

# Considerações acerca do Aborto Anencefálico no Brasil

*Guilherme Rodrigues Carvalho Barcelos.*

## **RESUMO:**

---

Desde 2004 o tema relacionado ao aborto ou interrupção terapêutica do parto do feto portador de anencefalia ganhou as manchetes do país. Embora a discussão já estivesse presente, foi com a propositura da ADPF 54 por parte da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) perante o Supremo Tribunal Federal que o assunto ganhou notoriedade nacional. No mesmo ano, pelo Ministro Relator Marco Aurélio, foi deferida a medida liminar pleiteada pelos autores, no sentido de autorizar as gestantes a realizarem a interrupção terapêutica da gravidez do feto anencéfalo. Todavia, no mesmo ano, o Pleno do STF revogou parte da decisão do Exmo. Ministro, incluindo a autorização concedida ficando, por conseguinte, impedidas as mulheres de realizarem tal procedimento. Até o presente momento o STF não se manifestou acerca do mérito da ação não havendo, portanto, nenhuma decisão definitiva acerca desse importante tema. O assunto envolve discussões de ordem religiosa, moral, médica e jurídica onde são várias as teorias e posições no sentido da autorização ou não autorização para a realização da interrupção da gestação. Somente com o posicionamento definitivo do STF essa questão estará mais pacificada, todavia, a discussão sempre estará presente em virtude das várias correntes que se fazem presentes nessa polêmica. Vislumbra-se, entretanto, uma forte tendência no sentido de ampliar as hipóteses legais de aborto, presentes no Código Penal, incluindo-se a anencefalia, conforme audiência realizada junto a Subcomissão de Segurança Pública, no último dia 08 de março do corrente ano.

**Palavras chave:** Aborto – Anencefalia – Vida.

## **ABSTRACT:**

---

Since 2004 the issue related to abortion or interruption of therapeutic delivery of the fetus bearer of anencephaly won the headlines of the country. Although the discussion was already present, was with the commencement of the ADPF 54 by the National Confederation of Workers of Health (CNTS) to the Federal Supreme Court which has gained national notoriety. In the same year, by the Minister Rapporteur March Aurelio, was accepted to the extent liminal pushed through by the authors, to allow the pregnant women to carry out the treatment interruption of pregnancy the fetus anencephalus. However, in the year 2005, the Full of STF repealed part of the decision of the Exmo. Minister, including the authorization granted and is, therefore, prevented women from carrying out such a procedure. Up until the moment the STF is not expressed about the merits of the action and there is therefore no final decision on this important topic. The matter involves discussions of religious order, moral, medical and legal where there are several theories and positions in the direction of, the authorisation or not authorization for the completion of the interruption of pregnancy. Only with the final positioning of the STF that issue will be more peaceful, however, the discussion will be present because of various currents that are present in this controversy. We work with literature review and case law. **Glimpses, however, a strong tendency to broaden the chances of legal abortion, present in the Criminal Code, including anencephaly, as hearing with the Subcommittee on Public Safety, the last day on March 8 this year.**

**Key Words:** Abortion – Anencephaly – Life.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por objetivo a análise do aborto no ordenamento jurídico nacional, sendo o tema analisado e discutido nos vários nortes que o cercam, apresentando suas tipificações, questões fora do âmbito legal, aspectos jurisprudenciais e, dando enfoque, principalmente, ao aborto de feto portador de anencefalia.

Conforme será insculpido no decurso do trabalho, a anencefalia caracteriza-se por ser uma malformação fetal congênita que, por sua vez, impossibilita a vida extra-uterina.

A relevância do tema reside no fato de muitas gestantes, na tentativa de abreviar seu sofrimento físico e psíquico, buscarem o Poder Judiciário com o objetivo de obterem, através da prestação jurisdicional, o alvará autorizador para a realização da interrupção terapêutica da gestação.

Entretanto, o que acirra a presente proposição, é o fato de estarem em conflito direitos fundamentais entalhados na Carta Magna da República, quais sejam, o direito à vida do feto versus a dignidade humana da gestante em suas diversas vertigens. Assim sendo, presentes estarão nesta pesquisa, questões diversas sobre o tema, com as inúmeras e conflitantes posições acerca do assunto, inclusive, ainda que brevemente, questões médicas e religiosas.

Especialmente, busca-se analisar o conflito existente entre o direito à vida do feto ou embrião portador da anencefalia e o direito à dignidade humana da gestante, bem como seu direito à liberdade de autonomia reprodutiva e à saúde plena.

Ao passo que há esse conflito entre direitos fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito, há, por conseguinte, a polêmica e a discussão acirrada envolvidas.

De um lado, a dignidade da pessoa humana que, por sua vez, deve ser reconhecida como a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência e de fruir de um âmbito existencial próprio; em outro lado, o direito à vida do feto.

Estar-se-ia em face de uma colisão de direitos fundamentais – direito a uma existência digna, à vedação de tratamento degradante e à própria vida da mãe – “deixando-se de lado” o direito à vida do feto?

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o aborto doloso é conduta criminosa, assim, pode ou deve ser considerada a interrupção da gestação de feto anencefálico um crime; ou o princípio da dignidade da pessoa humana se sobressai à tipificação penal?

Em suma, reside a presente pesquisa, nesses diapasões.

## **2. Vida: Definição e Marco Inicial**

### **1.1. Definição:**

Segundo Alexandre de Moraes (2003) o direito a vida é o direito mais importante de todos os direitos, pois o ser humano necessita dele para que haja a existência e o exercício de todos os outros direitos.

Nessa mesma esteira, Luiz Flávio Gomes asseverou que a vida é a base e o fundamento de todos os demais direitos da pessoa humana.

Almeida (1996) diz que:

A vida é o conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário de organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como metabolismo, o crescimento, a reação e estímulos, a adaptação ao meio e a reprodução.

Num sentido teleológico, o Padre Francisquini (2009) defende que a vida presente na Terra é um Dom Divino, onde cumpre a nós mesmos resguardar e orientar para Deus.

O conceito biológico, de longe o mais aceito pela maioria da comunidade científica, define vida como: um sistema químico auto-sustentado, capaz de uma evolução darwiniana por mutação, ou seja, uma combinação de substâncias que em algum momento conseguiu uma forma particular capaz de se replicar, mudar e evoluir dando origem às diversas formas de vida (KARAGULIAN, 2008, p.1).

Em nosso ordenamento jurídico, vida é entendida como “a soma das atividades que possam ser exercidas pela pessoa”. Dentro, e em consonância aos preceitos e princípios que se instituem nas leis vigentes. Durante a vida civil, a pessoa tem a faculdade de usufruir as vantagens e prerrogativas que lhe dizem respeito na condição de cidadão.

Vale frisar que o conceito de vida não pertence somente aos cientistas, filósofos, aos religiosos ou a qualquer outro ramo do pensamento humano. Se um dia for possível chegar-se a uma definição única e absoluta, certamente será uma mistura de todos os conceitos defendidos pelos quais mais diversos ramos do saber humano, encampando os que hoje já são conhecidos e aqueles que no futuro virão a se juntar ao esplêndido e diversificado universo do conhecimento da raça humana.

Por fim, para Lima (2007), o conceito de vida humana é tema a ser estudado pelas ciências médicas e biológicas; para a autora, à ciência jurídica cabe, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, ou seja, estabelecer quando se inicia e quando termina a proteção jurídica do bem da vida e com qual abrangência.

## **2.2. Marco Inicial da Vida Humana:**

A Constituição Federal, no caput do artigo 5º, garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo à todos, dentre outros direitos, o direito à vida.

Na visão de Alexandre de Moraes, o início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento

legal, pois do ponto de vista biológico, a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto.

No entender do famoso Constitucionalista, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina.

Francisquini (2009) diz que a vida humana tem início com a concepção, onde o marco inicial é o momento em que o óvulo fecunda o espermatozóide, formando-se o zigoto ou ovo.

Quanto ao início da gravidez, as opiniões não são unânimes, havendo uma divisão por motivos não apenas científicos, mas também morais e filosóficos; para uns, a vida se inicia a partir da implantação do óvulo; para outros, todavia, se inicia a partir da constituição do óvulo.

Para Gonçalves e Lapa (2007, p.51) a fundamentação religiosa nos dias atuais vem admitindo argumento secular, o que se verifica no trecho da Campanha da Fraternidade 2008, sob o lema “Fraternidade e defesa da vida”:

Uma nova vida humana, a partir da Biologia e da Genética, começa no exato momento da fecundação, que é a penetração do espermatozóide no óvulo. Quando os dois gametas se unem, acontece o milagre da vida: forma-se uma identidade genética única, diferente da simples soma das características dos pais, portadora em si mesma de uma programação própria de desenvolvimento. Suas características constitucionais já estão definidas: cor da pele e dos olhos, estatura, tipo sanguíneo temperamento, etc. Nem sua mãe poderá mudar o seu “ser-pessoa”. Necessita apenas de oxigênio, de alimento e de proteção para continuar o seu caminho como qualquer outro ser vivo precisa. Embora esteja na mãe, não é a mãe.

Ressaltam as autoras, que a Constituição Federal assegura amplamente o direito à vida enquanto um direito fundamental, não fazendo menção expressa a extensão dessa garantia. As demais disposições constitucionais e as normas infraconstitucionais é que vão dar os contornos, limites e alcance da proteção jurídica à vida.

Prosseguindo, o Código Civil, em seu artigo 2º, dispõe que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Ou seja, na seara cível, considera-se que os direitos da personalidade passam a existir e a serem protegidos a partir do nascimento com vida. Assim, antes do nascimento com vida, o que existe é apenas uma expectativa de direito, que é protegida pela legislação. Protege-se a vida como expectativa futura, caso ela venha a vingar.

Mais, a idéia de proteção do direito à vida como absoluto, confunde-se bastante com posicionamentos religiosos, os quais defendem que a legislação deve ser interpretada de maneira a proteger a partir do momento em que há o encontro entre os gametas masculino e feminino.

Gomes (2008) firmou posição no sentido de que a vida inicia-se, em regra, no momento da concepção.

No entender do jurista, falando em concepção, conclui-se que a vida começa com a fecundação do óvulo. A partir daí, a vida está juridicamente protegida. É isso que significa o reconhecimento dos direitos do nascituro.

Fortalecendo tal entendimento, (Lima, 2007, p.40-41) diz que:

A determinação do início da vida é controversa nas ciências médicas e biológicas, existindo várias teorias a esse respeito. Entretanto, vem prevalecendo o entendimento de que a concepção inaugura o início da vida humana.

Encerrando o tópico, não menos importante é, ressaltar que o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, preconiza em seu artigo 4º, que a vida se inicia a partir da concepção.

### **3. O aborto:**

#### **3.1. Definições:**

Num sentido etimológico, aborto significa privação do nascimento. Advém de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento. De acordo com E. Magalhães Noronha, aborto é a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção (ovo, embrião, ou feto). A interrupção da gestação há de ser intencional, uma vez que a legislação penal tipifica apenas o aborto na forma dolosa (LIMA apud NORONHA, 2007, p. 53).

Na seara religiosa, por sua vez, Francisquini (2001) entende que aborto é a morte da criança concebida e sua expulsão do ventre materno, em qualquer fase do desenvolvimento pré-natal.

Segundo o autor, o aborto viola gravemente o 5º mandamento da Lei de Deus: Não matarás! Por isso, é um pecado mortal, que produz a “morte” na alma daquele que o praticou, privando-o da graça de Deus que é a sua vida sobrenatural, e tornando-o merecedor do inferno.

No campo jurídico, Delmanto (1991) define aborto como sendo a interrupção da gravidez, com a morte do feto.

Mirabete (2001), na mesma esteira, define aborto como sendo a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. Segundo o autor, é a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses), ou feto (após meses), não implicando, necessariamente, sua expulsão.

Por fim, crível ressaltar a posição do grande Hungria (1978) que define aborto como expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção.

Leciona o autor que mais compreensiva seria a compreensão de Carrara, onde aborto seria: “Dolosa ocisão do feto no útero, ou a sua violenta expulsão do ventre materno, do qual resulte morte”.

Segundo ele, ao invés da circunstância da expulsão do feto, que não passa de um epifenômeno e pode deixar de ocorrer, o que se apresenta como necessário e suficiente à configuração do aborto é a interrupção da gravidez. É este, aliás, o critério médico-legal a que deve aperfeiçoar-se a noção jurídico-penal: “aborto é a interrupção da gravidez, seguida ou não da expulsão do feto, antes da época de sua maturidade”.

### **3.2. Evolução histórica:**

A política relacionada aos recém nascidos portadores de anomalias advém de milênios. As atitudes tomadas em relação aos bebês eram as mais diversas e ocorriam logo após o nascimento, pois na época não se detectavam essas deformidades no período pré-natal (KARAGULIAN, 2008, p. 11).

Segundo a autora, os brâmadés (sacerdotes) criaram o sistema de castas, que se tornou a principal instituição da sociedade indiana. Eles tinham o costume de matar, ou abandonar na selva as crianças que dois meses depois de nascidas lhes pareciam de má índole.

Ainda, na antiga Grécia, os nascidos não desejados eram levados para o alto de uma montanha e ali abandonados. Aristóteles preconizava ser o aborto método eficaz para limitar os nascimentos e manter estáveis as populações das cidades gregas, mas era contra o aborto quando a mãe já se encontrava num estado avançado da gravidez.

Seguindo, a autora destaca que: Platão opinava que o aborto deveria ser obrigatório, por motivos eugênicos, para as mulheres com mais de 40 anos e para preservar a pureza da raça dos guerreiros.

Denota, ainda, que os antigos gregos acreditavam que os fetos não possuíam alma, logo não os consideravam como seres vivos.

Já Hipócrates, com o juramento hipocrático (400-373 a.C.), inclui o compromisso de não tratar uma mulher decidida a provocar um aborto, assumiu de não aplicar pressão em mulheres para provocar o aborto. Por fim, os sumérios, os assírios, o código de Hamurabi e dos persas, que vão desde 200 a 600 a.C., proibiam o aborto e impunham punições severas àqueles que causassem a morte de uma criança nascitura (Karagulian, 2008, p. 12).

Na mesma senda, Hungria (1978) leciona que a prática do aborto percorre todos os tempos onde ficava, em regra, impune, quando não acarretasse dano a saúde ou óbito da gestante.

Segundo o autor, 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.

Ressalta que, 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*.

Para Hungria (1978) no começo da Idade Média, os teólogos disputaram em torno da incriminação do aborto. Santo Agostinho, com fundamento na doutrina de Aristóteles, dizia que o aborto só era crime quando o feto recebesse 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 de Vulgata, não admitia distinção alguma: o aborto provocado era sempre criminoso.

No Brasil, segundo Prado (2005), no Código Criminal do Império o aborto praticado pela própria gestante não era previsto e, por consequência, não era crime. Todavia, quando provocado por terceiro ou com ou sem o consentimento da gestante ser tornava conduta típica.

Na época atual generalizou-se, entre a maioria dos povos civilizados, a incriminação do aborto provocado, seja qual for a fase da gestação, não tendo passado de efêmera e deplorável experiência, em alguns países, a legislação permissiva de tal prática (HUNGRIA, 1978, p. 273).

#### **4. O aborto e a religião:**

##### **4.1. A laicidade estatal:**

Durante longo período da história, o poder político e religioso estiveram vinculados. Notadamente na Idade Média essa situação acentuou-se quando a Igreja Católica consolidou-se enquanto importante eixo do poder estatal, exercendo poder político junto aos reis – inclusive legitimando seu poder (GONÇALVES E LAPA, 2007, p. 64).

Segundo as autoras:

Na Idade Média, a concepção de mundo era essencialmente teleológica. A unidade interna européia, de fato inexistente, foi estabelecida pelo cristianismo diante do inimigo exterior comum representado pelo sarraceno. Essa unidade do mundo europeu ocidental, formada por um amálgama de povos em desenvolvimento, foi coordenada pelo catolicismo. A coordenação teológica não era apenas ideal; consistia efetivamente não só no Papa, seu centro monárquico, mas sobretudo na Igreja, organizada feudal e hierarquicamente, proprietária de aproximadamente um terço das terras, em todos os países detinha poderosa força no quadro feudal. Com suas propriedades fundiárias feudais, a Igreja se constituía no verdadeiro vínculo entre os vários países; sua organização feudal conferia consagração religiosa à ordem secular. Além disso, sendo o clero a única classe culta, era natural que o dogma da Igreja fosse a medida e a base de todo pensamento. Jurisprudência, ciência da natureza e filosofia, tudo se resumia em saber se o conteúdo estava ou não de acordo com as doutrinas da Igreja (GONÇALVES E LAPA, 2007, p.64-65).

Na mesma esteira, salientam as autoras acima citadas, que essa doutrina, até então incontestável – sob pena de julgamento nos Tribunais da Inquisição – começa a ser questionada devido ao surgimento de outros grupos sociais com interesses distintos àquela estrutura baseada no feudalismo e, portanto, de todo o seu aparato, inclusive moral e teleológico.

Prosseguindo, na mesma esteira, ressaltam que servem de marco fundamental para este novo período da história, a Revolução Inglesa (processo do qual fazem parte a Revolução Puritana, em 1640, e a Revolução Gloriosa, em 1688) e a Revolução Francesa, em 1789.

Denotam Gonçalves e Lapa (2007) que, a partir da Idade Moderna, houve a separação entre as leis da Igreja Católica e as leis do Estado, sendo que a este passou a ser vedado beneficiar-se ou fundamentar suas decisões em preceitos de uma religião específica.

Para elas, esta separação de poderes possibilitou a proteção à liberdade religiosa, permitindo que todos processassem sua fé sem perseguições de quaisquer espécies, e também que o Estado atuasse sem pautar-se em nenhuma religião específica. Se o fizesse, estaria privilegiando uma religião em detrimento das demais e impondo-a aos cidadãos que não a praticassem. Este modelo é conhecido como Estado Laico, e é o fundamento de todas as modernas democracias ocidentais.

O ponto de partida para essa concepção moderna de Estado foi a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Com ela, estabeleceu-se que um Estado deveria possuir uma Constituição escrita que contemplasse a separação tripartite de poderes e contivesse uma Carta de Direitos a partir da qual todos são considerados iguais perante a lei. Essa igualdade é afirmada justamente em razão do reconhecimento de que na realidade concreta os indivíduos são diferentes, tanto no âmbito econômico e social como no religioso. Esta equiparação legal foi o permissivo para que os direitos fossem garantidos, como o próprio direito à liberdade religiosa. A partir desse momento, inicia-se um forte movimento constitucionalista, cujo objetivo era assegurar regras para o exercício do poder estatal, garantindo sua separação em relação ao poder religioso (Gonçalves e Lapa, 2007, p. 67-68).

Para encerrar o tópico, vale ressaltar a posição final das autoras, no sentido de que a garantia da laicidade é justamente o que permite uma convivência pacífica entre diversos e distintos grupos religiosos, ainda que um deles seja majoritário em relação aos restantes; exatamente pelo fato de o Estado encontrar-se dissociado de um poder religioso é que se cria um ambiente favorável para o exercício de quaisquer religiões. É importante que se afirme, nos tempos atuais, essa conquista da laicidade, dosando-se a esfera de interferência estatal na vida privada, restringindo-a a ações de promoção de direitos e assegurando-se a não violação desses direitos por meio de uma atuação estatal que faça uso da razão pública para o seu agir.

#### **4.2. Brasil: Um Estado laico:**

Lecionam Gonçalves e Lapa (2007) que o Brasil é um Estado laico devido à determinação contida no artigo 19, inciso I, da Magna Carta, senão vejamos:

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”:

“I- estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”



Para Moraes (2003) a conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação.

Para o jurista, a abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé, representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e a própria diversidade espiritual.

Não obstante o laicismo estatal constitua garantia fundamental como sustentáculo do direito ao livre exercício da religião, é digno de nota que, no Brasil, representantes da moral religiosa católica, bem como de algumas outras religiões, exercem intensa influência política no Estado. Ainda, é importante que se esclareça, desde logo, que embora o Brasil seja uma democracia constitucional em que todos os diversos grupos sociais têm direito a manifestar-se no espaço público, inclusive mediante seus parlamentares eleitos, a atuação do Estado não deve pautar-se pelos valores morais de nenhuma religião (Gonçalves e Lapa, 2007, p. 70).

A partir daí, Sarmiento (2007) assevera que os juízes jamais devem fundamentar suas decisões judiciais em seus valores morais íntimos ou convicções religiosas.

A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). Ela foi além, consagrando, no seu artigo 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. Este princípio não indica nenhuma má vontade do constituinte em relação ao fenômeno religioso, mas antes exprime 'a radical hostilidade constitucional para com a coerção e discriminação em matéria religiosa, ao mesmo tempo em que afirma o princípio da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos' (SARMENTO, 2007, p. 25-26).

Nessa esteira, Moraes (2003) assevera que a Constituição Federal, ao consagrar a inviolabilidade de crença religiosa, está também assegurando plena proteção à liberdade de culto e às suas liturgias; e mais, ressalte-se que a liberdade religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo.

#### **4.3. O aborto na perspectiva do catolicismo:**

Inicialmente, é importante observar que quando discute-se o tema aborto pensado pela Igreja Católica, reputa-se que sua posição atual sobre o assunto "é sem história", tendo esta instituição sempre condenado o aborto em razão da defesa da vida do feto. Muitos acreditam que a proibição do aborto pela Igreja sempre apresentou-se nestes termos (GONÇALVES E LAPA, 2007, p.72).

Conforme indicam as autoras, esse é um grande engano:

É comum pensar que a condenação do aborto é parte de uma história contínua e imutável dentro da Igreja. Sua posição contrária a autonomia de decisão quanto a aborto aparece como decorrendo de um princípio colocado como absoluto: a defesa incondicional da vida. Tal princípio faria parte de um *continuum* coerente

que não admite qualquer exceção ou transigência. A própria instituição busca manter essa idéia de continuidade absoluta de seu discurso sobre as práticas abortivas, reiterando a referência a uma tradição que parece nunca haver sido quebrada. Essa homogeneidade do discurso eclesial encobre, porém, uma história cheia de controvérsias (GONÇALVES E LAPA, 2007, p. 72).

Salientam que não existe na Bíblia nenhuma menção explícita condenando o aborto. Pelo contrário, a única passagem que se refere ao aborto, localizada no Antigo Testamento – Êxodo, 21-22,24 – aponta em outra direção, onde a morte do feto não era algo primordial, sendo a punição para tanto, o pagamento de uma multa:

Si dos hombres pelean y ocurre que vayan a erir a una mujer embarazada y ésta aborta sin ningún dano, estos tendrán que pagar una multa impuesta por el marido de la mujer y que será paga en presencia de jueces. Pero si la mujer és danada, se pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, y pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe (GONÇALVES E LAPA, 2007, p. 73).

Durante os seis primeiros séculos do cristianismo, a punição religiosa ao aborto não se referia centralmente à vida do feto que seria extinta, mas ao adultério que o aborto revelaria. A preocupação central da Igreja e do Estado era a manutenção do casamento monogâmico como regra para toda a sociedade. Importante dizer que esta defesa abarca valores não somente morais, mas também econômicos, como por exemplo, a preocupação se os herdeiros das propriedades seriam legítimos. Assim, à época entendia-se que o aborto seria uma forma de ocultar-se a vergonha pelos filhos frutos de uma relação proibida, porque praticada fora do casamento. O aborto era apenas uma “falta grave”, e não um pecado propriamente dito, pois servia à ocultação de um verdadeiro pecado, qual seja, a fornicação. Por fim, atualmente, porém, a maioria da hierarquia eclesial considera o aborto como pecado digno de excomunhão em qualquer situação e em qualquer momento em que se realize (Gonçalves e Lapa, 2007, p. 75).

Segundo Franciscuini (2009) o Papa João Paulo II, usando da infalibilidade pontifícia, declarou: “Com a autoridade que Cristo conferiu a Pedro e aos seus sucessores, em comunhão com os bispos (...), declaro que o aborto direto, isto é, querido como fim ou como meio, constitui sempre uma desordem moral grave, enquanto morte deliberada de um ser humano inocente (...). Nenhuma circunstância, nenhum fim, nenhuma lei no mundo poderá jamais tornar lícito um ato que é intrinsecamente ilícito, porque contrário à lei de Deus, inscrita no coração de cada homem, reconhecida pela própria razão e proclamada pela Igreja”.

Para o autor, a eliminação direta de seres humanos inocentes por meio do aborto é uma violação total do direito à vida. Contrário à Lei de Deus e à Lei Natural, o aborto deve ser definido pela lei dos homens como assassinato. Assassinato tanto mais grave quanto praticado contra um ser inocente e que não pode se defender. Por isso, a doutrina católica diz que é um pecado que brada aos Céus e clama pela vingança de Deus.

Atualmente, inclusive, nota-se que a Igreja Católica vem posicionando-se publicamente, no Brasil e em outros países, como radicalmente contra a prática do aborto em qualquer situação, incluindo casos em que a mulher foi vítima de violência sexual ou em que corre risco de vida em decorrência da gestação, as duas únicas excludentes de

punibilidade determinadas pela legislação brasileira. E a motivação apresentada para esta condenação é que a vida humana (do feto, no caso) tem valor absoluto (GONÇALVES E LAPA, 2007, p.77).

## **5. A anencefalia:**

### **5.1. Conceituações:**

Conforme análise da gramática, para Karagulian (2008) a definição etimológica do termo anencefalia indica: Anomalia de desenvolvimento que consiste em ausência da abóbada craniana, estando os hemisférios cerebrais ausentes, ou representados por massas pequenas que repousam na base. Monstruosidade consistente na falta de cérebro.

Segundo a autora, a anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como a “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam a apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal.

Leciona Gonçalves e Lapa (2007) que a anencefalia é uma má-formação do feto, que impede a vida extra-uterina da criança.

Conforme leciona Lima (2007) as malformações do sistema nervoso central – centro coordenador de todas as manifestações de vida – geram inúmeras enfermidades. A anencefalia configura uma das malformações do cérebro.

A anencefalia é um defeito no tubo neural (uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula, e/ou suas coberturas protetivas). O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3ª e a 4ª semanas de gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. A anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com esta disfunção nascem sem testa (a parte da frente do cérebro) e sem um cerebrum (a área do cérebro responsável pelo pensamento e coordenação). A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos ou pele (FERNANDES, 2007, p.117).

Para Bell (1979) essa enfermidade é a malformação letal na qual a abóbada do crânio é ausente e o crânio exposto é amorfo.

Alude o autor que: entre 75 e 80 por cento desses recém-nascidos são natimortos e os restantes sucumbem dentro de horas ou poucos dias após o nascimento.

### **5.2. A perspectiva de vida extra-uterina do anencéfalo:**

O anencéfalo carece de grande parte do sistema nervoso central. No entanto, por preservar o tronco encefálico, ou parte dele, mantém as funções vitais, tais como o sistema respiratório e o cardíaco. É também capaz de reagir a estímulos de manter a

temperatura corporal e de realizar os movimentos de sucção e de deglutição. No entanto, as reações são exclusivamente reflexas e, assim, típicas do estado vegetativo (LIMA, 2007, p.76).

Ressalta a autora que a malformação o incapacita para as funções relacionadas à consciência e à capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade. Ele não apresenta qualquer grau de consciência e, por isso, jamais compartilhará da experiência humana. No entanto, apesar de toda a precariedade e efemeridade da sua vida, para as ciências médicas, ele é um ser humano vivo.

Ainda, por ser malformação letal, a sobrevivida extra-uterina é geralmente por pequeno período de tempo.

Segue a autora, afirmando que aproximadamente 75% dos conceptos nascem mortos e o restante, salvo raríssimas exceções, falece no período neonatal.

Segundo Karagulian (2008) o que torna um anencéfalo um ser sem perspectiva de vida é a ausência completa das funções básicas dos seres humanos, isso em face da ausência dos hemisférios cerebrais.

Consoante disposto pela autora, o anencéfalo foi considerado natimorto cerebral conforme Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1752, de 8 de setembro de 2004, o que gerou e ainda gera muitas opiniões antagônicas.

Fato é que, em poucos minutos ou horas, nascendo vivo, o que é a minoria, sofrerá, inexoravelmente, parada cardiorrespiratória e morrerá.

Defendem Gonçalves e Lapa (2007) que a “ausência” de cérebro verificada nesses casos inviabiliza a vida extra-uterina, pois a criança não consegue realizar nenhum movimento e atividade vital, nem mesmo respirar.

## **6. O anencéfalo e o sistema jurídico brasileiro:**

### **6.1. Tipos de aborto previstos na legislação pátria:**

#### **6.1.1. Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124 do Código Penal brasileiro):**

Dispõe o Código Penal em seu artigo 124: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – Detenção, de 1(um) a 3 (três) anos”(DELMANTO, 1991, p.216).

Segundo Delmanto (1991) o art. 124 do CP contém duas figuras: a. aborto provocado pela própria gestante, também chamado auto-aborto (1ª parte); b. consentimento da gestante a que outrem lhe provoque o aborto (2ª parte). Na segunda figura (consentimento) o crime é duplo. A gestante que consente em que outrem lhe pratique o aborto, incide no art. 124. Todavia, quem pratica os atos materiais do aborto incorre nas penas do art. 126 (aborto com consentimento da gestante ou consensual).

#### **6.1.2. Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125 do Código Penal brasileiro):**

Segundo Delmanto (1991) dispõe o artigo 125: Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 03 (três) a 10 (dez) anos.

No entender de Delmanto (1991), este tipo penal comporta duas figuras: a. a não-concordância real (violência, grave ameaça ou fraude); b. não-concordância presumida (menor de 14 anos, alienada ou débil mental).

Já Bitencourt (2007) considera que para provocar aborto sem o consentimento da gestante não é necessário que seja mediante violência, fraude ou grave ameaça, basta a simulação ou mesmo a dissimulação, ardil ou qualquer outra forma de burlar a atenção ou vigilância da gestante. Em outros termos, é suficiente que a gestante desconheça que nela esteja sendo praticado o aborto.

### **6.1.3. Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (Art. 126 do Código Penal brasileiro):**

Ressalta Delmanto (1991) que o artigo 126 do Código Penal dispõe o seguinte: Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único: Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”.

Ensina Jesus (2007) que é necessário que a gestante tenha capacidade para consentir, levando-se em conta a vontade real da gestante.

Capez (2006), nessa mesma linha, entende que, para a consecução do aborto consentido, é crível a expressão do desejo da gestante e, ainda, para ser válido o seu consentimento deve à gestante ter capacidade civil para tanto.

### **6.1.4. Aborto qualificado (Art. 127 do Código Penal brasileiro):**

Segundo Delmanto (1991) o artigo 127 diz que: As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte”.

Diniz (2008) leciona que Aborto preterdoloso, que é o aborto dolosamente provocado e qualificado pelo resultado culposo, que pode ser Morte ou lesão corporal de natureza grave causados na gestante. Ter-se-á essa figura delituosa quando: com ou sem o consenso da gestante, houver provocação do Aborto por terceiro (art. 125 e 126), em consequência do qual ela venha a falecer ou a sofrer lesão corporal grave; o aborteiro empregar meios para provocar o Aborto, consentido ou não, mas ele não vier a ocorrer, causando o óbito da gestante ou lesão corporal de natureza grave. Logo, se, em razão do Aborto ou das técnicas abortivas utilizadas, a gestante sofrer lesão corporal leve, o agente responderá tão somente pelo Aborto que provocou. Se advier Morte, a pena cominada será duplicada e se operar-se lesão corporal grave, aumentada de 1/3.

### **6.1.5. Causas excludentes de ilicitude (Art. 128 do Código Penal):**

“Art. 128: Não se pune o aborto praticado por médico: I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de

consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (DELMANTO, 1991)”.

Segundo Delmanto (1991), em duas hipóteses distintas, o legislador declara lícito o aborto, excluindo a sua antijuridicidade: Aborto necessário (inciso I) e Aborto Sentimental (inciso II). Em ambos os casos, o art. 128 do CP exige que o aborto seja praticado por médico. Entretanto, na hipótese do inciso I, quando urgente à necessidade de salvar a vida da gestante, na falta de médico, outra pessoa não habilitada poderá fazer a intervenção, acobertada pela excludente do estado de necessidade (CP, arts. 23 I, e 24) (DELMANTO, 1991, p.216-217).

Sobre o inciso I, o autor diz o seguinte: aborto necessário previsto no inciso I: Também conhecido por terapêutico, é o aborto praticado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. São, pois, seus requisitos: 1. Que corra perigo de vida (e não apenas a saúde da gestante); 2. Inexistência de outro meio para salvar sua vida. Note-se que o CP não legitima o aborto chamado eugenésico, ainda que seja provável que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. No caso do inciso I, é dispensável a concordância da gestante ou de seu representante legal, se o perigo de vida for iminente.

Leciona Delmanto (1991) que o aborto sentimental previsto no inciso II: Trata-se do aborto também denominado ético ou humanitário. Exige-se, para que seja lícito: 1. Gravidez conseqüente de estupro. Inclui tanto o estupro praticado com violência real como presumida; 2. Prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal. Observe-se, porém, que a lei não exige autorização judicial para a prática do aborto sentimental, ficando a intervenção ao inteiro arbítrio do médico. Não é necessário que exista processo contra o autor do crime sexual; nem, muito menos, que haja sentença condenatória. O próprio médico deve procurar certificar-se da veracidade do alegado pela gestante ou seu representante. Recomenda-se, para segurança do médico, que este obtenha o consentimento da mulher ou de seu representante, por escrito ou na presença de testemunhas idôneas.

## **6.2. Direitos Fundamentais em colisão: O Direito à Vida do anencéfalo versus Direitos à Saúde e à Liberdade Reprodutiva da mulher e o Direito à Dignidade da Pessoa Humana:**

Para Lima (2007), dentre os direitos fundamentais do nascituro está o mais fundamental de todos: o direito à vida.

A Constituição tutela a vida humana em sua forma mais ampla e plena. Por isso, o ordenamento jurídico não só protege os direitos do nascituro, independentemente de ele apresentar qualquer tipo de deficiência, como também estabelece várias normas de proteção especial aos portadores de deficiência. A proteção especial aos portadores de deficiência fundamenta-se no princípio da igualdade, também previsto em vários dispositivos da Constituição.

O art. 3º da Lei Maior preceitua, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O caput do art. 5º, por seu turno, preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a todos os seres humanos o direito à vida e o direito à igualdade. O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar dos direitos fundamentais, reza em seu art. 7º que a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Para complementar a proteção ao direito à vida e à saúde da criança, o art. 8º, caput, do Estatuto preceitua que é assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

Quanto ao conceito anencéfalo, as ciências médicas já comprovaram que há vida humana. E se há vida, ele é titular de direitos, por força da teoria concepcionista, que garante a personalidade a partir da concepção. Por isso, o conceito anencéfalo, assim como todos os conceitos, portadores ou não de alguma malformação, são titulares dos direitos do nascituro (LIMA, 2007, p.106).

Ressalta Lima, todavia, que a gestação do anencéfalo demanda reflexão especial, em decorrência dos direitos que podem entrar em conflito.

No entender da autora, ante essa realidade, podem ocorrer duas situações. Na primeira, a mulher, consciente da malformação fetal letal, deseja prosseguir com a gestação. Não há dúvida que ela receberá todo o atendimento médico-hospitalar necessário para o seu bem-estar físico e psíquico, assim como o nascituro terá todo o cuidado médico necessário, em decorrência de sua condição especial. Caso ele nasça vivo, receberá todo o suporte médico-hospitalar indispensável para viver o pouco que lhe resta, uma vez que, como todo ser humano, é titular do atributo da dignidade. Quando a mulher deseja prosseguir com a gestação, e o anencéfalo vê a luz com vida, ele é titular de todos os direitos da criança. Nessa situação, não há conflito de direitos e, por isso, a solução é notória.

Ardorosa é a segunda situação que se dá quando a mulher, consciente da gestação do anencéfalo, deseja interrompê-la. Nesse caso, o ordenamento jurídico defronta-se com um verdadeiro conflito de direitos fundamentais.

O direito à saúde é tutelado pela Constituição Federal como um direito social.

Segundo Lima (2007), a Organização Mundial da Saúde conceitua saúde como sendo o completo bem estar físico, psíquico e social. De acordo com essa organização, a saúde é concebida de forma abrangente e sua constatação depende da análise de vários aspectos do bem-estar do ser humano, não se limitando à ausência de doença.

A garantia do direito à saúde envolve tanto a proteção do direito em si, pelo ordenamento jurídico, quanto à prestação de serviços pelo Estado para que seja resguardado o direito.

Quanto ao direito de realizar o aborto do anencéfalo, o direito à saúde não pode materializar-se sem políticas públicas que permitam a realização desse direito nos hospitais públicos e privados, com todo o atendimento médico e psicológico necessário ao restabelecimento da mulher (LIMA, 2007, p. 108).

Para a autora, compreender o aborto do anencéfalo, quando há consentimento da gestante, como conduta criminosa, configura lesão ao direito à saúde da mulher, uma vez que a gravidez, nessas circunstâncias, põe em risco a sua saúde. A saúde física, psíquica e social da mulher pode ser profundamente abalada em uma gestação de concepto anencéfalo. As expectativas sociais e familiares diante da gestação e da maternidade são sempre de muita alegria e satisfação, uma vez que estão ligadas à vida e ao nascimento de uma criança.

Não há espaço social, e muitas vezes, familiar, para sentimentos de tristeza, angústia, frustração e culpa. A notícia do diagnóstico de anomalia fetal letal – e a anencefalia é uma dessas malformações – desencadeia na gestante e também na família a vivência de emoções intensas e específicas.

O conhecimento do diagnóstico de malformação fetal –letal é visto pelos casais como um momento muito difícil de ser enfrentado e vivido com grande sofrimento.

Quanto à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, a mesma autora entende que se devem trazer os fundamentos do direito de escolha, nos casos de anencefalia, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade é qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, porque pertence à condição humana. É irrenunciável e inalienável e, assim, não se concebe sua retirada ou concessão, porquanto se trata de um atributo de todo ser humano. Constitui elemento que o qualifica como tal e dele não pode ser separado. Não é algo concebido à pessoa humana, porque já lhe pertence de forma inata (LIMA, 2007, p. 126).

Para Moraes (2009), dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida.

Ainda, entende o autor, que em relação ao aborto, além das hipóteses permitidas em Lei Penal, na impossibilidade de o feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extra-uterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção a vida, mas sim estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas.

O respeito à dignidade humana é um dos pilares para aferir a legitimidade substancial de determinada ordem jurídica. Num Estado Democrático de Direito, a observância e tutela da dignidade humana são metas permanentes.

Da Silva (2001), entende que o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

Para Gonçalves e Lapa (2007) os direitos fundamentais não são absolutos, e em caso de conflito devem ser sopesados. Assim, é contestável a existência de um “direito absoluto”.



Segundo Piovesan (2008), considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

Por isso, se por um lado, o aborto livre não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito brasileiro, por outro, os valores éticos e humanitários incorporados pela Constituição de 1988 não legitimam submeter à mulher uma gestação indesejada de anencéfalo, por configurar ofensa ao direito à saúde, à liberdade de autonomia reprodutiva e à dignidade humana (LIMA, 2009, p. 130).

Todavia, para Francisquini (2001), ninguém pode atentar contra o direito do anencéfalo de nascer, viver o tempo que lhe for dado por Deus, receber um nome próprio, ser batizado, morrer em paz e ter sepultura digna.

Para o autor, é fato que muitas dessas crianças nascem mortas, e a maioria vive umas poucas horas. Mas, sobretudo, o que se deve ter em conta são os misteriosos desígnios do Criador, que deu tão pouco tempo de vida a essa criatura.

Noutra banda, para Gonçalves e Lapa (2007), refletindo as decisões de nossos Pretórios, a obrigação de gerar um feto inviável e o cerceamento de escolha da gestante afetaria a dignidade da mulher, tendo em vista o sofrimento a ela imposto.

A pessoa humana, desde o início até o fim de sua vida, é revestida de uma dignidade inalienável. Nada há que se possa, legitimamente, antepor à sua realização. As próprias instituições existem em função da promoção dessa dignidade (KARAGULIAN, 2008, p.61).

Finaliza a autora, entendendo que a dignidade da mãe, neste caso, viria em primeiro lugar, uma vez que ficou constatado que o feto não terá possibilidade de viver após o parto.

## **7 CONCLUSÃO**

O bem jurídico dos seres humanos, por excelência, é a vida.

Somente a partir dela, ou ao menos, de sua expectativa, no caso do nascituro, é que os indivíduos passam a ser titular de direitos.

A vida, como bem jurídico inerente ao ser, é tutelada e resguardada pela Constituição da República e, por conseguinte, por todo o ordenamento jurídico nacional.

A anencefalia, como demonstrado, é uma anomalia fetal letal, caracterizada por ser uma deformidade no fechamento do tubo neural, mais precisamente da porção anterior do sulco neural, acarretando a inexistência do encéfalo.

Em decorrência da malformação, o anencéfalo carece de grande parte do sistema nervoso central, o que o incapacita para as funções relacionadas a consciência e a capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade.

Embora o anencéfalo, até certo momento, seja um ser vivo, não compartilhará de qualquer experiência humana, até porque, na maçante maioria dos casos, conforme explicitado no decurso do presente, nascerá morto ou viverá poucos minutos ou horas.

Assim sendo, caracteriza-se a anencefalia como uma malformação fetal que impossibilita qualquer vida extra-uterina de seu portador.

Destaca-se que o conceito anencefálico, assim como todos os conceitos, têm sido considerado titular de direitos do nascituro; e dentre os direitos fundamentais do nascituro está englobado o direito à vida.

Em contrapartida, a gestação do anencéfalo compromete indubitavelmente a saúde física, psíquica e social da mulher, onde a imposição de uma gestação nessas condições lesa a sua saúde.

Um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro é a dignidade humana; o princípio em foco está amplamente assegurado pela Magna Carta, mais precisamente no artigo 1º, inciso III, caracterizando-se, como já dito, como um dos preceitos pilares do Estado brasileiro.

Ao passo que o anencéfalo não possui a possibilidade de manter uma vida extra-uterina, impor a uma mulher, nesse caso, a gestação, fere a Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que essa gestação compromete a saúde da gestante em suas diversas vertigens.

O respeito ao princípio está diretamente ligado ao respeito à autonomia pessoal, ou seja, a liberdade de que o ser humano tem, ao menos, de conduzir sua existência e ser respeitado como titular de direitos.

O grande cerne da questão se encontra no conflito de direitos fundamentais existentes no caso, ou seja, de um lado, o direito à vida do feto portador da anomalia letal, de outro lado, a dignidade humana da gestante, bem como o seu direito à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva.

Não bastasse o conflito de direitos fundamentais instalado, paira sobre a delicada situação, questões de ordem religiosa, onde a Igreja Católica, representante da religião predominante no país, é totalmente contrária à realização da interrupção da gestação, mesmo no caso de feto portador de anencefalia.

Ressalte-se, todavia, que o Brasil se caracteriza por ser um Estado laico, ante a determinação contida no artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, onde nenhuma decisão jurisdicional deveria pautar-se em convicções religiosas.

O problema é tão complexo que o Tribunal Supremo do país desde 2004 não chegou a uma conclusão definitiva acerca da situação. A ADPF 54, proposta pela CNTS, a mais de sete anos espera julgamento sem que os Ministros tenham alcançado uma posição definitiva. Busca a autora da ação, sejam autorizadas as gestantes, que carregam em seu ventre um feto portador de anencefalia, a realizarem a interrupção terapêutica do parto. Em 2004, o Ministro Relator, Marco Aurélio, deferiu uma medida de natureza liminar, autorizando as gestantes a realizarem o procedimento. No mesmo ano, a liminar

foi cassada pelo Pleno do STF. Desde então, realizadas algumas audiências, não houve pronunciamento definitivo acerca do mérito.

O questionamento a ser feito é o seguinte: Ante a especialidade do caso, o que deve ser levado em consideração, o direito à vida do feto que não possui perspectiva alguma de vida extra-uterina, ou a dignidade humana da gestante, seu direito à saúde e à autonomia?

O trabalho apresentado procurou evidenciar todas as posições acerca do polêmico tema e demonstrar a situação atual em que as gestantes que carregam em seu ventre um feto portador de anencefalia enfrentam nos Pretórios do país.

Em que pese às argumentações contrárias, conclui-se que impor uma mulher à gestação de um feto anencefálico é algo que degrada a dignidade humana, trazendo um sofrimento imensurável e irreversível à saúde física, psíquica e social dessa gestante.

Compelir uma mulher, sujeito de direitos, a gestar um anencéfalo configura ofensa aos seus direitos à saúde plena e à autonomia reprodutiva.

Ainda, entender o aborto, ou melhor, a interrupção terapêutica do parto, nos casos de anencefalia, como conduta criminosa, coloca a mulher em uma situação de pleno desrespeito à sua condição humana de sujeito de direitos, bem como à sua dignidade.

Assim sendo, entende-se que a decisão de manter ou interromper a gestação, nos casos de anencefalia, em virtude da especialidade do caso, deve ser resultado de livre escolha da mulher, onde a solução acertada seria proporcionar a essa gestante o arbítrio de optar pelo prosseguimento da gestação ou pela sua interrupção, em função da malformação letal que impera no produto da concepção.

## **Referências:**

---

MORAES, Alexandre de. – **Direito Constitucional** – 24ª ed. – São Paulo – Atlas – 2003;

GOMES, Luiz Flavio – **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San Jose da Costa Rica** – 1ª ed. – São Paulo – RT – 2008;

DA SILVA, José Afonso – **Curso de Direito Constitucional Positivo** – 18ª ed. – São Paulo – 2001;

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. – **Teoria Geral dos Direitos Humanos** – Porto Alegre – 1996;

FRANCISQUINI – Pe. David. – **Catecismo contra o Aborto. Porque devo defender a vida humana** – 2ª ed. – São Paulo - 2001;

GONÇALVES E LAPA, Tamara Amoroso e Thais de Souza – **Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros** – 1ª ed. – São Paulo – Revista dos Tribunais – 2007;

DELMANTO, Celso – **Código Penal Comentado** – 3ª ed. – São Paulo – Renovar – 1991;

CHAVES, Antonio – **Direito à vida e ao próprio corpo** – 2ª ed. – São Paulo – Revista dos Tribunais – 1994;

NORONHA, Edgar Magalhães – **Direito Penal: Dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio** – 25ª ed. - São Paulo – Saraiva – 1991;

LIMA, Carolina Alves de Souza Lima – **Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão** – 1ª ed. – São Paulo – Juruá - 2007

KARAGULIAN, Patrícia Partamian – **Aborto e Legalidade, malformação congênita** – 1ª ed. – São Paulo – Yendis – 2008;

DINIZ, Maria Helena – **O estado atual do biodireito** – 5ª ed. – São Paulo – Saraiva – 2008;

CAPEZ, Fernando – **Curso de Direito Penal: Parte Especial – Dos crimes contra a pessoa, contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)** – 7ª ed. – São Paulo – Saraiva – 2006;

BELL, William – **Doenças do recém nascido** – 4ª ed. – Interamericana – 1979;

JESUS, Damásio de. – **Direito Penal** – 28ª ed. – São Paulo – Saraiva – 2007;

