

(Artigos) preceito constitucional do direito à vida em face do aborto
de fetos anencefálicos ou com doenças congênicas

: Juliano Silva do Lago

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em uma sociedade onde se prima essencialmente pelo direito mais valioso dentre todos os outros direitos fundamentais, encontra-se o direito à vida. Para muitos, data vênua, também nosso entendimento, colocado em cheque pela possibilidade de legalização da prática de aborto. Primeiramente, para que se possa cogitar sobre abolição criminis da prática abortiva relacionada aos fetos anencefálicos, deve-se considerar qual o exato momento em que se inicia a vida, pois ao lidar com um tema tão polêmico, como foi dito, estamos diretamente lidando com o direito fundamental mãe de todos os outros, qual seja o direito à vida.

Assim, o trabalho apresentado abordará a teoria da necessidade de se fazer aborto em caso de anencefalia, anomalias congênicas ou quando a mãe apresenta soro positivo. Será prudente caber a mãe o direito de escolher tirar a vida de seu filho ainda em seu ventre, melhor dizendo cometer a prática de aborto.

O presente artigo trata de um tema que se encontra em discussão há pelo menos dois anos no Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um assunto bastante delicado, pois poucos juristas se arriscam a se posicionar publicamente sobre esta matéria tão sensível.

A possibilidade abortiva de fetos portadores de doenças anencefálicas deve ser analisada com todo cuidado, haja vista que envolve não só os interesses da mãe, que porta em seu

ventre uma criança com possibilidades mínimas de sobrevivência, mas também os interesses religiosos, da sociedade e acima de tudo os interesses estatais, em decorrência de sua obrigação de tutela dos direitos indisponíveis de todos seus tutelados, ou seja, de todas as pessoas.

Seria justo discriminar uma pessoa eliminando-a da possibilidade de viver, apenas devido ao fato de ser portadora de deficiência, a priori incurável? Contudo, é moralmente correto deixar a gestante passar por todos os procedimentos de rotina do parto, fazendo crescer um sentimento tão forte quanto o materno, mesmo sabendo, quase certamente que em poucos dias, senão horas, seu filho irá morrer, trazendo inúmeros sofrimentos?

Para realizar o objetivo proposto houve uma associação da pesquisa bibliográfica com a eletrônica, sendo utilizados sites oficiais para que se possa ter uma resposta mais atualizada para o tema. Foi utilizada uma pesquisa analítica, fazendo uma abordagem qualitativa, coletando os dados necessários para que se possa desenvolver uma pesquisa aprofundada.

1.1 Objetivos

Esclarecer e retomar um debate que praticamente evita-se discutir em virtude da grande valorização dos direitos que com ele se relacionam. Jamais foi pretensão exarar um parecer definitivo e absoluto sobre o tema, contudo um esclarecimento maior acerca do assunto em tela é sumariamente necessário, até porque a mídia diríamos temerosa, pouco divulga, não conseguindo passar necessária informação a uma parcela da sociedade que fica excluída de tão importante discussão.

Assim, pode-se dizer ser o escopo principal conscientizar a sociedade no que se relacionam as questões pertinentes ao aborto de fetos portadores de doenças congênitas graves, tais como anencefalia. Pretende-se não só re-despertar o interesse dos juristas sobre o assunto, como também, incitar a sociedade para que mesmo de forma indireta participe da discussão, além da mãe, que enfim, trata-se da pessoa que terá a decisão final sobre o tema, haja vista que essa é quem decide se vai cometer ou não o aborto, devido às inúmeras

clínicas ilegais que estão espalhadas por nosso território, principalmente nos grandes centros urbanos. Data venia, acredita-se ser a mãe quem principalmente deve se conscientizar sobre a fragilidade do tema.

1.2 Justificativa

A norma brasileira diz claramente que todos têm direito à vida, e que não se pode tira-la de qualquer ser humano. Todavia, nos casos de anencefalia sabe-se quase certamente que a criança morrerá em pouco tempo, proporcionando um grande desequilíbrio emocional. Assim, justifica-se a elaboração e discussão deste trabalho no confronto evidente de ratio normativas.

Com a existência de uma norma bem trabalhada, ou seja, elaborada depois de uma discussão madura sobre o tema, que verse exclusivamente sobre o aborto de fetos portadores de anencefalia, a sociedade e os juristas de uma maneira geral teriam maior segurança jurídica para tratar de um assunto tão polêmico, e de resolução delicada como esse.

2 PRECEITO CONSTITUCIONAL: DIREITO À VIDA

Sem sombra de dúvidas o direito à vida deve ser considerado com atenção toda especial por parte dos juristas, haja vista que este se trata, data venia, de um dos maiores e mais importantes direitos fundamentais que se pode haver em um Estado Democrático de Direito. No mesmo sentido tem-se o seguinte labor de Alexandre de Moraes, "o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constituem em pré-requisito a existência e exercícios de todos demais direitos".[1] Assim, mitigar o direito à vida, é basicamente, ceifar a possibilidade de exercício de vários outros direitos.

Tratando de prática abortiva, o cuidado deve ser redobrado, tendo como alicerce a dupla proteção que a Constituição Federal desempenha no que tange ao direito ora discutido, qual seja o direito de continuar vivo e o direito de uma vida digna. Contudo, é inevitável que se

questione sobre a possibilidade de uma criança encefálica possuir uma vida dotada de dignidade.

A discussão sobre o tema relacionado ao aborto procede, haja vista que já se encontra pacífico no meio jurídico que a vida inicia-se do ponto de vista biológico, ou seja, com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando em um zigoto. Assim, é possível dizer, com toda certeza, que a vida se inicia com a concepção. Sabendo que quando se constata a doença congênita, já há vida. Neste mesmo sentido, tem se o seguinte parecer doutrinário:

O embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunda 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, e inclusive uterina.[2]

Este considerável argumento é o grande divisor de águas da discussão. O ponto mais forte e que mais demanda cautela em uma posição jurídica definitiva sobre o tema ora em análise. Data máxima venia, cláusula pétreia o direito à vida não pode ser mitigado, nem mesmo com a mais considerável justificativa do Poder Constituinte Reformador ou Difuso (nova corrente doutrinária afirma ser ao STF ao emitir suas súmulas um Poder Constituinte, modernamente conhecido como difuso). [3]

Outro princípio constitucional colocado em cheque é o da igualdade, tendo em vista que a Constituição dispõe expressamente que "todas as pessoas são iguais perante a lei", sendo em uma interpretação extensiva preenchidos também por essa norma os nascituros, mesmo se forem portadores de deficiência.

Gonçalves abrilhanta a informação supracitada afirmando que "o nascimento com vida é o marco inicial da personalidade. Porém é o direito do nascituro, pois desde a concepção já está começando um novo ser". [4]

A Constituição da República, em seu artigo 5º estabelece que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]".

Contudo, existem posicionamentos ponderáveis, conforme dispõe da Dower, "É importante salientar que em caso de nascimento de feto morto, para todos os efeitos este não será portador de direitos, ou seja, será considerado como se a mãe em momento algum estivesse grávida". [5] Assim, os argumentos expostos reforçam ainda mais a discussão sobre o tema, tornando-o ainda mais delicado e de discussão necessária, pois estamos vivenciando atualmente uma situação de total insegurança jurídica, devido ao fato de inexistir norma que regulamenta tal situação, sendo essa casuística, a nosso ver, matéria suscetível do remédio constitucional mandado de injunção.

3 EXCLUDENTES DE PENA PARA O ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De acordo com a legislação nacional o aborto é considerado, regra geral, conduta criminosa, tipificada nos arts. 124 a 127 do Código Penal. Contudo, este crime comporta exceções, como no caso de gravidez proveniente de estupro (aborto sentimental) ou o denominado aborto necessário, hipótese em que se verifica risco para a vida da gestante (art. 128). Cumpre ainda ressaltar, que para que ser abrangida pela norma permissiva, necessário se faz que a prática abortiva seja praticada por um médico.

Data venia, discordamos da primeira exceção da prática de aborto, pois partindo-se da premissa de que a vida é um direito fundamental do ser humano, não se pode mitigar tal direito, fundado apenas em um ato ilícito por parte do estuprador, mas que culpa nenhuma acarreta ao feto, que será privado de seu direito à vida. Assim, entendemos inexistir legalização do aborto, mas tão-somente uma exclusão da pena da mulher vítima de estupro que aborta, em razão de política criminal. Permanecendo assim, o caráter criminoso da conduta, caso contrário, ferindo o preceito constitucional prevista no art. 5º caput, já mencionado, e seu inciso XLV que afirma nos seguintes termos "Nenhuma pena passará da

pessoa do condenado". Admitindo-se posicionamento diverso, estar-se-á em caso de estupro punindo o feto por um crime cometido por terceiro, neste caso por seu pai. Tem-se seguinte tipificação legal no código penal a seguinte norma permissiva:

Art.128. Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio para a vida da gestante. Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Cabe ressaltar ainda que tem em meio aos doutrinadores emergido o entendimento de que o aborto sentimental, ou seja, proveniente de estupro, trata-se de estado de necessidade, não sendo possível o direito exigir conduta diversa. Nesse sentido manifesta-se Mirabete:

Justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado. Além disso, freqüentemente o autor do estupro é uma pessoa degenerada, anormal, podendo ocorrer problemas ligados à hereditariedade. [6]

Contudo, sem embargo de posicionamento em contrário, entendemos que este entendimento supracitado deve ser entendido com ressalvas, pois estaria admitindo-se mais uma violação de preceito constitucional anti-discriminatório, sendo portanto, tal dispositivo eivada de inconstitucionalidade, já que não se coaduna com os preceitos defendidos na Constituição da República.

Com relação ao aborto necessário não há muito o que se dizer, tendo em vista que em razão do risco que a vida da gestante é exposta, a nosso ver, deve realmente ser justificada a exclusão da pena pelo crime de aborto praticado pela gestante. Pois, neste caso caracterizado se faz o estado de necessidade, em que a mãe aborta, ofendendo um bem jurídico do feto para salvaguardar bem jurídico seu, ou seja, troca-se a vida do feto para salvaguardar a da mãe, sendo impossível exigir-lhe conduta diversa.

4 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)

É possibilitada a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) em casos que seja necessário evitar a lesão a preceito fundamental devido ao ato praticado pelo poder público, para reparar lesão a esse preceito resultante de ato do mesmo poder, ou ainda, quando houver controvérsia relevante de caráter constitucional entre leis ou atos normativos, seja federal, estadual ou municipal, sejam ou não anteriores à Constituição.

Compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) julgar a ADPF, sendo legitimados para propô-la o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembléias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. [7]

Contudo, é necessário frisar que a ADPF somente pode ser propostas em face de entidades do Poder Público já concretizado, não se prestando para a realização desses atos. Sendo ainda vedados à aplicação da ADPF às súmulas do STF, por se tratarem essas de resultado de orientações reiteradas da corte.

É necessário ainda salientar que a ADPF trata-se de um mecanismo subsidiário, sendo vedada sua utilização, senão quando não há outro meio de sanar a lesividade. Pode o STF conceder liminar, sendo que em casos de extrema urgência, ser aplicada pelo Ministro Relator, ad referendum, do plenário. As suas decisões têm efeito erga omnes, sendo irrecorríveis, não sendo possível nem mesmo ação rescisória.

4.1 ADPF n° 45

Encontra-se atualmente em discussão no STF a aprovação de uma lei federal que autorizaria a prática de aborto quando os fetos forem portadoras de anencefalia, o que gerou uma discussão em âmbito nacional.

A anencefalia pode ser definida como uma doença congênita e incurável, pois o feto nasce com uma má formação cerebral na gestação não apresenta do cérebro e nenhum córtex, havendo apenas resíduo no tronco encefálico. [8]

Assim, argumenta-se que a mãe ainda sofre um grande risco em decorrência dessa gravidez incomum, uma vez que o processo de parto pode ser alterado em virtude da má-formação do feto, podendo ocasionar a morte da gestante.

4.2 Posição jurídica e médica

Para a medicina não há vida enquanto a criança não completar vinte semanas, sob estado de gestação, pesando assim 500 gramas, ou antes, de medir 16,5 cm. [9] Contudo, sob a ótica jurídica há vida desde a concepção, portanto, qualquer ato com o fito de interromper a gravidez posteriormente é considerado como abortivo.

4.3 Posição do Supremo Tribunal Federal

A problemática se iniciou no dia 19 de dezembro de 1992 quando um juiz da comarca de Londrina deu autorização para que fosse feito ato abortivo de feto anencefálico, cuja gestação já se encontrava com 20 semanas. Posteriormente, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve uma mesma interpretação sobre caso semelhante, contudo, a gravidez já se encontrava com 24 semanas completas, e mesmo assim, no final o pedido foi atendido. Com esses dois consentimentos do Poder Judiciário, que desencadearam uma série de pedidos da mesma natureza, relacionado aos fetos portadores de malefícios incompatíveis com a vida extra-uterina. [10]

Foi então feita uma proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTPS) ao Supremo Tribunal Federal no dia 27 de abril de 2005, referente a discussão sobre o assunto. Após analisar a questão da ADPF, foi entendido pelo STF ser esta uma medida necessária para resolver a falta de previsão sobre o aborto anencefálico.

Diante disso, resolveu STF que deveria ser dada uma resposta abrangente a situação, para que pudesse ser evitada divergência sobre as decisões e manadas pelos tribunais, necessária à segurança jurídica, concluindo que podia de fato ser considerado como um descumprimento de preceito fundamental, justificando assim, a ADPF de nº 45.

A indagação da CNTS baseia-se nos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, direito à saúde e a liberdade. Em contrapartida, a parte contrária fulcra-se no direito à vida, também preceito fundamental.

Ocorre que o Ministro Nelson Jobim opinou pela aplicação do parágrafo 1º do artigo 6º da Lei 9.882/99 que dispõe sobre o julgamento da ADPF. Aceita sua proposta é aberta audiência e para a intervenção de uma das partes do processo, podendo ocorrer a solicitação de peritos e audiências públicas.

O tema ainda encontra-se em discussão, sendo motivo de divergência entre os operadores do direito até os dias atuais.

5 CONCLUSÃO

Discutido o tema e com a máxima vênua, postula-se pela preservação da vida, ou pelo menos quando esta não por em risco a vida da gestante. Temos importantíssimos preceitos constitucionais a serem preservados, que com a aprovação do aborto em todos os casos de anencefalia estariam expostos à obscuridade ou colocados à margem externa da situação.

Assim, entendemos com base nos estudos apresentados que em casos de risco à saúde da mãe, justo seria aplicar-se a medida do aborto necessário e infelizmente, praticar tal atentado contra a vida. Porém, se não houver risco comprovado a saúde da mãe, posicionamo-nos ao lado dos que defendem a vida, preceito pilar do ser humano, inclusive do preceito da dignidade da pessoa humana, pois sem vida, não há como se falar em dignidade humana, esta depende daquela. Enquanto houver resquício ou simples

possibilidade de vida e nenhum risco à vida da mãe, somos desfavoráveis ao ato abortivo, sem embargo aos posicionamentos contrários.

É necessário que se prime pela utilização de todo bom senso para discutir a questão. Uma decisão precipitada por parte dos nossos juristas pode acarretar a morte de milhares de pessoas inocentes, que não podem se defender. Outro ponto que deve ser ponderado na discussão do tema é a evolução científica, haja vista que esta se encontra em constantes mudanças, através de descobertas que dia após dia aumentam a esperança de vida de pessoas que estavam praticamente pré-condenadas à morte, quiçá pode salvaguardar a vida de fetos que estejam nestas mesmas condições, ora jogadas a baila para debate discursivo.

1. MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 30.
2. MORAES. 2007. p. 31.
3. Estas mudanças informais do texto constitucional, segundo a lição de Georges Burdeau, "operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso..." (Fonte: DA CRUZ, Gabriel Dias Marques; et. Al. Mutação Constitucional. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7433>. Acesso em: 29 de nov. de 2007).
4. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004. [http: .](http://) Acesso em 22 maio 2006. p. 76.
5. DOWER, Nelson Godoy Bassil. Curso moderno de direito civil. São Paulo: Nelpa, 2004. p. 80.

6. MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual do direito penal. 14 ed. Vol. II. São Paulo: Atlas. 2006. p. 69.

7. MORAES. 2007. p. 752.

8. MOISÉS DANTAS, Cristine Elaine; et. all. Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil. São Paulo:Funpec Ed. Universidade de São Paulo, 2005. p. 1.

9. MOISÉS DANTAS, 2005. p. 2.

10. Ibidem . op. Cit.

6 REFERÊNCIAS PRELIMINARES

BRASIL. Código Penal. Organização dos textos, notas e índices por Damásio E. de Jesus. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. DF: Senado, 1988.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. Curso moderno de direito civil. São Paulo: Nelpa, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004. [http: .](http://www.saraiva.com.br)
Acesso em 22 maio 2006.

MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual do direito penal. 14 ed. Vol. II. São Paulo: Atlas. 2006.

MOISÉS DANTAS, Cristine Elaine; et. all. Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil. São Paulo:Funpec Ed. Universidade de São Paulo, 2005.

MORAES. Alexandre de. Direito constitucional. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Disponível em:

<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080324180439643>.

Acesso em: 25 mar. 2008.