



**UNISUL**

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA  
NILZETE PASSIG BROERING**

**ABORTO E A ANENCEFALIA:  
ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF Nº 54 EM TRÂMITE NO STF**

Palhoça  
2009

**NILZETE PASSIG BROERING**

**ABORTO E A ANENCEFALIA:  
ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF Nº 54 EM TRÂMITE NO STF**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. José Dimas D'ávila Monteiro

Palhoça

2009

**NILZETE PASSIG BROERING**

**ABORTO E A ANENCEFALIA:  
ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF Nº 54 EM TRÂMITE NO STF**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, xx de junho de 2009.

---

Prof. e orientador .....

Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof.

Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof.

Universidade do Sul de Santa Catarina

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

### **ABORTO E A ANENCEFALIA: ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF Nº 54 EM TRÂMITE NO STF**

Declaro, para todos os fins de direitos e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, xx de junho de 2009.

---

**NILZETE PASSIG BROERING**

Dedico este trabalho ao meu marido,  
Tadeu, aos meus filhos, Gisele e Andre, e  
a minha neta, Giovana.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a DEUS pela vida, saúde e pela coragem nos momentos difíceis.

Agradeço em especial ao ex Presidente do Tribunal de Justiça Des. Amaral e Silva, que através da RESOLUÇÃO N. 19/02-GP, instituiu junto ao Programa de Capacitação e qualificação dos Servidores do Poder Judiciário de Santa Catarina, a concessão de bolsas de estudo para cursos de graduação .

Agradeço sempre, e nunca em excesso, a minha família, em especial aos meus pais Alfredo e Dalci, já falecidos, ao meu esposo Tadeu e aos meus filhos Gisele e Andre, bem como a nova integrante da família, minha netinha Giovana, pela força e compreensão em todos os momentos.

Aos professores do curso de direito pelos conhecimentos transmitidos e pela compreensão ao longo de todos esses anos de aprendizado. Obrigado! Prometo jamais esquecê-los!

A todos os colegas de universidade, em especial as amigas Neuza, Neide, Cisa, Keli , pelo companheirismo, amizade e apoio durante todo o curso , pela ajuda incansável nos estágios, trabalhos, caronas, conversas intermináveis. Obrigada mesmo!

Agradeço especialmente ao meu orientador, Professor Jose Dimas D'Avila Monteiro, que me deu a honra de aceitar o convite de orientar esse trabalho .

Sábio é aquele que conhece os limites da própria ignorância. (Sócrates)

## RESUMO

Trata-se de trabalho monográfico desenvolvido sobre o tema aborto e anencefalia, com o intuito de realizar uma análise crítica acerca da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 54, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Os objetivos específicos da pesquisa, por oportuno, consistem no estudo do tipo penal aborto, com atenção especial a abordagem do direito constitucional à vida, dos aspectos gerais e históricos do aborto, bem como acerca de sua disciplina no ordenamento jurídico brasileiro; no estudo da anencefalia, com a descrição técnica e doutrinária dessa espécie de má-formação fetal e, por último, na análise da ADPF n.º 54. Desta feita, tendo em vista as diversas pesquisas bibliográficas efetuadas, assim como em face do acompanhamento da ação proposta no STF pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, foi possível observar a complexidade do tema e as opiniões divergentes. Salienta-se que ambos os posicionamentos, embora opostos, apresentam argumentos fortes acerca da (im) possibilidade de autorização da antecipação terapêutica do parto ou aborto nos casos de anencefalia. Todavia, cumpre salientar os preceitos fundamentais debatidos na ADPF supramencionada, levantados tanto em favor da gestante como do feto anencefálico, especialmente no que tange à dignidade da pessoa humana. Por fim, percebe-se que se trata de uma discussão muito mais moral do que jurídica e, ainda que a demora do Judiciário em prolatar uma decisão sobre o tema apenas prolonga o sofrimento e gera insegurança jurídica frente aos preceitos constitucionais consagrados por parte da sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Aborto. Anencefalia. Dignidade.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 DO ABORTO</b> .....	11
2.1 DO DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA .....	11
2.2 DOS ASPECTOS HISTÓRICOS DO ABORTO .....	15
2.3 NOÇÕES GERAIS DO ABORTO .....	21
2.4 O ABORTO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL .....	25
<b>3 DA ANENCEFALIA</b> .....	29
3.1 ASPECTOS PRINCIPAIS DA ANENCEFALIA .....	29
3.2 DA (IN) VIABILIDADE VITAL DO FETO ANENCEFÁLICO .....	33
3.3 OS DANOS À GESTANTE DE FETO ANENCÉFALO .....	41
<b>4 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ NO CASO DE ANENCEFALIA DISCUTIDOS NA ADPF Nº 54, EM TRÂMITE NO STF</b> .....	44
4.1 BREVE DESCRIÇÃO DO CASO .....	44
4.2 FUNDAMENTOS DA ADPF Nº 54: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; ANALOGIA À TORTURA; LEGALIDADE, LIBERDADE E AUTONOMIA DA VONTADE E DIREITO À SAÚDE .....	48
4.3 FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS AO PROVIMENTO DA ADPF Nº 54 .....	55
4.4 REFLEXOS JURÍDICOS E SOCIAIS DO (IM) PROVIMENTO DA ADPF Nº 54 .....	59
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	63
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	66
<b>ANEXO</b> .....	72
<b>ANEXO A – PROCESSO ABORTO</b> .....	73

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira há muito vem discutindo a questão da legalização do aborto, especialmente no que se refere à gestação de feto anencefálico. Entretanto, tendo em vista as ponderações legais e morais levantadas por vários segmentos sociais, o tema acaba ficando apenas no campo da discussão, sem qualquer definição concreta e efetiva.

Todavia, em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ingressou, no Supremo Tribunal Federal – STF, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 54, defendendo, com base em diversos princípios constitucionais, o direito subjetivo da gestante de promover a antecipação terapêutica do parto nos casos em que restar constatada a gravidez de feto anencefálico.

Logo, registra-se que a presente monografia tem como objetivo principal analisar o tema aborto e anencefalia, através da realização de uma análise crítica da mencionada ADPF n.º 54, ainda pendente de julgamento junto ao STF.

A relevância da pesquisa, por conseguinte, consiste no estudo dos argumentos contrários e favoráveis acerca da (im) possibilidade de interrupção da gravidez no caso de anencefalia, considerando a presença de argumentos fortes em ambas as vertentes.

As idéias centrais do trabalho, por seu turno, referem-se ao estudo do tema aborto, anencefalia e preceitos fundamentais constitucionais, com especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No que se refere aos procedimentos metodológicos, registra-se que, para a consecução deste trabalho, foi utilizado o tipo de pesquisa bibliográfica exploratória, consistente no levantamento doutrinário e no estudo da legislação vigente, assim como da jurisprudência dos tribunais superiores. Já no que tange ao procedimento de abordagem do tema, ressalta-se que se partiu do método de abordagem dedutivo, sistema que se baseia em teorias e leis gerais para a análise de fenômenos particulares. O método de procedimento utilizado, por sua vez, foi o monográfico, estudo de um único tema.

Quanto à apresentação do assunto, registra-se que a presente monografia encontra-se estruturada em cinco capítulos.

O primeiro capítulo é a presente introdução, ou seja, momento destinado para a apresentação do tema, justificativa, procedimentos metodológicos e estrutura da pesquisa.

O capítulo dois refere-se ao tipo penal denominado aborto. Desta feita, para análise do tema, apresenta-se, inicialmente, a proteção constitucional do direito à vida. Em seguida, passa-se aos aspectos históricos e gerais do aborto e, ainda, ao estudo do tema aborto junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo, por seu turno, trata da anencefalia demonstrando os seus aspectos gerais, as correntes que defendem e que contraditam a inviabilidade vital do feto anencefálico e, ainda, acerca da possibilidade de antecipação terapêutica do parto, tendo em vista os possíveis danos à gestante.

O quarto capítulo, última parte do desenvolvimento, foi destinado para o estudo do tema específico proposto para esta monografia, qual seja: a análise da ADPF n.º 54. Para tanto, preambularmente, realiza-se uma breve descrição do caso. Ato contínuo, apresentam-se os fundamentos da ADPF nº 54 (dignidade da pessoa humana; analogia à tortura; legalidade, liberdade e autonomia da vontade e direito à saúde), os argumentos contrários ao provimento da ADPF nº 54 e, por fim, acerca dos reflexos jurídicos e sociais do (im) provimento da demanda.

Por derradeiro, tem-se a conclusão, quinto e último capítulo monográfico, oportunidade reservada para as ponderações finais e análise dos resultados obtidos com a pesquisa.

Ressalta-se, ainda, a apresentação dos posicionamentos de alguns Ministros do STF que, por conseguinte, sinalizam a intensidade do debate, bem como a dificuldade de chegar-se a uma decisão definitiva.

## 2 DO ABORTO

*“Uma vida não questionada não merece ser vivida.”*

*(Platão)*

O presente capítulo monográfico tem por objetivo principal estudar o aborto. Todavia, para análise do tema, julga-se necessário abordar, inicialmente, o direito constitucional à vida, tendo em vista a discussão existente sobre o início da vida humana.

Por conseguinte, analisam-se, também, neste capítulo, os aspectos históricos e as noções gerais do aborto, bem como a legislação brasileira atual aplicada à espécie.

### 2.1 DO DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA

A Constituição Federal vigente, em seu art. 5º, caput, declara que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]”.<sup>1</sup> Desta maneira, verifica-se que o direito à vida encontra-se presente no topo do rol dos direitos e garantias fundamentais.

Na realidade, “[...] o direito à vida permeia todo o desenho constitucional, permanecendo sempre como uma sombra pronta para servir de vetor de interpretação das mais diversas situações jurídicas”.<sup>2</sup>

Segundo Alexandre de Moraes, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2009.

<sup>2</sup> LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição de 1988**. São Paulo: Método, 2004. p. 181.

A previsão do direito à vida na Constituição “[...] impõe, assim, globalmente, uma limitação a todos os que, em território brasileiro, pretendam atentar ou atentem contra a vida humana, uma proteção reforçada e imprescindível em termos de criação de um Estado Constitucional”.<sup>4</sup>

Sobre os aspectos do direito constitucional à vida, percebe-se que o mesmo apresenta caráter dúplice, visto que, “[...] sob o prisma biológico traduz o direito à integridade física e psíquica (desdobrando-se no direito à saúde, na vedação à pena de morte, na proibição do aborto etc.)”; E, “em sentido mais amplo, significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana”.<sup>5</sup>

Logo, denota-se que a “Constituição Federal proclama o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”.<sup>6</sup>

Nesse contexto, anota-se, através das palavras de Alexandre dos Santos Cunha, o pensamento de Kant acerca da vida humana e da dignidade:

A dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Conseqüentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade.<sup>7</sup>

Sobre as características do direito à vida, transcreve a lição de Pietro de Jesús Lora Alarcón:

Diz a norma que o direito à vida é inviolável, portanto, ao abrigo de qualquer violência, intocável, intangível. Em homenagem à supremacia do Diploma Constitucional, e com fundamento no art. 60, §4.º, inciso IV, pode-se inferir que qualquer projeto de emenda tendente a abolir a inviolabilidade do direito à vida seria inconstitucional. Também um projeto de lei, uma lei ou ato

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 30.

<sup>4</sup> LORA ALARCÓN, 2004, p. 181.

<sup>5</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 109.

<sup>6</sup> MORAES, 2007, p. 30.

<sup>7</sup> CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 88.

normativo, pode ser declarado inconstitucional quando se manifeste contrário ao postulado constitucional da inviolabilidade do bem jurídico.<sup>8</sup>

Por conseguinte, frisa-se que existe uma significativa discussão acerca do momento em que se considera iniciada a vida humana. Assim, “o reconhecimento de uma linha divisória moralmente significativa entre óvulo fertilizado e pessoa humana é uma das grandes questões do debate ético contemporâneo. Há inúmeras concepções acerca do tema”.<sup>9</sup>

De acordo com a doutrina, é possível elencar opiniões, segundo as quais a vida humana tem início: “(i) com a fecundação; (ii) com a nidação; (iii) quando o feto passa a ter capacidade de existir sem a mãe (entre a 24<sup>a</sup> e a 26<sup>a</sup> semanas da gestação); (iv) quando da *formação do sistema nervoso central (SNC)*”.<sup>10</sup>

No mesmo talante, transcreve-se a lição da doutrina constitucional:

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou um zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina.<sup>11</sup>

Em descompasso, segundo o médico Miguel Oliveira da Silva, “[...] até o final do processo de nidação, por volta do 12.º dia, existe a possibilidade de formar-se, em vez de um embrião, um tumor placentário – que não pode ser classificado como vida humana”.<sup>12</sup>

Ainda sobre o início da vida, registra-se, por oportuno, as principais etapas do desenvolvimento do ser humano no útero materno, bem com, em cada uma delas, os defensores que acreditam ser, nesta fase, o início da vida:

<sup>8</sup> LORA ALARCÓN, 2004, p. 182.

<sup>9</sup> SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.) **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 671.

<sup>10</sup> SARMENTO e GALDINO, 2006, p. 676.

<sup>11</sup> MORAES, 2007, p. 30 e 31.

<sup>12</sup> SILVA, Miguel Oliveira da, 2006 apud FONSECA, Patrícia. **Quando começa a vida humana?**

Disponível em:

<[http://aeiou.visaojunior.visao.pt/default.asp?SqlPage=Content\\_Sociedade&CpContentId=332764](http://aeiou.visaojunior.visao.pt/default.asp?SqlPage=Content_Sociedade&CpContentId=332764)>.

Acesso em: 20 mai. 2009.

FECUNDAÇÃO: quando o espermatozóide penetra no óvulo formando o embrião que carrega toda a carga genética do futuro ser humano. (Defensores: católicos e protestantes acreditam que a vida começa na fecundação. Na embriologia, ciência que estuda o desenvolvimento do embrião, essa visão também é predominante, assim como o era para os filósofos pitagóricos da Grécia). NIDAÇÃO: é o momento em que o óvulo fecundado se fixa à parede do útero. Etapa que ocorre entre o quinto e o sexto dia após a fecundação. (Defensores: parte dos geneticistas e fisiologistas, pois é a partir dessa etapa que o embrião tem condições reais de se desenvolver). DUAS SEMANAS: quando o embrião acelera sua reprodução e começam os primeiros vestígios da formação dos órgãos, inclusive do sistema nervoso. (Defensores: a maioria dos neurocientistas e juristas. Como uma pessoa morre quando seu cérebro pára de funcionar, por analogia, só passa a existir quando o cérebro inicia sua formação). 8 A 16 SEMANAS: período em que o embrião vira feto, com o aparecimento de membros e órgãos. (Defensores: para o islamismo a vida começa na 16ª. Semana, que é quando o ser humano adquire uma alma). 27 SEMANAS: por volta dessa etapa que o feto começa a ter sensações, como a dor. (Defensores: uma corrente de neurocientistas acredita que o começo das sensações só é possível com um cérebro mais desenvolvido e é o que demarca o início da vida humana). NASCIMENTO: em condições normais, o bebê nasce depois de nove meses de gestação, mas com o avanço da medicina já existem casos de bebês que sobreviveram ao nascer com menos de seis meses. (Defensores: os filósofos estoicos da Grécia antiga, sendo que essa é a mesma concepção de parcela expressiva do pensamento judaico. Para alguns juristas, só ao nascer o bebê adquire os direitos garantidos pela Constituição).<sup>13</sup>

Em que pese essas considerações, mostra-se “[...] evidente que o ser humano moderno é, biologicamente, um modelo especial de animal, uma subespécie única”.<sup>14</sup>

Ainda, anotam-se as seguintes palavras Pietro de Jesús Lora Alarcón que, citando Recasens Siches, aduz:

Assim, por exemplo, vale a pena citar o mestre Recasens Siches, que voltando à etapa do *humanismo transcendental*, confirma esta superioridade e diferenciação do homem do resto dos seres, afirmando que a vida do ser humano constitui só uma realidade distinta de todas as demais, senão que é a realidade radical, primária, básica, e o fundamento e explicação de todas as demais; pois todo o demais é na vida humana<sup>15</sup>.

Diante disso, observa-se a proteção do direito à vida no âmbito constitucional, em seu duplo significado, bem como a discussão que permeia em torno do início da vida humana.

<sup>13</sup> ESCOSTEGUY, Diego; BRITO, Ricardo. **Quando começa a vida?** 2007. Disponível em: <[http://pt.shvoong.com/humanities/h\\_philosophy/663455-quando-come%C3%A7a-vida/](http://pt.shvoong.com/humanities/h_philosophy/663455-quando-come%C3%A7a-vida/)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

<sup>14</sup> LORA ALARCÓN, 2004, p. 39.

<sup>15</sup> SICHES, Recasens, [s/d] apud LORA ALARCÓN, 2004, p. 41 e 42

## 2.2 DOS ASPECTOS HISTÓRICOS DO ABORTO

Mostra-se bastante antiga e controversa a discussão acerca da prática do aborto. A problemática, de acordo com a doutrina, “[...] remonta aos primórdios da história e dos tempos. Valores éticos como poder, igualdade, dignidade, direitos, liberdade, Justiça, fé, doutrina moral, autonomia, jogam nesse imenso painel de força e emoção”.<sup>16</sup>

Frisa-se que “[...] existe controvérsia em quase todos os países, que varia em intensidade e temas sobre se e quando o aborto deve ser permitido, quais as situações que o justificam, o fato da vida, se o feto é ou não uma vida humana e tantas outras”.<sup>17</sup>

Todavia, verifica-se que “a prática do aborto, durante longo lapso temporal, não era prevista como delito”<sup>18</sup>, “[...] sendo muito comum a sua realização entre os povos hebreus e gregos”.<sup>19</sup>

A Lei das XII Tábuas e as Leis da República, em Roma, não tratavam do aborto, isso porque “[...] consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo”.<sup>20</sup> Denota-se, portanto, que, nesse período da história, competia a mulher decidir sobre o prosseguimento ou não da gravidez.

Nesse viés, anota-se:

Em Roma, nos primeiros tempos, não era sancionada a morte dada ao feto. O produto da concepção, longe de ser vislumbrado como titular do direito à vida, era tido como parte do corpo da gestante, que a seu turno, poderia dele livremente dispor (*partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum*). As práticas abortivas eram, portanto, freqüentes.<sup>21</sup>

Posteriormente, por volta de 193-211 d. c., o aborto “[...] passou a ser considerado como uma lesão ao direito de paternidade e sujeito às penas

<sup>16</sup> PEREIRA, Irotilde G. et al. **Aborto legal: implicações éticas e religiosas**. São Paulo (SP): CDD, 2002. p. 131.

<sup>17</sup> PEREIRA et al., 2002, p.131.

<sup>18</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 103.

<sup>19</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)**. 4. ed., rev. e atual. de acordo com as Leis n. 10.741/2003, 10.763/2003 e 10.886/2004. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108.

<sup>20</sup> CAPEZ, 2004, p. 108.

<sup>21</sup> PRADO, 2005, p. 103.



cominadas ao venefício. Sua incriminação foi justificada pela frustração das expectativas paternas quanto à sua descendência”.<sup>22</sup>

Por outro lado, “foi com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio”.<sup>23</sup>

Com base na doutrina de Aristóteles, Santo Agostinho afirmava que “[...] o aborto só seria delito em se tratando de feto animado, o que ocorria quarenta ou oitenta dias após a concepção, conforme fosse do sexo masculino ou feminino”.<sup>24</sup> São Basílio, por sua vez, “[...] não admitia qualquer distinção considerando o aborto sempre criminoso”.<sup>25</sup>

Acerca do pensamento de São Basílio, registra-se:

[...] São Basílio (374 d. C.) afirmava que o aborto provocado seria sempre criminoso, não havendo porque corroborar a distinção entre feto animado (*foetus animatus*) e inanimado (*foetus inanimatus*). O Direito Canônico sustentava a reprovação ao aborto pela perda da alma do nascituro, que morria sem que fosse batizado. Alguns motivos, todavia, eram capazes de torná-lo lícito – como a *honoris causa*, quando ainda inanimado o feto. Em 1869, porém, é abolida a distinção entre feto animado e inanimado pelo Papa Pio IX, estabelecendo-se penas idênticas para qualquer caso.<sup>26</sup>

Entretanto, é preciso reconhecer que, “[...] em se tratando de aborto, a Igreja sempre influenciou com os seus ensinamentos na criminalização do mesmo, fato este que perdura até os dias atuais”.<sup>27</sup>

A doutrina, analisando os dogmas da igreja sobre o aborto, “[...] encontra que a razão da condenação do mesmo era, de início, ligada ao problema do adultério, que a interrupção de uma gravidez ocultaria, e o pecado da fornicção, isto é, do sexo realizado sem a finalidade procriativa”.<sup>28</sup>

Nesse sentido, transcreve-se a seguinte explicação sobre a igreja católica e o aborto:

A análise dos documentos de hierarquia católica sobre o aborto indicam algumas constantes em sua argumentação condenatória. Apoiando-se na tradição cristã, nas intervenções anteriores do magistério e em dados

<sup>22</sup> PRADO, 2005, p. 103

<sup>23</sup> CAPEZ, 2004, p. 108.

<sup>24</sup> PRADO, 2005, p. 103.

<sup>25</sup> CAPEZ, 2004, p. 108 e 109.

<sup>26</sup> PRADO, 2005, p. 103.

<sup>27</sup> CAPEZ, 2004, p. 108 e 109.

<sup>28</sup> PEREIRA et al., 2002, p. 35.

retirados da ciência, a doutrina oficial católica sobre a moralidade do aborto é clara, taxativa e se propõe como definitiva. [...] O elemento central dessa argumentação é a *defesa da vida*, reiterada como um princípio absoluto, imutável e intangível. A existência de uma pessoa humana, sujeito de direitos, desde o primeiro momento da concepção é o pressuposto da consideração da interrupção de uma gravidez como um ato homicida, em qualquer momento da gestação, sob quaisquer condições. Assim, esses dois elementos – a sacralidade da vida humana e a condição de pessoa do embrião – fundam a condenação incondicional do aborto, integrando argumentos de ordem religiosa, moral e biológica.<sup>29</sup>

Para a igreja, “[...] a condenação da interrupção voluntária da gravidez funda-se numa proposição de fé, segundo a qual a vida humana tem caráter sagrado, por ser um dom divino”.<sup>30</sup> Assim, “atentar contra a vida é atentar contra o próprio Deus. Do direito à vida derivam todos os outros direitos, dos quais aquele é condição necessária”.<sup>31</sup>

Ademais, segundo a igreja, “outras razões, como as dificuldades que possa significar um filho a mais, especialmente se apresenta anomalias graves, a desonra, ou o desprestígio social, ainda que consideráveis, também não legitimam ato abortivo”.<sup>32</sup>

De acordo com Paulo VI, citando Pio XII:

A absolutização do princípio de respeito à vida humana tem ainda como referência a lei natural. Trata-se de um instinto humano a ser respeitado por crentes e não crentes. *“Para quem acredita em Deus isso é espontâneo e instintivo e é obrigatório por lei religiosa e transcendente; e também para quem não tem esta dita de admitir a mão de Deus protetora e vingadora de todos os seres humanos, é e deve ser intuitivo, em virtude da dignidade humana, este mesmo sentido do sagrado, isto é, da intangibilidade próprias de uma existência humana vivente”*.<sup>33</sup>

De acordo com a Declaração sobre o aborto provocado, de 1974, da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé:

A partir da fecundação, começou a aventura de uma vida humana, na qual cada uma das suas capacidades requer tempo, mesmo um tempo bastante longo, para eclodir e para se achar em condições de agir. O mínimo que se pode dizer é que a ciência actual, no seu estado mais evoluído, não dá apoio algum substancial aos defensores do aborto. De resto, não pertence às ciências biológicas dar um juízo decisivo sobre questões propriamente filosóficas e morais, como são a do momento em que se constitui a pessoa

<sup>29</sup> PEREIRA et al., 2002, p. 26-27.

<sup>30</sup> PEREIRA et al., 2002, p. 27.

<sup>31</sup> PEREIRA et al., 2002, p. 27.

<sup>32</sup> PEREIRA et al., 2002, p. 28.

<sup>33</sup> PAULO VI, 1977 apud PEREIRA et al., 2002, p. 28-29.

humana e a da legitimidade do aborto. Ora, sob o ponto de vista moral, isto é certo mesmo que porventura subsistisse uma dúvida concernente ao facto de o fruto da concepção ser já uma pessoa humana: é objectivamente um pecado grave ousar correr o risco de um homicídio. 'É já um homem aquele que o virá a ser'.<sup>34</sup>

Diante disso, verifica-se a forte oposição da doutrina católica acerca de qualquer prática permissiva do aborto.

No Brasil, inicialmente, “o Código Criminal do Império de 1830 não previa o crime de aborto praticado pela própria gestante, mas apenas criminalizava a conduta de terceiro que realizava o aborto com ou sem o consentimento daquela”.<sup>35</sup>

O Código Penal de 1890, por seu turno, passou a prever como crime o aborto provocado pela própria gestante,<sup>36</sup> assim como segue:

O Código Penal de 1890, a seu turno, fazia distinção entre o aborto com e sem expulsão do feto, cominando àquele pena mais grave. As penas eram igualmente aumentadas se do aborto ou dos meios empregados para realizá-lo resultasse a morte da mulher. O auto-aborto, embora tipificado, tinha sua pena atenuada se praticado com o fim de ocultar desonra própria.<sup>37</sup>

Por conseguinte, o Código Penal de 1940, nos artigos 124, 125 e 126, respectivamente, tipificou as figuras do aborto provocado, quando a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento, do aborto sofrido, situação em que o aborto é realizado por terceiro sem o consentimento da gestante, e do aborto consentido, quando o aborto é realizado por terceiro com o consentimento da gestante<sup>38</sup>.

De modo semelhante, na sociedade brasileira o catolicismo também exerceu e ainda exerce significativa influência sobre a opinião pública e as instituições quando o tema é a legalização do aborto.

Entretanto, somente na década de 80, “[...] o movimento feminista assumiu publicamente a questão do aborto e, tomando uma posição mais ofensiva, foi para as ruas”.

<sup>34</sup> SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ. **Declaração sobre o aborto provocado**. 1974. Disponível em:

<[http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19741118\\_declaration-abortion\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_po.html)>. Acesso em: 23 mar. 2009.

<sup>35</sup> CAPEZ, 2004, p. 108.

<sup>36</sup> CAPEZ, 2004, p. 108.

<sup>37</sup> PRADO, 2005, p. 105.

<sup>38</sup> CAPEZ, 2004, p. 108-109.

Segundo a doutrina:

*‘foi possível ao movimento de mulheres encontrar na Igreja uma aliada em seus movimentos por creche, contra o custo de vida, a favor dos presos políticos, etc. no momento porém, em que com a abertura política, nos anos 80, o conteúdo das reivindicações feministas passou a incluir, de forma explícita, a defesa da autonomia da mulheres no controle da própria sexualidade, inclusive para decidir sobre a interrupção de uma gravidez indesejada, a reação da Igreja se faz sentir. A partir daí, o conflito se estabelece’.*<sup>39</sup> [grifo no original].

Nesse contexto, em 1981, em virtude da campanha realizada em prol da descriminalização do aborto, “[...] acontece uma ruptura entre a Igreja Católica e grupos feministas. A Igreja coloca artigos na grande imprensa, acenando como a excomunhão para aqueles que defendessem o aborto”.<sup>40</sup>

Em que pese todos esses conflitos, “em 1985, no Rio de Janeiro, [...] a Assembléia Legislativa aprovou a lei 832/85 que obrigava a rede pública de saúde do Estado a prestar atendimento às mulheres nos casos de aborto permitidos pelo Código Penal”.<sup>41</sup> Todavia, denota-se que a mencionada lei não durou muito tempo, isso porque, tendo em vista a forte pressão exercida por D. Eugênio, cardeal arcebispo do Rio de Janeiro, o governador do Estado acabou por decretar a sua revogação.

Desta maneira, percebe-se que “a Igreja Católica constituiu-se numa importante força política, com capacidade de formar opinião pública, na medida em que possui uma rede nacional de púlpitos, influencia na grande imprensa e nos setores governamentais”.<sup>42</sup>

De outro vértice, em 1989, “[...] a prática do abortamento, nas hipóteses permitidas pelo Código Penal, saiu da clandestinidade e passou a compor uma política pública da Municipalidade de São Paulo”, assim como segue:

A Portaria n. 682, de 26 de abril de 1989, criou o primeiro serviço de aborto legal, no Hospital Municipal Dr. Arthur Ribeiro de Saboya, no bairro do Jabaquara, cuja instalação aboliu alguns tabus. Um deles foi a dispensa do alvará judicial, desnecessário. O exame por (dois) médicos era suficiente, em substituição ao torturante laudo do Instituto Médico Legal. Instalou-se no Hospital uma comissão interdisciplinar, com médicos, enfermeiras, psicóloga e um representante jurídico da PGM. À chegada, a mulher era

<sup>39</sup> ROSADO, 1996 apud PEREIRA et al., 2002, p. 20.

<sup>40</sup> PEREIRA et al., 2002, p. 21.

<sup>41</sup> PEREIRA et al., 2002, p. 21.

<sup>42</sup> PEREIRA et al., 2002, p. 20.

recebida respeitosa e solidariamente pela assistente social Irotildes Gonçalves Pereira, que coordenava os encaminhamentos.<sup>43</sup>

Mesmo com essa conquista, verifica-se que a luta do movimento feminista pela liberação do aborto no Brasil não evoluiu muito, assim como segue:

Na década de 80 as feministas conquistaram vitórias em relação às questões, direitos civis, assistência à saúde, mas na luta pelo aborto deparam-se com a forte oposição da Igreja católica que atacou frontalmente os direitos reprodutivos. Os dois projetos apresentados no Congresso, neste período, que introduziram emendas pedindo a descriminalização do aborto não foram aprovados. A pressão da Igreja Católica foi mais forte, e aí também os setores progressistas da Igreja Somaram seus esforços para garantir o chamado “direito à vida”.<sup>44</sup>

Atualmente, no Brasil, conforme já mencionado, o Código Penal tipifica como crime a prática do aborto, ressaltando os casos em que não existe outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez é fruto de estupro, hipóteses em que a legislação autoriza o abortamento. Entretanto, apesar de existir previsão legal há mais de 60 anos, “[...] as mulheres que desejam recorrer à prática do abortamento nas condições legalmente autorizadas encontram inúmeros obstáculos para garantir o exercício desse direito”.<sup>45</sup>

De outra banda, transcrevem-se algumas razões sustentadas pela corrente que defende a não incriminação do aborto:

Na atualidade, o aborto provocado é incriminado em grande parte das legislações. Não obstante, disseminam-se as vozes que se elevam contra essa tipificação. Embora vários os argumentos expedidos, calha a síntese: a) o feto é parte da mulher e esta pode dispor do produto da concepção; b) a vida do feto não é um bem jurídico individual, mas um interesse da sociedade a ser protegido em alguns casos; c) a pena não logra evitar as práticas abortivas; d) o aborto é uma lei de exceção endereçada às classes sociais mais pobres; e) é necessário proteger a vida e a saúde das numerosas mulheres que recorrem ao aborto clandestino.<sup>46</sup>

Desta feita, conforme se verifica, sublinha-se que a discussão acerca do aborto, além das implicações legais, encontra muitos obstáculos no âmbito da moral. Por conseguinte, julga-se relevante destacar, nesse momento da pesquisa, o processo crime n.º 5793000537.3, autuado em 01/04/1993, na Comarca de Santo

<sup>43</sup> PEREIRA et al., 2002, p. 133.

<sup>44</sup> PEREIRA et al., 2002, p. 23.

<sup>45</sup> PEREIRA et al., 2002, p. 74.

<sup>46</sup> PRADO, 2005, p. 105-106.

Amaro da Imperatriz, local de trabalho da autora desta pesquisa, referente a um caso de aborto.

Ressalta-se que, nesse processo (íntegra no anexo), a acusada restou submetida a júri popular, em 21/07/1994, e, por maioria de votos, foi absolvida pelo Conselho de Sentença, tendo em vista o reconhecimento da tese de estado de necessidade.

Assim, após a apresentação desse breve esboço histórico do tema aborto no Brasil e no mundo, passa-se a análise, no próximo item deste capítulo monográfico, das noções gerais do aborto e das disposições da legislação vigente, especialmente acerca das hipóteses permitidas e proibidas por lei.

### 2.3 NOÇÕES GERAIS DO ABORTO

O aborto pode ser conceituado como a interrupção da gravidez com a conseqüente destruição do produto da concepção. Trata-se da “[...] morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão”.<sup>47</sup>

Importante destacar que:

A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto, pois após início do parto poderemos estar diante do delito de infanticídio ou homicídio.<sup>48</sup>

Por oportuno, sublinha-se que algumas doutrinas preferem a expressão *abortamento* para denominar o ato de abortar, isso porque, segundo eles, o termo *aborto* diz respeito apenas ao produto da interrupção da gravidez. Em descompasso, outra corrente entende que a palavra aborto mostra-se mais adequada, isso porque “[...] está no gênio da língua dar preferência às formas contraídas, quer porque é o

<sup>47</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 93.

<sup>48</sup> CAPEZ, 2004, p. 108.

termo de uso corrente, tanto na linguagem popular como na erudita, quer, por fim, porque nas demais línguas neolatinas, com exceção do Frances, diz-se aborto”.<sup>49</sup>

Frisa-se, ainda, que o aborto, segundo a doutrina, classifica-se em natural, acidental, criminoso ou legal. O aborto natural é aquele verificado quando ocorre a interrupção espontânea da gravidez. O acidental, por sua vez, é aquele aborto decorrente de traumatismo, queda, etc. Já o aborto provocado é aquele considerado crime. Por último, tem-se, ainda, o aborto legal, ou seja, quando, em determinadas situações, a própria lei autoriza a interrupção da gravidez.<sup>50</sup>

A doutrina, por seu turno, elenca algumas espécies de aborto, quais sejam: aborto necessário ou terapêutico, sentimental, eugenésico, eugênico ou piedoso e, por fim, o aborto social ou econômico.

O aborto necessário ou terapêutico “[...] consiste na intervenção cirúrgica realizada com o propósito de salvar a vida da gestante. Baseia-se no estado de necessidade, excludente da ilicitude da conduta, quando não houver outro meio apto a afastar o risco de vida”.<sup>51</sup>

Sobre o tema, destaca-se que:

No caso, não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante. O risco de vida pode decorrer de anemias profundas, diabetes, cardiopatias, tuberculose pulmonar, câncer uterino, má conformação da mulher etc. tais riscos, porém, atualmente podem ser superados tendo em vista a evolução da medicina e cirurgia.<sup>52</sup>

Nesse viés, frisa-se que para a “[...] realização do aborto necessário é dispensável o consentimento da gestante. Cabe unicamente ao médico decidir pela necessidade do aborto, que, *in casu*, deve ser a única alternativa apta a salvar a vida da gestante”.<sup>53</sup>

O aborto sentimental, por sua vez, é aquele “[...] praticado no caso de gravidez resultante de estupro, precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. Para a doutrina, “essa espécie de aborto

<sup>49</sup> MIRABETE, 2004, p. 93.

<sup>50</sup> MIRABETE, 2004, p. 93.

<sup>51</sup> PRADO, 2005, p. 119.

<sup>52</sup> MIRABETE, 2004, p. 99.

<sup>53</sup> PRADO, 2005, p. 119.

‘significa o reconhecimento claro do direito da mulher a uma maternidade consciente’.<sup>54</sup>

Nesse quadrante, registra-se explicação da doutrina sobre a prática do aborto sentimental:

Para que o médico pratique o aborto não há necessidade, evidentemente, de existência da sentença condenatória contra o autor do estupro e nem mesmo de autorização judicial. Deve ele submeter-se apenas ao Código de Ética Médica, admitindo como prova elementos sérios a respeito da ocorrência do estupro (boletim de ocorrência, declarações, atestados etc.).<sup>55</sup>

O aborto eugenésico, eugênico ou piedoso é uma das espécies mais discutidas, visto ser “[...] aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável”.<sup>56</sup>

Segundo a doutrina, “essa indicação permite o aborto quando existam riscos fundados de que o embrião ou o feto sejam portadores de graves anomalias genéticas de qualquer natureza ou de outros defeitos físicos ou psíquicos decorrentes da gravidez”.<sup>57</sup>

Todavia, o aborto eugenésico, tendo em vista a ausência de permissivo legal, é considerado como crime pela legislação brasileira. Em descompasso, “[...] mediante prova irrefutável de que o feto não dispõe de qualquer condição de sobrevivência, consubstanciada em laudos subscritos por juntas médicas, o Poder Judiciário tem autorizado a prática do aborto”.<sup>58</sup>

Nesse sentido, anota-se:

Há, entretanto, uma tendência à discriminação do aborto eugênico em hipóteses específicas. Com o válido argumento de que não se deve impedir o aborto em caso de grave anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, já se têm concedido centenas de alvarás judiciais para abortos em casos de anencefalia (ausência ou má formação de cérebro) (*RT 756/652, JTJ 232/391, 239/375 JCAT 83-84/699, RDJ 22/264*), má conformação congênita do feto (*RT 791/581*), psicológicos agenesia renal (ausência de rins), abertura de parede abdominal e síndrome de Patau (em que há problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos). A inviabilidade da vida extra-uterina do feto e os danos psicológicos à gestante justificam tal posição, apoiando-se alguns na tese da existência da

<sup>54</sup> PRADO, 2005, p. 120.

<sup>55</sup> MIRABETE, 2004, p. 100.

<sup>56</sup> CAPEZ, 2004, p. 126.

<sup>57</sup> PRADO, 2005, p. 122.

<sup>58</sup> CAPEZ, 2004, p. 126.



possibilidade de aborto terapêutico e outros no reconhecimento da excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa<sup>59</sup>.

A doutrina classifica o aborto eugenésico como causa de exclusão da culpabilidade, considerando a inexigibilidade de conduta diversa. Além disso, sustenta-se que não há como exigir que uma mulher, ou seja, que a mãe, “[...] dedique sua própria vida a cuidar de alguém portador de graves anomalias. Confere-se, pois, preponderância ao interesse materno de preservar a própria saúde ante a vida do nascituro, despojada das garantias mínimas de bem-estar”.<sup>60</sup>

Por derradeiro, tem-se o chamado aborto social ou econômico, “cometido no caso de famílias muito numerosas, em que o nascimento agravaria a crise financeira e social”.<sup>61</sup>

Todavia, “a indicação socioeconômico também não está elencada entre as hipóteses de aborto legal previstas pelo Código Penal brasileiro”.<sup>62</sup> Por isso, “pune-se, inquestionavelmente, o *aborto social* (ou *econômico*), realizado para impedir que se agrave a situação de penúria o miséria da gestante [...]”.<sup>63</sup>

A doutrina, por sua vez, apresenta alguns motivos suscitados para a prática do aborto social ou econômico:

São vários os motivos que conduzem ao aborto passíveis de serem abarcados por essa indicação: dos estritamente econômicos (baixa renda; família numerosa com precária situação econômica; problemas de moradia; dívidas etc.) a outros de índole social (situação de grave enfermidade física ou psíquica de algum membro da família ou da própria mãe, desde que insuscetível de inclusão na indicação terapêutica; gravidez fruto de relações extramatrimoniais; mãe muito jovem ou idosa, sem condições de assumir a maternidade e suas obrigações etc.).<sup>64</sup>

Diante disso, denotam-se as diferentes espécies de aborto elencada pela doutrina. Porém, cumpre destacar quais destas modalidades são permitidas por lei, bem como quais os principais requisitos exigidos pela legislação brasileira vigente.

<sup>59</sup> MIRABETE, 2004, p. 100- 101.

<sup>60</sup> PRADO, 2005, p. 122-123.

<sup>61</sup> CAPEZ, 2004, p. 126.

<sup>62</sup> PRADO, 2005, p. 124.

<sup>63</sup> MIRABETE, 2004, p. 101.

<sup>64</sup> PRADO, 2005, p. 124.

## 2.4 O ABORTO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL

O aborto, classificado juridicamente como crime contra a vida, está previsto nos artigos 124 a 128 do Código Penal vigente, considerando a existência de distintas espécies, bem como de forma qualificada e, ainda, de hipóteses de aborto legal.

No que tange ao bem jurídico tutelado, o crime de aborto visa proteger o direito à vida do feto. Trata-se, assim, da “[...] preservação da vida humana intra-uterina”. Contudo, “[...] no abortamento provocado por terceiro, além do direito à vida do produto da concepção, também é protegido o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante”.<sup>65</sup>

O chamado auto-aborto está previsto no art. 124, primeira parte, do Código Penal: “provocar aborto em si mesma”<sup>66</sup>. A segunda parte do art. 124, por sua vez, tipifica o crime de aborto consentido, ou seja, aquele verificado quando a gestante aceita que um terceiro provoque o abortamento.

Nesse sentido, destaca-se:

O auto-aborto está previsto no art. 124, *caput*, 1ª figura: é o aborto praticado pela própria gestante. O aborto consentido está previsto na 2ª figura do artigo: consiste no consentimento da gestante para que um terceiro nela pratique o aborto. Trata-se de crime de mão própria, pois somente a gestante pode realizá-lo, contudo isso não afasta a possibilidade de participação no crime em questão.<sup>67</sup>

Os artigos 125 e 126 do Código Penal, por seu turno, tratam do aborto provocado por terceiro. Diz o art. 125: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos”. Já o artigo 126 assim tipifica:

Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

<sup>65</sup> CAPEZ, 2004, p. 109.

<sup>66</sup> BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em 18 mar. 2009.

<sup>67</sup> CAPEZ, 2004, p. 116- 117.

<sup>68</sup> BRASIL, 1940.

Sobre o tema, sublinha-se a lição de Fernando Capez:

O aborto sem consentimento da gestante está previsto no art. 125, *caput*, do Código Penal. Trata-se da forma mais gravosa do delito de aborto (pena – reclusão de 3 a 10 anos). Ao contrário da figura típica do art. 126, não há o consentimento da gestante no emprego dos meios ou manobras abortivas por terceiro. Aliás, a ausência de consentimento constitui elemento do tipo penal.<sup>69</sup>

Na hipótese de aborto provocado sem o consentimento da gestante, denota-se que “[...] o agente emprega a força física, a ameaça ou a fraude para a realização das manobras abortivas”. Desta feita, “exemplos característicos de fraude são aqueles em que o agente ministra à mulher grávida substância abortiva ou nela realiza intervenção cirúrgica para a extração do feto sem o seu conhecimento”.<sup>70</sup>

Logo, verifica-se que, conforme preceitua o Código Penal, “o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126, CP) é sancionado de forma menos severa”.<sup>71</sup>

Nessa esteira, anota-se que:

É indispensável, para a caracterização do crime inscrito no artigo 126 (aborto consensual) o consentimento da gestante do início ao fim da conduta. Logo, se a gestante revoga o consentimento dado durante a execução do aborto e o terceiro continua a realizar as manobras iniciadas, responderá pelo delito do artigo 125 do Código Penal (aborto provocado sem o consentimento da gestante).<sup>72</sup>

O artigo 127 do Código Penal, por conseguinte, prevê a forma qualificada do crime de aborto, declarando que as penas dos artigos 125 e 126 serão “[...] 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”.<sup>73</sup>

Já no art. 128, incisos I e II, tem-se as hipóteses de aborto legal, ou seja, situações em que a lei não considera o aborto como crime, trata-se do aborto necessário ou terapêutico e do aborto sentimental, humanitário ou ético.

<sup>69</sup> CAPEZ, 2004, p.118.

<sup>70</sup> PRADO, 2005, p. 115.

<sup>71</sup> PRADO, 2005, p. 115.

<sup>72</sup> PRADO, 2005, p. 115-116.

<sup>73</sup> BRASIL, 1940.

O aborto necessário ou terapêutico consiste na “[...] interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la”. Segundo a doutrina, “trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual”.<sup>74</sup>

O aborto sentimental, humanitário ou ético, por sua vez, é o “[...] aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro”. Nesse caso, verifica-se que “o Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que lhe isso lhe pode acarretar”.<sup>75</sup>

De outro vértice, quanto aos meios de execução do crime de aborto, denota-se que se trata “[...] de crime de ação livre, podendo a provocação do aborto ser realizada de diversas formas, seja por ação, seja por omissão”.<sup>76</sup>

No que tange à omissão, destaca-se:

O delito também pode ser praticado por conduta omissiva nas hipóteses em que o sujeito ativo tem a posição de garantidor; por exemplo, o médico, a parteira, a enfermeira que, apercebendo-se do iminente aborto espontâneo ou acidental, não tomam as medidas disponíveis para evitá-lo, respondem pela prática omissiva do delito<sup>77</sup>.

Ademais, a doutrina afirma que são muitos os meios utilizados para a provocação do aborto. Todavia, pode-se relacionar os seguintes grupos principais:

1) *químicos* ou *bioquímicos*: são meios internos, ou seja, introduzidos no organismo da gestante estimulam as contrações dirigidas à expulsão do produto da concepção. As substâncias químicas empregadas podem ser *inorgânicas* (v.g., ácidos minerais, compostos de sódio, potássio, ferro ou mercúrio, sais de cobre, chumbo ou prata etc.), ou *orgânicas*, de origem animal (v.g., cantárida, extrato de hipófise ou pituitária etc.), ou vegetal (v.g., alcalóides, ácidos orgânicos, venenos hemáticos, amargos ou purgativos, plantas aromáticas etc.).

2) *físicos*: podem ser mecânicos, térmicos ou elétricos. Os meios *mecânicos* se dividem em *diretos* (atuam diretamente sobre o aparelho genital – como a curetagem e a sucção uterina, punção, a microcesária etc.) ou *indiretos* (operam à distancia do aparelho genital – esforço físico, quedas etc.). Os meios *térmicos* compreendem, por exemplo, a aplicação de gelo ou compressas quentes. Já os meios *elétricos* consistem sobretudo na atuação da corrente galvânica ou farádica (choque elétrico por máquina estática etc.).

<sup>74</sup> CAPEZ, 2004, p. 123.

<sup>75</sup> CAPEZ, 2004, p. 124.

<sup>76</sup> CAPEZ, 2004, p. 110.

<sup>77</sup> CAPEZ, 2004, p. 111.

3) *psíquicos*: consistem em sustos, sugestões, choques morais, provocação de terror etc<sup>78</sup>.

Em últimas linhas, registra-se que “a tentativa existe quando as manobras abortivas não interrompem a gravidez ou provocam apenas aceleração do parto, com a sobrevivência do neonato”.<sup>79</sup>

Logo, após a realização deste breve estudo sobre o aborto, passa-se, no próximo capítulo, para a análise da doença denominada anencefalia.

---

<sup>78</sup> PRADO, 2005, p. 111.

<sup>79</sup> MIRABETE, 2004, p. 96.

### 3 DA ANENCEFALIA

*“O próprio viver é morrer, porque não temos um dia a mais na nossa vida que não tenhamos, nisso, um dia a menos nela”.*  
(Fernando Pessoa)

A anencefalia, sem sombra de dúvidas, encontra-se no rol dos mais sérios problemas relacionados à malformação embrionária.<sup>80</sup> Desta maneira, ressalta-se que este capítulo monográfico pretende analisar o tema, abordando, especialmente, os seus aspectos principais, a (in) viabilidade vital do feto anencéfalo, bem como os possíveis danos causados à gestante.

#### 3.1 ASPECTOS PRINCIPAIS DA ANENCEFALIA

De acordo com a definição da medicina, a anencefalia ou acefalia consiste em uma malformação congênita, um defeito de formação do sistema nervoso do feto, que importa na ausência total ou parcial do cérebro.<sup>81</sup>

Entretanto, segundo Luiz de Carvalho Ramos, o termo anencefalia não é apropriado, considerando que, diferente do que a expressão sugere, não há ausência de todo o encéfalo.<sup>82</sup>

Para explicar tal entendimento, julga-se importante anotar que o encéfalo engloba várias partes, sendo as principais o telencéfalo (cérebro ou hemisférios cerebrais), o diencefalo (tálamo e hipotálamo) e o tronco encefálico (mesencéfalo,

<sup>80</sup> TERRUEL, Suelen Chirieleison. **Anencefalia Fetal: Causas, Conseqüências e Possibilidade de Abortamento.** 15/03/ 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/4787/1/anencefalia-fetal-causas-consequencias-e-possibilidade-de-abortamento/pagina1.html>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

<sup>81</sup> BARTH, Luiz Wilmar. **Aborto e anencefalia.** CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Disponível em: <<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/aborto%20e%20anencefalia.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

<sup>82</sup> RAMOS, Luiz de Carvalho. **Anencefalia: um decisum polêmico.** 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1921/Anencefalia-Um-decisum-polemico>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

ponte e medula oblonga). O cérebro, por sua vez, “[...] é a parte anterior e superior da massa encefálica e ocupa a maior parte da cavidade craniana”.<sup>83</sup>

De acordo com especialistas, “os bebês anencéfalos, embora não tenham cérebro, ou boa parte dele, têm o tronco cerebral funcionando”. Este, por conseguinte, “[...] é constituído principalmente pelo bulbo, que é um alongamento da medula espinhal”, e comanda “[...] importantes funções do nosso organismo, entre elas: a respiração, o ritmo dos batimentos cardíacos e certos atos reflexos (como a deglutição, o vômito, a tosse e o piscar dos olhos)”.<sup>84</sup>

Por este motivo, “[...] alguns autores têm proposto o uso do termo ‘meroanencefalia’ para exprimir a ausência parcial do encéfalo”.<sup>85</sup>

A título de ilustração, colaciona-se a seguinte figura que retrata a diferença entre o encéfalo de uma criança normal e de uma criança anencéfala:

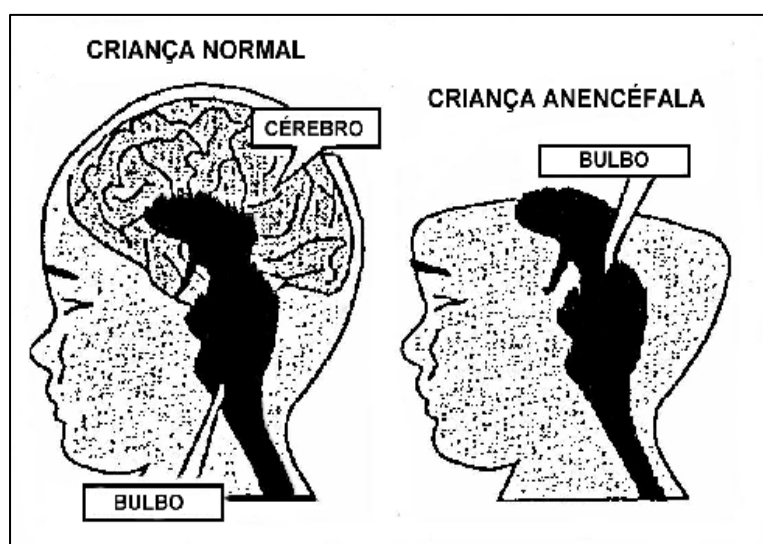


Ilustração 1 – Criança normal X Criança anencéfala.<sup>86</sup>

Na literatura médica, registra-se que a anencefalia é conceituada 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”.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> RAMOS, 2005.

<sup>84</sup> CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Quem é o anencéfalo?** 2005. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/quemeoan.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

<sup>85</sup> CRUZ, 2005.

<sup>86</sup> CRUZ, 2005.

<sup>87</sup> SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais:** estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 671.

Esta anomalia, segundo Daniel Sarmento e Flávio Galdino:

[...] importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal.<sup>88</sup>

A Sociedade Mineira de Pediatria afirma que a malformação da “anencefalia impede que o feto tenha atividade elétrica cerebral, por este não possuir os hemisférios cerebrais constituídos, em parte, pela estrutura funcional mais importante: o córtex cerebral”. Desta feita, considerando que o feto possui apenas tronco cerebral, acaba não tendo condições de manter relação com o mundo exterior, bem como de conscientizar a dor.<sup>89</sup>

Quanto às características físicas do anencéfalo, anota-se a lição de Cypel e Diament:

Geralmente a criança nasce sem testa, com orelhas de implantação baixa e pescoço curto. A base do crânio é diminuída por causa da alteração do osso esfenóide e a fossa posterior se apresenta com diâmetro transversal aumentado. A boca é relativamente pequena e o nariz longo e aquilino. Apresenta sobras de pele nos ombros, globos oculares protuberantes, pavilhões oculares malformados, fenda palatina e anomalias das vértebras cervicais. Responde a estímulos auditivos, vestibulares e dolorosos. Apresenta quase todos os reflexos primitivos do recém-nascido, além de elevar o tronco, a partir da posição em decúbito dorsal, quando se estende ou comprime os membros inferiores contra um plano da superfície (manobra de Gamstorp).<sup>90</sup>

No entanto, de acordo com o Comitê Nacional de Bioética da Itália, citado por Luiz Carlos Lodi da Cruz, a anencefalia admite graus variados, assim como segue:

A dificuldade de classificação baseia-se sobre o fato de que a anencefalia não é uma má-formação do tipo tudo ou nada, ou seja, não está ausente ou presente, mas trata-se de uma má-formação que passa, sem solução de continuidade, de quadros menos graves a quadros de indubitável anencefalia. Uma classificação rigorosa é, portanto, quase que impossível.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> SARMENTO; GALDINO, 2006, p. 671.

<sup>89</sup> COSTA, Ives Seidel de Souza. A legalidade do aborto eugênico em casos de anencefalia.

**Panóptica**, ano 1, n. 8, maio/junho 2007. p. 175.

<sup>90</sup> CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Neurologia infantil**. 3. ed. São Paulo: Editora Atheneus, 1996. p. 745.

<sup>91</sup> COMITÊ NACIONAL PARA A BIOÉTICA DA ITÁLIA. **O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos**. 21/06/1996. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2009.



O que se sabe, na verdade, é que a anencefalia não tem cura, atingindo bebês de ambos os sexos. Além disso, verifica-se que a “incidência é de 4,6 casos em cada 10 mil nascimentos, quer dizer, é rara”. Nesse viés, “para se ter uma idéia, enquanto a anencefalia tem uma freqüência de 0,2% na população em geral, os casos de lábios leporinos é de 0,07% e de pé torto é de 0,1%”.<sup>92</sup>

No que se refere às causas, frisa-se que a anencefalia é “[...] uma anomalia diagnosticável, porém, não possui nenhuma explicação plausível para justificar sua origem”.<sup>93</sup>

Consoante pesquisas realizadas nos Estados Unidos, a origem da “[...] anencefalia permanece desconhecida, tendo havido muitas hipóteses não provadas como: infecções pré-natais, antagonistas de ácido fólico, água mineral, hipertensão materna, um fator desconhecido no tubérculo da batata”.<sup>94</sup>

Em descompasso, segundo Jorge Andalaft Neto, membro da Comissão Nacional Especializada de Violência Sexual e Interrupção da Gestação Prevista em Lei, as “mães diabéticas têm seis vezes maior probabilidade de gerar filhos anencefálicos, além de haver maior incidência também nos casos em que as mães são muito jovens ou apresentam idade mais avançada”.<sup>95</sup>

Além disso, aspectos nutricionais e ambientais, segundo o mesmo autor, também possuem potencial para influenciar “[...] indiretamente nesta malformação. Entre eles estão: exposição da mãe durante os primeiros dias de gestação a produtos químicos e solventes, irradiações, deficiência materna de ácido fólico, alcoolismo e tabagismo”.<sup>96</sup>

No Brasil, todavia, “existe expressivo posicionamento de que a hipossuficiência de ácido fólico é o fator de maior relevância para a incidência da anencefalia”.<sup>97</sup> Por isso, como medida de prevenção, indica-se “[...] uma dieta rica em ácido fólico (um tipo de vitamina B), um suplemento vitamínico que pode ser tomado dois meses antes de engravidar e até três meses depois”.<sup>98</sup>

O chefe do serviço de neurocirurgia do Instituto Fernandes Figueira (IFF), unidade materno-infantil de referência no Rio de Janeiro para malformações

<sup>92</sup> BARTH, 2009.

<sup>93</sup> FAZOLLI, Fabricio. Anencefalia e aborto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5444>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

<sup>94</sup> TERRUEL, 2008.

<sup>95</sup> ANDALAFT NETO, Jorge [s/d] apud TERRUEL, 2008.

<sup>96</sup> ANDALAFT NETO, Jorge [s/d] apud TERRUEL, 2008.

<sup>97</sup> TERRUEL, 2008.

<sup>98</sup> BARTH, 2009.

congenitas, Francisco Salomão, sustenta ser “fundamental o trabalho de convencimento de médicos de família, obstetras, ginecologistas e outros especialistas no sentido de recomendar e prescrever a vitamina às suas pacientes”, tendo em vista considerar o consumo rotineiro de ácido fólico como uma das principais formas de prevenir a malformação de um feto.<sup>99</sup>

Nesse sentido, anota-se:

Quanto ao ácido fólico, vitamina essencial para evitar a mal-formação, poderia muito bem ser acrescentado ao pão, consumido por todas as brasileiras, assim como o cloro é acrescentado à água. Existe uma grande possibilidade de se evitar casos de anencefalia. Cerca de 70 a 80% deles poderiam ser evitados. Nos EUA, por exemplo, ele foi acrescentado aos cereais consumidos no café matinal, o que diminuiu fortemente a incidência do fenômeno. Se já é rara, poderia ser evitada por completo, a exemplo de outras doenças controladas pelas campanhas de vacinação.<sup>100</sup>

Destarte, de acordo com a Dra. Gizele Thame, biomédica, a parcela dos médicos que têm consciência da necessidade do consumo de ácido fólico é muito pequena.<sup>101</sup>

De outro quadrante, ressalta-se que, “apesar de uma expectativa de vida tão reduzida não é sempre possível definir a iminência do óbito do anencéfalo e a duração da vida pode ser diretamente influenciada pelos tratamentos intensivos”.<sup>102</sup>

Logo, dependendo da gravidade da malformação, a morte pode se dar depois de algumas horas ou dentro de poucos dias. Entretanto, a maioria das crianças falece mesmo durante a gravidez ou do parto,<sup>103</sup> assim como se verificará no tópico seguinte que trata da (in) viabilidade vital do feto anencéfalo.

### 3.2 DA (IN) VIABILIDADE VITAL DO FETO ANENCEFÁLICO

Tema também bastante controvertido diz respeito à (in) viabilidade existencial do feto anencefálico. Desta maneira, verificam-se opiniões totalmente

<sup>99</sup> SALOMÃO, Francisco, [s/d] apud TERRUEL, 2008.

<sup>100</sup> BARTH, 2009.

<sup>101</sup> RAMOS, 2005.

<sup>102</sup> TERRUEL, 2008.

<sup>103</sup> BARTH, 2009.

opostas, embora todas admitam a singularidade do assunto e a gravidade da malformação apresentada pelo anencéfalo.

De acordo com a linha de raciocínio que defende a inviabilidade vital do feto anencefalo, não se trata de defesa da prática de eliminação dos fetos com malformação, visto que a anencefalia não configura uma mera “[...] má-formação física, mas a inexistência de um importante órgão do encéfalo, o cérebro, sem o qual a viabilidade existencial extra-uterina fica comprometida”.<sup>104</sup>

Segundo Ive Seidel de Souza Costa, “trata-se de uma má-formação irreversível e gravíssima, em razão da qual o feto não sobreviverá”. Além disso, para o autor, a anencefalia “é condicionante de sobrevivência, não podendo, ser confundida com a discriminação em razão de deformidade física ou mental, posto não se poder falar em viabilidade de vida”.<sup>105</sup>

Denota-se que essa corrente doutrinária embasa-se no argumento de que o cérebro constitui órgão vital, ou seja, “[...] só se pode propor a existência de uma pessoa humana, a partir da existência do córtex cerebral, condição indispensável para que haja consciência humana”.<sup>106</sup>

Além disso, sustenta que não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica, considerando que “a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos”.<sup>107</sup>

Nesse mesmo talante, o Presidente do Conselho Federal de Medicina, Dr. Edson de Oliveira Andrade, afirma que “[...] um feto anencefálico tem chance estatística de praticamente cem por cento de estar morto durante a primeira semana após o seu nascimento”.<sup>108</sup>

Manuel Sabino Pontes, por sua vez, registra que “aproximadamente 75% dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 horas e o resto dentro da primeira semana”.<sup>109</sup>

Acerca da viabilidade dos fetos e da tecnologia existente nos dias atuais, anotam-se as seguintes informações:

<sup>104</sup> COSTA, 2007, p. 174.

<sup>105</sup> COSTA, 2007, p. 174.

<sup>106</sup> PEREIRA, 2002, p. 42.

<sup>107</sup> SARMENTO; GALDINO, 2006, p. 671.

<sup>108</sup> ANDRADE, Edson de Oliveira, 2003 apud COSTA, 2007, p. 176.

<sup>109</sup> PONTES, Manuel Sabino. A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

A viabilidade para a vida extra-uterina depende do suporte tecnológico disponível (oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vasomotora, nutrição, hidratação). Há 20 anos, um feto era considerado viável quando completava 28 semanas, enquanto que hoje, bastam 24 semanas ou menos. Faz 10 anos que um neonato de 1 kg estava em um peso limite, mas hoje sobrevivem fetos com 600 gramas. A viabilidade não é, pois, um conceito absoluto, mas variável em cada continente, cada país, cada cidade e cada grupo sociocultural. **Entretanto, em todos os casos, a viabilidade resulta concebível em relação a fetos intrinsecamente são ou potencialmente são. O feto anencefalo, ao contrário, é intrinsecamente inviável. Dentro de um quadro de morte neocortical, carece de toda lógica aplicar o conceito de viabilidade em relação ao tempo de gestação. O feto será inviável qualquer que seja a data do parto.**<sup>110</sup> [sem grifo no original].

Para o Comitê Nacional para a Bioética da Itália, a anencefalia é uma malformação letal, “[...] mesmo com dados de sobrevivência variáveis, também na dependência do grau de tratamento intensivo, e da época da coleta das casuísticas”, sendo que nenhum bebê sobrevive além dos três dias de vida.<sup>111</sup>

Nesse quadrante, colaciona-se a lição abaixo transcrita sobre as funções do anencéfalo:

O feto anencéfalo é gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. Um feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central "responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade." Geralmente é mantido um controle mais ou menos eficaz da função respiratória e circulatória, funções que dependem das estruturas localizadas no tronco encefálico.<sup>112</sup>

De uma forma mais radical, Flamínio Fávero, em sua obra “Medicina legal”, citada por Suelen Chirieleison Terruel, descreve a anencefalia como monstrosidade de grande vulto, assim como segue:

[...] inúmeras malformações, quando de pequeno vulto, são compatíveis com a vida. É o que acontece com o lábio leporino, a goela do lobo, ausência de membros, pés tortos, sexo dubio, inversões viscerais, etc. Outras vezes, a monstrosidade é de tal sorte que pode impedir a vida. Registrem-se a evisceração do tórax e do abdome, a anencefalia, a ausência de cabeça, fusão de membros, duplicidade de cabeça, anomalias de grandes vasos, isso tratando-se de monstros unitários. A

<sup>110</sup> PONTES, 2005.

<sup>111</sup> COMITÊ NACIONAL PARA A BIOÉTICA DA ITÁLIA, 1996.

<sup>112</sup> TERRUEL, 2008.

monstruosidade pode ser dupla ou tripla e haver fusão e malformação de órgãos, que impeçam inteiramente a vida.<sup>113</sup>

Em contraponto aos argumentos acima apresentados encontra-se a corrente que defende a viabilidade vital do feto anencefálico. De acordo com esse entendimento, o feto acometido de anencefalia “[...] responde a estímulos auditivos, vestibulares e dolorosos e apresenta quase todos os reflexos primitivos dos recém-nascidos”, e, por isso, é sim “um ser humano vivo, com toda a sua dignidade que lhe é conferida pela sua natureza humana”.<sup>114</sup>

Na mesma linha, anota-se a lição de Shewmon que, por seu turno, defende a existência de casos de anencefalia menos críticos que possibilitam ao anencéfalo condições primárias sensoriais e de consciência, nestes termos:

Não se trata, obviamente, da possibilidade por parte do tronco de suprir as funções do córtex faltante, mas de admitir que a neuroplasticidade do tronco poderia ser suficiente para garantir ao anencéfalo, pelo menos, nas formas menos graves, uma certa primitiva possibilidade de consciência. Deveria, portanto, ser rejeitado o argumento que o anencéfalo enquanto privado dos hemisférios cerebrais não está em condições, por definição, de ter consciência e provar sofrimentos.<sup>115</sup>

Nesse viés, importante mencionar, conforme divulgado pelo Comitê Nacional para a Bioética da Itália, “o registro de um caso único de anencefalia, em todo o mundo, de sobrevivência até 14 meses e dois casos de sobrevivência de 7 e 10 meses, sem que tenham recorrido à ventilação mecânica”. Já nos Estados Unidos, “o caso do Bebê K tornou-se mundialmente reconhecido pelo fato da mãe ter adquirido na Suprema Corte o direito de manter a ventilação mecânica de seu filho anencéfalo, o qual sobreviveu por 30 meses”.<sup>116</sup>

Ainda, de acordo com Eugene F. Diamond, “o anencéfalo não é de fato ausente de cérebro, uma vez que a função do tronco cerebral está presente durante o curto período de sobrevivência. Muito pouco se conhece sobre a função neurológica no recém-nascido anencéfalo”. Segundo o autor, “Um recente estudo em profundidade indica que eles estão funcionalmente mais próximos dos recém-nascidos normais do que de adultos em estado vegetativo crônico”.<sup>117</sup>

<sup>113</sup> FÁVERO, Flamínio, 1991 apud TERRUEL, 2008.

<sup>114</sup> RAMOS, 2005.

<sup>115</sup> TERRUEL, 2008.

<sup>116</sup> TERRUEL, 2008.

<sup>117</sup> DIAMOND, Eugene F., 1988 apud CRUZ, 2005.

Nesse sentido, registra-se o relato do Comitê Nacional para a Bioética da Itália:

O encéfalo do recém-nascido parece hoje comparável cada vez menos a um cérebro adulto em miniatura, principalmente pelas funções da consciência e do contato com o ambiente, e cada vez mais comparável a um órgão em formação com potencialidades variáveis. A perda ou a falta de uma parte do cérebro durante a fase de desenvolvimento não é comparável à perda da mesma parte depois que o desenvolvimento tenha-se acabado completamente.

Essas considerações têm particular relevo na avaliação das capacidades do anencéfalo.<sup>118</sup>

No mesmo quadrante, sublinha-se a reflexão de Rodolfo Acatauassú Nunes e Paulo Silveira Martins Leão Júnior acerca dos sentidos do feto anencefálico:

A questão dessas crianças manterem ou não algum tipo de relacionamento com o mundo exterior ou experimentarem sensações, mesmo na ausência total ou na presença de apenas resquícios dos hemisférios cerebrais, tem sido objeto de controvérsia pela possibilidade da ocorrência de um certo grau de neuroplasticidade vertical a partir de estruturas encefálicas remanescentes. Este fenômeno é tanto mais importante quanto mais precoce ocorre a malformação - no caso da anencefalia, ainda no primeiro mês -, já que as possibilidades de um rearranjo no encéfalo em formação são bastante diferentes de um encéfalo adulto, onde existem maiores limitações (SHEWMON, 1988 e SHEWMON e col. 1989). Através deste mecanismo poderiam ser explicadas certas descrições de mães que, acompanhando crianças com anencefalia, dizem perceber algum tipo de interação com seus filhos durante a gestação ou após o parto, e que classicamente têm sido atribuídas a meros reflexos.<sup>119</sup>

Por conseguinte, a Resolução n.º 1.752/2004, do Conselho Federal de Medicina – CFM, declara que “os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais)”.<sup>120</sup>

Entretanto, na opinião do médico Darnival da Silva Brandão, essa resolução do CFM é uma excrescência, isso porque, segundo ele, “um bebê é natimorto se nasceu morto. Caso contrário, é um nascido vivo. Não há uma terceira hipótese”. Para o médico, “a ausência de um cérebro não autoriza a falar de um ‘natimorto cerebral’, assim como a ausência de um braço não nos permite falar de

<sup>118</sup> COMITÊ NACIONAL PARA A BIOÉTICA DA ITÁLIA, 1996.

<sup>119</sup> NUNES, Rodolfo Acatauassú; LEÃO JÚNIOR, Paulo Silveira Martins. **Anencefalia**: aliviar o sofrimento sim, matar o paciente não. 2005. Disponível em:

<<http://www.anencefalos.com.br/anencefalia.html>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

<sup>120</sup> BRASÍLIA. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.º 1752, de 2004**. Disponível em: <[www.portalmédico.org.br](http://www.portalmédico.org.br)>. Acesso em: 10 abr. 2009.

um ‘natimorto braquial’, e a ausência de um rim não nos permite falar em ‘natimorto renal’”.<sup>121</sup>

Nesse passo, cumpre destacar que não é tarefa fácil precisar o momento da morte de uma pessoa, a exemplo do que ocorre na problemática que envolve o momento inicial da vida humana, conforme estudado no capítulo anterior. Desta feita, sublinha-se que há na doutrina duas espécies de morte: a morte encefálica e a morte clínica.

Sobre o tema, registra-se:

[...] a morte encefálica consiste na cessação da atividade elétrica desse principal órgão do corpo humano, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionando; a morte clínica, por sua vez, tem um conceito mais rígido, exigindo a mais, a parada irreversível da atividade cardíaca. A lei vigente - Lei 9.434/97 - adotou o primeiro conceito, o de morte cerebral ou encefálica, para autorizar a extração de tecidos, partes e órgãos do corpo humano destinados a transplante ou tratamento. A lei que anteriormente tratava tal matéria adotou o outro critério. Percebe-se, assim, a instabilidade que há na doutrina diante do tema.<sup>122</sup>

Nessa esteira, surgem questionamentos acerca da classificação do feto anencefálico como natimorto cerebral. Segundo os defensores desta tese, ao se considerar a morte encefálica como morte, o feto anencéfalo é considerado morto. Para Heverton Petterson, membro da Sociedade de Medicina Fetal, “[..] acusar a mãe ou o médico que interromperem a gestação de um feto anencéfalo ‘seria a mesma coisa que dar três tiros em um defunto e ser condenado por homicídio’”.<sup>123</sup>

De modo semelhante, Ive Seidel de Souza Costa afirma que:

[...] se a falta do córtex cerebral não é condição suficiente para ser reconhecida a morte encefálica, a irreversibilidade desta condição e a certeza absoluta de que o feto não conseguirá sobreviver em razão desta deficiência servem como atestado de que a morte é certa, ainda que o feto consiga sobreviver por algumas horas após desligar-se do útero materno.<sup>124</sup>

Em contraponto, existem aqueles que sustentam a impossibilidade de se considerar a ausência de hemisférios cerebrais, hipótese dos anencéfalos, com a

<sup>121</sup> CRUZ, 2005.

<sup>122</sup> COSTA, 2007, p. 176.

<sup>123</sup> PETERSON, Heverton, [s/d] apud MICHAEL, Andréa; PINHO, Angela. **Supremo ouve comunidade médico-científica sobre anencefalia nesta quinta**. Folha de São Paulo. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u438692.shtml>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

<sup>124</sup> COSTA, 2007, p. 176-177.

morte encefálica. Segundo essa corrente, “os critérios para diagnosticar a morte encefálica não são aplicáveis cientificamente a crianças menores de dois anos, muito menos a crianças intraútero, quando nem se pode fazer os testes necessários ao diagnóstico”.<sup>125</sup>

Nesse sentido, anota-se:

Existe uma diferença entre o feto com anencefalia e o paciente com morte cerebral. A morte cerebral é irreversível e o desligamento da máquina somente fará com que o coração e o pulmão parem de funcionar. No caso da criança que nasce com anencefalia, mesmo com a baixa expectativa de vida, ela possui o tronco encefálico, respira após o nascimento, esboça movimentos e, como ser vivente, a ninguém é dado o direito de praticar o homicídio, promovendo a retirada de órgãos para serem transplantados. Lembro ainda que a Resolução nº 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina, estabelece que o critério de morte encefálica em portador de lesão irreversível de tronco encefálico somente poderá ser considerado após o sétimo dia de vida. As crianças com anencefalia simplesmente não podem ser incluídas sob a terminologia de “morte cerebral”, ao menos na base da nossa atual definição de morte, pois tem tronco cerebral que torna possível a respiração e o batimento cardíaco.<sup>126</sup>

De acordo com Wilmar Luiz Barth, “a criança com anencefalia não está morta, isso porque o tronco cerebral está presente nos fetos com anencefalia e permite, em alguns casos, uma sobrevivência de alguns dias, fora do útero materno”.

E continua o autor, afirmando que “[...] as tentativas de declarar morta uma criança com anencefalia representa mais um passo na progressiva aceitação de algo menos que a morte legal para o objetivo de angariar órgãos transplantáveis”.<sup>127</sup>

Tal assertiva vem do fato da mencionada Resolução 1752/2004 do CFM, em seu art. 1º, autorizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do feto anencéfalo.<sup>128</sup> Desta maneira, denota-se que, mediante autorização formal dos pais, “o médico poderá proceder ao transplante de órgãos do anencéfalo, após a sua expulsão ou retirada do útero materno”, tendo em vista a ausência de parcela nobre e vital do cérebro.<sup>129</sup>

<sup>125</sup> RAMOS, 2005.

<sup>126</sup> BARTH, 2009.

<sup>127</sup> BARTH, 2009.

<sup>128</sup> BRASÍLIA, 2004.

<sup>129</sup> COSTA, 2007, p. 177.



No entanto, a possibilidade de utilização dos órgãos do anencéfalo para fins de transplantes gera inúmeras controvérsias. A respeito do entendimento do Conselho Federal de Medicina, anota-se a opinião do médico Sérgio Ibiapina Ferreira Costa:

Trata-se de decisão ética das mais difíceis na prática clínica considerar como apto para a doação de órgão recém-nascido com o tronco encefálico 'funcionante', não importa quanto tempo, portanto, vivo. O próprio CFM, na resolução que dispõe sobre a morte encefálica define alguns pontos que não devem suscitar dúvidas para a sociedade quanto aos critérios de um ente morto. Com esse propósito, convém enfatizar que o anencéfalo, mesmo com a baixa expectativa de vida, detém tronco encefálico, respira após o nascimento, esboça movimentos e, na condição de ser vivente, a ninguém é dado o direito de praticar homicídio, promovendo a retirada de órgãos para serem transplantados.<sup>130</sup>

No mesmo sentido é a crítica do Dr. Herbert Praxedes, médico, citado por Luiz Carlos Lodi da Cruz:

Em 20 de dezembro de 1991 eu e mais 80 professores da Faculdade de Medicina da Universidade Federal Fluminense enviamos ao Conselho Federal de Medicina um abaixo assinado em que protestávamos contra a pretensão daquele Conselho de propor lei que liberaria o aborto para gestações de fetos que apresentassem alguma má-formação, o que, em bom português, se chama de aborto eugênico. Apesar de nunca termos recebido qualquer resposta do CFM a idéia, ao que parecia, tinha sido abandonada. Engano meu! O CFM, 13 anos depois, volta à carga, desta vez com uma Resolução em que permite, isto é, torna lícita a retirada de órgãos de crianças anencefálicas, nascidas vivas, desde que com a anuência de seus pais. Para a pesquisa em seres humanos a lei declara que há necessidade da assinatura, pelo ser, objeto da pesquisa, de um termo de consentimento Livre e Esclarecido. Será que aos pais aos quais isto venha ser proposto, e que, eventualmente, venham consentir no uso de seus filhos como doadores de órgãos, será dito claramente que essa retirada de órgãos será feita com a criança viva? Que médico se prestará a tão sinistro mister? Será o Beslan brasileiro. Deus nos acuda!" (Dr. Herbert Praxedes - Niterói - RJ, CRM RJ 52.00585-7, Telefone: (21) 2711-7793 - Fax: (21) 2610-7147).<sup>131</sup>

Diante disso, verifica-se a controvérsia que existe acerca da (in) viabilidade existencial do feto anencefálico, assim como sobre a possibilidade de transplante dos seus órgãos, uma vez que, segundo norma do Conselho Federal de Medicina, o bebê com anencefalia é considerado natimorto cerebral.

<sup>130</sup> COSTA, Sérgio Ibiapina F. Anencefalia e transplante. São Paulo: **Revista da Associação Médica Brasileira**, jan./mar. 2004, v. 50, n. 1, p. 10.

<sup>131</sup> PRAXEDES, Herbert, 2004 apud CRUZ, 2005.

### 3.3 OS DANOS À GESTANTE DE FETO ANENCÉFALO

Nos casos de anencefalia, mostra-se relevante a análise dos possíveis danos sofridos pela gestante de feto anencefálico.

Nesse sentido, existe também divergência sobre o fato da gravidez de anencéfalo prejudicar ou não à mulher. Entretanto, “significativa é a representação de médicos que dizem não haver nenhum risco para a gestante, os quais afirmam ser a gestação de anencéfalo idêntica à gestação de feto saudável”.<sup>132</sup>

Por conseguinte, registra-se a seguinte reflexão:

[...] para as gravidezes que se concluem com conseqüências muito distantes das ideais: casos em que não existirá a relação entre filho e pai (como por exemplo, a gravidez que termina com a morte da mãe, certos casos de violência, nascimento fora do matrimônio) e casos em que o filho não teria o mínimo de condições psico-físicas para uma vida humana (como por exemplo, graves deficiências de conformação embrio fetal) permitem, conforme aqueles mesmos autores, uma séria interrogação sobre a moralidade do ‘deixar ir avante’ uma gravidez que se concluiria tão desastrosamente.<sup>133</sup>

De outro quadrante, há “uma vertente que defende ser a gestante de anencéfalo prejudicada pela gestação, afirmando que há evidências muito claras de que a manutenção da gestação pode elevar o risco de morbi-mortalidade materna”.<sup>134</sup>

Adepta desse entendimento é a Febrasgo – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, sustentando:

[...] ser freqüente a associação da anencefalia à polihidrâmnio em 50% dos casos. Esta alta incidência deve-se ao fato de que parte do líquido amniótico é deglutido pelo concepto. Também a apresentação fetal anômala (pélvico transverso, de face e oblíquos) é encontrada em gestações de anencéfalo devido à dificuldade de insinuação do polo fetal no estreito inferior da bacia. Não é desprezível também a associação com doença hipertensiva específica de gravidez (DHEG), comprometendo o bem-estar físico da gestante.<sup>135</sup>

<sup>132</sup> TERRUEL, 2008.

<sup>133</sup> PEREIRA, 2002, p. 46-47.

<sup>134</sup> TERRUEL, 2008.

<sup>135</sup> TERRUEL, 2008.

Além disso, nos casos de anencefalia, “pelo fato da mulher não amamentar, já que há o bloqueio da lactação, também a involução uterina é mais lenta, suscitando sangramento às vezes de grande monta no puerpério”.<sup>136</sup>

Quanto ao parto de feto anencéfalo, registra-se:

Com relação aos períodos do parto, nota-se que, em geral, a fase de dilatação e de expulsão fetal são mais demoradas. Orienta-se que deve ser observado que, nos casos onde há cicatrizes uterinas anteriores (cesarianas), a estimulação do parto deve ser criteriosa. A escolha da via parto é sempre difícil, com preferência ao parto por via vaginal, mesmo sendo mais penoso. Cria-se um risco elevado no momento do parto devido ao trauma que o tecido nervoso residual sofre por não estar protegido pelas estruturas ósseas.<sup>137</sup>

Acerca dos danos sofridos pelos pais no caso de gravidez de feto anencefálico, destaca-se a lição de Eugene F. Diamond, citado por Luiz Carlos Lodi da Cruz:

O reconhecimento da anencefalia "in utero" ou na enfermaria após o nascimento é inquestionavelmente traumático para os pais. Embora o período de tempo entre o reconhecimento e a morte da criança seja geralmente breve quando a diagnose é feita pós-parto, a necessidade de apoio e aconselhamento é muito mais prolongada. Embora as estratégias convencionais envolvam manter o bebê anencéfalo separado dos pais, há uma séria questão quanto aos benefícios derivados de uma estratégia de negação. A experiência com fornecimento de apoio aos pais das crianças com defeitos graves tende geralmente a indicar que há efeitos salutares de os pais afirmarem seu parentesco com a criança dando um nome ao bebê e abraçando-o antes da morte. O processo de luto quando assumido, ao invés de suprimido, pode ser uma parte integral da aceitação e cura definitivas.<sup>138</sup>

Já o deputado José Aristodemo Pinotti defende o direito da mulher de escolher se quer ou não interromper a gravidez em casos graves como o da anencefalia. Para tanto, entre seus argumentos, “[...] apresenta os riscos que esse tipo de gestação traz para as mães, como hipertensão arterial e acúmulo no ventre de excesso de líquido amniótico, o que gera a necessidade de punções”.<sup>139</sup>

A representante do Instituto de Bioética de Seres Humanos e Gênero, Débora Diniz, afirma que “a anencefalia é incompatível com a vida em todos os

<sup>136</sup> TERRUEL, 2008.

<sup>137</sup> TERRUEL, 2008.

<sup>138</sup> DIAMOND, Eugene F., 1988 apud CRUZ, 2005.

<sup>139</sup> MICHAEL; PINHO, 2008.

casos. Obrigar as mães a prosseguir com uma gestação é um ato de tortura do Estado”.<sup>140</sup>

Todavia, ressalta-se que esse tema será mais profundamente abordado no próximo e derradeiro capítulo monográfico, oportunidade da análise crítica da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>140</sup> DINIZ, Débora, [s/d] apud MICHAEL; PINHO, 2008.

## 4 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ NO CASO DE ANENCEFALIA DISCUTIDOS NA ADPF Nº 54, EM TRÂMITE NO STF

*“Se todos os nossos infortúnios fossem colocados juntos e, posteriormente, repartidos em partes iguais por cada um de nós, ficaríamos muito felizes se pudéssemos ter apenas, de novo, só os nossos”.*  
(Sócrates)

Depois da análise dos aspectos gerais do aborto e da anencefalia nos capítulos anteriores, dedica-se este último capítulo ao estudo do tema e problema central desta pesquisa acadêmica, qual seja: a (im) possibilidade interrupção da gravidez no caso de anencefalia, a partir da análise da ADPF nº 54, em trâmite no STF.

### 4.1 BREVE DESCRIÇÃO DO CASO

Em 17 de junho de 2004, através do advogado Luís Roberto Barroso, estudioso dos direitos fundamentais constitucionais, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ingressou com uma petição inicial no Supremo Tribunal Federal – STF, formalizando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, atuada com o número 54 e distribuída para o Relator Ministro Marco Aurélio, sustentado, em nota prévia, que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo não configura aborto.<sup>141</sup>

Na referida petição, a Confederação argüente defende, em preliminar, a sua legitimidade ativa para ingressar com a ADPF em questão com base no art. 103 da CRBF/88 e art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99; a pertinência do tema, asseverando que

<sup>141</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n.º 54**: Andamento processual. Origem: Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

compete a Confederação 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 e, por último, o cabimento da ADPF.<sup>142</sup>

No mérito, indicou como preceitos fundamentais violados o art. 1º, IV (a dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, caput, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal.<sup>143</sup>

Na oportunidade dos pedidos, invocando o recurso da interpretação conforme a Constituição, a Confederação argüente postulou, em caráter cautelar, 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. No pedido principal, postulou 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 como impeditiva da antecipação terapêutica do parto e 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. Já em pedido alternativo, pleiteia, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade.<sup>144</sup>

Em 23 de junho de 2004 a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB peticionou requerendo sua admissão no feito na qualidade de 'Amicus Curiae'<sup>145</sup> e vista dos autos pelo prazo de 5 (cinco) dias. O Ministro relator, por sua

<sup>142</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Petição inicial**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>143</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Petição inicial**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>144</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Petição inicial**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>145</sup> "Amicus Curiae é o termo de origem latina que significa 'amigo da corte'. Diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário". SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. Amicus Curiae: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10,

vez, logo em seguida, no dia 25, indeferiu o pedido argumentando que tal requerimento não possui enquadramento no texto legal.<sup>146</sup>

No dia 01 de julho de 2004, o STF acolheu o pedido cautelar para determinar 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.<sup>147</sup>

Novo pedido, em 06/07/04, da CNBB para ingressar no feito, assim como da Católicas pelo Direito de Decidir, em 30/07/04, da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família - Pró-Vida-Família e Associação Univida, em 09/08/04, da Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF, em 23/08/04, de Paulo Restiffe Neto, em 29/09/04, requerendo sua admissão no feito na qualidade de curador do nascituro, da Associação Médico-Espírita do Brasil – AME, em 22/08/08, dentre outros, todos indeferidos pelo STF.<sup>148</sup>

Manifestação da Procuradoria Geral da República, em 18/08/04, com parecer no sentido de que o pleito, como apresentado, não autoriza o recurso à interpretação conforme a Constituição e que, nos casos de anencefalia, deve-se considerar a primazia jurídica do direito à vida. Diante disso, opinou pelo indeferimento do pleito.<sup>149</sup>

Em 27/09/04, juntada de petição do ministério público federal, solicitando seja submetida, a exame da corte, questão de ordem alusiva ao não cabimento da via eleita ao tratamento do tema.<sup>150</sup>

Decisão do Ministro Relator, em 30/09/04, aduzindo como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como 'amicus curiae', como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional

---

n. 906, 26 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7739>>. Acesso em: 25 mai. 2009.

<sup>146</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Andamento processual**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>147</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Liminar**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>148</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Andamento processual**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>149</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Manifestação da Procuradoria Geral da República – PGR**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>150</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Petição Ministério Público Federal – MPF**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero e o Deputado Federal José Aristodemo Pinotti.<sup>151</sup>

Petição da Associação de Desenvolvimento da Família, em 19/10/04, requerendo a extinção do processo sem julgamento do mérito e a improcedência da ação.<sup>152</sup>

Entretanto, em 20/10/04, o STF, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que dizia respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, e revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, sendo voto vencidos os senhores Ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.<sup>153</sup>

Em 28/04/05, o Pleno do STF decidiu a questão de ordem, entendendo admissível a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em tela.<sup>154</sup>

Manifestação, em 16/05/05, da ADVOCACI - Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos; Petição, em 23/05/05, da PGR requerendo a realização de audiência pública.<sup>155</sup>

No mês de setembro 2008, foram realizadas audiências públicas com diversos segmentos da sociedade com o intuito de debater a questão.<sup>156</sup>

Em 30/03/2009 a Confederação argüente apresentou alegações finais reiterando os fundamentos da petição inicial e manifestado-se acerca dos depoimentos colhidos em audiência pública, consignando que, neste ato, restaram confirmadas todas as teses de natureza médico-científica que dão suporte à pretensão deduzida na inicial.<sup>157</sup>

<sup>151</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Despacho Ministro Relator Marco Aurélio de Mello**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>152</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Andamento processual**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>153</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Pleno: revogação liminar**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>154</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Andamento processual**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>155</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Andamento processual**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>156</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Andamento processual**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>157</sup> BRASIL, ADPF nº 54, **Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS: Alegações Finais**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.



A Advocacia Geral da União – AGU, em 03/04/09, juntou Alegações finais opinando pelo deferimento do pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 124, 126 e 128, I e II, todos do Código Penal, com o reconhecimento da inconstitucionalidade de sua incidência à hipótese específica de que cuidam os autos, garantindo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de se submeter à antecipação terapêutica do parto, sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou de permissão específica do Estado.<sup>158</sup>

Em 06/04/09 foi dado vista do processo à Procuradoria Geral da República, permanecendo sem resposta até a presente data. Em anexo, segue relatório completo do andamento processual da ADPF n.º 54.<sup>159</sup>

#### 4.2 FUNDAMENTOS DA ADPF N° 54: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; ANALOGIA À TORTURA; LEGALIDADE, LIBERDADE E AUTONOMIA DA VONTADE E DIREITO À SAÚDE

Os fundamentos da ADPF n.º 54, em síntese, consistem na argumentação de que a antecipação terapêutica do parto, na hipótese de feto anencefálico, não configura aborto, bem como no sentido de que a sua impossibilidade, frente ao ordenamento jurídico vigente, fere a dignidade da pessoa humana, os princípios da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, além do direito à saúde.

De acordo com a corrente que defende o provimento da ADPF n.º 54, uma pesquisa realizada em 41 países, em cinco continentes, revelou que a maior parte dos países, considerados desenvolvidos, aceitam, nos casos de anencefalia, a interrupção da gestação.<sup>160</sup>

<sup>158</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Advocacia Geral da União – AGU: Alegações Finais**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>159</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Andamento processual**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>160</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Alegações Finais da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

Segundo o mencionado estudo, “a interrupção é permitida na Europa continental, inclusive Portugal, Espanha e Itália, na Europa oriental, Canadá, China, Cuba, Japão, Índia, Estados Unidos, Rússia, Israel e nos países da Ásia”.<sup>161</sup> Além disso, desde 2003, a Argentina também admite “[...] a interrupção da gravidez em casos de fetos com malformações irreversíveis”. Em descompasso, “proíbem a interrupção os países islâmicos, os africanos (salvo África do Sul) e os da América do Sul (exceto Argentina e Uruguai)”.<sup>162</sup>

No que se refere à discussão sobre a possível violação do princípio da dignidade da pessoa humana nos casos de gestação de anencéfalo, registra-se que esse é um postulado que “[...] identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência”.<sup>163</sup>

Na hipótese de anencefalia, denota-se que, em geral, “[...] o diagnóstico é feito na ecografia em que a mulher busca conhecer o sexo do bebê para dar início ao enxoval”. Desta feita, o diagnóstico determina uma suspensão do futuro da gravidez, visto que a mulher, na maioria dos casos, volta do hospital e não inicia o enxoval. Com isso, “não só ela, mas toda a sua rede de relações familiares passa a experimentar o binômio *berço e caixão*. Apesar de dura, essa é a metáfora que reproduz a experiência de todas as mulheres cujos filhos não irão sobreviver ao parto” [grifo no original].<sup>164</sup>

Diante disso, afirma-se que:

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. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infra-constitucional define a tortura como

<sup>161</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Alegações Finais da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>162</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Alegações Finais da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>163</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Petição inicial**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>164</sup> DINIZ, Débora. **Audiência pública: STF – ADPF 54**. 2008. Disponível em:

<http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa57\_diniz\_apresentacao\_adpf54.pdf>. Acesso em: 20 de mai. de 2009.

situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada) [sem grifo no original].<sup>165</sup>

Ademais, existe a alegação, inclusive na ADPF n.º 54, no sentido de que a impossibilidade de interrupção da gravidez de feto anencefálico configura analogia à tortura. Para tanto, anota-se a seguinte lição de Débora Diniz que, por sua vez, relata a saga de uma gestante, chamada Severina, que peregrinou durante vários meses na busca de uma permissão para interromper a sua gravidez, tendo em vista se tratar de feto anencefálico:

Na ausência de proteção jurídica, as mulheres são alvo de tortura por parte das instituições. Após receber o diagnóstico de anencefalia no feto, Severina peregrinou, durante quase quatro meses, por tribunais e hospitais à procura de uma autorização para interromper a gravidez. Como ela, outras mulheres esperam por uma decisão da Justiça que, porém, nunca chega: há *perda de objeto*, categoria jurídica que resume o fim da gravidez sem um pronunciamento dos tribunais. Esse foi o caso do primeiro *habeas corpus* que chegou ao STF, apresentado pela entidade que represento. Severina, assim como centenas de outras mulheres que já conheci, descreve seu sofrimento como um ato de tortura do Estado contra ela. Sua dor foi ignorada por quem tem o dever de protegê-la. **A tortura não está no acaso de uma gravidez de um feto com anencefalia, mas no dever de se manter grávida para enterrar o filho após o parto** [sem grifo no original].<sup>166</sup>

No que tange ao princípio da legalidade, o art. 5º, inciso II, da CRFB/88 declara que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.<sup>167</sup> Quanto à liberdade, sublinha-se que “[...] consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade que não a da lei, e, mesmo assim, desde que seja ela formal e materialmente constitucional”.<sup>168</sup>

Diante disso, verifica-se que os princípios da legalidade e da liberdade acima mencionados encontram-se diametralmente relacionados ao princípio da autonomia da vontade. Entretanto, no caso em tela, diz-se que todos esses princípios estão sendo violados, vez que, atualmente, no caso de anencefalia, não há escolhas válidas para todas as mulheres.

Segundo a doutrina da ADPF n.º 54, “[...] a decisão pela antecipação do parto deve ser entendida como matéria de ética privada; portanto, como uma

<sup>165</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Petição inicial**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>166</sup> DINIZ, 2008.

<sup>167</sup> BRASIL, 1988.

<sup>168</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Petição inicial**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

escolha a ser protegida pelo Estado, e cujo conteúdo deve ser delegado a cada mulher e sua família”.<sup>169</sup>

O princípio da autonomia da vontade, conforme leciona Cristine Elaine Dantas Moisés, exige que “[...] os indivíduos, capacitados de deliberarem sobre suas escolhas pessoais, devam ser tratados com respeito pela sua capacidade de decisão. As pessoas têm o direito de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e a sua vida”.<sup>170</sup>

Por isso, afirma-se que a antecipação do parto, na hipótese de feto anencefálico, “[...] está submetida ao poder decisório da mulher gestante, vista como um ser humano livre, autônomo e investido de dignidade humana, e que a decisão por ela tomada se insere nos limites impostos pela legalidade”.<sup>171</sup>

Ainda sobre a autonomia da vontade da gestante, registra-se a doutrina de Luiz Flávio Gomes:

Os que sustentam (ainda que com muita boa-fé) o respeito à vida do feto devem atentar para o seguinte: em jogo está a vida ou a qualidade de vida de todas as pessoas envolvidas com o feto mal formado. **Se até em caso de estupro, em que o feto está bem formado, nosso Direito autoriza o aborto, nada justifica que idêntica regra não seja estendida para o aborto anencefálico.** 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 para aquelas que não querem padecer tanto sofrimento [sem grifo no original].<sup>172</sup>

Com base nesses argumentos, a ADPF n.º 54 aduz que, no caso de anencefalia, “[...] merece preponderar o suporte às escolhas da mulher, pautadas em sua realidade física, emocional, cultural e até religiosa, para que possa levar a efeito o amplo exercício de suas garantias e direitos constitucionalmente previstos”.<sup>173</sup>

<sup>169</sup> DINIZ, 2008.

<sup>170</sup> DANTAS, Cristine Elaine Moisés et al. **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. São Paulo: Funpec Ed. Universidade de São Paulo – Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto – Departamento de Ginecologia e Obstetrícia, 2005. p. 20.

<sup>171</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Manifestação da Advocacia Geral da União - AGU**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>172</sup> GOMES, Luiz Flávio. Nem todo aborto é criminoso. 2004. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina\_Detalhar&did=15311>. Acesso em: 20 mai. 2009.

<sup>173</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Manifestação da Advocacia Geral da União - AGU**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

Já no que diz respeito à violação do direito à saúde, destaca-se, inicialmente, que o art. 196 da CRFB/88 declara que:

Art. 196. 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.<sup>174</sup>

Por conseguinte, a Petição Inicial da ADPF n.º 54 afirma que “a previsão expressa do direito à saúde na Carta de 1988 é reflexo da elevação deste direito, no âmbito mundial, à categoria de direito humano fundamental”. Destarte, ressalta que “a saúde, na concepção da própria Organização Mundial da Saúde, é o completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença”.<sup>175</sup>

Desta feita, segundo a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, “a antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto **anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante**”. Logo, “impedir a sua realização importa em indevida e injustificável restrição ao direito à saúde. Desnecessário enfatizar que se trata, naturalmente, de uma faculdade da gestante e não de um procedimento a que deva obrigatoriamente submeter-se”.<sup>176</sup>

Acerca dos riscos à saúde da gestante de feto anencefálico, colaciona-se a doutrina de Luíza Nagib Eluf:

O período em que a mulher gesta uma nova vida, embora possa ser gratificante, não é fácil nem simples. A gravidez traz uma série de transformações físicas e psicológicas por vezes difíceis de suportar. O corpo se deforma, a digestão de alimentos torna-se um problema, a circulação do sangue fica prejudicada, o cabelo cai, os dentes enfraquecem, surgem manchas no rosto, aumentam a sonolência e o calor, as indisposições são freqüentes e o tamanho da barriga provoca dores lombares e compromete o equilíbrio. Evidentemente, algumas tarefas cotidianas ou profissionais tornam-se proibidas nesse período e, não raro, sobrevêm prejuízos materiais. Tudo isso se a gravidez for normal, sem problemas mais graves de saúde, que vão de herpes gravídica a hipertensão arterial, cardiopatias e depressão. Sem falar nos riscos do próprio parto. (...) No entanto, é evidente que o sacrifício da gestação não pode ser imposto a uma mulher quando já se sabe, com toda a segurança, que a criança em formação irá falecer logo após o nascimento. Nesse caso, o abortamento é a medida indicada para a preservação da saúde física e mental da mulher e por respeito aos seus direitos humanos, bem como de seu eventual companheiro e de sua família. Ninguém pode ser obrigado a

<sup>174</sup> BRASIL, 1988.

<sup>175</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Petição inicial**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>176</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Petição inicial**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

sofrer inutilmente, amargando uma espera angustiante por uma criança sem cérebro e, portanto, sem nenhuma condição de sobreviver.<sup>177</sup>

Na mesma linha é o posicionamento de Flávia Piovesan e Daniel Sarmiento, assim como segue:

Com fundamento nos direitos à liberdade, à autonomia e à saúde, entendemos caber à mulher e aos casais, na qualidade de plenos sujeitos de direitos, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado em caso de anencefalia fetal. A responsabilidade de efetuar escolhas morais sobre a interrupção ou o prosseguimento da gravidez não apenas assegura à mulher o seu direito fundamental à dignidade, mas permite a apropriada atuação dos profissionais de saúde. Impedir a antecipação terapêutica do parto, em hipótese de patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina, significa submeter a mulher a um tratamento cruel, desumano ou degradante, equiparável à tortura, porque violatório de sua integridade psíquica e moral. Além disso, se a interrupção do parto for caracterizada como aborto, recairá sobre a mulher o aparato penal repressivo e punitivo, por meio das sanções que prevêm a pena de detenção de um a três anos, nos termos do artigo 124 do Código Penal. A resposta da legislação brasileira à problemática do aborto viola flagrantemente os parâmetros internacionais que demandam do Estado compreender o aborto como grave problema de saúde pública, exigindo-lhe a imediata revisão de legislação punitiva.<sup>178</sup>

Ademais, de acordo com a manifestação da Advocacia Geral da União – AGU, a mulher grávida de anencéfalo “[...] encontra-se amplamente amparada pelas políticas públicas voltadas à proteção de sua saúde, o que lhe permite exercer, da forma mais segura possível, a sua opção entre levar a termo a gestação, ou antecipar terapeuticamente o parto”. Ainda, para a AGU essa opção “[...] encontra abrigo nos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, do princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, bem como do direito à saúde”.<sup>179</sup>

Por fim, registra-se que, de acordo com a nota prévia da ADPF n.º 54, a antecipação terapêutica do parto não é aborto, visto que as decisões prolatadas pelo

<sup>177</sup> ELUF, Luíza Nagib. **Debate**: a gestante tem o direito de interromper a gravidez de feto anencéfalo? sim. Disponível em: <<http://www2.oabsp.org.br/asp/jornal/materias.asp?edicao=80&pagina=1949&tds=7&sub=0&sub2=0&pgNovo=67>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

<sup>178</sup> PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. **STF e anencefalia**. 2004. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/forum\\_subTemas.php?id=41&acao=selTemas](http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/forum_subTemas.php?id=41&acao=selTemas)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

<sup>179</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Manifestação da Advocacia Geral da União - AGU**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

Poder Judiciário, denegando tal possibilidade, não possuem amparo no ordenamento jurídico vigente.<sup>180</sup>

Para os defensores dessa tese, a tecnologia presente em 1940, ano do Código Penal Brasileiro, ainda em vigor, “[...] não permitia à medicina atingir grau de refinamento hábil a diagnosticar, com segurança, tais anomalias incompatíveis com a vida do feto e, na maioria das vezes, com a saúde da gestante”.<sup>181</sup> Já nos dias atuais, de acordo com a AGU, “as políticas públicas atingiram metas admiráveis, no que tange ao acesso aos exames pré-natais, ultra-sonografias e diagnósticos de doenças e anomalias genéticas no período natal”. Esses avanços, por seu turno, “[...] evidenciaram uma faceta arcaica da legislação punitiva, daí a existência de inúmeras decisões judiciais autorizando a antecipação do parto”.<sup>182</sup>

Acerca do tema, importante anotar a reflexão de Marcus Henrique Pinto Basílio, juiz de direito do Estado do Rio de Janeiro, para quem:

O que o Direito tutela é a vida – intra e extrauterina –, nunca a morte nem a mera possibilidade de vida extra-uterina imediatamente seguida de morte. Já se disse que o feto é jurídica e cientificamente uma vida, e, como tal, está sob a proteção do Direito, mas uma proteção que se destina a mantê-la, assegurá-la, preservá-la. (...) Havendo prova insofismável, certa e indubitosa, de que não haverá vida extra-uterina e que o feto morrerá à primeira oxigenação fora do ventre materno, pela irreversibilidade da anencefalia que o acomete, após o parto não haverá vida a proteger pela inevitabilidade da tragédia congênita da morte, razão bastante para que o bom senso prevaleça e poupe a gestante do risco de um parto inócuo quanto à sobrevivência do feto. (...) Com maior força, um outro argumento justifica o deferimento da medida. O Código Civil e o Código de Processo Penal não definem o momento da morte. Os antigos sustentavam que a morte ocorria com a parada cardíaca (gregos) ou com o último suspiro, sendo o pulmão o indicador da morte (tradição judaico-cristã) ou quando cessam o coração, pulmão e cérebro (franceses no século XVII). (...) **Ora, ausente o cérebro, o que ocorre quando constatada a anencefalia, não há vida juridicamente a proteger, o que evidencia que a conduta pleiteada não agride o bem jurídico protegido, o que a torna atípica** [sem grifo no original].<sup>183</sup>

Débora Diniz, ainda, salienta que “não há confusão entre anencefalia e outras más-formações. Anencefalia não é deficiência. Não há crianças com

<sup>180</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Manifestação da Advocacia Geral da União - AGU**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>181</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Manifestação da Advocacia Geral da União - AGU**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>182</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Manifestação da Advocacia Geral da União - AGU**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>183</sup> BASÍLIO, Marcus Henrique Pinto. **A questão do feto acometido de anencefalia**. Boletim MMFD - Julho/Agosto/Setembro 2004. Disponível em: <http://www.direitosfundamentais.com.br/html/mmfd\_nota14\_6.asp>. Acesso em: 20 mai. 2009.

anencefalia no mundo”. Para a autora, A ADPF n.º 54 trata apenas de anencefalia, não se referindo a nenhuma outra hipótese “[...] de má-formação ou de deficiência no feto. Por isso, não há o risco do renascimento da eugenia entre nós. Vivemos em um estado democrático que reconhece e protege as liberdades individuais, a diversidade e a vulnerabilidade”.<sup>184</sup>

Por fim, transcrevem-se as seguintes teses defendidas nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADPF n.º 54, colacionadas pela argüente em suas alegações finais:

I – O diagnóstico de anencefalia é feito com 100% ( cem por cento) de certeza, sendo irreversível e letal na totalidade dos casos. A rede pública de saúde tem plenas condições de fazer esse diagnóstico, assim como de realizar o procedimento médico de antecipação do parto, caso seja esta a vontade da gestante;

II – A gestação de um feto anencefálico é de maior risco para a mulher, em especial no que diz respeito a hipertensão, acúmulo de líquido amniótico e pré-eclampsia. Além disso, impor à mulher levar a gestação a termo pode ser gravoso à sua saúde mental;

III – No Brasil não há registro de transplante de órgãos de um anencéfalo para uma criança viva. O feto com anencefalia não é um doador de órgãos potencial, pois apresenta múltiplas malformações associadas que aumentam o índice de rejeição dos órgãos pelo receptor;

IV – A interrupção da gestação neste caso deve ser tratada como antecipação terapêutica do parto e não como aborto, por inexistir potencialidade de vida. A definição jurídica do final da vida é a morte encefálica. O feto anencefálico não tem vida encefálica.

V – Anencefalia não se confunde com deficiência. Não há crianças ou adultos com anencefalia.<sup>185</sup>

Desta maneira, verificam-se os argumentos sustentados na ADPF n.º 54, bem como por diversos doutrinadores acerca da possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de feto anencefálico.

#### 4.3 FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS AO PROVIMENTO DA ADPF Nº 54

Segundo os adeptos da tese contrária ao provimento da ADPF n.º 54, o feto anencefálico “[...] é ser humano vivo e em desenvolvimento no útero materno,

<sup>184</sup> DINIZ, 2008.

<sup>185</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Alegações Finais da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.



embora a anomalia que o acomete, tendo a sua vida e a dignidade humana a proteção da ordem constitucional e legal”.<sup>186</sup>

Ademais, sustenta essa corrente, valendo-se dos ensinamentos de Pontes de Miranda, que o ser humano, se nasceu com vida e morreu, adquiriu todos os “[...] direitos, pretensões, ações e exceções e foram transmitidos deveres, obrigações e situações passivas nas ações e exceções [...]”.<sup>187</sup>

Nesse viés, José Neri da Silveira, em seu parecer sobre o cabimento e o mérito da ADPF n.º 54, aduz que a Confederação argüente busca ver declarada, através de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, “[...] a hipótese de não-punição do aborto praticado, quando se comprovarem graves anomalias no feto, em termos a não apresentar condições de sobrevivência”.<sup>188</sup> Todavia, segundo o mesmo autor, “[...] somente ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário, o qual não tem função de legislador positivo, caberá criar hipótese nova de não-punição do aborto, que consiste na interrupção da gravidez, com morte do feto”.<sup>189</sup>

Desta feita, para essa corrente, a interrupção da gravidez, independente do momento da gestação, por deliberação da mulher, isoladamente, ou com a intermediação de terceiro, que resulte a morte do produto da concepção, configura aborto voluntário, a teor dos arts. 124 a 126 do Código Penal, “[...] classificado entre os crimes contra a vida, que são uma subclasse dos delitos contra a pessoa”.<sup>190</sup>

De igual sorte, de acordo com esse pensamento, o Código Penal, “[...] ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez antes do seu termo normal, há o crime de aborto”.<sup>191</sup>

Nessa mesma linha, Euclides Custódio da Silveira afirma que, para a configuração do crime de aborto, pouco importa a viabilidade do feto, vez que “o objeto jurídico do crime é a vida endo-uterina, e não a vitalidade, ou a capacidade de alcançar a maturidade”.<sup>192</sup>

<sup>186</sup> SILVEIRA, José Neri da. **Anencefalia**: Ministro aposentado é contra interrupção de gravidez. 2004. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2004-ago-29/ministro\\_aposentado\\_parecer\\_interrupcao\\_gravidez](http://www.conjur.com.br/2004-ago-29/ministro_aposentado_parecer_interrupcao_gravidez)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

<sup>187</sup> MIRANDA, Pontes, [s/d] apud SILVEIRA, 2004.

<sup>188</sup> SILVEIRA, 2004.

<sup>189</sup> SILVEIRA, 2004.

<sup>190</sup> SILVEIRA, 2004.

<sup>191</sup> SILVEIRA, 2004.

<sup>192</sup> SILVEIRA, Euclides Custódio da, [s/d] apud GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 2.225.

José Neri da Silveira, ainda, destaca que o “anencefálico é um ser humano vivente e a sua reduzida expectativa de vida não limita os seus direitos e a sua dignidade,[...]”. Por isso, conclui que “[...] a interrupção da gravidez de feto anencefálico, colimando e obtendo sua morte e impedindo-o, assim, de prosseguir o desenvolvimento intra-uterino”, importa em aborto, nos termos dos arts. 124, 125 e 126, do Código Penal.<sup>193</sup>

De outra banda, dentre os argumentos contrários à possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, destaca-se o argumento de que inexistente dano à saúde da gestante.

Sobre o tema, ressalta-se:

A vida da mãe, que o gerou, não está em risco, porque, em seu ventre, esse ser humano, com uma anomalia no sistema nervoso, se vem normalmente desenvolvendo. De resto, eventuais distúrbios de saúde terão, na assistência médica, o acompanhamento necessário, máxime, à vista dos progressos da ciência. No que respeita aos aspectos psíquicos da gestante, após tomar conhecimento da grave anomalia que acomete o ser humano em desenvolvimento no seu ventre, decerto, deverão ter o atendimento que a ciência especializada oferece, bem assim a compreensão e o consolo de todos os que a acompanham.<sup>194</sup>

Nessa mesma linha, Maria José Miranda Pereira, Promotora de Justiça do Distrito Federal, afirma que “a má formação fetal não acarreta qualquer risco à gestante além daqueles inerentes a outras gestações em que a criança é sadia”.<sup>195</sup>

É de se ressaltar, ainda, o pronunciamento firmado pelo Dr. Dornival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Obstetrícia e membro emérito da Academia Fluminense de Medicina, segundo o qual:

Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto são comuns e muitas vezes inesperadas. Desproporção céfalo-pélvica, distócias várias em parto cefálico, pélvico, (...), apresentações anormais, hemorragias por diversas causas podem provocar situações emergenciais que exigem do obstetra um procedimento rápido e manobras adequadas ao momento. Não são características do parto do anencéfalo que, de acordo com a dilatação do colo, não cria maiores dificuldades. E, em caso de qualquer dúvida, pode-se indicar a cesariana. O aborto provocado ou o parto prematuro não são destituídos de complicações que podem ser iguais ou maiores que o parto a termo, com a diferença ética e moral de que a morte da criança não foi provocada ou antecipada voluntariamente.

<sup>193</sup> SILVEIRA, 2004.

<sup>194</sup> SILVEIRA, 2004.

<sup>195</sup> PEREIRA, Maria José Miranda. ABORTO. **Revista Jurídica Consulex**, Ano VIII, nº 176, 15 de maio/2004. p. 37.

Apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério deve ser dado sempre pela família nas mais diversas situações, inclusive pela sobrecarga do trabalho que qualquer puérpera pode ter com um novo filho que vai precisar dela praticamente vinte e quatro horas por dia. São por demais conhecidos os casos de psicose puerperal em gestações ditas normais, que além da família pode necessitar de um profissional especializado. Também é conhecida e estudada a síndrome pós-aborto provocado, alterações psicológicas e do comportamento de mulheres que induziram um aborto. A morte intencional do filho doente também deixa seqüelas psicológicas e comportamentais, muitas vezes de difícil resolução.

Bloqueio da lactação é um procedimento comum na obstetrícia por várias causas, sendo uma das mais comuns a mastite puerperal e não cria maiores problemas.

A falta de contratilidade uterina no pós-parto pode ocorrer por várias causas, independentemente de ser um parto de uma criança anencefálica. Tem tratamento preconizado para essas hemorragias de acordo com a sua etiologia.

Infecções pós-cirúrgicas podem ocorrer por várias causas, inclusive pela falta de cuidados devidos em qualquer procedimento médico. Um parto a termo em muitas situações pode exigir manobra obstétrica que deve ser feita dentro dos devidos cuidados de antissepsia comuns.<sup>196</sup>

A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, médica ginecologista-obstetra, por sua vez, conclui o tema dizendo que é preciso considerar que não há razões médicas de "risco para a gestante" que indique o aborto em caso de feto anencefálico, assim como segue:

1 A probabilidade de complicações maternas pode ser grandemente diminuída pela assistência durante o Pré-Natal, pelo apoio de agentes de saúde ou pela assistência domiciliar e de entidades;

2 Essas complicações nunca foram ensinadas nos cursos de medicina como algo que colocasse a vida da mãe em risco;

3 A própria natureza leva ao parto prematuro ou ao aborto espontâneo com grande freqüência;

4 O sofrimento materno pode ser mais bem aliviado se a gestante tiver o apoio e a compreensão que a auxiliem a vivenciar a situação tão grave segundo estudos e conclusões de muitos psicólogos: 'As verdadeiras neuroses definem-se melhor como egocentrismo obstinado. Nenhum terapeuta consegue curar uma fobia, uma obsessão ou um preconceito por subtração (do trauma). Pode, entretanto, auxiliar o paciente a realizar um sistema de valores e uma perspectiva que facilitem a absorção do fator desequilibrante' (Viktor E. Frankl);

5 A certeza do diagnóstico somente é possível no final do 1º trimestre. A mãe, habitualmente, já viu seu filho no exame de ultrassonografia constatando seus movimentos e batimentos cardíacos, (possíveis de serem constatados neste exame desde a 1ª semana de atraso da menstruação).

Sentiu-o como uma pessoa humana viva. Por mais que se queira reforçar o seu medo e repulsa referente à situação, ela sabe que está interrompendo uma vida. Os efeitos podem ser muito mais graves em sua personalidade e afetividade;

'Faz muita diferença que a mãe considere o feto apenas como um 'tecido', ou que nutra sentimentos maternos para com este ser vivo. A humanização de todo o gênero humano bem como a complexidade ou totalidade das

<sup>196</sup> CERQUEIRA, Elizabeth Kipman [s/d] apud SILVEIRA, 2004.

relações humanas não podem ser dissociadas desta relação... Todas as formas de racionalização arbitrária, tendentes a justificar o aborto, levarão a outros tipos de alienação nas relações interpessoais e a ulteriores explosões de violência' (Bernhard Häring);

A angústia das mulheres nesta situação é semelhante a que acontece diante do diagnóstico de outras patologias e situações graves presentes na prática médica. O profissional deve estar preparado para lidar com estas vivências humanas da mesma forma com que se prepara tecnicamente para seu trabalho;

Se o Estado não tem contribuído efetivamente para o suporte técnico e financeiro para o tratamento de bebês malformados nem para o atendimento psico-social das mães, *isto nunca foi, na história da medicina, motivo para interromper uma gestação;*

Da mesma forma, a capacidade de viver e a incapacidade de sobreviver *nunca deveriam ser critérios de valorização de uma pessoa humana para a classe médica e para toda a sociedade.*

Portanto, os argumentos para liberar o aborto legalmente nos casos de fetos anencefálicos são argumentos superficiais da cultura atual, de conceito de um aparente bem-estar. E, sobretudo, são provenientes da mudança do conceito de quem é a Pessoa Humana em torno da qual se construiu toda a civilização e o próprio exercício da Medicina.<sup>197</sup>

Por derradeiro, registra-se que, segundo essa linha de raciocínio, em uma análise hierárquica dos direitos e valores concernentes à vida e à dignidade humana garantidas também ao nascituro anencefálico, é impossível “[...] deixar de fazer prevalecer o direito à vida do nascituro, visto que a vida e a saúde da gestante não correm perigo de grave dano, nem sua dignidade de pessoa humana é ferida pelo fato dessa maternidade, valor constitucionalmente exaltado”.<sup>198</sup>

Desta maneira, após a apresentação dos argumentos favoráveis e contrários à possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencefálico, ressalta-se, no último tópico deste trabalho monográfico, alguns possíveis reflexos jurídicos e sociais do (im) provimento da ADPF nº 54 apontados pela doutrina.

#### 4.4 REFLEXOS JURÍDICOS E SOCIAIS DO (IM) PROVIMENTO DA ADPF Nº 54

No ano de 2004, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF julgou prejudicado o pedido de Habeas Corpus n.º 84025, impetrado em favor de uma

<sup>197</sup> BRANDÃO, Dornival da Silva, [s/d] apud SILVEIRA, 2004.

<sup>198</sup> SILVEIRA, 2004.

mulher grávida de feto anencefálico, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ que a impediu de interromper a sua gestação.<sup>199</sup>

De acordo com o STF, a ação restou prejudicada por falta de objeto, isso porque segundo informações coletadas durante o julgamento, a criança havia nascido alguns dias antes e sobrevivido apenas por sete minutos.<sup>200</sup>

Ao comentar o caso, o ministro Celso de Mello lamentou que:

[...] o desfecho trágico, porém previsível, do drama que envolveu uma jovem gestante, tenha impedido que esta pudesse, com o amparo do Poder Judiciário, superar um estado de insuportável pressão psicológica e de desnecessário sofrimento resultante do conhecimento de trazer em seu ventre alguém destituído de qualquer viabilidade, sem possibilidade de sobrevivência após o parto.<sup>201</sup>

Diante disso, registra-se que o caso acima mencionado retrata com clareza a situação problemática que se discute na ADPF n.º 54, ou seja, a possibilidade de interrupção da gestação nos casos de anencefalia sem, contudo, configurar o crime de aborto.

Nesse contexto, cumpre destacar, nas palavras do ministro Joaquim Barbosa, que já restaram concedidas, nos últimos anos, milhares de autorizações judiciais de interrupção de gravidez em caso de anencefalia no Brasil, entretanto, para “[...] cada autorização concedida várias outras são negadas, criando assim uma insegurança jurídica inadmissível”.<sup>202</sup>

É essa insegurança jurídica que a ADPF n.º 54 visa combater, ou seja, discutir e firmar um entendimento, por parte da Corte Suprema, acerca da interrupção da gestação de feto anencéfalo.

No entanto, verifica-se a presença de opiniões divergentes no próprio STF, conceitos estes que só ficarão claramente assentados na ocasião de prolação dos votos, próxima fase da Ação que, atualmente, encontra-se aguardando julgamento.

<sup>199</sup> NOGUEIRA, Sandro D’Amato. **Ainda sobre a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia e a visão do STF**: novas considerações em face da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da autonomia de vontade. 2005. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/16455>>. Acesso em: 23 mai. 2009.

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 84025**: Andamento processual. Origem: Rio de Janeiro. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>201</sup> MELLO, Celso, [s/d] apud NOGUEIRA, 2009.

<sup>202</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Julgamento do Pleno - Questão de Ordem**. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

Nesse sentido, o ministro Cezar Peluso afirma que, na hipótese, não existe controvérsia constitucional. Para ele, o caso engloba:

[...] pura e simples interpretação do artigo 124 do Código Penal. O que se trata é de criar mais uma excludente de ilicitude, o que seria tarefa própria do Poder Legislativo. O foro adequado para a questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais desses valores podem ser diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas.<sup>203</sup>

Na mesma linha, a Ministra Ellen Gracie disse que, ao STF cumpre apenas, mesmo nos casos de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, apontar ao legislador as lacunas existentes na lei, mas não a preenchê-las. Segundo a Ministra, atitude diversa poderia ocasionar a ruptura de princípios constitucionais, a exemplo do princípio da separação dos Poderes e da repartição de competências.<sup>204</sup>

Taliana Monteiro, ao analisar a questão, discorda da Ministra afirmando que o STF, ao julgar procedente a ADPF n.º 54,

[...] não estará agindo positivamente e sim negativamente, visto que não criará lei alguma, apenas declarará a inconstitucionalidade da interpretação dos dispositivos do Código Penal já citados anteriormente para punição da gestante que interromper a gravidez de feto anencéfalo e declarará também a interpretação de tais dispositivos conforme a Constituição Federal.<sup>205</sup>

Débora Diniz, Por seu turno, aduz que a aprovação da ADPF n.º 54 pelo STF “[...] não significa que as mulheres serão obrigadas a tomar qualquer decisão – em um mundo diverso e plural como o nosso, cada mulher deverá ser protegida em suas escolhas”. Assim, “muito embora a vasta maioria delas opte pela antecipação do parto, algumas poucas poderão preferir levar a gestação a termo. Essas duas escolhas devem ser garantidas”.<sup>206</sup>

Atualmente, de acordo com a autora, a gravidez “[...] de um feto com anencefalia não é uma escolha, mas um dever. No caso da anencefalia, um dever

<sup>203</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Julgamento do Pleno - Questão de Ordem**. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>204</sup> BRASIL, ADPF n.º 54, **Julgamento do Pleno - Questão de Ordem**. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

<sup>205</sup> MONTEIRO, Taliana. **Supremo está prestes a julgar o aborto do feto anencéfalo**. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-

13/supremo\_prestes\_julgar\_aborto\_feto\_anencefalo>. Acesso em: 20 de maio de 2009.

<sup>206</sup> DINIZ, 2008.

de prolongar o luto. Um dever de transformar o sofrimento involuntário em experiência mística. Um dever de espera sem sentido”.<sup>207</sup>

Logo, é possível perceber alguns reflexos jurídicos e sociais que a decisão da ADPF N° 54, bem como a demora de seu julgamento, poderá causar na vida de muitas famílias no Brasil, assim como a polêmica jurídica e moral que gira em torno do tema.

Em últimas linhas, no que se refere às correntes divergentes sobre o tema, apresentadas nos tópicos 4.2 e 4.3 deste capítulo, registra-se que ambos os posicionamentos possuem argumentos bastante consistentes.

A vertente favorável à interrupção terapêutica do parto no caso de anencefalia sustenta sua tese em face da do princípio da dignidade da pessoa humana, da analogia à tortura, da legalidade, liberdade e autonomia da vontade e do direito à saúde da gestante.

Em descompasso, a corrente que rechaça a possibilidade de interrupção da gravidez, mesmo no caso de anencefalia, diz que tal hipótese configura o crime de aborto, que o feto anencefálico possui proteção do direito à vida e à dignidade; que não cabe ao Poder Judiciário autorizar uma hipótese nova de não-punição do aborto; que a reduzida expectativa de vida do feto anencefálico não limita os seus direitos e, ainda, que a gestação de anencéfalo não acarreta qualquer risco à vida ou à saúde da gestante.

Desta maneira, pode-se perceber, mesmo que de maneira preliminar e superficial, a profundidade e a polêmica do tema que se encontra em debate no STF através da ADPF n.º 54.

---

<sup>207</sup> DINIZ, 2008.

## 5 CONCLUSÃO

Através das pesquisas realizadas para a confecção deste trabalho de conclusão de curso, observou-se que o direito à vida encontra-se protegido em diversos diplomas legais do nosso ordenamento jurídico, especialmente no rol dos direitos fundamentais, da Constituição Federal de 1988.

Por conseguinte, reconhece-se que tal proteção advém do fato de que o direito à vida configura pressuposto de todos os demais direitos. Ademais, frisa-se a existência de uma significativa discussão acerca do momento em que se considera iniciada a vida humana, com diversas correntes divergentes.

Em descompasso, no que se refere ao aborto, sublinha-se que é bastante antiga e controversa a discussão acerca de sua descriminalização, ressaltando-se a forte oposição da doutrina católica acerca de qualquer prática permissiva do aborto.

Assim, o Código Penal de 1940, ainda vigente, influenciado pela sociedade conservadora, tipificou nos artigos 124, 125 e 126, as figuras do aborto provocado, quando a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento, do aborto sofrido, situação em que o aborto é realizado por terceiro sem o consentimento da gestante, e do aborto consentido, quando o aborto é realizado por terceiro com o consentimento da gestante, ressaltando-se a possibilidade de aborto legal apenas nos casos em que não existe outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez é fruto de estupro.

Desta feita, na atual conjuntura, o aborto pode ser conceituado como a interrupção da gravidez com a conseqüente destruição do produto da concepção. Todavia, a doutrina elenca algumas espécies de aborto, quais sejam: aborto necessário ou terapêutico, sentimental, eugenésico, eugênico ou piedoso e, por fim, o aborto social ou econômico. Entretanto, algumas dessas modalidades não são permitidas no direito brasileiro, a exemplo do aborto social ou econômico, conforme mencionado no desenvolvimento do trabalho.

No que se refere à anencefalia, denota-se se tratar de uma má-formação congênita que importa na ausência total ou parcial do cérebro. Essa anomalia, conforme estudado durante a pesquisa, não apresenta qualquer informação acerca de sua origem, conhece-se apenas algumas medidas, como a ingestão de ácido fólico, capazes de diminuir a sua incidência.



Quanto à (in) viabilidade existencial do feto anencefálico, também existem correntes divergentes. Segundo uma vertente, a anencefalia é uma má-formação irreversível e gravíssima, sendo fatal em 100% dos casos. Em descompasso, de acordo com a doutrina oposta o feto acometido de anencefalia responde a estímulos auditivos, vestibulares e dolorosos e apresenta quase todos os reflexos primitivos dos recém-nascidos.

Discussão que também divide a doutrina diz respeito à possibilidade de transplante de órgãos e/ou tecidos do feto anencéfalo, uma vez que, segundo norma do Conselho Federal de Medicina, o bebê com anencefalia é considerado natimorto cerebral.

No que tange ao tema principal desta monografia, ou seja, a discussão que envolve a (im) possibilidade interrupção da gravidez no caso de anencefalia, a partir da análise da ADPF nº 54, em trâmite no STF, verifica-se que se trata de um tema bastante controvertido.

Em resumo, verificou-se que, em síntese, os fundamentos da ADPF n.º 54 consistem na argumentação de que a antecipação terapêutica do parto, na hipótese de feto anencefálico, não configura aborto, bem como no sentido de que a sua impossibilidade, frente ao ordenamento jurídico vigente, fere a dignidade da pessoa humana, os princípios da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, além do direito à saúde.

Para essa corrente, 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. Além de que, a impossibilidade de interrupção da gravidez de feto anencefálico, segundo esse pensamento, configura analogia à tortura.

Ademais, para essa corrente, há violação do princípio da legalidade e liberdade, visto que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; ao princípio da autonomia da vontade, considerando que cabe a mulher e a sua família a decisão pela interrupção ou não da gravidez no caso de feto anencefálico, bem como ao direito à saúde, tendo em vista os riscos que a gravidez pode acarretar à gestante.

De outra banda, verificou-se que, para defensores da tese contrária, o feto anencefálico é um ser humano vivo que merece toda à proteção inerente ao direito à vida e à dignidade. De acordo com essa vertente, não configura atribuição

do Poder Judiciário autorizar uma hipótese nova de não-punição do aborto, que consiste na interrupção da gravidez, com morte do feto; que a denominada antecipação terapêutica do parto, independente das circunstâncias, configura o crime de aborto passível da reprimenda legal; que a reduzida expectativa de vida do feto anencefálico não limita os seus direitos e, ainda, que a gestação de anencéfalo não acarreta qualquer risco à vida ou à saúde da gestante.

Desta feita, verificam-se os argumentos de ambas as correntes, bem como a delicadeza do tema, especialmente em virtude das questões éticas, morais e jurídicas envolvidas.

Entretanto, cumpre salientar que a morosidade do Poder Judiciário, nesse caso do Supremo Tribunal Federal, em proferir uma decisão sobre o tema termina prolongando o sofrimento de muitas mulheres que convivem com esta triste realidade, assim como acaba gerando insegurança jurídica.

Em uma análise particular da questão, embora se reconheça a presença de fortes argumentos em ambas as correntes, conclui-se que, frente aos preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, especialmente à dignidade da pessoa humana, e do avanço tecnológico capaz de, na atualidade, atestar com precisão a inviabilidade vital do feto, deve-se autorizar a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, quando esta for a vontade da gestante, como medida de inteira justiça.

Ademais, a título de desabafo, realiza-se a seguinte ponderação: se o direito brasileiro autoriza, como reflexo de uma sociedade preconceituosa, o aborto nos casos de estupro, sem qualquer preocupação com o direito à vida do feto, nesse caso sem qualquer doença irreversível, porque não aceitar a interrupção da gestação de feto anencefálico em que a morte é certa em 100% dos casos?

Por derradeiro, registra-se que não se pretende deixar questionamentos para o leitor, busca-se, apenas, demonstrar uma das diversas incongruências que existem no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BARTH, Luiz Wilmar. **Aborto e anencefalia**. CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Disponível em: <<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/aborto%20e%20anencefalia.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

BASÍLIO, Marcus Henrique Pinto. **A questão do feto acometido de anencefalia**. Boletim MMFD - Julho/Agosto/Setembro 2004. Disponível em: <[http://www.direitosfundamentais.com.br/html/mmfd\\_notas14\\_6.asp](http://www.direitosfundamentais.com.br/html/mmfd_notas14_6.asp)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

BRASIL, ADPF n.º 54, **Alegações Finais da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADPF n.º 54, **Julgamento do Pleno - Questão de Ordem**. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADPF n.º 54, **Julgamento do Pleno - Questão de Ordem**. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADPF n.º 54, **Julgamento do Pleno - Questão de Ordem**. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADPF n.º 54, **Manifestação da Advocacia Geral da União - AGU**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADPF n.º 54, **Advocacia Geral da União – AGU: Alegações Finais**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADPF n.º 54, **Andamento processual**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADFP nº 54, **Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS: Alegações Finais**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADFP nº 54, **Despacho Ministro Relator Marco Aurélio de Mello**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADFP nº 54, **Liminar**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADFP nº 54, **Manifestação da Procuradoria Geral da República – PGR**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADFP nº 54, **Petição inicial**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADFP nº 54, **Petição Ministério Público Federal – MPF**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL, ADFP nº 54, **Pleno: revogação liminar**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2009.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em 18 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADFP n.º 54**: Andamento processual. Origem: Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 84025**: Andamento processual. Origem: Rio de Janeiro. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mai. 2009.

BRASÍLIA. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.º 1752, de 2004**. Disponível em: <[www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br)>. Acesso em: 10 abr. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 4. ed., rev. e atual. de acordo com as Leis n. 10.741/2003, 10.763/2003 e 10.886/2004. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMITÊ NACIONAL PARA A BIOÉTICA DA ITÁLIA. **O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos**. 21/06/1996. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

COSTA, Ivo Seidel de Souza. A legalidade do aborto eugênico em casos de anencefalia. **Panóptica**, ano 1, n. 8, maio/junho 2007.

COSTA, Sérgio Ibiapina F. Anencefalia e transplante. São Paulo: **Revista da Associação Médica Brasileira**, jan./mar. 2004, v. 50, n. 1.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Quem é o anencéfalo?** 2005. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/quemeoan.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Neurologia infantil**. 3. ed. São Paulo: Editora Atheneus, 1996.

DANTAS, Cristine Elaine Moisés et al. **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. São Paulo: Funpec Ed. Universidade de São Paulo – Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto – Departamento de Ginecologia e Obstetrícia, 2005.

DINIZ, Débora. **Audiência pública**: STF – ADPF 54. 2008. Disponível em: <[http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa57\\_diniz\\_apresentacao\\_adpf54.pdf](http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa57_diniz_apresentacao_adpf54.pdf)>. Acesso em: 20 de mai. de 2009.

ELUF, Luíza Nagib. **Debate**: a gestante tem o direito de interromper a gravidez de feto anencéfalo? sim. Disponível em: <<http://www2.oabsp.org.br/asp/jornal/materias.asp?edicao=80&pagina=1949&tds=7&sub=0&sub2=0&pgNovo=67>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

ESCOSTEGUY, Diego; BRITO, Ricardo. **Quando começa a vida?** 2007. Disponível em: <[http://pt.shvoong.com/humanities/h\\_philosophy/663455-quando-come%C3%A7a-vida/](http://pt.shvoong.com/humanities/h_philosophy/663455-quando-come%C3%A7a-vida/)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

FAZOLLI, Fabricio. Anencefalia e aborto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5444>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

FONSECA, Patrícia. **Quando começa a vida humana?** Disponível em: <[http://aeiou.visaojunior.visao.pt/default.asp?SqlPage=Content\\_Sociedade&CpContentId=332764](http://aeiou.visaojunior.visao.pt/default.asp?SqlPage=Content_Sociedade&CpContentId=332764)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Nem todo aborto é criminoso**. 2004. Disponível em: <[http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina\\_Detalhar&did=15311](http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina_Detalhar&did=15311)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

MICHAEL, Andréa; PINHO, Angela. **Supremo ouve comunidade médico-científica sobre anencefalia nesta quinta**. Folha de São Paulo. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u438692.shtml>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

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

MONTEIRO, Taliana. **Supremo está prestes a julgar o aborto do feto anencéfalo**. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-set-13/supremo\\_prestes\\_julgar\\_aborto\\_feto\\_anencefalo](http://www.conjur.com.br/2008-set-13/supremo_prestes_julgar_aborto_feto_anencefalo)>. Acesso em: 20 de maio de 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Ainda sobre a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia e a visão do STF**: novas considerações em face da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da autonomia de vontade. 2005. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/16455>>. Acesso em: 23 mai. 2009.

NUNES, Rodolfo Acatauassú; LEÃO JÚNIOR, Paulo Silveira Martins. **Anencefalia: aliviar o sofrimento sim, matar o paciente não**. 2005. Disponível em: <<http://www.anencefalos.com.br/anencefalia.html>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PEREIRA, Irotilde G. et al. **Aborto legal: implicações éticas e religiosas**. São Paulo (SP): CDD, 2002.

PEREIRA, Maria José Miranda. ABORTO. **Revista Jurídica Consulex**, Ano VIII, n° 176, 15 de maio/2004.

PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. **STF e anencefalia**. 2004. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/forum\\_subTemas.php?id=41&acao=selTemas](http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/forum_subTemas.php?id=41&acao=selTemas)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

PONTES, Manuel Sabino. A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAMOS, Luiz de Carvalho. **Anencefalia**: um decisum polêmico. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1921/Anencefalia-Um-decisum-polemico>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. **Declaração sobre o aborto provocado**. 1974. Disponível em: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19741118\\_declaration-abortion\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_po.html)>. Acesso em: 23 mar. 2009.

SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. Amicus Curiae: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 906, 26 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7739>>. Acesso em: 25 mai. 2009.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.) **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVEIRA, Euclides Custódio da, [s/d] apud GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVEIRA, José Neri da. **Anencefalia**: Ministro aposentado é contra interrupção de gravidez. 2004. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2004-ago-29/ministro\\_aposentado\\_parecer\\_interrupcao\\_gravidez](http://www.conjur.com.br/2004-ago-29/ministro_aposentado_parecer_interrupcao_gravidez)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

TERRUEL, Suelen Chirieleison. **Anencefalia Fetal**: Causas, Conseqüências e Possibilidade de Abortamento. 15/03/ 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/4787/1/anencefalia-fetal-causas-consequencias-e-possibilidade-de-abortamento/pagina1.html>>. Acesso em: 10 abr. 2009.



**ANEXO**

**ANEXO A – PROCESSO ABORTO**