

**DENISE ALVES MARTINS**

**INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em  
Direito do Centro Universitário de Brasília  
Orientador: Professor Humberto Fernandes  
de Moura

**BRASÍLIA**

2009

## **RESUMO**

O objetivo deste trabalho é analisar se a interrupção da gestação de feto anencéfalo corresponde ou não ao crime tipificado no Código Penal, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, o direito à vida e o direito à saúde, princípios e direitos também apresentados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal. Analisando referida Arguição, conceitos e posicionamento de alguns doutrinadores conclui-se que o feto anencéfalo é um feto inviável, incompatível com a vida extra-uterina, sendo assim, a interrupção da gestação de feto anencéfalo é uma conduta atípica, não configurando o crime de aborto previsto no Código Penal, uma vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto, e no caso de feto anencéfalo, não há potencial de vida a ser protegido, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina.

Palavras-chaves: aborto; eugenia; anencefalia; feto inviável; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal; interrupção da gestação; dignidade da pessoa humana; direito à liberdade; direito à vida; direito à saúde.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>4</b>
<b>1 CONSIDERAÇÕES SOBRE ABORTO</b> .....	<b>7</b>
<b>1.1 Conceito de Aborto</b> .....	<b>7</b>
<b>1.2 Classificação de Aborto</b> .....	<b>10</b>
<i>1.2.1 Aborto Criminoso</i> .....	<i>10</i>
<b>1.2.1.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento</b> .....	<b>10</b>
<b>1.2.1.2 Aborto provocado por terceiro</b> .....	<b>12</b>
<b>1.2.1.3 Aborto Qualificado</b> .....	<b>13</b>
<i>1.2.2 Aborto Legal</i> .....	<i>15</i>
<b>1.2.2.1 Aborto Necessário ou Terapêutico</b> .....	<b>15</b>
<b>1.2.2.2 Aborto Sentimental ou Humanitário ou Ético</b> .....	<b>17</b>
<i>1.2.3 Aborto Eugenésico ou Eugênico ou Piedoso</i> .....	<i>19</i>
<b>2 ANENCEFALIA</b> .....	<b>21</b>
<b>2.1 Conceito de Anencefalia</b> .....	<b>21</b>
<b>2.2 Diagnóstico</b> .....	<b>24</b>
<b>2.3 Distinção entre feto malformado e feto inviável</b> .....	<b>27</b>
<b>3 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL</b> .....	<b>31</b>
<b>4 PROTEÇÃO À GESTANTE NA INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO. PRINCÍPIOS EM TORNO DO TEMA</b> .....	<b>40</b>
<b>4.1 Dignidade da Pessoa Humana</b> .....	<b>40</b>
<b>4.2 Direito à Liberdade</b> .....	<b>47</b>
<b>4.3 Direito à Vida</b> .....	<b>57</b>
<b>4.4 Direito à Saúde</b> .....	<b>62</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>70</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da interrupção da gestação quando o feto for portador de anencefalia, para analisar se tal conduta corresponde ou não ao crime de aborto previsto no Código Penal Brasileiro.

A anencefalia é um assunto muito importante, pois se trata de uma malformação fetal grave e irreversível, sendo que a maioria dos fetos morrem ainda dentro do útero e o restante sobrevivem apenas algumas horas, ou seja, é incompatível com a vida extra-uterina, além do fato de causar graves riscos à saúde da gestante, o que demonstra a relevância do estudo do tema diante da situação a que fica exposta a mãe, uma vez que, se permanecer com o feto no seu ventre, ela sofrerá, porém, se retirar, ela estaria sujeita a punição, ou seja, questiona-se o fato de tal conduta ser ou não considerada um fato típico.

Assim, muitas mulheres quando descobrem que geram um feto anencéfalo, ou seja, incompatível com a vida extra-uterina, optam por interromper a gestação, devido a todo o sofrimento e dor ocasionados pelo diagnóstico, porém, o Código Penal prevê somente duas possibilidades legais para se proceder o aborto, e se tal conduta não se enquadrar nestas hipóteses, a conduta é considerada crime, restando apenas a alternativa da autorização judicial.

No entanto, quando as gestantes optam pela interrupção da gestação, ficam a mercê do Poder Judiciário, uma vez que a jurisprudência ainda oscila quanto ao assunto, gerando muita insegurança.

Deste modo, a interrupção da gestação de feto anencéfalo teve maior destaque com a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, pois, sendo julgada, poderá se ter uma posição definitiva sobre o caso, uma vez que tal Argüição defende a atipicidade da conduta.

Referida Argüição utilizou como argumentos direitos e princípios assegurados constitucionalmente, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, direito à liberdade, direito à vida e direito à saúde, que serão aprofundados com conceitos e posicionamentos de doutrinadores apresentados no decorrer desta monografia.

Assim, o primeiro capítulo analisará o conceito de aborto e as suas classificações, para se ter uma melhor visão da espécie em que se apresenta o de feto anencéfalo.

Já o segundo capítulo tratará do conceito de anencefalia, seu diagnóstico e a diferenciação entre feto malformado e feto inviável, para se ter um aprofundamento sobre o assunto, uma vez que, com o diagnóstico pré-natal é possível acompanhar todo o desenvolvimento do feto e através do exame de ultra-som detectar se o feto é portador ou não de anencefalia.

Após a análise da questão teórica, o terceiro capítulo será um resumo da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Esse objetivo ou estratégica se justifica pelo fato de que a jurisprudência ainda é

oscilante sobre o assunto, gerando insegurança. Assim, sendo referida Argüição julgada pelo Supremo Tribunal Federal poderá dar um fim a essa discussão.

E, por último, no quarto capítulo, aprofundam-se os argumentos levantados pela Argüição, analisando direitos constitucionalmente assegurados: Dignidade da Pessoa Humana, Direito à Liberdade, Direito à Vida e Direito à Saúde, para ao final definir se a interrupção da gestação de feto anencéfalo é considerada ou não crime.

# 1 CONSIDERAÇÕES SOBRE ABORTO

Este capítulo primeiramente tratará do conceito do crime de aborto, e, em um segundo momento, serão abordadas as classificações do aborto, quais sejam: Aborto Criminoso (Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, Aborto provocado por terceiro e Aborto Qualificado), Aborto Legal (Aborto Necessário ou Terapêutico e o Aborto Sentimental ou Humanitário ou Ético), Aborto Eugênico ou Eugenésico ou Piedoso.

O objetivo deste capítulo é esclarecer o assunto em um âmbito geral, mostrando o que vem a ser o aborto e definindo cada espécie, proporcionando uma melhor visão em qual espécie se apresenta o aborto de feto anencéfalo.

## 1.1 Conceito de Aborto

Fernando Capez apresenta o seguinte conceito de aborto:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno.<sup>1</sup>

A distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) e feto (depois de 3 meses) não é prevista na lei, pois o crime de aborto ocorre em qualquer fase da gestação, ou seja, pode-se configurar aborto entre a concepção e o início do parto.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107.

<sup>2</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107.

Sobre a questão do início da vida, o Supremo Tribunal Federal analisando as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510) decidiu que elas não violam o direito à vida nem o princípio da dignidade da pessoa humana. A Ministra Ellen Gracie assinalou que a ordem jurídica nacional determinou a qualificação de pessoa ao nascituro com vida. Para ela, “o pré-embrião também não se enquadra na condição de nascituro, pois a este, a própria denominação o esclarece bem, se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte.”<sup>3</sup>

Acompanhando o raciocínio, o Ministro Marco Aurélio relatou que não há, quanto ao início da vida, baliza que não seja apenas opinativa, historiando definições, sempre discordantes, desde a Antiguidade até a atualidade. Para ele, “o início da vida não pressupõe só a fecundação, mas a viabilidade da gravidez, da gestação humana.” No mais, observou que “dizer que a Constituição protege a vida uterina já é discutível, quando se considera o aborto terapêutico ou o aborto de filho gerado com violência”. E concluiu dizendo que “a possibilidade jurídica depende do nascimento com vida.”<sup>4</sup>

Diante do exposto, o início da vida pressupõe a viabilidade de permanecer vivo, ou seja, tem que ter expectativa de vida extra-uterina, seguindo o raciocínio do Ministro Marco Aurélio.

No mais, Julio Fabbrini Mirabete apresenta um conceito de aborto semelhante ao de Fernando Capez, segue:

---

<sup>3</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89917>> Acesso em: 04 set. 2009.

<sup>4</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89917>> Acesso em: 04 set. 2009.

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.<sup>5</sup>

Por outro lado, Tardieu traz um conceito objetivo de aborto, segue:

“expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente das circunstâncias de idade, viabilidade e mesmo de formação regular”.<sup>6</sup>

Já Carrara o define de outra maneira, porém, também objetivamente, segue: “Dolosa ocisão do feto no útero, ou a sua violenta expulsão do ventre materno, da qual resulte a morte.”<sup>7</sup>

Guilherme de Souza Nucci também apresenta um conceito de aborto, segue:

“é a cessação da gravidez antes do termo normal, causando a morte do feto.”<sup>8</sup> E Nelson

Hungria define o aborto sob uma visão de proteção à mulher, segue:

O aborto não é apenas a destruição de uma *spes hominis*; não é apenas uma lesão ao interesse demográfico do Estado: é, também, como ensina a ciência médica, um sério dano às funções próprias da mulher, refletindo-se sobre o seu psiquismo, sobre a sua faculdade procriadora, sobre a sua capacidade de rendimento social, e propiciando o aparecimento de enfermidades que diminuam seu cabedal de vida e abreviam a duração normal de sua existência. [...] Mesmo praticado por um técnico experiente, o aborto supõe um terrível perigo para a vida da gestante, pois o médico, não obstante as mais rigorosas precauções, nunca pode excluir o risco de uma infecção.<sup>9</sup>

Diante do exposto, aborto é a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção, podendo ocorrer em qualquer fase da gestação, porém, para entender melhor o assunto, e analisar em qual espécie se apresenta o aborto de feto anencéfalo, segue a classificação do aborto, mostrando as diversas espécies.

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 93.

<sup>6</sup> Apud HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 287.

<sup>7</sup> Apud HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 287.

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124.

<sup>9</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 284-285.

## 1.2 Classificação de Aborto

O aborto é dividido em: Aborto Criminoso (Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, Aborto provocado por terceiro e Aborto Qualificado), Aborto Legal (Aborto Necessário ou Terapêutico e o Aborto Sentimental ou Humanitário ou Ético), Aborto Eugênico ou Eugenésico ou Piedoso.

Como o tema desta monografia é a interrupção da gestação de feto anencéfalo é importante definir em qual espécie do aborto se encontra o de feto anencéfalo.

### 1.2.1 Aborto Criminoso

Guilherme de Souza Nucci apresenta o seguinte conceito de aborto criminoso: “é a interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto.”<sup>10</sup> Já Garimaud assim o define: “é a cessação prematura e dolosa da gravidez, ou sua interrupção intencionalmente provocada, com ou sem aparecimento dos fenômenos expulsivos.”<sup>11</sup> O Aborto Criminoso se divide em: Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, Aborto provocado por terceiro e Aborto Qualificado.

#### 1.2.1.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

O aborto provocado pela gestante ou o auto-aborto está previsto no artigo 124, caput, 1ª parte. Já o aborto consentido está previsto na 2ª parte do referido diploma legal, ocorrendo quando a gestante consente para que um terceiro nela pratique o aborto.<sup>12</sup>

Fernando Capez apresenta uma definição de auto-aborto: “É a própria mulher quem executa a ação material do crime, ou seja, ela própria emprega os meios ou

---

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124.

<sup>11</sup> Apud HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 287.

<sup>12</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114.

manobras abortivas em si mesma.”<sup>13</sup> Trata-se de um crime especial, o qual somente a mulher grávida pode praticá-lo, ou seja, no auto-aborto não há concurso de pessoas na modalidade de co-autoria, pois este tipo delitivo é um crime de mão-própria.<sup>14</sup>

Neste delito pode ocorrer a participação de um terceiro, quando ele induz, instiga ou auxilia, de forma secundária, a gestante a provocar o aborto em si mesma. Neste caso, ele comete o delito do artigo 124 do Código Penal a título de partícipe, porém, já existe jurisprudência no sentido de que o terceiro comete o delito do artigo 126 do Código Penal, porém, o artigo 124 do Código Penal é o mais aplicado.<sup>15</sup>

Fernando Capez apresenta uma definição de Aborto Consentido: “A mulher apenas consente na prática abortiva, mas a execução material do crime é realizada por terceira pessoa.”<sup>16</sup>

Quando, por exemplo, alguém induz a gestante a permitir que terceiro lhe provoque o aborto, há concurso de pessoas na espécie de participação. Não há co-autoria, pois, como é um crime de mão-própria, o ato para permitir o aborto é personalíssimo, cabendo exclusivamente à gestante.<sup>17</sup>

O aborto consentido é um crime de ação múltipla, então, a gestante que permitir que terceiro lhe cause o aborto e o auxiliar no emprego das técnicas abortivas em si, responderá pelo crime tipificado no artigo 124 do Código Penal. A gestante e o terceiro, em tese, cometeriam o crime do artigo 124, pois, tal artigo prevê o consentimento da gestante e a

---

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114.

<sup>14</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 96.

<sup>15</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114-115.

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

<sup>17</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

provocação do aborto por terceiro, porém, há uma tipificação própria no Código Penal para aquele que causa o aborto com o consentimento da gestante, que é o artigo 126. Desta forma, a gestante que consente na prática do aborto responderá pelo delito do artigo 124 e o terceiro que executou materialmente a ação que provocou o aborto responderá pelo delito do artigo 126.<sup>18</sup>

Neste caso, há uma exceção a teoria monística adotada pelo Código Penal em seu artigo 29, ou seja, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Desta forma, todos os participantes de um delito incidem nas penas de um único e mesmo crime, porém, o Código Penal dispensou tratamento diferente àquele que atua materialmente na ação do aborto, tendo sanção penal mais gravosa, e àquela que aceita que terceiro provoque o aborto, a pena é idêntica ao delito de auto-aborto, sendo, desta forma, menos grave.<sup>19</sup>

### **1.2.1.2 Aborto provocado por terceiro**

O Código Penal Brasileiro prevê dois tipos de aborto provocado por terceiro, o que ocorre sem o consentimento da gestante, tipificado no artigo 125 e o que ocorre com o consentimento da gestante, tipificado no artigo 126, ambos do Código Penal.<sup>20</sup>

O aborto sem o consentimento da gestante, previsto no artigo 125, *caput*, do Código Penal, é a forma mais grave do crime de aborto. Neste caso, não há o consentimento da gestante no uso das técnicas abortivas por terceiro.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

<sup>19</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 118-119.

<sup>20</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

<sup>21</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

Haverá o crime do artigo 125 do Código Penal quando for utilizado pelo agente a força (violência), a ameaça ou a fraude, como, por exemplo, convencer a grávida de que se está praticando uma intervenção cirúrgica para a retirada de um tumor ou fazê-la tomar algum remédio abortivo, alegando ser um simples medicamento.<sup>22</sup>

O aborto provocado com o consentimento da gestante está previsto no artigo 126, *caput*, do Código Penal. A grávida responde pelo delito do artigo 124 e o terceiro que pratica as técnicas abortivas ou causa o aborto de outra maneira será punido pelo crime do artigo 126, com pena mais severa.<sup>23</sup>

Pode-se caracterizar o concurso de pessoas quando há o auxílio à conduta do terceiro que causa o aborto. Só há o aborto consentido se for válido o consentimento da gestante, ou seja, ela tem que ter capacidade para consentir, sendo que esta capacidade não é a capacidade civil, é a vontade real da gestante, desde que juridicamente relevante. O consentimento da gestante deve prevalecer durante todo o ato do aborto, pois, se ela revogar antes ou durante o ato, e o terceiro continuar o aborto, este cometerá o crime mais grave, que é o do artigo 125 do Código Penal, e a gestante não responderá por crime algum.<sup>24</sup>

### 1.2.1.3 Aborto Qualificado

As formas majoradas do crime de aborto estão previstas no artigo 127 do Código Penal. Se ocorrer lesão grave, a pena é aumentada em um terço e se o resultado for morte, a pena é duplicada.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 97.

<sup>23</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 97.

<sup>24</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116-117.

<sup>25</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 117.

O aborto qualificado tem sua aplicação somente nos artigos 125 e 126 do Código Penal, excluindo o auto-aborto e o aborto consentido, previstos no artigo 124, pois o ordenamento jurídico brasileiro não pune a autolesão nem o fato de matar-se. Deste modo, caso a gestante, ao praticar o auto-aborto, venha a se lesionar gravemente, ela somente responderá pelo artigo 124, não tendo sua pena majorada. Do mesmo modo, não há punição a morte da gestante decorrente de auto-aborto, uma vez que o ato de matar-se é atípico.<sup>26</sup>

É lógico que o fato de resultar em lesão grave ou morte, condição que tem uma punibilidade maior, não deve ter sido querido pelo agente, nem mesmo eventualmente, pois se ele quisesse este resultado, ele teria que responder por lesão corporal ou homicídio, em concurso com o aborto. Desta forma, é um crime preterdoloso o previsto no artigo 127, uma vez que o agente não quer causar uma lesão grave ou o homicídio.<sup>27</sup>

As lesões previstas no artigo 127 são somente aquelas que não resultam necessariamente ou não sejam decorrentes a qualquer modalidade de aborto com meios não excessivos ou, de qualquer jeito, aptos a causarem lesões não necessárias. Segue a opinião de Manzini:

Qualquer aborto, mesmo quando provocado com meios admitidos pela ciência médico-cirúrgica e empregados com perícia, importa a lesão do útero e um estado patológico, mais ou menos grave e duradouro. É natural que tais lesões, que se consubstanciam no fato criminoso, não podem dar lugar a uma circunstância agravante, que pressupõe sempre um *quid extraordinário*. A agravante é, portanto, constituída somente pelas lesões extraordinárias.<sup>28</sup>

Se a decisão fosse diferente, o aborto seria sempre qualificado. Entre as lesões extraordinárias, ou seja, de natureza grave, “devem ser incluídas as infecções

---

<sup>26</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 118.

<sup>27</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 98.

<sup>28</sup> Apud HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 304-305.

(endometrites, septicemia), os abscessos ou gangrena do útero, a perimetrossalpingite, a peritonite, etc”, segundo Nelson Hungria.<sup>29</sup>

### *1.2.2 Aborto Legal*

O Aborto legal está previsto no artigo 128 do Código Penal. Neste artigo estão as causas de exclusão de ilicitude, tornando lícita a prática do fato.

Guilherme de Souza Nucci apresenta o seguinte conceito de aborto permitido ou legal: “é a cessação da gestação, com a morte do feto, admitida por lei.” Esta forma é dividida em: aborto necessário ou terapêutico e aborto sentimental ou humanitário ou ético.<sup>30</sup>

#### **1.2.2.1 Aborto Necessário ou Terapêutico**

O Aborto Necessário ou Terapêutico está previsto no artigo 128, I, do Código Penal, ou seja, quando a gestante estiver em risco de vida, desde que não haja outro meio para salvá-la, é permitido ao médico interromper a gravidez.

Guilherme de Souza Nucci apresenta a seguinte definição de aborto necessário ou terapêutico: “é a interrupção da gravidez realizada por recomendação médica, a fim de salvar a vida da gestante. Trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade.”<sup>31</sup> Já Nelson Hungria apresenta a seguinte definição:

É a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo, e inevitável por outro modo, à vida da gestante. Durante a gravidez, apresenta-se, às vezes, em razão do estado da mulher ou de alguma enfermidade intercorrente, séria e grave complicação mórbida, pondo em risco a vida da

<sup>29</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 305.

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124.

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124.

gestante. Em tal situação, o médico assistente é o árbitro a quem cabe decidir sobre a continuidade ou não do processo da prenhez.<sup>32</sup>

Segundo a doutrina, é uma modalidade de estado de necessidade, porém, sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. Deste modo, existem dois bens jurídicos, a vida do feto e a vida da mãe, colocados em perigo, de modo que para se preservar a vida da gestante, precisa-se destruir a vida do feto, e, no presente dispositivo legal, o legislador preservou o bem maior, que é a vida da genitora, e sacrificou um bem menor, de um ser não totalmente formado, que é a vida do feto. Seria ilógico sacrificar ambas as vidas, já que pelo menos uma poderia ser salva.<sup>33</sup>

Desta forma, o legislador criou uma modalidade de estado de necessidade, sem exigir que o perigo seja atual, devendo somente constatar que a gravidez ocasionará riscos para a saúde da gestante, como, câncer uterino, tuberculose, anemia profunda, leucemia, diabetes. Um ponto que merece destaque é que não se trata somente de risco para a saúde da mãe, caberá ao médico detectar se a doença ocasionará ou não risco de vida para a gestante.<sup>34</sup>

O médico ao detectar que a doença ocasionará risco a vida da gestante, poderá determinar a interrupção da gravidez sem a concordância da gestante ou do representante legal, pois, na maioria das vezes a mãe está em um estado de inconsciência e os demais familiares podem ter diversos motivos, como, por exemplo, interesse na sucessão

---

<sup>32</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 310.

<sup>33</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120.

<sup>34</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120.

hereditária, para a decisão de sacrificar a vida da gestante ou a vida do feto.<sup>35</sup> Além do mais, um tempo muito importante poderia ser desperdiçado até que se obtenha o consentimento.<sup>36</sup>

O médico terá se esquivado de um dos seus deveres mais importantes, se podendo salvar a vida preciosa de uma gestante, com o sacrifício de um ser que não está completo, deixar que ambos morram. Destacando que com o avanço da medicina, os casos em que se aplicam o aborto necessário vão diminuindo, porém, esta modalidade de aborto é um recurso permitido em casos extremos, onde não existe outro meio.<sup>37</sup>

Esta excludente de ilicitude abrange somente a conduta do médico, porém, a enfermeira e a parteira não responderão pelo delito do aborto se o praticarem com fulcro no artigo 24 do Código Penal, ou seja, estado de necessidade, no caso, de terceiro, porém, exige-se, neste caso, que a continuação da gestação ocasione perigo atual e inamovível, pois, se o perigo não for atual, a conduta será considerada criminosa, uma vez que o inciso I do artigo 128 é exclusivo para o médico, o qual tem que avaliar previamente se a doença acarretará risco de vida para a gestante.<sup>38</sup>

No aborto legal, aplica-se a discriminante putativa prevista no artigo 20, §1º do Código Penal, ou seja, se ocorrer um erro no diagnóstico e a junta médica determinar pela necessidade do aborto, que, na verdade, era absolutamente desnecessário, ocorre erro, que exclui o dolo e, desta forma, o crime de aborto.<sup>39</sup>

### 1.2.2.2 Aborto Sentimental ou Humanitário ou Ético

---

<sup>35</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120-121.

<sup>36</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 311.

<sup>37</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 308.

<sup>38</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 121.

<sup>39</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 121.

O aborto sentimental está previsto no artigo 128, II do Código Penal. É o aborto realizado pelos médicos quando a gravidez decorre de um crime de estupro. É uma causa excludente de ilicitude, pois o Estado não pode impor à mulher que continue com uma gestação fruto de uma relação sexual violenta, devido os danos, principalmente psicológicos, que isso pode ocasionar.<sup>40</sup> Além do mais, muitos autores do crime de estupro são um ser degenerado, podendo ter graves problemas ligados à hereditariedade, sendo que tal fato não é presumido pela lei.<sup>41</sup>

Guilherme de Souza Nucci apresenta o seguinte conceito de aborto sentimental: “é a autorização legal para interromper a gravidez quando a mulher foi vítima de estupro.” Diante do confronto entre direito à vida (do feto) e dignidade da pessoa humana, o legislador defendeu a dignidade da gestante, que, vítima de um delito hediondo, não quer continuar com uma gestação, a qual poderá lhe trazer sérios problemas psicológicos e problemas na sua qualidade de vida.<sup>42</sup> Este confronto entre o direito à vida (do feto) e dignidade da gestante, também se configura no caso do feto anencéfalo, que no momento oportuno será apresentado.

Não há justificativa para obrigar a mulher estuprada a continuar com uma gestação odiosa, que dê vida a um ser que lhe lembrará eternamente a terrível cena da violência sofrida. Segundo Binding, “seria profundamente iníqua a terrível exigência do direito, de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra.”<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 121.

<sup>41</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 100.

<sup>42</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124.

<sup>43</sup> Apud HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 312.

Neste caso, para o médico realizar o aborto, ele precisa do prévio consentimento da gestante ou do seu representante legal. Não é necessária autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do delito de estupro para se fazer um aborto sentimental, ficando todo o processo do aborto à critério do médico, necessitando, apenas, de uma prova idônea do atentado, podendo ser um boletim de ocorrência, testemunhos perante autoridade policial, atestado médico comprovando as lesões sofridas pela mulher, dentre outras.<sup>44</sup> O médico deve se submeter apenas ao Código de Ética Médica, admitindo como prova elementos comprobatórios da ocorrência do delito de estupro.<sup>45</sup>

Há erro do tipo, previsto no artigo 20, §2º do Código Penal, caso não tenha ocorrido o estupro e o médico realiza o aborto induzido em erro, excluindo, desta forma, o dolo, tornando-se uma conduta atípica.<sup>46</sup>

Se uma enfermeira pratica o aborto sentimental, esta responderá pelo delito, pois o artigo 128, II, só faz referência ao médico, porém, a doutrina tem entendido que a conduta da enfermeira é uma causa excludente da culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, diante das situações não teria como exigir conduta diversa da enfermeira que não a realização do aborto na grávida, porém, se a enfermeira ajuda o médico a realizar um aborto sentimental, não há delito, já que a conduta do médico não constitui fato ilícito.<sup>47</sup>

### *1.2.3 Aborto Eugénésico ou Eugênico ou Piedoso*

---

<sup>44</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 122.

<sup>45</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 100.

<sup>46</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 122.

<sup>47</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 122-123.

Fernando Capez apresenta uma definição de aborto eugenésico: “É aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável.”<sup>48</sup> Ou, como diz Basileu Garcia, “é o executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança dos pais.”<sup>49</sup>

Este tipo de aborto não é permitido na legislação brasileira, configurando, desta forma, um crime, porém, já existem alvarás que autorizam a prática do aborto, mediante prova irrefutável de que o feto não apresenta qualquer condição de vida extra-uterina, comprovada em laudos apresentados por juntas médicas<sup>50</sup>, “como é o caso da anencefalia (ausência ou má-formação do cérebro), má conformação congênita do feto, psicológicos agenesia renal (ausência de rins), abertura de parede abdominal e síndrome de Patau (em que há problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos)”, segundo Julio Fabbrini Mirabete.<sup>51</sup> Tendo-se como base a questão de que certas mães, ao descobrirem que o seu filho não terá vida extra-uterina, não se conformam com a gravidez de um ser definitivamente inviável, desta forma, encurta o sofrimento dela e permite-se o aborto.<sup>52</sup>

Tendo apresentado o conceito de aborto e suas classificações, analisando em qual espécie se apresenta o de feto anencéfalo, cabe analisar o conceito de anencefalia, seu diagnóstico e a diferenciação entre feto malformado e feto inviável, que será apresentado no próximo capítulo.

---

<sup>48</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 123.

<sup>49</sup> Apud MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 100.

<sup>50</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 123.

<sup>51</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 101.

<sup>52</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 128.

## 2 ANENCEFALIA

Como o tema desta monografia é a interrupção da gestação de feto anencéfalo é importante aprofundar os conhecimentos sobre o assunto. Desta forma, este capítulo abordará o conceito de anencefalia, seu diagnóstico e a diferenciação entre feto malformado e feto inviável.

### 2.1 Conceito de Anencefalia

José Aristodemo Pinotti apresenta um conceito de anencefalia:

A anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. As evidências têm demonstrado que a diminuição do ácido fólico materno está associada com o aumento da incidência, daí sua maior frequência nos níveis socioeconômicos menos favorecidos.<sup>53</sup>

Diaulas Costa Ribeiro traz uma definição mais específica de anencefalia, segue:

Na anencefalia, não há estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), havendo apenas tronco cerebral. Há ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as funções dependentes da medula espinhal. Com esse quadro neurológico se cumprem os critérios de morte neocortical, ao contrário do encerramento da função encefálica completa, que define a morte encefálica.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia.** Disponível em: <<http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=61117>> Acesso em: 10 jul. 2009.

<sup>54</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal.** Brasília: Letras Livres, 2003, p. 101-102.

Débora Diniz complementa: “Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro de anencefalia, o que torna a morte inevitável.”<sup>55</sup>

Antonio Fernandes Moron apresenta uma definição médica de anencefalia, segue:

A anencefalia é um defeito de fechamento do tubo neural caracterizado pela ausência completa ou parcial do cérebro, das meninges, do crânio e da pele. Pode ser dividida em holocrania e merocrania. A ausência de toda a calota craniana caracteriza a holocrania. Na merocrania, ocorre a ausência parcial da calota craniana com ectopia do encéfalo; difere da encefalocele pois não apresenta revestimento cutâneo.<sup>56</sup>

Também de um ponto de vista médico, os Doutores Carlos Gherardi e Isabel Kurlat escreveram o texto *Anencefalia e Interrupción del Embarazo – Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente*, e apresentaram um conceito de anencefalia, segue:

A anencefalia é uma alteração na formação cerebral resultante de falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural e que se caracteriza pela falta dos ossos cranianos (frontal, occipital e parietal), hemisférios e do córtex cerebral. O tronco cerebral e a medula espinhal estão conservados, embora, em muitos casos, a anencefalia se acompanhe de defeitos no fechamento da coluna vertebral. Aproximadamente 75% dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 horas e o resto dentro da primeira semana.<sup>57</sup>

O Brasil é um país com grande incidência de fetos anencéfalos, uma média de 18 casos para cada 10 mil, sendo que a maioria é do sexo feminino. O reconhecimento de um feto com anencefalia é imediato, pois não apresentam os ossos frontal, parietal e occipital.

<sup>55</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 44.

<sup>56</sup> MORON, Antonio Fernandes. **Medicina fetal na prática obstétrica**. São Paulo: Santos, 2003, p. 173.

<sup>57</sup> Apud PONTES, Manuel Sabino. **A anencefalia e o crime de aborto**: atipicidade por ausência de lesividade. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>> Acesso em: 10 jul. 2009.

A face é definida pela borda superior das órbitas que apresentam globos oculares salientes. O restante do cérebro fica exposto e o tronco cerebral fica deformado.<sup>58</sup>

A ausência parcial ou total da calota craniana, meninges ou crânio ocorre entre a 20 e 28 dias após a concepção. Fica exposto o tecido neural e, ocasionalmente, há rupturas secundárias à brida amniótica. Normalmente, está associada a espinha bífida, fissuras faciais e nasais e onfalocele. Dependendo da região e da população estudada, a incidência varia de 0,1 a 1% dos nascituros.<sup>59</sup>

Na formação da anencefalia existem três fases. Primeiramente, há um defeito no fechamento do neuróporo rostral. Em um segundo momento, ocorre a exencefalia, ou seja, a exteriorização do cérebro desenvolvido para o meio amniótico e, em um terceiro momento, ocorre a destruição do tecido cerebral.<sup>60</sup>

Dependendo do suporte tecnológico disponível, ou seja, do oxigênio, da assistência respiratória mecânica, da assistência vasomotora, da nutrição, da hidratação, analisa-se a viabilidade para a vida extra-uterina. Há 20 anos atrás, um feto só era considerado viável, quando completava 28 semanas, porém, hoje, bastam apenas 24 semanas ou menos. Há uns 10 anos, um neonato de 1 kg era um peso limite, e, hoje, sobrevivem fetos com 600 gramas. Não é um conceito absoluta a viabilidade, e sim, variável em cada continente, cada país, cada cidade e cada grupo sociocultural. Porém, em todos os casos, a viabilidade é resultado de fetos intrinsecamente sãos ou potencialmente sãos. O feto anencéfalo é intrinsecamente inviável. Analisando um quadro de morte neocortical, é lógico aplicar o

---

<sup>58</sup> PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia.** Disponível em: <<http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=61117>> Acesso em: 10 agosto 2009.

<sup>59</sup> MORON, Antonio Fernandes. **Medicina fetal na prática obstétrica.** São Paulo: Santos, 2003, p. 177.

<sup>60</sup> MORON, Antonio Fernandes. **Medicina fetal na prática obstétrica.** São Paulo: Santos, 2003, p. 173.

conceito de viabilidade em relação ao tempo de gravidez. O feto anencéfalo será inviável qualquer que seja a data do parto.<sup>61</sup>

Diante do exposto, anencefalia é a ausência de estruturas cerebrais (hemisférios e córtex). Não há as funções superiores do sistema nervoso central, que controlam a consciência, a vida relacional, a afetividade e a emotividade. Em média, 75% dos fetos anencéfalos morrem dentro do útero, e o restante sobrevivem algumas horas.

Tendo a definição do que vem a ser a expressão anencefalia, cabe analisar o seu possível diagnóstico.

## **2.2 Diagnóstico**

Através de um exame de ultra-som é muito fácil detectar se o feto é portador ou não de anencefalia. A possibilidade de erro é mínima quando um médico qualificado faz o diagnóstico de exame de ultra-som após a 16ª semana.<sup>62</sup>

É evidente o aspecto ultra-sonográfico da anencefalia, uma vez que, por volta da 10ª semana, deve-se completar o desenvolvimento do crânio, porém, isto jamais ocorre. Com o contato com o líquido amniótico, o tecido cerebral é aos poucos eliminado, desaparecendo totalmente na 17ª semana, restando apenas as veias intracranianas. Deste modo, na 11ª semana é feito o diagnóstico da anencefalia, quando o cérebro ainda esta

---

<sup>61</sup> PONTES, Manuel Sabino. **A anencefalia e o crime de aborto:** atipicidade por ausência de lesividade. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>> Acesso em: 10 jul. 2009.

<sup>62</sup> JAQUIER, Monika. **Perguntas mais frequentes sobre anencefalia.** Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>> Acesso em: 10 jul. 2009.

presente, porém, a estrutura do crânio está ausente, dando um perfil irregular à imagem. Continuam as estruturas faciais.<sup>63</sup>

A partir da 9ª semana de gestação ocorre o processo de ossificação craniana. A partir da 11ª semana pode-se realizar, com uma sonda transvaginal, o diagnóstico precoce da anencefalia, observando a ausência da calota craniana com exteriorização de tecido cerebral, que é a exencefalia, de aspecto bilobulado. As características completas da anencefalia só são encontradas pela ultra-sonografia a partir da 15ª semana de gestação. A ausência da calota craniana é encontrada acima das órbitas que tornam-se proeminentes, dando o aspecto de “face de sapo”. Demonstram normalidade as estruturas da base do crânio e da face abaixo das órbitas.<sup>64</sup>

Nos países desenvolvidos, o diagnóstico pré-natal de anomalias fetais foi incorporado à medicina na década de 50, e no Brasil, no final dos anos 70. Nos últimos anos, desenvolveu-se a Medicina Fetal, além das técnicas de diagnóstico, possibilitou a terapêutica intra-uterina. Sem dúvida alguma, no futuro se terá novos avanços e será possível fazer um tratamento no feto com doenças graves. O diagnóstico de anomalias fetais teve a influência maior dos fatores sociais do que dos avanços técnicos. Sua evolução está ligada as mudanças de atitudes da sociedade, uma vez que a industrialização aumentava, a vida média das pessoas também, atualmente de 80 anos nos países desenvolvidos, e a mulher também estava ganhando espaço no mundo produtivo. As mulheres que buscavam continuar os estudos ou entrar no mercado de trabalho, prolongavam a maternidade até a quarta década de vida, constituindo um grupo de gestantes com um risco maior para aberrações cromossômicas.

---

<sup>63</sup> MORON, Antonio Fernandes. **Medicina fetal na prática obstétrica**. São Paulo: Santos, 2003, p. 177.

<sup>64</sup> MORON, Antonio Fernandes. **Medicina Fetal na Prática Obstétrica**. São Paulo: Santos, 2003, p. 174.

Com o diagnóstico pré-natal permitiu-se identificar os fetos portadores de aberrações cromossômicas.<sup>65</sup>

Cabe lembrar que o diagnóstico pré-natal não se restringe somente ao diagnóstico de aberrações cromossômicas. Diferentemente, é a ultrasonografia que efetua grande parte dos diagnósticos de anomalias anatômicas fetais, sendo que com bastante frequência essas alterações ocorrem em casais sem antecedentes de malformações congênitas, representando casais com pequeno risco genético. Vale ressaltar ainda que os diagnósticos através da ultra-sonografia normalmente são tardios. Isso se deve ao fato de que em muitos locais, a primeira ultra-sonografia só é feita por volta da vigésima semana. É lógico realizar mais um exame ao constatar uma primeira ultra-sonografia anormal, estando a gestação na 22ª ou 24ª semana, que é quando se terá um diagnóstico seguro e comprovado por uma equipe médica capacitada.<sup>66</sup>

A maioria das doenças e deficiências constatadas pelo diagnóstico pré-natal não apresentam tratamento ou cura, o que faz com que as mulheres opinem pelo aborto quando o caso é grave. No Brasil, mesmo diante de todas as dificuldades impostas pela ilegalidade do aborto, poucas são as mães que diante de um diagnóstico em que demonstra que o feto não terá vida extra-uterina não procuram a Justiça para interromper a gravidez.<sup>67</sup>

O diagnóstico de má-formação fetal de um feto que não terá vida extra-uterina não é uma expectativa da gestante. Uma das experiências mais torturantes que a mulher grávida pode experimentar é o diagnóstico de má-formação fetal. E grande parte desta

---

<sup>65</sup> GOLLOP, Thomaz Rafael. **Aborto por anomalia fetal.** Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v2.htm>> Acesso em: 10 jul. 2009.

<sup>66</sup> GOLLOP, Thomaz Rafael. **Aborto por anomalia fetal.** Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v2.htm>> Acesso em: 10 jul. 2009.

<sup>67</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal.** Brasília: Letras Livres, 2003, p. 52.

tortura se deve ao fato da precisão das técnicas do diagnóstico: a medicina fetal apresenta limites, uma vez que não há possibilidades terapêuticas para a maioria dos diagnósticos de má-formação fetal.<sup>68</sup>

Atualmente, devido a equipamentos modernos de ultra-som, o diagnóstico pré-natal de anencefalia é bastante simples.<sup>69</sup> A grande maioria dos diagnósticos feitos em medicina fetal é elaborado em certezas e não em probabilidades. O erro nesta área, com profissionais devidamente habilitados, é mínimo. Desta forma, tal dado deve ser um fator de tranquilidade para o julgador, para o paciente e para toda a sociedade.<sup>70</sup>

Apresentado como se procede o diagnóstico de um feto portador de anencefalia, é importante se fazer uma distinção entre feto malformado e feto inviável.

### 2.3 Distinção entre feto malformado e feto inviável

É importante estabelecer a distinção entre feto malformado e feto inviável, uma vez que as situações fáticas que envolvem estes conceitos são bem diferentes.<sup>71</sup>

Dependendo da gravidade da má-formação fetal não há o resultado morte do feto ao nascer. Mesmo presente algumas anomalias congênitas, é possível a sobrevivência do feto malformado, entretanto, com algumas limitações no que se refere a sua qualidade de vida. Em certos casos, há tratamentos clínicos ou até cirúrgicos que podem diminuir ou curar os efeitos

<sup>68</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 53.

<sup>69</sup> PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia**. Disponível em: <<http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=61117>> Acesso em: 10 jul. 2009.

<sup>70</sup> GOLLOP, Thomaz Rafael. **Aborto por anomalia fetal**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v2.htm>> Acesso em: 10 jul. 2009.

<sup>71</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 25.

da má-formação. Um exemplo de anomalia fetal compatível com a vida é a fenda lábio-palatina.<sup>72</sup>

Entretanto, há má-formações que podem ser muito severas, ou estar associadas a outras anomalias, tornando, desta forma, o feto inviável, ou seja, a morte é certa e irreversível. Exemplos disso são quando um ou vários órgãos vitais não se formam ou, por exemplo, a Síndrome de Patau, em que a fenda lábio-palatina está associada a defeitos de formação do cérebro. Ressalta Diaulas Ribeiro: “nisto não parece haver contradição entre o conhecimento científico e a vulgar experiência comum quando segundo ambos se estabelece que um ser sem cérebro, sem rins ou sem pulmão não pode viver, nem pouco, nem muito.”<sup>73</sup>

São exemplos de anomalias fetais incompatíveis com a vida: erros de fechamento do tubo neural, algumas displasias ósseas e anomalias no sistema urinário, algumas anomalias cromossômicas, malformações múltiplas, algumas anomalias gastro-intestinais e erros de fechamento da parede abdominal.<sup>74</sup>

Já para Débora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro existem dois tipos de inviabilidade fetal, a inviabilidade ordinária, decorrente da prematuridade, e a inviabilidade extraordinária, decorrente de má-formação incompatível com a vida extra-uterina, que é o caso da anencefalia. A primeira, o feto prematuro possui um defeito temporário, ou seja, uma deficiência que o tempo corrige aos poucos. É uma inviabilidade momentânea. Já a segunda, o feto inviável por má-formação incompatível com a vida extra-uterina tem um defeito patológico, ou seja, falta-lhe vitalidade, sendo que com o passar do tempo, em nada alterará.

<sup>72</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea.** Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 25.

<sup>73</sup> Apud TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea.** Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 25.

<sup>74</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea.** Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 26.

O feto anencéfalo, por exemplo, não vai deixar de ser anencéfalo e não sobreviverá por mais que a gravidez dure um ano e 24 dias. Com o passar do tempo, não há ganho de vitabilidade na manutenção da gestação de feto inviável por má-formação.<sup>75</sup>

A má-formação congênita que caracteriza-se nos desvios da morfologia do corpo atinge cerca de 3 a 4% da população mundial. Nos três primeiros meses da vida intra-uterina, na fase em que os órgãos são formados, a ação de agentes nocivos geram as má-formações, em geral.<sup>76</sup>

As má-formações se dividem em dois grupos: estruturais, que significam a ausência ou mau funcionamento de alguma estrutura no organismo do bebê, sendo que elas podem variar da ausência de um dedo até a ausência da calota cerebral, que é a anencefalia, e as funcionais, que são as várias espécies de retardamento mental. A Síndrome de *Down*, por exemplo, é uma má-formação estrutural e funcional.<sup>77</sup>

Outras situações que são muito distintas das má-formações do tipo da Síndrome de *Down* diz respeito às anomalias muito graves, como é o caso da anencefalia, que é a ausência de cérebro, ou anomalias cardíacas e na coluna, graves e irreversíveis, ausência de órgãos vitais, como os rins, Síndrome de *Edwards*, que é a má-formação múltipla, dentre outras. Nesses casos, existe a incompatibilidade com a vida extra-uterina, além do fato de que a chance de sobreviver não ultrapassará algumas horas, dias ou poucas semanas. No exemplo

---

<sup>75</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 137.

<sup>76</sup> BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 81-82.

<sup>77</sup> BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 83.

da Síndrome de *Down* existe somente um restringimento da vida, o que não se trata do fato de inviabilidade com a vida.<sup>78</sup>

Desta forma, é notória a distinção entre feto malformado e feto inviável, uma vez que, apesar das anomalias, é viável que o feto malformado se mantenha vivo, sendo que nos fetos inviáveis, como é o caso da anencefalia, a anomalia é incompatível com a vida extra-uterina, o bebê não terá uma qualidade de vida melhor ou pior, ele falecerá logo após o parto.<sup>79</sup>

Apresentado o conceito de anencefalia, seu diagnóstico e a diferenciação entre feto malformado e feto inviável, cabe analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que será apresentada no próximo capítulo.

---

<sup>78</sup> BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlatos. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 85-86.

<sup>79</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 28.

### 3 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

Este capítulo será um resumo<sup>80</sup> da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, representada pelo advogado Luís Roberto Barroso, no dia 16 de junho de 2004.

Será apresentado este resumo da Argüição para demonstrar os argumentos utilizados com o objetivo de promover o reconhecimento à gestante do direito subjetivo para se submeter a um procedimento médico adequado, quando portadora de um feto anencéfalo, uma vez que a jurisprudência ainda é oscilante sobre o assunto, gerando insegurança. Assim, com o julgamento da Argüição no Supremo Tribunal Federal poderá levar a cabo esta discussão.

A referida ação indica como preceitos vulnerados o artigo 1º, IV (a 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), todos da Constituição Federal da República, e como ato causador da lesão os artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código

---

<sup>80</sup> BEHMAN, Richard E.; Robert M. Kliegman; Hal B. Jenson. **Tratado de pediatria**; DINIZ, Debora; Diaulas Costa Ribeiro. **Aborto por anomalia fetal**; JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn/MC 1.458-DF. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn/MC 1.497-DF. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.12.2002; BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**; Lei Orgânica 2, de 3.10.79, do Tribunal Constitucional, art. 44, I, a; Aurélio Buarque de Holanda, Novo dicionário da língua portuguesa; TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**; Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**; SILVA CASTRO, Mônica Neves Aguiar da. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**; ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**.

Penal Brasileiro. Tal ação foi proposta com o apoio do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS.

Na referida ação, a anencefalia é definida 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. Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal.<sup>81</sup>

Informa a ação que a anencefalia é fatal em 100% dos casos, é incompatível com vida extra-uterina. Desta forma, existem relatos de fetos anencéfalos que sobreviveram alguns dias fora do útero da mãe, porém, a maioria do prognóstico é de sobrevida de no máximo algumas horas. Não tem um meio de reverter tal caso, e não tem tratamento, deste modo, a morte é certa e inevitável. Em média, 65% dos fetos anencéfalos morrem ainda dentro do útero materno.

A ecografia, conforme já mencionado nesse trabalho, é o exame mais utilizado para detectar anomalias resultantes de má-formação fetal, sendo que, diante das técnicas atuais, o índice de falibilidade é praticamente nulo. Deste modo, o resultado gera uma confortável certeza médica.

Quando se detecta a anencefalia, não existe um meio que os médicos possam utilizar para reverter a questão do feto inviável. Todavia, o mesmo não ocorre com relação à gestante. O feto permanecer no seu útero é muito perigoso, podendo causar danos à

---

<sup>81</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

saúde ou até perigo de morte, pelo fato do alto índice de óbitos intra-uterinos. Assim, a má-formação fetal caracteriza à gravidez um caráter de risco maior. Antecipar o parto em hipóteses de fetos anencefálicos constitui indicação terapêutica médica.

Deste modo, não caracteriza-se aborto a antecipação do parto em gestação de fetos anencéfalos. Aborto é quando se interrompe a gestação com a consequente morte do feto. A morte deve ser consequência direta dos meios abortivos, sendo assim, é necessário tanta a relação causal como a potencialidade de vida extra-útero do feto. E, tal fato não ocorre na antecipação do parto de feto anencéfalo. A morte do feto anencefálico é resultado de má-formação congênita, sendo inevitável e certa, mesmo que passe os 9 meses da gestação.

A hipótese em destaque só não foi expressamente disposta no artigo 128 do Código Penal como excludente de culpabilidade, uma vez que, em 1940, quando feita a Parte Especial daquele diploma legal, a tecnologia daquela época não conseguia diagnosticar, com precisão, anomalias incompatíveis com a vida. Todavia, não se pode permitir que o anacronismo da lei penal dificulte a proteção de direitos fundamentais presentes na Constituição, enfatizando o positivismo exagerado em detrimento da interpretação evolutiva e da finalidade que a norma visa.

Já no aspecto procedimental, a petição menciona que a Lei nº 9.882/99, que trata do processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevê duas modalidades: a argüição autônoma e a incidental. A argüição ora aqui apresentada é de natureza autônoma.

O cabimento da argüição autônoma tem três pressupostos: a ameaça ou violação a preceito fundamental; um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

O primeiro pressuposto de cabimento da argüição significa, de acordo com um consenso na doutrina, que estão presentes os fundamentos e objetivos da República, bem como as decisões políticas fundamentais e os direitos fundamentais, compreendendo os individuais, coletivos, políticos e sociais. Acrescenta-se as normas das cláusulas pétreas ou as que delas decorram. Além do mais, também estão presentes os princípios constitucionais ditos sensíveis, ou seja, aqueles que dão ensejo à intervenção federal. Na questão ora aqui analisada estariam vulnerados os seguintes preceitos fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana, a cláusula geral da liberdade, presente no princípio da legalidade e o direito à saúde.

Do segundo pressuposto, entende-se que os atos que podem ser objeto de argüição autônoma são os do Poder Público, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. No caso em questão, o ato estatal do qual resulta lesão que se almeja reparar estão presentes nos artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, ou melhor, na interpretação errônea que a tais dispositivos se tem dado. O que se quer é uma interpretação conforme a Constituição da questão legal dada a expressão aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicar que ela não é utilizada nos casos de antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, quando devidamente certificado por médicos habilitados.

E, sobre o terceiro pressuposto depreende-se o caráter subsidiário da argüição, prevista no artigo 4º, §1, da Lei nº 9.882/99. A doutrina e a jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal tem entendido que a constatação do caráter subsidiário em cada caso depende de eficácia do “outro meio” referido na lei, ou seja, das soluções que outras medidas sejam capazes de produzir. O outro meio deve alcançar resultados parecidos com os alcançados pela Arguição. Bem, a decisão na Arguição tem caráter vinculante e contra todos, e raramente uma ação individual ou coletiva subjetiva alcançará tais efeitos. Deste modo, não sendo cabível qualquer modalidade de processo objetivo, como a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade, caberá a Arguição. Tal entendimento prevalece no Supremo Tribunal Federal.

No caso em questão, as disposições ora analisadas estão presentes no Código Penal. Trata-se de diploma pré-constitucional, não podendo ser seus dispositivos cabíveis de controle pela ação direta de inconstitucionalidade, como dispõe a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Também não caberia ação declaratória de constitucionalidade, nem qualquer outro processo. Diante do exposto, configura-se o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental no caso ora apresentado.

A questão jurídica sobre a interrupção da gestação de feto inviável envolve, de um lado, a potencialidade de vida do nascituro e, de outro, a liberdade e autonomia individuais da grávida. E, no caso do feto anencéfalo, há total certeza de que o feto não tem potencialidade de vida extra-útero.

Diante do exposto, o foco será o estado da gestante. Reconhecer os seus direitos não é a causa da lesão a bem ou direito de outrem, pois não há viabilidade de outra vida, sequer um nascituro, cujos direitos se possa proteger. A gestante que decida pela

antecipação terapêutica do parto quando portadora de um feto anencéfalo está protegida por direitos constitucionais, tais como: dignidade da pessoa humana, legalidade e direito à saúde.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento do Estado democrático de direito, consagrada pela Constituição de 1988. Tal princípio identifica um espaço de integridade moral a ser preservado a todas as pessoas somente por sua existência no mundo. Está ligado à liberdade, à valores do espírito e às condições materiais de subsistência. No mais, reconhecer os direitos da personalidade como direitos autônomos, de que todo indivíduo é titular, são emanções da dignidade, revelando-se como atributos pertencentes e indispensáveis ao ser humano.

Os direitos da personalidade inerentes à dignidade humana podem ser classificados em dois grupos: o primeiro são os direitos à integridade física, onde estão presentes o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; o segundo são os direitos à integridade moral, englobando o direito à honra, à liberdade, à vida privada, dentre outros.

A ligação de tal princípio com a questão ora aqui analisada é simples, pois, impor à mãe a obrigação de ter que carregar por longos nove meses um feto, o qual a gestante sabe que não terá vida extra-uterina, provocando-lhe frustração, dor e angústia, viola plenamente a dignidade da pessoa humana. Os danos à integridade moral e psicológica, além da ameaça à integridade física são claros. A convivência todos os dias com a triste realidade e a lembrança sempre presente do feto dentro do seu útero, que jamais se tornará um ser vivo, compara-se à tortura psicológica. Sendo que a Constituição Federal veda qualquer forma de

tortura e a legislação infraconstitucional a define como fato de muito sofrimento físico e mental.

Já o princípio da legalidade está disposto no inciso II do artigo 5 da Constituição. Tal princípio flui por vertentes diferentes em sua aplicação ao Poder Público e aos particulares. Para o primeiro, apenas é facultado agir por imposição ou autorização legal. Já para o segundo, trata-se da cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro, pois caso a lei não proíba um certo comportamento ou se a lei não o impõe, as pessoas podem adotá-lo ou não.

A liberdade se traduz no fato de ninguém ter que se submeter a qualquer vontade que não a da lei, e, mesmo assim, ela tem que ser formal e materialmente constitucional. Desta forma, a autonomia da vontade individual apenas deverá ceder diante dos limites impostos pela legalidade. De tal fato se extrai a expressão de que tudo o que não for proibido por lei é juridicamente permitido.

Antecipar terapeuticamente o parto quando o feto for portador de anencefalia não é algo vedado no ordenamento jurídico. Impor limites à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante no caso de feto anencéfalo, não configura a devida justificativa.

O direito à saúde está disposto no artigo 6º, *caput*, e nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal. O conceito de saúde apresentado pela Organização Mundial da Saúde é o completo bem estar físico, mental e social, e não o fato de não ter doença. Antecipar o parto quando o feto for portador de anencefalia é o único procedimento médico cabível para diminuir o risco e a dor da grávida. Proibir a sua realização trata-se em indevida

e injustificável restrição ao direito à saúde. Desnecessário lembrar que se trata de uma faculdade, de uma escolha da gestante, e não de um procedimento a que deva necessariamente se submeter.

O aborto está previsto nos crimes contra a vida, tipificado nos artigos 124 a 128 do Código Penal, onde são tutelados o feto e a vida e integridade física da grávida. Consentir a antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos anencéfalos não prejudica qualquer desses bens constitucionais. Não há vida humana viável na gestação de feto anencéfalo. Não há potencial de vida a ser tutelado, faltando, deste modo, o suporte fático exigido pela norma. Somente o feto com capacidade de ser uma pessoa, de ter vida extra-uterina, pode ser sujeito passivo de aborto. Deste modo, não tem como imprimir qualquer repercussão jurídico-penal à antecipação do parto, uma vez que apenas a conduta que atrapalha o surgimento de uma pessoa ou causa danos à integridade física ou à vida da mãe pressupõe o crime de aborto.

No decorrer da argumentação demonstrou-se o *fumus boni iuris*. Violar preceitos fundamentais, tais como: dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e o direito à saúde é ostensivo, caso considerem os dispositivos penais como impeditivos da antecipação terapêutica do parto quando o feto for portador de anencefalia.

Em relação ao *periculum in mora*, tramitam perante diversos tribunais ações, por exemplo, *habeas corpus*, em que gestantes buscam autorização judicial para anteciparem terapêuticamente o parto, quando o feto for portador de anencefalia. E o procedimento médico apenas é realizado com a apresentação da autorização. Desnecessário

lembrar que, muitas vezes, a demora quanto aos trâmites processuais torna inócua eventual decisão favorável à gestante.

Com isso, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde requer que seja concedida liminar para suspender andamentos de processos ou resultados de decisões que pretendam ou tenham usado os dispositivos do Código Penal aqui referidos, nos casos de se antecipar o parto de fetos portadores de anencefalia. No mais, que se reconheça o direito da mãe de se submeter à antecipação do parto, e do profissional da saúde de poder realizá-lo, quando atestado o fato da anomalia de feto anencéfalo, por médico habilitado.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde também requer, interpretando os artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, conforme a Constituição, que se declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação dos dispositivos citados como impeditivos do procedimento de se antecipar o parto nos casos de fetos anencéfalos, quando diagnosticados por médico competente, reconhecendo-se, desta forma, o direito subjetivo da mãe de se submeter a antecipação do parto sem a necessária prévia apresentação de autorização judicial ou qualquer outro meio de permissão do Estado.

Por fim, requer, alternativamente e eventualmente, que caso não entenda pelo cabimento da Arguição, que seja a presente recebida como ação direta de inconstitucionalidade, já que o que se almeja é uma interpretação dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, conforme a Constituição.

Diante do exposto, o que se defende é que a gestante possa decidir pela antecipação terapêutica do parto quando portadora de um feto anencéfalo, amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pelo direito à liberdade, pelo direito à vida e pelo

direito à saúde, uma vez que tal conduta é atípica, não é considerada o crime de aborto, segundo a Argüição, pois somente a conduta que atrapalha o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto, sendo que na gestação de feto anencéfalo não há potencial de vida a ser protegido, pois ele é um feto inviável, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina.

Apresentado os argumentos da referida Argüição, cabe analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, o direito à vida e o direito à saúde, que serão apresentados no próximo capítulo.

## **4 PROTEÇÃO À GESTANTE NA INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO. PRINCÍPIOS EM TORNO DO TEMA**

Neste capítulo será examinada a questão da interrupção da gestação de feto anencéfalo, a partir de direitos constitucionalmente assegurados: Dignidade da Pessoa Humana, Direito à Liberdade, Direito à Vida e Direito à Saúde. Será analisado o posicionamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal juntamente com o posicionamento de alguns doutrinadores, complementando com alguns julgados sobre o tema, para ao final definir se a interrupção da gestação de feto anencéfalo é considerada ou não crime.

### **4.1 Dignidade da Pessoa Humana**

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal o aborto de feto anencéfalo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, é justificado pelo fato de que impor à mãe a obrigação de ter que carregar por longos nove meses um feto, incompatível com a vida extra-uterina, causando-lhe frustração, dor e angústia é uma violação plena da dignidade da pessoa humana.<sup>82</sup>

A Arguição considera referido princípio como um espaço de integridade moral a ser preservado a todas as pessoas somente por sua existência no mundo; são atributos pertencentes e indispensáveis ao ser humano.<sup>83</sup> Para analisar tal argumento, segue o posicionamento de alguns doutrinadores sobre o assunto.

O Constituinte de 1988 referiu-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito. Tendo sua previsão no artigo

---

<sup>82</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

<sup>83</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

1º, III,<sup>84</sup> José Afonso da Silva entende que o artigo 1º, III, traz dois conceitos fundamentais, porque, em si e isoladamente, revelam valores jurídicos: a pessoa humana e a dignidade.

Pessoa Humana significa que:

Só o ser humano, o ser racional, é pessoa. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores, consciência e vivência de si próprio. Todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa, em última análise, desconsiderar a si próprio.<sup>85</sup>

Neste contexto, José Afonso da Silva também apresenta uma definição de dignidade, como sendo “atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano”.<sup>86</sup>

Desta forma, a dignidade da pessoa humana concebida pela Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito é empregada, para José Afonso da Silva, “no sentido de forma de comportar-se e no sentido de atributo intrínseco da pessoa humana, como um valor de todo ser racional, independentemente da forma como se comporte”.<sup>87</sup>

Alexandre de Moraes também apresenta um conceito de dignidade da pessoa humana, como:

<sup>84</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 52.

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 37.

<sup>86</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 38.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 38.

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>88</sup>

Ressalte-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a dignidade como “inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.<sup>89</sup>

A Constituição Federal prevê o princípio da dignidade da pessoa humana e, segundo Alexandre de Moraes, apresenta-se uma dupla concepção:

Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.<sup>90</sup>

Já Ingo Wolfgang Sarlet, inicialmente, apresenta a seguinte definição de dignidade da pessoa humana:

Qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2006, p. 48.

<sup>89</sup> MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2006, p. 49.

<sup>90</sup> MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2006, p. 48-49.

<sup>91</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 41.

A dignidade da pessoa humana, portanto, compreendida como qualidade pertencente e irrenunciável do ser humano, pode ser, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada)”, já que é própria de cada ser humano. Ainda seguindo esta linha de entendimento, houve até mesmo afirmações de que a dignidade representa “o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível”.<sup>92</sup>

Desta forma, vale ressaltar que a dignidade constitui questão prévia, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa, ou seja, não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece. Todavia, o Direito poderá exercer um papel muito importante na sua promoção e proteção.<sup>93</sup>

A dignidade pertence a toda e qualquer pessoa humana, já que, de início, todos são iguais em dignidade, no sentido de serem pessoas. Desta forma, mesmo considerando a dignidade da pessoa humana como maneira de se comportar, ainda assim, pelo fato de constituir qualidade intrínseca da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem atos indignos, não poderá ser um objeto de desconsideração. Aliás, não é outro o entendimento presente no artigo 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres

---

<sup>92</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 42.

<sup>93</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 42.

e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns com os outros em espírito e fraternidade”.<sup>94</sup>

Já para Ronald Dworkin, o direito de uma pessoa ser tratada com dignidade é:

O direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre. A dignidade é a importância intrínseca da vida humana. A dignidade significa reconhecer os interesses críticos de uma pessoa.<sup>95</sup>

Em última análise, percebe-se que, só haverá lugar para a dignidade da pessoa humana, se tiver respeito pela integridade moral e física do ser humano, se tiver respeito pela vida, onde as condições básicas para uma existência digna forem asseguradas, onde o poder tiver uma limitação, ou seja, a dignidade humana só terá lugar onde a liberdade, a autonomia, a igualdade, enfim, onde os direitos fundamentais forem reconhecidos e, de certa forma, protegidos e assegurados.<sup>96</sup> Assim sendo, Ingo Wolfgang Sarlet conclui dizendo que:

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e de deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 43-44.

<sup>95</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: M. Fontes, 2003, p. 337-339.

<sup>96</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 59.

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 59-60.

A relação do princípio da dignidade da pessoa humana com a questão da interrupção terapêutica do parto quando o feto for portador de anencefalia é clara de ser demonstrada. Obrigar uma gestante a ter que carregar por nove meses um feto incompatível com a vida extra-uterina, causando-lhe angústia, dor, sofrimento, frustração, é uma clara situação de violação da dignidade da pessoa humana. Os danos à integridade física, moral e psicológica estão presentes na hipótese de ter que continuar com uma gravidez, sabendo que o feto não sobreviverá.

Ter que conviver diariamente com esta realidade terrível e cruel, lembrando e sentindo que o feto está dentro do eu ventre, porém, que jamais será um ser vivo, é uma situação muito triste.<sup>98</sup>

Assim, levando em conta que a medicina pode detectar nos primeiros meses de gestação a presença de graves má-formações no nascituro, obrigar a gestante a manter a gravidez é puni-la, sabendo que o feto está sendo formado com características incompatíveis com a vida extra-uterina.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser levado como essencial para se proceder a interrupção da gestação de feto anencéfalo. É uma situação de total sofrimento para as mulheres e para os futuros pais o diagnóstico da má-formação fetal incompatível com a vida. São situações em que não existem mais recursos médicos e científicos para alterar o fato da má-formação.<sup>99</sup>

A Argüição, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, justificou o aborto de feto anencéfalo, alegando que é causar muita dor e frustração obrigar a

---

<sup>98</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

<sup>99</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 81.

gestante a carregar por nove meses um feto incompatível com a vida extra-uterina. Os conceitos do princípio da dignidade da pessoa humana apresentados pelos doutrinadores ora analisados reforçaram o entendimento da Arguição. Desta forma, como demonstrado, considerando a dignidade da pessoa humana como qualidade intrínseca de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito por parte do Estado e da comunidade, tendo como consequência, um complexo de direito e deveres que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano,<sup>100</sup> o fato de obrigar à mãe a continuar com uma gestação de feto anencéfalo, sabendo que é um feto inviável, é causar-lhe muita dor e sofrimento de maneira desnecessária.

Afinal, não há uma forma para salvar a vida do feto nos casos de anencefalia e, o principal, a interrupção da gestação não provoca danos no feto, pois parte-se do fato de que este tipo de má-formação é incompatível com a vida, e, diante da questão de que não existe um meio médico capaz de alterar tal situação, a interrupção da gestação é a forma mais digna para aliviar o sofrimento e a dor dos futuros pais. A má-formação fetal é um acaso. Proporcionar a legitimidade legal da interrupção da gestação amenizará a angústia e o desespero provocados pela notícia do diagnóstico de um feto anencéfalo, tornando o processo decisório mais simples e rápido.<sup>101</sup> Seguem julgados com este entendimento:

O fato da ausência de previsão autorizativa para o aborto no art. 128 do CP não impede que o Judiciário analise o caso concreto e o resolva à luz do bom senso e da dignidade humana, preocupando-se com a saúde da própria mãe. Havendo constatação médica de inviabilidade de vida pós-parto, dada a ausência de calota craniana no feto - anencefalia - o Judiciário deve autorizar a interrupção da gravidez até como medida de prevenção profilática à genetriz. (Apelação Cível n 515.561-1, Décima Terceira Câmara Cível do

---

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 59-60.

<sup>101</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 81.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Francisco Kupidlowski, j. 09.08.05)<sup>102</sup>

Configura clara afronta ao princípio da dignidade humana submeter a gestante a sofrimento grave e desnecessário de levar em seu ventre um filho, que não poderá sobreviver. No caso de anencefalia, dada a ausência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, é impossível se cogitar em vida, na medida em que o seu contraponto, a morte, está configurado. (Apelação Cível N° 1.0297.07.006271-8/001, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Mota e Silva, j. 17.01.08.)<sup>103</sup>

Não bastasse a argumentação com base no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se analisar, também, o direito à liberdade.

## 4.2 Direito à Liberdade

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental o aborto de feto anencéfalo, com base no direito à liberdade, é justificado no fato de que uma das vertentes do princípio da legalidade é a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro, ou seja, caso a lei não proíba um certo comportamento ou se a lei não o impõe, as pessoas podem adotá-lo ou não, e, proceder a antecipação terapêutica do parto quando o feto for portador de anencefalia não é algo vedado no ordenamento jurídico. Não é a devida justificativa impor limites à liberdade de escolha da gestante no caso de feto anencéfalo.<sup>104</sup> Para analisar tal argumento, segue o posicionamento de alguns doutrinadores.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, *caput*, dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, e é este fato que garante a realização dos direitos humanos fundamentais. É na democracia que a liberdade encontra lugar para atuação. É na democracia que o homem tem amplas possibilidades para

<sup>102</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 09.

<sup>103</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 09.

<sup>104</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n° 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

coordenar os meios necessários para alcançar a felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização cresce, mais o homem se liberta das barreiras que o constroem. Cada vez mais o homem alcança liberdade.<sup>105</sup> José Afonso da Silva traz o seguinte conceito de liberdade:

Liberdade é o livre arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso é chamada igualmente “liberdade do querer”. Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence exclusivamente à vontade do indivíduo; vale dizer, é poder de escolha, de opção, entre fins contrários. A liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. É o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade.<sup>106</sup>

No mais, José Afonso da Silva afirma que a definição mais aceitável de liberdade é a que se apresenta na Declaração de 1789, acrescentando que “a lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade”,<sup>107</sup> segue:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar.<sup>108</sup>

Jean Morange também traz uma definição sobre liberdade, alegando que:

Ela tem várias facetas, pois o homem é, ao mesmo tempo, corpo e espírito. Ao primeiro, corresponde a liberdade física do indivíduo, liberdade de gozar de uma certa independência material. Ao segundo, corresponde uma certa forma de liberdade intelectual, ou antes, a liberdade de fazer escolhas conscientes, humanas, de usar suas forças físicas e espirituais de uma certa forma em relação com suas crenças e convicções íntimas. No primeiro caso, visa-se assegurar a autonomia do indivíduo; no segundo, protegem-se suas escolhas.<sup>109</sup>

<sup>105</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 70.

<sup>106</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 68-69.

<sup>107</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 69.

<sup>108</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 69.

<sup>109</sup> MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. São Paulo: Manole, 2004, p. 139.

E continua, porém, apresentando a liberdade de consciência:

Liberado das imposições e pressões físicas, o indivíduo deve poder escolher, e proceder às escolhas fundamentais da vida humana: a liberdade dessa últimas implica no reconhecimento da liberdade de consciência. Diversamente considerada e qualificada, esta permite a cada um de se determinar livremente no mais profundo de si mesmo. Ela lhe confere, em princípio, o domínio do seu corpo e o uso que dele faz. É o que hoje se chama comumente a livre disposição de si.<sup>110</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, em seu artigo I, dispõe que os três princípios fundamentais em matéria de direitos humanos são a liberdade, a igualdade e a fraternidade.<sup>111</sup> Destacando, desta forma, a importância de tal direito.

Já para Maria de Fátima Freire de Sá, a liberdade “é um direito irrenunciável, que gera o dever de conservar a vida e a integridade física”.<sup>112</sup> Estar disponível para fazer algo por si significa liberdade. Deste modo, para ela, a liberdade apresenta-se como “a possibilidade de decidir e, ao decidir, autodeterminar-se. Mas a liberdade pressupõe responsabilidades do indivíduo para consigo mesmo e ante a comunidade”.<sup>113</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho define a liberdade como sendo os “poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado”.<sup>114</sup>

Na atualidade, as liberdades públicas, ou, os direitos individuais, pois elas eram chamadas desta maneira no Brasil, constituem o centro dos direitos fundamentais.<sup>115</sup> As liberdades públicas são, em termos técnicos jurídicos, direitos subjetivos, são, segundo

<sup>110</sup> MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. São Paulo: Manole, 2004, p. 211.

<sup>111</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 228.

<sup>112</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos**, incluindo o estudo da lei n. 9.434/97. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 14.

<sup>113</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos**, incluindo o estudo da lei n. 9.434/97. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 28.

<sup>114</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23.

<sup>115</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos”.<sup>116</sup>

O titular do poder de agir, o sujeito ativo, é todo e cada um dos seres humanos e, o sujeito passivo são todos os indivíduos que não o titular, inclusive todos os entes públicos e privados, em especial o Estado. De certo modo, este era considerado o inimigo das liberdades e, de fato, ainda o é, porém, de uma maneira menos intensa. É o Estado que pode, na prática, prender, censurar, dentre outras atitudes.<sup>117</sup>

No mais, o Estado não deve, de certa forma, atrapalhar o exercício do direito à liberdade, porém, por outro lado, ele tem o dever de, preventivamente, evitar que o direito seja desrespeitado, além de agir de maneira para, repressivamente, restaurá-los quando violados, inclusive aplicando a devida punição aos responsáveis pelas violações.<sup>118</sup> Sendo assim, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o objeto das liberdades públicas é uma conduta. Agir ou não agir, fazer ou não fazer. Usar ou não usar. Ir, vir ou ficar”.<sup>119</sup>

O jurista, referindo-se à liberdade do homem, apresenta a seguinte idéia: “o que caracteriza a liberdade do homem é o fato de que à sua conduta corresponda uma consequência, ou seja, por se imputar uma pena, uma recompensa ou uma sanção a um proceder humano, por este motivo mesmo é que ele é livre”.<sup>120</sup>

Diante disso, Luís Roberto Barroso explica:

---

<sup>116</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28.

<sup>117</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29-30.

<sup>118</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

<sup>119</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

<sup>120</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos**, incluindo o estudo da lei n. 9.434/97. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 30.

O princípio da legalidade vem positivado no inciso II do artigo 5º da Constituição, na dicção de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esta a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe determinado comportamento ou se a lei não o impõe, têm as pessoas a autodeterminação de adotá-lo ou não. A liberdade consiste em não ter ninguém que se submeter a qualquer vontade que não a da lei, e, mesmo assim, desde que ela seja formal e materialmente constitucional.<sup>121</sup>

Dessa forma, analisa-se a autonomia da vontade individual, que terá como limite apenas os impostos pela legalidade, e, se extrai, deste fato, a questão de que tudo aquilo que não está proibido por lei é juridicamente permitido. A interrupção da gestação nas hipóteses de feto anencéfalo não está proibida no ordenamento jurídico, uma vez que tal conduta é atípica, não é considerada o crime de aborto, pois somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime do aborto, e, no caso de feto anencéfalo, não há potencial de vida a ser protegido, trata-se de um feto inviável, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina. Não se justifica, portanto, a restrição à liberdade de escolha da gestante.<sup>122</sup>

O Ministro Joaquim Barbosa no *Habeas Corpus* 84.025-6/Rio de Janeiro defende o direito de liberdade da mulher, segue:

Ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.<sup>123</sup>

A Arguição, segundo o direito à liberdade, justificou a interrupção da gestação de feto anencéfalo tendo como base o fato de que caso a lei não proíba um certo

<sup>121</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 85.

<sup>122</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

<sup>123</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC nº 84025. Ementa: (...) Relator: Joaquim Barbosa. Rio de Janeiro, RJ, 04 mar. 04. DJ de 25.6.04.

comportamento ou se a lei não o impõe, as pessoas podem adotá-lo ou não, e a antecipação do parto de feto anencéfalo não é algo vedado no ordenamento jurídico, ou seja, impor limites a liberdade de escolha da gestante não se justifica.<sup>124</sup>

Os conceitos do direito à liberdade apresentados pelos doutrinadores ora analisados reforçaram o entendimento da Argüição. Desta forma, como demonstrado, considerando o direito à liberdade como livre arbítrio; poder de escolha, de opção; poder de escolher e proceder às escolhas fundamentais da vida humana; em não ter ninguém que se submeter a qualquer vontade que não a da lei, a interrupção da gestação de feto anencéfalo não está proibida no ordenamento jurídico, pois é uma conduta atípica, já que é um feto inviável, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo que o que se pretende defender é a autonomia das pessoas para decidirem sobre suas vidas e, no caso do aborto, a garantia de que as mulheres que defendam o aborto, devam ter condições sociais e sanitárias de realizá-lo. Ressaltando que é somente se elas quiserem realizar o aborto. Da mesma forma, as mulheres que criticam o aborto devam ser livres para nunca o realizarem. A tese principal é a de defender uma sociedade que proporcione condições sociais, sanitárias e políticas para que diferentes mulheres sejam livres para decidirem sobre o aborto.<sup>125</sup>

A liberdade de poder escolher antecipar ou não o parto em casos de inviabilidade fetal será uma alternativa, rápida e simples, para as mulheres que consideram insuportável o sofrimento com o diagnóstico, demonstrando que o feto é anencéfalo.<sup>126</sup>

Como foi citado um trecho do Ministro Joaquim Barbosa no *Habeas Corpus* 84.025-6/Rio de Janeiro, onde ele defende o direito à liberdade da mulher, segue um dos

---

<sup>124</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

<sup>125</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 42.

<sup>126</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 80.

casos mais famosos, que gerou grande repercussão e publicidade, o da garota Gabriela, que tentou de várias maneiras exercer o seu direito de liberdade, porém, todas as tentativas foram infrutíferas, sendo que o seu bebê nasceu, e como esperado, durou alguns minutos e morreu.

Gabriela, moça de Teresópolis, interior do Rio de Janeiro, identificou a anencefalia no feto quando já estava no terceiro mês de gestação, e, neste momento, buscou a autorização judicial para proceder a antecipação do parto. O juiz, da época, na Comarca de Teresópolis lhe negou o pedido, sendo que seu processo alcançou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no dia 7 de novembro, estando ela com 4 meses de gravidez. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aceitou o pedido de Gabriela, autorizando a antecipação do parto para o dia 19 de novembro.<sup>127</sup>

Quando Gabriela se preparava para o processo de internação, dia 21 de novembro, dois representantes dos interesses da Igreja Católica, advogados ainda em formação, ao lerem em um jornal o caso de Gabriela onde foi autorizado a antecipação do parto, resolveram apresentar recurso ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para defender a vida do feto. E, neste mesmo dia, 21 de novembro, foi cassada a permissão de Gabriela, solicitando a devolução do documento que autorizava a antecipar o parto e remeteu o processo para a mesma desembargadora que o havia julgado. Quando Gabriela saía de casa para ir para o hospital, oficiais da justiça lhe informaram que sua autorização tinha sido cassada. Neste mesmo dia, o padre católico Luiz Carlos Lodi da Cruz, de Anápolis/Goiás apresentou um *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, em defesa do feto. Esta era a primeira vez na história brasileira que o *habeas corpus* era utilizado a favor de um feto.

---

<sup>127</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 23-24.

Gabriela foi impedida de antecipar o parto e estava em discussão o cabimento ou não de *habeas corpus* a favor de um feto.<sup>128</sup>

Após a apresentação do *habeas corpus* do padre ao Superior Tribunal de Justiça, a desembargadora que cuidava do caso, no dia 25 de novembro, recusou o pedido dos dois advogados católicos e concedeu à Gabriela o direito para a antecipação do parto, porém, seu processo já havia chegado no Superior Tribunal de Justiça. Desta forma, dia 25 de novembro, a Ministra Laurita Vaz do Superior Tribunal de Justiça cassou a permissão de Gabriela e contestou a decisão da desembargadora, alegando que o procedimento apenas poderia ser realizado depois de analisado o mérito pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>129</sup>

Ainda no dia 25 de novembro, a ministra Laurita Vaz encaminhou cópia do processo de Gabriela ao Procurador-Geral da República, a época, um católico e opositor do direito à antecipação do parto quando o feto fosse portador de anencefalia.<sup>130</sup>

O Procurador-Geral da República emitiu um parecer no dia 10 de dezembro, tendo inclusive apelos a argumentos de ordem religiosa, como a frase “isso, graças a Deus, está além da ciência”, sendo, desta forma, contrário à permissão do direito de antecipar o parto. Por uma mera tradição nos tribunais superiores, quando se tem um pedido de *habeas corpus*, ele é concedido e apenas depois é que se analisa o mérito. Desta forma, o pedido feito pelo padre católico em favor do feto foi primeiramente concedido e, para azar de Gabriela, o Superior Tribunal de Justiça entrou, nesta época, no recesso do final do ano, tendo o processo

---

<sup>128</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 24-25.

<sup>129</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 25.

<sup>130</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 25.

de Gabriela sido julgado no mérito apenas nos finais de fevereiro, quando terminou o recesso. Gabriela já estava no oitavo mês de gestação, neste momento.<sup>131</sup>

A ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e a THEMIS - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, duas entidades feministas de direitos humanos apresentaram, dia 26 de fevereiro, um *habeas corpus* em favor de Gabriela ao Supremo Tribunal Federal. Era a primeira vez que tal assunto alcançava a suprema corte no Brasil. As duas entidades não conheciam Gabriela, mas foram imediatamente à sua procura. No dia 02 de março de 2004, as entidades feministas foram a Teresópolis conhecer Gabriela e mostrar o pedido que tinham feito em seu nome no Supremo Tribunal Federal.<sup>132</sup>

Ao chegarem em Teresópolis, conheceram Gabriela por intermédio da promotora que conduziu seu processo ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Para o espanto de todos, já tinha sido realizado o parto, no dia 28 de fevereiro, e o feto já havia morrido, como era de se esperar. Ou seja, já haviam quatro dias que o feto tinha nascido e morrido. Ao voltarem à Brasília, informaram o Supremo Tribunal Federal que o pedido de *habeas corpus* havia perdido seu objeto. Em uma simples linguagem significa que não tinha mais o que se reparar no Supremo, ou seja, não tinha mais uma ameaça a direito fundamental, uma vez que a demora da justiça brasileira já havia forçado à Gabriela a passar por uma das experiências mais torturantes, ou seja, a de ver seu pedido negado, depois aceito, depois mais uma vez

---

<sup>131</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 25-26.

<sup>132</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 26.

negado, depois aceito, depois novamente negado e, finalmente, esperando uma decisão da suprema corte.<sup>133</sup>

No instante em que apresentaram no Supremo Tribunal Federal os atestados de nascimento e óbito de Maria Vida, o feto de Gabriela que não sobreviveu sequer sete minutos, os ministros estavam em votação (*Habeas Corpus* 84025). O processo de Gabriela já estava sendo discutido, tendo como relator o Ministro Joaquim Barbosa, quando os documentos de nascimento e óbito chegaram ao plenário. Mesmo assim, apesar da perda do objeto, dois ministros se pronunciaram a favor do direito de Gabriela de escolher pela antecipação do parto. Além do relator, Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Celso de Mello falou da história de Gabriela em um contexto de direitos reprodutivos das mulheres no Brasil.<sup>134</sup>

Segue trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, no *Habeas Corpus* 84025:

Em primeiro lugar, ressalto que, neste caso concreto, estamos diante de uma situação peculiar em que estão em flagrante contraposição o direito à vida, num sentido amplo, e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia privada da mulher, num sentido estrito.

Em outras palavras, busca-se, no presente habeas corpus, a tutela da liberdade de opção da mulher em dispor do seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extra-uterina é absolutamente inviável.

Portanto, é importante frisar, não se discute nos presentes autos a ampla possibilidade de se interromper a gravidez. A questão aqui é bem diferente, pois se refere à interrupção de uma gravidez que esta fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto.

Segundo a literatura médica especializada, o bebê não viverá mais do que alguns dias porque é portador de uma anomalia gravíssima: a anencefalia, ou ausência de cérebro. Não é preciso ser um especialista no assunto para

<sup>133</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 27.

<sup>134</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 28.

entender que sem o órgão vital que comanda as funções básicas do corpo humano e também os sentimentos e as emoções, é absolutamente impossível a vida extra-uterina independente.

Por outro lado, os estudos multidisciplinares indicam que as reações emocionais dos pais após o diagnóstico de malformação fetal abrangem, conjuntamente ou não, os seguintes sentimentos: ambivalência, culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, raiva, tristeza e frustração. É facilmente perceptível a enorme dificuldade de se enfrentar um diagnóstico de malformação fetal. E é possível imaginar a quantidade de sentimentos dolorosos por que passam aqueles que de súbito se vêem diante do dilema moral de interromper uma gestação, unicamente porque nada se pode fazer para salvar a vida do feto.<sup>135</sup>

E, depois de saber que o habeas corpus havia perdido o objeto, pois o feto já tinha nascido e morrido, o Ministro Joaquim Barbosa relata: “Penso que o Tribunal, por força de procedimentos postergatórios, típicos da prática jurisdicional brasileira, perdeu a grande oportunidade de examinar uma questão de profundo impacto na sociedade brasileira”.<sup>136</sup>

Não bastasse a argumentação com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à liberdade, deve-se analisar o direito à vida.

### 4.3 Direito à Vida

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental o aborto de feto anencéfalo, com base no direito à vida, é justificado pelo fato de que não há vida viável na gestação de feto anencéfalo; Não há potencial de vida a ser tutelado; Somente o feto com capacidade de ser pessoa, de ter uma viabilidade de vida extra-uterina, pode ser sujeito passivo de aborto.<sup>137</sup> Para analisar tal argumento, segue o posicionamento de alguns doutrinadores sobre o assunto.

<sup>135</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC nº 84025. Ementa: (...) Relator: Joaquim Barbosa. Rio de Janeiro, RJ, 04 mar. 04. DJ de 25.6.04.

<sup>136</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC nº 84025. Ementa: (...) Relator: Joaquim Barbosa. Rio de Janeiro, RJ, 04 mar. 04. DJ de 25.6.04.

<sup>137</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

O aborto, segundo defesa de quem é contrário a ele, é a ofensa ao direito à vida, disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal/88, porém, não é a realidade que deve se adaptar a lei, e sim, a lei é que deve se adaptar às realidades sociais. O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal/88 dispõe sobre a inviolabilidade à vida. O aborto tem relação com a possibilidade natural de continuação da vida do feto, ou seja, se o feto tiver vida extra-uterina. Segue o posicionamento de Warley Rodrigues Belo:

Quando o legislador descreveu o crime de aborto visava a punição da ruptura do processo de gravidez e a defesa do desenvolvimento do ser humano *in germe* com vistas à vida extra-útero. A previsão da lei é essa. A realidade médica, natural é outra. O juízo de valor que se emite naquela situação *normal* é diversa do juízo de valor dessa outra situação *anormal*.<sup>138</sup>

Defende-se a prática do aborto de feto inviável para se romper a ligação biológica que une a gestante a um ser natimorto. O direito a uma gestação completa é o que a lei pretende regulamentar, ela visa proteger a vida do ser humano. Porém, no caso do feto anencéfalo não se terá uma vida extra-uterina, e isto é por uma decorrência natural, biológica. Desta forma, não tem base a objetividade jurídica. A proteção que a lei almeja não pode alterar a natureza.<sup>139</sup>

Por outro lado, dispõe Warley Rodrigues Belo:

Quando o feto é *normal*, ou seja, quando há possibilidade de nascimento com vida e desenvolvimento extra-útero, constata-se um nexo entre o direito à inviolabilidade da vida e a expectativa real de vida. Diferentemente, nos casos de aborto eugênico, esse nexo desaparece porque não há a segunda vertente. Não se pode falar em expectativa de vida. O nexo se desintegra

<sup>138</sup> BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlacionados. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 95.

<sup>139</sup> BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlacionados. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 95.

porque já se sabe que, após o parto, não haverá possibilidade de existência.<sup>140</sup>

Diante do exposto, é ineficaz fazer uma ligação entre o conceito constitucional de inviolabilidade da vida, previsto na Constituição Federal, com a interrupção do desenvolvimento de um ser natimorto, pois não há uma ligação entre a finalidade da lei e a realidade biológica.<sup>141</sup>

Nesse mesmo sentido, relata Paulo José da Costa Júnior:

Quanto ao aborto eugênico, é do senso comum a sua admissibilidade. Por que levar adiante uma gravidez cujo feto seguramente não sobreviverá? Porque impor um sofrimento psicológico tão intenso e inútil à gestante? Direito é bom senso. Direito é balanceamento de bens, cotejando-se, em cada situação, os seus valores. Diante do diagnóstico de anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, a melhor solução é o aborto.<sup>142</sup>

Segundo Alexandre de Moraes, o direito humano fundamental à vida deve ser entendido como:

Direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, educação, cultura e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.<sup>143</sup>

Como já apresentado, não há nenhuma expectativa de vida extra-uterina na gestação de feto anencefálico, não há uma vida a ser protegida, de modo que falta a questão, o fato exigido pela norma. Destarte, apenas o feto com capacidade de sobrevivência pode ser sujeito

---

<sup>140</sup> BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlacionados. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 95.

<sup>141</sup> BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlacionados. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 95.

<sup>142</sup> Apud BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlacionados. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 96.

<sup>143</sup> MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2006, p. 79.

passivo de aborto. Deste modo, não há repercussão jurídico-penal na antecipação do parto nesses casos, uma vez que apenas a conduta que interrompe a gestação de um feto que terá vida extra-uterina ou a conduta que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto.<sup>144</sup>

Sobre a questão do aborto, vale reproduzir a lição de Nelson Hungria que, embora escrita décadas antes de ser possível o diagnóstico de anencefalia, aplica-se ao caso:

Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.<sup>145</sup>

Sérgio Habib complementa: “Não se pode querer impor à mulher que, por nove meses, abrigue e agasalhe um feto que ela enterrará minutos após o seu nascimento. Não há, portanto, qualquer expectativa de vida, mas certeza de morte.”<sup>146</sup>

O Ministro Joaquim Barbosa no *Habeas Corpus* 84.025-6/Rio de Janeiro relata seu posicionamento quanto ao direito à vida, segue:

Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê.<sup>147</sup>

<sup>144</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

<sup>145</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 297-298.

<sup>146</sup> HABIB, Sérgio. Aborto por anencefalia. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília: Novembro, v. 8, n. 188, 2004, p.08.

<sup>147</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC nº 84025. Ementa: (...) Relator: Joaquim Barbosa. Rio de Janeiro, RJ, 04 mar. 04. DJ de 25.6.04.

Diante do exposto, Warley Rodrigues Belo também apresenta posicionamento sobre o direito à vida disposto na Constituição Federal, segue:

A lei defende a vida. Inquestionável. Mas que tipo de vida existe em um feto sem cérebro? A Constituição garante, sim, o direito à vida, mas à vida com determinadas características e qualidades. Não basta o simples existir. Não é suficiente o simples desenvolver no período da gestação. Há de se observar que o direito de viver está ligado ao direito de nascer e sobreviver, a partir do momento em que não há esperança de vida para o conceito, não se vê o por que proibir a prática.<sup>148</sup>

A Arguição, segundo o direito à vida, justificou a interrupção da gestação de feto anencéfalo tendo como base o fato de que não há vida viável na gestação de feto anencéfalo, sendo que, somente o feto com capacidade de ser pessoa, de ter uma viabilidade de vida extra-uterina, pode ser sujeito passivo de aborto.<sup>149</sup> Os conceitos de direito à vida apresentados pelos doutrinadores ora analisados reforçaram o entendimento da Arguição.

Diante do exposto, a Constituição Federal de 1988 garante o direito à vida, mas ao fato de continuar vivo, ou seja, de ter uma viabilidade de vida extra-útero. A lei pretende regulamentar o direito a uma gestação completa, quando se tem uma expectativa de vida, porém, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, então não é certeza de vida, e sim, certeza de morte. Sendo que não há nada que a medicina possa fazer para salvar este feto, pois já se tem total convicção que ele não sobreviverá fora do claustro materno, pois, qualquer que seja o momento que se interrompa a gestação, o resultado será o mesmo, ou seja, a morte do feto ou do bebê, desta forma, não há vida viável a ser protegida.

Não bastasse a argumentação com base no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à liberdade e no direito à vida, deve-se analisar o direito à saúde.

---

<sup>148</sup> BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlacionados. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 115.

<sup>149</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

#### 4.4 Direito à Saúde

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com base no direito à saúde, justificou o aborto de feto anencéfalo, alegando que saúde é o completo bem estar físico, mental e social, e o fato de antecipar o parto de feto portador de anencefalia é o único procedimento médico cabível para diminuir o risco e a dor da grávida.<sup>150</sup> Para analisar tal argumento, segue o posicionamento de alguns doutrinadores sobre o assunto.

Os fundamentos do direito à saúde no Brasil estão relatados no artigo 6º, *caput*, e nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal. A previsão expressa do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 é resultado da importância deste direito, definindo ele como um direito humano fundamental. Ressalte-se que saúde, na definição apresentada pela Organização Mundial da Saúde é o “completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença”.<sup>151</sup>

Algumas gestações de fetos com graves má-formações congênitas, como é o caso de fetos anencéfalos, ocasionam graves complicações para a mãe, pois, segundo Warley Rodrigues Belo, “tem-se uma maior incidência de pré-eclâmpsia, além do deslocamento prematuro da placenta, hemorragias pós-parto, disfunções uterinas e, também, de possíveis perturbações psicológicas e emocionais”.<sup>152</sup>

Quando se descobre que o feto é anencefálico, não existe um recurso que a ciência médica possa utilizar para reverter a situação do feto inviável, porém, o mesmo não ocorre com relação ao estado clínico da gestante. A questão do feto anencéfalo permanecer no

<sup>150</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

<sup>151</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

<sup>152</sup> BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlacionados. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 88.

útero da mãe é muito perigosa, podendo gerar graves danos à saúde da gestante e até mesmo perigo de vida, pelo fato de que muitos fetos morrem ainda no útero da mãe. Desta forma, a má-formação fetal, como é o caso do feto anencéfalo, traz como consequência uma gravidez com um caráter de risco bem maior do que uma gravidez normal.<sup>153</sup>

Em parecer sobre gestação de feto anencéfalo, a FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia atesta:

As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstetrícia nos tem mostrado que: a) A manutenção da gestação de feto anencéfalo tende a se prolongar além de 40 semanas. b) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente. c) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). d) Associação com vasculopatia periférica de estase. e) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. f) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo. g) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. h) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. i) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). j) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. k) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.<sup>154</sup>

O critério para legitimar a interrupção da gestação de feto anencéfalo é a inviabilidade fetal e também o alto risco da gestação. Segue o posicionamento de Fernando Vasconcelos:

A antecipação terapêutica da gestação do anencéfalo é tão somente uma adequação do discriminante penal da saúde da mãe, do risco iminente de vida para a mãe. O risco pode não ser iminente, mas existe um risco flagrante para a mãe. O risco de eclampsia em gestação de anencéfalo é muito mais alto do que nas gestações comuns. O risco que a mãe enfrenta, física e psiquicamente, é indescritível. Então, a questão não é discutir se há conflitos de interesses, se há ou não há vida. Neste caso, temos um conflito evidente entre a saúde da mãe, a saúde física, a saúde psíquica e uma forma

<sup>153</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

<sup>154</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 104-105.

humana, sem dúvida porque é da espécie humana, mas uma forma inviável de vida.<sup>155</sup>

No mais, já ficou comprovado que a gravidez de feto anencefálico é muito perigosa, podendo trazer vários riscos de complicações para a saúde da gestante, além de causar tristeza, angústia e sofrimento psicológico, afetando a mãe, o pai e toda a família. Desta forma, a interrupção da gestação nos casos de feto anencefálico, somente traz benefícios à saúde da gestante, tanto de ordem física quanto de ordem psíquica.<sup>156</sup>

Outro ponto é a questão psicológica, a tristeza, a dor da mãe, de saber que seu filho sobreviver a gestação, somente terá, no máximo, alguns dias de vida. Sérgio Habib apresenta a anencefalia sobre o aspecto psicológico da mulher:

A anencefalia é a ausência da esperança que a mãe carrega consigo, durante nove longos meses, de, ao fim e ao cabo, dar à luz uma criança saudável, ou mesmo, doentia, mas com esperança de vida, sabendo que todo aquele sofrimento experimentado durante a gravidez compensou. É, igualmente, a sensação de que se caminha para lugar nenhum. Uma gravidez sem enxoval, sem sonhos, sem amanhã; em lugar do berço, o ataúde. A sensação de mera estufa, onde se guarda um ser que nada será. É o monólogo. O olhar vazio no espaço, sem linha do horizonte. Em lugar da canção de ninar, o canto triste da cotovia, em lugar do sorrir o carpir. É o nada.<sup>157</sup>

No mais, há, em todo o Brasil, um número muito grande de juízes, promotores de justiça, ou seja, de operadores da lei que compreendem que a mulher, ao gerar um feto que nunca poderá viver, tem o direito de escolher se querem ou não continuar com tal gestação, pois se trata de uma questão de saúde.<sup>158</sup>

<sup>155</sup> Apud CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 62-63.

<sup>156</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 117-118.

<sup>157</sup> HABIB, Sérgio. Aborto por anencefalia. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília: Novembro, v. 8, n. 188, 2004, p.10.

<sup>158</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 19.

A interrupção da gestação na hipótese de feto anencéfalo é o único procedimento que o médico poderá utilizar para amenizar o risco à saúde e a dor da mãe. Proibir a sua prática importa em indevida e injustificável restrição ao direito à saúde. Cabendo enfatizar que com a legalização da interrupção da gestação de feto anencéfalo, tal procedimento se tornaria uma escolha da gestante, priorizando o direito à liberdade, e não, uma atitude a que deva necessariamente se submeter.<sup>159</sup>

A Argüição, segundo o direito à saúde, justificou a interrupção da gestação de feto anencéfalo tendo como base o fato de que seria o único procedimento médico cabível para diminuir o risco e a dor da gestante. Os conceitos de direito à saúde apresentados pelos doutrinadores ora analisados reforçaram o entendimento da Argüição. Desta forma, como demonstrado, a gestação de fetos anencéfalos ocasiona graves complicações para a mãe, podendo gerar até perigo de vida, sendo que não existe um recurso médico cabível para reverter a situação do feto inviável. Seguem julgados com este entendimento:

Inviabilizada a vida do feto, prenunciada sua morte por malformação anencefalia comprovada, hão de volver-se, os cuidados, àquela que o gera, então permitindo-se a interrupção da gravidez, que nestes casos a faz exposta a risco. Inteligência do artigo 128, do Código Penal. PROVIDO O RECURSO. (Apelação Crime Nº 70016858235, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, j. 28.12.06)<sup>160</sup>

É de se deferir tal autorização, ainda que o caso não se enquadre nas hipóteses previstas pelo artigo 128, do CP. A vida da gestante corre sério risco, levando a gravidez a termo, além do que é nula a possibilidade do conceito sobreviver, tendo em vista a anencefalia diagnosticada. Voto vencido. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70009075086, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator

---

<sup>159</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

<sup>160</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 09.

Vencido: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Redator para Acórdão: José Antônio Cidade Pitrez, j. 01.07.04)<sup>161</sup>

A anencefalia ou acrania é uma doença caracterizada pela ausência de ossos do crânio e do encéfalo fetal na vida intra-uterina, o que torna impossível a sobrevivência após o nascimento. E, como patologia de risco, é causa de morbimortalidade materna. Em que pese não estar o aborto eugenésico incluído no art. 128 do Código Penal, como mais uma indicação de causa excludente de ilicitude, tal circunstância não impede a sua realização quando se está a tratar de caso de malformação fetal, especialmente a anencefalia, pois esta acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra uterina e implica gravidez de alto risco. No caso concreto, a indicação da interrupção precoce da gravidez da autora tem caráter não apenas eugênico, mas também terapêutico, pois visa salvar, conforme parecer médico juntado aos autos, a vida da gestante. Apelo defensivo provido para deferir o pedido, com fulcro no art. 128, inciso 1, do Código Penal. Decisão unânime. (Apelação Crime Nº 70005037072, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, j. 12.09.02)<sup>162</sup>

Diante do exposto, interromper a gestação de feto anencéfalo é uma conduta atípica, não é crime, pois somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto, sendo que no caso do feto ser anencéfalo, não há potencial de vida a ser protegido, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, o feto é inviável. Assim, tal conduta deve se tornar uma escolha da gestante, com base nos seguintes direitos constitucionalmente consagrados: Dignidade da Pessoa Humana, Direito à Liberdade, Direito à Vida e Direito à Saúde.

---

<sup>161</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 09.

<sup>162</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 09.

## CONCLUSÃO

No desenvolver do tema da presente monografia, ou seja, interrupção da gestação de feto anencéfalo, concluiu-se que aborto é a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção, podendo ocorrer em qualquer fase da gestação, porém, o Código Penal pune o crime de aborto, admitindo somente duas exceções, o aborto necessário, ou seja, quando a gestante estiver em risco de vida, desde que não haja outro meio de salvá-la, e o aborto sentimental, que ocorre quando a gravidez decorrer de um crime de estupro.

Anencefalia é a ausência de estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), sendo que tal anomalia fetal é incompatível com a vida extra-uterina, pois a maioria dos fetos morrem ainda dentro do útero, e o restante sobrevivem somente algumas horas, sendo que não há uma maneira de modificar tal situação.

Como visto, através de um exame de ultra-som pode se detectar a anencefalia, sendo que tal exame, feito por profissionais competentes, apresenta uma possibilidade de erro mínima, desta forma, tranquiliza os médicos, a gestante e a sociedade.

O feto portador de anencefalia não é somente um feto malformado, ele é um feto inviável, pois feto malformado, por exemplo, um feto com fenda lábio-palatina, mesmo com todas as anomalias, é viável que ele permaneça vivo, sendo que o mesmo não ocorre com o feto inviável, que é o anencéfalo, pois a anomalia é incompatível com a vida extra-uterina.

Foi ajuizada, perante o Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, com diversos argumentos para se promover o reconhecimento à gestante do direito subjetivo para se submeter a um procedimento médico adequado, quando portadora de feto anencéfalo, uma vez que a jurisprudência ainda oscila sobre o assunto. Assim, com o julgamento da Arguição poderá levar a cabo tal discussão.

Adentrando ao estudo da Arguição, pode-se concluir, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que obrigar à mãe a continuar com uma gestação de feto anencéfalo, sabendo que é um feto inviável, é causar-lhe muita dor e sofrimento de maneira desnecessária. Já com base no direito à liberdade, a interrupção da gestação de feto anencéfalo não está proibida no ordenamento jurídico, pois é uma conduta atípica, não é considerada o crime de aborto, pois a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina.

Sobre o direito à vida, como visto, é assegurado pela Constituição Federal, porém, ao fato de continuar vivo, de se ter uma viabilidade de vida extra-uterina, o que não ocorre com o feto anencéfalo, pois qualquer que seja o momento que se interrompa a gestação, o resultado será o mesmo, ou seja, a morte do feto, além do mais, a Constituição Federal confere tratamento diferenciado ao feto anencéfalo, um feto inviável, com relação a tal direito, pois só a partir do momento que o feto nasce com vida é que ele é protegido. E, por último, com base no direito à saúde, a gestação de feto anencéfalo ocasiona graves complicações para a mãe, podendo gerar até perigo de vida, sendo que não há um recurso médico para reverter tal situação.

Assim, deve ser garantido às gestantes o direito de livre escolha, sem a interferência do Estado, para caso queiram interromper a gestação, quando diagnosticada a anencefalia, sejam livres para tal.

No mais, como visto, a interrupção da gestação de feto anencéfalo é uma conduta atípica, não constitui o crime de aborto, pois somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que cause danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto, sendo que o feto anencéfalo não tem expectativa de vida, não tem potencial de vida a ser protegido, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina. Assim, não há lesão ao bem jurídico protegido pelo tipo penal aborto, configurando, desta forma, atipicidade da conduta.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlacionados. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004.
- DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOLLOP, Thomaz Rafael. **Aborto por anomalia fetal**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v2.htm>> Acesso em: 10 jul. 2009.
- HABIB, Sergio. Aborto por anencefalia. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília: Novembro, v. 8, n. 188, 2004.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- JAQUIER, Monika. **Perguntas mais freqüentes sobre anencefalia**. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>> Acesso em: 10 jul. 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. São Paulo: Manole, 2004.

MORON, Antonio Fernandes. **Medicina fetal na prática obstétrica**. São Paulo: Santos, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia**. Disponível em :  
<<http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=91117>> Acesso em: 10 jul. 2009.

PONTES, Manuel Sabino. **A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>> Acesso em: 10 jul. 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da lei n. 9.434/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 04.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89917>> Acesso em: 04 set. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC nº 84025. Ementa: [...] Relator: Joaquim Barbosa. Rio de Janeiro, RJ, 04 mar. 04. DJ de 25.6.04.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 09.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 09.