

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

ANDREA GONÇALVES REIS

**ANENCEFALIA: ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS À LUZ DA DECISÃO
DO STF**

**Aracaju
2012**

ANDREA GONÇALVES REIS

**ANENCEFALIA: ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS À LUZ DA DECISÃO
DO STF**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE, como um dos pré-requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Evânio Moura.

**Aracaju
2012**

ANDREA GONÇALVES REIS

**ANENCEFALIA: ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS À LUZ DA DECISÃO
DO STF**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel, na área de concentração de Direito, à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em ____/____/____

Banca Examinadora

Orientador Prof. Evânio Moura
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

1º Examinador
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

2º Examinador
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

À minha fonte de energia, ao meu asilo inviolável de alegria, minha família. Dedico a vocês esta obra com todo o meu carinho e amor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado força e coragem para não desistir do meu sonho e fazer de cada pedra no meu caminho um aprendizado e a vontade maior de seguir em frente, onde com essa força e determinação resultou nesse trabalho.

Aos meus pais, que, mesmo distantes, são exemplos na minha vida que devem ser seguidos, mas especialmente à minha mãe, minha amiga, minha confidente, a qual através de seus ensinamentos me mostrou que devemos correr atrás das coisas que desejamos com muita garra e determinação. Para mim, ela é um exemplo disso.

Ao meu marido, sempre companheiro e compreensível, me ajudando nesse árduo caminho acadêmico, mas gratificante para minha vida profissional, compreendendo minhas ausências e sempre com uma palavra amiga e impulsionadora para me ajudar na conclusão desse sonho de que ele também, desde o início, fez parte.

Aos meus tesouros, meus filhos, que faço questão de dizer o nome de cada um: Bruno, Rafael e Sumaya! Agradeço de coração, pois sem a compreensão deles não conseguiria chegar à reta final, pois o amor de mãe vem sempre em primeiro lugar; é um amor abençoado e sagrado. Graças a eles, não precisei escolher entre o estudo e os afazeres de mãe, pois eles, juntos comigo, formaram uma equipe que no final ganhou a partida.

Ao meu irmão, que por diversas vezes me alertou dos percalços acadêmicos, mas que seria um mal necessário para o aprimoramento da minha vida profissional; tenho certeza que sempre apostou e confiou em mim.

Às minhas cunhadas, que sempre torceram por mim e acreditaram na concretização desse sonho, sempre me alegrando com palavras positivas e me impulsionando nas horas mais difíceis; foram a mola impulsionadora por muitas vezes que eu me encontrei no poço.

À minha sogra (*in memoriam*), que sempre me incentivou para os estudos, sempre me dizia que eu era capaz e que qualquer que fosse o curso que eu escolhesse teria um resultado positivo em minha vida. Dizia também que é através dos estudos que conseguimos lograr êxito na vida, pois felizes são aqueles que podem viajar nesse mundo acadêmico e ter a satisfação de concretizar uma

faculdade. Sei que, da onde ela estiver, estará comemorando comigo e com toda a nossa família.

Ao meu sogro, que deposita em mim uma grande e invejável confiança e admiração que espero responder à altura, uma vez que sempre tem a palavra certa na hora certa, pois, pelos seus anos de vida, é um exemplo, e sábios são aqueles que sabem ouvir as pessoas que possuem o tesouro chamado “experiência de vida”.

Aos meus amigos, que torceram e sempre acreditaram em mim, nunca deixando a palavra “desistir” ocupar o meu dicionário, tendo sempre uma palavra incentivadora nas horas difíceis.

Aos meus amigos da faculdade, que percorreram comigo esta longa jornada, cheia de altos e baixos, momentos alegres e difíceis, momentos engraçados, as tensões na época de prova e os desafios diários encontrados em nosso caminho acadêmico; enfim, a todos aqueles que me acompanharam durante esses longos anos.

Aos meus mestres, porque sem eles não seria possível a realização desse sonho. Ao longo desses anos, contribuíram para a minha formação acadêmica e profissional. Guardarei com muito carinho todos eles na minha memória e levarei para sempre seus ensinamentos e experiências citadas em sala de aula. Agradeço à pessoa do meu orientador, Evânio Moura, o qual teve paciência e cuidados relevantes para a conclusão desta obra.

Enfim, a todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a realização desse sonho... Muito Obrigada!!!

O que sabemos é uma gota, o que ignoramos é um oceano.

Isaac Newton.

RESUMO

O assunto em estudo aborda um tema muito polêmico em nossos tribunais e na sociedade, que é o aborto de fetos anencéfalos. Dessa problemática, avalia-se o conflito de direitos e princípios entre a gestante e o feto, e quais desses direitos deverão prevalecer nessa colisão. Para a resolução deste problema, que se arrastou por anos na Corte Suprema, houve um grande julgamento no STF em que os ministros votaram fundamentadamente, sendo que, por maioria dos votos, foi concedido à mãe o direito à interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Com este grande feito, para a gestante interromper a gravidez de feto anencéfalo, não é mais obrigatória a autorização judicial. A mãe, optando pela intervenção, basta procurar um médico e consumir a interrupção, sem que seja o profissional penalizado, tampouco a gestante que deu a autorização para tal. Se não houvesse tal autorização, sua penalidade seria bem maior: a de dar à luz aquele que se sabe que não vai sobreviver, pois dar à luz, nesse caso, é dar a vida, e não a morte.

PALAVRAS-CHAVE: feto; anencefalia; aborto; gestante; princípios; STF.

ABSTRACT

The subject under study discusses about a very controversial issue in our courts and in society, abortion of anencephalic fetuses. Where this problem assesses the conflict between rights and principles pregnant woman and the fetus, and how these rights should prevail in this collision. To solve this problem, which has been going on for years in the courts, there was a great trial in the Supreme Court, by which the ministers voted basing their votes and a majority of those votes was conceived the mother the right to abort in the anencephalic fetus. With this feat, the pregnant woman to terminate the pregnancy of anencephalic fetus is no longer required to judicial authorization, the mother opting for intervention is only necessary to see a doctor legally qualified and consummate the interruption of pregnancy, without being penalized nor the pregnant woman who authorized the procedure because their fee is much higher, giving birth who know will not survive because giving birth is to give life and not death.

KEY WORDS: fetus; anencephaly; abortion; pregnancy; principles; STF.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	15
2.1 Direito à liberdade	18
2.2 Direito à vida	19
2.3 Direito à saúde	20
2.4 Direito à dignidade da pessoa humana	21
3 ABORTO.....	23
3.1 Conceito	23
3.2 Modalidades de aborto.....	24
3.2.1 Autoaborto e aborto consentido	24
3.2.2 Aborto provocado por terceiro	25
3.2.3 Aborto consensual	26
3.2.4 Aborto qualificado	26
3.2.5 Aborto necessário ou terapêutico	27
3.2.6 Aborto sentimental, ético ou humanitário	28
3.2.7 Aborto eugênico, eugenésio ou piedoso	29
3.2.8 Aborto social e aborto honoris causa	30
3.3 Quanto ao objeto.....	30
3.4 Causa provocadora	31
3.5 Finalidade pretendida.....	31
3.6 Visão jurídica.....	31
3.7 Aborto no CP.....	34
3.8 Permissão legal.....	36
4 ANENCEFALIA.....	39
4.1 Conceito	39
4.2 Problemas decorrentes de gravidez de feto anencefálico.....	40
4.3 Direitos da mãe x Direitos do feto anencéfalo.....	45
4.4 História da anencefalia no Brasil.....	50
5 POSICIONAMENTOS	55
5.1 Posições doutrinárias	55
5.2 Posição do STF.....	58
5.3 Julgamento do STF e votos dos ministros	63
6 CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS.....	78

GLOSSÁRIO.....82

ANEXOS83

1 INTRODUÇÃO

Nosso Código Penal não define de forma clara o significado do aborto. Ele somente o contextualiza com a expressão “provocar aborto”, e deixa uma lacuna a ser preenchida pela doutrina e jurisprudência de acordo com o seu entendimento.

Por essa inobservância, a todo o momento são travadas inúmeras discussões, as quais levantam hipóteses para a sua revogação e causam nas partes contrárias a este pensamento revolta e indignação. Aqueles que pretendem suprimir a incriminação do aborto indagam que, mesmo proibido pelo nosso Código Penal, as gestantes continuam a realizá-los clandestinamente em locais indevidos, sem as necessárias condições de higiene, e colocam suas vidas em perigo.

Por outro lado, há a visão daqueles que defendem a vida com grande veemência, principalmente quando se fala do ser em formação no útero.

O nosso Código Penal teve sua formulação em 07 de dezembro de 1940, pelo então presidente Getúlio Vargas, durante o período do Estado Novo, sob a atuação do ministro da justiça Francisco Campos. Apesar de o Código ser antigo, tem suprido as necessidades da sociedade. Mas isso não quer dizer que não haja mudanças sociais que ainda necessitem de ajustes, tanto pela evolução tecnológica como pelas mudanças sociais. Uma dessas mudanças envolve esse tema tão polêmico que é o aborto.

Por haver tantas causas de discussões pertinentes à sociedade e pela evolução da humanidade, há uma necessidade evidente de nossos legisladores acompanharem essas mudanças. Por isso, nos dias de hoje, são discutidas algumas propostas de modificações no Código Penal¹. Entre essas propostas, versam assuntos diversos como: terrorismo, crimes hediondos, eutanásia, ortotanásia, organização criminosa, jogo do bicho, crimes cibernéticos e o aborto. Este último relacionado a um dos temas que serão abordados no presente estudo.

Hoje, o aborto só é permitido quando for a gestante vítima de estupro, ou quando a gestação causar risco de sua morte. Este dispositivo tem sua previsão legal contida no art.128, incisos I e II, CP. Na proposta da comissão, seria permitido

¹CONHEÇA as propostas de mudanças no Código Penal. **O Globo País**. Disponível em: <<http://www.globo.com.br>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

também o aborto em caso de grave e irreversível anomalia física, ou mental do embrião. Neste caso, poderiam ser autorizados abortos de fetos anencéfalos.

Há uma discussão que, ao longo dos anos, causa reações controversas entre nosso ordenamento jurídico e a sociedade, pois existe uma série de elementos envolvidos; entre eles, os Direitos e Garantias Fundamentais.

Fala-se aqui do aborto do feto anencéfalo, o qual envolve uma série de conflitos referentes ao próprio feto e aos direitos da mãe, considerando também a questão ética religiosa, a moral, a política, a filosófica e a ética do profissional de saúde.

Segundo Savarese²:

[...] a anencefalia é causada por um defeito no fechamento do tubo neural (estrutura que dá origem ao cérebro e à medula espinhal). Ela pode surgir entre o 21 e o 26 dia de gestação. O diagnóstico é feito no pré-natal, a partir de 12 semanas de gestação, inicialmente por meio de ultrassonografia. Entidades médicas afirmam que o Brasil tem aproximadamente um caso para cada 700 bebês nascidos.

No estudo em testilha, será analisada a decisão tomada pelo STF sobre o aborto dos fetos anencéfalos e quais serão os pontos positivos e negativos gerados por essa decisão. Além disso, há a investigação sobre o respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais, no contexto dos vieses observados. Isso porque Direitos e Garantias Fundamentais são de grande relevância em nosso ordenamento jurídico; assegura-se aos cidadãos a aplicabilidade e a eficácia desses direitos de maneira imediata, com o uso dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade em cada caso.

O objetivo deste estudo é entender como são julgadas as decisões sobre o aborto de fetos anencéfalos em nosso ordenamento jurídico e como essas decisões repercutem na vida da gestante; é também analisar os princípios que tutelam os direitos da gestante e ainda refletir sobre o crime de aborto no caso de bebês anencéfalos, se este é considerado pelo Conselho Regional de Medicina como feto natimorto cerebral. Além disso, é verificar através de análise a situação em que a mãe leva a gestação adiante, questionando a interrupção por questões de

²SAVARESE, Maurício. **Cinco ministros são favoráveis à interrupção de gravidez de anencéfalos;** nenhum foi contra. Disponível em: <<http://www.noticias.uol.com.br/ultnot/cienciaesaude/ultimasnoticias/2012>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

dogmas religiosos. Buscou-se refletir se seria isso, ou não, uma infração brutal a um dos maiores princípios guardados na nossa Lei Maior, que é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Neste trabalho, questionou-se também como a igreja com seus dogmas – que é responsável pela formação do caráter moral dos indivíduos, sempre influenciando e interferindo na liberdade de reflexões de cada um – tem sido vista pelo nosso ordenamento e até que ponto ela influencia nas decisões do judiciário.

Nos dias de hoje, há uma preocupação maior do nosso ordenamento jurídico, pautado na ética humanista e respeitosa dos valores que circundam a sociedade, ou seja, os aspectos religiosos têm perdido força. Questiona-se se os argumentos devem, ou não, ser baseados em ideias moralistas e ligados a dogmas religiosos pessoais do feitor da norma.

Costa³, citando Villey, ressaltou que “ser jurista não significa exercer o sacerdócio da justiça, nem seguir ao Evangelho, mas servir ao bem-estar dos homens”.

Trata-se de um tema muito polêmico, visto que envolve uma série de elementos importantes para a sociedade, atribuída à ética e à moral. Esse tema aborto, em sentido *lato sensu*, já é bastante conhecido da população. Porém, quando se fala sobre o aborto de fetos anencéfalos, que é um aborto mais específico, tema pouco conhecido pela sociedade, há ainda muitas questões para esclarecimento. O próprio conceito de feto anencéfalo é obscuro para muitos, pois faltam esclarecimentos sobre que tipo de anomalia versa essa gestação.

Como, então, as pessoas poderiam dar uma opinião sobre um assunto que lhes é desconhecido? Ainda mais que tal procedimento não teria respaldo jurídico. Como saber se aquele ato seria lícito ou não, caso fosse praticado por uma gestante no caso em questão? Com isso surgem várias dúvidas, tanto pela falta de informação como pela lacuna existente em nosso ordenamento.

A falta de informação muitas vezes pode causar danos irreparáveis à sociedade. Por essa preocupação, através desse pensamento é que este trabalho irá abordar de maneira mitigada todos os aspectos relevantes sobre o tema. Há aqui o interesse em contribuir para que uma pessoa que vivencie tal situação sobre esse

³COSTA, Ive Seidel de Souza. A legalidade do aborto eugênico em casos de anencefalia. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

problema tenha informações necessárias para conseguir resolvê-lo com grande êxito, ou que também sirva para aquelas pessoas que só queiram saber sobre o assunto em termos de pesquisa.

A metodologia desenvolvida desta pesquisa será a pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, pela qual se buscará entender as opiniões de grandes autores acerca do tema.

Desenvolver-se-á a pesquisa pelo método dedutivo, estudando as leis que abrangem o assunto em contexto, das quais serão feitas avaliações em suas mudanças, seus aspectos positivos e negativos. Empregar-se-ão análises de jurisprudências, legislações, consultas à Internet e doutrinas. Com esses dados, busca-se um melhor esclarecimento sobre o tema e alcançar objetivos positivos em prol da sociedade.

Concluído o levantamento bibliográfico, prosseguiremos com a leitura analítica do material, da qual se terá uma compreensão das análises textual, temática e interpretativa.

O desenvolvimento do trabalho em pauta será apresentado em cinco capítulos. No primeiro, serão abordados os Direitos e Garantias Fundamentais; estarão inclusos o direito à liberdade, à vida, à saúde, e à dignidade da pessoa humana. No segundo, falar-se-á do aborto, seu conceito, suas modalidades, seu objeto, sua causa provocadora, sua finalidade, sua visão no âmbito jurídico, sua legislação no código penal e quando determinado ato do aborto tem sua permissão legalmente admitida. No seguinte, será apresentado o conceito de anencefalia, os problemas decorrentes da gravidez de fetos anencéfalos, o conflito dos direitos da mãe e dos direitos do feto anencéfalo, a história da anencefalia no Brasil. No subsequente, o foco será nos posicionamentos, sendo eles de origem doutrinária, do STF; haverá uma abrangência ao julgamento do STF se estendendo aos votos dos ministros; haverá também uma exposição dos motivos pelos quais surgiram suas decisões. Por fim, será feita a conclusão de todo o estudo.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais consistem em instrumentos de proteção ao indivíduo frente à atuação do Estado. São organizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Surgiu na França, em 1770, a expressão “direitos fundamentais” (*droits fondamentaux*), em um movimento político e cultural do qual se originou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Há uma diversidade sobre a diferença em relação aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. Nossa doutrina brasileira define que ambos têm o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana e neles existem direitos relacionados à liberdade e à igualdade.

Mas em relação à positivação desses valores, são os mesmos positivados em planos distintos: para os direitos humanos, consagram-se nos tratados e convenções internacionais; já os direitos fundamentais são consagrados na Constituição de cada país, podendo o seu conteúdo variar de Estado para Estado.

A Constituição de 1988, quando assume a expressão “direitos fundamentais”, refere-se aos direitos nela positivados em seu Título II, também estabelecendo que as normas dos direitos fundamentais têm aplicação imediata (CF, art.5,&1).

Canotilho⁴ pontua: “Direitos Fundamentais são direitos do homem, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

Com base na Constituição de 1988, os direitos e as garantias fundamentais são classificados em cinco grupos: direitos individuais e coletivos (art. 5º), direitos sociais (art. 6º e 193 e SS), direitos à nacionalidade (art. 12) e direitos políticos (arts. 14 a 17).

Os direitos fundamentais possuem características inerentes a eles que com facilidade se consegue identificá-los e diferenciá-los dos demais direitos.

Quando se fala no valor da liberdade e da dignidade humana, direciona-se para a primeira característica, que é a universalidade, a qual preza pela proteção à dignidade e deve estar presente em qualquer sociedade. Por não se tratar de patrimônio, os direitos fundamentais são indisponíveis, inegociáveis. Outra

⁴CANOTILHO, Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 2003.p.1286.

característica é a inalienabilidade. Não se admite que esses direitos sejam alcançados pela prescrição, havendo outra característica que chamamos de imprescritibilidade.

A historicidade também é uma característica dos direitos fundamentais, pois, conforme o momento histórico, eles surgem e se desenvolvem. Outra característica importante seria a irrenunciabilidade: não se pode admitir a renúncia de um direito fundamental. Por último, tem-se a relatividade, razão pela qual os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos.

A declaração dos direitos percorreu várias Constituições brasileiras. A Constituição do Império já os confiava integralmente: ela continha um título de rubrica confusa “Das Disposições Gerais e Garantia dos Direitos Cíveis e Políticos dos cidadãos brasileiros”, em seu artigo 179, com 35 incisos dedicados especialmente aos direitos e garantias individuais.

A Constituição de 1891 abria a seção II do título IV com a Declaração de Direitos, a qual assegurava que os direitos relacionados à liberdade, à segurança e à propriedade não fossem violados, nos termos dos 31 parágrafos do artigo 72, onde se encontram basicamente os direitos e garantias individuais.

A Constituição de 1934 abriu um título direcionado para a Declaração de Direitos. Houve uma modificação na metodologia, com a qual foram descritos não só os direitos e garantias individuais, mas também os relacionados à nacionalidade e aos políticos. Essa Constituição teve pouca durabilidade; perdurou pouco mais de três anos. Foi sucedida pela Carta de 1937, que tinha como forma, conteúdo e aplicação o modo ditatório, desrespeitando os direitos do homem, especialmente os direcionados às relações políticas.

Em 1946, a Constituição trouxe o título IV, sobre as Declarações dos Direitos, concernente à nacionalidade e à cidadania e outro sobre os direitos e garantias individuais. Houve uma inclusão no *caput* do artigo 141, o direito à vida, repetindo-se esse enunciado na Constituição de 1967, em seus artigos 151 e 153, com a emenda 1/69, assegurando o direito à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Já com a Constituição de 1988, foi aderida uma técnica mais moderna. Abriu-se o título II, sobre os princípios fundamentais, ficando assim expresso em seu título: Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Os direitos fundamentais são classificados dentre outros vários critérios em gerações de direitos, onde a primeira geração surgiu na França, no ano de 1789, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, garantindo os direitos a liberdade com o surgimento do Estado liberal.⁵

A segunda geração, o momento histórico que os inspira e impulsiona é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Nesse sentido, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT). Portanto, os direitos humanos, ditos de segunda geração, privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade.⁶

Os direitos de terceira geração correspondem aos direitos difusos ou coletivos, os quais são concebidos não para a proteção de apenas um homem, mas visa à coletividade do mesmo, ou seja, de grupos. Neles, estão incluídos os direitos à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente e à proteção aos consumidores.

A quarta geração apresenta-se sobre os avanços no campo da genética, as pesquisas biológicas, em que são permitidas manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo e suas consequências.

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos.

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dar-se à compreensão.⁷

O artigo 5º trata dos direitos e deveres do cidadão, seja ele individual, ou coletivo, não se expressando apenas a direitos e deveres, mas também consagrando as garantias fundamentais.

⁵ PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica Artigos**. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 588.

⁷ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 268.

Nesse pensamento, devemos diferenciá-los: os direitos são bens e vantagens que são prescritos na norma constitucional; já as garantias são os instrumentos que asseguram o exercício desses direitos caso os mesmos sejam violados.

Temos como garantias constitucionais: o Habeas Corpus, com o objetivo de proteção à liberdade de forma imediata; o Habeas Data, no qual se dá o direito de acesso à informação sobre a própria pessoa; o Mandado de segurança Individual e Coletivo; o Mandado de Injunção, uma defesa contra a omissão do legislador que torne inviável o exercício dos direitos e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à Soberania e à Cidadania; a Ação Popular, que serve para anular ato lesivo ao Patrimônio Público, à Moralidade Administrativa, ao Meio Ambiente e ao Patrimônio Histórico e Cultural; o Direito de Petição e outros Princípios Constitucionais de Garantias Processuais: o da Licitude da Prova e os do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa.

2.1 Direito à liberdade

O direito fundamental, na Constituição, consagra tipos de liberdades e procura suas garantias através de diversas normas. O direito à igualdade e à liberdade foram elementos fundamentais para conceituar a dignidade da pessoa humana, direito este que o constituinte condicionou como fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais. O conteúdo da liberdade amplia-se de acordo com a evolução da humanidade. Essa liberdade parte do pressuposto de que ela é a busca da realização da pessoa humana, concedendo-se o livre arbítrio à escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático deve estimular essa liberdade, deve buscar medidas que assegurem maior igualdade entre todos, para que essa liberdade não se torne meramente formal. O Estado tem a posição de solucionar conflitos resultantes dessas liberdades.

A liberdade se opõe ao autoritarismo, o qual é marcado pela presença de coação anormal, ilegítima e imoral. Essa liberdade consiste na liberação do homem de todos os obstáculos que venha a enfrentar, sejam eles naturais, econômicos, sociais, ou políticos. Cabe ao Estado promover essa liberação, pois há uma ligação entre autoridade e liberdade.

Com o avanço da democratização, o homem se liberta dos obstáculos que o limita, ou seja, mais liberdade conquista.

Existem diferentes formas de liberdade: a liberdade da pessoa física é uma possibilidade jurídica em que se reconhece a pessoa como senhora da sua própria vontade e de sua locomoção, com o seu direito de ir e vir dentro do território nacional. Há a liberdade de pensamento, em que cabe ao ser humano exprimir de qualquer forma seu pensamento em qualquer área, pensamento religioso, filosófico, científico etc., pois se trata de um conteúdo intelectual.

A liberdade de expressão é uma das mais relevantes dos direitos fundamentais, sua reivindicação é uma das mais antigas. A Constituição lhe dá um respaldo em seu artigo 5º, inciso XIV, em que assegura a todos o acesso à informação e resguarda o sigilo da fonte. Caso seja necessário ao exercício profissional, é cogitada também em nossa Constituição a liberdade de expressão de modo direto no artigo 5º, inciso IV, quando diz que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Acentua-se como argumento humanista que a liberdade de expressão seria um corolário da dignidade humana.

Em sequência, tem-se a liberdade de ação profissional, na qual há uma liberdade na escolha de trabalho, ofício ou profissão. Existe uma ressalva na Constituição referente à escolha e ao exercício de ofício ou profissão, na qual a pessoa fica sujeita à observância da qualificação que a lei exigir. A definição das qualificações profissionais requeridas para o exercício da profissão fica a cargo de lei federal.

Por último, a liberdade de conteúdo econômico.

Depois de passar por vários tipos de liberdade, é importante se ressaltar aquela liberdade que será chamada de liberdade matriz. É a que, de forma geral, conceitua-se liberdade de ação, que encontra sua base legal no artigo 5º, inciso II, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer, ou não fazer, alguma coisa senão em virtude de lei.

2.2 Direito à vida

Um dos direitos considerado mais importante e que constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos é o direito à vida, no qual se fala da vida humana, objeto do direito assegurado no artigo 5º da Constituição de 1988. Nele se

procura tutelar o direito de viver, lutar e defender a própria vida, de não permitir que se interrompa o processo vital, o ciclo natural da vida, a não ser pela morte natural, espontânea, sem que haja intervenção para o seu resultado.

O direito à vida é a premissa dos demais direitos, porque não faz sentido possuir algum outro direito se não se estiver vivo para usufruí-lo. O direito à vida está vinculado a outros. Pode-se citar o direito à integridade física, à alimentação, a vestir-se com dignidade, à moradia, a serviços médicos, ao descanso e aos serviços sociais indispensáveis. Neste viés, proíbem-se tratamentos indignos, como penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, tortura etc.

Segundo Gilmar e Inocêncio⁸:

A expressão direito à vida está particularmente ligada, hoje, à discussão sobre a legitimidade da interrupção do processo de gestação e ao debate sobre a liceidade da interrupção voluntária da existência em certas circunstâncias dramáticas e peculiares.

Este direito é preservado pela nossa Constituição ao ser humano desde o seu nascimento até o momento de sua morte. É um direito que resulta na compreensão generalizada e inspira os atuais ordenamentos jurídicos, através dos quais todo ser humano deve ser tratado com respeito à sua dignidade e não ser compreendido de forma discriminatória em relação aos seus titulares. O termo inicial para o direito à vida refere-se à fecundação, e a morte seria assim o seu termo final.

2.3 Direito à saúde

A nossa Constituição consagrou a saúde como direito fundamental da pessoa humana. Ela é contemplada nos denominados direitos sociais, que abrangem a educação, a saúde, a assistência social, a previdência social, enfim, todos os direitos fundamentais que para a sua efetividade dependem do suporte de recursos materiais e humanos. A Constituição vigente, seguindo a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, consagrou a saúde como direito fundamental, dando-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídica, constitucional e pátria.

⁸MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 394.

O direito à saúde foi reconhecido expressamente em nossa Constituição de forma genérica no artigo 6º, juntamente com os outros direitos fundamentais sociais. Nela encontramos também normas sobre o direito à saúde, nos artigos 196 a 200.

Mas para que a saúde faça jus a ser definida como direito fundamental, é importante ressaltarmos que ela é também dever, quando se diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme ressalta o artigo 196, CF, o que torna clara e evidente a obrigação precípua do poder público para a efetivação desse direito.

A saúde na nossa ordem jurídico-constitucional está ligada ao direito constitucional positivo. Na Constituição pátria, existe o desdobramento de três elementos: a) fazendo parte da Constituição escrita, os direitos fundamentais; b) como normas fundamentais esculpidas na Constituição escrita submetendo-se aos limites formais e materiais; c) por derradeiro, as normas definidoras da Constituição dos direitos e garantias fundamentais são vinculadas diretamente às entidades estatais e particulares, onde são aplicadas de forma direta.

No que se refere ao sentido material, há uma relevância na ligação do bem jurídico tutelado pela ordem Constitucional em que não se questiona a importância da saúde para a vida humana, uma vida com dignidade.

Por não haver dúvida quanto à importância da saúde é que esta se trata de um direito fundamental. Mesmo em países onde não está previsto expressamente em sua Constituição, houve um reconhecimento da saúde como um direito fundamental implícito. Pode-se citar como exemplo de um desses países a Alemanha. Ora, se é assegurado o direito à vida e à integridade física e psicológica, pode-se deduzir que neste viés protege-se a saúde, pois quando ela não existe e não é assegurada, não há de se falar em proteção à vida e à integridade física.

2.4 Direito da dignidade da pessoa humana

Quando se fala em Dignidade da Pessoa Humana, está-se referindo à qualidade intrínseca do ser humano, característica que lhe é inseparável na sua definição. O ser humano é titular de direitos e deve ser respeitado como tal, tanto pelos seus semelhantes como pelo Estado. Esta é uma qualidade inerente a todo

ser humano, configurando-se em seu valor próprio e que o define como tal. Logo, na visão teológica de Boff, citado por Oliveira⁹, quando houver um ultraje da dignidade:

Nada mais violento que impedir o ser humano de se relacionar com a natureza, com os seus semelhantes, com os mais próximos e queridos, consigo mesmo e com Deus. Significa reduzi-lo a um objeto inanimado e morto. Pela participação, ele se torna responsável pelo outro e con-cria continuamente o mundo, como um jogo de relações, como permanente dialogação.

Quando houver a ausência de dignidade será esse ser humano identificado como uma coisa, um objeto, pois viola a característica própria do ser humano. Tudo que seja prejudicial à dignidade atinge a parte interior da condição humana, desqualificando o ser humano e ferindo o princípio da igualdade, pois não é justo dignidade para uns e não para outros.

Em relação ao conceito de dignidade da pessoa humana, Silva (1998)¹⁰ explica: “A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”.

Essa explicação de Silva (1998) coincide com o pensamento de Sarlet¹¹, quando fala da dificuldade para que se defina a dignidade da pessoa humana com certa precisão. Kant¹² definiu o entendimento de que o homem, por ser uma pessoa, constitui um fim em si mesmo, não podendo ser considerado como simples meio. Esse pensamento tem inspirado vários pensamentos jurídicos e filosóficos na modernidade.

Por ser um atributo inerente à condição humana, tal dignidade não pode ser nem renunciada nem alienada, pois não pode haver a pretensão de ser, ou não, concedida a dignidade a uma pessoa.

⁹OLIVEIRA, Pedro A. Ribeiro. **Fé e política**: fundamentos. São Paulo: Ideias e Letras, 2005, p.157.

¹⁰SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 212, p. 84-89, abr/jun., 1998.

¹¹(SARLET, 2001).

¹²(KANT, 2004).

3 ABORTO

3.1 Conceito

O Código Criminal do Império, de 1830, não criminalizava aquela gestante que praticava o próprio aborto. Era punível apenas quando realizado por terceiros, com ou sem o consentimento da gestante. Criminalizava o aborto consentido e o sofrido, mas não o aborto provocado, ou seja, o autoaborto. O fornecimento de meios abortivos também era punido, mesmo que o aborto não fosse praticado.¹³

No Código Penal de 1890, havia uma distinção no crime de aborto, se havia ou não a expulsão do feto, sendo que seria agravado se ocorresse a morte da gestante. Nesse código, já era criminalizado o aborto praticado pela própria gestante. Se tal crime tivesse o objetivo de ocultar desonra própria, a pena seria atenuada. Esse código autorizava o aborto para salvar a vida da parturiente. Nesse caso, punia-se eventual imperícia do médico ou parteira, que culposamente causassem a morte da gestante.¹⁴

O Código Penal de 1940 tipifica três figuras do aborto: aborto provocado (art.124), aborto sofrido (art.125), e aborto consentido (art.126). No aborto provocado a mulher assume a responsabilidade pelo abortamento, no aborto sofrido o aborto ocorre sem o consentimento e finalmente o aborto consentido, embora a gestante não o provoque, aceita que um terceiro realize o aborto.¹⁵

Namba, citando Mirabete, ensina que:

O aborto é a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente na expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou a gestante pode morrer antes da sua expulsão.¹⁶

Fragoso, citado por Namba, afirma: “o aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto”.¹⁷

¹³(BITENCOURT, 2009).

¹⁴Idem, Ibidem, nota 13.

¹⁵Idem, Ibidem, nota 13.

¹⁶NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

¹⁷Idem, Ibidem, nota 16, p. 39.

Capez ressalta que: “considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina”.¹⁸

Diniz leciona que:

O termo é originário do latim abortus, advindo de aboriri (morrer, perecer) e vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, espontaneamente ou de maneira provocada, tenha havido, ou não, expulsão do feto.¹⁹

O aborto é uma das infrações mais controvertidas, em que nem mesmo o Código Penal o define claramente, usando apenas a expressão “provocar aborto”, deixando uma lacuna a ser preenchida pela doutrina e jurisprudência, na busca de uma maior interpretação para o seu entendimento.²⁰

Para Marques, o aborto tem como definição: “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”.²¹

Para que a pessoa que pratica esse tipo de crime seja penalizada, a lei encontra respaldo no Código Penal, Capítulo I, artigo 124 a 128, que trata dos crimes contra a vida. Neste caso, procura-se tutelar a vida intrauterina e, em algumas hipóteses, a vida da gestante.

3.2 Modalidades de Aborto

3.2.1 Autoaborto e aborto consentido

O Código Penal, em sua primeira parte do artigo 124, descreve o chamado autoaborto da seguinte forma: “provocar aborto em si mesma”. Trata-se de crime especial que só poderá ser praticado por mulheres gestantes. Já na segunda parte do artigo, trata-se do aborto consentido, em que a gestante é incriminada por consentir que outrem provoque o aborto. Neste caso, a gestante não pratica o aborto em si mesma, mas autoriza que seja feito por terceiros. Conforme o que diz o

¹⁸CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 110.

¹⁹Idem, Ibidem, nota 16, p. 40.

²⁰(GRECO, 2011).

²¹(MARQUES, 2010).

dispositivo, quem o praticou responderá pelo crime previsto no artigo 126, CP, cominando-se, então, pena mais severa.²²

Neste caso, o sujeito ativo é a gestante e o passivo o feto ou o embrião, atingindo-se de maneira secundária a sociedade, pois a mesma visa a proteger a vida que se encontra em formação dentro do útero materno.²³

Trata-se de crime próprio (só a gestante pode cometer), instantâneo (em que sua consumação não se prolonga no tempo); comissivo ou omissivo; material (exige resultado naturalístico para a sua configuração); de dano; unissubjetivo (caso em que admite a existência de um só agente); mas, na última modalidade (aborto consentido), é plurissubjetivo, mesmo que haja dois tipos penais autônomos, um para punir a gestante, e outro para punir o terceiro; plurissubsistente (onde se configura por vários atos); de forma livre; admite tentativa; é punível somente a forma dolosa.²⁴

3.2.2 Aborto provocado por terceiro

Está previsto no artigo 125 do Código Penal: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena— reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos”.²⁵

Percebe-se que a pena é mais severa, porque o agente provoca o aborto sem que a gestante o conceda, passando neste caso a gestante a ser vítima do ato do agente. O delito será concretizado com o emprego de força, ameaça ou fraude pelo agente, em que, por exemplo, o mesmo poderia convencer a gestante que praticaria a intervenção cirúrgica para a retirada de um tumor ou fazer com que a mesma tome um medicamento abortivo, convencendo-a de que se trata de um medicamento comum. Quando se tratar de gestante não maior de quatorze anos, ou alienada, débil mental, ou ainda se seu consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, aplica-se o artigo 126, parágrafo único do CP, pois se presume que tanto a menor de 14 anos como a alienada e a débil mental têm o seu desenvolvimento mental incompleto.²⁶

²²(MIRABETE; FABBRINI, 2009)

²³(NUCCI, 2010)

²⁴Idem, Ibidem, nota 23.

²⁵Brasil. **Código Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁶Idem, Ibidem, nota 22.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o sujeito passivo, por sua vez, não é somente o feto ou o embrião, mas também a gestante, porque foi dirigida à sua pessoa a agressão, não houve o seu consentimento.²⁷

Trata-se de um crime comum, instantâneo, comissivo ou omissivo, material, de dano, unissubjetivo, plurissubsistente, de forma livre e admite-se tentativa.²⁸

3.2.3 Aborto consensual

Este tipo de aborto é tipificado pelo artigo 126, CP, sendo o aborto provocado com o consentimento da gestante, respondendo a mesma pelo crime que está previsto no artigo 124, CP. Porém, aquele que pratica as manobras abortivas ou causa o aborto será punido pelo artigo que ora se estuda, com pena mais severa. O consentimento deve existir desde o início do ato até a consumação do crime, seja ele expresso ou tácito. Caso a gestante revogue o seu consentimento durante a execução do aborto e mesmo assim o agente praticar o crime, este responderá pelo artigo 125, CP.²⁹

Quando houver erro do agente em que o mesmo suponha justificadamente que há o consentimento da gestante, classifica-se este ato como erro de tipo, devendo ser responsabilizado pelo artigo 126, e não pelo artigo 125, CP.³⁰

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, e o passivo trata-se do feto ou embrião. Classifica-se como crime comum, instantâneo, comissivo, material, de dano plurissubjetivo, plurissubsistente, de forma livre, admite-se tentativa e pune-se somente a forma dolosa.³¹

3.2.4 Aborto qualificado

O aborto qualificado é tipificado pelo artigo 127 do Código Penal. Tem como efeito o aumento da pena. Aplica-se ao terceiro que praticar o aborto com ou

²⁷Idem, Ibidem, nota 23.

²⁸Idem, Ibidem, nota 23.

²⁹Idem, Ibidem, nota 22.

³⁰Idem, Ibidem, nota 22.

³¹Idem, Ibidem, nota 23.

sem o consentimento da gestante. Quando ocorre lesão grave, a pena é aumentada em um terço. Se resultar em morte, a pena será duplicada. O artigo 127 do Código Penal só é aplicável às formas típicas dos artigos 125 e 126, excluindo-se o autoaborto e o aborto consentido (artigo 124, CP), pois não se pune a autolesão e o suicídio no direito brasileiro.³²

Em casos de lesão corporal grave ou morte, em que há condição maior de punibilidade, o agente deverá responder pelo crime de lesão corporal ou homicídio, em concurso com o aborto, pois o mesmo não foi querido pelo agente.³³

Este artigo trata de crime preterdoloso, em que o agente não quer o resultado-lesão grave ou morte. Quando a lei se referir não só ao aborto, mas sim aos meios empregados para concretizar a prática abortiva, este agente responderá pela tentativa de aborto qualificado, quando não houver a consumação da morte do feto, mesmo que ocorra a lesão grave ou morte da gestante.³⁴

Há uma divergência a respeito de que o partícipe não responderá pela qualificadora quando lhe for imputado o crime previsto no artigo 124, pois alguns sustentam que ele deverá responder por lesões corporais culposas ou homicídio culposo. Porém, a nosso ver, responde o agente por aborto simples, pois, neste caso, o mesmo não participou do ato de execução. Não ocorrerá qualificadora quando se tratar de lesão grave necessária para o aborto, pois nesse caso trata-se de uma consequência normal do fato.³⁵

3.2.5 Aborto necessário ou terapêutico

As hipóteses de aborto legal estão previstas no artigo 128 e em seus incisos, no Código Penal. Tais causas tornam lícitas a prática do fato. O inciso I trata do aborto necessário. Assim diz: “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante”.³⁶

O aborto necessário é realizado quando o médico provoca esse aborto tendo como única solução para salvar a vida da gestante. No entender da doutrina, trata-se de estado de necessidade, caso em que não é necessário que o risco seja

³² JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

³³ Idem, Ibidem, nota 22.

³⁴ Idem, Ibidem, nota 22.

³⁵ Idem, Ibidem, nota 22.

³⁶ PARAÍSO, Marco Aurélio da Silva. **O aborto eugênico no atual ordenamento penal brasileiro**. 2012. Disponível em: <<http://www.contéudojurídico.com.br>>. Acesso em: 09 out. 2012.

atual, basta ser comprovado que há perigo de vida à gestante. O risco de vida pode decorrer de várias doenças, como: diabetes, tuberculose, câncer uterino etc.³⁷

Ambos os bens, ou seja, tanto a vida da gestante como a do feto são juridicamente protegidas. Nesse caso, porém, um deve perecer para que o outro subsista. No artigo 128, I, CP, a lei escolheu a vida da gestante, em detrimento da do feto. Quando existem confrontos de bens protegidos por lei penal, estamos diante da situação de estado de necessidade. Para que se configure esse instituto, devem-se estar presentes todos os requisitos do artigo 24 do Código Penal.³⁸

O médico não necessita de consentimento nem da gestante nem da família para a realização do aborto, pois o que deve ser preservado é o bem jurídico que a lei considera mais importante, que é a vida da gestante. O legislador optou pela preservação do primeiro (gestante) em sacrifício do segundo (feto), pois o mesmo trata-se de um ser ainda em formação. Caso o aborto seja praticado por pessoa não habilitada legalmente, poderá ser alegado o estado de necessidade, conforme os termos do artigo 24, CP, tratando-se de existência de risco atual para a vida da gestante. Pessoa que venha a auxiliar o médico não responderá por crime de aborto, por não se tratar de fato criminoso. Quando absolvida a gestante por se entender a mesma agiu por estado de necessidade, a decisão deve se estender ao coacusado.³⁹

3.2.6 Aborto sentimental, ético ou humanitário

Trata-se da segunda hipótese de aborto legal, tipificada do artigo 128, II, Código Penal: “Não se pune aborto praticado por médico: II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.⁴⁰

O aborto denominado como sentimental, ético e humanitário tem como justificativa uma forma piedosa de consentir essa prática, havendo uma preocupação com a mulher pelo trauma sofrido e a lesão causada à sua dignidade e moral, ou quando a mesma é obrigada a manter relações sexuais com uma pessoa que tem distúrbios, é degenerada, ocasionando até problemas ligados à

³⁷ Idem, Ibidem, nota 22.

³⁸ Idem, Ibidem, nota 20.

³⁹ Idem, Ibidem, nota 22.

⁴⁰ Ibidem, nota 25.

hereditariedade. Neste caso, tem se entendido que há um estado de necessidade ou uma causa de não exigibilidade de outra conduta, caso em que a mulher não deve ter a obrigação de cuidar de uma criança fruto de um coito violento.⁴¹

Greco cita Hungria, cuidando do aborto sentimental. Ele assevera que “nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida”.⁴²

3.2.7 Aborto eugênico, eugenésio ou piedoso

Este tipo de aborto é realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável.⁴³

Essa prática não é permitida pela nossa legislação e, por causa disso, é configurada como crime de aborto, uma vez que, mesmo não tendo sua forma perfeita, existe vida intrauterina, sendo este o bem jurídico tutelado pela Carta Magna, que consagrou a vida como um direito individual inalienável. Mas, quando houver provas irrefutáveis de que o feto não tem condições alguma de sobreviver de forma extrauterina, com uma devida fundamentação por laudo médico, este sobrevindo de uma junta médica, deve ser autorizada sua prática.⁴⁴

Este tema causa discussões, principalmente a respeito dos anencéfalos, que são os embriões, fetos ou recém-nascidos que, por conta de malformação, não possuem uma parte do sistema nervoso central; faltam-lhe os hemisférios cerebrais e uma parcela do tronco encefálico.⁴⁵

As discussões relacionadas aos casos de anencefalia já foram tema de debate e julgamento no STF, realizado no dia 12 de abril de 2012, ocasião em que, por oito votos a dois, os ministros consentiram o aborto de fetos anencefálicos, entrando em confronto com a bancada evangélica no Senado e de vários segmentos religiosos, como os evangélicos e católicos.⁴⁶

⁴¹ Idem, Ibidem, nota 22.

⁴² GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, v. II, p. 237.

⁴³ Idem, Ibidem, nota 22.

⁴⁴ Idem, Ibidem, nota 18.

⁴⁵ (CUNHA, 2010).

⁴⁶ ABORTO e aprovado pelo STF em casos de anencefalia. Disponível em: <<http://inforgospel.com>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

Demonstra o autor haver grandes lacunas no Código, que eliminou a repressão a título de crime do aborto sentimental e, em certa medida, o terapêutico. Para o aborto eugênico, porém, ainda se considera o mesmo suscetível de pena. Em contrapartida, já se tem concedido centenas de alvarás judiciais para interrupção de gravidez em casos de abortos por motivos de anencefalia, má conformação congênita do feto, má formação psicológica, agenesia renal, abertura de parede abdominal e síndrome de Patau (problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos).

Os danos psicológicos à gestante e a inviabilidade da vida extrauterina do feto justificam a tese da existência da possibilidade de aborto terapêutico; outros reconhecem a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.⁴⁷

3.2.8 Aborto social e aborto honoris causa

O aborto social é aquele que é cometido quando a família é muito numerosa, situação em que o nascimento dessa criança agravaria a crise financeira e social dessa família. Já o honoris causa é aquela gravidez decorrida fora do casamento. Nosso ordenamento configura como crime os dois tipos de aborto. É considerado também como um aborto punível aquele que visa preservar a saúde da gestante quando a mesma não corre risco de vida ou quando, por outras especiais condições, não possa a gestante levar adiante sua gravidez sem que haja perigo à sua integridade física ou mental.⁴⁸

3.3 Quanto ao objeto

Mirabete ressalta:

Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, executando funções típicas de vida. Protege-se também a vida e a integridade corporal da mulher gestante no caso do aborto provocado por terceiro sem seu consentimento.⁴⁹

⁴⁷Idem, Ibidem, nota 22.

⁴⁸Idem, Ibidem, nota 22.

⁴⁹Ibidem, nota 22, p. 57.

Em termos gerais, tutela-se a vida intrauterina e a integridade psíquica e corporal da mulher.

3.4 Causa provocadora

Como se trata de um crime de ação livre, sua provocação pode ser realizada de diversas formas, ou seja, pode se dar por uma ação ou omissão. Quando a ação for provocada, poderá ser feita pelos seguintes meios:

Meios químicos: substâncias que não são propriamente abortivas, mas atuam de forma intoxicativa, como o fósforo, arsênio, mercúrio etc.

Meios psíquicos: dá-se por uma provocação de um susto, terror etc.

Meios físicos: se dão por meios mecânicos (p.ex. curetagem); térmicos (p.ex., aplicação de bolsas de água quente e fria no ventre); e elétricos (p.ex., emprego de corrente galvânica ou farádica).

Além da ação, esse delito também pode ser praticado por omissão, como já citado anteriormente, tendo neste caso o sujeito ativo posição de garantidor. Por exemplo, a parteira, a enfermeira ou o médico que, ao perceber o iminente aborto, seja ele espontâneo ou acidental, não tomam as medidas cabíveis para evitá-lo. Neste caso, responderão pela prática omissiva do delito.⁵⁰

3.5 Finalidade pretendida

Tem-se como finalidade a interrupção da gravidez e a morte do feto, sendo desnecessária sua expulsão. Para se compor o delito, não há a necessidade que haja a prova de viabilidade do feto.

O aborto é um crime doloso, o agente deve querer o resultado e assumir o risco de produzi-lo.⁵¹

3.6 Visão jurídica

O aborto, para efeitos legais, pode ser definido como a interrupção intencional da gravidez, ocasionando a morte do feto. Trata-se de crime contra a

⁵⁰Idem, Ibidem, nota 18.

⁵¹Idem, Ibidem, nota 22.

vida. Encontra-se inserido na Parte Especial, título I, Capítulo I, do Código Penal Brasileiro, nos artigos 124 a 128 do mesmo diploma legal.

Dependendo do ordenamento jurídico ou do momento histórico vigente, o aborto pode ser considerado uma conduta digna de penalização ou não. São situações que vão desde o crime contra a vida até o apoio do próprio Estado, dependendo das circunstâncias.

No Brasil, o aborto é considerado crime, tendo sua tipicidade inserida no Código Penal nos artigos 124 a 128, subdividindo-se naqueles que são puníveis, os que são permitidos e aqueles cujas penas são majoradas quando o resultado é o de morte ou lesão grave à gestante.⁵²

Com a promulgação da Constituição Federal, em 05.10.88, se a interpretação do artigo 5º for restrita, não se admite o aborto em nenhuma situação, tomando-se o direito à vida como um direito absoluto. Permitindo-se exceções, pode haver uma regulamentação na legislação ordinária. Existem algumas normas disciplinando a matéria de forma direta e indireta na legislação infraconstitucional. Coíbe-se o aborto no Código Penal, onde se caracteriza a conduta como crime contra a pessoa, sendo seu processamento feito perante o Tribunal do Júri, justamente por ser um crime contra a vida.⁵³

Na visão do biodireito, não é admitido o aborto de forma indiscriminada, apenas quando o ser gerado não for desejado, sendo sua concepção imposta; também naqueles casos em que há dois direitos em jogo, o direito à vida de quem gera e o de quem é gerado; por último, quando há má formação do feto, quando se torna inviável sua vida extrauterina e, conseqüentemente, gere abalo psicológico aos pais.⁵⁴

Essa matéria não é tratada de maneira igualitária nos diferentes países, pois existem aqueles que proíbem a prática do aborto de forma taxativa, sem nenhuma exceção, como também aqueles que permitem em certas situações. Há também os que são integralmente a favor da prática.⁵⁵

No Chile, não há possibilidade de aborto, nem mesmo se a gestante tiver correndo risco de vida. O Código Penal daquele país não prevê hipóteses de

⁵²UMA visão global sobre o aborto. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br>>. Acesso em: 17 out. 2012.

⁵³Idem, Ibidem, nota 16.

⁵⁴Idem, Ibidem, nota 16.

⁵⁵Idem, Ibidem, nota 16.

exclusão da criminalidade (arts. 342 a 345). O aborto teve sua legalização de 1964 a 1973. Durante esse período, as complicações em relação ao aborto baixaram de 118 para 24 por 100 mil nascimentos.⁵⁶

Em El Salvador, punem-se todas as modalidades (arts. 133 a 137 do Código Penal salvadoreño), inclusive a culposa. Quem provoca o aborto culposamente é penalizado com prisão de seis meses a dois anos.⁵⁷

Na Nicarágua, coíbe-se a prática abortiva (arts. 162 a 164 do Código Penal nicaraguense). Porém, o artigo 165 ressalta a possibilidade do aborto terapêutico, determinado cientificamente e com o consentimento, para fins legais, do cônjuge ou parente mais próximo da mulher.⁵⁸

No Afeganistão, não é permitido realizar a interrupção da gravidez nem para resguardar a saúde da grávida nem em razão de crime sexual, tampouco por anomalia do feto ou questão social. A única hipótese permissiva é se a mãe corre risco de vida (art. 404, (2), Código Penal afegão).⁵⁹

No Canadá, o aborto não é restringido. Existe lei que permite a prática abortiva em situações de risco à saúde desde 1969. No ano de 1973, essa interrupção deixou de ser ilegal. Por isso, esse país é o que dá mais liberdade para a prática do aborto.⁶⁰

Também é legal o aborto na China, onde o mesmo é incentivado para controlar o avanço demográfico. Alguns seguidores de Hung Liang Chi fizeram propostas de medidas drásticas para que se pudesse deter a explosão demográfica como: relaxar as leis quando o infanticídio for direcionado a meninas, estimular a prática de infanticídio em massa, incentivar a abertura de mosteiros, proibir as viúvas de se casarem, distribuir drogas esterilizantes, aumentar a idade para o casamento, a criação de impostos para famílias que tivessem mais de duas crianças, afogar bebês, excetuando-se uma maioria selecionada e, em algumas regiões, as mulheres são forçadas a interromper a gravidez.⁶¹

Legalizado no Japão em 1948, o aborto foi usado por muito tempo como contraceptivo, pois as japonesas resistiam ao uso da pílula. Quando legalizado, a lei foi denominada “Lei de Proteção Eugênica”, pois tinha como objetivo sanar os

⁵⁶Idem, Ibidem, nota 16.

⁵⁷Idem, Ibidem, nota 16.

⁵⁸Idem, Ibidem, nota 16.

⁵⁹Idem, Ibidem, nota 16.

⁶⁰Idem, Ibidem, nota 16.

⁶¹Idem, Ibidem, nota 16.

problemas de superpopulação e a aceleração da taxa de crescimento populacional.⁶²

Essa lei permitia o aborto quando realizado por motivos médicos, eugênicos, humanitários e sociomédicos. Por isso, a interpretação que foi dada a esta lei foi ainda mais ampla, e o aborto se tornou uma verdadeira prática amplamente amparada pelas instituições públicas.⁶³

3.7 Aborto no Código Penal

Conforme já citado no estudo em questão, o aborto no nosso Código Penal Brasileiro está explicitado na parte especial, no título I, em seus artigos que vão do 124 ao 128.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento: “Art.124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque. Pena- detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”.⁶⁴

O sujeito ativo é a gestante, e o passivo o feto ou embrião. O objeto jurídico é a vida do feto ou embrião, pois o mesmo sofre a conduta criminosa; porém, pode ser também a gestante, pois seu corpo é agredido quando da prática do aborto. O seu elemento subjetivo é o dolo. Não é exigido o elemento subjetivo específico e nem é punível a forma culposa. A prova da ocorrência do aborto dá-se por exame pericial, em regra, e excepcionalmente por exame indireto. A participação de terceiro é admitida, desde que na forma secundária, pois consiste em induzimento, instigação ou auxílio. Se a pessoa atua diretamente para causar a interrupção da gravidez, não é partícipe, mas sim autora do delito, conforme art.126.⁶⁵

Aborto provocado por terceiro: “Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante. Pena- reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos”.⁶⁶

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, e o sujeito passivo tanto pode ser o feto/embrião quanto a gestante, uma vez que a mesma foi agredida sem o seu consentimento. O objeto jurídico se trata da vida do feto ou embrião e a integridade

⁶² Idem, Ibidem, nota 16.

⁶³ Idem, Ibidem, nota 16.

⁶⁴ NUCCL, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10 ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 629.

⁶⁵ Idem, Ibidem, nota 23.

⁶⁶ Idem, Ibidem, nota 64, p. 630.

física da gestante. O elemento subjetivo do tipo é o dolo. Não é exigido elemento subjetivo específico nem se pune a forma culposa.⁶⁷

Art.126. Provocar aborto com o consentimento da gestante.

Pena- reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.⁶⁸

Sujeito passivo é o feto ou embrião, e o ativo seria qualquer pessoa. O objeto jurídico é a vida do feto ou embrião.⁶⁹

Dissentimento presumido se dá:

Quando a vítima não é maior de 14 anos ou é alienada ou débil mental, não possui consentimento válido, levando em consideração de que o aborto deu-se contra a sua vontade. Esse dispositivo, é decorrência natural do enfoque que a lei penal concede ao menor de 14 anos (vide a incapacidade de consentimentos para o ato sexual, demonstrada pelo art.217-A, CP), incapaz de consentir validamente para certos atos⁷⁰.

Dissentimento real seria “quando o agente emprega violência, grave ameaça ou mesmo fraude, é natural supor que extraiu o consentimento da vítima à força, de modo que o aborto necessita encaixar-se na figura do art.125”.⁷¹

Forma qualificada:

Art.127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de 1/3 (um terço), se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém à morte.⁷²

Esse artigo só é aplicável nas hipóteses dos arts. 125 e 126, porque não é punível a autolesão no direito brasileiro. Existem hipóteses da figura qualificada que são: a) lesões graves ou morte da gestante e feto expulso vivo: tentativa de aborto qualificado; b) aborto feito pela gestante, com lesões graves ou morte; havendo participação de outra pessoa, esta pode responder por homicídio ou lesão

⁶⁷ Idem, Ibidem, nota 23.

⁶⁸ Idem, Ibidem, nota 64, p. 631.

⁶⁹ Idem, Ibidem, nota 23.

⁷⁰ Idem, Ibidem, nota 64, p. 632.

⁷¹ Idem, Ibidem, nota 64, p. 632.

⁷² Idem, Ibidem, nota 64, p. 632.

culposa em concurso com o autoaborto, já que não se aplica a figura qualificada à hipótese prevista no art.124.⁷³

O art.127 se trata de crime preterdoloso, em que o agente não quer o resultado, ou seja, a lesão grave ou a morte da gestante. Referindo-se a lei não só ao aborto, mas aos meios empregados para provocá-lo, o agente responderá pela tentativa de aborto qualificado quando não consumada a morte do feto, mas ocorrendo lesão grave ou morte da gestante. Também não responderá pela qualificadora o partícipe quando imputado a ele for o crime previsto no art.124, respondendo o agente pelo aborto simples, pois não participou do ato de execução. Existem aqueles que acham que deverão responder o partícipe por lesões corporais culposas ou homicídio culposo, mas a nosso ver trata-se de uma solução forçada. Não deverá ocorrer a qualificadora quando essa lesão se tornar necessária para o aborto (exemplo, lesão no útero), pois se trata de uma consequência normal do fato.⁷⁴

3.8 Permissão legal

Art.128. Não se pune o aborto praticado por médico.
I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II-se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.⁷⁵

Como já citado no trabalho em estudo, o aborto no Brasil é crime tendo suas penalidades explícitas no nosso Código Penal em seus respectivos dispositivos, tendo apenas duas possibilidades para a não configuração de crime: quando se tratar da preservação da vida da gestante ou quando a gestação for resultado de um estupro.

No inciso I do art.128, está-se tratando do aborto chamado de aborto necessário. Para que se configure, são indispensáveis três condições: 1) que o aborto seja praticado por médico; porém, caso seja praticado por pessoas sem a habilitação profissional de médico (parteira, farmacêutico etc.), estará o agente acobertado pela discriminante do estado de necessidade (art.24, CP); 2) o perigo de vida da gestante; c) a impossibilidade do uso de outro meio para salvá-la. O

⁷³Idem, Ibidem, nota 23.

⁷⁴Idem, Ibidem, nota 22.

⁷⁵Idem, Ibidem, nota 64, p. 632.

médico não pode escolher meio mais cômodo, pois caso haja outra maneira que não seja a interrupção da gravidez para salvar a vida dessa gestante, o agente vai responder por esse crime.⁷⁶

A maior parte da doutrina entende que, para o médico realizar o aborto, não há a necessidade do consentimento da gestante. Basta que o profissional entenda ser necessário fazê-lo. Torna-se desnecessária também a autorização judicial.⁷⁷

Já o inciso II do artigo 128 refere-se ao aborto sentimental, quando o mesmo resultou de um estupro. Neste caso, o motivo diz respeito à ofensa à honra dessa mulher, já que nada justificaria impor a essa mulher uma maternidade onde a mesma foi uma vítima de um atentado sexual e sempre olharia essa gravidez de forma odiosa, lembrando um acontecimento muito triste em sua vida.

A exclusão do crime depende de três hipóteses: a) que o aborto seja praticado por médico; caso feito por pessoa não habilitada, haverá o crime, não se ajustando qualquer causa legal ou extralegal para justificar o ato; b) que a gravidez seja resultante de estupro, sendo indispensável o consentimento da vítima ou do seu representante legal; c) prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal, de preferência que esse consentimento seja formal, acompanhado de boletim de ocorrência e testemunhas.⁷⁸

O novo Código Penal está em fase de discussão e, junto a isso, uma das novidades é uma decisão recente do STF, com a exclusão da tipicidade de crime para casos de aborto de fetos anencéfalos. Pela nova proposta do novo Código Penal, o aborto continuaria a ser crime, mas com uma diminuição da pena de até dois anos de cadeia, e poderia ser admitido em mais casos como: a) se a gravidez for resultado do uso de técnicas de reprodução assistida sem consentimento; b) quando o feto tivesse anomalias graves e incuráveis que inviabilizasse a vida fora do útero, desde que atestadas por dois médicos; c) e um dos pontos mais polêmicos, por vontade da mãe, até a décima segunda semana de gravidez, se o médico ou psicólogo constatar que a mulher não tem condições psicológicas para levar a gravidez adiante.⁷⁹

⁷⁶ Idem, Ibidem, nota 45.

⁷⁷ Idem, Ibidem, nota 45.

⁷⁸ Idem, Ibidem, nota 45.

⁷⁹ PROPOSTA para novo código penal diminui pena para aborto e eutanásia. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal.nacional>>. Acesso em: 18 out. 2012.

Segundo o senhor César Eduardo Fernandes, da Associação Médica Brasileira, esse novo texto modificado pelo projeto do Código Penal, que fala que a mãe, por vontade própria, pode realizar o aborto até a décima segunda semana de gravidez se um médico ou psicólogo constatar que a mesma não tem condições psicológicas para levar essa gestação adiante, trata-se de um texto equivocados, pois podem ocorrer erros na decisão médica. Acredita também que o ideal seria que esta decisão ficasse a cargo de uma junta médica, que analisaria a situação dessa gestante, deixando de fora o médico responsável pelos procedimentos abortivos.⁸⁰

A Comissão Especial de juristas que elabora o novo Código Penal já entregou na data de 27/06/2012 o anteprojeto ao presidente do senado, José Sarney. O texto durou oito meses para ficar pronto, trazendo ao novo código mudanças polêmicas. Direcionar-se-á para o nosso ponto de estudo as transformações referentes ao aborto, cujas possibilidades de prática legal são ampliadas nessa nova reforma.⁸¹

Além de o aborto ser permitido legalmente quando há risco à vida da gestante, em caso de estupro e nos casos de fetos anencéfalos, como já ocorre hoje, será permitido o aborto por vontade da gestante até a décima segunda semana, quando o médico ou psicólogo atestar que a mulher não tem condições de levar a maternidade adiante.⁸²

Com a entrega desse documento, o texto, que foi elaborado pelos juristas, será transformado em lei ordinária e seguirá a tramitação das leis ordinárias no Congresso Nacional. Nosso Código é de 1940, e alterações foram feitas ao longo do tempo. Essa reforma veio para organizar essas alterações e propor novas mudanças.⁸³

A mudança em relação ao aborto estará no artigo 128, inciso IV, do novo Código Penal. Se aprovado, o Código atual deixará de existir.⁸⁴

⁸⁰Ibidem, nota 79.

⁸¹NOVO Código Penal pode liberar aborto, droga e eutanásia. Disponível em: <<http://pavablog.com>>. Acesso em: 18 out. 2012.

⁸²Ibidem, nota 81.

⁸³Ibidem, nota 81.

⁸⁴TAVARES, Andrezza. **Novo Código Penal prevê aborto em mulheres incapazes de ser mãe.** Disponível em: <<http://tribunahoje.com>>. Acesso em: 18 out. 2012.

4 ANENCEFALIA

4.1 Conceito

Anencefalia é um resultado da falha do fechamento do tubo neural que decorre de fatores tanto genético como ambientais, ocorrentes no primeiro mês de gestação. Não existe o osso frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contêm globos oculares salientes. O cérebro que restou encontra-se exposto, e o tronco cerebral é deformado.⁸⁵

Segundo Costa, trata-se de “uma má-formação congênita em decorrência de um defeito no fechamento do tubo neural”.⁸⁶ Conforme citado por Costa, o entendimento da Sociedade Mineira de Pediatria é que:

A anencefalia impede que o feto tenha atividade elétrica cerebral, por este não possuir os hemisférios cerebrais constituídos, em parte, pela estrutura funcional mais importante: o córtex cerebral. Conseqüentemente, tem apenas o tronco cerebral, motivo pelo qual não mantém relação com o mundo exterior e não conscientiza a dor.⁸⁷

Os fetos com anencefalia não desenvolvem completamente o cérebro e a parte superior do crânio. Essas crianças, quando resistem a esse tipo de má formação, sobrevivem por apenas algumas horas, isso quando não morrem durante a primeira semana após o parto.⁸⁸

De acordo com o presidente do Conselho Federal de Medicina, Dr. Edson de Oliveira Andrade, a probabilidade de um feto anencefálico estar morto durante a primeira semana após o seu nascimento é de praticamente cem por cento. Caso nasça com vida e que haja uma relativa prolongação de seu estado vegetativo, questão de horas ou dias, deverá recorrer aos aparelhos médicos, onde determinada opção infelizmente não seria para todos, tendo em vista que, para demandar um gasto exorbitante, a situação financeira da família deve ser relativamente alta, caso de uma minoria. Mesmo assim, há o perigo de o feto não

⁸⁵Idem, Ibidem, nota 16.

⁸⁶COSTA, Ivo Seidel de Souza. **A legalidade do aborto eugênico em casos de anencefalia**. Disponível em: <<http://ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

⁸⁷Ibidem, nota 86.

⁸⁸Ibidem, nota 46.

resistir, pois sua ligação está no organismo materno, razão esta que mantém sua existência.⁸⁹

Para que possa se avaliar do ponto de vista bioético e jurídico a questão, é importante que se possa ter em mente o que significa tecnicamente um feto que venha a ter esse tipo de anomalia conhecida como anencefalia.⁹⁰

Queiroz coloca que o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo informa que:

O diagnóstico de anencefalia fetal pré-anuncia uma situação de impossibilidade de vida prolongada, após o nascimento. A ciência não oferece recursos para a correção desta anomalia, até mesmo para o prolongamento da vida de um anencéfalo: muito menos, ao que se sabe, para atenuar os danos no seu neuropsiquismo. [...] Em termos científicos, não existe qualquer perspectiva de vida do anencéfalo.⁹¹

Queiroz, citando Diniz, explana ainda que o anencéfalo:

Pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação 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, vinda a falecer horas, dias ou semanas depois.⁹²

Por tudo que foi exposto, parece-nos claro que por faltarem ao feto anencéfalo os hemisférios cerebrais e o córtex, são mínimas suas chances de sobrevivência fora do útero da mãe, ainda que não se possa negar sua condição humana e a possibilidade de nascer.⁹³

4.2 Problemas decorrentes de gravidez de feto anencéfalo

A gestante que tem em seu útero um feto anencéfalo tem uma gravidez considerada de risco, em que há vários distúrbios consequentes dessa gestação,

⁸⁹Idem, Ibidem, nota 86.

⁹⁰QUEIROZ, Víctor Santos. **Reflexões acerca da equiparação da anencefalia à morte encefálica como justificativa para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos**. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 23 out. 2012.

⁹¹Ibidem, nota 90.

⁹²Ibidem, nota 90.

⁹³Idem, Ibidem, nota 90.

comprometendo sua saúde e bem estar.⁹⁴ Não se pode ocultar que a mulher, ao receber a notícia que é portadora de uma gravidez de feto anencéfalo, quando ciente deste diagnóstico, trará junto a ela uma série de transtornos em sua saúde psíquica e mental, ocasionando sentimentos de angústia e tristeza para essa gestante e também para todo o seu núcleo familiar, que está ligado diretamente ao seu martilho.⁹⁵

A gravidez é uma fase de transição na vida de uma mulher em que há grandes transformações físicas, como uma grande vulnerabilidade emocional. Essa gestante, ao saber que acolhe em seu ventre um feto com esse tipo de anomalia, pode vir a ter uma série de sentimentos como estado de choque, tristeza, raiva e ansiedade.⁹⁶ Além dos graves danos decorrentes de uma gestação de um feto anencéfalo, como aqueles à saúde mental, ocasionando dor e sofrimento a essa gestante, esse tipo de gravidez resulta em um risco bem maior para a mulher do que a de uma gestação normal, trazendo um maior número de incidência de hipertensão, hemorragias e infecções.⁹⁷

Impor à mulher o dever de carregar em seu ventre por nove meses um feto que é sabido que não logrará êxito no que se refere à sobrevivência é a violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. Há potencial ameaça à sua integridade física e de danos à integridade moral e psicológica que, nesta hipótese, são evidentes. A convivência com esta triste realidade de saber que o feto que ocupa seu ventre - e que, a cada dia, cresce e faz parte de sua realidade - nunca se tornará um ser vivo pode ser caracterizada como uma tortura psicológica.⁹⁸

Foi através destas palavras que o advogado Luis Roberto Barroso ofereceu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF) com a finalidade de obter a declaração do Supremo Tribunal Federal no sentido de haver a permissão para o aborto quando se tratar de feto anencefálico.⁹⁹

Para entendermos melhor o ajuizamento da referida ação, devemos entender no que consiste uma ADPF. Tal ação seria um procedimento legal capaz

⁹⁴MARQUES, José Manoel de Souza. **Anencefalia**: interrupção da gravidez é uma liberdade de escolha da mulher? 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 23 out. 2012.

⁹⁵Idem, Ibidem, nota 94.

⁹⁶Idem, Ibidem, nota 94.

⁹⁷A GESTAÇÃO de anencéfalos traz riscos e complicações para a saúde da mulher. Disponível em: <<http://agenciapatriciagalvão.org.br>>. Acesso em: 24 out. 2012.

⁹⁸A ADPF – 54 e o cenário ativista do STF. Disponível em: <<http://direitonet.com.br>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

⁹⁹Ibidem, nota 98.

de levar ao judiciário esta questão de ordem e provocar a manifestação do STF, interpretando os dispositivos penais conforme rege a Constituição. Esse é o meio encontrado para que possam ser supridas as lacunas temporais existente na legislação em relação ao aborto e explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto, nas hipóteses de fetos portadores de anencefalia devidamente certificados por médico habilitado.¹⁰⁰

Em relação a seu cabimento, declara que é uma arguição incidental e de natureza autônoma, ou seja, a ameaça ou a violação ao preceito fundamental, um ato do poder público capaz de provocar a lesão, inexistindo qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.¹⁰¹

A referida ação foi interposta na Suprema Corte Brasileira em meados de junho de 2004 sendo o relator o Ministro Marco Aurélio. Em sua primeira análise, o Ministro Relator verificou a admissibilidade da ADPF e o pedido no que se refere aos princípios como: o da dignidade da pessoa humana (art.1. IV), princípio da legalidade, liberdade e autonomia (art.5. II) e da saúde (art.6 e 196), todos explícitos na Constituição, e quais foram os atos do Poder Público que causaram a lesão, no caso, os artigos do Código Penal Brasileiro – 124, 126, e 128 que tratam do aborto e suas excludentes. Em seguida, houve uma análise do pedido de liminar cautelar que tinha por objetivo a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como réus os profissionais da saúde que foram acusados de infringir os arts. 124, 126 e 128 CP; objetivava ainda que fosse concedido às mulheres gestantes de fetos anencéfalos o direito à interrupção terapêutica do parto até a resolução da matéria em definitivo pelo Egrégio Tribunal.¹⁰²

O Ministro Relator concedeu o pedido liminar, levando em consideração que os direitos que se encontravam postulados na exordial possuíam grande relevância e necessidade de proteção estatal, havendo ainda a preocupação com o perigo de grave lesão que poderia ocorrer com as gestantes. Constatou que, no cenário judicial, os desencontros de entendimentos até se chegar a uma decisão

¹⁰⁰Ibidem, nota 98.

¹⁰¹Ibidem, nota 98.

¹⁰²Ibidem, nota 98.

final a ser anunciada pelo Supremo só protelaria o sofrimento dessa gestante, afinal, seriam mais 9 (nove) meses, e o objeto (feto) já se teria perdido.¹⁰³

Durante a primeira análise da matéria, houve alguns pedidos de ingresso no processo como *amicus curiae* de determinadas entidades, tais quais a CNBB, a Católica pelo Direito de Decidir, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e a Associação pelo Desenvolvimento da Família. Todos foram negados.¹⁰⁴

Em 20 de outubro de 2004, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, acolhendo a proposta do Ministro Eros Grau, reuniu-se para analisar a matéria, ocasião em que foi referendada a primeira parte da concessão da liminar; porém, numa situação confusa, revogou a segunda parte da liminar que reconhecia o direito da gestante para que a mesma se submetesse à operação terapêutica de parto para fetos anencéfalos. Foi analisado, nesta mesma sessão, o cabimento da ADFP.¹⁰⁵

Desde junho de 2004, ano em que se iniciou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADFP n. 54, o Supremo Tribunal Federal enfrentou vários questionamentos desta ação, por envolver questões morais e religiosas em face de princípios constitucionais como: dignidade da pessoa humana, autodeterminação, direito à saúde e à vida.¹⁰⁶

Apesar de grandes discussões em nosso judiciário e das cobranças das entidades e da sociedade num modo geral, recentemente o Supremo Tribunal Federal, no dia 12 de abril de 2012, por oito votos a dois, decidiu pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 54). A referida ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para que se fosse permitida a interrupção de gravidez de gestantes portadoras de fetos anencéfalos, dando interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, com o intuito de ser declarada a inconstitucionalidade de qualquer interpretação a respeito da realização voluntária do aborto de fetos anencéfalos.¹⁰⁷

¹⁰³Ibidem, nota 98.

¹⁰⁴Ibidem, nota 98.

¹⁰⁵Ibidem, nota 98.

¹⁰⁶Ibidem, nota 98.

¹⁰⁷FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Do aborto de fetos anencéfalos e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADFP n. 54: a reflexão continua!** 2012. Disponível em: <<http://Jus.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

Tendo o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como foco, o qual consiste em atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano, a petição da ADPF n. 54/2004 enumera em seu anunciado os riscos que podem ser gerados às gestantes de fetos anencéfalos. São eles:

- a) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas.
- b) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume do líquido amniótico) é muito frequente.
- c) Associação com doença hipertensiva específica da gestação.
- d) Associação com vasculopatia periférica de estase.
- e) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante.
- f) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos.
- g) Necessidade de apoio psicoterápico no puerpério.
- h) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito.
- i) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação)
- j) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina.
- l) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto.¹⁰⁸

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil é apontado como quarto país do mundo em partos de anencéfalos, ficando atrás do Chile, Paraguai e México.¹⁰⁹

A falta de ácido fólico na dieta das gestantes tem sido responsável por cerca de 50% das ocorrências. Fatores genéticos e ambientais também contribuem para esses números.¹¹⁰

Por ser considerada uma gravidez de risco para a mulher, quanto mais essa mãe prolar sua interrupção, mais chances terá essa mulher de sofrer traumas irreversíveis, tanto na área psicológica como na violação de sua integridade física. Para os obstetras e geneticistas, esses são elementos suficientes para ser justificada a interrupção desse tipo de gestação.¹¹¹

Acerca do julgamento do STF da ADPF n. 54, este foi um momento histórico e um grande passo para o desenvolvimento do nosso país. Nele, houve

¹⁰⁸Ibidem, nota 97, [n.p.].

¹⁰⁹O processo de descriminalização do aborto de anencefalo no Brasil. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br>. Acesso em: 08 nov.2012.

¹¹⁰ESPECIALISTAS dizem que não há expectativa de vida de feto anencefalo e alertam para riscos à saúde da gestante. 2012. Disponível em: <<http://diariodepernambuco.com.br>>. Acesso em: 24 out'. 2012.

¹¹¹Ibidem, nota 110.

uma preocupação com a Dignidade da Mulher e o livre arbítrio de expor seu corpo, ou seja, a decisão do STF deixou que a mãe, a nosso ver, a mais prejudicada, fizesse sua escolha de levar ou não a gestação adiante. Neste contexto, realmente se provou que a Constituição Federal protege o maior princípio e, por que não dizer, o nascedouro dos direitos fundamentais, que é a Dignidade da Pessoa Humana, a qual rege o direito à vida, à liberdade, à saúde etc. Por isso, é notório que a mãe não passará mais por uma tortura que se mostra irrelevantemente desnecessária, pois, mesmo sendo obrigada a ter o seu filho com esse tipo de anomalia, não mudaria o resultado, que seria a morte do feto, apenas causaria a essa gestante um processo doloroso e com grandes transtornos psicológicos. A nosso ver, a grande felicidade na decisão do STF foi a palavra “escolha”, porque não é obrigatória essa interrupção, a mãe que irá decidir, muito embora não seja uma escolha fácil, mas é uma escolha.

A evolução do ordenamento jurídico só vem a mostrar que os dogmas religiosos estão cada vez mais perdendo força nas decisões estatais, e que a preocupação do Estado é poder dispor de um discurso pautado na ética humanista e respeitosa que circunda a sociedade. Para isso, deve o nosso ordenamento seguir o desenvolvimento da sociedade, para que suas leis sejam cabíveis e satisfatórias, preenchendo as lacunas existentes, até para que casos como esse não levem tanto tempo tramitando pelos tribunais e suas decisões cheguem muito tarde.

4.3 Direitos da mãe x Direitos do feto anencéfalo

A Constituição de 1988 enfatizou a vida como um supremo bem, um pressuposto exclusivo para a fruição de qualquer direito. Sem a vida, não teria sentido em se falar de outros direitos guardados pela Constituição, como o da liberdade, igualdade, propriedade e segurança, direitos esses tidos como fundamentais, de onde irradiam os demais direitos.¹¹²

Mas a questão do momento, que é a partir de quando a vida começa, passa longe de ser pacífica. Não há um consenso nem no campo filosófico nem biológico, médico ou religioso. Para alguns, a vida começa com a nidação, enquanto para outros é imprescindível a formação do sistema nervoso central. Aqueles que

¹¹²NALINI, José Renato. **A gestante tem o direito de interromper a gravidez de feto anencéfalo?** Disponível em: <<http://portaldafamilia>>. Acesso em: 29 out. 2012.

são contrários ao aborto defendem que a vida começa com a concepção, razão pela qual não teria como esse feto ser eliminado sem se considerar um crime contra a vida.¹¹³

A vida, por ser o maior bem protegido pelo ordenamento jurídico, possui um grande destaque, sendo sua proteção uma das principais finalidades do direito penal, não é a toa que a Bioética é uma ciência que tem se desenvolvido de forma muito próxima a este ramo do direito, pois é este que, em *ultima ratio* imporá limites a qualquer forma de abuso ou tentativa de desvirtuar a bioética de seus princípios.¹¹⁴

Mas, em outra vertente, encontra-se o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito e o cerne de todo o ordenamento jurídico. A pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo este o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Neste caso, não poderá a bioética e o biodireito admitir qualquer conduta que venha a reduzir o cidadão à condição de coisa ou venha a retirar sua dignidade e o direito a uma vida digna.¹¹⁵

Diniz, citando Gleber, diz que:

O direito deve aceitar as descobertas científicas cuja utilização não se demonstre contrárias à natureza do homem e de sua dignidade. O direito, como a biologia, parte da observação dos fatos. Devem ignorar as ciências tudo que estiver em detrimento do homem.¹¹⁶

Para a bioética e o biodireito, a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de uma vida com dignidade. O respeito à vida humana digna é paradigma bioético e deve estar presente no ordenamento jurídico e no campo ético de todas as sociedades humanas.¹¹⁷

Por tudo que foi exposto, existe a possibilidade jurídica da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Parte-se da premissa que, sob a ótica da ponderação de direitos constitucionais, deverá prevalecer os direitos à dignidade da pessoa humana, à proibição da tortura, à saúde, autonomia e à liberdade conferidos às

¹¹³PASSOS, Danielle de Paula Maciel dos Passos. **Interrupção da gravidez de feto anencéfalo**: a preponderância dos direitos da gestante. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2012.

¹¹⁴RUDÁ, Antônio Solon. Direito Penal e bioética. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 29 out. 2012.

¹¹⁵DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹¹⁶Ibidem, nota 115, p. 49.

¹¹⁷Idem, Ibidem, nota 115.

gestantes, em prejuízo da manutenção de um feto que não tem condições alguma de sobreviver fora do útero da mãe.¹¹⁸

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO - ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO E ANACRÂNICO - INDEFERIMENTO - INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRA-LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA - ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA APELAÇÃO - ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE FETO ANENCEFÁLICO E ANACRÂNICO - LIMINAR DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM ANDAMENTO GARANTINDO DIREITO DA GESTANTE - DEMAIS DISPOSIÇÕES DA LEI 9.882/99 - ARTIGO 11 - MAIORIA DE 2/3 - RELEVÂNCIA DO TEMA - INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRA-LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA - ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA. O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os abortos eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto extra-uterina. Embora não incluída a antecipação de parto de fetos anencéfalos nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, o embasamento pela possibilidade esteia-se em causa supra-legal autônoma de exclusão da culpabilidade por inexigível outra conduta. O "aborto eugênico" decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto que tem possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade, o que não é o caso presente, atestada a impossibilidade de sobrevivência sem o fluido do corpo materno. Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a "vida" e não a "falsa vida", legitimada a pretensão da mulher de antecipar o parto de feto com tal anomalia que o torna incompatível com a vida. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno. Não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe que tem garantido o direito à dignidade. Não há confronto no caso concreto com o direito à vida porque a morte é certa e o feto só sobrevive às custas do organismo materno. Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade (genérica) de natureza supra-legal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento. PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70011918026, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 09/06/2005).

Contudo, mesmo com a comprovação de várias pesquisas médicas de que fetos com esse tipo de anomalia não têm condições alguma de sobrevivência extrauterina, as mulheres eram obrigadas a manter esse tipo de gestação, ocasionando sérios riscos à vida das mesmas, como grandes distúrbios emocionais, tendo a gestante, além de estar passando por esse grande desafio particular, lutar nos tribunais para ter o seu pedido de interrupção gestacional concedido pela

¹¹⁸Idem, Ibidem, nota 113.

justiça, caso em que muitas vezes não tinham sucesso, tendo que levar a gestação até o final.¹¹⁹

Conforme demonstrado, existe uma colisão de princípios constitucionais entre os direitos da gestante e o direito de uma expectativa breve de vida do feto. Neste caso, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, ressaltando-se que os princípios, ao contrário das regras, não são afastados completamente, mas aplicados em maior ou menor proporção em um dado caso concreto.¹²⁰

Por esse motivo, houve um grande avanço em nosso ordenamento jurídico quando do julgamento da ADPF N. 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para permitir que gestantes de fetos anencéfalos tenham o direito de interromper a gravidez, pois, segundo eles, não existe aborto no caso de feto anencéfalo, uma vez que a morte não decorre dos meios abortivos, mas sim da má formação congênita, de forma que não há condições desse feto sobreviver fora do útero da mãe.¹²¹

Agora, diagnosticada a anencefalia de forma inequívoca, as gestantes poderão se dirigir diretamente a seus médicos para a realização do procedimento. Para que seja feita a interrupção, deverá ser feito um exame ultrassonográfico a partir da 12ª semana de gravidez, registrando-se duas fotografias detalhadas e assinadas por dois médicos, sendo que o lugar a ser realizado o procedimento deve ser adequado para tal. O CFM criou critérios para a interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos. Trata-se da resolução n. 1989 de 10 de maio de 2012. Essa divulgação ocorreu depois de um mês, após o STF ter aprovado a interrupção da gravidez em caso de anencefalia. A partir disso, foi criada uma comissão de especialistas em ginecologia, obstetrícia, genética e bioética para definir as regras e normas.¹²²

Com a decisão do STF, configurou-se o nascimento das opiniões daqueles que são a favor da interrupção dos fetos anencéfalos e daqueles que são contrários a essa decisão.¹²³

¹¹⁹Idem, *Ibidem*, nota 113.

¹²⁰Idem, *Ibidem*, nota 113.

¹²¹Idem, *Ibidem*, nota 113.

¹²²CONSELHO Federal de Medicina. **Define critérios para interrupção de gravidez de anencéfalos**. Disponível em: <<http://migalhas.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

¹²³Idem, *Ibidem*, nota 113.

Os que defendem a não interrupção desse tipo de gravidez fundamentam sua posição no direito à vida do feto, protegida pela Constituição Federal no seu art. 5º, caput.¹²⁴

De acordo com essa corrente, a vida deve ser protegida desde o momento de sua concepção, conforme artigo 2º do Código Civil e no artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica.¹²⁵

Em contrapartida, para os defensores dessa interrupção, não existe aborto no caso de fetos anencéfalos, pois se trata de uma anomalia congênita cuja vida do feto fora do útero materno seria incompatível; portanto, sua morte não se trataria de meios abortivos.¹²⁶ Poder-se-ia cogitar, inclusive, a ausência de vida do feto anencéfalo em razão de não existir funções do sistema nervoso central, pelo fato desses fetos possuírem apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal.¹²⁷

Como já ressaltado anteriormente, há um grande conflito de princípios que deve ser avaliado a cada caso concreto, ponderando o direito de maior peso, usando como princípio basilar a proporcionalidade para que se possa ter um resultado satisfatório.

Para os defensores da proibição do aborto, a vida do feto deve ser preservada, pois é um direito que deve ser protegido desde sua concepção. O direito à vida é um bem maior, inviolável e fundamental, de forma que a vida do feto deve ser protegida em detrimento de qualquer outro direito que se possa ser conferido à gestante, mesmo que seja breve e que a morte seja certa.

Já os defensores da interrupção da gestação de fetos anencéfalos alegam em defesa da gestante que há uma preocupação com sua saúde, havendo nesse tipo de gravidez muitos riscos como o aumento do líquido amniótico, aumento dos riscos obstétricos no parto e pós-parto, hipertensão e diabetes, parto prematuro, gravidez prolongada, descolamento placentário etc. Além da saúde física, a saúde mental e psicológica das gestantes também seria abalada, pois a

¹²⁴Idem, *Ibidem*, nota 113.

¹²⁵Idem, *Ibidem*, nota 113.

¹²⁶Idem, *Ibidem*, nota 113.

¹²⁷Idem, *Ibidem*, nota 113.

alegria da espera de um filho é substituída pela angústia da espera de uma criança morta.¹²⁸

O anencéfalo vai e sempre vai, mas a vida que fica é a vida da mãe, não precisando esta sofrer tantos danos que muitas vezes são irreparáveis, pois se trata de uma anomalia grave, podendo, em alguns casos, perder seu útero e acabar de vez com o seu sonho de ser mãe.¹²⁹

Apesar de todos os debates acerca do assunto no âmbito judicial em que há a preocupação com os direitos e garantias fundamentais e a responsabilidade de prestar à sociedade um respaldo jurídico a essa lacuna existente no ordenamento, há também uma reação no âmbito religioso. No dia do julgamento da ADPF n. 54, no STF, havia diante do Supremo um protesto que reunia cerca de trinta religiosos ligados ao grupo de antiaborto. Diante dessa polêmica, o relator citou o evangelho de São Marcos para defender a separação entre Estado e Igreja: “Dai a Cesar o que é de Cesar e a Deus o que é de Deus”, afirmou Marco Aurélio.¹³⁰

Segundo o relator da ação, ministro Marco Aurélio de Mello, dogmas religiosos não podem guiar decisões estatais e fetos com ausência parcial ou total de cérebro não têm vida.¹³¹

O princípio da proporcionalidade se torna um requisito básico para que se possa analisar conflitos entre princípios constitucionais em cada caso concreto, na busca de um resultado eficiente e eficaz para a solução dessa colisão.¹³²

4.4 História da anencefalia no Brasil

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil é apontado como o quarto país do mundo em partos de bebês anencéfalos, atrás de México, Chile e Paraguai. Em 2008, a Febrasgo (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia) indicou cerca de 20 casos para 10 mil nascidos vivos no País, um número 50 vezes maior que o da França.¹³³

¹²⁸Idem, *Ibidem*, nota 113.

¹²⁹Idem, *Ibidem*, nota 113.

¹³⁰Idem, *Ibidem*, nota 113.

¹³¹Idem, *Ibidem*, nota 113.

¹³²Idem, *Ibidem*, nota 113.

¹³³O PROCESSO de descriminalização do aborto de anencéfalo no Brasil. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br>>. Acesso em: 31 out. 2012.

As razões para que um país tenha mais ou menos casos são desconhecidas. O que é relevante para esse tipo de anomalia seriam os fatores genéticos e ambientais. O consumo de ácido fólico (uma vitamina do complexo B presente em vegetais como brócolis e folhas verdes) antes e no início da gestação é a única forma de prevenir o problema, mas não é o suficiente para evitar todos os casos.¹³⁴

No Brasil, até a decisão do STF, não era permitida a interrupção da gravidez em casos de fetos anencéfalos. A lei, de 1940, prevê o aborto em casos de estupro e quando a vida da gestante estiver em risco. No entanto, desde o final da década de 1980, juízes brasileiros começaram a conceder alvarás autorizando o aborto nos casos de anencefalia. O primeiro alvará foi expedido em 1989, no estado de Rondônia. Até hoje, foram concedidos, em média, em todo o Brasil, 10 mil alvarás.¹³⁵

A jurisprudência foi aberta pela clareza que hoje pode ser feito o diagnóstico para esse tipo de anomalia, usando-se como instrumento para tal o exame ultrassonográfico. A anencefalia foi um dos primeiros diagnósticos reconhecidos pelo ultrassom, na década de 1960, nos EUA e Inglaterra. Há mais de 50 anos se faz esse tipo de diagnóstico com absoluta segurança.¹³⁶

Segundo pesquisa realizada pela OMS (Organização Mundial de Saúde), realizada com 1814 médicos da Frebasgo, com publicação em 2009, de 9730 mulheres atendidas nos últimos 20 anos com o diagnóstico de bebês anencéfalos, 85% decidiram interromper a gestação.¹³⁷

Em abril de 2004, o CNTS (Conselho Nacional dos Trabalhadores em Saúde) e a ONG ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero) apresentaram ao STF uma ADPF, tendo como objetivo julgar constitucional o direito de interromper a gravidez de fetos anencéfalos.¹³⁸ Essa iniciativa foi tomada pelas organizações pelo fato do STF ter recebido, meses antes, um pedido de autorização para a interrupção de uma jovem de 18 anos, que tinha o diagnóstico de uma

¹³⁴PRONIN, Tatiana. Brasil é o quarto país com maior número de casos de anencefalia. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br>>. Acesso em: 31 out. 2012.

¹³⁵Ibidem, nota 133.

¹³⁶Ibidem, nota 133.

¹³⁷Ibidem, nota 133.

¹³⁸Ibidem, nota 133.

gravidez anencéfala. Houve o parto e o bebê morreu sete minutos depois. Esse fato ocorreu antes da decisão da justiça sobre o abortamento.¹³⁹

Depois de analisado o pedido, o ministro relator, Marco Aurélio Mello, aprovou a ADPF 54. Com essa decisão, durante três meses, mulheres que quisessem interromper a gravidez não precisariam mais de alvará judicial.¹⁴⁰ Porém, por forte pressão de setores da sociedade, a liminar foi cassada pelo Supremo em outubro daquele ano, com o fundamento de que se necessitava uma maior análise.¹⁴¹

Em 2008, o Supremo fez uma convocação para audiências públicas, ouvindo testemunhos pessoais, e promovendo exposições técnico-científicas e jurídicas em relação à anencefalia.¹⁴² As conclusões da audiência foram bem claras: o diagnóstico de anencefalia é uma condição irreversível e letal que, através de um exame chamado ultrassom, é verificado, sem sombras de dúvidas, esse tipo de anomalia, que geram riscos à saúde da mãe. Esse tipo de interrupção não deve ser tratado como aborto, mas como antecipação terapêutica do parto, e tal anomalia não se confunde com deficiência, pois o que há é uma inviabilidade de vida extrauterina.¹⁴³

De 2008 até 2011, o processo ficou aguardando entrar em pauta. Em março de 2011, o ministro Marco Aurélio apresentou seu relatório, descrevendo de forma geral o processo, e pediu pauta para o julgamento. O presidente, ministro Cezar Peluso, marcou o julgamento para 11 de abril.¹⁴⁴

No Brasil, houve dois casos de fetos anencéfalos que geraram grande repercussão e contrariaram as opiniões médicas, deixando uma grande discussão na sociedade a respeito da interrupção da gravidez de mães com esse tipo de anomalia.¹⁴⁵ O primeiro caso foi o da menina Marcela de Jesus, conhecido como “caso Marcela”, um tipo raro de anencefalia que teve 20 meses de vida extrauterina. Marcela nasceu no dia 20 de novembro de 2006 e faleceu no dia 31 de julho de 2008. Marcela não tinha o córtex cerebral, apenas o tronco cerebral, responsável

¹³⁹Ibidem, nota 133.

¹⁴⁰Ibidem, nota 133.

¹⁴¹Ibidem, nota 133.

¹⁴²Ibidem, nota 133.

¹⁴³Ibidem, nota 133.

¹⁴⁴Ibidem, nota 133.

¹⁴⁵FORÇA comunitária em ação. 2012. Disponível em: <<http://facebook.com>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

pela respiração e batimentos cardíacos. A menina faleceu em decorrência de uma pneumonia aspirativa. O caso gerou divergências: alguns especialistas levantaram a hipótese de que a menina na verdade sofria de uma má formação no crânio (encefalocele), associada a um desenvolvimento reduzido do cérebro (microcefalia); outros afirmaram que o que houve foi uma formação não clássica de anencefalia, como avaliou a pediatra da menina, Márcia Beani Barcellos, profissional que mais acompanhou o caso. Para ela, a sobrevivência da menina demonstrou que um diagnóstico não pode ser definitivo e que Marcela não poderia ser comparada a uma criança com morte cerebral, que não tem sentimentos, pois ela não vivia em estado vegetativo.¹⁴⁶

O segundo caso seria o da menina Vitória de Cristo, caso raro de acrania com possível evolução para anencefalia incompleta. Vitória nasceu no dia 13/02/2010, na cidade de São Paulo, conhecida por se tratar de um caso diagnosticado como anencefalia e sobreviveu além dos prognósticos, até os dois anos de vida. Seus pais foram contrários à sugestão dos médicos para a interrupção da gestação. Aos quatro meses de vida, um exame diagnosticou anencefalia incompleta. Os médicos que tinham contato com Vitória achavam que este resultado não era definitivo. Aos dois anos, a menina se submete a sessões de fisioterapia, alimenta-se normalmente, responde a estímulos, engatinha e sorri. Aos três meses, Vitória fez uma cirurgia para fechar o crânio e evitar infecções. Quando fez cinco meses, foi levada para casa.¹⁴⁷

Vitória passou um ano com seus pais em casa sem nenhum problema de saúde, quando, ao completar dois anos e meio, a menina teve uma dor de garganta forte, fez exames e nada foi detectado, a não ser uma amidalite viral. Com as medicações, ela teve uma melhora rápida; uma semana depois, Vitória faleceu.¹⁴⁸

Conforme os relatos acima descritos e tudo que foi exposto anteriormente, é notório que as opiniões se dividem, sejam elas pelo motivo que for: religiosos, éticos, morais, filosóficos. O importante a se destacar é a Dignidade da Pessoa Humana, um princípio fundamental, basilar para a identificação dos demais direitos fundamentais. Esse princípio está garantido ao cidadão através da Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, ou seja, a pessoa deve se sentir digna

¹⁴⁶ Ibidem, nota 145.

¹⁴⁷ Ibidem, nota 145.

¹⁴⁸ Disponível em: <<http://amadavitoriadecristo.blogspot.com.br>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

para viver a sua vida sem que haja uma afronta e invasão no seu modo de viver, cabendo ao Estado respeitar e resguardar esses direitos, punindo aqueles que venham de encontro a essa ideia, pois esse princípio visa proteger o ser humano contra tudo que possa prejudicar uma existência de vida digna, caso das gestantes de fetos anencéfalos, que, através da ADPF n. 54, lhes foi conferido o direito de interromper a gestação de fetos anencefálicos, não ficando mais à revelia das decisões judiciais.

Em outra vertente, todavia, existe outro direito constitucional resguardado no artigo 5º, CF, que é o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. Quando se fala de vida, existem muitas controvérsias a respeito de seu conceito. Uns falam que a vida começa com a nidação, outros com a concepção, etc. Além dos direitos resguardados a essa vida, mesmo que seja uterina. Nessa vertente, encontram-se os fetos anencéfalos, pelos quais já houve diversas discussões no ordenamento jurídico, refletindo na sociedade de um modo geral, procurando preencher as lacunas existentes a respeito desse tipo de gestação.

Como resolver esse conflito entre princípio e direito, neste caso, para que se possa ter um resultado satisfatório? Seria necessário usar o princípio da proporcionalidade, ou seja, sopesar qual o direito mais importante naquele caso concreto. No caso dos fetos anencéfalos, que já se foi comprovado que não sobrevivem fora do útero da mãe, não há que se falar em aborto, pois, perante os obstetras e geneticistas, tratam-se de fetos natimortos (sem vida). Então, por que colocar em risco a vida dessa mãe, se o seu sacrifício não valerá de nada, pois o seu filho não sobreviverá? Por isso a necessidade de uma resposta do Estado.

Depois de vários certames no Poder judicial, essa história foi encerrada através da ADPF n.54, que mostrou à sociedade que o clamor do povo por uma decisão a respeito do assunto não ficou no esquecimento, tendo agora essas mães respaldo para decidir se vão levar a gestação adiante ou não, sem o medo de serem punidas pelos seus atos.

Para se entender com mais detalhes o julgado da ADPF n. 54 e o posicionamento dos ministros, falar-se-á sobre esse ponto no próximo capítulo, com mais detalhes, para um maior esclarecimento sobre a ação e as consequências de sua decisão.

5 POSICIONAMENTOS

5.1 Posições doutrinárias

O aborto de fetos anencéfalos, também conhecido como aborto eugênico ou eugenésico, trata-se de um tema altamente controverso na seara jurídica brasileira e tem, em tempos recentes, suscitado discussões das mais acirradas entre a população de um modo geral.¹⁴⁹

É sabido que o direito à vida encontra guarida jurídica em vários diplomas legais brasileiros, tendo amparo no Código Penal, Código Civil e no Estatuto da criança e do adolescente, observando-se também grande importância no âmbito Constitucional. Trazendo a discussão para a seara Constitucional e tendo-se em vista os direitos humanos fundamentais, Morais, citado por Barbato, afirma:

Entendemos em relação ao aborto que, além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade do feto nascer com vida, por exemplo, em caso de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extrauterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mais sim estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas. Dessa forma, a penalização nesses casos seria de flagrante inconstitucionalidade.¹⁵⁰

Segundo as observações do autor, devemos respeitar os preceitos constitucionais e também deveríamos observar meios que permitam a defesa rigorosa dos valores humanos. Também no que se refere à proteção do direito à vida, Barbato cita Tavares observando a dimensão dúplice do conteúdo desse direito: “O conteúdo do direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo lugar, no direito a um adequado nível de vida”. Ou seja, a falta desse adequado nível de vida já seria, para alguns, elemento suficiente para a prática abortiva no caso da anencefalia.¹⁵¹

Neste prisma, temos a ideia de que a partir de uma visão mais moderna e desapegada aos valores éticos e morais antigos se deslumbre o fundamento para o aborto. Deve-se discutir a impossibilidade de o Código Penal prever no seu texto a

¹⁴⁹BARBATO JUNIOR, Roberto. **O aborto de fetos anencéfalos**: o direito e a realidade atual. 2007. Disponível em: <<http://sociologiajuridica.net.br>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

¹⁵⁰Ibidem, nota 149.

¹⁵¹Ibidem, nota 149.

hipótese de anencefalia por sua idade, já que foi concebido em 1940. Admitir o aborto em casos de anencefalia é um respeito à vontade que uma gestante tenha de concretizar a interrupção desta gravidez. Além do mais, a corrente que defende o aborto anencefálico acredita no posicionamento da medicina, a qual assegura que o feto anencéfalo não logrará êxito, ou seja, não terá vida fora do útero da mãe.¹⁵²

Sobre a impossibilidade de vida extra-uterina dos fetos anencéfalos, comenta Bandeira, citando Barroso, que:

A morte dever ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação casual como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre de má-formação congênita sendo certa e inevitável ainda que decorridos os nove meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal.¹⁵³

Conforme elucida o autor, torna-se claro que o feto não sobreviverá por muito tempo, por isso deve-se poupar o sofrimento da mãe, visto que esse nascimento, ao invés de trazer alegria, lhe trará muita tristeza.¹⁵⁴

Deve-se analisar o Direito de acordo com a evolução da sociedade. A ciência jurídica deve caminhar junto à mesma. Assim, pegando este viés, mesmo não havendo uma legislação atinente ao aborto de fetos anencéfalos, pode-se agir através dos princípios, dentre eles o da liberdade da gestante de escolher se leva essa gestação adiante ou não. É claro que o Código Penal de 1940 não autorizava o aborto nos casos de anencefalia, porque não havia meios para que fosse diagnosticada a doença precocemente.¹⁵⁵

Proibindo-se a gestante de interromper esse tipo de gestação, estar-se-ia violando a liberdade dessa mãe.¹⁵⁶

Acredita-se que o primeiro alvará brasileiro autorizando a realização de um aborto por motivo de anomalia fetal foi proferido pela Comarca de Rio Verde, no Mato grosso do Sul, em 1991. O diagnóstico detectou caso de anencefalia, e o juiz fundamentou sua decisão argumentando que o que justificaria a proibição do aborto seria o princípio da proteção à vida, e este não estaria sendo inviolável no caso dos

¹⁵²BANDEIRA, Marcos. **A defesa Jurídica da autorização legislativa do aborto anencefálico.** 2009. Disponível em: <<http://marcosbandeira.com.br>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

¹⁵³Ibidem, nota 152.

¹⁵⁴Id Ibidem, nota 152.

¹⁵⁵Id Ibidem, nota 152.

¹⁵⁶Id Ibidem, nota 152.

fetos anencéfalos, uma vez que se trata de má-formação que impede a sobrevivência. Mas não sabia o autor daquela decisão isolada o quão impactante seria seu ato no cenário bioético e jurídico. Posteriormente, mais de três mil alvarás foram concedidos autorizando aborto de fetos que possuem anomalias incompatíveis com a vida.¹⁵⁷

Apesar da grande luta dessas mães para obter a autorização da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos e a evolução em nosso ordenamento jurídico, essas gestantes não cairão mais no esquecimento e será preservada sua dignidade como pessoa humana e ausentado o procedimento de tortura pelo qual passavam essas mães. Tudo isso foi possível através da ADPF n. 54, que protege esse direito e não autoriza a penalização daqueles envolvidos na interrupção da gravidez, nem mesmo a própria gestante.

Como analisa Bitencourt:

A gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será 'condenada' a abrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocional e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, rigozizando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a além da perda irreparável continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida.¹⁵⁸

O Direito Penal não ignora o desenvolvimento tanto da ciência quanto dos usos e costumes, bem como da evolução histórica do pensamento, da ética e da cultura em uma sociedade em pleno desenvolvimento. A sociedade moderna se depara com várias mutações, o que é característica marcante da sociedade atual. A mesma reclama permanentemente pela atualização do direito positivo que, via de regra, foi ditado e editado em outros tempos, e que somente pela interpretação do cientista ganha vida e atualidade. Assim, ele vem evoluindo de acordo com as necessidades da sociedade, respondendo, com isso, aos anseios da civilização humana.¹⁵⁹

Como destacava Asúa, citada por Bitencourt:

¹⁵⁷ REZENDE, Poliana Guimarães. **Anencefalia**: estudos sobre a legalização do aborto e a doação de órgãos. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte 2 dos crimes contra a pessoa**. 9 ed., revista, atualizada. São Paulo: 2009, p. 149.

¹⁵⁹ Id Ibidem, nota 158.

Os juízes não podem ficar alheios às transformações sociais, jurídicas e científicas. Por isso, a vontade da lei não deve ser investigada somente em relação à época em que nasceu o preceito, mas sim tendo em conta o momento de sua aplicação. O magistrado adapta o texto da lei às evoluções sofridas pela vida, da qual, em última consideração, o Direito é forma. Decorre daí o dever de ajustá-la a situações que não foram imaginadas na remota hora de seu nascimento. Assim têm podido viver velhos textos como o Código Penal Francês, que tem mais de século e meio de existência.¹⁶⁰

Deve-se refletir não no plano metafísico dessa discussão do feto anencefálico, mas sim limitar-se à constatação científica da inexistência de vida nesse tipo de anomalia. Quando expelido um feto anencéfalo, não há que se falar em vida, e sem vida não se pode falar em homicídio desse ser, caracterizando-se um crime de homicídio impossível, pela absoluta impropriedade do objeto.¹⁶¹

5.2 Posição do STF

A discussão acerca da possibilidade da interrupção da gestante de feto anencéfalo tomou espaço na sociedade com uma amplitude maior no ano de 2004, quando houve o deferimento da liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54¹⁶², feita pelo então ministro Marco Aurélio e ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde.

Na demanda, a exordial requeria que fossem suspensos todos os processos que estivessem em andamento e tivessem como discussão a hipótese de interrupção de gestação de fetos anencéfalos. Pretendia assegurar à gestante o direito de submeter-se ao procedimento, levando-a à interrupção da gravidez, e, ao médico, a possibilidade de realizar o feito, atestado por profissional devidamente habilitado, sem a necessidade de apresentação prévia da autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado; tudo isso sem se configurar o ilícito penal do aborto, indicando como direitos constitucionais fundamentais desrespeitados o artigo 1º, IV, dignidade da pessoa humana, o artigo 5º, II, princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade e os artigos 6º, caput, e 196, direito

¹⁶⁰Ibidem, nota 158, p. 150.

¹⁶¹Id Ibidem, nota 158.

¹⁶²A mesma tramita no STF, e o pedido é a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, pelo qual o ato da gestante em tal procedimento não seja penalizado nem mesmo o ato feito pelo médico. Tendo como efeito a autorização para a interrupção de gestação de fetos anencéfalos, tendo como critério os definidos pela CFM na resolução n.1989 de 10 de maio de 2012

à saúde e, como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo representado pelos artigos 124,126, caput, 128, I e II, do Código Penal.

Conforme a Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde, o judiciário vinha firmando jurisprudência por meio de decisões proferidas em todo o país, nas quais reconhecem os direitos da gestante de se submeterem à interrupção terapêutica do aborto nos casos de fetos anencéfalos. As decisões em sentido inverso só desequilibravam a jurisprudência.

Salienta-se que, por trás de toda discussão técnica processual que se refere ao caso, questões muito mais relevantes são envolvidas no que diz respeito aos aspectos morais e jurídicos implicados na causa.

Por essa ADPF n. 54 ter tramitado por alguns anos no STF, foi encerrado essa peregrinação com o julgamento do mesmo neste ano de 2012, sendo anunciado como um dos maiores e mais importantes julgados do Supremo.

No dia 12/04/2012, houve no Plenário do Supremo Tribunal Federal um dos maiores julgamentos da história dessa corte, conforme considerou o ministro Cezar Peluso.

A devida ação tinha como objetivo descriminalizar a conduta da gestante que decidia interromper a gravidez no caso de bebês anencéfalos. Tinha como relator o ministro Marco Aurélio. Julgaram apenas dez ministros, e não onze, pois o ministro Dias Tóffoli não participou do julgamento, uma vez que já havia tratado do caso quando era Advogado-Geral da União.

A ADPF n. 54 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 2004. Na exordial, a entidade defendia a descriminalização da antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencefálico, alegando a proibição feria a dignidade humana da gestante, obrigando-a a levar adiante uma gestação pela qual o feto não teria possibilidade alguma de sobrevivência.

Na proclamação do julgamento, o STF declarou a inconstitucionalidade de qualquer que fosse a interpretação, alegando que, ao interromper a gravidez de um feto anencéfalo, tipificar-se-ia crime conforme o Código Penal. Os ministros Gilmar Mendes e Celso de Melo acharam necessário que fossem acrescentadas condições para o diagnóstico e à cirurgia abortiva, mas foi considerado pela maioria que tal prática estaria colocando o STF na posição de legislador ou regulador da matéria.

O ministro Ayres Brito concordou com o voto do relator, que era a favor da interpretação conforme o Código Penal, no sentido de que não pode ser tipificado

um crime ou como um ato punível quando há a interrupção da gestação que o feto é anencéfalo, por não ser esse “direito de escolha” da mulher elemento primordial para a caracterização do aborto. O ministro argumentou que a Constituição não é explícita ao determinar quando começa a vida, mas logo afastou essa discussão a partir do entendimento de que se a gravidez se destina ao nada, a punição de sua interrupção se torna atípica, ou seja, não se configura crime.

Afirmou o ministro Ayres Brito:

O feto anencéfalo nem é um doente mental, porque não tem a mente completa, não tem mente, não tem cérebro. A antecipação de parto terapêutico desse feto não configura aborto para fins de punição. Dar à luz é dar a vida, e não a morte.

O ministro concordou com a observação feita pelo ministro relator e pelo advogado da CNTS de que levar esse martírio até o fim corresponde a uma tortura continuada.

O ministro Gilmar Mendes, o sétimo a votar, argumentou que era aquele um tema de grande relevância social. Frisou também a importância dos argumentos usados pelas entidades religiosas, alegando que nosso Estado, apesar de laico, deve buscar a cooperação mútua com as diversas entidades religiosas. Fez crítica ao relator da ADPF-54 por não ter aceitado as entidades religiosas, como a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), na qualidade de *amicus curiae* (interessados diretos). Mas, no ponto de vista jurídico, o ministro discordou quanto à caracterização do aborto de feto anencéfalo como aborto atípico, pois a partir do momento que esse feto se torna nascituro passa a ter os seus direitos e a ter a proteção do direito civil. A regra seria que o aborto não se considera atípico ainda que seja terapêutico.

Contudo, apesar dos conceitos explicitados pelo ministro, o mesmo defendeu a tese de que como há um comprometimento grave da saúde psíquica da genitora, em face da certeza que seu bebê não irá sobreviver, não seria razoável impor à mulher tamanho ônus pela falta de um modelo adequado previsto na lei. Por esse motivo, Gilmar Mendes votou no sentido de que o aborto de fetos anencéfalos seja admitido juntamente com as duas exceções previstas no Código Penal, que seria o aborto necessário e o aborto resultante de estupro, ambos no art.128, CP. Propôs ainda que o Ministério da Saúde regule esse tipo de aborto e que sejam

exigidos dois laudos médicos confirmando a anomalia para que seja autorizado o aborto.

O ministro Celso de Melo enfatizou que a mulher está protegida e tem o direito de optar pela antecipação terapêutica do parto quando se tem a certeza que esse feto não sobreviverá em ambiente extrauterino. O ministro fez questão de frisar: “Não estamos autorizando práticas abortivas. Não estamos, com esse julgamento, legitimando a prática de aborto, outra questão que, eventualmente, poderá ser submetida a essa corte”. Assim, o ministro entende que não seria necessário acrescentar uma terceira hipótese às exceções do Código Penal, pois, a seu ver, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos não se enquadraria no crime de aborto, mas se trataria, sim, de ato atípico.

O último ministro a votar foi Cezar Peluso. Primeiramente, disse que a vida não é um conceito artificial criado pela ciência jurídica para efeitos práticos, já que a vida e a morte são fenômenos pré-jurídicos dos quais o direito se apropria para determinados fins. Frisou: “Todos os fetos anencéfalos, a não ser que estejam mortos, têm vida”. Para o ministro, o aborto praticado em relação aos fetos anencéfalos se trata de uma conduta vedada de modo frontal pela ordem jurídica, não tendo a corte Suprema competência para abolir ou atenuar o crime de aborto.

Em relação ao sofrimento das gestantes portadoras de fetos anencéfalos, a seu ver, o sofrimento que a ordem jurídica tem que impedir é o ato antijurídico. A preocupação do ministro também seria em relação à proliferação de abortos permitidos a partir de diagnósticos falsos ou imprecisos de anencefalia, uma deficiência que, apesar de todos os avanços da ciência médica, é ainda objeto de divergências.

No julgamento da ADPF n. 54, o relator citou dados os quais o Brasil seria o quarto país do mundo em matéria de fetos anencefálos (um em cada mil nascimentos) e assentou que a questão básica da arguição seria a distinção entre o aborto e a antecipação terapêutica e não eugênica do parto. O ministro fez uma dissertação de caráter técnico-científica com opiniões colhidas em audiência pública de 2008, resultando na tese de que o feto anencéfalo é um morto cerebral, ou seja, não existe presunção de vida.

O ministro descartou um caso de feto anencéfalo que teria sobrevivido por um ano e oito meses, segundo especialistas. Foi o caso da menina Marcela de Jesus Galante Ferreira, que, segundo exame de tomografia, ficou constatado que a

menina não teria anencefalia, mas sim meroanencefalia (situação em que o feto não tem, em maior ou menor grau, partes superiores do encéfalo).

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil citava esse caso como exemplo de que se devia deixar viver uma criança portadora desse tipo de anomalia, pois se trataria de um ser humano.

O ministro acolheu a tese do advogado da CNT, Luís Roberto Barroso, e do Procurador-geral da República, Roberto Gurgel, a favor da descriminalização do aborto no caso de gestantes portadoras de fetos anencéfalos, pois entendeu que é assegurado à mãe o direito reprodutivo da mulher, o direito à saúde e à sua dignidade humana. Para o ministro, deve ser assegurado o direito da mulher de autodeterminação, ou seja, agir por conta própria nesses casos em que não há chances desse feto sobreviver fora do útero da mãe, e considera que, para a gestante, é uma verdadeira tortura o Estado submetê-la à condição de levar essa gravidez adiante.

A ministra Rosa Weber, em seu voto, citou o caso das meninas: Marcela de Jesus, que sobreviveu um ano e oito meses, e a menina Vitória de Cristo, que viveu dois anos e três meses. Ponderou sobre os valores, que seriam a vida do feto e, do outro lado, a dignidade e a saúde psíquica da mãe, e concluiu que não se pode derivar de uma relação de causa e efeito com base no se, e não no ser.

A ministra deu sua interpretação conforme o Código Penal (artigos 124 e 126), defendendo o entendimento de que, nos casos dos fetos anencéfalos, não podem as interrupções ser comparadas ao crime de aborto, havendo o consentimento da mãe ou não. Concordou com o ministro Marco Aurélio e acolheu a arguição da CNTS com base em argumentos jurídicos, e não científicos.

O ministro Luiz Fux levantou a indagação que o STF deveria examinar se era justo colocar no banco do júri, que julga crimes contra a vida, uma mulher que enfrenta a trágica história de portar dentro de seu ventre um feto já condenado à morte. Após citar extensa literatura médica-científica, concluiu que não há cura e nem viabilidade para os neonatos anencefálicos. Concordou que, nesses casos, deve-se preservar a saúde psíquica e física da mulher.

A ministra Cármen Lúcia também foi a favor da ADPF n. 54 e enfatizou que o STF não estava permitindo a possibilidade do aborto, mas sim deliberando em casos de uma mulher ser portadora de feto anencéfalo e venha a procurar um

médico para realizar a interrupção da gravidez. Concluiu: “quando o berço se transforma num pequeno esquite, a vida se entorta”.

O ministro Joaquim Barbosa acompanhou o relator, reiterando sua posição que já era conhecida desde o julgamento da liminar de 2004.

O ministro Lewandowski indeferiu a ADPF n. 54 com base no fato de que o STF não poderia criar uma nova norma, pois estaria exercitando indevidamente a competência do Congresso. Segundo ele, a anencefalia é a falta de parte do cérebro, difícil de ser avaliada, e o STF não pode modificar ou interpretar lei aprovada pelo Congresso, existindo também a possibilidade de haver abortos em série.

Convém deixar nítido aos olhos da sociedade que a lei protege o nascituro da mesma forma que garante a dignidade da gestante, mas diante do caso de feto anencéfalo, em que a gestante carrega em seu ventre não a vida, mas sim a inevitável morte, pode-se dizer que seria injusto e incoerente priorizar o direito à vida daquele que não sobreviverá, em contraposição à realidade de um sofrimento dessa mãe, cuja dignidade é ferida quando se faz com que a mesma conviva com algo que a atormenta dia-a-dia.

5.3 Julgamento do STF e votos dos Ministros

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF n. 54 como procedente. A mesma foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), pedindo para declarar a inconstitucionalidade da interrupção de gravidez decorrente de fetos anencéfalos, pois tal conduta está tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos explícitos no Código Penal. Foram dois ministros contra a procedência do pedido da arguição, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Para se entender melhor sobre a ADPF n. 54, dispõe-se a seguir os votos e os fundamentos em que os ministros se basearam para concluir esse julgado tão esperado pela sociedade.

Começaremos pelo relator, o ministro Marco Aurélio, o qual votou pela possibilidade legal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, dando procedência ao pedido. Enfatizou que a incolumidade física do feto anencefálico não pode ser preservada a qualquer custo sem ser observados os direitos básicos da

mulher, pois esse tipo de feto, mesmo que sobreviva ao parto, será por poucas horas ou dias. Para ele, é inadmissível que um direito à vida de um feto que não tem chances de vida extrauterina prevaleça em detrimento das garantias à dignidade humana da mulher, que se engloba o direito à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas resguardadas pela Constituição. Com informações colhidas em quatro dias de audiência pública realizada pelo STF, o ministro concluiu que a manutenção da gravidez por imposição Estatal, cujo resultado será a morte do feto, vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional. Segundo ele, obrigar a mulher a levar esse tipo de gestação adiante seria a mesma coisa de mantê-la em cárcere privado em seu próprio corpo.

Cabe à mulher, e não ao Estado, pesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada para deliberar sobre a interrupção da gravidez. Ao Estado, cabe o dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, independentemente do que essa mãe venha a decidir.

Referente ao direito à vida, não há que se falar em garantir a vida quando nos referimos a um ser natimorto, que não tem chances de sobreviver, sendo que em outra vertente estão em jogo os direitos da mulher. Dados da audiência pública demonstram que a manutenção desse tipo de gravidez impõem graves riscos à saúde da mãe, assim como consequências psicológicas irreversíveis para toda a família.

No que diz respeito ao Código Penal, em relação de não haver menção nos casos de anencefalia no mesmo, o ministro argumentou que na década de 30 e 40, quando foi editado o Código Penal, a medicina não possuía recursos técnicos para detectar esse tipo de anomalia fetal. Parece lógico que o feto que não tem vida extrauterina não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. Naquela época, o legislador, para proteger a honra mental e a saúde física da mulher, determinou que o aborto resultante de estupro não seria crime, situação essa em que o feto é totalmente viável e saudável. Se esse feto viável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo.

Sobre o Estado laico, o ministro entendeu que a questão posta no processo não poderia ser analisada sob os influxos das orientações morais e religiosas.

Conforme dados, até o ano de 2005, os juízes dos Tribunais de Justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para interromper gestações em decorrência da impossibilidade da sobrevivência do feto, o que demonstra a necessidade de o STF se pronunciar sobre o tema, sendo o Brasil o quarto país do mundo em casos de fetos anencéfalos.

A ministra Rosa Weber seguiu o voto do relator Marco Aurélio, defendendo a exclusão da interrupção ou antecipação do parto de fetos anencéfalos do rol de crimes contra a vida conforme os artigos 124 e 126 do Código Penal. Por esses motivos, julgou procedente a ação. Logo após o voto da ministra, votou na mesma direção o ministro Joaquim Barbosa, ao pedir a juntada, com algumas modificações, do voto por ele elaborado sobre a matéria na análise do Habeas Corpus 84025.

Sobre a liberdade da gestante, a ministra Rosa Weber confirma que o que está em jogo não é o direito à vida do feto anencéfalo, porque, de acordo com o Conselho Federal de Medicina, esse tipo de feto jamais poderá desenvolver uma vida com capacidade psíquica, física e afetiva inata ao ser humano. Entretanto, o que se está em jogo, na verdade, é o direito da mãe escolher se quer levar a sua gestação adiante. A ministra se reportou em seu voto à resolução n. 1480/97 do Conselho Regional de Medicina, que estabeleceu como parâmetro para diagnosticar a morte de uma pessoa a ausência de atividade motora em virtude da morte cerebral. Dizer que o indivíduo não apresentará mais capacidade cerebral, segundo a ministra, trata-se de um critério claro, seguro e garantido, que pode ser aplicado por analogia ao feto anencéfalo.

Todos os caminhos conduzem à preservação da autonomia da gestante para que possa escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálos.

O ministro Luiz Fux votou a favor da possibilidade da interrupção da gravidez nos casos de feto anencéfalo. Entendeu que impedir a interrupção dessa gravidez sob ameaça penal equivale a levar essa gestante à tortura, caso que é vedado pela Constituição Federal. Devido a inúmeros estudos e dados científicos, o ministro afirmou que é possível se chegar a três conclusões lastimáveis: que a vida fora do útero é absolutamente efêmera, que o seu diagnóstico pode ser feito com um

razoável índice de precisão e que as expectativas de cura da deficiência na formação do tubo neural são absolutamente inexistentes nos dias de hoje. O ministro ressaltou a importância de proteger a saúde da gestante, que ilustra a importância da dignidade humana da mulher; desafiou a possibilidade de qualquer pessoa comprovar, à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que é justo levar essa gestante ao banco dos réus para responder penalmente por aborto, e questionou por que penalizar essa mulher que já passa por uma tragédia humana.

O ministro enquadrou a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos como matéria de saúde pública, que aflige, em sua maioria, mulheres de poder aquisitivo econômico baixo, sendo, portanto, uma questão a ser tratada como política de assistência social.

Segundo o ministro, o importante é dar todo o respaldo necessário à mulher nessa situação lastimável, e não puni-la, pois isso se trataria de punir pelo punir, como se o direito penal fosse a panaceia de todos os problemas sociais.

O ministro registrou a definição de anencefalia dada pelo National Institute of Neurological Disorders and Stroke (NINDS), entidade norte americana. O Ninds define esse tipo de anomalia como um defeito no tubo neural do feto. Assim, crianças que tenham essa disfunção nascem sem a porção anterior do cérebro e a área responsável pelo pensamento e coordenação. O ministro afirmou que partes remanescentes do cérebro dessas crianças ficam expostas e que, de modo geral, os bebês anencéfalos são cegos, surdos, inconscientes e incapazes de sentir dor. Levantou que não discutia em seu voto qual a vida mais importante, se a da mulher ou a do feto, que o mesmo não se sentia confortável para fazer esse tipo de ponderação. Relata que seria prematuro que o STF buscasse solucionar, como se legislador fosse, todas as premissas de um intenso debate que apenas se inicia na nossa sociedade.

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha votou pela procedência do pedido feito na ADPF n. 54. Segundo ela, todos tanto as contribuições dadas durante a audiência pública, bem como os ministros da Corte estão preocupados com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, com a visão que cada um tem de mundo e da própria vida. Ela refletiu que esse seria um momento democrático brasileiro de pluralidade e de respeito absoluto pelas opiniões contrárias, o qual precisa ser dito exatamente na perspectiva constitucional.

Frisou a ministra que o STF não está decidindo a introdução do aborto no Brasil, menos ainda a possibilidade de aborto em virtude de qualquer que seja a deformação. Para ela, é uma questão posta à sociedade e o STF está tratando. O que está sendo discutido é o direito à vida, à liberdade e à responsabilidade. O que se pretende é a possibilidade jurídica de uma pessoa ou de um médico ajudar a uma mulher que esteja grávida de um feto com esse tipo de anomalia, a fim de ter a liberdade de fazer a sua escolha se continua ou não sua gestação. O voto da ministra foi fundamentado no direito à dignidade da vida e no direito à saúde. Todas as escolhas que venham a ser escolhidas, segundo ela, causará dor a essa mãe, porque a escolha não é a menor dor, não é de não doer, porque a dor do viver já aconteceu, a dor do morrer também.

A ministra destacou a parte que se refere ao pai, que também sofre barbaramente, levando sua dignidade também em consideração, assim como a de toda a família. Por isso, a ministra salientou que, quando se fala em dignidade, engloba-se toda a família, como: a mãe, o pai, os irmãos mais velhos, já que todos têm expectativa no nascimento do bebê. A ministra afirmou que não há nada que mais fragilize o ser humano do que o medo e a vergonha, porque a mulher que não pode interromper a gravidez de feto anencefálico tem medo do que vai acontecer, medo físico, psíquico e de vir a ser punida penalmente pela conduta adotada. Considera a ministra que na democracia a vida impõe respeito, sendo que, neste caso, o feto não tem perspectiva de vida e, de toda a sorte, há outras vidas que dependem, exatamente, da decisão que possa ser tomada livremente por esta família, no sentido de garantir a continuidade livre de uma vida digna.

O ministro Lewandowski divergiu do relator, Marco Aurélio, e votou pela improcedência do pedido ajuizado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Seu voto seguiu duas linhas de raciocínio. Na primeira, destacou os limites objetivos do controle de constitucionalidade das leis e da chamada interpretação conforme a Constituição, com base na independência e harmonia entre os poderes. Para ele, o STF só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição. Não é dado ao Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos. O ministro observou que o Congresso Nacional, se assim quisesse, poderia ter feito a alteração na legislação para incluir os anencéfalos nos

casos em que o aborto não é criminalizado, mas até hoje não tomou tal providência. O tema é controvertido e ambos os lados defendem suas opiniões com base na dignidade da pessoa humana.

O segundo ponto abordado pelo ministro seria que uma decisão que seja a favor da interrupção da gestação de fetos anencéfalos torne lícita a interrupção de gravidez de fetos com outros tipos de anomalia que resultem em pouca ou nenhuma condição de sobrevivência. Uma decisão judicial que venha a isentar a sanção do aborto de fetos portadores de anencefalia causaria o arrepio da legislação vigente. Além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, seria uma facilitação para abrir a interrupção de gravidez em inúmeros outros casos. Se não tiver uma lei devidamente aprovada pelo parlamento que regule o tema de forma minuciosa, juntamente com um debate público amplo, a tendência é retroceder aos tempos romanos em que lançavam para a morte, do alto de uma rocha, as crianças consideradas fracas ou debilitadas. O voto do ministro destaca a existência de vários dispositivos legais que guardam a vida intrauterina, ressaltando o artigo 2º do Código Civil, que estabelece que a lei põe a salvo o nascituro desde sua concepção, garantindo os seus direitos.

O Ministro Ayres Britto foi favorável à possibilidade de a mulher interromper a gravidez de um feto anencéfalo sem ser criminalizada. Segundo ele: “levar às últimas consequências esse martírio contra a vontade da mulher correspondendo à tortura, a tratamento cruel. Ninguém pode impor a outrem que se assuma enquanto mártir. O martírio é voluntário”. Com o voto do ministro a favor da procedência da ADPF n. 54, formou-se uma maioria pela autorização da interrupção de gestação de fetos anencéfalos. Para o ministro, a gravidez está ligada à vida, e não à morte. É até lógica a escolha da gestante pela interrupção da gestação, segundo afirmou: “É preferível arrancar essa plantinha ainda tenra no chão do útero do que vê-la precipitar no abismo da sepultura”.

O ministro afirma que o direito brasileiro protege a decisão da mulher que decida interromper a gestação de feto anencéfalo. Se a mulher decidir pela interrupção da gravidez, essa decisão deriva do mais sábio e mais forte dos amores, que é o amor materno.

O ministro argumentou: “o amor materno é tão forte, tão sábio, tão incomparável em intensidade com qualquer outro amor, que é chamado por todos de

instinto materno”. E concluiu: “essa decisão da mulher é mais que inviolável, é sagrada”.

Por fim, o ministro sintetiza que a mulher que quiser levar adiante sua gestação resultante de um feto anencéfalo pode assumir até as últimas consequências; ninguém irá proibir, é algo opcional, só depende da gestante.

O ministro Gilmar Mendes votou pela procedência da ADPF n. 54, mas entende que essa situação de interrupção de gravidez de fetos anencéfalos está compreendida como causa de excludente de ilicitude, já prevista no Código Penal, por ser comprovado que esse tipo de gestação é perigoso à saúde da mãe. O ministro ressaltou a importância de que autoridades competentes regulem de forma adequada, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia, para que se possa ter um diagnóstico seguro desse tipo de anomalia. Com a regulamentação pendente, deverá ser a anencefalia atestada por, no mínimo, dois laudos com diagnósticos produzidos por médicos distintos e segundo técnicas de exames atuais. Apesar de o ministro entender que a regra do Código Penal é a vedação ao aborto, avaliou que, no caso de fetos anencéfalos, compreende-se em hipótese de excludente de ilicitude estabelecida pelo Código Penal. Citou o ministro que, conforme a legislação brasileira, o aborto não é punido em duas situações: quando não há outro meio de salvar a vida da mãe ou quando for a gravidez resultante de estupro, casos em que se requer o consentimento da gestante, porque o objetivo é proteger a saúde psíquica da mulher.

Era inimaginável no ano de 1940, em razão das próprias limitações da época, descobrir esse tipo de anomalia; mas, nos tempos de hoje, tornou-se relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de forma que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese de excludente de ilicitude poderia ser considerada uma omissão legislativa, e tal atitude não estaria condizente com a própria Constituição Federal e o Código Penal.

A inconstitucionalidade da omissão está relacionada à ofensa à integridade física e psíquica da mulher, bem como à violação do direito de sua privacidade e intimidade, ferindo também sua autonomia de vontade. Cabe à gestante, com o diagnóstico em mãos, decidir que rumo irá tomar, por isso há uma necessidade de o Estado disciplinar com grande zelo a questão do diagnóstico da anomalia fetal, visto que se trata de um instrumento primordial para a realização desse tipo de aborto. O Brasil já possui medidas que dão prioridades à prevenção e

à repressão ao aborto. O Ministério da Saúde homologou resolução do Plenário do Conselho Nacional de Saúde que atribui ao próprio Ministério a incumbência de promover ações que visem à prevenção da anencefalia, como disponibilizar ácido fólico na rede básica de saúde para dar acesso a todas as mulheres no período pré-gestacional e gestacional ao medicamento.

O ministro Celso de Melo julgou procedente a ADPF n. 54, declarando a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* (para todos) e efeito vinculante, de qualquer outra interpretação que obste a realização voluntária da antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo. O ministro condicionou a interrupção no sentido de que é necessário comprovação por médico legalmente habilitado, reconhecendo-se assim o direito da gestante de passar por tal procedimento sem a necessidade de ordem judicial ou qualquer permissão outorgada pelo Estado. Em seu voto, endossou a proposta do ministro Gilmar Mendes, de que seja solicitado ao Ministério da Saúde e ao Conselho Federal de Medicina adoção de medidas que venham a viabilizar a aplicação desse procedimento.

O ministro, ao iniciar o seu voto, disse que em quarenta e quatro anos de atuação na área jurídica, nunca havia participado de um julgamento de tamanha magnitude envolvendo o alcance da vida e da morte.

O ministro lembrou em seu voto que há divergências no que se refere ao conceito da vida, sobre o seu início e fim, e que a Constituição não define com clareza quando a vida se inicia. Ressaltou que na Assembleia Nacional Constituinte foram apresentadas diversas emendas conceituando o início da vida humana a partir da concepção, mas todas foram rejeitadas.

O último ministro a votar foi Cezar Peluso, que era o Presidente do Supremo Tribunal Federal. Votou pela total improcedência da ADPF n. 54. Frisou o ministro a diferença abissal entre a anencefalia e o uso de células tronco embrionárias em pesquisa, pois, no caso dos embriões, não haveria processo vital, ao contrário do feto anencéfalo, pois este é portador de vida e teria seus direitos tutelados. Para o ministro, se o anencéfalo morre, é porque tem vida, e assinalou que a questão dos fetos anencéfalos deve ser tratada com cautela redobrada, diante da imprecisão do conceito, da dificuldade dos diagnósticos e das controvérsias em torno da matéria. Do ponto de vista jurídico, o presidente do STF entende que para que se considere o aborto crime, basta a interrupção da vida, retirando toda a especulação quanto à sua viabilidade futura ou extrauterina. Nesse sentido, a

conduta em relação aos fetos anencéfalos é vedada de forma frontal pela ordem jurídica.

O princípio da legalidade seria a cláusula geral da liberdade, mas é limitado pela existência das leis, e, para casos tipificados como crime, não há espaço para essa liberdade jurídica.

A descriminalização, que reduz a condição desse feto anencéfalo a lixo, em nada difere do racismo, do sexismo... todos esses casos retratam a defesa e absolvição da superioridade de alguns sobre outros. O ministro ressaltou que não cabe ao STF legislar e que o legislativo não incluiu o caso dos anencéfalos nas hipóteses do Código Penal que autorizam o aborto. Aduziu também que o STF não tem legitimidade para criar judicialmente essa hipótese legal. Concluiu o ministro que a ADPF ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde representa uma tentativa de contornar a má vontade do legislativo em regulamentar a questão, e o Congresso Nacional não quer assumir tamanha responsabilidade e tem motivos para não fazê-lo.

Depois do julgamento do STF, foi criada pelo Conselho Federal de Medicina a resolução de n. 1.989, de 10 de maio de 2012, que define critérios para a interrupção de gravidez de anencéfalos. Por essa resolução, a interrupção só deve ocorrer depois que for feito um exame ultrassonográfico detalhado e assinado por dois médicos. A cirurgia para interromper a gravidez deve ocorrer em local com estrutura adequada; essas são algumas medidas dessa resolução.¹⁶³

O CFM criou uma comissão de especialistas em ginecologia, obstetrícia genética e bioética para definir as regras e normas dessa resolução.¹⁶⁴

A resolução é clara quando diz que é proibida a pressão sobre a gestante para que ela tome uma decisão. Com essa resolução, a mulher tem todo o arcabouço necessário para fazer com segurança a interrupção gestacional em caso de fetos anencéfalos e toda a informação necessária, dentro dos critérios estabelecidos pela CFM.¹⁶⁵

Acerca de tudo que foi exposto em relação ao julgado da ADPF n. 54 e à fundamentação dos votos dos ministros, cabe explanar minha opinião a respeito do mesmo.

¹⁶³CONSELHO Federal de Medicina define critérios para a interrupção de gravidez de anencéfalos. 2012. Disponível em: <<http://migalhas.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

¹⁶⁴Id Ibidem, nota 163.

¹⁶⁵Id Ibidem, nota 163.

Esse julgado foi realmente um grande passo em nosso ordenamento jurídico. Por conta dele, haverá grandes mudanças nas famílias que passarem por esse terrível dilema de ter que interromper uma gestação que é motivo de tristeza, e não de alegria, como a gestação de fetos anencéfalos.

É de grande relevância salientar que a decisão de procedência da interrupção de gestantes portadoras de fetos anencéfalos concedida pelo STF não vem a admitir ou generalizar o aborto, mas apenas são concebíveis a aquelas mulheres que forem portadoras de fetos anencéfalos, pelo fato de haver uma preocupação com a dignidade humana dessa mulher e com os transtornos psicológicos que podem se desenvolver em face do trauma dessa gestação, pois não há chances de sobrevivência no que tange aos fetos anencéfalos, e não seria humano, nem justo, submeter essa mulher a uma tortura de levar adiante uma gestação para dar à luz um feto que, fora de seu útero, não tem a mínima chance de sobreviver.

A vida é um dos maiores direitos garantidos ao homem e é protegida pelo nosso ordenamento. É tida como o mais importante dos direitos, por ser pressuposto indispensável para a aquisição e o exercício dos demais. Todavia, nesse caso dos fetos anencéfalos, não há que falar de vida, então se deve garantir outro princípio fundamental, que também é garantido pela nossa Carta Maior, que é a Dignidade da Pessoa Humana, princípio esse basilar para elencar os demais princípios. Entra o papel da gestante, já que ninguém mais do que ela pode saber a dor, a angústia, a tristeza que é fazer a escolha da interrupção daquele ser que se encontra dentro de seu útero e vem se desenvolvendo a cada dia com a plena convicção de que não nascerá vivo.

Com esse julgado, os ministros demonstraram que os dogmas religiosos estão cada vez mais perdendo força nas decisões do judiciário, pois as leis devem acompanhar o desenvolvimento da sociedade e seus problemas, cabendo a eles, como juristas, resolvê-los, dando um resultado positivo e justo a cada caso concreto.

Por ser um tema muito polêmico e envolver várias opiniões, como religiosas, sociais, costumes, política etc., o resultado desse julgado gerou várias opiniões que trouxeram pontos negativos e positivos, como todo resultado de um julgamento. Porém, a nosso ver, trouxe uma solução para o lado positivo, porque acolheu a mulher no seu estágio mais frágil e perturbador psicologicamente.

A mulher, desde a decisão do STF, tem um respaldo jurídico por conta do qual não precisa mais lutar para que possa ser autorizado judicialmente o procedimento de interrupção. Ela poderá ser acolhida em um hospital com toda segurança e higiene, evitando, com isso, doenças graves, que muitas vezes ocasionava até a morte da gestante decorrente de complicações e infecções adquiridas em clínicas clandestinas, onde não havia um mínimo de higiene, e os médicos as tratavam de maneira vexatória, levando-as ao constrangimento e a uma tortura psicológica.

Por isso, a nosso ver, sábia foi a decisão do STF, que valorizou a dignidade da mulher, demonstrando entender o sério dilema enfrentado por essa mãe, que, além de sofrer uma penalidade da vida, teria que arcar penalmente por um ato que, nesses casos de fetos anencéfalos, é absolutamente razoável.

6 CONCLUSÃO

A interrupção da gravidez de mulheres portadoras de fetos anencéfalos não estaria inserida no rol das espécies de aborto legal previstas no artigo 128 do Código Penal como uma das excludentes de antijuricidade já previstas, quais sejam, quando essa gravidez resultar de estupro ou colocar em risco a saúde da gestante.

Quando houver o diagnóstico de que o feto é portador da anomalia conhecida como anencefalia, este será considerado pela medicina como natimorto, por ter a ausência parcial ou total do cérebro. Com esta característica, sua vida extrauterina seria impossibilitada. Diante dessa constatação que a medicina moderna proporciona, a melhor saída é oferecer à mulher a realização de uma cirurgia terapêutica de forma legal, que objetive a interrupção da gravidez, e não imputá-la uma conduta criminal como a do aborto, pois, de acordo com os princípios fundamentais do direito, em um caso como esse não há afronta à lei, uma vez que seria injusto considerar tal conduta como crime.

É sabido que o direito é um conjunto de regras, mas ele deve também decorrer das relações humanas, pois o mesmo não pode ser estático frente a todas as mudanças que ocorrem na sociedade. Como esta está em constante mudança, o direito deve ser aplicado dinamicamente, pois as leis foram criadas com base em princípios que o dão base, desde que sejam sempre aplicados a cada caso concreto.

Se for analisado em conjunto todos os fatos e preceitos que permeiam a discussão entre a interrupção de fetos anencéfalos e do aborto considerado legal, constata-se que há um conflito dos dois grandes princípios fundamentais na existência do direito, de um lado o Direito à Vida e em outra vertente a Dignidade da Pessoa Humana.

A lei protege a vida do nascituro da mesma forma que garante a dignidade da gestante. Então, diante da situação em que a gestante de um feto anencéfalo carrega consigo a morte, e não a vida, parece-nos injusto e incoerente priorizar o direito à vida de um ser que não sobreviverá, em contraposição à realidade e sofrimento de uma mãe que é obrigada a conviver com uma situação que a atormenta todos os dias.

O Código Penal se contradiz no seu artigo 128, pois quando se trata de gravidez resultante de estupro, a autorização do aborto se fundamenta na dignidade

da mulher, que foi vítima de uma conduta inescrupulosa. Prevalece a autonomia de sua vontade em detrimento do direito à vida de um ser completamente perfeito. Por outro lado, quando a gravidez pode ocasionar risco à saúde da gestante, esta também deve ser preservada, mais uma vez ficando em desfavor a vida do feto ali gerado, também em perfeitas condições.

A lei não pode ser aplicada sozinha sem que ao seu lado se leve em conta a evolução dos seus preceitos. Ao julgador, cabe examinar cada caso concreto aplicando o princípio da proporcionalidade e sendo auxiliado por todas as ciências, aplicando juntamente a ética e buscando sempre uma visão mais humana.

Quando se fala em proteger a vida de um feto em perfeitas condições de sobrevivência extrauterina, não se discute mais a possibilidade nos casos permitidos pelo CP, pois o entendimento favorável à gestante já é consolidado; da mesma forma, não deveria mais ter o que se discutir quanto ao direito de uma gestante que carrega dentro de si um feto anencéfalo ter uma vida digna, ausente de dor e tristeza. Submeter a essa mãe o transtorno de levar a termo uma gestação com esse tipo de anomalia ou de ter que procurar a justiça para poder ter a permissão do Estado para realizar o aborto vai, de forma cruel, de encontro à dignidade e ao respeito ao próximo, situação em que meras formalidades e lacunas que não se adaptam à necessária evolução das normas não podem contrapor a realidade de um caso concreto.

Com o embasamento em causas supralegais, devem ser analisados os casos concretos, com um arcabouço de provas científicas, médicas e jurídicas, avaliando em cada caso os bens jurídicos que estão sendo tutelados e a hierarquia dos mesmos.

É importante frisar, tendo em vista tudo que foi exposto relacionado ao tema, que ao se defender a interrupção da gravidez de gestantes portadoras de fetos anencéfalos, está-se protegendo não só a dignidade dessa gestante, mas também seus sentimentos, pois mesmo que ela consiga a autorização judicial para o procedimento de interrupção, seu psicológico será sempre abalado.

Por isso, houve um grande passo do Poder Judiciário a respeito da questão. Neste ano de 2012, aconteceu o julgamento da ADPF nº 54, tendo como relator o ministro Marco Aurélio. A mesma foi ajuizada pelo Conselho Nacional dos Trabalhadores de Saúde, pedindo à Corte Constitucional que conferisse ao Código Penal uma interpretação conforme a Constituição e declarasse que o aborto de fetos

anencéfalos não é crime. Os principais argumentos usados pela referida ADPF foram: como o feto anencéfalo não desenvolveu o cérebro, ele não tem qualquer condição de sobrevivência extrauterina; perdurar a gestação seria apenas prolongar o sofrimento da mãe, então, rigorosamente não haveria aborto, porque sendo desprovido de cérebro, enquadra-se na lei n. 9.434/1997, que define o marco legislativo para se aferir a morte de uma pessoa: o momento em que se dá a morte cerebral.

Porém, existem também argumentos contrários à ADPF nº 54. Outros setores da sociedade, em especial a Igreja Católica, mostram-se completamente contrários, alegando que o feto já pode ser considerado um ser humano e deve ter o seu direito à vida respeitado; haveria, para eles, chances de vida extrauterina, e nesse sentido exemplificaram com dois casos, que foi o da menina Marcela e o de Ana Vitória. Ainda segundo eles, a legalização do aborto de fetos anencéfalo representaria o primeiro passo para a ampla liberação do aborto no Brasil.

A decisão do STF, porém, deu procedência à ADPF nº 54 pela maioria dos votos dos ministros e declarou a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal. Prevaleceu, dessa forma, o voto do ministro Marco Aurélio, ficando vencidos Cezar Peluso e Lewandowski, que haviam julgado a ação improcedente.

A crítica que pode ser feita à decisão proferida na ADPF nº 54 é no sentido de que não seria o caso de dar uma interpretação conforme o artigo 128 do CP, pois quando se fala nesse artigo parece que se está criando uma nova hipótese de aborto legal, o que não é o caso. Em relação a esse tipo de interrupção de gravidez de fetos anencéfalos, deve-se levar em conta a atipicidade dos fatos, sendo os artigos 124 e 126 suficientes para tanto. É indiscutível que, através desse julgamento, o STF solucionou a questão e pôs fim à controvérsia, uma vez que tal decisão tem efeitos *erga omnes* e é vinculante, ou seja, atinge a toda sociedade brasileira e obriga os demais tribunais a decidirem a questão conforme a decisão. A partir dessa disposição, todas as gestantes de fetos anencéfalos têm o direito de interromper a gravidez sem necessidade de autorização judicial, pois tal conduta não é mais tipificada como crime de aborto. O Conselho Federal de Medicina regulamentou a decisão através da resolução nº 1989/2012, que dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto.

A decisão proferida pelo STF na ADPF nº 54 pode ser considerada uma das mais importantes da Corte e do Direito brasileiro. Passa a reconhecer ainda mais a mulher enquanto sujeito de direitos, respeitando sua dignidade, privacidade, liberdade e autonomia reprodutiva, além de garantir a ela a possibilidade de levar a sua vida conduzindo-a de forma livre, sem uma intervenção indevida do Estado.

REFERÊNCIAS

A ADPF – 54 e o cenário ativista do STF. Disponível em: <<http://direitonet.com.br>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

ABORTO e aprovado pelo STF em casos de anencefalia. Disponível em: <<http://inforgospel.com>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

A GESTAÇÃO de anencéfalos traz riscos e complicações para a saúde da mulher. Disponível em: <<http://agenciapatriciagalvão.org.br>>. Acesso em: 24 out. 2012.

BANDEIRA, Marcos. **A defesa Jurídica da autorização legislativa do aborto anencefálico**. 2009. Disponível em: <<http://marcosbandeira.com.br>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

BARBATO JUNIOR, Roberto. **O aborto de fetos anencéfalos: o direito e a realidade atual**. 2007. Disponível em: <<http://sociologiajuridica.net.br>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte 2 dos crimes contra a pessoa**. 9 ed., revista, atualizada. São Paulo: 2009.

BRASIL. **Código Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p.1286.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

CONHEÇA as propostas de mudanças no Código Penal. **O Globo País**. Disponível em: <<http://www.globo.com.br>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

CONSELHO Federal de Medicina define critérios para a interrupção de gravidez de anencéfalos. 2012. Disponível em: <<http://migalhas.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

COSTA, Ivo Seidel de Souza. A legalidade do aborto eugênico em casos de anencefalia. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

_____. Disponível em: <<http://ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, v.II

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, José Manoel de Souza. **Anencefalia: interrupção da gravidez é uma liberdade de escolha da mulher?** 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 23 out. 2012.

MELO, Fernando Figueredo de. **O processo de descriminalização do aborto de anencéfalo no Brasil**. Disponível em: <<http://Drauziovarella.com.br>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2009. v. II.

NALINI, José Renato. **A gestante tem o direito de interromper a gravidez de feto anencéfalo?** Disponível em: <<http://portaldafamilia>>. Acesso em: 29 out. 2012.

NOVO Código Penal pode liberar aborto, droga e eutanásia. Disponível em: <<http://pavablog.com>>. Acesso em: 18 out. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10 ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Pedro A. Ribeiro. **Fé e política**: fundamentos. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

O PROCESSO de descriminalização do aborto de anencéfalo no Brasil. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br>>. Acesso em: 31 out. 2012.

PARAÍSO, Marco Aurélio da Silva. **O aborto eugênico no atual ordenamento penal brasileiro**. 2012. Disponível em: <<http://www.contéudojurídico.com.br>>. Acesso em: 09 out. 2012.

PASSOS, Danielle de Paula Maciel dos Passos. **Interrupção da gravidez de feto anencéfalo**: a preponderância dos direitos da gestante. Disponível em: <<http://contéudojurídico.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2012.

PFaffenSeller, Michelli. Teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica Artigos**. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

PROPOSTA para novo código penal diminui pena para aborto e eutanásia. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal.nacional>>. Acesso em: 18 out. 2012.

QUEIROZ, Victor Santos. **Reflexões acerca da equiparação da anencefalia à morte encefálica como justificativa para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos**. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 23 out. 2012.

REZENDE, Poliana Guimarães. **Anencefalia**: estudos sobre a legalização do aborto e a doação de órgãos. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

RUDÁ, Antônio Solon. **Direito Penal e bioética**. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 29 out. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVARESE, Maurício. **Cinco ministros são favoráveis à interrupção de gravidez de anencéfalos**; nenhum foi contra. Disponível em: <<http://www.noticias.uol.com.br/ultnot/cienciaesaude/ultimasnoticias/2012>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 212, p. 84-89, abr/jun., 1998.

TAVARES, Andrezza. **Novo Código Penal prevê aborto em mulheres incapazes de ser mãe**. Disponível em: <<http://tribunahoje.com>>. Acesso em: 18 out. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime N. 70011918026**, Relatora Elba Aparecida Nicolli Bastos. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 17 out. 2012.

UMA visão global sobre o aborto. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br>>. Acesso em: 17 out. 2012.

GLOSSÁRIO

- 1) Abissal: ser oriundo do abismo, buraco profundo, sem fundo.
- 2) Efêmera: de pouca duração, temporário
- 3) Esquife: espécie de caixão
- 4) Regozijo: alegria
- 5) Metafísico: que vai além da natureza
- 6) *Amicus Curiae*: amigo da corte, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica.
- 7) Testilha: Debate, disputa , discussão

ANEXOS

ANEXO I

Bebês Anencéfalos



Fonte: <<http://cabuloso.xpg.com.br.>>

ANEXO II



Fonte: <<http://providaanapolis.or.br>>



Fonte: <<http://providaanapolis.or.br>>

ANEXO III

RESOLUÇÃO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO Nº 1.989, DE 10 DE MAIO DE 2012

Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90, republicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173);

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 17 de junho de 2004 (ADPF-54), e declarou a constitucionalidade da antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de feto anencéfalo, o que não caracteriza o aborto tipificado nos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal, nem se confunde com ele;

CONSIDERANDO que o pressuposto fático desse julgamento é o diagnóstico médico inequívoco de anencefalia;

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para o diagnóstico de anencefalia;

CONSIDERANDO que o diagnóstico de anencefalia é realizado por meio de exame ultrassonográfico;

CONSIDERANDO que é da exclusiva competência do médico a execução e a interpretação do exame ultrassonográfico em seres humanos, bem como a emissão do respectivo laudo, nos termos da Resolução CFM nº 1.361/92, de 9 de dezembro de 1992 (Publicada no D.O.U. de 14 de dezembro de 1992, Seção I, p. 17.186);

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo a eles zelar e trabalhar, com todos os meios a seu alcance, pelo prestígio e bom conceito da profissão e pelo perfeito desempenho ético dos profissionais que exercem a Medicina legalmente;

CONSIDERANDO que a meta de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e com o melhor de sua capacidade profissional;

CONSIDERANDO o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o artigo 5º, inciso III da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO o teor da exposição de motivos que acompanha esta resolução;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 10 de maio de 2012, resolve:

Art. 1º Na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez.

Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter:

I - duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável;

II - laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.

Art. 3º Concluído o diagnóstico de anencefalia, o médico deve prestar à gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, garantindo a ela o direito de decidir livremente sobre a conduta a ser adotada, sem impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão ou para limitá-la naquilo que decidir:

§1º É direito da gestante solicitar a realização de junta médica ou buscar outra opinião sobre o diagnóstico.

§2º Ante o diagnóstico de anencefalia, a gestante tem o direito de:

I - manter a gravidez;

II - interromper imediatamente a gravidez, independente do tempo de gestação, ou adiar essa decisão para outro momento.

§3º Qualquer que seja a decisão da gestante, o médico deve informá-la das consequências, incluindo os riscos decorrentes ou associados de cada uma.

§4º Se a gestante optar pela manutenção da gravidez, ser-lheá assegurada assistência médica pré-natal compatível com o diagnóstico.

§5º Tanto a gestante que optar pela manutenção da gravidez quanto a que optar por sua interrupção receberão, se assim o desejarem, assistência de equipe multiprofissional nos locais onde houver disponibilidade.

§6º A antecipação terapêutica do parto pode ser realizada apenas em hospital que disponha de estrutura adequada ao tratamento de complicações eventuais, inerentes aos respectivos procedimentos.

Art. 4º Será lavrada ata da antecipação terapêutica do parto, na qual deve constar o consentimento da gestante e/ou, se for o caso, de seu representante legal.

Parágrafo único. A ata, as fotografias e o laudo do exame referido no artigo 2º desta resolução integrarão o prontuário da paciente.

Art. 5º Realizada a antecipação terapêutica do parto, o médico deve informar à paciente os riscos de recorrência da anencefalia e referenciá-la para programas de planejamento familiar com assistência à contracepção, enquanto essa for necessária, e à preconcepção, quando for livremente desejada, garantindo-se, sempre, o direito de opção da mulher.

Parágrafo único. A paciente deve ser informada expressamente que a assistência preconcepcional tem por objetivo reduzir a recorrência da anencefalia.

Art. 6º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA

Presidente do Conselho

Eem exercício

HENRIQUE BATISTA E SILVA

Secretário-Geral

ANEXO

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO No- 1.989/12

Há mais de 20 anos, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos é realizada no Brasil mediante autorização do Poder Judiciário ou do Ministério Público. Em 12 de abril de 2012, com a conclusão do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 17 de junho de 2004 (ADPF-54), o Supremo Tribunal Federal decidiu que, à luz da Constituição Federal, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos não tipifica o crime de aborto previsto no Código Penal e dispensa, assim, autorização prévia. Os ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes acompanharam o voto do relator, ministro Marco Aurélio, mas acrescentaram «condições de diagnóstico de anencefalia». Celso de Mello condicionou a interrupção da gravidez a que «esta malformação fetal fosse diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado», reconhecendo à gestante «o direito de submeter-se a tal procedimento, sem necessidade de prévia obtenção de autorização judicial ou permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado». Endossou, ainda, a proposta do ministro Gilmar Mendes «no sentido de que fosse solicitada ao Ministério da Saúde e ao Conselho Federal de Medicina a adoção de medidas que pudessem viabilizar a adoção desse procedimento». Prevaleceu, contudo, o entendimento majoritário de que essa matéria deveria ficar a cargo deste Conselho Federal de Medicina, sem prejuízo, na área de sua competência, da respectiva regulamentação do Ministério da Saúde.

A partir dessa decisão, a interrupção da gravidez saiu do âmbito de uma decisão jurídica ou estritamente judicial para tornar-se um protocolo dos programas de atenção à saúde da mulher, exigindo, deste Conselho, a definição dos critérios médicos para o diagnóstico dessa malformação fetal, bem como a criação de diretrizes específicas para a assistência médica à gestante.

Desde o início da discussão sobre a legalidade e a constitucionalidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, restou perceptível a impropriedade conceitual das expressões "aborto", "aborto eugênico", "aborto eugenésico" ou "antecipação eugênica da gestação" para designar a antecipação terapêutica do parto nesses casos. No Direito, em especial no Direito Penal, desde a década de 50 há uma lição de Nelson Hungria sobre situação equiparável, em que o conceito de aborto também foi afastado:

«No caso de gravidez extrauterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto.

Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher.

O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto».

O relator da ADPF-54, ministro Marco Aurélio, que inclusive citou essa mesma lição, reafirmou a necessidade de se diferenciar, no âmbito jurídico-constitucional, o binômio aborto e antecipação terapêutica do parto:

«Para não haver dúvida, faz-se imprescindível que se delimite o objeto sob exame. Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40), que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme a Constituição.

Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto.

Apesar de alguns autores utilizarem expressões "aborto eugênico ou eugenésico" ou "antecipação eugênica da gestação", afastadas, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia».

No contexto jurídico, esse excerto demonstra que a antecipação terapêutica do parto não se confunde com o aborto. Além do mais, a interrupção da gravidez, nos casos de anencefalia, antecipa o momento oportuno do parto, referindo-se ao fim natural da gestação e não à sua temporalidade, contada em semanas na data em que ocorrer a interrupção.

A expressão não se sobrepõe à tradição da semiologia médica que classifica a interrupção da gravidez como aborto ou antecipação do parto, a depender da idade gestacional. Mas é

necessário manter a coerência da construção jurídica feita pela ADPF-54 com a normatização deste Conselho Federal de Medicina. Mais do que questão de semântica ou de semiologia médica a se considerar, trata-se da necessidade de se manter a conformidade com o marco jurídico. Por essa razão, manteve-se, na epígrafe da resolução, a expressão antecipação terapêutica do parto, sem prejuízo de, também, se utilizar a expressão interrupção da gravidez.

A resolução não normatiza nem repete temas previamente regulamentados no Código de Ética Médica, limitando-se a seu objeto, ou seja, à definição de critérios com vistas ao diagnóstico da anencefalia para a antecipação terapêutica do parto, bem como a breves disposições complementares. Não tratou, por exemplo, da objeção de consciência, tema que desperta relevantes considerações éticas, filosóficas, jurídicas e religiosas, quer nos casos de aborto legal, quer nos casos de antecipação terapêutica do parto.

O silêncio não quer dizer indiferença, mas suficiência do Código de Ética Médica na regulação da matéria. No Capítulo I, Princípios fundamentais, a objeção de consciência foi inserida como um direito do médico: «VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente».

A relevância desta garantia levou o Código a repeti-la no Capítulo II, Direitos dos Médicos: «É direito do médico: (...) IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência».

Pelas mesmas razões, a resolução apenas reafirmou o respeito à autonomia da gestante na tomada da decisão quanto a manter ou interromper a gravidez. O Código de Ética Médica impôs ao médico o dever de respeitar a decisão do paciente em diversos dispositivos.

No Capítulo I, Princípios Fundamentais, o respeito à autonomia do paciente foi assegurado no inciso XXI: «No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas».

A autonomia da paciente foi uma das questões mais relevantes em toda a discussão empreendida no julgamento da ADPF-54. Tão relevante que justifica lembrar: autonomia, do grego *autos* (próprio), e *nomos* (regra, autoridade ou lei) foi originariamente utilizada para expressar o autogoverno das cidades-estados independentes.

Na década de 70 - tomando-se como referência o Relatório Belmont - a autodeterminação incorporou-se definitivamente à medicina como um valor moral e jurídico da relação médico-paciente, atribuindo a esse - o paciente - o poder de tomar decisões sobre condutas inerentes a

sua pessoa. O Relatório Belmont, publicado em 18 de abril de 1979, resumiu os trabalhos empreendidos pela National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, criada pela lei conhecida como National Research Act (Pub. L. 93-348), de 12 de julho de 1974. Nele foram apresentados três dos quatro princípios bioéticos adotados universalmente: autonomia, beneficência e justiça. Respeito às pessoas (autonomia) e beneficência decorreram de propostas de H. Tristram Engelhardt; o filósofo Tom L. Beauchamp, que integrou a Comissão, propôs o princípio da justiça. O quarto princípio, a não maleficência (*primum non nocere*), surgiu no livro *Princípios de ética biomédica*, da autoria de Beauchamp e James F. Childress.

O respeito às pessoas, como diretriz para o consentimento informado, não foi originariamente concebido como instrumento de proteção contra riscos, mas como garantia da autonomia e da dignidade pessoal. Tom L. Beauchamp relata que em um dos rascunhos do Relatório Belmont, o de 3 de junho de 1976, o princípio do respeito às pessoas foi apresentado como princípio da autonomia, denominação que acabou aprovada pela Comissão.

Michael S. Yesley, diretor do staff profissional da National Commission, encontrou uma forma de sistematizar o significado de cada princípio, pela qual o princípio do respeito às pessoas deveria ser observado nas diretrizes do consentimento informado; o da beneficência, nas diretrizes para a avaliação do risco e do benefício; o da justiça, nas diretrizes para a seleção de pessoas, de sujeitos para as pesquisas.

Assim, o respeito às pessoas é, também no Código de Ética Médica, imperativo para a obtenção do consentimento informado, exigência contida no Capítulo IV - Direitos humanos: «É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.» E, ainda, no Capítulo V - Relação com pacientes e familiares: «É vedado ao médico: Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte».

A resolução não avançou qualquer regulação sobre o sigilo médico. À medida que a decisão de interromper a gravidez nos casos de gestação de feto anencéfalo passou a ser questão restrita à relação médico-paciente, o sigilo se submete ao disposto no Capítulo IX do Código de Ética Médica. Sua quebra pode caracterizar, além de infração ética, crime tipificado no Código Penal. Sobre a documentação a ser elaborada e inserida no prontuário da paciente, a resolução estabeleceu exigências. A primeira delas é a necessidade de duas fotografias do exame ultrassonográfico, que deve ser realizado, exclusivamente, por médico com capacitação para esse fim. Reafirmou-se, nos considerandos, o inteiro teor da Resolução CFM nº 1.361/92, de 9 de dezembro de 1992 (Publicada no D.O.U. de 14.12.92, Seção I, p. 17.186): «É da exclusiva competência do médico a execução e a interpretação do exame ultrassonográfico em seres humanos, assim como a emissão do respectivo laudo». Sobre o

laudo, a resolução exige que seja emitido por, no mínimo, dois médicos. Além de instrumento do diagnóstico, as fotografias são, também, documentos médicos a serem preservados.

O requisito de pluralidade - laudo emitido por, no mínimo, dois médicos - não teve o objetivo de retirar a suficiência do diagnóstico feito por um só médico; antes, indica que o Conselho Federal de Medicina assegurou o direito a uma segunda opinião, nos termos do art. 39 do Código de Ética Médica. Essa exigência não afasta o direito de a própria paciente solicitar ou buscar outras opiniões ou, ainda, de ter acesso a uma junta médica. Por mais que haja segurança no diagnóstico de anencefalia realizado com a observância dos critérios estabelecidos - a resolução se refere a diagnóstico inequívoco - , esse é um direito inalienável da paciente.

Quanto à idade gestacional, a resolução estabelece que o diagnóstico inequívoco para a interrupção da gravidez só pode ser assegurado após a 12^a (décima segunda) semana de gestação. Essa limitação foi definida com base na *leges artis*. Se com a evolução das tecnologias médicas for possível, no futuro, obter o diagnóstico inequívoco de anencefalia com idade gestacional inferior, o Conselho poderá rever esse limite.

Ainda sobre os documentos, a resolução exige uma ata do procedimento. Essa formalidade foi inspirada naquela exigida pelo §1º do art. 10 da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar. O documento, obrigatoriamente escrito e assinado, deve conter todos os esclarecimentos necessários à tomada de decisão pela gestante, seguidos de seu consentimento.

A ata, as fotografias e o laudo do exame ultrassonográfico estão sujeitos às disposições constantes no Capítulo X - Documentos médicos do Código de Ética Médica e integram o prontuário da paciente.

Interrompida a gravidez, há justificada preocupação deste Conselho Federal com a recorrência de gestação de feto anencéfalo, que tem cerca de cinquenta vezes mais chances de ocorrer, se não forem adotados cuidados após a antecipação terapêutica do parto.

Esses cuidados incluem a contracepção imediata e, ainda, a assistência preconcepcional que deve anteceder uma nova gestação.

Estudos indicam que o uso diário de cinco miligramas de ácido fólico, por pelo menos dois meses antes da gestação, reduz pela metade o risco de anencefalia. Por isso, a resolução determina que a paciente seja referenciada para um serviço que também lhe assegure cuidados preconcepcionais, evidentemente se ela os desejar.

Determina ainda que, havendo disponibilidade, seja prestada assistência multidisciplinar tanto à paciente que decidir interromper a gravidez quanto àquela que optar por sua continuidade. Sobre esta última, a resolução assegura que a ela seja prestada assistência pré-natal, não podendo haver qualquer diferenciação em razão da opção feita. Trata-se, contudo, de gravidez de alto risco, e a assistência médica deverá ser compatível com essa condição.

Por fim, a resolução é peremptória ao afirmar que a opção pela continuidade da gravidez não legitima o abandono da paciente a seu próprio destino, independentemente da viabilidade ou inviabilidade do feto.

São esses os motivos pelos quais o Conselho Federal de Medicina edita esta resolução.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA

Relator

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Relator

JOSÉ FERNANDO MAIA VINAGRE

