



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CLAUDIANA PATRÍCIA DE SOUZA BARBOSA

INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE ANENCEFALIA:  
CRIME OU INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA?

SOUSA - PB  
2007

CLAUDIANA PATRÍCIA DE SOUZA BARBOSA

INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE ANENCEFALIA:  
CRIME OU INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA?

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr<sup>a</sup> Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA - PB  
2007

Claudiana Patrícia de Souza Barbosa

INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE ANENCEFALIA:  
CRIME OU INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em            de            de 2007.

---

Maria dos Remedios Lima Barbosa - Especialista - UFCG  
Professora Orientadora

---

Nome – Titulação – Instituição  
Professor (a)

---

Nome – Titulação – Instituição  
Professor (a)

Sousa-PB  
Junho/2007

A Deus, fonte de bondade.  
A meu pai, Francisco Barbosa, meu maior exemplo.  
A minha mãe Juraci, meu maior amor.  
Ao meu irmão Evandro, meu melhor companheiro.  
A minha irmã Cláudia, minha melhor amiga.  
A meu namorado Wesley, meu grande presente de Deus.



## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Deus de bondade, por ser o guia, proteção e arquiteto da minha vida.

Ao meu pai Barbosa, pela confiança e por ter me ensinado que tudo é possível de ser alcançado quando se acredita e que devemos sempre procurar fazer o bem e seguir na vida com retidão. A minha mãe Juraci, por nunca ter medido esforços para realizar meus sonhos e ainda por ter dedicado toda sua vida em função da minha felicidade, sendo o meu ponto de luz e o meu melhor exemplo a ser seguido.

Aos meus irmãos, Evandro e Cláudia, minha eterna gratidão pelo amor, amizade, carinho, cuidado e companheirismo que sempre dedicaram ao longo da vida. Do mesmo modo, ao meu sobrinho Leonardo, que tanta alegria me transmite por meio dos seus gestos de afeto.

A meu namorado Wesley, pelo amor dedicado a mim, tornando os meus dias mais felizes, fáceis e bonitos de serem vividos.

Aos amigos do coração, Ernany, Carla, Kallyne, Reinaldo, Nívia e Rogério, que ao longo desses anos mostraram o real sentido da palavra amizade, trilhando comigo essa jornada singular e oferecendo dia após dia os melhores incentivos. Manifesto também minha sincera gratidão a Ana Paula e Marília, por compartilharem comigo os momentos de intensa alegria, assim como os de tristeza e saudade quando precisei de um ombro amigo, compartilhando comigo os mais nobres sentimentos: o amor e a amizade.

A todos que contribuíram pra a consecução dessa pesquisa: Rocilda, Núbia, José Carlos, Aparecida e principalmente às grandes amigas Marília, Danielle e Vivianne, que de maneira brilhante contribuíram para que eu chegasse ao fim de mais uma etapa da minha vida, não medindo esforços para isso.

E, finalmente, à minha orientadora Remedios Barbosa, por ter conduzido esta pesquisa de forma magnífica, assim como em tudo que realiza na busca da transmissão do conhecimento, uma vez que mais que uma professora que me ensinou as primeiras luzes do Direito Civil, tornou-se também uma grande amiga.

## RESUMO

Nos dias atuais, a questão da legalização do aborto nos casos de feto anencéfalo tem sido discutida de forma veemente. No entanto, nossa legislação penal pátria só considera como excludente da ilicitude quem pratica o aborto nos casos em que a gravidez resulta de estupro, ou quando põe em risco à saúde da gestante. A anencefalia é uma má-formação congênita e irreversível, decorrente de um defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação; o feto portador dessa anomalia não apresenta qualquer possibilidade da perpetuação de sua existência. Com isso, geralmente a gestante apresenta complicações em sua saúde, principalmente relacionadas à saúde psicológica, uma vez que não é fácil carregar consigo um filho sem qualquer viabilidade de sobrevivência. Dessa forma, tem a gestante recebido orientação médica para realizar a extirpação do feto anencéfalo, por ser este procedimento considerado o único meio viável para solucionar este problema. Todavia, nossa legislação ainda não autorizou o aborto nesses casos, embora tal omissão fira os princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e o direito à saúde da gestante, além de gerar insegurança jurídica. Assim, o objetivo geral desse trabalho é analisar os aspectos jurídicos e sociais do aborto com a constatação médica da anomalia, visando à legalização da sua prática nos casos em que o feto possui essa má-formação, e tendo-se em vista também que está presente o interesse legítimo da gestante. Os objetivos específicos são identificar os aspectos histórico e legal do crime de aborto; esboçar dados informativos a respeito das causas e efeitos da anencefalia; e analisar se o aborto em caso de anencefalia constitui conduta criminosa ou se, na verdade, estar-se-á diante de uma situação extraordinária que faz do aborto uma conduta indesviável (inexigibilidade de conduta diversa). Para tanto, serão utilizados os métodos exegético-jurídico, histórico-evolutivo e dedutivo, adequados ao desenvolvimento da presente pesquisa, que aborda uma temática atual, controversa e que gera intenso debate na seara jurídica.

**Palavras-chave: aborto; anencefalia; atipicidade; legalização.**

## ABSTRACT

In the current days, the question of the legalization of the abortion in the embryo cases anencephaly has been argued of vehement form. However, our native criminal legislation only considers as exculpatory of the illegality who practises the abortion in the cases where the pregnancy results of rape, or when it puts at risk to the health of the pregnant woman. The anencephaly is a congenital and irreversible, decurrent harm-formation of a defect of the closing of the neural pipe during the gestation; the carrying embryo of this anomaly does not present any possibility of the perpetuation of its existence. With this, generally the pregnant presents complications in its health, mainly related to the psychological health, a time that is not easy to load obtains a son without any viability of survival. Of this form, it has the received pregnant medical orientation to carry through the withdrawal of the embryo anencephaly, for being this only considered procedure the half viable one to solve this problem. However, our legislation not yet authorized the abortion in these cases, even so such omission wounds the principles of the dignity of the person human being, legality, freedom, autonomy of the will and the right to the health of the pregnant, beyond generating legal unreliability. Thus, the general objective of this work is to analyze the legal and social aspects of the abortion with the medical inquire of the anomaly, aiming at to the legalization of practical its in the cases where the embryo possess this harm-formation, and having itself in sight also that he is present the legitimate interest of the pregnant. The specific objectives are to identify the aspects historical and legal of the abortion crime; to sketch informative data regarding the causes and effect of the anencephaly; e to analyze if the abortion in anencephaly case constitute criminal behavior or if, in the truth, it will be ahead of an extraordinary situation that makes of the abortion a straight and rigid line behavior (no demand of diverse behavior). For in such a way, the methods legal exegetic, deductive evolucion-descripcion will be used and, adjusted to the development of the present research, that approaches thematic a current one, argued and that it generates intense debate in legal scope.

Word-key: abortion; anencephaly; atypical; legalization.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	05
INTRODUÇÃO.....	08
CAPITULO I ABORTO E SEU ENFOQUE JURÍDICO.....	10
1.1 Precedentes históricos.....	11
1.2 Aborto na legislação penal brasileira.....	14
1.2.1 Aborto provocado pela própria gestante e aborto consentido.....	16
1.2.2 Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante.....	18
1.2.3 Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante.....	19
1.2.4 Aborto qualificado.....	20
1.2.5 Aborto Legal.....	22
CAPÍTULO II ANENCEFALIA: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS.....	26
2.1 Danos ligados.....	27
2.2 Direito Comparado.....	29
2.3 Danos psicológicos causados à gestante.....	30
2.4 A medicina, a doação de órgãos e os fetos anencéfalos.....	32
CAPÍTULO III LEGALIZAÇÃO DO ABORTO DO FETO ANENCÉFALO.....	37
3.1 O Direito Penal e o atual posicionamento jurídico.....	37
3.2 Fundamentos jurídicos a favor do aborto de anencéfalo.....	41
3.3 Da solução penal e a inexegibilidade de conduta diversa.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS.....	51
ANEXOS	

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo precípua analisar a questão do aborto em casos de anencefalia, temática polêmica que se configura num verdadeiro desafio para os intérpretes e aplicadores do direito do mundo moderno.

É notório que nos casos em que há a presença de anencefalia, não existe qualquer possibilidade de vida extra-uterina; impossibilitada de desobedecer aos ditames legais, a mulher vê-se obrigada, incoerentemente, a dar continuidade à gestação, apesar de tal fato ferir cabalmente os direitos que lhe são assegurados pela Lei Maior Brasileira.

Dessa forma, a presente pesquisa justifica-se pela problemática apontada, tendo-se como principal finalidade proporcionar à sociedade a obtenção, de maneira unânime, da segurança jurídica em todos os casos de gravidez de feto anencéfalo.

Sendo assim, no transcorrer do estudo, serão abordadas noções sobre o aborto e anencefalia, prevendo uma possível legalização da conduta das gestantes que decidirem pela realização do aborto.

Nesse diapasão, o primeiro capítulo abordará o aborto em seu enfoque jurídico; inicialmente, analisar-se-ão sucintamente os aspectos históricos concernentes ao tema, além de adentrar na questão do aborto na legislação pátria, analisando diversas situações que podem ocorrer na rica e fértil vida social: aborto provocado pela própria gestante; aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante; e aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante. Far-se-ão, em cada um desses tópicos, a descrição e o comentário da legislação pertinente.

Além disso, falar-se-á sobre o aborto qualificado e sobre o aborto legal, fornecendo seus conceitos e posicionamentos doutrinários sobre estas temáticas.

No segundo capítulo, estudar-se-ão os aspectos sociais e jurídicos da anencefalia. Ponderar-se-á sobre os danos ligados, sobre o Direito Comparado, analisando as visões da Canadá, Estados Unidos, Itália, dentre outros países. Também será feita uma concisa análise psicológica da gestante que passa por tal situação, além de abordar a questão da doação de órgãos dos fetos portadores de anencefalia.

No terceiro e último capítulo adentrar-se-á numa temática-chave da presente pesquisa: a legalização do aborto do feto anencéfalo.

Levando-se em consideração que o aborto é fato típico e antijurídico, apenas permitido em duas situações extremas (no caso da mulher que é vítima de estupro ou se a continuidade da gestação trazer perigo inafastável para sua vida), é de inquestionável relevância analisar se é viável ou não a ampliação do rol de permissões para a feitura do aborto no caso de anencefalia, conjuntura tão extraordinária quanto o estupro que resulta em uma gravidez indesejada, tanto no caso da mulher cuja gravidez põe sua vida em risco iminente e irremediável.

Apontar-se-ão o atual posicionamento jurídico doutrinário e jurisprudencial, os fundamentos jurídicos a favor do aborto em caso de anencefalia e a solução penal face à inexigibilidade de conduta diversa por parte da gestante que se encontra nesta situação tão complexa e desgastante.



## CAPÍTULO 1 ABORTO E SEU ENFOQUE JURÍDICO

Aborto é a destruição do produto da concepção como consequência da interrupção da gravidez, no qual é desfeito o curso fisiológico do feto no útero materno. Sob a ótica do jurista Ney Moura Teles (2003), aborto é a interrupção da gravidez com a morte do ser humano em formação, podendo esta acontecer de forma natural, acidental ou provocado por ação humana.

O termo abortamento é considerado como, tecnicamente, o mais apropriado para indicar o verdadeiro sentido da interrupção da gravidez, no qual se refere ao ato de abortar. Insta definir de logo o que seria aborto, expressão adotada na Legislação Penal brasileira e no transcorrer desta pesquisa. Abortar, etimologicamente (*ab – ortus*, privar do nascimento), significa a interrupção violenta do processo de gestação com consequente morte do feto, nas palavras do jurista, Prof. Sergio Habib (*in Revista Jurídica Consulex*, ano VII, nº 174).

Compreende-se por aborto natural a interrupção do processo gravídico por diversas causas que fogem à vontade da gestante, ocasionado por problemas de saúde ou má formação fetal; o aborto acidental é ocasionado por fatores externos, não existindo nenhuma ocorrência decisiva e determinante sobre tal fato, acontecendo geralmente por queda ou ingestão, por desconhecimento, de alguma substância inadequada; já o aborto provocado, único destes que pode constituir crime, decorre da ação humana com a finalidade de interromper tal processo.

As causas da prática deste último aborto, segundo Julio Fabbrini Mirabete (2004), pode ser de natureza econômica, onde faltam condições para a mulher sustentar mais

um filho, por circunstância moral que pode advir de um estupro, ou mesmo de natureza individual por querer esquivar-se de tamanha responsabilidade.

Todavia, outra classificação das espécies de aborto tem sido admitida pela jurisprudência e doutrina, como o aborto eugênico ou piedoso, realizado com a finalidade de impedir o nascimento de criança que não possui condição de sobrevivência devido apresentar anomalias de natureza grave, como a ausência de cérebro; terapêutico acontece no intuito de preservar a vida ou a saúde da mãe acometida de algum mal; social ou econômico é executado com objetivo de não agravar a situação financeira de famílias já muito numerosas.

### 1.1 Precedentes Históricos

Não faz parte da atualidade a observância de mulheres em situações em que não deseja, ou não podem gerar uma criança, pois se constata que o imperador chinês Shen Nung, ainda entre 2.737 e 2.696 AC, cita em texto médico, a receita de um abortífero oral.

No que se refere ao histórico do aborto, nem sempre a decisão de interromper a gravidez foi objeto de incriminação, visto que tal ato sempre sofreu forte influência, no qual os interesses políticos, econômicos e religiosos sempre prevaleceram, passando esta questão por diversos momentos na história.

Consoante afirmam Schor; Alvarenga, na antiga Grécia, o aborto era a forma mais eficaz para reduzir a determinadas proporções os nascimentos e manter inalterável a quantidade de pessoas das cidades gregas. Já Platão opinava que o aborto deveria ser obrigatório, por motivos eugênicos, para as mulheres com mais de 40 anos e para preservar a



raça pura dos guerreiros. Na ótica de Sócrates, as parteiras, por sinal profissão de sua mãe, deveriam facilitar o aborto às mulheres que desta forma optassem.

Em Roma, o aborto foi tratado em determinados momentos de forma diferenciada. Ainda com a Lei das XII Tábuas e as Leis da República, o aborto não era considerado como crime, pois o feto era simplesmente um produto da concepção, de fato que a mulher poderia praticar o aborto já que lhe era dado o direito de dispor de seu próprio corpo.

Tempos depois, passou-se a castigar a prática do aborto por considerá-lo como uma lesão ao direito do marido que assim como a gestante, também teria direito à prole, ressaltando que neste momento da história preservava-se não o direito do feto, mas garantia-se a propriedade do pai.

Efetivamente o aborto passou a ser reprovado pelo meio social na época do Cristianismo, tendo até mesmo recebido um tratamento mais benevolente através da tese de São Tomás de Aquino que acreditava na animação tardia do feto, como assim preconizava Aristóteles ao considerar como crime somente quando passados quarenta ou oitenta dias da concepção, que era quando o feto teria recebido alma. Todavia, somente em 1869 a Igreja Católica declarou o aborto como crime por ser a alma parte do feto desde a concepção.

Temendo a redução da mão-de-obra advinda das classes populares, tamanha sua importância para assegurar a continuidade da Revolução Industrial, ainda no século XIX, a proibição do aborto propagou-se devido a razões econômicas.

No século seguinte, principalmente na sua primeira metade, o movimento contra a prática abortiva continuou com toda força devido às baixas populacionais sofridas pela Primeira Guerra Mundial que assolou a maior parte dos países europeus, com exceção da União Soviética que deixou de considerar o aborto como crime com a Revolução Industrial, tendo sido o primeiro país a legalizá-lo...

Com o fim da Segunda Guerra mundial, permaneceu intensa a repreensão à prática do aborto, somente ocorrida modificações significativas a partir dos anos 60 (sessenta) quando, em virtude da alteração dos interesses de ordem político-econômico e do novo posicionamento da mulher na sociedade que passou a mostrar força diante da decisão de continuar ou não a gravidez através dos grupos feministas, é que houve uma forte tendência para a liberação do aborto.

Neste mesmo período, um número considerável de abortos ilegais foi realizado por todo o mundo, contribuindo para motivar a exclusão da proibição. Questão interessante aconteceu nos Estados Unidos, por volta dos anos 70 (setenta), quando, de acordo com informações obtidas *on line*<sup>1</sup>, a Corte Suprema daquele Estado promulgava leis permissivas ao aborto, baseados no caso *Roe Wade* (Texas) e de *Doe V. Bolton* (Geórgia) no qual passou a vigorar que a decisão do aborto ficaria a critério do médico da gestante caso este fosse realizado até o primeiro trimestre; estando a gestação no segundo trimestre poderia o Estado, caso houvesse interesse, regulamentar tal procedimento de acordo com os fatores físicos, emocionais, psicológicos, familiares e a idade da mulher; e quando estivesse no último estágio de gravidez, o Estado pode até mesmo proibir o aborto, salvo em caso de necessidade.

Todas essas transformações não aconteceram de forma repentina, tendo se intensificado somente a partir dos anos 60 (sessenta), em razão da emancipação da mulher na estrutura social, além da evolução nos costumes da sociedade, principalmente no que diz respeito à sexualidade, alcançando-se este resultado por meio da luta constante de mulheres que diariamente lutam pela descriminalização do aborto.

Sendo assim, vale ressaltar que sob o prisma da globalização, hoje, grande número de países não incrimina o aborto quando provocado até o terceiro ou quarto mês de

---

<sup>1</sup> Site [eumat.vilabol.uol.com.br/aborto.htm](http://eumat.vilabol.uol.com.br/aborto.htm)

gestação, a citar Suécia, Dinamarca, França, Alemanha, Áustria, Hungria, Japão, Estados Unidos, dentre outros. (MIRABETE, 2004).

## 1.2. Aborto na legislação penal brasileira

Consta de 1830 a primeira menção ao crime de aborto no Brasil, quando somente criminalizava, no então Código Criminal do Império, a conduta de terceiros, mas sem haver nenhuma previsão legal sobre o crime de aborto praticado pela própria gestante, visto que este, apenas passou a ter uma previsão legal em 1890.

No que concerne à tipificação da figura do aborto, esta aconteceu com o Código Penal de 1940, em vigor em nossos dias. O crime de aborto encontra-se na Parte Especial, tipificado no Título I “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no Capítulo I “Dos Crimes Contra a Vida”.

Nas modalidades de auto-aborto e consentimento para o aborto, por tratar-se de crime especial, também chamado de crime de mão-própria, somente a gestante pode ser autora; já no aborto provocado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante, qualquer pessoa pode ser autor do delito, devido tratar-se de crime comum.

No que se refere às duas primeiras figuras do aborto, o sujeito passivo do crime será o feto. Nesse sentido discorre Mirabete *apud* (Fragoso, Lições. Ob. Cit. V.1, p. 127), ao dispor: “Não é o feto, porém, titular de bem jurídico ofendido, apesar de ter seus direitos de natureza civil resguardados. Sujeito passivo é o Estado ou a comunidade nacional”.

Em contra partida, no aborto praticado sem consentimento da gestante, o sujeito passivo, segundo Damásio (1999, p. 118) será o feto e a gestante.

Quanto à comprovação do crime de aborto, esta acontecerá, por se tratar de crime material, mediante exame de corpo de delito realizado através do material retirado do útero e também por meio do corpo da mulher. Todavia, havendo a impossibilidade do exame direto, a comprovação será substituída pela prova testemunhal ou documental (CAPEZ, 2003).

O aborto mostra-se como tipo subjetivo, o dolo, cuja presença é indispensável na conduta do agente desse delito e fundamenta-se na vontade livre e consciente de interromper a gravidez e provocar a morte do produto da concepção. Dessa maneira, preleciona TELES (2004, p. 177): Deve o agente estar consciente da existência da gravidez, fazer a previsão de que com a conduta poderá interrompê-la, matando o ser humano em formação, e agir com vontade livre de alcançar esse resultado.

E ainda complementa afirmando que se não souber da gravidez, não poderá prever o resultado, nem tampouco desejá-lo.

O dolo pode ser direto quando há o desejo de interromper a gravidez e causar a morte do feto, eventual, quando o agente assume o risco de produzir tais resultados.

Segundo Capez (2003, p. 110), para que o crime de aborto seja possível faz-se necessário que o feto esteja vivo vez que o crime estará consumado com a interrupção da gravidez e a conseqüente morte daquele, devendo esse fato ter ocorrido em decorrência do emprego de meios que de forma idônea provocariam a morte do feto e não sendo necessário segundo CAPEZ (2003) que tenha havido a expulsão do feto, visto que há casos em que o feto morto não é expelido e mantém-se no organismo da mulher.

Note-se que não há como caracterizar o crime de aborto se o feto vier a nascer com vida e em conseqüência de lesões provocadas pelo agente, ele vir a falecer fora do útero da mãe. Sendo assim, o agente responderá por tentativa, existente quando as manobras

abortivas não interrompem a gravidez ou provocam apenas aceleração do parto, com a sobrevivência do neonato (MIRABETE, 2003, p. 96).

Nosso Código Penal apresenta cinco figuras, a saber: aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento – auto-aborto (CP, artigo 124); aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (CP, artigo 126); aborto qualificado (CP, artigo 127) e aborto legal (CP, artigo 128), que serão analisados a seguir.

#### 1.2.1. Aborto provocado pela própria gestante e aborto consentido

No artigo 124 do nosso diploma penal está definido o aborto provocado ou auto-aborto, como também é chamado. Tal delito configura-se sob duas modalidades.

Na primeira parte do artigo está disciplinado o auto-aborto que trata-se da gestante provocar em si mesma; já na segunda parte é descrito o aborto consentido no qual há incriminação do sujeito por consentir que outrem lho provoque.

No primeiro tipo, segundo Damásio (1999, p.120): a gestante, por intermédio de meios executivos químicos, físicos ou mecânicos, provoca em si mesma a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, na segunda figura típica, a gestante presta consentimento no sentido de que terceiro lhe provoque o aborto.

Por tratar-se de crime de mão própria, somente a gestante poderá cometê-lo, contudo não impede que terceiro participe. Haverá, portanto, participação quando aquele apenas se fizer presente de maneira secundária. Nesse sentido ressalva Teles (2004,p.176): O terceiro que induz ou instiga a gestante a provocar o auto-aborto ou ainda colaborar de modo

secundário sem interferir na execução do procedimento típico, sem ter, portanto, poder de decisão, domínio do fato, será partícipe.

Dessa forma, o sujeito do delito que assim agir, responderá a título de partícipe pelo artigo 124, que dispõe: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. Pena – detenção, de um a três anos.

Se, todavia, o terceiro, no lugar de apenas colaborar com aborto, contribui com o fornecimento de materiais para a prática abortiva e tendo até mesmo poder para decidir, este responderá pelo artigo 126 do CP.

Questão interessante e que suscita grande discussão, diz respeito à possibilidade de concurso de agentes nos casos de auto-aborto e aborto consentido.

Para uma corrente doutrinária, o concurso acontecerá nos em que o agente somente incite a prática do aborto ou proporcione meios para que o delito seja possível, vindo a responder apenas pelo crime do artigo 126 quando participasse do ato executivo. Já para uma outra corrente, responderá sempre como partícipe do artigo 126 do CP, ainda que apenas tenha induzido ou auxiliado a agente. Contudo no entendimento jurisprudencial, o terceiro ainda que atue como partícipe, será enquadrado no artigo 126 do CP. Nessa medida, dispõe Capez (2003, p. 115): é impossível ocorrer o concurso de pessoas na modalidade de co-autoria, visto tratar-se de crime de mão própria.

Ressalte-se que se tratando de crime de ação múltipla, a gestante mesmo consentindo que o aborto lhe seja provocado por terceiro e ainda lhe ajude a empregar os meios necessários para a prática do delito, responderá somente pelo artigo 124, CP. Entretanto, o mesmo não acontece com o terceiro que responderá pelo que dispõe o artigo 126, CP, por ter executado materialmente a ação provocadora do aborto.

No que tange à teoria monística adotada pela legislação penal brasileira, Capez (2003) considera uma exceção a esta por prevê no seu artigo 29 que: quem, de qualquer



modo, concorre para o crime incide nas penas de um único crime, devido ter dispensado pena diversa a quem executa materialmente a ação provocadora do aborto e àquele que consente que terceiro lho provoque.

### 1.2.2. Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante

Dentre as modalidades de aborto, esta constitui a forma mais gravosa, podendo ser punido, aquele que cometer tal delito, com pena de reclusão de três a dez anos.

Neste tipo de aborto, segundo Teles (2004), o agente, contra a vontade da gestante, intervém na gravidez ocasionando a interrupção desta e por consequência, a morte do feto.

Diferentemente do que acontece na modalidade de aborto presente no artigo 126 do CP, não há nesta o consentimento da gestante, no qual, caso existisse a permissão não constituiria tal ato como figura atípica, visto que se enquadraria no então artigo 126 do CP (aborto com consentimento da gestante).

De acordo com a ótica de Capez (2003), não é preciso que haja o dissenso expresso da gestante, basta o emprego de meios abortivos por terceiro sem o seu consentimento, vez que esse dissenso pode ser real ou presumido.

Haverá dissenso real quando for empregada pelo sujeito violência, fraude ou grave ameaça. Define-se por violência o emprego de força física contrariando desta maneira a vontade da gestante, como por exemplo, o homicídio de mulher grávida com conhecimento da gravidez pelo agente; por fraude o fato de induzir a gestante ao cometimento de erro, como o médico que pratica manobras abortivas na gestante fazendo a gestante acreditar que estaria

sendo realizado exames de rotina; e por grave ameaça a imposição de algum possível mal grave que se torna inevitável, a exemplo do namorado que ameaça terminar relacionamento caso a namorada não aborte.

Entretanto, entende-se por dissentimento presumido o fato de a gestante não ter capacidade de consentir. Presume-se não haver capacidade para tal ato quando a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental. Porém, segundo Capez (2003), há a possibilidade de erro por parte de terceiro quanto ao imaginado consentimento da vítima por acreditar ser capaz, estando assim caracterizado o erro de tipo e enquadramento na figura típica do artigo 126 do CP.

### 1.2.3. Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante

Previsto no artigo 126 do CP, o delito de aborto absorve duas figuras típicas, uma presente no artigo 124, CP no que diz respeito ao consentimento e outra presente no próprio artigo 126 na figura do provocador.

Dessa forma, a figura do aborto consentido (CP, artigo 126) estará caracterizado por meio do consentimento da gestante, devendo esta ter capacidade para consentir, dando dessa maneira validade ao ato por representar a vontade real da gestante.

Todavia, ausente essa capacidade, o delito deixará de ser o do artigo 126 do CP para enquadrar-se no artigo 125, CP. Sendo assim, estará configurado o consentimento inválido quando houver dissentimento real, ou seja, for empregada fraude, grave ameaça ou violência; ou dissentimento presumido, nos casos em que a gestante não é maior de quatorze anos ou alienada ou débil mental.



Vale ressaltar que o consentimento pode não ser verbal ou expresso, mas, segundo Capez (2003 p. 117):

O consentimento da gestante deve perdurar durante toda a execução do aborto, de modo que se houver revogação por parte dela em momento prévio ou intermediário e, a despeito disso, prosseguir o terceiro na manobra, haverá, para este, o consentimento do delito mais grave (CP, art. 125).

Sendo assim, questão interessante é a do concurso de pessoas que é de possível realização pelo auxílio à conduta por parte do terceiro que é quem pratica o aborto, a exemplo da enfermeira que auxilia o médico.

#### 1.2.4. Aborto qualificado

O Código Penal em seu artigo 127 prevê as formas qualificadas do delito de aborto, dispondo que:

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

Conforme se verifica, aplica-se este artigo tão somente às formas qualificadas dos artigos 125 e 126 do CP, estando excluídas o auto-aborto e o aborto consentido, visto não haver a possibilidade de punir, de acordo com a nossa legislação, a autolesão e o ato de provocar a própria morte. Dessa forma, a gestante que provocar em si o aborto, responderá pelo artigo 124, CP e a que vier a falecer em decorrência da prática abortiva não será punida por ser o ato de matar-se atípico.

Nesse mesmo diapasão, assim como não será punida a mulher que praticar aborto em si mesma, o partícipe também não será punido por sua conduta. Ressalte-se que há discordância a respeito dessa questão, pois para uma corrente, a pessoa que instigar ou auxiliar o crime de auto-aborto e dos meios aplicados para a prática deste sobrevier lesão corporal ou morte, esta responderá por lesão corporal culposa ou homicídio culposo; já para outra corrente, aquele responderá apenas por participação no crime do artigo 124 do CP. Para Capez (2003, p.118):

O sujeito deve responder por homicídio culposo ou lesão corporal culposa, conforme o caso, na qualidade de autor mediato, pois a gestante funcionou como instrumento (*longa manus*) de sua atuação imprudente. Além disso, responde por participação em auto-aborto em concurso formal.

No que se refere às formas típicas qualificadas pelo resultado, estas são todas modalidades de crime preterdoloso. Pos este, entende-se, de acordo com a ótica De Jesus (2003, p.206): por crime em que a ação causa um resultado mais grave que o pretendido pelo agente. O sujeito que um *minus* e a sua conduta produz um *majus* de forma que se conjugam a ação (antecedente) e a culpa no resultado (conseqüente). Sendo assim, há primeiramente um crime doloso (aborto) e por uma ação não desejada acaba produzindo um outro resultado mais grave (lesão corporal de natureza grave ou morte), geralmente em decorrência de negligência, imprudência ou imperícia.

Faz-se necessário que tenha ocorrido de forma exclusiva a conduta culposa na produção do resultado, pois caso isto não aconteça, poderá então está presente o concurso formal de dois crimes, a saber, o aborto e lesão corporal de natureza grave, ou aborto e homicídio doloso. Nesse mesmo sentido preleciona Teles (2004, p. 179) ao dispor que: É de todo claro que o resultado mais grave não pode estar alcançado pelo dolo do agente, nem mesmo eventualmente, pois se tal se der, isto é, se o agente, além do aborto, previu a lesão ou morte e a desejou, ou a aceitou então haverá concurso formal de dois crimes.

Vale salientar que o agente não responderá pelo resultado na sua forma mais grave quando houver agido com cautela necessária para somente produzir o resultado esperado que fosse a interrupção da gravidez, mesmo que, sobrevenha o efeito morte ou lesão corpora grave. Esta questão encontra respaldo jurídico no artigo 19 do Código Penal, segundo o qual pelo resultado que agrava especialmente a pena que o houver causado ao menos culposamente.

Sendo assim, no tocante às lesões corporais leves, estas são excluídas por lei das qualificadoras, visto que algumas delas são inerentes à prática abortiva e caso fossem consideradas de natureza grave, de acordo com Capez (2003, p. 119): a lei, na verdade, teria em vista as lesões graves extraordinárias, ou seja, não necessárias à provocação do aborto, como, por exemplo, infecções; do contrário, o crime de aborto seria sempre qualificado.

#### 1.2.5. Aborto Legal

Trata-se no artigo 128, incisos I e II do Código Penal das duas causas excludentes de ilicitude, a saber:

Não se pune o aborto praticado por médico:

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

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

Entretanto, há posicionamentos contrários no que diz respeito às causas excludentes da ilicitude, pois para alguns se trata de hipótese extintiva da punibilidade. Sendo assim, em tal questão não se observa êxito, diante do que menciona Damásio(1999, p.124):

Haveria causa especial de exclusão de pena somente se o CP dissesse não se pune o médico, mas do inverso disso, a legislação diz que não se pune o aborto.

No tocante ao aborto necessário ou terapêutico (CP, artigo 128, I), este se caracteriza por ser possível a interrupção da gravidez nos casos em que a gestante estiver correndo perigo de morte ou ser desconhecida outra maneira para salvá-la.

O legislador, diante de dois bens jurídicos (o feto e a gestante), achou por bem preservar a vida da genitora, devido aquele ainda não está formado e ser somente uma expectativa de sobrevivência.

Assim, só será justificado o aborto nesses casos, se este for realizado por médico logo que for constatado o risco futuro que a gestante corre que pode advir de causas variadas, como um câncer, não sendo necessário que este risco seja atual, visto que foi criada pelo nosso legislador a espécie de estado de necessidade. Ao médico será imposto o dever de analisar o motivo pelo qual deverá ser interrompida a gravidez, além de só intervir após parecer de dois outros colegas, sendo necessário lavrar ata em três vias, devendo uma ser enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do nosocômio onde o aborto foi praticado.

Para que seja realizada alguma interferência médica nos casos em que a gestante corre risco, é prescindível a autorização desta ou de seu representante, sendo isto assegurado pelo artigo 146, § 3º, I do CP que autoriza a intervenção médica ou cirúrgica nos casos em que há iminente perigo de vida, sem o consentimento do paciente ou do seu representante legal. Nesse sentido preleciona Capez (2003 p. 120 e 121):

É dispensável a concordância da gestante ou do seu representante legal, podendo o médico intervir à revelia deles, até porque muitas vezes a mulher se encontra em estado de inconsciência e os familiares podem ser impelidos por motivos outros, como o interesse na sucessão hereditária, no momento de decidir sobre o sacrifício da vida da genitora ou do feto.

Ressalte-se que, embora a excludente de ilicitude do crime de aborto compreenda somente a figura do médico, as pessoas que o auxiliarem na conduta abortiva, como a enfermeira, não responderá pelo delito por está amparada pelo artigo 24 do CP (estado de necessidade de terceiro). Todavia, faz-se necessário a presença do perigo atual e inamovível, pois caso contrário, a conduta será tida como criminosa.

Sendo, porém, constatado a desnecessidade da prática abortiva por erro médico no diagnóstico, haverá a exclusão do elemento subjetivo, o dolo, assim como o crime. Será, portanto considerado como descriminante putativa, como é assegurado pelo artigo 20, § 1º do CP que reza: É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

Quanto ao aborto sentimental, também chamado de humanitário ou ético (artigo 128, II), é caracterizado por a gravidez decorrer do crime de estupro. Com isso, a mulher que foi violentada vê na lei uma alternativa para que, caso não queira, dar à luz a uma criança que foi gerada contra sua vontade, realizar o aborto. Trata-se de uma atitude mais que justificável por parte do Estado, vez que ele não poderia abrigar uma mulher a prosseguir com uma gravidez indesejada.

Na realização de tal conduta, a lei, expressamente, só permite que ela seja feita por um médico. Do contrário, responderá por crime a enfermeira que assim o fizer. Posicionamento diverso apresenta Bitencourt *apud* Capez (2003, p. 122) ao mencionar “que mesmo a enfermeira não estando abrangida pela excludente de ilicitude, pode estar presente um excludente de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa”.

Outra hipótese de aborto vem sendo admitida pela doutrina e jurisprudência, apesar de não estar prevista em lei, que é a permissão para a prática deste nos casos em que a gravidez resultar de atentado violento ao pudor, previsto no artigo 214 do CP, pois é sabido



que a gravidez pode advir não só da conjunção carnal, mas também de atos libidinosos, aplicando-se, dessa maneira, a analogia *in bonam partem*.

Diferentemente do aborto necessário, em que é dispensável a concordância da gestante, no aborto sentimental deverá haver autorização por parte desta, ou, nos casos em que ela assim não poder fazer, de seu representante legal. Nesse mesmo sentido dispõe Capez (2003, p. 130):

A lei não exige autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime de estupro para a prática aborto sentimental, ficando a intervenção a critério do médico. Basta prova idônea do atentado sexual (boletim de ocorrência, testemunhos colhidos perante autoridade policial, atestado médico relativo às lesões defendidas sofridas pela mulher e às lesões próprias à submissão forçada à conjunção carnal.

Nos casos em que o médico for levado a erro, e assim praticar o aborto, e só depois constatar não ter ocorrido o estupro, este não terá cometido crime, visto que o que aconteceu foi um erro de tipo, previsto no artigo 20, § 2º do CP, no qual o dolo é excluído.

Deste modo, vale salientar, que há outros tipos de aborto, apesar de não haver ainda previsão legal, como por exemplo, o aborto eugênico que é aquele no qual o feto apresenta alguma anomalia de natureza grave, como a anencefalia. Este tema tem gerado corriqueiras discussões, devido o feto gerado não possuir a menor expectativa de vida futura.

## CAPÍTULO 2 ANENCEFALIA: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS

Por anencefalia entende-se por um defeito congênito decorrente do mau fechamento do tubo neural que geralmente ocorre entre o 23º e 28º dias de gestação. No Brasil, a cada 10.000 nascidos vivos, 18 deles sofrem a incidência da má-formação (PINOTTI, 2004).

Definição a respeito da anencefalia pode ser encontrada em doutrina jurídica. Nesse diapasão, menciona Maria Helena Diniz (2001, p.281):

pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.

No mesmo sentido, preleciona o Professor Luís Roberto Barroso na petição inicial de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, para quem, a anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.

Alguns autores têm defendido que o termo anencefalia é tecnicamente incorreto, devido ao fato de esta nomenclatura pressupor a ausência total do encéfalo, que não acontece com os fetos atingidos com esta anormalidade. Desta forma, muitos propõem outros termos, sendo mais correto a utilização dos termos meroanencefalia e holoanencefalia, para diferenciar, respectivamente os casos em que há a presença de forma parcial ou total do encéfalo.

Todavia, esta anomalia sempre existiu, mas só com a evolução da ciência médica pôde-se constatar de forma absoluta e precoce sua existência. Anteriormente, só era possível detectar a má-formação no ato do nascimento ou caso a gravidez fosse interrompida de forma espontânea. Nos dias atuais, esta se revela por meio da ultra-sonografia realizada até o fim do primeiro trimestre da gravidez por meio do diagnóstico de pré-natal.

Nesse sentido, a respeito do exame pré-natal, sustenta o médico e pesquisador Júlio Cezar Meirelles Gomes, em simpósio realizado durante o II Encontro Luso-Brasileiro de Bioética, no dia 30 de outubro de 2002:

Bem, o diagnóstico pré-natal vem a ser o conjunto de procedimentos que vai buscar elementos de convicção ou evidências sobre anomalias cromossômicas ou defeitos congênitos no embrião. Esse é o objetivo do diagnóstico pré-natal. (...) O impacto epidemiológico dessa questão de diagnóstico vai incidir sobre 3% de neonatos portadores de anomalia e aí sobrevêm a utilidade da aparente técnica de diagnóstico pré-natal: detectar essas anomalias, vislumbrá-las precocemente e, se possível, corrigi-las toda vez que o benefício for superior ao risco do procedimento diagnóstico.

Dessa forma, vale ressaltar que a anencefalia em 100% (cem por cento) dos casos é fatal, como assim afirma a médica geneticista Dafne Horovits, em entrevista dada à revista *Época* na edição de 15 de março de 2004. Assim, visto que a medicina não aponta nenhuma nenhum tipo de tratamento ou forma de reversão do caso, mesmo tendo notícias de anencéfalos que tiveram vida extra-uterina que chegaram a durar meses, fazendo com que muitos acreditassem na possibilidade de uma possível vida, esta, infelizmente, será curta e com toda certeza não prosseguirá.



## 2.1. Danos ligados à anencefalia

Considerando estudos realizados acerca de posicionamentos relacionados à interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, percebe-se o quanto tal questão vem sendo discutida atualmente.

De acordo com pesquisa realizada pelo IBOPE, 71% (setenta e um por cento) da população brasileira é favorável ao aborto nos casos em que são constatados algum tipo de problema congênito, como nos casos de anencefalia, onde há a incompatibilidade com a vida. Entretanto, no que diz respeito às modalidades de aborto, 79% (setenta e nove por cento) da população é a favor da prática abortiva no caso em que há risco de morte à mulher. No entanto, há um índice de 62% (sessenta e dois por cento) de apoio ao aborto em caso de gravidez resultante de estupro.

Em informações obtidas *on line*, há cerca de 80.400 (oitenta mil e quatrocentos) *sites* da Rede Mundial citando simultaneamente os termos anencefalia e aborto, ficando evidente que atualmente existe um enorme interesse pelo tema.

No Brasil, tornam-se cada vez mais comuns ações judiciais que pleiteiam autorização para interromper a gravidez. Na tarde de 1º de julho de 2004, foi resolvido um desses casos, caso este que chegou até o Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de um pedido de um jovem de 18 anos que havia sido indeferido liminarmente pelo juiz de direito do município de Teresópolis (RJ). O Supremo Tribunal Federal - STF, por meio do Ministro Marco Aurélio de Melo, concedeu liminar em favor da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS (ANEXO A), garantindo à gestante o direito de submeter-se à operação terapêutica de fetos anencéfalos e ainda o sobrestamento dos processos e decisões

não transitadas em julgado, relacionado aos casos em que a gestante estivesse respondendo a processo penal pela prática do aborto.

Todavia, a medida cautelar vigorou somente por quase quatro meses, quando no dia 20 de outubro do mesmo ano, o Pleno do Supremo Tribunal Federal - STF decidiu, por sete votos contrários e quatro favoráveis, revogar parte da liminar concedida, tendo deixado de reconhecer o direito da gestante à interrupção da gravidez.

Dessa maneira, vê-se nitidamente que muito se tem discutido na sociedade brasileira vindo esta a se apresentado em vários momentos a favor da interrupção da gravidez nos casos em que há anomalias que geram incompatibilidade com a vida, não havendo, entretanto, decisão a respeito de tal assunto, com também há dúvidas quanto à fundamentação jurídica que fosse possível sustentar decisões judiciais neste sentido.

## 2.2. Anencefalia frente ao Direito Comparado

Em publicação recente feita no *World Atlas of Birth Defects* (Atlas Mundial de Nascimentos Imperfeitos), depois de um estudo realizado entre os anos de 1993 e 1998 em 41 países, no qual foram estudados dados que se referem ao número de nascidos vivos ou mortos, tornou-se possível traçar um mapa da anencefalia, como bem fez a Organização Mundial de Saúde (OMS).

Desta forma, neste estudo foi constatado que em relação ao número de nascidos com anencefalia, os países que possuem taxas mais elevadas são, respectivamente, o México, Chile, Paraguai e Brasil, estando nosso país com o registro de 8,62 casos para cada 10 mil nascimentos. De um outro lado, encontram-se os países com a Croácia, França, Itália,

Hungria, Cuba, Suíça e Bélgica com um baixo índice de casos de nascidos com anencefalia, chegando apenas a 0,1 por 10 mil. Isto acontece pelo fato desses países permitirem a interrupção da gravidez quando diagnosticada a anomalia.

Ao lado do Brasil na resistência à liberação do aborto em casos de anencefalia, encontram-se também as nações islâmicas, africanas e parcela considerável da América Latina. Mas é nossa nação, dentre os que proíbem, que possui as leis mais restritivas sobre o tema, Já em países como os Estados Unidos, Canadá, Itália, Espanha e Portugal, foi dado por lei o direito à mulher de a partir do conhecimento do diagnóstico, decidir pela continuação da gestação ou pela antecipação do parto.

Percebe-se, portanto, num exame do direito comparado, diversas formas de tutela jurídica do nascituro como o que acontece na Espanha, ao considerar que o recém-nascido só terá personalidade se possuir forma humana, como assim menciona o artigo 30 Código Civil Espanhol.

No entanto, o Código Civil Argentino concede a personalidade a partir da concepção, mas ficando alguns direitos condicionados à dependência do nascimento. Assim afirma o tal diploma no seu artigo 70:

Desde la concepción em el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos em el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Sendo assim, muito se discute atualmente a respeito do tratamento que é dado à questão do aborto nos casos de anencefalia na legislação pátria, devido ao fato de que muitos acreditam ser dever do Estado brasileiro dar apoio às mulheres no que tange às suas decisões reprodutivas.

### 2.3 Danos psicológicos causados à gestante

A Lei Magna, em seu artigo 196, dispõe a respeito de um direito fundamental afirmando que: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No mesmo sentido, a Organização Mundial de Saúde conceitua saúde como “o estado de completo bem estar físico, mental e social e não simplesmente como ausência de enfermidade”. Nesse contexto, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, na petição inicial da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, interposta junto ao Supremo Tribunal Federal - STF, no item 35, afirma que no concerne à saúde, baseados no artigo 6º, caput, e 196 a 200 da Constituição Federal: A antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencéfalo é o único procedimento cabível para abreviar o risco e a dor da gestante. Impedir a sua realização importa em indevida e injustificável restrição ao direito à saúde.

Assim, é indiscutível que nos casos em que é atestada uma gravidez de anencéfalo, mostra-se de imediato os danos sofridos pela mulher, certo que logo esta passa a ter como consequência grave o transtorno em si e em todos que a cercam. Para muitas gestantes, prosseguir com uma gravidez acometida de tal anomalia tem-se tornado motivo de até mesmo tentativa de suicídio, tamanho são os transtornos psicológicos sofridos, pois como ressalva a Professora Dafne Gandelman Horovitz apud (Marcus Henrique Pinto Basílio, juiz de direito do Estado do Rio de Janeiro), em relação à situação que passa a mulher ao saber está condenada a ser um caixão ambulante, carregando no ventre um feto sem qualquer possibilidade de vida extra-uterina.

Dessa forma, vale salientar a posição adotada pela Confederação Nacional dos trabalhadores na saúde - CNTS na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 54, no seu item 30, no qual observa:

Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro do seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica, vedada no artigo 5º, III, da Constituição Federal, definida, qual é, pela legislação infraconstitucional (Lei nº 9.455/1997, artigo 1º), a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental.

Portanto, vislumbra-se a urgente necessidade da elaboração de uma regulamentação jurídica que aponte um entendimento unânime capaz de por fim à alteração psicológica causada à gestante e aos demais entes envolvidos.

#### 2.4. A medicina, a doação de órgãos e o feto anencéfalo

A medicina conceitua a anencefalia como a “má formação fetal congênita por defeito no 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”. Tal anomalia é fatal em todos os casos, visto ser incompatível com a vida extra-uterina e ocorre com maior freqüência entre os fetos femininos, pois se acredita estar ligado ao cromossomo X.

Segundo Pontes (2006, p. 32):

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

o 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% (setenta e cinco por cento) dos fetos de fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% (vinte e cinco por cento) que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 (vinte e quatro horas) e o resto dentro da primeira semana.

O aumento da incidência da anencefalia está associada à diminuição na gestante do ácido fólico, ligada à carência no organismo materno de vitamina B12. Sendo assim, importante salientar que durante o primeiro mês de embriogênese, os fatores genéticos e ambientais como, dentre outros, a exposição à irradiação e a produtos químicos, desenvolvem um papel proeminente na etiologia.

Entretanto, as evidências têm demonstrado que é, sem dúvida, a diminuição do ácido fólico, a mais comum no diagnóstico dos casos de fetos anencéfalos, sendo, devido tal constatação, recomendado que as mulheres em idade fértil, principalmente aquelas que já geraram filhos anencéfalos, a ingestão de tal ácido nos três meses que antecedem a concepção, assim como nos três meses subseqüentes.

Nesse sentido preleciona Andalaft Neto (2006, p. 13):

O risco de incidência de anencefalia aumenta 5% a cada gravidez subseqüente. Inclusive, mães diabéticas têm 6 vezes maior probabilidade de gerar filhos com este problema. Há também maior incidência de casos de anencefalia em mães muito jovens ou nas de idade avançada.

Para detectar a presença dessa grave má formação do feto, é realizado o diagnóstico de pré-natal, sendo possível através da dosagem da alfafetoproteína materna e a ultra-sonografia.

Complementando a informação, Pinotti diz que (2006, p. 176):

Com os equipamentos modernos de ultra-som, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não é necessária a realização de exames



invasivos, apesar dos níveis de alfafetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese.

Diante desse panorama, é verificado que o portador da anencefalia apresenta grave deficiência no plano neurológico e que estão prejudicadas sua vida psíquica, sua sensibilidade, mobilidade e a integração de quase todas as funções corpóreas, pelo fato de lhe faltar as funções que dependem do córtex, sendo mantido de forma parcial somente a função respiratória e circulatória por dependerem das estruturas encontradas no tronco encefálico, no qual o feto possui apenas resíduo.

Dessa maneira, vale salientar que a criança portadora da má formação tem prejudicadas suas funções ligadas à consciência, a cognição e a percepção, assim como a comunicação, a afetividade e a emotividade, sendo obtido como consequência a cegueira, a surdez e a falta de consciência. Isto tudo é atribuído ao fato do Sistema Nervoso Central não possuir suas funções superiores pela falta, como já foi exposto, dos hemisférios cerebrais e do córtex cerebral. (PONTES, 2006).

Nesse diapasão, a medicina, que em todos os tempos, é um das mais brilhantes atividades profissionais desenvolvida pelo homem, no qual valoriza de forma sem igual à vida e a saúde humanas, não conseguiu atualmente mostrar um caminho a ser percorrido para quem busca a sobrevivência do anencéfalo, visto que a maioria deles sobrevive um curto espaço de tempo, chegando no máximo a 48 (quarenta e oito horas), podendo chegar a sobreviver um pouco mais quando há etiologia brida amniótica.

Com efeito, Shinzato e Gaiott afirmam que:

A ciência médica atua com margem de certeza igual a 100% (cem por cento) de que não há sobrevivência nos casos de anencefalia e no período intra uterino em mais de 50%(cinquenta por cento) dos casos ocorre óbito do feto e aqueles que chegam a nascer, a criança geralmente nasce cega, surda, sem consciência e não sobrevive mais que algumas horas, - no máximo, falecem em poucos dias.

Nos dias atuais, observando a legislação penal pátria, esta só permite a prática abortiva em duas circunstâncias, tornando-se ilícita a interrupção da gravidez, a saber: no caso de risco da gestante perder a vida ou no caso da gravidez ser resultado de estupro.

Muito se tem feito para aprovar a antecipação do parto nos casos de anencefalia pelo fato de não existir a possibilidade da perpetuação da existência do neonato que for portador da anomalia.

Entretanto, muitos entendem que a questão do feto ser retirado do útero da mulher configura-se fato atípico, não sendo nem mesmo tal ato considerado como aborto, visto que pelo fato de anencéfalo não possuir cérebro, não há então que se falar em possibilidade de vida.

Devido a isto, acredita-se pelas características expostas e por saber que a atividade cerebral é primordial para a distinção entre vida e morte, é que de forma contundente têm-se buscado de maneira incessante por um posicionamento legal pra que a partir dessa solução possa ser possível o que ora se tem pretendido, que é a doação de órgãos dos fetos portadores de anencefalia.

De acordo com o Conselho Federal de Medicina e os seus critérios adotados pela Resolução nº 1.480/97 que são aplicados aos indivíduos com encéfalo, é que para que seja possível a doação, faz-se necessário que todo o encéfalo esteja sem vida, tendo dessa forma a completa certeza da irreversibilidade. Sendo assim, a partir desta constatação é que se pretende a doação, por faltar ao anencéfalo, que não possui cérebro, qualquer potencial de vida.

No entanto, a ausência de atividade cerebral não indica que tecidos e órgãos estejam sem vida. Nesse sentido, apresenta-se a Lei de Transplantes, que em seu artigo 3º dispõe:



A retirada post mortem de tecidos, órgão ou partes do corpo humano destinados a transplantes ou tratamento deverá ser precedido de diagnóstico de morte encefálica constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Tal lei adotou a morte encefálica como indicador do fim da vida, tendo esta sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 9.343, de 4 de fevereiro de 1997, que trata a respeito da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para a consecução de transplantes e tratamento médico. Nesses termos, os anencéfalos não são incluídos entre os doadores por não possuírem cérebro.

Posicionamentos contrários têm sido identificados. A exemplo disso pode-se citar o Projeto de Lei nº 6599/06 do Deputado Federal Marcos Abramo (ANEXO B), que pretende modificar o artigo 3º da Lei de Transplantes ora já citado. Dessa forma, fundamenta-se o autor do projeto na declaração do Conselho Federal de Medicina que em 2004 se posicionou a favor do transplante de órgãos ou tecidos do anencéfalo, desde que autorizado pelos pais num prazo de até 15 (quinze) dias antes do nascimento.

Segundo o autor de tal projeto: O CFM parte do entendimento de que os anencéfalos são natimortos cerebrais, por não possuírem os hemisférios cerebrais. Protelar ainda mais uma definição sobre o assunto significa condenar à morte dezenas de recém-nascidos que necessitam de algum transplante.

Sendo assim, toda essa questão não é de solução simples. De forma contrária, envolve uma série de aspectos no qual se deve, na busca de solução, ser usado um mínimo de noção de equidade, solidariedade e principalmente de argúcia para que se chegue a pelo menos a uma forma razoável.

## CAPÍTULO 3 LEGALIZAÇÃO DO ABORTO DO FETO ANENCÉFALO

É de conhecimento de todos que com as constantes mudanças sofridas pela sociedade moderna, principalmente nas pós-modernas, em razão de sua complexidade, é impossível ao legislador, prever todas as situações possíveis e imagináveis que possam vir a acontecer na vida de cada indivíduo. Desta forma, torna-se no mínimo complicado antecipar a ocorrência de determinados acontecimentos, ainda mais quando essa sociedade sofre uma constante e ininterrupta evolução científica e tecnológica.

A exemplo da presciência de alguma situação, podemos citar a questão muito discutida nos dias atuais, que é a gravidez de feto anencéfalo, no qual não se encontra ainda no ordenamento jurídico nenhuma norma capaz de regular e orientar qual medida deve ser tomada pela mulher que carrega em seu ventre uma criança afetada com um caso específico de anomalia fetal, cujo seu estado é irreversível e fatal em 100% (cem por cento) dos casos.

Assim, muito se tem buscado pela legalização do aborto nesses casos, e os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, assim como autorizações favoráveis para a antecipação do parto, tem sido de grande valia para a descriminalização do aludido procedimento e a conquista daquilo que tanto é defendido pela nossa Lei Maior, que são: a livre escolha por parte da gestante, como também o respeito à dignidade da pessoa humana.

### 3.1. O Direito Penal e o atual posicionamento jurídico

De acordo com o que já foi exposto durante o primeiro capítulo desta pesquisa, a atual legislação penal só permite a realização do aborto em duas situações: em que há risco para a gestante e no caso da gravidez resultar de estupro.

Todavia, sabemos que nosso Código Penal foi publicado em 1940 e mesmo tendo sido reformado na sua parte geral em 1984, conserva na sua totalidade uma redação com conceitos envelhecidos e equivocados, olvidando-se de se atualizar com os mais novos avanços da ciência e da tecnologia, como os alcançados pelas ciências médicas, que cada vez mais cedo é capaz de diagnosticar situações jamais previstas anteriormente.

O que se tem buscado é uma manifestação de logo a respeito dessa questão que muito vem ganhando relevo nas discussões no meio médico e jurídico, uma vez que se deve observar que cabe ao Direito gerir todas as relações que se desenvolvem e que têm reflexo na vida de cada pessoa, visto que é indispensável que se mantenha um equilíbrio entre as duas ciências, cada qual respeitando o que lhe foi encarregado.

De fato, não há justificativa plausível para que as mesmas normas continuem a vigorar, pois se deve procurar uma adaptação da lei às novas situações vividas pela sociedade, na medida em que novas situações da vida social vão se alterando. Afinal, os fatos sociais, via de regra, precedem as leis, ou seja, o fato gera a norma, e quem cria a norma é a sociedade, que é a causadora do fato, no qual o direito positivo é elaborado para a sociedade.

Desta forma, faz-se necessário que de logo o Código Penal, na procura pela adaptação da lei aos novos costumes da coletividade, tenha como objetivo a criação de uma justificativa legal para uma nova modalidade de aborto, como a trazida pelo Anteprojeto de Lei apud (Teles, 2004, p.187) que pretende a legalização do aborto visualizando todas as anomalias que possam causar a inviabilidade do feto, assim:

Art. 128: Não constitui crime de aborto provocado por médico, se:

I - [...];

II – [...];

III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que p tornem inviável.

No entanto, um outro Projeto de Lei de nº 4834/2005(ANEXO C) que tramita atualmente na Câmara dos Deputados e que se refere exclusivamente a anencefalia, fundamentando-se no fato de a mulher sofrer graves riscos à saúde, tanto psíquicos como físicos, propõe o acréscimo de um inciso ao artigo 128 do Código Penal, dispondo: III – se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos. Dessa maneira, o que se pretende com o acréscimo desse inciso, é a exclusão da criminalidade, possibilitando à gestante a interrupção da gravidez, se assim desejar, e não a obrigatoriedade na realização da prática abortiva.

Nesse sentido, in Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, Ano V, Nº 28 de outubro de 2004, Páginas 35 e 36, Luís Flávio Gomes verbera:

Os que sustentam (ainda que com boa-fê) o respeito à vida do feto devem atentar para o seguinte: em jogo está a vida ou a qualidade de vida de todos as pessoas envolvidas com o feto mal formado. E até em caso de estupro, em que o feto está formado, nosso Direito autoriza o aborto, nada justifica que idêntica regra não seja estendida para o aborto de anencéfalo. Lógico que a gestante, por suas convicções religiosas, pode não querer o aborto. Mas isso constitui uma decisão eminentemente pessoal (que deve ser respeitada). De qualquer maneira, não pode impedir o exercício do direito ao abortamento pra que aquelas que não querem padecer de tanto sofrimento.

No que diz respeito ao entendimento jurisprudencial e doutrinário tem-se percebido que o tema tem sido tratado, muitas vezes, de maneira favorável no que tange à antecipação do parto no caso de gestação de feto anencéfalo.

Em relação ao entendimento doutrinário, há aqueles que entendem constituir o aborto no caso de anencefalia um fato típico, mas não-culpável, devido à impossibilidade de sobrevivência do feto. Corroborando dessa opinião pode-se citar o posicionamento de Capez (2004, p. 126), para quem:

Tecnicamente considerado, o aborto eugenésico dirá com a excludente da culpabilidade de conduta diversa, tanto por parte da gestante, considerando o dano psicológico a ela causado, em razão de uma gravidez cujo feto sabidamente não sobreviverá, como por parte do médico, que não pode ser compelido a prolongar o sofrimento da mulher.

Já para uma outra parte da doutrina, deve-se estender a descriminalização do aborto não só aos casos de anencefalia, mas a todos os que o feto apresentar uma má formação congênita incurável. De acordo com esse posicionamento, encontra-se Teles (2004, p.118): Impor a uma mulher, a continuidade da gravidez da qual resultará um ser condenado à morte logo ao nascer [...] é injusto e desumano. O direito não pode conviver com a idéia de autoflagelação ou de purificação pelo sofrimento.

Nesse diapasão, pode-se citar o posicionamento tomado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em duas grandes decisões, que dispõe:

MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A INTERRUPTÃO TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ (fetotomia). 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. SEGURANÇA CONCEDIDA. (Mantendo-se de Segurança Nº 70005577424, Segurança Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pietrez, jugado em 20/02/2003).

E ainda o mesmo tribunal tomou decisão a favor da livre decisão da mulher:

APELAÇÃO CRIME. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ABORTO EUGENÉSICO. ANENEFALIA DO FETO. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA APÓS O NASCIMENTO. PROLONGAMENTO DA GESTANTE DA GESTAÇÃO A IMPLICAR SÉRIO RISCO DE VIDA À GESTANTE. CUNHO TERAPÊUTICO DA INTERVENÇÃO. A anencefalia ou acrania é uma doença [...]. 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 ratar de caso de malformação fetal, especificamente a anencefalia, pois esta acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra-uterina e implica gravidez de alto risco. No caso concreto, a indicação de 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 I, DO Código Penal. DECISÃO UNÂNIME. (12 FLS) (Apelação Crime

Nº 70005037072, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 12/09/2002).

Posicionamento também foi tomado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo se deparado pela primeira vez com essa matéria, quando chegou até ele pedido de *habeas corpus* (HC 84025) impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que impediu a interrupção da gravidez do feto anencéfalo, vindo aquele a decidir em tempo inoportuno, pois diante da burocracia de processamento, só veio apreciar quando o feto (registrado de Maria Vida), já havia falecido, faltando-lhe, portanto objeto.

Entretanto, chega ao STF em uma outra oportunidade a já citada nesta pesquisa, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), no qual foi concedida pelo Ministro Marco Aurélio de Melo uma liminar autorizando a antecipação do parto fundamentada nos princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, assim como nos riscos à saúde sofridos pela gestante. Meses depois esta liminar foi cassada, tendo sido mantida parcialmente, e extinta o item o que permitia à gestante interromper o processo gravídico.

Dessa maneira, percebe-se que a questão da anencefalia tem gerado muita polêmica e nenhuma decisão unânime até então não foi tomada. Todavia não pode a justiça se distanciar dos avanços científicos, devendo acompanhar as mudanças éticas e culturais da sociedade, para que em nem mais um momento a justiça tenha um posicionamento tardio sobre o tema, pois como o nobre Rui Barbosa já afirmava: justiça tardia é injustiça qualificada.



### 3.2. Fundamentos jurídicos a favor do aborto do feto anencéfalo

De acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, princípios gerais do Direito e no artigo subsequente institui-se que Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Nosso ordenamento jurídico positivou no artigo 126 do Código de Processo Civil que: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Dessa forma, utilizando-se da hetero-integração da norma, aplica-se também ao processo criminal.

Nesse diapasão, com a finalidade de que a norma alcance sua máxima efetividade, deve-se buscar dispositivos capazes de suprir a eficácia definidora de direito, por meio da analogia, dos costumes e finalmente, através dos princípios gerais do direito.

Assim, os princípios se apresentariam como elemento integrador ou forma de complementação de lacunas no ordenamento jurídico. E como complementa Clóvis Beviláqua (1980, p. 44), a respeito dos princípios gerais do Direito: o jurista penetra em um campo mais dilatado, procura apanhar as correntes diretoras do pensamento jurídico e canalizá-la para onde a necessidade social mostra a insuficiência do Direito positivo.

Em verdade, cabe ao juiz integrar a norma jurídica diante das evidentes lacunas no direito e que surgem dia após dia com a evolução dos tempos. Vê-se, dessa maneira a necessidade do magistrado se valer de outros elementos do sistema, e não só do texto positivo, diante dos fatos novos ou que não acontecem de forma corriqueira.

Dessa forma, nos casos em que a lei não se propõe a apontar soluções para todas as situações e conflitos emergentes da vida real, cumpre ao jurista mostrar meios capazes que objetivem o preenchimento das lacunas. E um dos meios possíveis de realizar isso, é através do uso dos princípios do direito que são verdadeiros fundamentos jurídicos para a legalização da antecipação do parto nos casos em que o feto é portador de anencefalia.

Pode-se, portanto expor como alicerce os seguintes princípios: o da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e ainda o direito à saúde.

No presente caso em comento é inegável que a presença de normas de conteúdo ético, religioso e culturais, estarão constantemente sendo questionados. Mas cabe ao Direito, por mais complexo e axiológico que seja, buscar não se restringir somente à redação das normas, mas também saber adequar estes padrões pré-estabelecidos com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois como é cediço, a dignidade humana foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos e, portanto, a Carta Política de 1988 se integra ao movimento político pós-positivista que busca a reaproximação entre direito e a ética, afastando-se da religião.

Como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição Federal), apresenta-se o princípio da dignidade da pessoa humana que se repõe a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência um espaço de integridade moral. Intrínseco aos direitos da personalidade está o direito à integridade física, o direito à vida, o direito ao corpo e ao próprio cadáver. E de um outro lado estão presentes o direito à imagem, à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, ao nome e ao direito do autor, dentre outros.

No entanto, obrigar uma mulher a levar uma gravidez a termo com a convicção de que não há viabilidade de vida do feto, é violar o princípio basilar da nossa República e se propor a causar dor, angústia e frustração à mulher. Com isto, haveria pelos fatores de risco sofridos pela mulher em decorrência da gravidez de feto anencéfalo e pela convivência com a

doentia perspectiva do nascituro, uma potencial ameaça à integridade física e psíquica da gestante, podendo isto ser comparado a uma condição de tortura, ao passo que a Carta Maior, em seu artigo 5º, III, veda qualquer forma desta e definida pela legislação infraconstitucional (LEI nº 9455/1997, artigo 1º): a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental.

Quanto ao princípio da Legalidade, liberdade e autonomia da vontade, estes formam um princípio único, no qual como legalidade entende-se a admissão de fazer tudo o que não seja proibido em lei, e como não há vedação do aborto de feto anencéfalo no ordenamento jurídico, o que ocorre é apenas uma restrição à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante diante da cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro, visto que de acordo com a petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 54, item 33: não é a ordem jurídica vigente no Brasil, mas outro tipo de consideração.

No que concerne ao direito à saúde da gestante, este seria assegurado pela realização do aborto de fetos anencéfalos, visto que sem essa possibilidade a mulher estaria sofrendo uma violação à sua integridade física e psíquica, pois de acordo com conceito formulado pela Organização Mundial de Saúde, ter saúde significa ter o completo bem-estar físico, mental e social. Desta forma, negar-se à probabilidade da antecipação do parto de anencéfalo implica numa restrição ao direito à saúde da gestante, devendo a permissão para interrupção da gravidez, como é mencionado no item 35 da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 54: tratar-se de faculdade da gestante e não de um procedimento a que deva obrigatoriamente submeter-se.

Portanto, diante de quadro tão polêmico e angustiante, tem sido buscado pela sociedade um entendimento unânime e a regulamentação de uma norma capaz de amparar juridicamente a interrupção da gravidez em casos de feto anencéfalo. Enquanto se convive com o vazio, decisões deverão ser tomadas buscando-se outros meios como os que a pouco

foram citados, mas sem jamais deixar de procurar a melhor solução possível, gerando, dessa maneira, uma melhoria de qualidade de vida para a população.

### 3.3 Da solução penal e a inexigibilidade de conduta diversa

Posteriormente a todas as idéias apontadas ao longo desta pesquisa, pode-se assinalar para defender o posicionamento a favor do aborto nos casos de anencefalia e a exclusão de sua culpabilidade, a adoção da tese da Inexigibilidade de Conduta Diversa.

Esta doutrina mostra-se modernamente com reflexos seguros na legislação de alguns países como o Paraguai, Argentina, Espanha e Itália, mas foi no Tribunal do Império da Alemanha que teve início esse preceito no direito estrangeiro.

A inexigibilidade é considerada como causa de exclusão de culpabilidade, sendo a inexigibilidade de conduta diversa conceituada no artigo 25 do Código Penal da Nação Paraguaia ao afirmar que:

Inexigibilidad de outra conducta...El que realizara um hecho antijurídico para rechazar o desviar de si mismo, de um pariente o de outra persona allegada a él, um peligro presente para su vida, su integridad física o su libertad, será eximido de pena cuando, atendidas todas las circunstancias, no le haya sido exigible outra conducta. Em caso de haber sido exigible outra conducta, la pena podrá ser atenuada com arreglo al artículo 67.

Vê-se, portanto, que nosso país vizinho alcançou enorme avanço quando codificou o conceito com o intuito de dirimir situações onde as demais excludentes de criminalidade não se oferecem a absorver o agente que em tais circunstâncias não poderia agir de outra forma, como na hipótese da realização do aborto de feto anencéfalo.

De acordo com a doutrina, a culpabilidade é a reprovação da conduta humana no ordenamento jurídico, é a responsabilidade de conduta típica e antijurídica daquele que possui capacidade genérica de entender e desejar e podia de acordo com a ocasião do acontecimento do fato, conhecer sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao Direito. Segundo Damásio (2003, p. 420), só haverá culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme o ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito.

No que se relaciona à inexigibilidade de conduta diversa, esta se trata de um princípio regulador e informador de todo o ordenamento jurídico, não sendo dessa maneira, peculiar da culpabilidade, visto que nesta deve haver, antes de qualquer coisa, a comprovação de que o autor do fato é imputável, tem conhecimento da antijuridicidade do fato, entretanto, estava diante de situação tão extrema que não seria prudente aplicar-lhe pena. Inegavelmente encontra-se nesta situação a mãe que gera um filho anencéfalo sem perspectiva nenhuma de vida.

Um exemplo pragmático do preceito da inexigibilidade diz respeito a um caso que foi julgado em 23/05/1897 pelo Tribunal Alemão – Reichsgericht, onde foi negada a culpabilidade do autor, pois de acordo com a análise do caso, não era possível exigir outra conduta senão a que foi tomada. Trata-se do caso do cavalo ressabiado e desobediente, assim narrado:

Um proprietário de um cavalo ressabiado e indolente ordenou ao cavaleiro que selasse o animal e saísse à rua com a finalidade de realizar certo serviço. O cavaleiro, prevendo a possibilidade de um acidente caso o animal se descontrolasse, quis opor-se à ordem, porém seu patrão o ameaçou de demissão caso não cumprisse a determinação. O cavaleiro, então obedeceu. Na rua, o animal rebelou-se, causando lesões a um pedestre “.

Nesse sentido, em lição dada pelo Professor Muñoz Conde apud Cezar Roberto Bittencourt (2000):

El Derecho no puede exigir comportamientos heróicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es, en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quien tiene que comportarse de un modo u outro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad faltará esse elemento y, com él, la culpabilidad”.

Dessa forma, podemos afirmar que a tese da inexigibilidade de conduta diversa deve ser adotada para os casos em que a mulher é submetida à gestação de feto sem viabilidade de vida, admitindo a exclusão da culpabilidade nesta hipótese, pois sendo assim, é inegável que a previsão legal deveria ser favorável ao aborto pelo fato de já se saber que a vida daquele feto portador de tão grave anomalia é inviável e nada conduziria prosseguir com a gestação.

Destarte, o aborto nos casos de anencefalia constitui inexigibilidade de conduta diversa, pois qualquer ser humano normal, nas mesmas condições, teria igual comportamento. Sendo de suma importância, a continuidade de sua discussão e a previsão legal estabelecida em um mínimo espaço de tempo, para garantir que injustiças deixem de ser cometidas a partir do momento que seja dada a faculdade à mãe de escolher se deseja levar sua gravidez até o fim ou se interrompe o processo gravídico, pois como disse Pessini e Barchifontaine:

Não existe uma solução fácil para esse assunto. Ninguém é dono da verdade. Juntos, procuraremos compreender com amor e não julgar. Tentemos ir além de uma visão puramente biológica, focalizando todas as necessidades do ser humano: físicas, psíquicas, sociais e espirituais.

O legislador até então não se posicionou diante de tamanha discussão e tal situação não está ainda prevista em lei, mas nem mesmo por isso pode deixar de ser admitida, pois questões difíceis devem ser tratadas, mesmo que haja risco de equívocos, o que não se pode é evitá-las, visto que caso isso seja feito, só haverá uma ampliação à exclusão dos



cidadãos de questões que estão no seu cotidiano e sobre as quais podem dar sua contribuição real.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a partir da apreciação hipotética da legalização do aborto nos casos de fetos portadores de anencefalia, procurou-se demonstrar aspectos jurídicos e sociais a respeito da interrupção da gravidez nos casos de fetos anencéfalos, para os quais não existe um tratamento para que este possa passar e sobreviver, por ser tal anomalia fatal em cem por cento dos casos.

De início, a pesquisa tratou sobre o aborto, focalizando seus precedentes históricos, assim como a sua aplicabilidade na Legislação Penal, evidenciando as modalidades de aborto que são tratadas como excludentes de ilicitude na ação da gestante, como do médico que interrompem a gravidez.

Nesses termos, pôde-se consignar a verdade de que o direito à vida do feto nem sempre é tratado de maneira primordial, visto que o atual Código Penal prioriza outros direitos, tratando-os com uma certa preferência em relação ao do feto, como, por exemplo, a vida da gestante ou sua liberdade sexual.

Abordou-se, além disso, no transcorrer do estudo a respeito da anencefalia, ser esta uma anomalia incurável e irreversível. Dessa forma, observou-se ainda as suas características e conseqüências, principalmente no que se relaciona à saúde da mulher.

Sendo assim, verificou-se que a gestação de feto anencéfalo acarreta graves danos à saúde física e psíquica da gestante. Todavia, muito se discute sobre os danos de ordem física, mas não há dúvida de que estes se apresentam, podendo causar perigo de vida à mulher, como o que acontece com os danos causados pela hipertensão e pelo hidrânio, se intensificando cada vez mais, caso esta já possua uma predisposição.

No entanto, discussão nenhuma há no sentido de contrariar a existência da perturbação psíquica sofrida pela gestante no caso em que é diagnosticada a gravidez de feto sem nenhuma viabilidade de sobrevivência. Sem dúvidas, não é nada fácil permanecer com um

bom estado emocional ao se ver diante de tamanho problema, que é preparar-se para gerar a morte. E, é nesse sentido, que essa situação é analisada como algo equivalente à tortura.

Entretanto, mesmo sofrendo perturbações à saúde, a gestante não encontra na lei segurança jurídica, como acontece nos casos em que a mulher tem assegurado o direito de interromper a gravidez quando é vítima de estupro, pois nesse caso o legislador teve a preocupação de resguardar sua saúde psicológica, dando a possibilidade à mulher de extirpar o feto, mesmo sendo perfeitos e viáveis.

De maneira diversa acontece nos casos em que é diagnosticada a anencefalia, em que mesmo a mãe passando por problemas psicológicos e tratando-se de um feto seguramente incapaz de ter uma vida extra-uterina, não é permitido o aborto, tendo a sociedade, ultimamente, passado por injustiças sem precedentes em razão da omissão e inércia do legislador.

Tratou-se também dos dados acerca do tema, no qual percebeu-se um grande número de pessoas a favor da prática abortiva quando há constatação de algum problema congênito sofrido pelo feto, como a anencefalia. Sendo esta prática, de acordo com estudo comparado realiza na pesquisa, já autorizado em vários países, como a Itália, Estados Unidos da América, Portugal, dentre outros.

Ademais, analisou-se o posicionamento da medicina e a medida vista por ela para solucionar o problema, tendo sido dado como solução a antecipação do aborto nesses casos. Nesse diapasão, muitos entendem que o fato não caracterizaria nem mesmo um aborto, pois, segundo alguns posicionamentos, o feto não possui nem mesmo vida por lhe faltar, dentre outras coisas, consciência.

No tocante ao atual posicionamento dos Tribunais e da Doutrina, constatou-se que não há um entendimento unânime acerca do assunto; no entanto, há uma forte tendência à

descriminalização, tomando como fundamentos o direito da gestante à saúde, ao bem-estar e com base em princípios constitucionalmente consagrados.

Ante o que fora exposto, pode-se concluir que numa situação como essa se deve buscar com urgência a previsão na legislação de modo que permita para a gestante, que assim desejar, a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia. Deve-se, portanto, tal questão ser melhor analisada pelos legisladores, assim como por todos os cidadãos que ainda não admitem tal procedimento; afinal de contas, configura-se ato desumano, insensível, cruel e atroz desprezar a dor e o sofrimento da mulher que tem consciência de que jamais poderá ter em seu braços e ver crescer o fruto daquela gestação. Não se deve exigir a continuidade da gravidez, se a gestante não tem condições psicológicas de suportar esse martírio tão pesado e cruel.

Sendo assim, aos que defendem veementemente que o aborto nos casos de anencefalia constitui fato típico e antijurídico, pode-se dizer que estes estão propagando um juízo de valor distorcido e desumano; faltam-lhe senso de humanidade e coração terno, desrespeitando de maneira egoísta e infundada uma das molas mestras de um ordenamento jurídico justo e coerente: o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser visto não só em favor do feto, mas também da sua genitora.

## REFERÊNCIAS

TELES, Ney Mora. *Direito Penal: parte especial*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. *O aborto: um resgate histórico e outros dados*. Disponível em: <http://www.fsp.usp.br/SCHOR.htm>. Acesso em: 28 de março de 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal: parte especial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PINOTTI, José Aristodemo. *Anencefalia: opinião*. Disponível em: <http://www.febrasgo.org/anenceali2.htm>. Acesso em 28 de março de 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERNÁNDEZ, Ricardo Ramires et al. *World Atlas of Birth Defects. WHO – World Health Organization*. Disponível em: <http://www.who.int/genomics/about/en/anencephaly.pdf>. Acesso em: 11 de abril de 2007.

Código Civil Argentino. Disponível em: [http://www.justinian.com/codigos\\_juridicos/codigos\\_argentina.htm](http://www.justinian.com/codigos_juridicos/codigos_argentina.htm) Acesso em 22 de março de 2007.

PONTES, Manoel Sabino. *A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/Doutrina.htm>. Acesso em 22 de março de 2007.

ANDALRAFT NETO, Jorge. *Anencefalia: posição da FEBRASCO*. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em: 22 de março de 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Nem todo aborto é criminoso*. Disponível em:  
[http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina\\_Detalhar&did=1531](http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina_Detalhar&did=1531). Acesso em: 18 de março de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança. Disponível em:  
[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php). Acesso em: 01 de abril de 2007.

PESSINI, Léo. BERCHIFONTAINE, Chistian de Paul. *Problemas Atuais da Bioética*. São Paulo: Loyola, 2000.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. \_\_\_\_ ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERGAMIN, Fábio Capela. *Pseudo-evolução do Direito Penal*.  
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2795>>. Acesso em 28 de março 2007.

Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas.  
<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em 29 de abril 2007.



## **ANEXOS**

## ANEXO – A

MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO ARGUENTE(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE CNTS ADVOGADO (A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

### DECISÃO-LIMINAR

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR - ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99. LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO.

1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal.

Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal - artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.

Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS - Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como *amicus curiae*, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia.

O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente.

A argüente protesta pela juntada, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. À peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato - procuração - de folha 26, anexaram-se os documentos de folha 27 a 148.

O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004 (folha 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato.

No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão:

#### AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE.

##### 1. Eis as informações prestadas pela Assessoria:

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.

2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a

admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.

3. Indefiro o pedido.

4. Publique-se.

A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de grave lesão.

2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal.

Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A viacrúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou:

A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero.

O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando:

**HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.**

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.



2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.

Daí o habeas impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos.

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo.

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes,

reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos.

Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria argüição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é insito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco.

Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

3. Ao Plenário para o crivo pertinente.

4. Publique-se.

Brasília, 1º de julho de 2004, às 13 horas.

Ministro MARCO AURÉLIO Relator



## ANEXO – B

PROJETO DE LEI No, DE 2006

(Do Sr. Marco Abramo )

Altera a Lei nº 9.434, de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento, para permitir que portadores de anencefalia sejam doadores de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 3º Da Lei nº 9.434, de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação.

"Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica ou de anencefalia, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina."

(NR)

Art.2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

### JUSTIFICAÇÃO

A proposição que ora apresentamos tem como objetivo primordial a defesa e a proteção do bem maior de toda a humanidade: a vida.

A sociedade brasileira tem vivenciado ao longo do tempo a grande luta travada por milhões de cidadãos pela preservação de suas vidas ou a de seus familiares, que dependem de um órgão ou tecido de outro cidadão.

Entre a identificação da necessidade de um novo órgão e a realização do transplante normalmente transcorre um período longo e traumático, em que sofrem o paciente, sua família e, muitas vezes, toda a sociedade.

Esse processo é complexo, extremamente difícil e nem sempre bem sucedido. São muitas as razões para tantas dificuldades. Uma delas é, ainda, a baixa capacidade operacional do sistema nacional de transplantes, que, embora tenha melhorado em vários aspectos nos últimos anos, ainda está muito aquém da necessidade de nossa sociedade.

Não se têm profissionais e equipes de transplantes suficientes e atuantes em todo o País. Os centros de captação, também, não são capazes de atender a demanda. Essa baixa eficiência na gestão do sistema agrava ainda mais o maior dos problemas na área: a carência de praticamente todos os tipos de órgãos e tecidos, em face da demanda sempre crescente.

Há que se admitir, todavia, que houve avanços na conscientização de nossa sociedade em relação à importância da doação, embora ainda não de maneira suficiente para suprir o déficit.

Assim, a falta de órgãos para milhares de brasileiros, que enfrentam a mais dramática das filas, é uma realidade insofismável e indiscutível.

Essa gravíssima situação faz com que cada órgão disponível, cada doador, cada possibilidade de se doar ganhe uma relevância transcendental. Trata-se da oportunidade mais nobre para o ser humano. Salvar uma vida.

Urge, nesse contexto, equacionar a grande polêmica surgida em torno da possibilidade jurídica da doação de órgãos de anencéfalos.

Protelar essa definição significa condenar à morte dezenas de recém-nascidos que necessitem de alguma modalidade de transplante.

Demonstrando a sua preocupação com o problema, o Conselho Federal de Medicina realizou uma série de estudos, consultas e um grande fórum nacional para definir uma posição sobre a aplicabilidade da legislação vigente aos casos de anencéfalos. Com a Resolução nº 1.752, de setembro de 2004, o CFM definiu-se pela possibilidade de se realizar o transplante de órgãos ou tecidos do anencéfalo, desde que autorizado formalmente pelos pais, com antecedência de 15 dias do nascimento.

Alguns elementos da fundamentação daquela decisão do Conselho merecem ser destacados.

O CFM parte do entendimento de que os "anencéfalos são natimortos cerebrais, por não possuírem os hemisférios cerebrais." Entende que, diante de sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são a eles inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica.

Ademais, sustenta que a anencefalia é resultado de um processo irreversível e de causa conhecida, condição que corresponderia àquelas exigidas na Resolução CFM nº 1.480/97, que em seu artigo 3º, estabelece que "morte encefálica deve ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida".

O Conselho cumpriu seu papel de regulamentar a matéria, conforme disposição do art. 3º da Lei de Transplantes. Sua decisão mereceu, todavia, uma série de críticas, o que acabou por gerar um ambiente de grande insegurança entre os profissionais do setor.

Mesmo a coordenação nacional do sistema de transplantes não se mostrou suficientemente segura para aplicar a interpretação exarada pelo CFM. Muitos pais de crianças com diagnóstico de anencefalia, interessados em praticar o ato da doação de órgãos de seus filhos, não tiveram seu nobre desejo atendido, por excesso de precaução da Central de Transplantes.

Foi apenas após forte pressão da sociedade, nessa ordem de idéias, que o Ministério da Saúde decidiu autorizar um transplante de órgãos de anécefalos, com base na Resolução do CFM, no conhecido caso do menino Artur.

Toda essa polêmica e insegurança indicam, de forma clara, a necessidade imperiosa de que se promova a adequada atualização das normas sobre transplantes de doação de órgãos.

A visão técnica e científica que balizou a interpretação da legislação em vigor, equiparando o diagnóstico de anencefalia ao diagnóstico de morte encefálica, parece-nos adequada e correta e deve servir de base para as mudanças que se pretende implementar.

Evidentemente, em tema tão complexo, que envolve questões de ordem cultural, ética, social, científica entre outras, sempre surgirão divergências. Temos, contudo, a convicção de que não se pode mais protelar uma definição legal sobre a matéria.

Nesse sentido que se apresenta o presente Projeto de Lei, que, com uma simples modificação do art. 3º da Lei de Transplantes, pretende encerrar a polêmica interpretativa sobre a possibilidade de os anécefalos serem doadores.

Assim, a condição necessária para que se possa promover a retirada de órgãos, tecidos ou parte do corpo humano para fins de transplante passa a ser o diagnóstico ou de morte encefálica ou de anencefalia.

Entendemos ser desnecessária qualquer outra alteração na lei em vigor, porque as exigências já previstas, como as de autorização de familiares ou de regulamentação técnica pelo CFM, entre outras, mostram-se suficientes para garantir a necessária segurança no processo de doação de órgãos de anécefalos.

Por tudo que se expôs, entendemos que a proposição que ora se submete a esta Casa cultiva os mais elevados valores de nossa sociedade. Será, sem qualquer dúvida, um grande momento de celebração da vida, da solidariedade e do amor ao próximo, razões que nos parecem fortes e suficientes para conclamar aos nobres Colegas a apoiarem a presente iniciativa.

Deputado MARCOS ABRAMO

ANEXO - C

PROJETO DE LEI No, 4835 DE 2004  
(Da Sra. Luciana Genro e do Sr. Dr. Pinotti)

Acréscimo inciso ao artigo 128 do  
Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940,  
passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art.128.....

I.....

II.....

III – se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos  
independentes de dois médicos (NR).”

Art.2º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

### JUSTIFICAÇÃO

Tradicionalmente tratadas como cidadãs de segunda classe, as mulheres enfrentam situação de injustiça e de discriminação em nossa sociedade, comprovada em fatos como: preconceitos, salários menores, jornadas sucessivas de trabalho, menores índices de escolaridade, agressões e violências, discriminação profissional, assédio direto e indireto, responsabilidade pelo sustento de famílias, altas taxas de mortalidade materna, abuso sexual na infância/adolescência e grande carga de trabalho doméstico não reconhecido pelo sistema previdenciário. Delas se espera, ainda, que estejam sempre sexualmente disponíveis, não transmitam doenças, não engravidem com muita frequência, que alimentem, eduquem e limpem as crianças, as roupas e a casa. Para um grande número de mulheres, a gestação, o parto e o puerpério ainda estão cercados por muitos riscos. Esta realidade ainda inclui o grande estresse

e o drama pessoal da gravidez indesejada, o risco físico dos abortos clandestinos, das suas complicações, mutilação e morte. A taxa de mortalidade materna, no Brasil, por exemplo, ultrapassa muito o que poderia ser considerado razoável.

Estas são apenas ilustrações de como o processo de discriminação contra a mulher ainda continua com muita força, sem que a sociedade, muitas vezes, se dê conta de sua extensão e gravidade. Hoje, entretanto, estamos agravando ainda mais a carga já insuportável da grande maioria das mulheres brasileiras ao impedir a interrupção da gravidez quando o feto, comprovadamente, padece de anencefalia, ou seja, não possui o cérebrodesenvolvido.

A anencefalia é uma anomalia congênita do sistema nervoso central resultante da falha de fechamento do tubo neural entre o 23º e o 26º dia de gestação, incapacitando o conceito para a vida extra-uterina. Pela anomalia do cerebelo, não há controle de temperatura corpórea e da frequência respiratória, o que torna impossível a sobrevivência dessas crianças (Hunter, 1983). Nos EUA a incidência de anencefalia é 1:1000 nascimentos. Na Irlanda e Países de Gales, 5 a 7:1000 nascimentos. Na França e no Japão, 0,1 a 0,6:1000 nascimentos. No Brasil, 1:1.600 (Gorlin et al., 2001; Ogata et al., 1992; Rotta et al., 1989).

Na maioria dos casos a anencefalia é do sexo feminino e de etiologia multifatorial decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais. Os fatores ambientais envolvidos estão relacionados à exposição materna no primeiro trimestre de gestação a produtos químicos (solventes orgânicos, etc), irradiações, ruptura da membrana amniótica (brida amniótica), hipertemia materna, diabetes materno, deficiência materna de ácido fólico, alcoolismo, tabagismo, fármacos como antidepressivos tricíclicos, antiácidos, antidiarréicos, corticoesteróides, analgésicos, antieméticos, antibióticos, antiparasitários e antigripais (Ogata et al., 1992; Mutchinick et al., 1990; Sanford et al., 1992). A incidência de malformações do conceito em mães diabéticas é de 6 a 16 vezes maior do que na população geral. Hoje em dia o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese ser método de diagnóstico mais citado (Cohen & Zapata, 1985). O reconhecimento de conceito com anencefalia é imediato. O crânio está ausente ou bastante hipoplásico. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. A abóboda craniana é substituída por massa mole de coloração violácea e aspecto angiomatoso. O cérebro encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Os nervos cranianos são hipoplásicos. A hipófise está ausente ou vestigial, com neuro-hipófise hipoplásica. O hipotálamo está ausente na maioria dos casos, assim como as conexões entre adeno-hipófise e o sistema nervoso central (Ogata et al., 1992).

A confirmação diagnóstica é realizada pelo ultra-som, no qual não é visualizado o contorno ósseo da calota craniana do conceito. Esse diagnóstico pode ser realizado hoje a partir de 12 semanas de gestação (Brindage, 2002; Ross & Elias, 1997).

No que diz respeito a prática da interrupção de gestação com fetos anencéfalos

ocorrem em diferentes regiões e países do mundo. Nela, pode-se verificar a alta incidência do aborto induzido na prática de atendimentos desses casos. Em países como a França, Suíça, Bélgica, Áustria, Israel e Rússia, a interrupção da gravidez ocorre quase sempre em 100% dos casos. Mesmo em países com extensa tradição católica, como Itália e Espanha, a interrupção da gravidez com fetos anencéfalos é realizada na imensa maioria dos casos: de 80% a 85%. No Reino Unido, Alemanha e Finlândia, as taxas aproximam-se a 90%. Entendemos que, ao se diagnosticar um feto anencéfalo, deverá ser permitido ao casal decidir, de uma maneira totalmente informada e livre, sobre a interrupção ou o seguimento da gravidez. Essa opinião baseia-se nos seguintes fatos:

- a) não há nenhuma possibilidade de sobrevivência prolongada para esse tipo de patologia;
- b) a gravidez com anencéfalo traz à mãe maior probabilidade de doença hipertensiva específica da gravidez e polidramnio, além de causar, com grande frequência, um parto distócico pela própria condição de anencefalia;
- c) com a metodologia propedêutica mais moderna, o diagnóstico da anencefalia pode ser realizado com total segurança, devendo ser obrigatória, antes da interrupção, uma segunda opinião de um obstetra experimentado.

Este projeto de lei tem o propósito de incluir, entre as causas que não incriminam a realização do aborto, no Código Penal, a situação da gravidez com feto anencéfalo.

Não queremos obrigar o casal à interromper a gravidez, mas apenas permitir que a decisão seja tomada por eles livremente, após todas as informações específicas do seu caso, com o cuidado de se exigir dois laudos independentes para que não pare nenhuma dúvida sobre o diagnóstico. Evidente que, uma vez tornada lei essa possibilidade de interrupção, os serviços públicos deverão oferecê-la àqueles casais que a desejarem, cabendo aos médicos a possibilidade de alegarem objeção de consciência, mas cabendo ao serviço a obrigatoriedade do atendimento de acordo com desejo dos pais e o relatório feito pelos médicos especialistas. Tais detalhamentos, no entanto, podem ser feitos na regulamentação da lei, pelo órgão competente do Poder Executivo.

Sabemos que a questão envolve grande polêmica, por interferir com problemas sociais, religiosos, médicos e éticos. O aborto provocado, que não pode ser desvinculado do contexto da situação da mulher em nossa sociedade, é sem dúvida um dos mais complexos e controversos fenômenos sociais que a humanidade enfrenta.

Independentemente de qualquer conceito religioso, é indiscutível que o aborto provocado é uma agressão, é uma situação de violência que se faz sentir em diferentes níveis. Ninguém em sã consciência é a favor do aborto. Os médicos, formados em defesa da vida, e particularmente os ginecologistas, não podem senão abominar a própria idéia da interrupção da gravidez. Como então conciliar esta postura frente ao sofrimento e angústias de uma paciente gestante portadora de um feto anencéfalo cuja probabilidade de sobrevivência é nenhuma? Afirmamos que equivale à prática da tortura a exigência de que a mulher gestante suporte a situação de manter o feto anencéfalo até o fim do período gravídico. Além do mais, esta gestante estará submetida a um parto complicado, de alto risco, que envolve sofrimento e um esforço desgastante e infrutífero, sem contar as despesas ao casal e/ou ao sistema de saúde. Todos esses motivos nos levam a apresentar este Projeto de Lei para o qual



solicitamos a aprovação dos colegas, Deputados desta Casa, pois temos a  
convicção de que facultar ao casal a decisão de interromper a gravidez com feto  
anencéfalo é a melhor alternativa.  
Sala das Sessões, em de de 2004.

**Deputada Luciana Genro e Deputado Dr. Pinotti**