

**UNIVERSIDADE SALVADOR
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**



UNIFACS
UNIVERSIDADE SALVADOR
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES*

CURSO DE DIREITO

**ADRIANA MARIA LIMA DE BRITO
CAROLINA DE CARVALHO COSTA**

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO ABORTO DO FETO
ANENCÉFALO**

SALVADOR
2010

**ADRIANA MARIA LIMA DE BRITO
CAROLINA COSTA**

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO ABORTO DO FETO
ANENCÉFALO**

Artigo apresentado para composição da
avaliação da IV Unidade de Direito Civil –
Direito de Família.
Prof.: Salomão Resedá

1 INTRODUÇÃO

O direito à vida do feto anencéfalo é alvo de grandes discussões não só jurídicas como também sociais, justamente por envolver a vida humana e a possibilidade de sua disposição em decorrência da ausência de expectativa de vida do feto gerado.

Está em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº54, que discute a possibilidade acerca do aborto do feto anencéfalo, em vista dos reiterados casos existentes na sociedade, aliada a ausência de disposição legal expressa nesse sentido.

Deste modo, o problema do feto anencéfalo tornou-se questão de ordem social, uma vez que a ausência de tutela a seu respeito gera, inevitavelmente, a elevação do número casos de abortos clandestinos, o que põe em risco a vida da gestante.

Em face do quanto exposto, será abordado no presente artigo, os argumentos pós e contra a possibilidade do aborto do feto anencéfalo, à luz dos preceitos constitucionais e legais, para a conclusão ora pretendida.

2 DO CONCEITO DE NASCITURO E DOS DIREITOS

Preliminarmente, faz-se necessário conceituar o que se entende por nascituro. Sob uma perspectiva etimológica, significa “aquele que há de nascer . O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo”. Importando a conceituação elaborada por De Plácido e Silva em seu dicionário jurídico, pode-se entender por nascituro:

Derivado do latim *nasciturus*, particípio passado de *nasci*, quer precisamente indicar aquele que há de nascer.

Designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intra-uterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa.

Embora o nascituro, em realidade não se tenha como nascido, porque como tal se entende aquele que se separou, para ter vida própria, do ventre materno, por uma ficção legal é tido como nascido, para que a ele se assegurem os direitos que lhe cabem, pela concepção.

(...)

Mas, para que se tenha o nascituro como titular dos direitos que lhe são reservados ainda em sua vida intra-uterina, é necessário que nasça com vida. (grifo do autor).

Pois bem, já se posicionando sobre o momento em que o nascituro passa a ser titular de direitos, ou seja, quando irá ganhar personalidade, o autor supra citado antecipa acirrada discussão doutrinária que afeta diretamente o tema ora discutido e que será devidamente abordada nas linhas que seguem, qual seja, em que momento o feto torna-se sujeito de direito, ou ente dotado de personalidade civil.

Cabe mencionar ainda autores como Pontes de Miranda, para quem nascituro é "o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida." (MIRANDA, 1954, P. 166).

O ordenamento jurídico brasileiro, precisamente no segundo artigo do Código Civil, estendeu ao nascituro o direito a personalidade, na medida em que garantiu ao mesmo os direitos daí decorrentes, pondo-lhe a salvo de qualquer ameaça, ressalvada as hipóteses previstas em lei.

Logo, observa-se que o Código Civil de 2002 detém fortes tendências à adoção da Teoria Concepcionista, segundo a qual a personalidade do nascituro incia-se da sua concepção, ainda no útero materno, consoante ressalva Cristiano Chaves, *in verbis*:

Com isso percebe-se uma inclinação do ordenamento jurídico brasileiro para o acolhimento da teoria concepcionista (mais adequada com o atual estágio do Direito Civil e com afirmação constitucional da dignidade da pessoa humana), reconhecendo a aplicação dos direitos da personalidade ao nascituro (2010, p. 622).

Seguindo essa tendência, o Estatuto da Criança e do Adolescente possibilitou a garantia da interposição de Ação de Investigação de paternidade, não somente à criança nascida com vida, mas também ao nascituro, consoante se infere da dicção do seu art. 26, parágrafo único.

Não obstante, a Lei 11.804/08 que disciplina os alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido, resguarda o direito ao alimento do nascituro, que, após o seu nascimento, será convertido em pensão alimentícia, nos termos do parágrafo único do art. 6º da referida lei.

Da análise das disposições legais supramencionadas, observa-se que existe uma série de previsões legais no sentido de promover a proteção do nascituro (feto) e seu nascimento com vida e saúde.

Não se pode deixar de mencionar, contudo, que em contraposição à Teoria Concepcionista, em que a personalidade surge com a concepção do feto, existem aqueles doutrinadores que defendem a prevalência da Teoria Natalista, a qual condiciona a personalidade ao nascimento com vida do feto, e só à partir desse momento, nascimento com vida, poder-se-á falar em personalidade jurídica do nascituro.

3 DO ABORTO E SUAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Contudo, deve-se ter em mente que o Código Penal de 1940 previu algumas hipóteses em que a vida e a dignidade da mãe se sobrepõe ao do nascituro, permitindo-se, nestes casos, o aborto do feto. São as causas excludentes de ilicitude.

Trata-se dos casos de aborto terapêutico e aborto sentimental (também conhecido como moral) previstos no art. 128 do Código Penal. Em regra, ressalvada as hipóteses previstas no referido artigo, não se admite o aborto do feto, sob pena de incorrer no ilícito penal consoante dispõe os arts. 124, 125 e 126 do CP:

O aborto eugenésico ocorre quando da interrupção da gravidez nos casos de haver sérios riscos para a prole, por predisposição hereditária, ou pela ocorrência de doenças maternas durante a gravidez que comprometam o feto, acarretando enfermidades psíquicas, corporais ou ainda deformidades e sequelas permanentes. O aborto terapêutico impõe-se quando não há outra forma de salvar a vida da gestante.

E, finalmente, o aborto sentimental, também chamado humanitário, ocorre nos casos de gravidez decorrente de estupro.

Os dois últimos casos são admitidos pelo Código Penal, que preceitua, em seu art. 128, que “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”.(TAVARES, 2010, p. 503-504).

Da leitura do trecho em destaque, verifica-se que não há proteção jurídica alguma no sentido de garantir a possibilidade de realização do aborto de feto anencéfalo.

Eis que surgem alguns questionamentos: estaria ou não a mãe autorizada a fazer o aborto do feto anencéfalo, tendo em vista da proteção dada ao nascituro pelo ordenamento jurídico, bem como a ausência de disposição legal autorizando a sua prática? A gestante seria obrigada a gerar um feto que sequer possui expectativa de vida? Poderia a gestante abdicar do seu direito à saúde, e até mesmo à própria vida, em razão de um feto que não irá sobreviver?

Essas são algumas das discussões que serão pontualmente analisadas ao longo do presente artigo. Contudo, para a conclusão que se pretende chegar, faz-se necessário uma breve análise a respeito do que se entende por feto anencéfalo.

4 DA POSSIBILIDADE LEGAL DO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

A anencefalia é uma doença que decorre da má formação cerebral, caracterizada pela ausência dos ossos frontal, occipital e parietal cranianos. Em face da ausência da estrutura óssea em comento, as funções superiores do sistema nervoso central são comprometidas, repercutindo diretamente na consciência, no poder de cognição, comunicação, sentimentos do indivíduo.

Logo, raros são os fetos que chegam a nascer com vida e, ainda sim, os que nascem vivos não possuem maiores expectativas, senão com o aparato médico tecnológico existente nos hospitais. Por conta disso, considera-se o feto anencéfalo como potencialmente impossibilitado de sobreviver no ambiente extra uterino, ou seja, fora do útero materno.

Feita as devidas considerações, cumpre observar quais são os argumentos defendidos pela doutrina bem como pela jurisprudência pátria no sentido de admitir o aborto do feto anencéfalo.

4.1 DA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inicialmente, para a corrente que defende a permissão do aborto do feto anencéfalo, obrigar a gestante a carregar um feto em seu ventre, sabendo que o mesmo não sobreviverá, seria o mesmo que lhe submeter a uma situação de tortura, incorrendo em uma violação direta ao princípio da dignidade física e moral da gestante.

Inúmeras são as situações em que se pode vislumbrar a total violação à dignidade da pessoa humana, dois exemplos são colacionados por Celso Bastos, o qual afirma que:

(...) a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas de tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que um ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido. (FERREIRA FILHO, 2001, P. 425)

Cabe mencionar, inclusive, que a Carta Magna brasileira elegeu como um dos fundamentos da sua República Federativa, mais especificamente no inciso III do seu primeiro artigo, a dignidade da pessoa humana. O que significa que a pessoa é o fundamento primordial da sociedade.

Portanto, impor à gestante que aguarde o nascimento de um feto sem expectativas de vida é o mesmo que suprimir a sua dignidade como pessoa humana, levando-a a vivenciar uma situação torturante.

4.2 DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E LIBERDADE

Como mais um argumento da corrente doutrinária que defende a legalidade do aborto de anencéfalo, há que se levar em conta princípios constitucionais.

O primeiro deles é muito bem representado pela legalidade, que vem esculpido no artigo 1º do Código Penal, bem como no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, os quais prevêm de forma idêntica, em que pese uma pequena diferença na pontuação ortográfica de suas redações, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal. É dizer que, referido princípio atua como uma garantia, na medida em que visa proteger a lei penal, determinando que um direito apenas será imperativo e obrigatório se estiver positivado em lei.

Como uma ramificação do mencionado princípio existe o da reserva legal, o qual sustenta a “regulamentação da amplitude do exercício do direito sancionador do Estado” (MORAES, 2002, p. 221).

Em outras palavras, o que este princípio pretende confirmar é que apenas a lei, em sentido estrito e formalmente elaborada, pode tipificar uma conduta como crime, incluindo os seus elementos e pena cominável, impossibilitando o legislador de transferir esse encargo a quem quer que seja.

Diante de tais considerações, ainda que breves, sobre os princípios da legalidade e reserva legal, pode-se concluir que, não tendo sido a antecipação do parto terapêutico de feto anencéfalo prevista legalmente como crime, não se

pode proibir que um indivíduo pratique tal conduta por considerá-la um ilícito penal.

Percebe-se que a função primordial do princípio da legalidade é, além de proteger os direitos constitucionalmente previstos, garantir o primado da liberdade do homem. Por isso, atrelado àquele princípio, encontra-se o da liberdade, uma vez que somente a lei, previamente estabelecida, permite a punição de infratores, garantindo aos membros da sociedade de direito proteção “ contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade” (CAPEZ, 2005, p. 40).

Com isso, proibir que uma mulher antecipe um parto, com fins terapêuticos, por carregar em seu ventre um feto anencéfalo, por considerar tal conduta como crime, fere os princípios da legalidade e reserva legal, por não haver qualquer tipificação em lei penal, e também o princípio da liberdade ou autonomia, pois o Estado estaria adentrando em uma esfera particular do indivíduo, caracterizando uma invasão arbitrária no direito de liberdade da gestante.

Não se pode olvidar, reitere-se, que o indivíduo tem autonomia para praticar o que não for vedado em lei.

4.3 DO DIREITO À SAÚDE

Segundo a Organização Mundial da Saúde, pode-se conceituar saúde como "um estado dinâmico de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade" (<<http://www.who.int/en>>).

O conceito clássico de saúde, que estava associado a mera ausência de enfermidade, vem evoluindo, passando a incluir uma dimensão espiritual, relacionada a um bem estar não só físico, como também psicológico.

Sabe-se que a saúde é um direito fundamental que veio previsto no artigo 196 da Carta Magna, *in verbis*:

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

Nesse contexto, observa-se que o prolongamento de uma gestação, aonde se sabe que o feto é anencéfalo, significa um risco à saúde da mulher em todos os seus aspectos, pois, não é apenas a saúde mental ou psicológica da gestante que é afetada, na medida em que ela (a mãe) se vê obrigada a carregar em seu ventre, durante nove meses, um ser que, por uma má formação, nascerá sem nenhuma expectativa de vida, frustrando todos os planos, sonhos e promessas inerentes a uma gestação, o que é agravado pela fragilidade emocional em que se encontra uma mulher durante o período da gravidez e puerperal, em decorrência das variações hormonais a que se encontra submetida.

Pois bem, além do aspecto psicológico, a saúde da mulher encontra-se ameaçada em razão das complicações físicas que poderá sofrer por estar carregando em seu ventre um feto anencéfalo, conforme explicado linhas acima.

Não permitir que uma gravidez sob essas circunstâncias seja interrompida significa ferir o direito fundamental à saúde da mulher.

Ademais, essa interrupção não pode ser encarada como um aborto, mas sim como a antecipação de um parto, afinal, a consequência de um parto antecipado ou após o transcurso de nove meses é o mesmo, na medida em que o feto não possui expectativa de vida em ambos os períodos.

4.4 DOUTRINA MÉDICA

Complementando tudo o quanto exposto até aqui, mais um argumento a ser considerado a fim de embasar a tese de que o aborto de anencéfalo deve ser considerado possível, é a de que a doutrina médica, em sua maioria, acredita que há uma total incompatibilidade de vida extra uterina de um feto anencéfalo.

Pois, por carecer das estruturas cerebrais (hemisférios e cortex), o que ocasiona uma total impossibilidade de exercício de “todas as funções superiores do sistema nervoso central que se relacionam com a existência da consciência e que implicam a cognição, a vida de relação, a comunicação, a

afetividade, a emotividade” (GHERARDI E KURLAT, 2000, p.638), o feto anencéfalo, ainda que preserve de forma passageira “as funções vegetativas que controlam, parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal” (GHERARDI E KURLAT, 2000, p.639), não conseguiria se manter vivo após a saída do útero, já havendo um grande risco de sua morte ainda dentro dele.

Tratando-se de uma gravidez de risco, postergá-la representa uma ameaça à saúde e integridade física e mental da gestante.

4.5 CONTEXTO HISTÓRICO

Há que se considerar, como mais um argumento, que o Direito não é algo estanque, pelo contrário, carrega em si conceitos diversos que devem acompanhar a fluidez da sociedade, a qual se encontra em constante processo de evolução e mudança.

Sendo assim, não se pode olvidar que o Código Penal, fora elaborado em 1940, quando a medicina não disponibilizava de tecnologia suficiente para identificar minúcias de uma gravidez, inclusive as características detalhadas do feto, se anencéfalo ou não, por exemplo.

Portanto, não teria como o Código Penal trazer consigo o aborto de anencéfalo como uma hipótese de excludente de ilicitude, como o fez com o aborto de gravidez oriunda do crime de estupro e com o aborto necessário. Afinal, a constatação de um feto anencéfalo não era possível no contexto em que fora criado o mencionado compêndio legal.

Ocorre que, os intérpretes da lei não podem se manter inertes, ao ponto de interpretar literalmente o que está previsto legalmente, ignorando os fatos e contextos históricos que envolveram as criações legislativas e, muito menos, ignorando o sentido da lei e o que ela pretende.

Ora, um aborto necessário é aquele em que a gestante corre risco de vida, já o aborto no caso de gestação decorrente de estupro é aquele em que a mulher

carrega em seu ventre um feto fruto de crime hediondo, aonde sua vontade fora completamente contrariada e subestimada.

Nesses casos não restam dúvida de que o aborto é essencial para manter a integridade física e moral da mãe. O que não difere do caso de aborto de anencéfalo, aonde a mãe poderá ser igualmente prejudicada, tanto física quanto moral ou psicologicamente.

Portanto, o intérprete e aplicador da lei precisa considerar não só a fluidez do direito material e sua legislação, bem como o sentido da lei, o que o legislador pretendia defender.

4.6 LIBERDADE RELIGIOSA

Outra questão delicada, a qual fora combatida com argumento simples e direto pela doutrina ora comentada, é a de que o aborto vai de encontro a questões religiosas, que defendem a preservação do direito à vida do nascituro.

Deve-se considerar que o Brasil é um Estado laico e, por isso, os seus cidadãos possuem liberdade religiosa para acreditarem e seguirem aquilo que consideram coerente.

Sendo assim, argumentos morais relacionados à religião não podem ser utilizados para justificar a proibição do aborto de anencéfalo.

5 DAS IMPLICAÇÕES DO ABORTO DO FETO ANENCÉFALO

Em que pese a existência de considerável corrente doutrinária que defende a possibilidade legal do aborto de anencéfalo, há aqueles doutrinadores que acreditam no contrário, ou seja, na impossibilidade da permissão de aborto de feto anencéfalo.

Vamos a análise dos argumentos utilizados por essa segunda corrente:

O primeiro deles diz respeito ao bem da vida, que é encarado em nosso ordenamento como um bem supremo. Por isso, doutrinadores dessa corrente

acreditam que a favorabilidade à morte de nascituros, ainda que anencéfalos, fere o artigo 5º da Carta Magna, segundo o qual o direito à vida é inviolável, bem como o § 2º do mesmo artigo, que oferta aos tratados internacionais que cuidam de direitos humanos a condição de cláusula imodificável da Constituição. Para, por fim, violar o artigo 4º do Pacto de São José, que declara que a vida começa na concepção, tendo sido este um tratado internacional sobre direitos fundamentais a que o Brasil aderiu.

E vão além, chegando a afirmar que o argumento contrário de que o aborto de anencéfalo deve ser permitido pois o feto já está condenado à morte, daria credibilidade a possibilidade eutanásia de doentes terminais.

Não tendo o legislador previsto a hipótese de aborto de anencéfalo, não pode o magistrado criá-la por meio de interpretações extensivas, pois, no que diz respeito às exceções à tutela do bem da vida, sabe-se que elas devem ser interpretadas restritivamente.

Como um segundo argumento, tem-se que ao direito à vida do nascituro apenas pode sobrepor o direito à vida da gestante. E, em que pese ser de risco, a gravidez de um feto anencéfalo não chega a caracterizar uma certeza de risco efetivo à vida da futura mãe.

6 CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, em que pese a relevância dos argumentos da tese contrária, os autores deste artigo perfilham a corrente doutrinária que defende a possibilidade de aborto no caso de gestação de feto anencéfalo.

Há de se considerar que, muito além de uma discussão jurídica sobre a tipificação de uma conduta como crime ou como uma excludente de ilicitude, o que se analisa na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, é a possibilidade ou não do aborto de nascituro que sofre de anencefalia, ou seja, são conceitos que perpassam a seara jurídica, alcançando valores morais, culturais, religiosos da sociedade contemporânea.

Prova disso são os nomes de Instituições e Especialistas das mais diversas áreas inscritos nas audiências públicas da mencionada ação, dentro os quais, a fim de exemplificar, pode-se citar a Igreja Universal, Associação Médico-Espírita do Brasil, Conselho Federal de Medicina, Deputado Federal Luis Bassuma, o Ministro da Saúde José Gomes Temporão, Associação de Desenvolvimento da Família, Conselho Nacional de Direitos da Mulher, dentre outros.

Estes nomes ilustram que religião, política, ciência, convergem as atenções para uma discussão que tem definido qual o perfil predominante dos cidadãos brasileiros; antes, extremamente ligados a crenças religiosas, atualmente, inegavelmente mais céticos e pragmáticos quanto à preservação dos seus direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, frise-se, que a ciência do Direito não é algo estanque, pelo contrário, há que ser respeitado a fluidez dos valores e conceitos da sociedade em que se enquadra e que busca regulamentar, de forma que os suas determinações legais e entendimentos jurisprudenciais acompanhem e levem em consideração tais mudanças, caso contrário, estar-se-ia diante de um Estado democrático de Direito rudimentar e ineficaz.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei 11.804 de 05 de novembro de 2008. **Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20072010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 12 de nov. de 2010.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 11 de nov. de 2010.

_____. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 11 de nov. de 2010.

_____. Decreto-lei 2848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 11 de nov. de 2010.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de nov. de 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral, 8 ed. São Paulo: Impetus, 2005, v.1.

FARIAS, Cristiano Chaves Nelson de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, 2 ed., Rio de Janeiro:Ed. Lumen Juris, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, v.1.

GERARDHI, Carlos e KURLAT, Isabel. Anencefalia e interrupção da gravidez, **Nova Doutrina Penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte geral – Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t.1.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA. De Plácido e. **Dicionário jurídico**. Revista e Atualizada por Nagib Slaibi Filho. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

World Health Organization – **WHOOMS** Site acessado em 20.12.2010 - <<http://www.who.int/en>>.