

POSSIBILIDADE DO ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: Uma análise a partir da teoria de ponderação dos princípios de Robert Alexy.

Fernanda Franklin Seixas Arakaki¹, Andréia Almeida Mendes², Milena Cirqueira Temer⁴, Jaqueline Miguel Baia Silva⁴

¹ Mestre em Hermenêutica Constitucional, Teoria e Filosofia do Direito, professora da FACIG - fernandafs@sempre.facig.edu.br

² Doutora e Mestre em Linguística pela UFMG, graduada em Letras, professora da FACIG, andreialetras@yahoo.com.br

³ Mestranda em Políticas Públicas e Desenvolvimento local, professora da FACIG, milenatemer@hotmail.com

³ Graduanda em Direito, FACIG, jaquelinebaiasilva@hotmail.com

Resumo- O presente artigo tem como tema principal o aborto do feto anencefálico, sobre a análise de ponderação dos princípios de Robert Alexy e relacionados à dignidade da pessoa humana. Assim, será aqui exposto o que vem a ser o aborto, bem como a anencefalia, destacando as teorias jurídicas relacionadas à vida e a colisão entre os princípios, utilizando-se das leis, doutrinas e jurisprudências para uma melhor compreensão do tema. Após todas as análises sobre o tema, serão expostas as decisões dos Tribunais.

Palavras-chave: Aborto; Anencefalia; Direitos Fundamentais.

Área do Conhecimento: Ciências Sociais Aplicadas

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo sobre “Aborto do feto anencefálico” tem como objetivo a análise constitucional sobre as garantias da pessoa humana em relação a sua dignidade, bem como os seus direitos que são violados.

O artigo em questão terá como marco teórico as ideias de Robert Alexy e sua teoria de ponderação de princípios, bem como a colisão entre eles, sobre uma revisão bibliográfica.

Assim, o artigo será dividido em 4 partes, a primeira abordará sobre o conceito de aborto e de anencefalia e suas problemáticas. A segunda, trazendo a respeito da dignidade da pessoa humana e o direito a vida. Já a terceira, fará um breve relato sobre como ponderar os princípios em meio a uma colisão. E, por fim, a última será referente às decisões dos tribunais superiores.

2 METODOLOGIA

O método de pesquisa utilizado foi o da pesquisa qualitativa, a qual se buscou um melhor entendimento sobre o assunto diante das divergências no meio jurídico, bem como uma revisão bibliográfica baseada em artigos, livros, leis e jurisprudências que explanam sobre o tema. Quanto aos objetivos, tem-se uma metodologia explicativa, que define os tipos de abortos previstos na legislação penal, bem como um entendimento claro sobre o assunto, para se chegar a uma conclusão que não deixe dúvidas.

3 CONCEITO DE ABORTO E ANENCEFALIA

O conceito de aborto vem trazendo divergências entre as doutrinas, diante disso Costa (2003, p.203) dispõe que: “Entende-se por aborto (de ab-ortus, privação do nascimento) a interrupção voluntária da gravidez, com a morte da concepção. Não distinguiu a lei entre o óvulo fecundado, embrião e feto. Contentou-se a lei com a interrupção gravidez”.

Em outras palavras Aníbal (1976, p.160) dispõe que:

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do feto. Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo (ANIBAL, 1976, p.160).

Presente também no Código Penal Brasileiro, no capítulo relacionado aos crimes contra a pessoa, em que são expostos os tipos de aborto e são eles: aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, aborto provocado por terceiros, aborto necessário e aborto no caso de gravidez resultante de estupro, podendo ser qualificado se a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave ou se lhe sobrevier a morte (BRASIL, 1940).

Em relação à anencefalia, o Ministério da Saúde traz como conceito:

A anencefalia é uma má-formação congênita caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, pela ausência de hemisférios cerebrais, pela falta do hipotálamo, pelo desenvolvimento incompleto da córtex cerebral, defeito este, proveniente de falha de fechamento do tubo neural superior e pela exposição da massa encefálica restante. A anencefalia ocorre durante a formação embrionária, acarretando total incompatibilidade com a vida extrauterina; (BRASIL, 2005, *on-line*)

De acordo com Ventura (2009, p. 158), tem-se que a anencefalia gera uma má formação no feto trazendo assim uma não formação do encéfalo, que, mesmo sendo descoberta até o terceiro mês, pode trazer como consequência a morte do feto.

Essa descoberta é feita através de um exame de ultrassonografia e de uma ressonância magnética que detecta as más formações e outras doenças (MILITÃO, 2013).

Segundo Coutinho, através da anencefalia ocorre um mau funcionamento do DNA, com isso acarreta uma má formação do tubo neural, através dessa falha os ossos cranianos e a coluna vertebral não se fecham completamente causando assim anencefalia (2010, p. 25).

Diante do tema e dessas divergências, Nucci retrata que:

O anencéfalo não é protegido pelo direito penal, que se volta à viabilidade do feto e não simplesmente à sua existência física. Há quem sustente que pode haver erro de diagnóstico e a anencefalia não ser comprovada posteriormente. Ora, se tal ocorrer é um erro grave médico grave, sujeito a indenização como outro qualquer, mas não justifica a proibição para todas as gestantes que, efetivamente, possuem em seu ventre um feto completamente inviável. Não se tem notícia da existência de um ser humano vivo, sem integral calota craniana, que tenha se desenvolvido e atingido a idade adulta (NUCCI, 2011, p.660).

Assim, de acordo com tantos entendimentos, percebe-se que um feto que é portador de anencefalia não tem chance de sobreviver.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO A VIDA

A pessoa humana tem sua dignidade resguardada pela nossa Carta Magna que é a Constituição da República que fundamenta em seu art. 1º que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988, *on-line*)

O direito à vida é direito de todos assim presente também no Estatuto da Criança e do Adolescente que, através de políticas públicas sociais, objetiva a um nascimento digno (BRASIL, 1990).

Para Bulos, “o direito à vida inicia-se com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando num ovo ou zigoto”. Assim, a vida constitui-se em um direito fundamental insubstituível e “cabe ao Estado assegurar o direito à vida sob o duplo aspecto: direito de nascer e direito de subsistir ou sobreviver”. (BULOS, 2015, p. 544)

De acordo com Canotilho (2000, p. 86) :

O direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia de não agressão ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo e, por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. E conclui: o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade (CANOTILHO, 2000, p.86).

Assim, de acordo com Magalhães Filho, “a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importa uma violação ao valor da pessoa humana”. (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 248)

5 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Para Alexy, faz-se necessário diferenciar as regras e os princípios para se chegar a uma solução para os conflitos; sendo assim, as regras são consideradas como normas que são cumpridas ou não, assim sendo se “uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, já os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. (1986, p.90-91)

E como a humanidade está em constantes mudanças, isso gera conflitos que precisam ser ponderados para se chegar a uma solução, assim foram surgindo princípios com o intuito de solucionar os conflitos entre as normas no tempo e no espaço. São consideradas, assim como princípio, as normas que tenham como finalidade o alcance dos objetivos que se lhe é buscado de uma forma mais distinta para se poder operacionalizar as soluções (SIMIONI, 2014, p. 281).

Diante da visão de Alexy, os princípios devem passar por um processo argumentativo racional, em que o maior grau de cumprimento deve ser conferido ao princípio, sendo a aplicação de direitos ligados aos princípios sempre será um processo de ponderação. (ALEXY, 1994, p. 37)

Para que ocorra a ponderação, deve-se levar em conta a proporcionalidade e por ela não conter nenhum mandado de otimização é dividida em três máximas, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito que são responsáveis pela ponderação (SIMIONI, 2014, p.283).

A análise dessas três máximas se faz necessária para se descobrir qual dos princípios terá maior peso para poder ponderá-lo no caso concreto para se aplicar a melhor norma para o caso analisado (ALEXY,2004, p.38).

Retratando-se da máxima da adequação, tem-se que a mesma pode ser chamada também de idoneidade; assim Sarmento explica que:.

O subprincípio da adequação preconiza que a medida [...] do Poder Público deve ser apta para o atingimento dos fins que a inspiraram. Trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim na medida examinada (SARMENTO, 2000, p.87).

Essa máxima age como um critério negativo, impedindo a utilização de meios inadequados deixando uma margem de discricionariedade para que se possa escolher o que for necessário (ALEXY, 2004, p.41).

Analisado a máxima da necessidade, tem-se, segundo Alexy, que “este subprincípio exige que de dois meios igualmente idôneos seja escolhido o mais benigno com o direito fundamental afetado”. Cabe ressaltar ainda que não é determinado que se escolha um meio que seja o melhor de todos os demais, assim “ assim não se trata de uma otimização que vise um determinado ponto máximo, mas tão somente da proibição de sacrifícios desnecessários para os direitos fundamentais” (ALEXY, 2004, p. 41-43).

De acordo com a máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, essa será usada quando o ato praticado for necessário e adequado; nesta fase, já se tem uma análise sobre as demais máximas possibilitando assim o uso da proporcionalidade *strictu sensu*. (ALEXY, 1994, p. 46)

Para Sarmiento (2000, p. 89), esse subprincípio envolve um estudo sobre o custo-benefício na norma que foi avaliada, ou seja, “o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benéfico por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade”.

Diante de tais máximas, em relação a lei de ponderação Alexy, tem-se três passos importantes, dentre eles:

No primeiro passo é preciso definir o grau da não satisfação ou de afetação de um dos princípios. Logo, em segundo passo, define-se a importância da satisfação do princípio que se direciona em sentido contrário. Finalmente, em um terceiro passo, deve-se definir se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou a não satisfação do outro. (ALEXY, 2004, p.49)

Alexy ainda diz que “o caráter *prima facie* dos princípios pode reforçar-se introduzindo uma carga de argumentação em favor de determinados princípios”, isso quer dizer que se deve dar uma prevalência de uma norma sobre a outra e aquele que não seguir tal decisão deverá arcar com ônus. (2002, p.101)

E retrata que “enquanto princípios, os direitos fundamentais exigem que a certeza das premissas empíricas que sustentam a intervenção que seja maior quanto mais intensa seja a intervenção do direito”. Isso quer dizer que Alexy estabeleceu uma “lei de ponderação epistêmica” devido levar em conta o grau de entendimento nas hipóteses em que ocorre a colisão (ALEXY, 2004, p.92-93).

Diante de todas essas considerações, chega-se a conclusão de que “como resultado de toda ponderação *jusfundamental* correta, pode formular-se uma norma de direito fundamental com caráter de regra sob a qual pode ser subsumido o caso”. Com isso, cria-se uma lei nova relacionada a colisão e institui que “as condições sobre as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”(ALEXY, 2002, p. 98).

6 DECISÕES DOS TRIBUNAIS

Através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 pela concepção do Ministro Marco Aurélio Mello, relata-se que:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencefálico é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal.[...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida (BRASIL, 2007, *on-line*)

Alexy diz ainda que, de acordo com a inicial da ADPF 54, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, os julgadores analisam o entendimento das partes manifestantes, mas podem agir de acordo com suas motivações. Ficando clara assim a aplicação da teoria tendo como principal finalidade o dever-ser no caso in concreto, por mais abstratos e teóricos que pareçam (ALEXY, 2002, p.33).

Segundo França (1998, p. 226) o momento que se analisa é o início da vida, mas que esse não seria o fundamento, pois deve-se buscar a inexistência de vida humana nos fetos que sofrem de anencefalia e não uma linhagem de aborto e afasta a viabilidade à vida do feto e descarta assim qualquer similitude com o aborto feito por antecipação terapêutica do parto e o aborto eugênico, hipótese não permitida no Brasil e que autoriza a morte de crianças em virtude de doenças graves.

Assim diante de tema aborda-se aqui jurisprudência do Supremo Tribunal Federal :

STF - QUESTÃO DE ORDEM NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL ADPF 54 DF (STF)

Data de publicação: 30/08/2007

Ementa: ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETOANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a

interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

Decisão do Tribunal do Acre:

Acórdão n. 5.048

Apelação Criminal n. 2006.002735-8, Rio Branco

APELAÇÃO CRIMINAL. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. FETO COM **ANENCEFALIA**. LAUDO MÉDICO ATESTANDO A ANOMALIA.. INVIABILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA. CAUSA SUPRA LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PROVIMENTO. UNÂNIME.

1. A interrupção da gravidez de feto com má-formação congênita – **anencefalia** -, devidamente comprovada por laudo médico, consoante uma melhor leitura da [Constituição Federal](#), deve ser autorizada, a despeito da falta de previsão legal, ante a incidência de exculpante supra legal, de inexigibilidade de outra conduta, pois não é lícito exigir-se da mãe, ciente da inaptidão vital de seu filho (feto), que leve adiante a gestação sob intenso sofrimento físico e psicológico. Nestes casos, o direito deve volver-se para tutelar a vida da genitora, que está efetivamente exposta a risco.

2. Precedente desta Câmara Criminal (Acórdão nº. 3.320, publicado no DJ nº 2.853, de 21.10.2004)

Ainda nesta visão o Tribunal de Justiça de Minas Gerais na sua 18ª Câmara Cível autorizou também a interrupção da gravidez de um feto portador de anencefalia, através de um pedido de uma gestante que descobriu que estava gerando um bebê anencéfalo, em um primeiro momento, seu pedido foi negado pela Justiça de Brumadinho na cidade de Belo Horizonte sob a alegação de não fazer parte das causas excludentes da punibilidade, assim foi aceito tal pedido em segundo plano pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais sob a argumentação de que o anencefálico não teria chance de sobrevivência.(BRASIL, 2012)

7 CONCLUSÃO

Diante de casos concretos considerados difíceis, existe a possibilidade de se chegar a uma decisão, assim como influenciar e oferecer razões. É por isso que Alexy criou a teoria de ponderação de princípios utilizando-se de regras, normas e princípios para analisar o caso em concreto de acordo com a adequação, a necessidade e a proporcionalidade sopesando assim o cálculo de custo e benefício.

Assim, de acordo com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, tem-se que ela se enquadra nos moldes de ponderação de princípios de Robert Alexy levando em conta os direitos fundamentais relacionados a dignidade, a liberdade e a saúde do feto e da mãe.

Analisa-se um conflito entre o direito à vida e à saúde da gestante em que se deve usar das armas da ponderação para se chegar a uma conclusão correta e justa de acordo com os moldes do ordenamento jurídico, conferindo uma decisão ao conflito.

Assim, a possibilidade ou não do aborto do anencéfalo vai depender sempre do caso em concreto, cabendo assim ao magistrado ponderar de uma melhor forma para garantir assim a vida da mãe, já que o feto não possui nenhuma possibilidade de sobreviver.

8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derechos, razonamiento Jurídico y discurso racional**. In: **Isonomia** [Publicaciones periodicas]: São Jose SC.Revista de teoría e filosofía Del derecho. Nº 1 de outubro /1994, p. 37-49.

ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudos. 2004. p.38-43

ALEXY, Robert. Teoria de los **derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudos. 2002. p. 98-101.

ALEXY, Roberty. **Teorias dos direitos fundamentais**. 2ª ed.5ª triagem. Suhrkamp Verlag. Malheiros editores. 1986. p.90-91.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2015. p. 544.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

BRASIL. Ministerio da Saúde. **Conselho Nacional de Saúde**. Resolução nº 348, de 10 de março de 2005. Visualizado em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2005/res0348_10_03_2005.html. Acesso em: 16 maio 2017, 13:57:15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. 12 abril 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 07 maio 2017, 00:05:24.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. 30 agosto 2007. Disponível em; <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FETO+ANENCEFALO>. Acesso em: 22 maio 2017, as 01:30:34.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais Assessoria de Comunicação Institucional**. Unidade Raja Gabaglia, 24 abril 2012. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/interruptao-de-gravidez-e-autorizada-1.htm#.WS-SP-vyvIU>. Acesso em 03 junho 2017, as 01:15:12.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. Ed. Rio de janeiro: Ed. Rio. 1976. p.160.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes.**Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4ª edição. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2000, p. 86.

COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal Objetivo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 203

COUTINHO, Livia Maria Torres. **Aborto de Feto Anencéfalo: A Inconstitucionalidade da Legalização**. Universidade Veiga de Almeida. Cabo Frio, 2010, p. 25. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032006.pdf>. Acesso em 20/05/2017, as 14:49:43.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro:9ª ed. Guanabara Koogan, 1998, p. 226.

MAGALHAES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 248

MILITÃO, Rafael Figueiredo Ximenes. **Biodireito: Anencefalia**. Rio Grande, ABRIL DE 2013. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13054&revista_caderno=6#_ftnref2. Acesso em: 20 maio 2017, as 14:04:55.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte geral: Parte especial. 7ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 660.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 87-89

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba, editora Juruá. 2014. p.281-283
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70016858235**. Terceira Câmara Criminal do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 30/12/2010. Disponível em <https://kowacha.jusbrasil.com.br/artigos/399885620/anencefalia-e-a-garantia-dos-direitos-fundamentais> Acesso em 08 outubro 2017.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ª Ed. 2009, p. 158. Brasília. Disponível em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf. Acesso em 16/05/2017, 13:34:23.