pode aceitar o fanatismo e nem o dogmatismo como elementos de sua compreensão, visto que o fanatismo está geralmente ligado ao dogmatismo, isto é, a crença em uma verdade

ou num sistema de verdades que, uma vez aceitas, não devem ser mais postas em discussão e rejeitam a discussão com os outros.

Percebe-se que o modelo de Código Penal que adota o fanatismo e o dogmatismo não é aceitável em um Estado Laico, Democrático e Social de Direito, como é o caso do Brasil. Ademais, o Código Penal deve respeitar a Constituição Federal e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por fim, sabe-se que o Código Penal deve reservar espaço suficientemente amplo para uma interpretação democrática e menos injusta, devendo ser feita uma releitura dos seus artigos e da sua proposta de política criminal, pois, assim, ter-se-á a certeza acerca da constitucionalidade e da legalidade da permissão de realização do aborto em casos de anencefalia. Espera-se que em breve o Supremo Tribunal Federal possa resolver a situação das mulheres afligidas por esse desgosto de carregar em seu ventre por nove meses um feto que ao nascer morrerá, quando não já tiver nascido morto. Sendo esse feto portador de inviabilidade vital, não se configura o crime de aborto por faltar um de seus requisitos precípuos, não passando de um fato atípico.

BIBLIOGRAFIA

ALLEGRETTI, Carlos Artidório. *Revisão crítica do conceito do crime de aborto: a busca de um consenso possível.* Revista Jurídica, São Paulo, v. 23, nº 334, p. 91-116, ago. 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECKER, Marco Antônio. *Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez*. Revista Medicina do Conselho Federal de Medicina, n. 155, maio/julho de 2005, p.10.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal, parte especial.* Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001.

COUTINHO, Luiz Augusto. *Anencefalia: novos rumos para a ciência jurídica.* Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano 5, n. 29, dez/jan. 2005, pp. 32/45.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal.* Vol. I. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 264.

FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica, em estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

FRIGÉRIO, Marcos Valentin; SALZO, Ivan; PIMENTEL, Silvia e GOLLOP, Thomaz Rafael. *Aspectos bioéticos e jurídicos do abortamento seletivo no Brasil*. Disponível em: http://www.jep.org.br/downloads/JEP/Artigos/aspectos_bioetico_juridico_abortamento_sele-tivo.htm. Acesso em 29 de outubro de 2007.

GHERARDI, Carlos e KURLAT, Isabel. *Anencefalia e interrupción del embarazo – Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un Caso reciente*. Disponível em: http://www.la-lectura.com/ensayo/ens-19.htm. Acesso em 01 de novembro de 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 422/429.

TORRES, José Henrique Rodrigues. *Abortamento nos casos de malformação fetal*. São Paulo: Revista da Escola Paulista da Magistratura. Vol. II. n. 3, p. 101/111, jan/fev, 2001.

VERARDO, Maria Thereza. *Aborto: um direito ou um crime?* 3ª ed. São Paulo: Moderna, 1987.