

**UNIFOZ – FACULDADES UNIFICADAS DE FOZ DO IGUAÇU
CURSO DE DIREITO**

**INTERRUPÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO E O ABORTO
LEGAL SOB A ÓPTICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

LUIZ MARCELO SZCZEPANSKI

**FOZ DO IGUAÇU
2007**

LUIZ MARCELO SZCZEPANSKI

**INTERRUPÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO E O ABORTO
LEGAL SOB A ÓPTICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

Monografia de conclusão de curso como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito das Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu, sob a orientação da Professora Kelly Cardoso da Silva.

FOZ DO IGUAÇU
2007

O que sabemos é uma gota, o que ignoramos é um oceano. (Isaac Newton)

Aos meus queridos pais que com tanto esforço, me proporcionaram esta oportunidade que jamais esquecerei, a de me tornar sempre alguém melhor e mais digno.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	06
2. NOÇÕES GERAIS SOBRE O ABORTO E A ANENCEFALIA.....	11
2.1. CONCEITO MÉDICO E JURÍDICO DE ABORTO.....	11
2.2. ESPÉCIES DE ABORTO LEGAL.....	12
2.2.1. ABORTO QUANDO DO RISCO À VIDA E A SAÚDE DA GESTANTE...13	
2.2.2. ABORTO DE GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO.....	14
3. GRAVIDEZ RESULTANTE DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E O ABORTO.....	16
4. NATUREZA JURÍDICA DO ABORTO LEGAL	17
5. CONCEITO DE ANENCEFALIA	18
6. PREMISSAS SOBRE AS QUAIS DEVEM PAUTAR A DISCUSSÃO E OS ARGUMENTOS ENVOLVENDO A QUESTÃO DA ANENCEFALIA NO BRASIL.....	21
6.1. PRINCÍPIOS DE LEGALIDADE, LIBERDADE E AUTONOMIA REPRODUTIVA.....	21
6.2. DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	24
6.3. DIREITO À SAÚDE, INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL.....	27
7. RISCOS PRÉ E PÓS-PARTO NA GRAVIDEZ DE ANENCÉFALO.....	28
8. INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO E O ABORTO.....	30
9. PONDERAÇÃO DE INTERESSES.....	32
10. BENS JURÍDICOS TUTELADOS: GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO E GRAVIDEZ DE ANENCÉFALO.....	34
11. PROJETO DE LEI Nº 4.403 DE 2004.....	36
12. ANÁLISE DA ADPF Nº 54.....	38
13. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
14. REFERÊNCIAS.....	45

1. INTRODUÇÃO

Quando questionado o tratamento jurídico a ser dado ao aborto, despertam-se polêmicas intensas e passionais, surgem-se, então, lados distintos, de um lado aqueles que defendem o direito de escolha, a autonomia da mulher, por outro lado existem aqueles que pugnam pelo direito à vida do feto. Divergências que permeiam vários argumentos jurídicos, além dos presentes valores éticos e morais, envolvendo desde a questão da saúde pública até as crenças religiosas.

A vida em sociedade encontra-se numa constante modificação, as leis se adequam de acordo com a modificação dos costumes dos povos, o clima se modifica de acordo com a conduta humana que cada vez mais prejudica a si mesmo, não é diferente com a medicina, mas apesar de todos os avanços tecnológicos e científicos em que se encontram a medicina moderna, existem ainda situações graves de saúde que não podem ser sanadas, nem ao menos de serem amenizadas, dentre elas encontra-se o caso dos fetos portadores de anencefalia, uma anomalia fetal que não permite a sobrevivência do feto após o parto, diante a inexistência de um dos órgãos mais importantes do corpo humano, ou de, pelo menos, parte dele, o cérebro.

Devido à intensa evolução dos métodos científicos de estudo sobre as gestações, através do aprimoramento de técnicas, incentivo às pesquisas e evolução tecnológica, evidencia-se a grande precisão dos diagnósticos das anomalias fetais, esse avanço da medicina pré-natal e pós-natal veio trazer com extrema precisão a situação intra-uterina de um feto em gestação.

O avanço dessa área da Medicina, no que se refere ao acompanhamento pré-natal e pós-natal, derivada da medicina diagnóstica, trouxe a tona, ainda que, involuntariamente, a polêmica da eterna discussão sobre a legalização ou não do aborto, em especialmente no que se refere ao feto anencéfalo. Neste momento o questionamento sobre o que se deve fazer diante do diagnóstico desta anomalia fetal, que é incompatível com a vida extra-uterina tornou-se inevitável.

O Código Penal Brasileiro vigente, em seu artigo 128, incisos I e II, autoriza a realização do aborto, em apenas duas situações distintas, são os chamados, “erroneamente”, pela lei, de abortos legalizados, a primeira hipótese

1. INTRODUÇÃO

Quando questionado o tratamento jurídico a ser dado ao aborto, despertam-se polêmicas intensas e passionais, surgem-se, então, lados distintos, de um lado aqueles que defendem o direito de escolha, a autonomia da mulher, por outro lado existem aqueles que pugnam pelo direito à vida do feto. Divergências que permeiam vários argumentos jurídicos, além dos presentes valores éticos e morais, envolvendo desde a questão da saúde pública até as crenças religiosas.

A vida em sociedade encontra-se numa constante modificação, as leis se adequam de acordo com a modificação dos costumes dos povos, o clima se modifica de acordo com a conduta humana que cada vez mais prejudica a si mesmo, não é diferente com a medicina, mas apesar de todos os avanços tecnológicos e científicos em que se encontram a medicina moderna, existem ainda situações graves de saúde que não podem ser sanadas, nem ao menos de serem amenizadas, dentre elas encontra-se o caso dos fetos portadores de anencefalia, uma anomalia fetal que não permite a sobrevivência do feto após o parto, diante a inexistência de um dos órgãos mais importantes do corpo humano, ou de, pelo menos, parte dele, o cérebro.

Devido à intensa evolução dos métodos científicos de estudo sobre as gestações, através do aprimoramento de técnicas, incentivo às pesquisas e evolução tecnológica, evidencia-se a grande precisão dos diagnósticos das anomalias fetais, esse avanço da medicina pré-natal e pós-natal veio trazer com extrema precisão a situação intra-uterina de um feto em gestação.

O avanço dessa área da Medicina, no que se refere ao acompanhamento pré-natal e pós-natal, derivada da medicina diagnóstica, trouxe a tona, ainda que, involuntariamente, a polêmica da eterna discussão sobre a legalização ou não do aborto, em especialmente no que se refere ao feto anencéfalo. Neste momento o questionamento sobre o que se deve fazer diante do diagnóstico desta anomalia fetal, que é incompatível com a vida extra-uterina tornou-se inevitável.

O Código Penal Brasileiro vigente, em seu artigo 128, incisos I e II, autoriza a realização do aborto, em apenas duas situações distintas, são os chamados, “erroneamente”, pela lei, de abortos legalizados, a primeira hipótese

diz respeito à gravidez resultante de estupro, e, a segunda do aborto de feto que leva a gravidez a um risco de morte e de saúde à gestante. Por outro lado, silencia-se, a lei, no que diz respeito a possibilidade da interrupção da gravidez nos casos em que o feto possui grave anomalia fetal, particularmente a anencefalia. Dentre todas as nuances que permeiam este assunto, denota-se uma questão polêmica e de grande impacto na sociedade, desde o seu aspecto religioso, moral e jurídico.

Doutrinadores posicionam-se favoravelmente ao aborto eugenésico no caso desta anomalia, mas será esta conduta equiparada a eugenia? Discorrem determinados juristas, posicionando-se contra a interrupção da gestação do feto anencéfalo que falta amparo legal para legalizar tal conduta. Outros objetam, acertadamente, que na época da edição da norma relativa ao aborto, a ciência médica ainda não tinha avançado, de forma significativa, ao ponto de oferecer um diagnóstico seguro e extremamente preciso sobre a inviabilidade fetal. Mas atualmente, não existem dúvidas acerca da viabilidade de se apresentarem diagnósticos os mais exatos possíveis, em casos de anomalias fetais, dentre outros.

Mas a questão da legalização do aborto de feto anencefálico (diga-se que seria mais apropriado o termo interrupção de gravidez), só entrou em foco nas discussões do Judiciário no ano de 2004, quando Gabriela de Oliveira Cordeiro, após lutar por todas as instâncias da Justiça, obtendo várias decisões conflitantes, teve sua filha, Maria Vida, portadora de anencefalia, que morreu minutos depois de nascer, antes que o seu Habeas Corpus fosse julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

O Poder Judiciário a fim de tentar resolver este problema, veio, através da emissão de alvarás judiciais¹, autorizar a realização da interrupção da gravidez nos casos de má-formação fetal incompatível com a vida extra-uterina, especialmente no caso da anencefalia, salienta-se. Mas entender do que se refere e busca o alvará, nesta situação, poucos compreendem. A mulher,

¹ Para uma análise detalhada sobre os alvarás expedidos no Brasil e a postura dos médicos perante as más-formações incompatíveis com a vida extra-uterina, confira-se FRIGÉRIO, Marcos Valentim. e os artigos de Débora Diniz, que destacam, entre outros pontos, a argumentação utilizada nos processos judiciais: O Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais; e Quem Autoriza o Aborto Seletivo? Médicos, Promotores e Juízes em Cena.

depois de enfrentar as barreiras do judiciário, e tendo seu pedido provido, poderá interromper uma gravidez de um feto portador de anomalia grave. Terá, ela, atendimento médico e psicológico adequados. O direito legal devidamente adquirido não retira a decisão da livre escolha da mulher, a sua autonomia de vontade e reprodutiva. Cada gestante decide de acordo com suas convicções, quer sejam pessoais ou religiosas.

Portanto, a ausência de lei expressa, não tem o significado de que o Judiciário não pode, face o caso concreto, deixar de autorizar a interrupção da gravidez no caso da anencefalia, tomando por base princípios constitucionais ou supra-legais. Mas a dificuldade que encontram as gestantes é de que os pedidos de qualquer tipo de autorização judicial, especialmente para a interrupção da gestação, demandam tempo, angustia, sofrimento e não por raras vezes desaguam em Instâncias Superiores, para um fato cronologicamente determinado, a termo, como é o caso de uma gravidez, e que esta demora pode transformar-se em verdadeira tortura psicológica para a mãe.

Não apreciar um pedido de interrupção da gravidez, tendo conhecimento de que a prática de abortos clandestinos é ampla, corriqueira e foge ao controle do Estado, dá a conseqüência da contribuição e reforço a idéia de que o único caminho viável e sem delongas para a interrupção da gravidez seja o das clínicas clandestinas. Não é tão incomum a ocorrência de casos de abandono de recém nascidos em lixeiras, rios e nas ruas, em certos casos ainda com o cordão umbilical ligado a seu corpo. As mulheres ricas e de classe média resolvem o aborto ou a prevenção, da melhor maneira possível, mas as pobres se colocam em uma situação de risco e podem ficar estéreis ou acabar morrendo ao procurarem estas clinicas para realizarem o aborto. E essa é a questão que deve ser discutida.

Constatado que o feto é portador de anencefalia, impedir a interrupção da gestação seria submeter a mãe a um sofrimento inaceitável e injusto. Como pode uma mãe viver nove meses com a angustia de que seu filho tão esperado não viverá certamente? Como fica a serenidade e a dignidade desta mãe, que por nove meses verá sua barriga crescer dia após dia sabendo do fim certo do ser que está ali gerando? Cabe lembrar que o produto desta gestação só possui vida devido ao metabolismo da mãe, devido ao cordão umbilical, visto

que a ausência do cérebro não daria a este ser nenhuma expectativa de vida extra-uterina.

Tem-se, portanto a desnecessidade de a mãe carregar em seu ventre um filho que não tem sequer possibilidade de ter vida, e que a mesma, além da dor física que terá durante os nove meses de gestação, sofrerá e se torturará todos os dias sabendo que seu filho nascerá e morrerá, em seguida.

Não existindo nenhum direito absoluto garantido no atual ordenamento jurídico, nem mesmo o direito a vida, a proposta em discussão deve ser analisada de forma especial, com a racionalidade e ética devidas, retirando do todo a questão religiosa que envolve o debate em questão.

Muitos juízes, quando analisam esses pedidos de autorização para a interrupção da gestação, no caso específico da anencefalia, os têm deferido com base em princípios constitucionais, especificamente os de que ninguém deve submeter-se a tratamento desumano e degradante e, na dignidade da pessoa humana. Outros utilizam-se da analogia em "*bonam partem*", argumentando que o prosseguimento de uma gravidez desse tipo, acarretaria danos à saúde mental e física da gestante, comparando ao permissivo legal, do estado de necessidade.

Mesmo na falta de lei expressa sobre esse tema, que é rodeado de controvérsias, todas as decisões, quer sejam deferindo ou indeferindo os pedidos pleiteados, são sempre baseadas nos Direitos Humanos Fundamentais.

Finalizando o estudo, devem ser analisados todos os argumentos que pairam sobre a discussão acerca da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, enfatizando aos princípios da dignidade da pessoa humana, direito à saúde, direito à integridade física e moral, a liberdade e a autonomia de vontade e reprodutiva, além do direito à vida.

O enfrentamento desta tamanha e tão grave lacuna que existe em nosso ordenamento jurídico, faz com que este momento seja histórico no judiciário brasileiro. Em oportuno momento, presta-se a cumprir o princípio fundamental do artigo 1º da Constituição Federal, respeitando, o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que se assegure à gestante de feto anencéfalo a liberdade de prosseguir ou interromper sua gravidez, utilizando a equidade e ponderação de interesses para responder a essa

necessidade social emergente.

Encontrar fundamentos e posicionamentos que possibilitem justificar ou não a legalização da prática desse tipo de conduta tem sido a preocupação de juristas e de muitos estudiosos do direito nas últimas décadas. Justifica-se esta preocupação, tendo em vista os fortes argumentos apresentados por aqueles que defendem o direito da mulher, de sua dignidade e de seu direito de dispor de seu próprio corpo, devido a sua autonomia reprodutiva e por aqueles que defendem ser o direito à vida superior a qualquer outro direito, sendo ele absoluto e sem exceções.

Mostra-se, portanto, extremamente importante, trazer à baila a discussão que envolve a anencefalia, sob a óptica dos Direitos Humanos Fundamentais, e os tipos, excludentes de antijuridicidade que se refletem ao aborto da gravidez resultante de estupro e o terapêutico, que partem em vertentes diferentes. O tema em exame como vislumbra-se, é grandioso e controverso, envolve sentimentos éticos, morais, políticos e religiosos, mas ater-se aos aspectos jurídicos e o fundamento para chegar-se ao consenso comum.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE O ABORTO E A ANENCEFALIA

2.1. CONCEITO MÉDICO-LEGAL E JURÍDICO DE ABORTO

A conduta da prática do aborto consiste no fato da interrupção de gravidez de um feto que tenha viabilidade de sobrevivência, ou seja, deve o feto ter possibilidade de vida extra-uterina.

Houaiss conceitua aborto da seguinte forma: *“aborto é a expulsão provocada ou consentida do produto da concepção, com o propósito de obstar que ele venha a ter qualquer possibilidade de vida extra-uterina”*².

Destaca-se, também, o conceito de aborto na doutrina de Mirabete: *“O aborto é a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção, que pode ser ovo, embrião ou o feto, conforme a fase de sua evolução. Pode ser espontânea, natural ou provocado, sendo nesse último caso criminoso, exceto se praticado em uma das formas do art. 128.”*³

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção, que pode ser o ovo, o embrião ou o feto. Ele pode ocorrer em qualquer fase da gravidez, ou seja, entre a concepção e o início do parto. A partir do instante em que se inicia o nascimento, o delito passa a ser de infanticídio ou homicídio, conforme o caso.⁴

Ao criminalizar o aborto, o legislador, é certo que tutelou o bem jurídico, vida do nascituro. Daí vem a questão a ser discutida, pois no caso da anencefalia o feto é considerado um natimorto, sem alguma expectativa de vida, portanto, a interrupção da gestação desse feto anencéfalo, cuja vida extra-uterina é absolutamente inviável, seria crime ou não? Para alguns criminalistas, afirmam que no caso dessa anomalia, o feto é natimorto, como dito acima, e não tem vida e, portanto, não havendo vida, não há nenhum bem jurídico a ser tutelado pelo Direito positivado.

Eis o entendimento de Nelson Hungria:

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 como se falar em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. Afirmando ainda, que não estaria em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos

² [Sinnedria dos Santos Dias](http://www.direitonet.com.br/artigos/x/22/82/2282/), autora disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/22/82/2282/>>, acessado em 05 de setembro de 2007.

³ Marcos Orlandi, autor disponível em <www.direitonet.com.br/textos/x/17/03/1703/DN_a_i_legalidade_do_aborto_por_anomalia_fetal.doc> acessado em 05 de setembro de 2007.

⁴ Adriana Tenório Antunes Reis, autora disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10492>>, acessado em 05 de setembro de 2007.

atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher.⁵

O aborto na visão médico-legal significa nascer prematuramente, ou seja, antes do tempo. A lei não estabelece limites para idade gestacional em que ocorre a interrupção da prenhez, isto é, aborto é a interrupção da gravidez com o intuito de morte do concepto, seja ela desde a fecundação até os momentos antes do início do trabalho de parto. Já na visão da obstetrícia o aborto é considerado a interrupção da gravidez, espontânea ou propositada, desde o momento da fecundação do óvulo pelo gameta masculino até a 21ª semana de gestação, pois da 21ª semana até a 28ª semana fala-se em parto imaturo; e da 29ª até a 37ª semana tem-se o chamado parto prematuro. Portanto, a obstetrícia só admite a hipótese de aborto dentro das primeiras vinte e uma semanas de desenvolvimento do ovo. Ademais, ainda sob essa ótica, é necessário que o feto esteja pesando menos de 500 gramas para definir o episódio como aborto, ou que tenha até 16,5 cm de comprimento. Na realidade, o entendimento de aborto legal é baseado no conceito médico (obstetrícia), conceito este que foi formulado baseado na viabilidade fetal extra-uterina.⁶

Portanto, como já fora mencionado, toda discussão no que diz respeito a possibilidade ou não, da interrupção da gestação de feto com anencefalia, pauta-se, em argumentos constitucionais.

2.2. ESPÉCIES DE ABORTO LEGAL

Dentre as espécies de aborto expressas no ordenamento jurídico brasileiro, prevê o artigo 128 do Código Penal os casos em que o aborto é permitido por lei, quando há a ocorrência de circunstâncias que tornam lícitas a prática do fato abortivo, as causas de excludentes de antijuridicidade, embora não estejam assim discriminadas no artigo em questão. São os casos de aborto necessário ou terapêutico e o aborto do feto decorrente de gravidez resultante de estupro, também conhecido de aborto sentimental ou humanitário.

Segundo o artigo supra mencionado⁷ : *Não se pune o aborto praticado por médico:*

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Neste caso não é sensato punir uma mulher que sofre risco de morte, bem como risco à sua saúde física e psíquica, como tem entendido os julgados, devido a ser a gestação, comprovadamente por laudo médico, prejudicial, necessitando, portanto, a interrupção da gravidez. Aqui o direito à

⁵ Autor disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/28889,1>> acessado em 05 de setembro de 2007.

⁶ Autor disponível em <http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/61/1561/DN_aborto.doc>, acessado em 05 de setembro de 2007.

⁷ Artigo 128, inc I e II do Código Penal vigente na legislação brasileira.

vida e saúde da gestante contrapõem-se ao direito à vida de um feto plenamente saudável, em perfeitas condições.

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Entendeu também a legislação penal, no caso do inciso "II", que também não se deve punir a gestante que já sofre e sempre sofrerá por todo o resto de sua vida, a traumática e dolorosa violência do estupro, tratamento cruel e degradante que atenta à dignidade da mulher, mas que se contrapõem ao direito à vida do feto, também saudável.

É importante ressaltar que a norma legal, não obriga, pelo contrário, permite que a mulher decida se pretende continuar ou não com a gestação, não punindo sua conduta e a do médico, caso opte pela sua interrupção, o direito a autonomia reprodutiva da mulher prevalece. Preserva-se, portanto o direito de escolha da mulher.

2.2.1. ABORTO QUANDO DO RISCO À VIDA E A SAÚDE DA GESTANTE

O direito à saúde, está expressamente garantido na Constituição federal em seus artigos 6º, caput, e 196 a 200⁸, estes dispositivos constitucionais incumbem ao Estado o dever e a obrigação de dar todo o aparato possível ao sistema de saúde buscando sempre bem-estar físico e psíquico das pessoas, dentre outros.

O denominado aborto terapêutico tem como fundamento fático a situação de vida ou morte da gestante, neste caso a lei seria demasiadamente rígida, somente autorizando o aborto diante da provável morte da gestante em decorrência do processo de gravidez. O dispositivo, por este contexto, seria de um rigor inadmissível caso os tribunais não estivessem atenuando o rigor desta exigência. Portanto, várias decisões vem no sentido de autorizar o aborto não somente para salvar a vida da gestante quando de um eminente e grande risco de morte, mas também no que condiz com a preservação de sua saúde física e psíquica.

⁸ Artigos 6º, caput, 196 e 200 da Constituição Federal de 1988.

Se a prática do aborto é a única forma de salvar a vida ou de preservar a saúde física ou psíquica da gestante, o médico deve agir e deve realizar o procedimento, com ou sem o consentimento da gestante.

2.2.2. ABORTO DE GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO

HUNGRIA, ao discorrer sobre o aborto de gravidez resultante de estupro, afirma 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.”*⁹

É inquestionável perante a sociedade que a mulher que engravida de um ato decorrente de violência tamanha tem um sofrimento fora dos padrões normais, mas devem ser esclarecidos alguns questionamentos: deve ser punido o feto, condenando-o a morte? A mulher vítima do estupro não terá trauma algum após a prática do aborto? A violência que deturpou a mulher e que atenta inteiramente à sua dignidade e honra não vem a somar, pela prática do aborto de um ser que culpa alguma tem?

O Legislativo deveria analisar estes casos com maior atenção, criar programas que dão acompanhamento às vítimas de violência sexual, orientando-as e tentando minimizar o seu trauma seria uma boa solução.

Por outro lado, não vislumbra-se igual proteção à saúde psicológica da mulher quando analisamos os pedidos de interrupção da gestação de um feto anencéfalo.

*Excluindo o crime de aborto no caso de interrupção da gravidez resultante de estupro, o legislador brasileiro deu solução corajosa a uma questão tão controversa. É este o aborto sentimental ou por indicação ética. É pacífico que o estupro inclui-se, criminologicamente falando, dentre aqueles delitos que violentam a sociedade pela hediondez tamanha de sua prática, bem como, por atentar contra a liberdade da mulher e afrontar todos os preceitos de ordem moral e religiosa de nossa sociedade, ou seja, aqueles que as autoridades na maioria das vezes não tomam conhecimento pela hediondez da conduta, pelo medo de retaliação à vítima pelos autores do delito, aliada à desonra humilhante e ao pudor da vítima. Receosa de ser ainda mais afrontada em sua honra, à pobre mulher não resta outra alternativa senão guardar silêncio. Muitas vítimas, com medo de novas humilhações, ao invés de procurarem a ajuda do Poder Judiciário para abortarem, preferem o caminho da ilegalidade, recorrendo a clínicas particulares, sempre clandestinas, que acabam por realizar o aborto às escondidas.*¹⁰

Todos tem plena consciência do quão horrenda é a conduta praticada

⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 312.

¹⁰ Autor disponível em <http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/61/1561/DN_aborto.doc>, acessado em 15 de outubro de 2007.

no caso do estupro, mas tem-se que analisar também o outro lado da questão, seria o feto culpado por tal atitude?

Acertou o legislador em excluir a antijuridicidade do aborto quando de uma gravidez resultante de estupro mas deve, porém, o legislador, sopesar valores quando em suas mãos está a angustia e o sofrimento de uma pessoa que tem um filho que nascerá para morrer, como na anencefalia, dando tratamento igualitário para ambos os casos.

3. GRAVIDEZ RESULTANTE DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E O ABORTO

Apesar do artigo 128, inciso II do Código Penal somente autorizar legalmente o aborto nos casos de gravidez resultante de estupro, a doutrina e o judiciário têm entendido pacificamente, que, por analogia, deve ser o aborto autorizado nos casos de gravidez resultante de atos libidinosos diversos da conjunção carnal que sejam cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. É a analogia "*in bonam partem*".

A polêmica em torno da regulamentação do aborto em caso de atentado violento ao pudor chegou ao Poder Judiciário. O ministro do Supremo Tribunal Federal, ministro Celso de Mello, não apenas defendeu o projeto aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara como propôs a ampliação das duas hipóteses legais em discussão no Congresso. Mello sugere que o aborto legal também seja admitido quando houver grave risco para a saúde da gestante, também como tem admitindo a jurisprudência e inúmeros doutrinadores, sustenta a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de má formação do feto, especificamente no caso da anencefalia e, em situações excepcionais, quando a gravidez for conseqüência de atentado violento ao pudor previsto no artigo 214 do Código Penal.¹¹

Devido a tamanha importância dada ao assunto existe o Projeto de Lei nº 3.744, de 2004, de autoria do Deputado Coronel Alves, que dá nova redação ao artigo 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, autorizando o aborto para a gravidez resultante de atentado violento ao pudor ou outra forma de violência à mulher.

4. NATUREZA JURÍDICA DO ABORTO LEGAL

Examinando o artigo 128 do Código Penal, a maioria da doutrina criminalista, reconhece no preceito uma causa de exclusão de antijuridicidade. Erroneamente, o Código Penal, dá a entender que ali se encontra uma causa de exclusão de penalidade quando diz “não se pune” nos levando a uma escusa absoluta, mas ao deixar expresso no texto da lei o termo “aborto legal”, verifica-se sim a existência de uma excludente de antijuridicidade.

Da mesma forma Magalhães Noronha¹²:

Segundo cremos, não é das mais felizes a redação do art. 128. Se o fundamento do inc. I é o estado de necessidade, e o do II ainda o mesmo estado, conforme alguns, ou a prática de um fato lícito, não nos parece que na técnica do Código se devia dizer “não se pune...” Dita frase pode levar à conclusão de que se trata de dirimente ou de escusa absoluta, o que seria insustentável. Em tal hipótese, a enfermeira que auxiliasse o médico, no aborto, seria punida.

¹¹ Autor disponível em <<http://forums.obgyn.net/obstet-I/OBSTETL.9708/0031.html>>, acessado em 06 de setembro de 2007.

Nos incisos do art. 128, o que desaparece é a ilicitude ou antijuridicidade do fato, e, conseqüentemente, devia dizer-se: "Não há crime.

*Damásio Evangelista de Jesus*¹³ diz sobre o caso:

A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. Os dois incisos do artigo 128 contém causas de exclusão de antijuridicidade. Note-se que o CP diz que "não se pune o aborto". Fato impunível, em matéria penal, é fato lícito. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do artigo 128, não há crime por exclusão de ilicitude. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse "não se pune o médico".

FRAGOSO,¹⁴ : *"Tanto no caso de aborto necessário, como no de aborto sentimental, não há crime por exclusão de antijuridicidade da ação."*

Diante das várias citações doutrinárias, decisões judiciais e propostas de modificação da redação do referido artigo, não há dúvidas de que o artigo 128 do Código Penal contempla uma excludente de antijuridicidade. Sendo o crime um fato típico, antijurídico e culpável, excluindo a antijuridicidade o fato continua ser típico, mas lícito, como indica o artigo ao expressar a terminologia aborto legal.

5. CONCEITO DE ANENCEFALIA

Existem diversos casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida descobertas pela medicina moderna, dentre estes a anencefalia é a que mais se evidencia de acordo com a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia.

Segundo a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia¹⁵, a estimativa é de 1 caso a cada 1.600 nascidos vivos. Acrescente-se que, a cada ano, o número de registros de nascimentos com vida no Brasil tem oscilado entre 2,7 e 3,0 milhões/ano. O número de casos comprovados de gestação de fetos anencéfalos tem aumentado de forma significativa, colocando o Brasil, segundo a Organização Mundial de Saúde, na posição de quarto país do mundo em ocorrência de anencefalia.¹⁶

¹² Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1995, vol. 2.

¹³ Direito Penal, v. 2, Código Penal. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 1992.

¹⁴ FRAGOSO, Cláudio Heleno, *Lições de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.152.

¹⁵ Cf. <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>>, acessado em 21 de setembro de 2007.

¹⁶ Maíra Costa Fernandes, disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf)>, acessado em 21 de setembro de 2007.

Segundo consta da petição inicial da argüição de descumprimento de preceito fundamental n° 54, da autoria do Professor Luís Roberto Barroso, “a anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.”¹⁷

Já para Maria Helena Diniz¹⁸, 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.

Segundo médicos pesquisadores do National Institute of Neurological Disorders and Stroke a anencefalia recebe a seguinte definição científica:

Anencefalia é um defeito no tubo neural, uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula, e/ou suas coberturas protetivas. O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3ª e 4ª semanas de gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. A anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça, onde se localiza o tubo neural, falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com esta disfunção nascem sem testa, a parte da frente do cérebro, e sem um *cerebrum*, a área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação. A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente, e incapaz de sentir dor. Embora alguns indivíduos com anencefalia talvez venham a nascer com um tronco rudimentar de cérebro, a falta de um *cerebrum* em funcionamento permanente deixa fora de alcance qualquer ganho de consciência. Ações de reflexo tais como a respiração, audição ou tato podem talvez se manifestar. A causa da anencefalia é desconhecida. Embora se acredite que a dieta da gestante e a ingestão de vitaminas possam caracterizar uma resposta, cientistas acreditam que há muitos fatores envolvidos.¹⁹

O Conselho Federal de Medicina considera o feto anencéfalo um natimorto cerebral, por não possuir os hemisférios cerebrais e o córtex cerebral, mas somente o tronco. Como causas de tal problema podem ser apontadas dentre anormalidades genéticas, fatores ambientais, entorpecentes, enfermidades metabólicas, interação de fatores genéticos e ambientais e deficiências nutricionais e vitamínicas, especialmente a

¹⁷ A petição inicial em questão, neste tópico, faz referência a Richard E. Behman, Robert M. Kiegman e Hal B. Jenson, Nelson/Tratado de Pediatria, Ed. Guanabara Koogan, 2002, p. 1777. Autor disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7111>>, acessado em 06 de setembro de 2007.

¹⁸ Autor disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7111>> Citando: Victor Santos Queiroz, Em O Estado Atual do Biodireito, São Paulo: Saraiva, 2001, p.281.

¹⁹ (Tradução livre). Autor disponível em: <<http://www.anencephaly.net/anencephaly.html>>., acessado em 07 de setembro de 2007.

baixa ingestão de ácido fólico.²⁰ A incidência pode ser maior também em mulheres muito jovens ou de idade avançada. A exposição da gestante no início da gravidez a produtos químicos, solventes e irradiações, e o consumo de tabaco e bebidas alcoólicas também são apontados como elementos capazes de influenciar na má-formação fetal.²¹

Anencefalia, segundo William Bell, “*é a malformação letal na qual a abóbada do crânio é ausente e o crânio exposto é amorfo*”²². Diz, com precisão, o cientista William Bell, a respeito da anencefalia, “*que entre 75 e 80 por cento desses recém-nascidos são natimortos e os restantes sucumbem dentro de horas ou poucos dias após o nascimento.*”²³ A literatura médica, no mundo, tem essa constatação.

Em 1940, quando da elaboração do Código Penal brasileiro, não existia tecnologia suficiente para realizar um diagnóstico com extrema precisão, da situação intra-uterina do feto em gestação, mais especificamente a respeito da má formação congênita. Mas não é o que acontece na atualidade, devido aos grandes avanços tecnológicos e científicos da medicina moderna.

O feto anencéfalo, por lhe faltarem os hemisférios cerebrais e o córtex, não tem chances de sobrevivência fora do útero, mesmo não negando sua condição humana. Desde a publicação da Lei 9.434/97, que regulamenta a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, a morte encefálica é considerada como critério definidor de morte. De tal modo, partindo do aludido juízo, não há qualquer motivo que justifique a manutenção de uma gravidez na hipótese de anencefalia.

²⁰ Autor disponível em http://www.medicosecurador.com/sncfetal/articulos/anomalias_2htm, acessado em 07 de setembro de 2007.

²¹ BELL, Willian, citado por Maíra Costa Fernandes, autora disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf), acessado em 07 de setembro de 2007.

²² Autor disponível em http://ghente.org/doc_juridicos/parecerer_oab_anencefalo.htm citando em seu artigo: Doenças do recém-nascido, obra coletiva, Interamericana, 4 ed., 1979, p. 627, acessado em 05 de outubro de 2007.

²³ Autor disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9875&p=2> citando em seu artigo: Doenças do recém-nascido, obra coletiva, Interamericana, 4 ed., 1979, p. 627, acessado em 05 de outubro de 2007.

6. AS PREMISSAS SOBRE AS QUAIS DEVEM SE PAUTAR A DISCUSSÃO E OS ARGUMENTOS ENVOLVENDO A QUESTÃO DA ANENCEFALIA NO BRASIL

A Constituição Federal Brasileira de 1988, ao criminalizar o aborto e ao autorizá-lo em alguns casos excepcionais, não tratou expressamente da interrupção da gestação de feto anencéfalo, seja para autorizá-lo, seja para proibi-lo. Porém, isto não significa que o tema da interrupção voluntária da gravidez neste caso em especial seja um indiferente constitucional. Muito pelo contrário, a matéria está fortemente impregnada de conteúdo constitucional, na medida em que envolve diversos princípios e valores de grande importância social, o que a seguir serão demonstrados.

6.1. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, LIBERDADE E AUTONOMIA

REPRODUTIVA

Não havendo norma jurídica que autorize ou proíba a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo, não significa que tal conduta não esteja sustentada por princípios do direito. É sobre essa argumentação, dentre outras, que se baseia a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, proposta com o objetivo de que seja aplicada aos artigos que discorrem sobre o aborto no Código Penal, interpretação conforme a Constituição, para que seja autorizada legalmente a denominada interrupção da gestação do feto anencéfalo.

Com efeito, os artigos 124 e 126 do Código Penal tutelam o direito à vida do feto. Se acaso aqui se discutisse a constitucionalidade de uma interrupção voluntária da gravidez de feto viável, discorrer-se-ia acerca da ponderação possível entre os direitos da gestante e as expectativas de direitos do feto. Contudo, não é este o caso, já que estamos diante de um exemplo claro de ausência de possibilidade de vida extra-uterina, feto cuja anomalia é fatal em 100% dos casos.

O artigo 128, por sua vez, leva em conta os direitos da mulher, em relação ao direito de preservar sua vida e sua dignidade, excluindo, portanto, a ilicitude se não houver outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez for resultante de estupro. Não é difícil imaginar que aqui estaria prevista a interrupção da gravidez por anomalia fetal, se fosse possível produzir diagnósticos precisos sobre ela na década de 40.

A legislação brasileira passou ao largo da questão, deixando de produzir qualquer norma sobre a hipótese em exame e mais, não havendo restrição legal, assim mesmo impende seja garantida a liberdade da mulher, desrespeitando o Princípio Constitucional da Legalidade²⁴. Ora, por que estaria então a gestante forçada a manter uma gravidez que, comprovadamente, pode atingi-la nos seus mais caros direitos, à saúde, à integridade física e moral, dentre outros? Seria injustificável afronta a sua liberdade e a sua autodeterminação. Vale destacar que a autonomia reprodutiva está resguardada por diversos Tratados e Convenções Internacionais, dos quais o Brasil é signatário,²⁵ aumentando cada vez mais o reconhecimento e a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher pela Comunidade

²⁴ art. 5º, II, da CRFB, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Autor disponível em <[www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf)>, acessado em 08 de setembro de 2007.

²⁵ Destaque-se o Plano de Ação da Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento do Cairo (1994), cujo artigo 4º é de extrema relevância. Retirado de: <[www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf)>, acessado em 08 de setembro de 2007.

Internacional.²⁶

O princípio da legalidade trata-se da base fundamental do Estado Democrático de Direito, sendo submetido a todos, quer seja ao Poder Público bem como aos cidadãos. Assim, somente a lei pode limitar a vontade das pessoas.

Neste contexto, emerge o direito à liberdade. Liberdade é a faculdade que uma pessoa tem de fazer ou não fazer algo. Envolve sempre um direito de escolha entre duas ou mais alternativas, de acordo com a sua própria vontade.

De acordo com José Afonso da Silva²⁷:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero: "a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal". Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Nessa concepção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à idéia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente.

A mulher frente a decisão de interromper ou não uma gestação, é certo que passa por sofrimento e questionamentos, sejam de cunho social, moral, econômico, cultural, familiar e religioso. Optar pela interrupção da gestação também não é uma escolha fácil, livre de pressões. Em um dado momento, pode representar a solução de um problema, em outro, pode a mesma mulher optar pela continuação da gravidez e ser muito feliz com isso. Não bastasse a complexidade da questão, soma-se um agravante, o tempo. Trata-se de uma decisão que não pode esperar indeterminadamente.

O ato de decidir sobre a interrupção da gestação é, então, por si só delicado. Torna-

²⁶ A defesa e a articulação dos direitos que têm as mulheres a um tratamento de qualidade, à escolha pessoal e, desde logo, à liberdade nas decisões relativas ao seu corpo e às suas opções reprodutivas são aspectos importantes daquilo que se revela como um movimento definidor e protetor dos direitos reprodutivos das mulheres. Cresce o reconhecimento da importância da autodeterminação das mulheres relativamente à sua saúde e bem-estar." COOK, Rebecca J. Estimulando a efetivação dos direitos reprodutivos. In: COOK, Rebecca J. et alli (Org). *Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 13-60. Autor disponível em <[www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf)> , acessado em 08 de setembro de 2007.

²⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 212. Cordeiro. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 março de 2007.

se, porém, traumatizante, quando a escolha da mulher sofre a intervenção do Estado repressor. É justamente isso que hoje ocorre com muitas mulheres que procuram o Judiciário para ver reconhecida a sua autonomia reprodutiva. No caso de um feto anencéfalo, a expectativa vivida atualmente pelas mulheres que se vêem obrigadas a aguardar uma autorização judicial, para realizar uma interrupção da gravidez, é de incomparável angústia, levando-as a passar por todas as fases de uma gestação considerada inútil. Superado, minimamente, o trauma causado pelo recebimento da notícia sobre a inviabilidade fetal, quando enfim a mulher decide que não quer levar a gestação adiante, ela é obrigada a fazê-lo, ou a esperar pela autorização legal, muitas vezes até o momento do parto, simplesmente porque a anacrônica legislação da década de 1940 não podia prever o diagnóstico de um feto com tamanha deformidade cerebral e, por isso, não a inseriu como hipótese de exclusão de ilicitude.²⁸

Configuraria um contra-senso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto humanitário, permitindo nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal incompatível com a vida extra-uterina, em que inexiste um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica.

Há a legítima pretensão da gestante em ver respeitada sua vontade de dar continuidade à gravidez ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher.

6.2 . DIREITO À VIDA E DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os fundamentos jurídicos a favor do aborto do feto anencefálico levantados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, consistiam na afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade, além do desrespeito ao direito à saúde, em virtude da estrita subsunção da tipificação criminal do aborto, previsto nos artigos 124 e seguintes do Código Penal, mesmo nos casos em que verifica a ausência do cérebro no feto.

Quando estão lado a lado o aborto legal, quando da gravidez resultante de uma relação não desejada, que é o estupro e antecipação do parto do feto portador de anencefalia, não autorizado em nosso meio legal, colocam-se em

²⁸ Maíra Costa Fernandes disponível em: < [www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf)> , acessado em 10 de setembro de 2007.

choque princípios constitucionais, os basilares e norteadores do Direito Pátrio. Não há como discutir a questão da legalização do aborto sem debater o problema da proteção jurídica da vida humana intra-uterina. De fato, se a interrupção voluntária da gravidez implica em eliminação desta vida, é preciso verificar se, e até que ponto, ela recebe proteção da ordem constitucional brasileira. O nobre Legislador levando em conta o sentimento humanitário, e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, legalizou o aborto da gravidez resultante de estupro, com fundamento que seria desumano e injusto constranger uma mulher a suportar a dor de carregar algo fruto de violência tamanha. Mas em contrapartida desconsiderou o princípio basilar de nosso ordenamento jurídico que é o direito à vida do feto. Deste choque, através de uma análise razoável e proporcional, sobressaiu-se a dignidade da gestante em face a vida do feto em perfeitas condições de vida. Portanto, o Direito Penal solidariza-se com a mulher vítima de estupro não exigindo dela que carregue em seu ventre o resultado de tão grande violência física e psíquica. Mas em contrapartida, em relação aos casos da anencefalia, nosso ordenamento jurídico silencia-se, não havendo previsão legal para a legalização deste tipo de aborto. Aqui se deixou de lado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade e à saúde da gestante, pois esta terá que carregar dentro de seu útero algo que certamente não terá alguma expectativa de vida extra-uterina, gravidez que deveria ser um fato de alegria e vida que torna-se fato de tristeza e de espera, espera do futuro não distante e certo que é a não sobrevivência do ser que está ali sendo gerado. Dá-se o direito à vida àquilo que nem viverá e retirar-se-á a dignidade de uma mãe que sofrerá todos os dias a tristeza e angústia de ver sua barriga crescendo dia após dia sem esperança de vida de seu filho. Vislumbra-se que a razão fica de fora e a aplicação proporcional dada ao caso não se estabelece.

Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha²⁹:

A dignidade humana põe-se na lágrima vertida sem pressa, sem prece e, principalmente, sem busca de troca. Tal como se tem no pranto de Antígona, a dignidade não provoca, não intimida, não se amedronta. Tem ela a calma da Justiça

²⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (os Novos Domínios Científicos e Seus Reflexos Jurídicos). Publicado na obra coletiva O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 27. Retirado de: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/34748,1>>, acessado em 10 de setembro de 2007.

e o destemor da verdade. É por isso que Antígona representa a dignidade do ser humano para além da vida, a que se acha sem rebouços nos momentos extremos da experiência humana e nos quais desimporta a conduta do outro ou a correspondência de seu sentimento, de sua fé ou de seu pensamento em relação àquele que se conduz dignamente. Dignidade é alteridade na projeção sociopolítica tanto quanto é subjetividade na ação individual.

Nos casos em que a mulher está grávida de um feto portador de anencefalia, a violação à dignidade da pessoa humana consiste no fato de se impor que ela leve adiante a gestação de um feto destinado a morrer instantes após o parto, causando-lhe dor, angústia e frustração. Neste contexto, muitas mulheres comparam a experiência da obrigatoriedade da gravidez de um feto portador de anencefalia à tortura. Na realidade, a análise desta questão, concernente à autorização ou não da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, apresenta, de um lado, o direito à vida, assegurado a todos após a concepção, e, de outro, os direitos à dignidade humana, à liberdade e à saúde, expressamente consagrados na Constituição Federal e que buscam pôr a vida humana a salvo de todo tipo de dor e injustiça. Neste sentido, torna-se claro que a solução para este caso passa evidentemente pela técnica da ponderação entre os interesses do feto anencefálico e os interesses da gestante, pois nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida do nascituro, quando do outro lado da balança encontra-se a dignidade humana da gestante.

Uma mulher que recebe o diagnóstico de uma gravidez cujo feto é anencéfalo vê cair por terra todos os seus planos de realização e felicidade. É uma dor inimaginável, um sofrimento que só aquelas que passam por tal situação têm condições de descrever.

Vejam-se alguns trechos da entrevista concedida por Gabriela de Oliveira Cordeiro³⁰ a Débora Diniz no dia 03 de março de 2004:

Uma mulher chegou ao nosso lado e me perguntou: "Por que está chorando? É o primeiro filho? Qual o nome? Tem berço?". Eu chorei tanto, que assustei o hospital todo, todo mundo veio falar comigo. Isso já acontecia antes. Eu saía na rua, as pessoas viam minha barriga e me perguntavam: "já fez o chá-de-bebê?". Um dia eu não agüentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na Internet. Se você vai buscar informações é aterrorizante. Ele

³⁰ Gabriela, paciente do Habeas Corpus 84.025-6 RJ impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, deu à luz a Maria Vida, feto que resistiu sete minutos após o parto, antes que os Ministros o julgassem.

sonhava que ela tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu não tive esperanças na hora do parto. Ela não chorou. O médico falou que ela poderia durar três dias. O corpo estava todo perfeito. O pior momento foi quando ela morreu. O desespero foi enorme.³¹

Assim, tendo em vista todo o sofrimento enfrentado por essas mulheres, pode-se concluir que obrigá-las a carregar, em seu ventre, um ser que deixará de existir se dela desconectada, constitui uma ofensa à sua dignidade de mulher, de mãe, enfim, de pessoa humana. Portanto, quando há um outro interesse relevante em jogo, que torna razoável a lesão ao bem jurídico vida, não há que se falar em resultado jurídico sem validade. Deste modo, antecipa-se a morte do feto, mas isso é feito em respeito a outros interesses sumamente relevantes.

Verifica-se, então, que já é possível expressar o entendimento que a interrupção da gravidez, comprovada a anencefalia fetal, não esta em desacordo com os preceitos constitucionais e com o ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, a legalização desta opção está em perfeita consonância com os valores defendidos pela Constituição Federal.

6.3. DIREITO À SAÚDE DA GESTANTE, À SUA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL

Quando a saúde de outrem está em risco não se pode levar somente em conta a violação à integridade física da pessoa, deve ser analisada também, dentro de um todo sua integridade moral. Nos casos em que a mulher grávida, não consegue autorização para a interrupção de sua gestação e é obrigada a dar continuidade à gestação de um feto anencefálico, seu direito à saúde, certamente será violado pelos mesmos motivos os quais já foram argumentados anteriormente, haveria uma violação à sua dignidade pessoal, ou seja, a lesão à sua integridade moral.

Como já foi explanado, é inquestionável, na hipótese da anencefalia, que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos. Quando diagnosticada esta anomalia, cria-se na mulher, perigosa perturbação

³¹ ANIS. Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 17, 19 e 20. Retirado de <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10492>>, acessado em 15 de setembro de 2007.

emocional, que atinge a si própria e a seu núcleo familiar como um todo, que sofrem junto ante o desespero da mãe. Os quadros de depressão são comuns, a frustração, deporta a uma infinita tristeza e de angústia suportadas pela gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto que sequer terá sobrevida.

Obrigando uma mulher a levar a termo uma gestação de um filho que não poderá ver crescer e se desenvolver como ser humano, que verá apenas a dor de seu enterro, impõe a ela sofrimento desnecessário e demasiadamente cruel. Adiar o parto, não será uma celebração da vida, mas um ritual de morte, viola em todos os sentidos a integridade física e psíquica da gestante, numa comparação à tortura.

Ao impedir a interrupção da gravidez de feto anencefálico, configura uma violação proposital do direito de uma pessoa, causando dores ou sofrimento agudo, físico ou mental, consubstanciado no impedimento de todos os mecanismos legais para fazer uso de sua vontade.

7. RISCOS PRÉ E PÓS-PARTO NA GRAVIDEZ DE ANENCÉFALO

Diversos especialistas destacam as dificuldades relativas ao parto de um feto anencefálico. Segundo o médico Jorge Andalaft, nesses casos, *“o parto é 22% mais arriscado do que quando não se apresenta a má-formação fetal. Isso decorre da própria deformidade do feto que, não possuindo caixa craniana formada, não se encaixa corretamente para o parto, apresentando-se sentado ou atravessado.”*³² O feto anencefálico não possui os ossos da cabeça, importantes para empurrar o colo do útero e, assim, nascer de parto normal. Então, o trabalho de parto, que normalmente dura de 6 a 8 horas, em feto anencefálico pode durar entre 14 e 18 horas.

Não sendo possível realizar o parto rapidamente, é aconselhável que a

³²

ANDALAFT NETO, Jorge. *O Fim da Peregrinação*. In: ANIS (Org.). Anencefalia, 2004.

gestante seja medicada com analgésicos ou procure a ajuda de um anestesista, pois a dor pode ser muito forte.

A gestante de feto anencefálico deve receber um acompanhamento médico pré e pós-parto ainda mais cuidadoso do que o habitual em casos de fetos saudáveis. Com esse diagnóstico, a mulher tem 25% de chances de contrair doenças hipertensivas na gravidez e, uma vez elevada a pressão arterial, ela pode apresentar pré-eclampsia³³ e eclampsia.³⁴ Aumentam as possibilidades de desmaios e convulsões. Diante desse quadro, aconselha-se a realização de uma consulta ao médico especialista a cada quinze dias.³⁵

Thomaz Gollop³⁶ contribuiu com uma excelente síntese do problema, em linguagem acessível para leigos. Confira-se:

Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. Em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâmio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de deslocamento prematuro de placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencefálicos, por não terem o pólo cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distorcia do ombro, porque nesses fetos, com frequência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão no parto do ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grandes no ponto de vista obstétrico. Assim sendo, há inúmeras complicações em uma gestação cujo resultado é um feto sem nenhuma perspectiva de sobrevivência. A distorcia de ombro acontece em 5% dos casos, o excesso de líquido em 50% dos casos e a atonia do útero pode ocorrer em 10% a 15% dos casos.

De todo o exposto, verifica-se que uma gravidez de anencéfalo gera riscos à saúde e até risco de morte à gestante, portanto, nestes casos a autorização para a interrupção da gestação deverá ser procedente, ante o direito à saúde e à vida da gestante.

³³ “Síndrome multisistêmica, caracterizada por hipertensão e proteinúria [excesso de proteína na urina], após 20 semanas de gravidez, em mulheres com pressão arterial normal previamente.” REZENDE, Jorge de e MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa. *Obstetrícia Fundamental*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara Koogan, 9ª ed., 2003, p. 227. Retirado de <[www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf)>, acessado em 15 de setembro de 2007.

³⁴ “É definida como a presença de convulsão em mulheres com pré-eclampsia”. Idem, ibidem, p. 228. Autor disponível em <[www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf)>, acessado em 15 de setembro de 2007.

³⁵ Fonte: Cd-room “*Dr., eu não sabia*” ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). Brasília: ANIS, 2004, que traz o depoimento do Dr. Jorge Andalaft Neto, professor titular de ginecologia e obstetrícia da Universidade de Santo Amaro e presidente da Comissão Nacional de Violência Sexual e Interrupção da Gestação da FEBRASGO. Autor disponível em <[www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf)>, acessado em 15 de setembro de 2007.

³⁶ Thomaz Gollop é médico obstetra, especialista em Medicina Fetal e professor da Universidade de São Paulo (USP). A síntese ora transcrita pode ser encontrada em GOLLOP, Thomaz Rafael. *Riscos Graves à Saúde da Mulher*. In: ANIS (Org) Autor disponível em <[www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf)>, acessado em 15 de setembro de 2007.

8. INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO E O ABORTO

Conforme todas estas condições deve-se enfrentar a questão do aborto do anencéfalo, a começar pelo exame da adequação ou inadequação da denominação aborto, na medida que se trata de feto sem vida, ou, numa linguagem médica moderna, trata-se de um feto com morte cerebral, com inviabilidade de vida extra-uterina.

Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é que não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo, a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher se contrapõe ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada. Nesse caso, a eventual opção da gestante

pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? A interrupção da gravidez de um feto anencefálico pode ser considerada prática abortiva?

Neste sentido as seguintes decisões:

Diante da solicitação de autorização para a realização de aborto, instruída com laudos médico e psicológico favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois será comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras incompatíveis com a vida extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez.³⁷

Afigura-se admissível a postulação em juízo de pedido pretendendo a interrupção da gravidez, no caso de se constatar a má-formação do feto, diagnosticada a ausência de calota craniana ou acrania fetal, com previsão de óbito intra-uterino ou no período neonatal. Apesar de não se achar prevista dentre as causas autorizadas do aborto, dispostas no art. 128 do CP, a má-formação congênita exige situação anômala específica à adequação da lei ao avanço tecnológico da medicina que antecipa a situação do feto.³⁸

O Desembargador Alberto Franco, ao encaminhar o anteprojeto de Lei da Comissão para Reforma do Código Penal, deixa claro que se deva excluir da antijuridicidade o aborto praticado no caso de feto inviável.

Uma vez aprovado o anteprojeto, as autorizações seriam desnecessárias como excludente de ilicitude e não haveria causa para invocação da prestação jurisdicional.

Análise de Tessaro, a respeito do tema:

Faz-se necessária e urgente uma adequação legal aos avanços da tecnologia médica, ressaltando o alto grau de confiabilidade conferido aos exames pré-natais, garantindo assim a todas as gestantes que se depararem com esse dilema, o direito de optar livremente entre interromper ou levar a termo esta gravidez, conforme suas convicções pessoais. Além disso, o direito a interrupção da gravidez assegura a gestante que este procedimento será conduzido por profissional habilitado e realizado em estabelecimento médico-hospitalar adequado, preservando-a dos riscos de um abortamento clandestino.³⁹

O olhar da problemática da anencefalia com “olhos de ver” cristaliza o entendimento de que a manifestação favorável do Estado-Juiz para a realização do procedimento médico é a representação, a um só tempo, do respeito e observância do direito à saúde, do direito à liberdade em sua acepção “lato sensu”, do direito à preservação da autonomia da vontade, do

³⁷ Decisão do TJSC-AC-Rel. Jorge Mussi-RT 756/652.

³⁸ Decisão do TAMG-AC- Rel. Duarte de Paula – RT 762/147.

³⁹ TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 109.

princípio da legalidade e, acima de tudo, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois a submissão à vontade estatal denegatória resulta em violência às vertentes do princípio em comento, de forma física, moral e psicológica.

9. PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Comumente, quando é aplicado o Direito, normas legais elaboradas para o fim de proteger determinado bem jurídico, acabam por sacrificar um outro bem jurídico tutelado. Diante dessa situação, deve o hermeneuta contrabalançar os valores em questão, e assim, concluir acerca da pertinência jurídica da norma.

Ao analisar a questão referente à possibilidade ou não de interrupção do parto de um feto portador de anencefalia, percebe-se, a existência de um conflito de interesses, um conflito de princípios constitucionais. De um lado, o feto que tem assegurado, desde a concepção, o direito à vida. E, de outro, a mulher violada psicologicamente ao se ver obrigada a manter uma gestação, cujo feto é portador de uma anomalia incompatível com a vida extra-uterina, tendo sua dignidade de pessoa humana, sua liberdade e seu direito à saúde violados.

Direitos que, mais que andarem juntos, lado a lado, se completam, vida e dignidade humana, agora entram em conflito. Diante desta situação, como o

jurista deve proceder? Não resta dúvida alguma que para se dar uma solução a tal conflito deve-se aplicar a técnica da ponderação dos valores de tais bens a partir dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que devem pautar a atividade de interpretação da norma.

O difícil é saber qual é o ponto de equilíbrio entre estes princípios em conflito. Deve prevalecer o direito do feto de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto?

Ou, por outro lado, deve prevalecer o direito à dignidade da mãe, que sabe que o ser que gera não poderá viver fora de seu ventre, de modo que deve ser colocada a salvo da dor e sofrimento que o prolongamento do processo de gestação lhe causará? Neste embate entre vida e dignidade, direitos igualmente fundamentais, qual deve preponderar sobre o outro?

Evidencia-se, uma resistência à possibilidade do aborto em caso da anencefalia fetal, pois este não é visto com a mesma paixão quanto à possibilidade do abortamento de um feto saudável. E de relevância o fato de que a não autorização legal para o aborto do feto anencéfalo leva a possibilidade de que a gestante busque outros meios, não legais, para a realização do aborto, o que pode vir a prejudicar sua própria integridade física ainda mais.

10. BEM JURÍDICO TUTELADO NO CASO DE ABORTO DA GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO E A ANENCEFALIA

O Estado, de acordo com as normas penais, seleciona os bens jurídicos, que incorporam à legislação, e se tornam protegidos e tutelados, sob a ameaça do Direito Penal. De acordo com o grau de cultura e a evolução social, o Estado define qual bem da vida valorado objetivamente deve estar protegido.

Sabe-se que no tipo penal aborto o bem jurídico tutelado pela norma é a vida, portanto, o Direito Penal, ao punir o aborto, está, efetivamente, punindo a frustração de uma expectativa de uma vida, a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa, deve-se, no caso da anencefalia ponderar os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade da autonomia privada da mulher, prevalecendo a dignidade da mulher, tendo ela o direito de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais, religiosas e seu sentimento pessoal. É de difícil compreensão o porquê de tanta discussão em torno do tema da anencefalia e o aborto. Os mesmos bens jurídicos tutelados pelas hipóteses vigentes de aborto legal, quais sejam, a vida da gestante, sua saúde física e psíquica, são também invocados em relação a interrupção da gestação do feto anencéfalo e, o que é mais relevante, sem o sacrifício da vida do feto, pois a medicina afirma sem margem de erro que este não terá a possibilidade de vida extra-uterina e é considerado um natimorto. Mais de 65% dos casos de anencefalia resultam em morte do feto ainda dentro do útero. Alguns doutrinadores defendem, a atipicidade do aborto seletivo, ou seja, aquele em que o feto é portador de anomalia inviável, partindo-se do pressuposto de que o bem jurídico tutelado pelo direito positivo, a vida intra-uterina, não existiria em face de não haver expectativa de vida do concepto. 40

Assim, defende-se que o direito à vida amplamente difundido em nossa constituição, também tutelado como bem jurídico no Código Penal, não teria aplicabilidade na interrupção de gestação de feto anencéfalo. Preconiza-se que o bem jurídico vida defendido, sobretudo no delito de aborto, seria na verdade uma expectativa de direito defendida pelo legislador, assim o feto portador de anomalia fetal inviável, por não possuir esta expectativa, não teria este bem jurídico tutelado, não possuindo legitimidade passiva na figura típica do crime de aborto.

Considerando, por fim, que a penalização do aborto somente existe para tutelar o direito à vida, nada justifica a continuidade da gestação, pois o feto anencéfalo não tem qualquer chance de vida extra-uterina, e sua manutenção atentaria contra a dignidade da pessoa humana.

As duas situações, qual seja da gravidez resultante de estupro e da gestação de um feto anencéfalo, no que tange ao período gestacional, produzem semelhante aflição psicológica na mulher. A primeira, porque os nove meses de gestação representam uma suprema exigência e sofrimento da mãe que a cada instante estará revendo as cenas horrendas que produziram esta gravidez. A segunda, porque a cada dia estará vendo o desenvolvimento agônico de um ser que dá mais um passo no inexorável caminho da morte. Não há distinção possível no âmbito destas duas situações do ponto de vista dos valores jurídicos a serem preservados.

É certo, porém, que a decisão da interrupção da gravidez, nestes casos, encontra-se no campo de autodeterminação dos pais. Não há vida potencial a ser preservada já que não há possibilidade de vida extra-uterina. Quando a lei protege o nascituro tem em mira a necessidade de proteção, de preservação de uma vida potencial, que neste caso inexistente. É fato inconteste que esse assunto está a exigir um disciplinamento legal, que ponha fim às incontáveis contendas judiciais provocadas por situações dessa natureza. Se os legisladores restringiram a apenas dois os casos em que o aborto não é punível, os avanços do conhecimento técnico e científico demonstram que é preciso corrigir o que está claro ser uma omissão da lei, pois é possível constatar, sem erro, uma condição fetal na qual não há qualquer possibilidade de vida extra-uterina e cuja perpetuação apenas resultaria em danos físicos e psicológicos para a mulher e sua família.

11. O PROJETO LEI Nº 4.403 DE 2004

Em relação a toda esta problemática que envolve o caso da anencefalia, destaca-se o Projeto de Lei nº 4.403; de autoria da deputada Jandira Feghali, este projeto acrescenta ao artigo 128 do Código Penal um terceiro inciso.

Este novo inciso delimita expressamente a técnica de diagnóstico elementar, evidenciando o avanço da medicina e, retirando qualquer dúvida que possa existir quanto a viabilidade ou inviabilidade da vida do feto em gestação, em relação a este apresentar grave ou incurável anomalia.⁴¹

No que condiz a este projeto, foi apresentada emenda, de autoria do deputado Rafael Guerra, restringindo a autorização legal à hipótese de anencefalia, que não estava expressa no projeto inicial, delimitando e restringindo ainda mais a autorização à hipótese da anencefalia.

A redação do inciso vem agora nos seguintes termos: “Art.128- Não se pune o aborto praticado por médico: III- quando há evidência clínica embasada em técnica de diagnóstico complementar de que o nascituro apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante.”⁴²

Portanto, houve nova emenda a tal proposta da Deputada, no sentido de se especificar e deixar mais delineado que o aborto, como excludente de antijuridicidade, só seria possível expressamente no caso da anencefalia, não se estendendo interpretação a qualquer outro tipo de anomalia incurável, bem quanto ao necessário consentimento da gestante à prática de tal ato.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Brasil deu parecer no sentido de dar uma proposta de alteração da redação do referido projeto para estender a hipótese à gestante incapaz, que anteriormente não era estendido, circunstância em que a autorização será fornecida pelo seu representante legal e para esclarecer o tipo de diagnóstico que se espera. Feitas estas pequenas ressalvas, a redação proposta foi a seguinte: “Art.128- Não se pune o aborto praticado por médico: III- quando há evidência clínica embasada em técnica de diagnóstico complementar ao da gravidez de que o nascituro apresenta anencefalia e o aborto é

⁴¹ Autor disponível em http://www.jornaldedebates.ig.com.br/index.aspx?cnt_id=15&art_id=5125, acessado em 16 de setembro de 2007.

⁴² Idem.

precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal.⁴³

Neste parecer, portanto, apenas foi acrescentado, que a gestante incapaz também poderia realizar o aborto no caso da anencefalia, quando do consentimento de seu representante legal.

Não se discute a importância de atualizar o texto do Código Penal de 1940 em função do avanço tecnológico que permite, com segurança, diagnosticar anomalias fetais já a partir do primeiro exame ecográfico. Tal preocupação está expressa também, nos Projetos de Lei nº 1.174/91, 3.280/92; 1.956/96; 4.834/05 e 660/07.

12. ANÁLISE DA ADPF N° 54

A discussão a cerca da possibilidade da interrupção da gestação de feto anencéfalo e o aborto, tomou espaço na sociedade com amplitude maior no ano de 2004, quando o Ministro do STF Marco Aurélio deferiu liminar na Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54⁴⁴, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

Na presente demanda a inicial requeria a suspensão de todos processos em andamento que discutiam às hipóteses de interrupção de gestação de fetos anencéfalos, assegurando às gestantes o direito de submeterem-se ao procedimento que leve à interrupção da gravidez e ao médico a possibilidade de realizá-lo, atestada, por profissional devidamente habilitado, a referida anomalia, sem a necessidade de apresentação prévia da autorização judicial ou qualquer forma de permissão específica do Estado, sem que se configure 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 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.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde registra que o Judiciário vem firmando jurisprudência, por meio de decisões proferidas em todo o país, reconhecendo o direito das gestantes de se submeterem à antecipação terapêutica do parto nesses casos. As decisões em sentido inverso, no entanto, desequilibravam essa jurisprudência.

Por trás de toda discussão técnica processual referente ao caso, salientam-se questões muito mais importantes, referentes aos aspectos morais e jurídicos implicados na causa e que, certamente, ainda que não enfrentados neste momento pelo STF, já despertaram a atenção de diversos segmentos de nossa sociedade anteriormente.

Objeto da arguição, em justiça, são as normas do Código Penal que estabelecem a punição do aborto. De acordo com uma interpretação conforme

⁴⁴ A petição inicial da ação pode ser conferida em BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 559-582.

a Constituição do disposto nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, inspirada, sobretudo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo respeito aos direitos fundamentais à liberdade e saúde da gestante, excluiria a possibilidade de ser considerado crime o aborto do feto anencefálico, pela incidência da exclusora de antijuridicidade. É importante lembrar, que a argüição proposta ao Supremo Tribunal Federal tem por escopo justamente a ampliação das hipóteses de justificação para a conduta que realiza a interrupção da gestação, já admitida, por exemplo, em casos de gravidez resultante de estupro, de modo a alcançar os casos em que há diagnóstico de anencefalia do feto.

A referida petição inicial interposta pela CNTS na ADPF nº 54 contém o seguinte:

Que essa Egrégia Corte, procedendo a uma interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez do feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.⁴⁵

Verifica-se na aludida petição que a negativa da autorização da interrupção da gestação de feto portador de anencefalia fere Direitos Humanos Fundamentais ligados diretamente ao direito da dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, além do direito à saúde da gestante.

O referido Ministro, na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, concedeu a liminar, no dia primeiro de julho de 2004, “*ad referendum*” do Tribunal Pleno, esta decisão teve como conseqüência um duplo efeito, ela interrompeu todos os processos e decisões que ainda não haviam transitadas em julgado que sejam relativos à prática da interrupção de gestação, em razão da anencefalia, e concedeu às gestantes o direito de optar pela interrupção da gestação de feto anencéfalo, a partir de laudo médico confirmatório dessa anomalia, já que o diagnóstico de tal anomalia é exato em 100%. Ocorre que esta acertada decisão veio a ser erroneamente cassada

⁴⁵ ADPF nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Autor disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>, acessado em 21 de outubro de 2007.

por maioria de votos em acatamento à proposta do Ministro Eros Grau, como se verá a seguir.

No dia 20 de outubro de 2004, foi decidido pela revogação parcial da medida liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio, mantendo-se a interrupção de todos processos e das decisões judiciais em relação ao caso, mas afastando-se a possibilidade da interrupção de gestação, diante do diagnóstico de anencefalia fetal.

Após a manifestação do relator, o Ministro Carlos Ayres Brito pediu vista dos autos, suspendendo a questão de ordem. Em seguida, a liminar foi apreciada pelo Plenário, que decidiu, por maioria, não a referendar.

Alguns meses depois, foi aprovada, por sete votos a quatro⁴⁶, a admissibilidade da ADPF nº 54, retornando os autos ao Ministro relator para instrução do processo. Saliente-se que o STF afastou um dos maiores obstáculos ao reconhecimento da constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez de feto anencefálico, quando entendeu que a hipótese era não de atuação como legislador positivo, mas de interpretação conforme a Constituição.

Os Ministros, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Mello, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, assim como o Min. Relator, Carlos Ayres Brito, posicionaram-se em sentido favorável ao pedido proposto na argüição.

Eis trechos de votos de alguns desses Ministros:⁴⁷

Sobretudo a autonomia de vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas conseqüências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda (“A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu”), pois o fruto de um parto anencéfalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus. (Min. Carlos Ayres Brito)

Não tenho dúvidas de que centenas de mulheres espalhadas pelo País vêm sendo ou correm risco potencial de ser molestadas, ameaçadas, constrangidas por atos do

⁴⁶ Votaram favoravelmente à admissibilidade da ADPF os ministros Marco Aurélio (relator), Carlos Ayres Brito, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim (presidente) e pelo não-conhecimento da ação os ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso.

⁴⁷ Trechos extraídos da gravação em vídeo da aludida sessão de julgamento, transmitida pela TV Justiça. Autor disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/34426,1>>, acessado em 18 de setembro de 2007.

poder público, caso venham a tomar a decisão, de profundo conteúdo autonômico, de interromper a gestação, se constatado, por atos médicos apropriados, que o feto de que são gestantes tem a deformação congênita denominada anencefalia. O risco de lesão a um direito fundamental da mulher parece-me evidente. (Min. Joaquim Barbosa)

A interpretação que se há de fazer da lei anterior, ainda que admitida a sua recepção, há de fazer-se a partir das regras, e mais do que as regras, a partir dos princípios da Constituição superveniente. Por isso, a superveniência da Constituição pode sim levar, sobretudo quando se soma — e isso é o que se sustenta — a mudança dos conhecimentos médicos a respeito da questão, pode levar sim a uma inversão do que parecia um límpido, claro, indiscutível sentido da Lei anterior, quando ao tempo de sua promulgação. (Min. Sepúlveda Pertence)

A Ministra Ellen Gracie, ao analisar a questão posicionou-se no sentido de que o caso deveria ser solucionado na esfera legislativa, mas salientou que: *“a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas.”*⁴⁸

Quanto ao mérito, manifestaram-se contrariamente ao pedido os Ministros Eros Grau, Carlos Velloso e Cezar Peluso.

Destaca-se que a liminar concedida pelo ministro do STF Marco Aurélio Mello, enquanto vigente, destacou que a interrupção da gravidez, por ser de feto anencefálico, não seria um aborto, pois não há chance alguma de vida extra-uterina do feto, seria apenas uma interrupção de gravidez e para outros até mesmo uma antecipação de parto.

Verifica-se que este assunto certamente está a exigir previsão legal, não só pela repercussão do tema na mídia, mas, sobretudo, em razão da disparidade das decisões judiciais proferidas. As mulheres que buscam junto ao Poder Judiciário autorização para a prática do aborto no caso de comprovada anencefalia estão hoje diante de verdadeira “roleta russa”. Não havendo vetor para a decisão em cada caso concreto além do sistema de crenças do próprio julgador.

13 . CONSIDERAÇÕES FINAIS.

⁴⁸ Autor disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/34426,1>>, acessado em 18 de setembro de 2007.

A interrupção da gestação de feto portador de anencefalia não está incluída no rol das espécies de aborto legal previstas no artigo 128 do Código Penal, como uma das excludentes de antijuridicidade já previstas, quais sejam, autorização do aborto quando do grave risco à saúde da gestante e aborto quando de gravidez resultante do estupro.

Entretanto, ao contrário do que salienta a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Laurita Vaz, esse caso, especificamente, não está excluído do rol das hipóteses autorizadoras do aborto, como uma das excludentes de antijuridicidade, de forma propositada pelo Legislador. Na realidade, o fundamento pelo qual o Código Penal atual não disciplina essa possibilidade de exclusão da antijuridicidade nas hipóteses de anencefalia deriva simplesmente da época de sua edição, que é de 1940, quando a ciência médica ainda não tinha avançado ao ponto de oferecer um diagnóstico seguro e preciso sobre a inviabilidade fetal neste caso. Nos tempos atuais, é inadmissível que a gestante precise de autorização judicial para interromper a gravidez de um feto portador de anencefalia, uma vez que esta anomalia fetal é incompatível com a vida extra-uterina, acarretando riscos à vida e à saúde física e mental da mãe, e que o grau de precisão dos resultados obtidos na avaliação da saúde fetal é altíssimo, sendo admitida uma margem de erro menor do que 1/1000.⁴⁹

Diagnosticado que um feto é portador de anencefalia, este é considerado pela medicina como um natimorto, ante a ausência parcial ou total do cérebro, o que faz com que sua vida extra-uterina torne-se totalmente incompatível. Ante esta constatação científica que a medicina moderna traz com extrema precisão, não se torna possível outro entendimento, outra exigência da mulher, senão a realizar uma cirurgia terapêutica com o fim de interromper a gravidez e não de incluir esta conduta como o aborto dentro de sua capitulação criminal, não há afronta à lei, pois de acordo com princípios fundamentais do direito não é justo considerar tal conduta como crime.

É sabido que o Direito é um conjunto de regras, mas ele decorre também das relações humanas, não é estático, frente todas as mudanças que ocorrem dentro de uma sociedade que está em constante evolução, deve, portanto, o Direito ser aplicado dentro de todo um conjunto em especial, pois a lei foi criada com base em princípios primordiais que o fazem existir desde que sempre sejam aplicados ao caso concreto.

Quando se é analisado em conjunto os fatos e preceitos que permeiam a discussão entre a interrupção de gestação do feto anencéfalo e do aborto considerado legal, verifica-se o enfrentamento de dois grandes princípios

⁴⁹ Autor disponível em <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf)> acessado em 20 de outubro de 2007.

fundamentais da existência do Direito, de um lado o Direito à Vida e de outro a Dignidade da Pessoa Humana.

Convém deixar claro que a lei protege o nascituro da mesma forma que garante a dignidade de outrem, mas diante da questão científica, de que a gestante de feto anencéfalo não carrega a vida e sim a inevitável morte, pode-se dizer que além de injusto é incoerente priorizar o direito à vida de quem sequer viverá, contrapondo com a realidade de um sofrimento e desrespeito à dignidade que uma mãe carrega por ter que se ver obrigada a conviver com algo que a atormenta dia a dia.

É importante salientar que, aqueles que são favoráveis à descriminalização do abortamento nos casos de fetos portadores de anencefalia, de maneira alguma visam obrigar as gestantes a procederem com a interrupção da gestação, eles defendem apenas o direito de escolha dessas mulheres, cabendo exclusivamente a elas, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, optarem ou não pela continuidade da gravidez.⁵⁰

A própria lei em seu artigo 128 do Código Penal se contrapõe. No caso da gravidez resultante de estupro, a autorização do aborto baseia-se na dignidade da mulher, vítima de uma conduta inescrupulosa, bem como na autonomia de sua vontade, em desfavor ao direito à vida de um ser em perfeitas condições. Do outro lado, quando a gravidez coloca riscos à saúde da gestante, esta também deve ser preservada, em desfavor da vida do feto ali gerado.

A lei não pode ser aplicada sem que ao seu lado também seja aplicada a evolução de seus preceitos e, ao julgador cabe examinar o caso concreto aplicando os princípios constitucionais do direito que o permeiam, auxiliado por todas as ciências, aplicando-se a ética, buscando uma visão mais humana e criadora.

O direito de proteger a vida de um feto em perfeitas condições de vida extra-uterina é inconteste, mas da mesma forma é inconteste que deve ser dada às mulheres que carregam em seu ventre um feto portador de uma anomalia fetal o direito de ter uma vida digna, ausente de dor e angústia. Submeter a mãe ao transtorno psicológico de levar a termo a gestação de um anencéfalo ou de ter que procurar a justiça para que isso possa ser impedido, vai extremamente e cruelmente contra a dignidade e ao respeito ao próximo,

⁵⁰ Autor disponível em <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf)> acessado em 20 de outubro de 2007.

meras formalidades e lacunas que vão contra a evolução não podem se contrapor a realidade do caso concreto.

Todos são iguais perante a lei, mas onde está resguardado o direito à vida do feto resultante do estupro? Onde está resguardo a dignidade e os sentimentos de uma mãe que é obrigada a gerar um ser que nem vida terá?

Embasando-se em causas supra-legais, devem ser analisados os casos concretos com todas as provas científicas, médicas e jurídicas, avaliando-se os bens jurídicos tutelados e a hierarquia dos mesmos. Saliendo que em nosso ordenamento jurídico não há direito absoluto, o direito da gestante de interromper a gravidez no caso do anencéfalo está devidamente amparado no princípio constitucional do direito à dignidade, tal qual o aborto do feto de gravidez resultante de estupro, sendo mais uma causa de exclusão de antijuridicidade, mesmo não prevista em lei.

É importante frisar que no caso da interrupção da gravidez no caso da anencefalia, se está protegendo não só a dignidade da mulher, mas também seus sentimentos, que mesmo diante de uma autorização para realização do parto antecipado, sempre ficará abalado.

Obrigar que a gestante busque o judiciário para realização da antecipação do parto nestes casos, faz com que sua angústia e seu sofrimento se evidencie mais forte, diante da lentidão e penosidade que se arrastam os processos, mesmos os de menor complexidade.

14 . REFERENCIAS

ANDALRAFT NETO, Jorge. O Fim da Peregrinação. In: ANIS (Org.). Anencefalia, 2004.

ANIS. Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 17, 19 e 20.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da, Comentários ao Código Penal, Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989.

CLÈVE, Clemerson Merlin. "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo". In: Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, 1995.

DAMÁSIO, Evangelista de Jesus. Direito Penal. 24. ed. Vol 2, São Paulo: Saraiva, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995.

GOLLOP, Thomaz Rafael. *Riscos Graves à Saúde da Mulher*. <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v2/abortano.html>.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MIRABETE, Julio Fabrini. Código penal interpretado. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal, Vol. II, São Paulo: Atlas, 2002.

NORONHA, Magalhães, Direito Penal, Vol. II, São Paulo, Saraiva, 1971.

JENSON, Hal B., Nelson/Tratado de Pediatria, Ed. Guanabara Koogan, 2002. <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=7111>.

REZENDE, Jorge de e MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa. *Obstetrícia Fundamental*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara Koogan, 9ª ed., 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (os Novos Domínios Científicos e Seus Reflexos Jurídicos). Publicado na obra coletiva O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 212. Cordeiro. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004.

TESSARO, Anelise. Aborto seletivo. Curitiba: Juruá, 2002.

ENDEREÇOS ELETRONICOS POR ORDEM CRONOLÓGICA DE ACESSO

<http://www.stf.gov.br>, acessado em 13 março de 2007.

Da gravidez do tipo anencéfalo e o Direito Penal Brasileiro – apontamentos e digressões, autor disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/22/82/2282/>, acessado em 05 de setembro de 2007.

A ilegalidade do aborto por anomalia fetal, autor disponível em www.direitonet.com.br/textos/x/17/03/1703/DN_a_i_legalidade_do_aborto_por_anomalia_fetal.doc, acessado em 05 de setembro de 2007.

Descriminalização do abortamento nos casos de fetos portadores de anencefalia, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10492>, acessado em 05 de setembro de 2007.

Linha tênue 'Interrupção de gravidez de anencefálico não é aborto', autor disponível em http://conjur.estadao.com.br/static/text/28889_1, acessado em 05 de setembro de 2007.

O aborto do anencéfalo, autor disponível em

http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/61/1561/DN_aborto.doc, acessado em 05 de setembro de 2007.

STF – aborto, autor disponível em <http://forums.obgyn.net/obstet-//OBSTETL.9708/0031.html>, acessado em 06 de setembro de 2007.

Reflexões acerca da equiparação da anencefalia à morte encefálica como justificativa para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, autor disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7111>, acessado em 06 de setembro de 2007.

Anencephaly Information, autor disponível em <http://www.anencephaly.net/anencephaly.html>, acessado em 07 de setembro de 2007.

Anencefalia, autor disponível em http://www.medicosecurador.com/sncfetal/articulos/anomalias_2htm, acessado em 07 de setembro de 2007.

Interrupção de gravidez de feto anencéfalo: Uma análise constitucional, autor disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201\(5\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201201(5).rtf), acessado em 07, 08, 10, 15 e 21 de setembro de 2007.

Vida de mãe, autor disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/34748,1>, acessado em 10 de setembro de 2007. Descriminalização do abortamento nos casos de fetos portadores de anencefalia, autor disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10492>, acessado em 15 de setembro de 2007.

O feto anencéfalo não possui vida, autor disponível em http://www.jornaldedebates.ig.com.br/index.aspx?cnt_id=15&art_id=5125, acessado em 16 de setembro de 2007.

Coisa da natureza - Como votou Carlos Britto no caso de aborto de anencéfalo, autor disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/34426,1>, acessado em 18 de setembro de 2007.

A anencefalia no mundo, autor disponível em <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>, acessado em 21 de setembro de 2007.

OAB: interrupção de gestação de anencefálico não é aborto, autor disponível em http://ghente.org/doc_juridicos/parecerer_oab_anencefalo.htm, acessado em 05 de outubro de 2007.

A antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, autor disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9875&p=2>, acessado em 05 de outubro de 2007.

Descriminalização do abortamento nos casos de fetos portadores de anencefalia, autor disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10492&p=2>, acessado em 20 de outubro de 2007.

Acompanhamento Processual disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>, acessado em 21 de outubro de 2007.