

A POLÊMICA DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Elissandra Barbosa Fernandes Filgueira*

Maria dos Remédios Fontes Silva**

RESUMO

Um dos maiores problemas enfrentados na história do Supremo Tribunal Federal foi o da ADPF-54/DF proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CTNS no ano de 2005. No pleito a questão da possibilidade de profissionais ligados a área da saúde realizarem abortos de fetos anencéfalos sem maiores repercussões penais. O fundamento está vinculado a questões científicas, onde demonstra a impossibilidade de vida destes fetos e os riscos a saúde da gestante nesta situação. De outro lado temos a procuradoria Geral da República que defende o direito à vida do feto anencéfalo, ainda que por curtíssimo espaço de tempo. Após a polêmica liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio determinando o pleiteado na inicial da CNTS, a discussão ganhou uma repercussão nacional e em razão da relevância do tema os Ministros do STF cassaram a liminar, aonde o processo veio se arrastando por mais de seis anos. Deste modo, discutiu-se a possibilidade da concessão deste tipo de aborto com fundamento na Constituição Federal de 1988, através dos seus princípios, adaptando o Código Penal Brasileiro a Norma Superior. Entendeu o Supremo Tribunal Federal numa decisão por oito votos a dois que não é crime o aborto de feto anencéfalo.

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professora da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

** Doutora em Direitos Humanos pela Université Catholique de LYON – França – França. Pós-Doutorado pela Université Lumière LYON II – France. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Palavras-chave. Aborto. Feto Anencéfalo. Dignidade da Pessoa Humana. Razoabilidade.

1 INTRODUÇÃO

A questão da anencefalia é algo que acompanha a história da evolução mundial, posto que sempre existiram fetos portadores desta anomalia. Porém, com os avanços tecnológicos e a possibilidade da detecção já nos primeiros meses da gravidez desta má formação cerebral, trouxe a discussão em torno da possibilidade da mulher que se encontra nesta difícil situação optar ou não pelo abortamento.

Em razão da relevância dada ao tema e por envolver um gigantesco conflito de direitos fundamentais, trataremos de maneira breve este assunto, com um enfoque maior com relação ao tratamento dado pela nossa legislação ordinária e constitucional e ainda avaliando a atual posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

2 O ABORTO E A LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Inicialmente, convém destacar o conceito de aborto sob o ponto de vista doutrinário, já que o Código Penal brasileiro não define claramente em que ele consiste, quando apenas utiliza a expressão *provocar aborto*, gerando dúvidas sobre se é suficiente a expulsão do feto ainda com vida ou se é necessária a ocorrência da morte para a sua caracterização e ainda a partir de quanto tempo de gestação poderemos falar em aborto. Neste ponto, Capez (2010, p. 143) coloca que:

Não faz parte do conceito de aborto à posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 semana de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto. Problema interessante é o do embrião conservado fora do útero materno.

Segundo a conceituação do aborto temos a lição de Aníbal Bruno (1976, p. 160):

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto. Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de gestação. Nem um nem outro destes fatores bastará para caracterizá-lo.

Ainda na perspectiva de uma definição, temos Frederico Marques (1999, p. 183): “Para o Direito Penal e do ponto de vista médico-legal, o aborto é a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção”.

Na verdade, o que o legislador de 1940 quis proteger foi o direito natural à vida, desde a existência intra-uterina, onde se torna importante sabermos exatamente quando ela começa.

Segundo Rogério Greco (2011, p. 225) a nidação, ou seja, a implantação do óvulo já fecundado no útero materno é considerada o marco da proteção penal, que ocorre justamente a partir de 14 dias da fecundação, embora o mesmo não concorde com este posicionamento por entender que a vida tem início a partir da concepção ou fecundação.

Neste sentido, precisa é a lição de Heleno Fragoso (1981, p.115-116) em torno da questão do DIU (dispositivo intra-uterino) e das pílulas anticoncepcionais que atuam justamente na fase pré-nidação:

A matéria tem sido objeto de debate em face dos efeitos anovulatórios orais ou pílulas anticoncepcionais, bem como do dispositivo intra-uterino. Certas pílulas impedem a ovulação ou o acesso do espermatozóide ao óvulo, pelas transformações que causam ao muco cervical. Em tal caso, impede-se a concepção. Outras pílulas, no entanto, atuam após a concepção, impedindo a implantação do ovo no endométrio. O mesmo ocorre com os dispositivos intra-uterinos, cuja ação, para muitos, ainda não está perfeitamente explicada: é certo, no entanto, que não impedem a concepção, mas sim a implantação do ovo ou o seu desenvolvimento, provocando a sua expulsão precoce. É fácil compreender que as pílulas da segunda espécie e o DIU, que não impedem a concepção, seriam abortivas (e não anticoncepcionais), se por aborto se entende a interrupção da gravidez e esta se inicia com a concepção.

Desta forma, apesar das controvérsias doutrinárias sobre o momento preciso de início da vida, certo é que a proteção penal acontece a partir da nidação, onde em relação ao

dispositivo aqui analisado, temos o início do parto como o encerramento da possibilidade do aborto, passando a morte do nascente a ser considerada como homicídio ou infanticídio, a depender do caso concreto.

Passando a uma avaliação do ponto de vista da nossa legislação penal, mais precisamente do Código Penal, temos como relevante a questão do aborto provocado com ou sem o consentimento da gestante, onde temos o art. 124 (autoaborto ou o aborto provocado com o consentimento da gestante), art. 125 (aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante) e o art. 126 (aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante).

Todas estas condutas quando praticadas dolosamente são consideradas como crime, trazendo o legislador duas situações permissivas com relação a esta prática, a saber, o art. 128 que determina a possibilidade do aborto ser praticado por um médico para salvar a vida da gestante em caso da não existência de outro meio e na situação em que a gravidez resulta de estupro, devendo neste último caso ser precedido do consentimento da gestante ou do seu representante legal numa situação de gestante menor de idade.

Do ponto de vista Constitucional, temos a ampla proteção do direito à vida no art. 5º, caput, inserido na ordem dos direitos humanos, já que independentemente de nacionalidade e de vínculo jurídico com determinado Estado, considerado o maior de todos os direitos, como um direito natural e inquestionável.

Deste modo, no caso da gestante, ela passa a ter a posição de garantidora deste direito com relação ao feto em razão da sua total dependência. Poderá assim provocar o auto-aborto, seja por ação ou ainda por omissão, como também permitir dolosamente que alguém o provoque.

Assim, do ponto de vista da reserva legal, apenas estão autorizados os abortos dolosos quando resultar de estupro ou ainda de grave risco para a vida ou saúde da gestante, qualquer outro caso passa a ser discutível do ponto de vista jurídico.

3 A QUESTÃO DO FETO ANENCÉFALO E DA GESTANTE NESTE TIPO DE GRAVIDEZ

Conforme já foi mencionado, temos de um lado o incontestável direito à vida, mesmo que se trate de uma vida sem nenhuma viabilidade por um espaço maior de tempo e de

outro uma mulher que carrega a angústia diária de uma gravidez que redundará na morte da criança por uma situação de má formação, o que lhe acarretará sérios problemas psicológicos, além de situações complicadas durante e após o parto.

Deste modo, torna-se necessária uma rápida avaliação das duas difíceis situações aqui colocadas: o direito a vida do feto anencéfalo em confronto com a possibilidade da gestante autorizar a prática do aborto amparada pela dignidade da pessoa humana, ambos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

3.1 UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A ANENCEFALIA

Cumpre-nos esclarecer o conceito de anencefalia, o que para muitos ainda é algo desconhecido. Do ponto de vista da literatura médica é tida como a má formação fetal congênita por defeito no tubo neural, que é o primeiro eixo cérebro-espinhal no embrião, que dará origem a todo o sistema nervoso do indivíduo, durante a gestação, de modo que faltam ao feto os hemisférios cerebrais e o córtex. Ocorre na maioria das vezes entre meninas, pois existe uma forte ligação desta anomalia ao cromossomo X, que contém as características sexuais femininas.

Deste modo, um feto anencéfalo possui uma ausência total de todas as funções superiores do sistema nervoso central, o que significa dizer que lhes falta a consciência, cognição, vida relacional, emotividade, etc. Somente lhes restam algumas funções vasomotoras (contração e dilatação dos vasos), a respiração e a medula espinhal.

Do ponto de vista da possibilidade de sobrevivência ou de algum tratamento para tentar reverter tais danos, é consenso na medicina que as chances são 100% (cem por cento) negativas, ou seja, os danos causados pela má formação são totalmente irreversíveis e que a possibilidade de sobrevivência por um espaço maior de tempo é nula, onde segundo o médico Potiguar Emílio Hipólito, graduado em medicina pela UFRN, especialista em Medicina Fetal pelo Hospital Port_Royal de Paris e pela Kings College em Londres, em grande parte, cerca de 50 % (cinquenta por cento) dos casos os fetos já estão sem vida durante o período gestacional, enquanto os demais 50 % (cinquenta por cento) que chegam à nascer com vida, 2/3 morrem antes das três horas pós-parto, enquanto o restante (1/3) falece em até 12 (doze) horas e uma pequena parcela destes em no máximo 48 (quarenta e oito) horas após.

Segundo Maria Helena Diniz (2001, p. 281), analisa a anencefalia como sendo:

Pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por má formação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe 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.

Apesar de todas as ausências de funções antes mencionadas, ações reflexas como a respiração e respostas para sons ou toques podem ocorrer. As causas da anencefalia ainda são misteriosas para a ciência médica.

Durante a criação do Código Penal Brasileiro a medicina era bastante precária, especialmente na área gestacional, onde doenças hoje facilmente identificadas por simples exames, antes tinham os seus diagnósticos retardados somente para depois de toda a gravidez e do parto.

Hoje a anencefalia, ou seja, a má formação do tubo neural é facilmente diagnosticada no exame de ultra-sonografia, a partir da décima segunda semana da gestação, além da ressonância magnética como forma de confirmação deste resultado.

Apesar de aparentemente não possuir este tipo de gravidez nenhum risco a saúde da mulher, estudos vêm demonstrando o inverso. Neste sentido, precisa é a explicação de Jorge Andalaft Neto (2006, p. 1), Presidente da Comissão Nacional de Violência Sexual e Interrupção da Gestação, que assim dissertou sobre o tema:

É freqüente a associação da anencefalia a polihidrânio (50%) e a apresentação fetal anômala (pélvico transverso, de face e oblíquos), devido à dificuldade de insinuação do pólo fetal no estreito inferior da bacia. Também não é desprezível a associação com doença hipertensiva de gravidez (DHEG), comprometendo o bem-estar físico da gestante. Justifica-se a alta incidência de polihidrânio ao fato de que parte do líquido amniótico é deglutido pelo concepto. Nos casos onde se observa a associação com polihidrânico e trabalho de parto prolongado é de 3 a 5 vezes maior a incidência de hipotonia uterina e hemorragia pós parto. Pelo fato da mulher não amamentar, também a involução uterina é mais lenta, suscitando sangramentos às vezes de grande monta ao puerpério. Com relação aos períodos do parto, nota-se que, em geral, a fase de dilatação e expulsão são mais demorados.

Desta forma, o que antes era pensado somente como doloroso para o feto, também traz sérias complicações para a vida da gestante, onde a análise segue agora por dois caminhos opostos.

3. 2 A SITUAÇÃO DA GESTANTE NUMA GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO

Torna-se facilmente perceptível que uma mulher que carrega consigo uma gravidez de anencéfalo traz diariamente a angústia de saber da inviabilidade da vida do mesmo.

Ao contrário do que deveria ser, a gestação passa a ser um momento de tortura psicológica em razão da espera da morte do feto, cuja probabilidade é de 100% (cem por cento), em variáveis e curtos espaços de tempo, além da possibilidade de se deparar com um feto totalmente mal formado, o que chega a ser até mesmo assustador para qualquer ser humano.

Algumas mulheres nesta situação buscam a Justiça para a autorização da interrupção deste tipo de gravidez com amparo no Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, o maior vetor do Estado Democrático de Direito como é o caso do Brasil, já que conforme foi dito, a Lei Penal brasileira não autoriza este tipo de aborto, necessitando os médicos de uma ordem legal para a realização de tal fim.

Visivelmente temos o sério problema do conflito entre direitos fundamentais, o que passa a exigir um forte trabalho hermenêutico, em razão da ausência de uma legislação positivada sobre o tema.

4 A INTERPRETAÇÃO DESTE CONFLITO SOB O PRISMA DA MODERNA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Partimos do pressuposto de que não existem direitos absolutos quando estes são colocados em conflito com outros da mesma espécie e relevância. Dentro dos novos rumos da hermenêutica em sede de um Estado Democrático é preciso que ocorra a harmonização destes direitos em conflito por parte do interprete, dentro de um juízo de ponderação, considerando as especificidades da casuística.

Deve ainda evitar o sacrifício total de um bem com relação ao outro sempre que isso for possível, aplicando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um dos bens

envolvidos, de modo que encontre o real significado da norma em harmonia com o texto constitucional, dentro dos fins maiores a que o Estado se destina.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 torna-se imperativo adaptarmos a interpretação do Código Penal Brasileiro em atendimento ao Princípio da Supremacia da Carta Constitucional.

Como bem se sabe, o Código Penal brasileiro é datado de 07 de dezembro de 1940, o que é forçoso admitir que este, caso continue a ser interpretado de uma maneira positivista em conformidade com a época da sua edição, sem acompanhar aos novos reclamos e transformações sociais, será uma lei que perderá a sua eficácia e não atingirá aos fins a que se destina que é o de assegurar a ordem nacional dentro de uma perspectiva de bem estar social e de uma visão humanística.

Neste sentido, para que a lei Penal Brasileira continue a manter a sua força imperativa e que as decisões judiciais embasadas pelas mesmas tenham legitimidade é preciso adequá-las do ponto de vista interpretativo aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Seguindo este pensamento, temos a colocação do jurista Ricardo Guastini (2007, p. 278):

... A interpretação conforme é, em suma, aquela que adequa/harmoniza a lei à Constituição, escolhendo - diante de uma dúplice possibilidade interpretativa, o significado (ou seja, a norma) que evita toda contradição existente entre a lei e Constituição. O efeito de tal interpretação é obviamente o de conservar a validez de uma lei que deveria declarar inconstitucional. A interpretação conforme é outro aspecto importante do processo de constitucionalização.

Ainda nesta perspectiva de adequação interpretativa do ponto de vista da verticalização do nosso sistema jurídico, vale acrescer a visão de Marcelo Neves (1988, p. 69-70):

A inconstitucionalidade, porém, é um problema de relação intra-sistemáticas de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais. Não se confunde com o problema da injustiça ou da ilegitimidade social. Uma lei inconstitucional pode ser justa no sentido de corresponder a um determinado “sistema de Direito Natural” (sistema de valores jurídicos), ou por conformar-se à idéia de direito, como também pode ter o máximo de aceitação no grupo dos destinatários.

Estamos tratando aqui do problema da necessidade de adequação do Ordenamento Jurídico, em especial do Direito Penal à Constituição Federal do ponto de vista material.

Dentro de uma concepção moderna, a Constituição confere formato às relações sociais, produzindo efeitos diretos e podendo ser aplicada por qualquer juiz e em qualquer controvérsia. Assim, a legislação nada mais é do que o desenvolvimento dos princípios constitucionais ou a execução dos programas traçados na Carta Maior. Neste entendimento, as normas constitucionais seriam o fim e a legislação ordinária, o meio.

O texto normativo sempre admite diversas interpretações, onde uma interpretação poderia ser a favor e outra contrária a Constituição, cabendo ao intérprete escolher entre as possíveis interpretações a mais adequada. A melhor interpretação é aquela que adequa e harmoniza a lei à Constituição, escolhendo diante das várias possibilidades, o sentido da norma que evite a inconstitucionalidade, tendo como efeito a conservação de sua validade.

Dentro desta perspectiva não podemos mais admitir interpretações “engessadas” na velha hermenêutica de simples subsunção do fato a norma positivada, sem harmonizá-la dentro de uma linha de garantias fundamentais, tanto na fase pré-processual, processual e pós-processual.

Nesta linha de pensamento, temos um artigo publicado por João José Caldeiras Bastos (2006, p. 4), que diz:

Os tempos mudaram. A Hermenêutica Jurídica, teoria sistemática da interpretação, já alcançou a maturidade. Vedá-la no campo do direito criminal não é apenas ignorar a sua utilidade e importância, é atestar um diminuto horizonte de raciocínio, ou retroceder, voltar ao atraso de outras épocas, sem as escusas das velhas circunstâncias... Interpreta-se a lei penal porque também ela, como as demais, possui um sentido e alcance próprios, que não podem ser esquecidos. O texto frio, mero arcabouço verbal, abstrato e solene, com os seus conceitos e advertências, precisa ser compreendido em seu conteúdo autêntico. Isto se tem á custa de um contencioso trabalho exegético, que impede se cometam injustiças, e das piores, porquanto atingem o homem em sua honra e liberdade.

O sistema jurídico é um sistema aberto tanto no sentido de que nunca está completo, sempre evolui e se modifica o que decorre da incompletude e provisoriedade do conhecimento científico, como ainda no sentido de ser a Constituição dotada de amplitude interpretativa para a satisfação de direitos fundamentais.

Desta forma, o Direito Penal é um instrumento de organização social. Disso resulta a sua utilização como forma de resolução de conflitos, devendo sempre o interprete da norma penal está atento aos seus fins no resguardo de direitos dos cidadãos contra os abusos do Estado enquanto detentor do direito de punir, mas ao mesmo tempo obrigado a prestar garantias individuais ao seu corpo social.

4.1 O DIREITO PENAL BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme sabemos, o Brasil é caracterizado como um Estado democrático de Direito, cujo fundamento maior não é simplesmente a aplicação da lei como acontecia dentro do Estado Liberal, na verdade, o Estado brasileiro é um Estado Social, que necessita de uma lei com adequação social, cujos fundamentos estão elencados já no art. 1º da Constituição Federal, tendo atualmente como um dos seus maiores fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III).

Nesta ótica, importante o ensinamento de Fernando Capez (2010, p. 25):

Sendo o Brasil um Estado democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informa, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonância com os princípios derivados deste perfil político-constitucional... Podemos, então afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana será materialmente inconstitucional, posto que atentatório ao próprio fundamento da existência do nosso Estado.

Vejamos ainda a idéia de Capez (2009, p. 25) sobre este ponto:

Cabe ao operador do Direito exercer controle técnico de verificação da constitucionalidade de todo tipo penal e de toda adequação típica, de acordo com o seu conteúdo. Afrontoso à dignidade humana, deverá ser expurgado do ordenamento jurídico.

Desta forma, com relação ao conflito de direitos fundamentais aqui colocados, cumpre-nos recorreremos aos instrumentos interpretativos fornecidos pela Constituição Federal, onde localizamos a sua essência maior que são os seus princípios.

4.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO INSTRUMENTOS DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA

Partindo da idéia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio macro, orientador de toda interpretação em matéria penal no atual sistema, temos que dele derivam todos os demais princípios que asseguram as garantias mínimas nesta matéria.

Desta forma, os princípios dentro de uma ótica política e criminal são considerados limitadores do poder repressivo estatal, onde sua atividade deve contar com freios e limites que garantam a inviolabilidade dos direitos fundamentais do cidadão. Isso caracteriza um Direito Penal dentro de uma visão pluralística e democrática.

Analisando este conflito entre direitos fundamentais, devemos recorrer ao Princípio Constitucional da Razoabilidade, confundido por vezes com a proporcionalidade, tem origem Alemã a partir da segunda guerra mundial e é amplamente utilizado pelo nosso Ordenamento Jurídico, apesar de carecer de uma positivação na Constituição Federal.

Na verdade ele transmite uma idéia de “excessivo” ou algo “inadequado”. A essência deste princípio transmite uma idéia de que ao se analisar determinada lei, deve-se reparar os fins a que ela se destina; a questão da adequação dos meios utilizados para a consecução do seu fim, ou seja, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

No caso aqui observado temos um confronto de direitos fundamentais, onde de um lado temos um feto anencéfalo, que não possui nenhuma chance de sobreviver, podendo chegar a situações excepcionalíssimas a 1 (um) ano de idade (que são casos emblemáticos e raríssimos), onde conforme já foi dito, na maioria dos casos ele ou não nasce com vida ou ainda vem a morrer numa média de até 4 (quatro) horas após o parto.

De outro, deparamo-nos com a gestante, que carrega o sofrimento psicológico diário de saber que dará a luz a uma criança que não possui nenhuma chance de sobreviver e de se desenvolver, ou seja, ao contrário das mulheres que vêm na maternidade um momento ímpar de alegria e de realização pessoal, esta não passa a sua gravidez com esta perspectiva. Cada momento é carregado de angústia por saber que o seu filho não terá nenhuma chance, ainda

que mínima de se sobreviver, quem dirá de ser uma criança normal, cuja probabilidade diagnosticada pela medicina é de zero por cento.

Deste modo, surge o inevitável questionamento de saber se “é razoável forçar uma mulher gestante de um feto anencéfalo a chegar até o fim de uma gravidez cuja concepção é totalmente inviável?”

Voltando as possibilidades jurídicas de um aborto permitido (art. 128 do CP), somente são contempladas as duas situações antes mencionadas que é no caso de um estupro ou ainda na situação em que a gravidez gere risco à vida da gestante, estando nos dois casos o médico autorizado a realizá-lo.

Percebe-se que na primeira situação quando a criança é concebida mediante a violenta e brutal atitude de um crime de estupro ela é permitida. Percebam que o feto é em tese saudável, com total viabilidade de se desenvolver e de sobreviver como uma futura criança normal.

Na segunda situação aqui mencionada, da mesma maneira que na primeira, a vida da criança dá lugar à vida da sua mãe e aqui o médico sequer vai questionar qual é a opção da gestante, entre a sua vida ou a do feto.

Analisando a situação de um ponto de vista superior, percebemos que nas duas situações o legislador quis proteger a dignidade da gestante, seja resguardando a sua integridade mental por não forçar que a mesma continue uma gravidez que resultou de uma violência sexual, seja na segunda situação em que resguardou a sua dignidade com relação à sua integridade física e do seu direito à vida quando colocado em risco pela gravidez.

Embora não contemplado de maneira explícita, numa atividade de hermenêutica, buscando aqui interpretar a vontade do legislador penal em consonância com a Constituição Federal de 1988, temos a perceptível preponderância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana aplicado em benefício da gestante por se ter entendido que não pode o Estado obrigar alguém a passar por tamanho sofrimento.

O que temos nesta situação é a aplicação pura do Princípio da Razoabilidade, onde no conflito de direitos deve prevalecer aquele que mais atenda aos interesses humanos do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Dizemos que o feto não tem o seu direito à vida seria uma imensa falta de bom senso. As discussões apenas ocorrem até os dias atuais em razão da existência de dois direitos fundamentais.

Mas nenhum conflito pode permanecer eternamente sem solução. Observando o contexto da edição do nosso Código Penal que é da década de 40, acredito que se ele tivesse sido editado numa situação em que a anencefalia pudesse ser detectada durante a gravidez, com certeza, levando em consideração as duas possibilidades já previstas de aborto (gravidez resultante de estupro e com risco de vida para a mãe), com toda certeza teria sido também incluída esta terceira possibilidade, tão razoável quanto às mencionadas possibilidades legais.

Vejamos a posição de Luiz Flávio Gomes (2004):

O aborto por anencefalia não está expressamente previsto na lei penal brasileira. Tampouco outras situações de má formação do feto. Também não se permite no Brasil o chamado aborto a prazo (que permite à gestante abortar o feto até a décima segunda semana, conforme decisão sua) nem o aborto social ou econômico (feito por razões econômicas precárias). Os que sustentam (ainda que com muita boa-fé) o respeito à vida do feto devem atentar para o seguinte: em jogo está a vida ou a qualidade de vida de todas as pessoas envolvidas com o feto mal formado. Se até em caso de estupro, em que o feto está bem formado, nosso Direito autoriza o aborto, nada justifica que idêntica regra não seja estendida para o aborto anencefálico. Lógico que a gestante por suas convicções religiosas, pode não querer o aborto. Mas isso constitui uma decisão eminentemente pessoal (que deve ser respeitada). De qualquer maneira, não pode impedir o exercício do direito de abortamento para aquelas que não querem padecer tanto sofrimento.

Porém, não podemos esquecer que no caso do estupro a questão do aborto é uma opção da gestante, onde o mesmo raciocínio deveria ser aplicado na questão do anencéfalo, posto que muitas vezes, as mulheres nesta última situação optam por esperar a morte natural do feto ou da criança após o seu nascimento.

Na verdade, não estamos aqui a discutir a legalização do aborto de uma maneira geral e sim de um caso específico de aborto.

5 A QUESTÃO DO ABORTO DE ANENCEFALO E A ATUAL POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Longe de uma solução mais simples pela ausência de uma positivação para a possibilidade legal deste tipo de aborto, até pela complexidade que circunda o problema, temos com isso dois posicionamentos antagônicos.

A OMS – Organização Mundial de Saúde percebe a saúde não apenas do ponto de vista físico mais também mental e social.

O Conselho Nacional de Saúde por sete votos favoráveis contra três, posicionou-se a favor da antecipação dos partos nas situações de diagnóstico de anencefalia.

Em abril de 2004 foi proposta a ADPF-54/DF pela Confederação nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, cujo advogado foi Luis Roberto Barroso, na busca de uma declaração do STF de que o aborto nos casos de anencefalia não fosse tipificado como crime, através da declaração da atipicidade material do fato.

A argumentação do advogado Luis Roberto Barroso que propôs a ADPF-54/DF, consistiu em síntese nos seguintes termos:

A antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos situa-se no domínio do senso comum e não suscita qualquer das escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária da gravidez viável. Não existe nenhuma proximidade entre nossa pretensão e o chamado aborto eugênico. A antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto, como tipificado no Código penal. No aborto a morte do feto deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade da vida extra-uterina do feto, que não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Não há potencial de vida a ser protegido. Somente o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de um aborto.

A ação teve como relator o Ministro Marco Aurélio, que liminarmente acolheu a pretensão possibilitando o aborto de fetos anencéfalos no Brasil com fundamento nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, IV), Legalidade, Liberdade e Autonomia (art. 5º, II) e o da Saúde (art. 6º e 196).

Porém, o Tribunal deliberou por decisão unânime, que a apreciação da matéria fosse julgada em definitivo no seu mérito, abrindo-se vista ao Procurador Geral da República o Dr. Cláudio Fonteneles, cujo parecer foi no sentido de afirmar que a decisão liminar concedida

pelo Ministro Marco Aurélio não tinha amparo na Constituição e que o feto anencéfalo goza de proteção constitucional no tocante ao direito à vida. Vale a pena destacar um trecho do seu parecer que assim mencionou:

Portanto, os diplomas legais, tanto do direito interno, quanto do internacional, estabelecem que vida há, desde a concepção. Eis porque não se revela correta a afirmação do Il. Advogado da autora quando registrou que “não há viabilidade, sequer um nascituro”. Ora o nascituro é o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro e certo. O bebê anencéfalo, por certo nascera. Pode viver segundos, minutos, horas, dias e até meses. Isto é inquestionável! E aqui o ponto nodal da controvérsia: a compreensão jurídica do direito a vida legitima a morte, dado o curto espaço de tempo da existência humana? Por certo que não! Se o tratamento normativo do tema protege a vida, desde a concepção, por certo e inferência lógica que o direito a vida não se pode medir pelo tempo, seja ela qual for, de uma sobrevida visível.

Em agosto de 2004, o Plenário revogou a liminar, vencidos os votos dos Ministros, do Relator Marco Aurélio, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, com acolheram o parecer do relator no sentido da possibilidade de antecipação do parto nesta situação, vencido ainda parcialmente o Ministro Cezar Peluso que não referendava a liminar em sua totalidade. Em razão das enormes polêmicas trazidas pelo tema, o relator entendeu pela solicitação do *amicus curiae* para uma audiência pública, abrindo o prazo para inscrições das entidades que tivessem interesse em participar do debate.

As quatro audiências apenas ocorreram entre 26 de agosto a 16 de setembro de 2008, contando com a participação de diversos segmentos da sociedade, como entidades religiosas, médicos, representados através de 22 Instituições, além do Ministro da Saúde à época José Gomes Temporão, dentre outros. Em relação à pretensão da ação, o estudo das instituições participantes revela que cerca de 60% (sessenta por cento) se manifestaram a favor contra apenas 30% (trinta por cento) contra, com o Poder legislativo apresentado argumentos nos dois sentidos. Durante toda a audiência o Ministro Marco Aurélio tentou esclarecer que a presença daquelas pessoas ali no Plenário era a título de esclarecimentos e opiniões e não de debates.

Segundo registro do ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero), a liminar que durou três meses, já nos primeiros 15 (quinze) dias foram registrados 58 (cinquenta e oito) pedidos de aborto em hospitais públicos nesta situação.

O Advogado Geral da União o Dr. Evandro da Costa Gama, emitiu alegações finais em 2009 nos seguintes termos:

Em face do exposto, deve ser acolhido o pedido formulado pela CNTS, no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 124, 126 e 128, I e II todos do Código Penal, com o reconhecimento da inconstitucionalidade de sua incidência a hipótese específica de que cuidam os autos, garantindo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de se submeter a antecipação terapêutica do parto, sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou de permissão específica do Estado.

Com certeza, o posicionamento da Advocacia Geral da União foi favorável ao pleito em razão da presença de vários estudiosos e conhecedores do assunto que serviram para esclarecer dúvidas sobre o caso e dos perigos físicos a que a gestante é exposta neste tipo de gravidez, além do sofrimento mental prolongado e inútil, dada a inviabilidade total desta vida.

A Procuradoria Geral da República, nesta ocasião, representada pela Dra. Débora Duprat também emitiu parecer no mesmo sentido da AGU, alterando o antigo posicionamento deste órgão. Vejamos um breve trecho:

Diante do exposto deve ser julgada integralmente procedente a ADPF, para que seja dada interpretação conforme a Constituição aos dispositivos do Código Penal indicados na petição inicial de forma a declarar a inconstitucionalidade, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, da exegese de tais preceitos que impeçam a realização voluntária da antecipação terapêutica do parto de feto com anencefalia, desde que a patologia seja diagnosticada por medido habilitado, reconhecendo-se o direito da gestante de se submeter a este procedimento sem a necessidade da prévia autorização judicial ou de qualquer outro órgão estatal.

Desta forma, o fim maior a que foi proposta a ADPF-54 é a de que os profissionais que participem deste tipo de antecipação de parto não venham a ser punidos criminalmente e nem administrativamente.

Em razão da rejeição do parecer do Ministro Marco Aurélio, que defendeu o direito da gestante em optar nesta situação, a audiência que cassou a liminar pareceu um tanto confusa e os Ministros que deveriam ter se aprofundado mais no discurso, emitiram votos mais superficiais do que a matéria exigia.

Enquanto não ocorria o julgamento da matéria pelo STF, juízes em todo o Brasil, vinham decidindo pela liberação do aborto neste caso, tendo alguns exemplos recentes. Um deles foi no Estado do Maranhão na cidade de Grajaú. Argumenta o juiz da decisão que a gestante sofria de vários riscos de vida, em razão de uma hipertensão decorrente da gestação. A notícia foi veiculada no site da Conjur em 16 de maio de 2011. Vejamos alguns trechos da entrevista ao site concedida pelo Dr. João Pereira Neto:

Negar o pedido representaria um mal maior, devido às chances de o feto vir a falecer no útero da mãe e esta também sofrer complicações gestacionais mais do que está enfrentando. Confesso que em quase dez anos de magistratura, foi à sentença mais difícil que proferi. Envolve vários questionamentos, sobretudo aspectos religiosos e morais. Trata-se de ser vivo, ainda que com baixíssima possibilidade de sobrevivência.

Outro caso recente divulgado também no site da Conjur em 29 de setembro de 2011, foi o ocorrido na 1ª Vara do Júri no Rio Grande do Sul, onde o Juiz Leandro Raul Klippel autorizou a interrupção de gravidez de feto anencéfalo. Na decisão proferida em 26 de setembro ele afirmou que:

Não são os presentes autos o foro adequado para discussões religiosas, éticas ou morais acerca de tal tema, devendo ser levado em consideração apenas aspectos médico-científico e jurídicos. A intervenção se faz necessária a fim de preservar a saúde física e psicológica da gestante. Parece lógico que o legislador pretendeu reprimir a interrupção da gravidez (...) que tenha efetivamente potencial para gerar vida, assim considerado a existência autônoma de um ser independentemente daquele que lhe deu origem, no caso, a mãe.

Em outro noticiado também pela revista Consultor Jurídico, o juiz Pedro de Oliveira Eckert da 2ª Vara Criminal da Grande Porto Alegre autorizou recentemente a interrupção de uma gestação nestas mesmas condições, sob os mesmos fundamentos acima mencionados.

Finalmente, em 12 de abril de 2012, o STF retomou a análise da ADPF 54, cujo julgamento durou uma manhã e duas tardes inteiras, onde de acordo com a Lei 9.882 que regula as arguições de descumprimento de preceito fundamental, a decisão tomada tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Público.

De acordo com o site do jornal eletrônico do Bom Dia Brasil, o ministro-relator Marco Aurélio, citou dados segundo os quais o Brasil é quarto país do mundo em número de anencéfalos, numa proporção de um em cada mil nascimentos, e colocou como ponto principal desta discussão, a questão do aborto criminalizado no Código Penal e a antecipação terapêutica em caso de gravidez de anencéfalo.

Destacou em seu voto, algumas opiniões colhidas na audiência pública realizada em 2008 sobre o tema, como a frase “O feto anencéfalo é um morto cerebral, apesar de ter batimento cardíaco e respiração de vida extrauterina”.

Fundamentado em depoimento de especialista, o ministro Marco Aurélio citou o caso da menina Marcela de Jesus, que sobreviveu 1 ano e 8 meses, caso este citado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, como um exemplo de que mesmo com má formação, é um ser humano. Em contraposição, o ministro transcreveu parte de diagnóstico médico, onde através de uma tomografia, ficou comprovado que a menina paulista não tinha propriamente uma anencefalia, mas sim uma situação de meroanencefalia, em que o feto não tem algumas partes do encéfalo.

O ministro acolheu a tese do advogado da CNTS, Luís Roberto Barroso e do procurador geral da República, Roberto Gurgel, destacando os argumentos do direito reprodutivo da mulher, da dignidade da pessoa humana e do direito a saúde psíquica da mulher, considerando ainda uma verdadeira tortura por parte do Estado em obrigá-la a manter uma gravidez de um natimorto.

A primeira a votar depois do ministro-relator foi a ministra Rosa Weber, que partiu do pressuposto de que o anencefalo é aquele feto cuja calota craniana não foi fechada, e comento que: “Dizem que ela é fatal em 100% dos casos, mas há relatos de fetos com sobrevivida de meses e até mais de um ano”. Citou o caso da menina paulista Marcela de Jesus que sobreviveu até 1 ano e 8 meses e o da menina Vitória Cristo, que já contava com 2 anos e 3 meses, levada até o Gabinete da ministra.

Ponderando em seu voto, de um lado a saúde psíquica e da dignidade da mulher e do outro o direito à vida do feto, conclui interpretando o Código Penal que o aborto neste caso não pode ser comparado aos tipificados neste diploma legal, acompanhando o relator, mas com base não em argumento científicos e sim jurídicos.

O ministro Fux, questionou se seria justo colocar no banco dos réus uma mulher que suportava a tragédia de carregar um feto já condenando a morte. Fundado em várias literaturas

científicas, chegou a conclusão lastimável de que estes fetos não tem cura e nem viabilidade de sobrevivência.

A ministra Cármen Lúcia acompanhou o relator em seu voto, mas fez questão de frisar que o STF não estava a permitir o aborto, mas sim, “deliberando sobre a possibilidade jurídica” sobre a possibilidade de uma mulher que esteja em meio a uma gravidez de feto anencefálico, procurar um médico e interromper a gravidez, porque “o berço de transforma num pequeno esquife, a vida se entorta”.

Quanto ao ministro Joaquim Barbosa, este acompanhou o relator, reiterando o seu posicionamento já conhecido quando do julgamento da liminar concedida por Marco Aurélio em 2004.

Na retomada do julgamento, segundo ainda o site eletrônico acima mencionado, o Ministro Ayres Britto, conferiu interpretação segundo o Código Penal, no sentido de que não se pode tipificar como crime a interrupção de uma gestação de um feto anencefalo, por não ser esse “direito de escolha” da mulher um ato característico de um aborto. Lembrou que a Constituição Federal não explicita o momento exato do início da vida, afastando a discussão a partir do entendimento de que uma gravidez deste tipo se destina ao nada, a punição de sua interrupção é atípica. Disse ainda que “Se todo aborto é interrupção voluntária de gravidez, nem toda interrupção voluntária de gravidez é aborto”.

E completou que “O feto anencefalo nem é um doente mental por que não tem a mente completa, não tem mente, não tem cérebro”. Concordou com a observação feita pelo relator e pelo advogado da CNTS, que manter uma gravidez deste tipo ato o fim constitui uma “tortura continuada”.

O último a votar na quarta-feira foi o ministro Ricardo Lewandowski, que no seu voto, trouxe a divergência, no sentido de que os bens jurídicos a serem preservados nesta situação, são a vida do nascituro e o direito a incolumidade psíquica da gestante, onde o legislador apenas isentou de pena os dois casos de gravidez decorrente de estupro e o caso de grave comprometimento da saúde da mulher.

Para Lewandowski, de acordo com o Princípio básico da conservação das normas, é possível fazer uma interpretação razoável sob uma ótica Constitucional, entendendo que o STF neste caso, não tem competência para modificar uma legislação aprovada pelo Congresso, abrindo condições para o que classificou como “abortos em série”.

Votou desta forma contra a ADPF 54, por entender um caso de usurpação pelo Judiciário das funções do Poder legislativo, acrescentando ainda que a questão é tão polêmica

que há vários projetos de lei tramitando no Congresso, onde citou alguns e que se aquela Casa está a discutir este tema, não há razão alguma para esta intromissão do Judiciário nesta matéria.

O sétimo Ministro a votar foi Gilmar Ferreira Mendes, que segundo o mesmo site, destacou a relevância social do tema, enfatizando que as discussões religiosas sobre o tema são bem vindas, apesar do Brasil ser considerado um Estado laico, visto este ponto dentro de uma perspectiva de cooperação mútua, criticando o ministro-relator por não ter aceitado a participação da CNBB como *amicus curiae*, entendendo que a igreja católica foi colocada como ré nessa ação.

Sob o prisma jurídico, Gilmar Mendes discordou da posição que defende a atipicidade da conduta do aborto de feto anencéfalo, posto que este feto ao se transformar em nascituro passa a gozar até mesmo de direitos civis.

Porém, levando em consideração o comprometimento da saúde física e psíquica da gestante nestes casos, em face de uma “certeza absoluta” de que o feto não possui nenhuma condição de sobrevivência, entende que “Não é razoável que se imponha a mulher tamanho ônus à falta de um modelo adequado previsto em lei”. Assim, votou no sentido de que o aborto de feto anencéfalo seja admitido, juntamente com as duas exceções já previstas no Código Penal, solicitando ainda, que o Ministério da Saúde regulamente este tipo de aborto, exigindo um laudo de no mínimo dois médicos para que ocorra a referida autorização.

O decano do Supremo Tribunal Federal, o ministro Celso de Mello, expôs que “ a mulher está protegida em seus direitos reprodutivos, e tem, portanto, o direito de optar pela antecipação terapêutica do parto, se o feto é incapaz de sobreviver em ambiente extrauterino”. Ressaltou ainda que “Não estamos autorizando práticas abortivas”, entendendo ser atípica a prática do aborto de feto anencéfalo.

O último a votar, segundo o regimento interno, foi o Presidente da Corte, o ministro Cezar Peluso, sendo este o segundo voto divergente, no sentido de que “A vida não é conceito artificial criado pela ciência jurídica para efeitos práticos”, onde fecha o pensamento dizendo que “A vida e a morte são fenômenos pré-jurídicos, dos quais o direito se apropria para determinados fins”. E revidou os demais colegas, afirmando que “Todos os fetos anencéfalos, a não ser que estejam mortos, tem vida. Se o feto não tivesse vivo, não poderia morrer”. E continua: “O aborto provocado de feto anencéfalo é conduta vedada, de modo frontal pela ordem jurídica, e esta Corte não tem o poder ou competência para abolir ou atenuar o crime de aborto”.

Ainda em seu voto, colocou o Presidente que não havia “malabarismo hermenêutico ou ginástica dialética” que o levasse a entender que a interrupção de uma gravidez de anencéfalo não fosse uma das condutas tipificadas no Código Penal, como sendo o crime de aborto.

E conclui o seu voto argumentando com relação ao sofrimento da gestante nestes casos que “O sofrimento não degrada a condição humana, mas é inerente à condição humana” e que o sofrimento que ordem jurídica tem o dever de impedir é o sofrimento causado pelo ato antijurídico, chamando a atenção para a proliferação de abortos permitidos a partir de diagnósticos falsos e imprecisos.

Deste modo, com oito votos contra dois, o STF entendeu que o aborto de feto anencéfalo passa a ser uma conduta atípica e uma opção da mulher que esteja em meio a este drama.

O que temos de concreto é que o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana é sem dúvida o maior fundamento de toda esta celeuma, pois “dignidade” pressupõe uma vida, não de qualquer maneira, em qualquer circunstância, mas uma vida digna e com qualidade, segundo o espírito da Constituição Federal de 1988.

No caso em tela, percebe-se que o feto anencéfalo tem data máxima marcada para sua morte, que geralmente não alcança a data do parto que seria em regra o fim da gravidez. Quando nasce, não chega a alcançar na maioria das vezes, mais de quatro horas de vida.

Quanto à gestante, ao contrário do que se espera de uma gravidez normal, sabe que o seu filho tem data para partir, que não poderá formar nenhum plano, nenhuma expectativa futura com relação a sua chegada. É só aguardar à hora da despedida. É somente esperar a temida hora da morte.

Desta forma, forçar uma mulher nestas condições a suportar este tipo de gravidez é prolongar o seu sofrimento, é ferir a sua saúde mental e a física que também é colocada em perigo, onde esta imposição não atende aos fins de um Estado Democrático de Direito, que não pode ser um violador das garantias fundamentais dos seus cidadãos a fazer com que alguém cumpra uma tarefa tão desumana e que redundará no que já foi constatado de que o feto anencéfalo carregado pela gestante é totalmente inviável, onde o meio é desproporcional ao fim a que se destina.

Somos partidários de que a mulher gestante de um feto anencéfalo possa dispor nesta situação específica do livre arbítrio na tomada da sua decisão e que não seja forçada a suportar tão grande sofrimento, inútil e desnecessário.

Importante ainda, com respeito ao Princípio da Legalidade, que esta situação que possibilita o aborto de feto anencefalo, seja contemplada na reforma do Código Penal que já tramita no Congresso Nacional, para embasar ainda mais a decisão da Suprema Corte, além de determinações do Ministério da Saúde e do Conselho Federal de Medicina que imponham regras e requisitos minuciosos para a mencionada autorização, a fim de que não ocorram abortos ilegais e fraudulentos por meio desta possibilidade, que deve ser sempre específica e excepcional.

Passados 32 dias da decisão do STF, o Conselho Federal de medicina divulgou através do Diário Oficial Da União, a resolução 1.989 de 10 de maio de 2012, assinada pelo Presidente do Conselho, Carlos Vital Tavares Corrêa, segundo nota divulgada no site eletrônico Zero Hora em 14 de maio de 2012, os critérios utilizados para a realização do aborto de feto anencéfalo, onde determina que somente ocorrerá quando for realizada uma ultrasonografia detalhada após a 12^a semana de gravidez, registrando duas fotografias em posição vertical e outra detalhando a caixa encefálica, além da exigência de ser assinada por 2 (dois) médicos, devendo ocorrer em local com estrutura adequada. A comissão responsável pela elaboração destas normas foi composta no dia seguinte ao julgamento, tendo sido formada por especialistas em ginecologia, obstetrícia e bioética.

Além disso, torna-se necessária uma maior capacitação dos profissionais da saúde para lidarem no dia a dia com esta situação. Neste sentido, de acordo com o portal eletrônico Intera Mais, segundo matéria divulgada em abril de 2012, o Ministério da Saúde emitiu uma nota dizendo que vai qualificar 30 hospitais da rede pública para realizar o aborto de fetos anencéfalos. Atualmente já existem 65 hospitais que realizam abortos nas duas situações permitidas pelo Código Penal. Informa ainda que em 2010 foram realizados 1.684 abortos legais no Brasil, através do Sistema Único de Saúde (SUS).

Quanto ao julgamento tão aguardado por toda a sociedade ocorrido no STF, a grande demora na apreciação de uma matéria tão significativa colocava em risco a confiança do cidadão brasileiro na sua Corte Maior, posto que tal problema acontece diariamente em nosso país, restando pendente de uma decisão que sem dúvida, a partir daquele momento final, dará um novo contorno as interpretações ligadas a direitos humanos, especialmente a situação de muitas mulheres que têm a sua dignidade violada quando sofre uma imposição estatal de continuar com uma gravidez inviável.

6 CONCLUSÃO

Deste modo, é preciso que a questão do aborto de feto anencéfalo seja analisado à luz da Constituição Federal de 1988 e que o Código Penal Brasileiro seja adaptado a esta nova realidade social, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Como se trata de uma colisão de direitos fundamentais, quais sejam, a vida do feto anencéfalo e o direito à dignidade da gestante, traduzidos em sua integridade física e mental, é preciso à utilização dos ditames constitucionais, especificamente dos seus Princípios Fundamentais, enquanto elementos norteadores de todo o Ordenamento Jurídico nacional para que assim sejam atingidos os fins maiores de um Estado Democrático de Direito.

Entender que o Estado pode obrigar a uma gestante na situação de gravidez de um feto anencéfalo a prolongar o seu período gestacional é sem dúvida uma afronta ao princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana, dada a agressão física e mental contra a saúde da mulher.

Com isso, acreditamos que o STF fez valer no seu aguardado julgamento, os Princípios Constitucionais norteadores e delimitadores de toda hermenêutica a que se submete o nosso Ordenamento Jurídico atual, respeitando a autodeterminação da mulher, inserida enquanto direito à liberdade, dentro do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, que deve ser sempre o maior norteador de todo o nosso sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

A DECISÃO do STF sobre o aborto de feto anencéfalo. **Jornal do Brasil**, 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2012/04/stf-retoma-votacao-sobre-aborto>>. Acesso em 28 maio 2012.

ABORTO de feto anencéfalo é permitido. **Portal Intera Mais**, 22 de abril de 2012. Disponível em <www.interamais.com.br/2012/04/aborto-de-feto-anencefalo-e-permitido.html>

ANDALAF NETO, Jorge. **Anencefalia posição da Febrasgo**. Disponível em: <www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em 15 novembro 2011.

BASTOS, João José Caldeira. **A interpretação e a analogia em face da lei penal brasileira.** Artigo disponível em <www.jusnavegandi.com.br> acesso em 08 nov. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Dos crimes contra a Pessoa.** 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUNO, Aníbal. **Crimes Contra a Pessoa.** 4 ed. Rio De Janeiro: Editora Rio, 1976.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial.** Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIÁRIO Oficial publica critérios do Conselho Federal de Medicina para aborto de feto anencéfalo. **Zero Hora**, 14 de maio de 2012. Disponível em <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2012/05/diario-oficial-publica-criterios-do-conselho-federal-de-medicina-para-aborto-de-feto-anecefalo-3757746.html>> . Acesso em 28 maio 2012.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Conduta Punível.** Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1961.

GOMES, Luís Flávio. **Nem todo aborto é criminoso.** Mundo Legal, Brasília, ano 4. 2004. Disponível em <www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina_Detalhar&didi=15311> Acesso em 16 nov. 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial.** 8 ed. Niterói: Impetus, 2011. Vol. II.

GUASTINI, Ricardo. A constitucionalização do Ordenamento Jurídico e a experiência italiana. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millenium, 1999. V. I, IV.

NEVES, Marcelo. O problema da inconstitucionalidade das leis. In: **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

Site: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 16 nov. 2011.

Site: <www.conjur.com.br/2011-set-29/juizes-autorizam-aborto-feto-anencefalo>.