



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

SAMARA NUNES DA ROSA

**DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO POR INVIABILIDADE DA
VIDA EXTRAUTERINA:
ESTUDO DE CASO ANÁLOGO À ANENCEFALIA**

Tubarão

2017

SAMARA NUNES DA ROSA

**DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO POR INVIABILIDADE DA
VIDA EXTRAUTERINA:
ESTUDO DE CASO ANÁLOGO À ANENCEFALIA**

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

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Lauro José Ballock, Me

Tubarão

2017

SAMARA NUNES DA ROSA


**DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO POR INVIABILIDADE DA VIDA
EXTRAUTERINA: ESTUDO DE CASO ANÁLOGO A ANECEFALIA**

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

Tubarão, 04 de dezembro de 2017.



Professor e orientador Lauro José Ballock, MSc.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Antonio Marcio Campos Neves, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Mauricio Fabiano Mortari, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico essa monografia especialmente a meus queridos pais, Everaldo Martins e Sandra de Souza, a meus irmãos Weriton e Ernanes.

E ainda, a todas as mulheres brasileiras, para que elas, assim como eu, nunca desistam de lutar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e a Nossa Senhora por ter me guiado sempre nessa longa caminhada, e ter me ajudado a finalizar mais um sonho e mais uma etapa em minha vida.

A meus pais que sempre me incentivaram a seguir em frente e acreditaram na minha capacidade e nos meus objetivos, até mesmo nos momentos de fraqueza, em que nem eu acreditava. Vocês se dedicaram, abdicaram de tempo e de muitos outros projetos pessoais para que eu tivesse oportunidade de estudar e de ter uma boa formação profissional, muito obrigada.

A meu orientador Lauro José Ballock, pelo grandioso professor que é, por me incentivar e corrigir os meus erros, por toda paciência, atenção e dedicação no desenvolvimento deste trabalho, minha imensa e eterna gratidão.

A meus irmãos, que de todas as formas possíveis, sempre me apoiaram.

A minha amiga Juliete Corrêa Camilo, pelo incentivo ao longo de toda jornada acadêmica, por toda ajuda despendida e pelas palavras de apoio que foram essenciais para que eu pudesse chegar até aqui.

Ao Núcleo de Prática Jurídica da Unisul de Braço do Norte, pela oportunidade, e experiências profissionais e de vida obtidas durante um ano e dois meses de estágio.

E a todos, que de alguma forma contribuíram para a realização deste sonho, muito obrigada com amor.

“A ampliação dos direitos das mulheres é o princípio básico de todo progresso social” (Charles Fourier).

RESUMO

O presente estudo abordará os aspectos favoráveis à descriminalização do aborto eugênico em casos de fetos distintos da anencefalia, mas com anomalias similares que os tornam igualmente inviáveis à vida extrauterina, como a agenésia renal bilateral, tema que é objeto de infindáveis controvérsias judiciais e decisões contrárias à sua interrupção. Serão pontuadas questões importantes como estudo acerca da problemática, incluindo análise da ADPF 54 do Supremo Tribunal Federal, seus principais argumentos acerca da decisão favorável à interrupção da gravidez, a origem histórica acerca do aborto, analisando as diferenças entre feto malformado e inviável. Do estudo constatou-se que criminalizar o aborto eugênico por anomalias incompatíveis com a vida significa fechar os olhos para a realidade de muitas mulheres que sofrem com a violação de seus direitos constitucionais, tais como os direitos à liberdade sexual, à vida, à saúde, à igualdade de gênero, à liberdade e à autonomia. Deste modo, concluiu-se, portanto, que há possibilidade de mudança na legislação atual, visando à garantia de proteção dos direitos constitucionais relativos à mulher, para que se permita a interrupção da gravidez de feto inviável à vida extrauterina, como no caso dos anencéfalos, pois o mesmo argumento aplicado no julgado pelo Supremo Tribunal Federal nesse, deveria ser aplicado por analogia a todos os outros casos similares, dispensando-se, inclusive, a necessidade de autorização judicial, estando a mulher livre para decidir pela interrupção ou continuidade da gestação, sem precisar submeter um assunto de esfera estritamente privada ao Poder Judiciário. E, por fim, a descriminalização do aborto eugênico quando se tratar de fetos sem qualquer chance de vida, por ser uma ação irrelevante para o mundo do direito, em razão de ser um fato formalmente atípico, fora das hipóteses de aborto constantes no Código Penal.

Palavras-chave: Aborto Eugênico. Fetos Inviáveis. Descriminalização.

ABSTRACT

The present study will deal with aspects favorable to the decriminalization of eugenic abortion in cases of fetuses other than anencephaly, but with similar anomalies that make them equally unviable to extrauterine life, such as bilateral renal agenesis, a subject that is the subject of endless judicial controversies and contrary decisions interruption. Important issues will be addressed as a study on the problem, including analysis of ADPF 54 of the Federal Supreme Court, its main arguments about the favorable decision to terminate pregnancy, the historical origin of abortion, analyzing the differences between malformed and unfeasible fetus. The study found that criminalizing eugenic abortion for anomalies incompatible with life means turning a blind eye to the reality of many women who suffer from a violation of their constitutional rights, such as the rights to sexual freedom, life, health, gender equality, freedom and autonomy. Thus, it was concluded, therefore, that there is a possibility of change in the current legislation, aiming at guaranteeing protection of the constitutional rights related to women, so as to allow the interruption of the pregnancy of an unborn child to extrauterine life, as in the case of anencephalic , since the same argument applied by the Federal Supreme Court in that case should be applied by analogy to all other similar cases, and there is no need for judicial authorization, and the woman is free to decide on the interruption or continuation of pregnancy , without having to submit a strictly private matter to the Judiciary. And, finally, the decriminalization of eugenic abortion in the case of fetuses without any chance of life, because it is an action irrelevant to the world of law, because it is a formally atypical fact, outside the hypothesis of abortion in the Penal Code.

Keywords: Abortion Eugenic. Invisible Fetuses. Decriminalization.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero

ART - Artigo

CF – Constituição Federal

CNTS – Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA	11
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	15
1.3 JUSTIFICATIVA	15
1.4 OBJETIVO GERAL	17
1.4.1 Objetivos específicos	17
1.5 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS	18
1.6 DELINEAMENTO METODOLÓGICO.....	18
1.7 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS.....	19
2 ABORTO.....	20
2.1 CONCEITO DE ABORTO.....	20
2.1.1 Antecedentes históricos.....	21
2.2 ESPÉCIES DE ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	24
2.2.1 Aborto Criminoso.....	24
2.2.1.1 Aborto provocado pela gestante e consentido (autoaborto)	25
2.2.1.2 Aborto provocado por terceiro não consentido e consentido	26
2.2.2 Aborto Legal	27
2.2.2.1 Aborto necessário	27
2.2.2.2 Aborto humanitário ou sentimental	28
2.2.2.3 Aborto por anencefalia	29
2.2.3 Aborto Qualificado.....	30
3 ABORTO EUGÊNICO E ANOMALIA FETAL INCOMPATÍVEL COM A VIDA	32
3.1 CONCEITO DE ABORTO EUGÊNICO	32
3.2 A UTILIZAÇÃO INADEQUADA DA EXPRESSÃO “ABORTO EUGÊNICO” EM RELAÇÃO ÀS ANOMALIAS FETAIS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA	34
3.3 DISTINÇÃO ENTRE FETO MALFORMADO E INVIÁVEL.....	36
3.4 ANENCEFALIA.....	37
3.4.1 A Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54.....	39
3.5 AGENESIA RENAL BILATERAL	42
4 A INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO NA HIPÓTESE DE ANOMALIA FETAL INCOMPATÍVEL COM A VIDA EM CASOS ANÁLOGOS À ANENCEFALIA E EXCLUSÃO DE SUA ANTIJURIDICIDADE.....	45

4.1 REFLEXÕES BIOÉTICAS	45
4.2 A CARACTERIZAÇÃO DE ANOMALIAS FETAIS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA DISTINTAS DA ANENCEFALIA COMO EXCLUDENTES DE ILICITUDE	49
4.3 A DESNECESSIDADE DE ALVARÁ JUDICIAL PARA INTERROMPER A GESTAÇÃO DE FETOS INVIÁVEIS ANÁLOGOS À ANENCEFALIA	53
4.4 DECISÕES JUDICIAIS: FAVORÁVEL E DESFAVORÁVEL À INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO INVIÁVEL	56
4.5 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO EM FETOS COM ANOMALIAS ANÁLOGAS À ANENCEFALIA	59
5 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia, apresentada como requisito para conclusão do Curso de Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina- (UNISUL) tem o escopo de analisar os aspectos favoráveis à descriminalização do aborto eugênico em fetos com inviabilidade da vida extrauterina distintos da anencefalia, mas com anomalias compatíveis a esse, como, por exemplo, agenesia renal bilateral, que torna o feto inviável, necessitando a gestante realizar a interrupção da gestação, com o propósito de prevalecer o interesse de proteção da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos e principalmente a integridade física e psicológica da mulher. O Supremo Tribunal Federal julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 em 30 de abril de 2012, decidindo pela possibilidade jurídica de se interromper a gravidez de feto inviável por anencefalia, sem a necessidade de qualquer autorização judicial, desde que cumpridos alguns requisitos, mas tal decisão não abrangeu outros casos distintos desse, necessitando sempre de autorização judicial e estando muitas mulheres subordinadas à morosidade do Judiciário, e ainda, na maioria das vezes, não são amparadas judicialmente.

Assim será realizado um estudo acerca desta problemática, mas, antes de versar sobre essa questão da inviabilidade fetal que torna o feto impossibilitado à vida extrauterina, será necessário um estudo acerca do aborto, incluindo sua origem histórica, as espécies existentes na legislação Brasileira, delimitando os casos em que o aborto é legal ou criminoso e demais aspectos ligados à matéria.

Tem-se, portanto, uma pesquisa que encontra fundamento jurídico, principalmente nas áreas do direito Penal e Constitucional.

Dessa maneira, com a finalidade de expor o intuito do presente trabalho monográfico, segue abaixo, concisamente, o projeto de pesquisa que motivou sua criação.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

No Brasil, o aborto encontra respaldo entre os artigos 124 a 128 do Código Penal, nos quais se abordará o autoaborto, o aborto provocado por terceiro sem consentimento e com o consentimento da gestante, o aborto qualificado, e as modalidades de abortos praticadas por médico, consideradas como não criminosas. (BRASIL, 1940).

Ainda destaca-se o caso dos fetos anencefálicos, embora não previsto expressamente no Código Penal, o Supremo Tribunal Federal decidiu, na Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental 54, por não considerar crime o aborto de fetos anencéfalos (malformação fetal irreversível consistente na ausência de parte do Sistema Nervoso Central e crânio), garantindo-se a antecipação terapêutica do parto nos casos dessas anomalias fetais. (BRASIL, 2012).

A interrupção da gravidez de um feto anencefálico passou a ser de caráter facultativo, neste sentido, tem-se que, caso a gestante demonstre o interesse em interromper a gravidez, poderá buscar os serviços do Sistema Único de Saúde, sem a necessidade de autorização judicial, para realizar o ato.

Conforme afirma a ANIS — Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (2004, p. 27), “é um direito da mulher e, eventualmente, do casal, fazer a opção pela antecipação do parto. Cabe à gestante a decisão tanto de manter como de interromper a gestação e, nesse sentido, é fundamental que tenha suporte tanto legal quanto retaguarda médica e hospitalar”.

De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na jurisprudência citada abaixo, o feto sem cérebro, mesmo que biologicamente vivo, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, principalmente, de proteção jurídico-penal, como se verá a seguir:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (BRASIL, 2013).

Portanto, pode-se perceber que a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia não é crime de aborto previsto na lei penal, pois o aborto é considerado um crime contra a potencialidade de vida do feto, algo inexistente no feto com essa anomalia, que contrário àquele, não tem potencialidade de vida. Assim, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54, posicionou-se a favor do entendimento de que o aborto do feto com anencefalia é considerado fato atípico, teoria adotada inclusive pelo relator da ADPF, o Ministro Marco Aurélio.

A doutrina penal classifica o aborto em diversas modalidades, conforme se pode verificar nos ensinamentos de Jesus (2015, p. 151-152):

O aborto pode ser natural, acidental, criminoso e legal ou permitido. O aborto natural e o acidental não constituem crime. No primeiro, há interrupção espontânea da gravidez. O segundo geralmente ocorre em consequência de traumatismo, como,

v. g., a interrupção da gravidez causada por queda. A doutrina e a jurisprudência conhecem várias espécies de aborto legal ou consentido. Há o aborto terapêutico, empregado para salvar a vida da gestante ou para afastá-la de mal sério e iminente, em decorrência de gravidez anormal. Há, também, o aborto eugenésico ou eugênico, permitido para impedir a continuação da gravidez quando há possibilidade de que a criança nasça com taras hereditárias. Aborto social ou econômico é o permitido em casos de famílias numerosas, para não lhe agravar a situação social. Entre nós, o CP só permite duas formas de aborto legal: o denominado aborto necessário ou terapêutico, previsto no art. 128, I, caso em que o fato, quando praticado por médico, não é punido, desde que não haja outro meio de salvar a vida da gestante. O segundo caso de aborto permitido é o descrito no art. 128, II, hipótese em que a gravidez resulta de estupro. É também chamado de sentimental ou humanitário.

O aborto eugênico objeto do estudo, é considerado ilegal no Brasil. Segundo Mirabete (2000, p. 698), o “aborto eugênico” é aquele “executado ante a prova ou até suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves ou fatais (anencefalia ou acrania, p. ex.)”, sendo, então, uma ação típica, antijurídica e culpável, pois não há excludente de criminalidade. Vale ressaltar que com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal a interrupção da gestação nos casos dos anencéfalos não é crime de aborto e sim uma antecipação terapêutica do parto, mas, o problema é em relação a outras anomalias distintas da anencefalia e que possuem o mesmo diagnóstico, por não ser possível afirmar se esse entendimento se aplicará a outros casos ou não.

Por mais que seja ilegal, a realidade no país hoje é diferente, pois muitas mulheres brasileiras já realizaram o “aborto eugenésico”, mediante autorização por meio de alvarás judiciais, nos casos em que o nascituro apresenta uma anomalia incompatível com a vida extrauterina. Referem-se a casos que abrangem, na maior parte, circunstâncias extremas nas quais há incompatibilidade do feto com a vida, ou de sua reduzida expectativa de vida extrauterina, mas no aspecto coletivo, todas essas decisões judiciais, que têm liberado a prática do “aborto eugênico”, criam uma nova conjuntura jurídica que ainda não teve a adequada regulamentação legal.

Por sua vez, Belo (1999, p. 97) esclarece claramente que o “aborto eugênico ou eugenésico é a interrupção do processo de gravidez com a conseqüente morte do feto, por ter sido detectado nesse, através de métodos científicos, a existência de anomalias graves, irreversíveis e incompatíveis com a vida extrauterina”.

Mesmo uma parcela da doutrina se manifestando contrária à prática do “aborto eugênico”, por esta não encontrar amparo legal no ordenamento jurídico Brasileiro, a situação existe, e é cada vez maior o número de decisões que vêm permitindo a prática desta modalidade abortiva, uma vez que, nos dias atuais, a medicina é capaz de definir, com relevante grau de precisão, eventual anomalia do feto incompatível com a vida extrauterina.

Nesse aspecto, ainda é considerável ressaltar que o Poder Judiciário enfrenta apreciações de matérias que envolvem outras síndromes malformativas causadoras da inviabilidade fetal, distintas da anencefalia, mas que acarretam o mesmo impacto médico e social. (GAZZOLA; MELLO, 2015).

Há entendimento jurisprudencial que corrobora com essa concepção, como se depreende da análise de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Considerando-se que, por ocasião da promulgação do vigente Código Penal, em 1940, não existiam os recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outras anomalias fetais, inclusive com a certeza de morte ou de deficiência física ou mental do nascituro, e que, portanto, a lei não poderia incluir o aborto eugênico entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto, impõe-se uma atualização do pensamento em torno da matéria, uma vez que o Direito não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, indiferente aos avanços tecnológicos e à evolução social. Ademais, a jurisprudência atual tem feito uma interpretação extensiva do art. 128, I, daquele diploma, admitindo a exclusão da ilicitude do aborto, não só quando é feito para salvar a vida da gestante, mas quando é necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica. (BRASIL, 2005).

Diante da situação apresentada, o estudo jurídico que será realizado terá como base principal a ADPF 54 do Supremo Tribunal Federal, que autorizou a antecipação do parto nos casos de anencefalia, a fim de verificar se o mesmo entendimento se enquadra a outros casos de fetos com inviabilidade de vida extrauterina, pois não havendo chance de sobrevivência, porque submeter os pais e demais familiares ao sofrimento de uma gestação sem qualquer perspectiva. Além disso, considerando uma interpretação literal do código Penal e desconsiderando sua perspectiva histórica, os que consideram o aborto imoral e ilegal entendem que este é um crime contra a vida do feto. Mas como já dito e ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, não se protege a vida por um materialismo biológico, mas por representar uma expectativa de vida extrauterina, algo que nesses casos inexistente. (ANIS, 2004, p. 77).

Sobre o tema, Moraes (2003, p. 91) assim entende:

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

De tal modo, criminalizar o aborto eugênico nesses casos significa fechar os olhos para a realidade de muitas mulheres que sofrem com a violação de seus direitos constitucionais, tais como os direitos à liberdade sexual, à vida, à saúde, à igualdade de

gênero, à liberdade e à autonomia, e que, de certa forma, com base no que foi apresentado e que será estudado no trabalho de conclusão, este paradigma da atual legislação precisará ser modificado no ordenamento penal brasileiro.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O entendimento da ADPF 54 do Supremo Tribunal Federal é adequado a outros casos de fetos com inviabilidade de vida extrauterina ou somente aos casos da anencefalia?

1.3 JUSTIFICATIVA

A justificativa e a influência para se fazer a pesquisa referente ao tema escolhido para abordar o presente trabalho, foi na medida que depois de várias leituras e pesquisas feitas foi possível verificar que mesmo não sendo permitido na legislação penal brasileira, o aborto eugênico atualmente está sendo autorizado através de expedição de alvarás judiciais em situações determinadas. Nos casos dos anencéfalos já tem entendimento a favor de sua prática sem que seja obrigada a autorização judicial, no entanto, em relação a outras síndromes distintas desta, mas que possuem os mesmos diagnósticos de anomalias fetais incompatíveis com a vida é necessário, ainda, que a gestante recorra o Poder Judiciário.

Desta forma, com a expedição desses alvarás judiciais está sendo causado um processo que vai de encontro à lei penal vigente, tornando o que é relativamente um crime em algo admitido, carecendo, porém, de um estudo que analise e verifique esta inovação jurídica.

É importante esclarecer que o código penal vigente no Brasil foi criado em 1940, e que naquela época, não existiam os recursos técnicos que possuímos na atualidade, na qual consegue-se verificar com clareza a detecção de malformações e outras anomalias fetais, inclusive com a certeza de morte ou de deficiência física ou mental do nascituro, e em razão disso naquela ocasião não seria viável incluir na lei o aborto eugênico entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto.

O tema “aborto” sempre chamou à atenção da pesquisadora pela divergência de opiniões na área jurídica e também pelo problema de saúde pública que envolve essa questão. São diversas as doutrinas atualmente existentes sobre o assunto, é grande o número de alvarás judiciais que vêm permitindo essa prática eugenésica e outras em contrapartida no sentido contrário, mas, o marco é que todas essas decisões estão voltadas a fetos que possuem graves anomalias que são incompatíveis com a vida extrauterina.

No entanto, terem as gestantes que se submetem a esse sofrimento excessivo pela procura do Judiciário, para interromper a gestação de um feto distinto da anencefalia, mas que não terá qualquer possibilidade de sobreviver por si só após o nascimento, é angustiante, além de já ter que lidar com a situação de que não terá o bebê tão esperado. Assim sendo, a saúde psíquica da gestante que está reproduzindo um feto sem a menor viabilidade de vida extrauterina em nenhum momento foi amparado com algum dispositivo legal, mas a interrupção de uma gestação nesses casos configuraria, também, hipótese de aborto eugênico.

Segundo a ANIS (2004, p. 32), “não há qualquer razão para que a gestante, não querendo passar por esse sofrimento de esperar que a gestação chegue a termo, seja obrigada a mantê-la até o fim. Portanto, a antecipação terapêutica do parto é uma consequência lógica”, e, no entanto, isso não deve ser plausível somente nos casos de anencefalia, e sim, abranger outros casos de fetos que também são considerados inviáveis à vida.

Destarte, a Constituição Federal firma o compromisso de criar medidas políticas, sociais e econômicas com o intuito de promover e recuperar a saúde da população, de modo a reduzir os agravos que causem mal à coletividade.

Assim, diante da reflexão sobre o papel do Estado perante a saúde pública e do grande número de mulheres que buscam autorização judicial para antecipar o parto, e que não deve ser um direito somente no caso de anencefalia, mas também em outros casos de malformações fetais em que comprovadamente não há possibilidade de qualquer vida extrauterina, a questão do aborto eugênico nos casos de inviabilidade extrauterina é um tema relevante a toda a sociedade, sendo de extrema importância o estudo acerca do assunto no âmbito acadêmico, especialmente na área do conhecimento jurídico.

Conclui-se que o tema em tela se justifica pelo interesse do estudo que se realizará, no tocante à imprecisão da apreciação de excludente de ilicitude nos casos de fetos inviáveis à vida extrauterina, pois a ADPF 54 do Supremo Tribunal Federal só apreciou os casos dos fetos com anencefalia. Logo, tal estudo será de grande relevância para o campo jurídico, pois dirimido o problema de pesquisa à qual se submete, será possível verificar se a interrupção da gestação por inviabilidade extrauterina nos casos distintos da anencefalia será considerada criminosa.

O presente estudo se assemelha a outros, porém, pesquisando nas diversas bases de dados de acesso livre, tais como BDJur, BDTD, Domínio Público, ICAP, SciElo, dentre outras, foi possível perceber que há estudos relacionados ao aborto eugênico, todavia, esses estudos e artigos jurídicos publicados só foram escritos antes da decisão da ADPF 54 do Supremo Tribunal Federal e, por este motivo, a maioria deles só tratou dos casos de

anencefalia, diferente do objetivo apreciado nesta pesquisa, que abordara outros casos distintos desta anomalia. Já no campo acadêmico da Unisul, nenhuma monografia teve o mesmo problema de pesquisa e, por tal motivo, o estudo pretendido se torna ainda mais significativo, uma vez que o aborto em si, já é um tema de corrente debate na sociedade, e de uma atualidade inquestionável, ainda, tendo em vista que somente nos casos de anencefalia é praticável a interrupção da gravidez sem autorização judicial.

1.4 OBJETIVO GERAL

Analisar os aspectos favoráveis à descriminalização do aborto eugênico em casos de inviabilidade da vida extrauterina análogos à anencefalia, em face da ADPF 54 do Supremo Tribunal Federal.

1.4.1 Objetivos específicos

Verificar os antecedentes Históricos referentes ao aborto e as suas considerações gerais.

Realizar um estudo sobre as modalidades de aborto existentes na legislação Brasileira.

Examinar a questão do aborto eugênico e anomalia fetal incompatível com a vida, seu conceito, características, distinção, embasamento jurídico, e a utilização inadequada da expressão aborto eugênico nos casos de inviabilidade da vida extrauterina.

Analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.

Analisar a questão da anomalia Agenesia Renal Bilateral análoga à anencefalia.

Verificar a possibilidade da interrupção da gestação na hipótese de anomalia fetal incompatível com a vida em casos análogos à anencefalia e a exclusão de sua antijuridicidade.

Examinar as reflexões bioéticas e os principais princípios que a norteiam nesse caso.

Verificar a desnecessidade de alvará judicial para interromper a gestação.

Analisar os aspectos favoráveis à descriminalização do aborto eugênico em casos de fetos com inviabilidade de vida extrauterina, acompanhando a orientação da decisão na ADPF 54 do Supremo Tribunal Federal e uma decisão favorável e desfavorável à esta interrupção.

1.5 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS

Aborto eugênico por inviabilidade extrauterina: De acordo com Costa Júnior (1996, p. 9),

Quanto ao aborto eugênico, é do senso comum a sua admissibilidade. Por que levar adiante uma gravidez cujo feto seguramente não sobreviverá? Porque impor um sofrimento psicológico tão intenso e inútil à gestante? Direito é bom senso. Direito é balanceamento de bens, cotejando-se, em cada situação, os seus valores. Diante do diagnóstico de anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, a melhor solução é o aborto. A hipótese é de inexigibilidade de conduta conforme o dever, na atual legislação. Mas melhor fosse ela uma excludente da criminalidade, facilitando o acolhimento de pedidos de autorização para o aborto eugênico.

1.6 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

O nível de pesquisa será a exploratória, sendo realizada por meio de levantamentos e com a finalidade de promover a familiarização com o tema proposto, uma vez que pretendem proporcionar maior aprendizado sobre a problemática do aborto eugênico, quais argumentos utilizados pelos julgadores do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54 que justificam a autorização da interrupção de gestação de fetos diagnosticados com anencefalia, e as premissas que fazem com que o aborto eugênico de fetos inviáveis análogos à esse, seja descriminalizado. Ou melhor, tentar-se-á responder à pergunta-problema mediante análise de dados doutrinários, jurisprudenciais e legais.

Para alcançar o objetivo geral da presente pesquisa exploratória, será analisado pormenorizadamente um julgado de referência no assunto, contornando a discussão doutrinária sobre o tema, o que proporciona ao trabalho a feição qualitativa.

Na concepção de Leonel e Motta (2007, p.108), “o principal objetivo da pesquisa qualitativa é o de conhecer as percepções dos sujeitos pesquisados acerca da situação problema, objeto da investigação”.

Neste sentido, ressalta-se que se adotou a análise qualitativa para ser possível perceber a existência e as alterações de aspectos referentes ao tema, comparando-os com o padrão existente na jurisprudência e manuais sobre o assunto.

O procedimento utilizado na pesquisa será a bibliográfica, uma vez que a matéria tem o objetivo de explorar a matéria por meio do estudo de dados publicados em fontes secundárias, como artigos, livros, meios eletrônicos e afins.

Serão feitos apontamentos provenientes do julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54 e das leituras de doutrinas, artigos e Leis, e através destes apontamentos

os dados serão analisados para que se forme uma resposta quanto à interrupção da gravidez de feto com inviabilidade de vida extrauterina, se será, ou não, constituído como crime de aborto eugênico, e o porquê de sua descriminalização ser a opção apropriada. As doutrinas serão consultadas a fim de que o conhecimento acerca do aborto eugênico e suas variantes sejam aprimorados pela pesquisadora, para melhor análise e comparação das ideias apresentadas pelos julgadores, e que a pergunta da presente pesquisa seja elucidada da maneira mais adequada.

1.7 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento da monografia será estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo será feita uma análise nos antecedentes históricos acerca do aborto, as suas considerações gerais, bem como um estudo sobre as modalidades de aborto existentes na legislação Brasileira, que visaram possibilitar uma maior compreensão e envolvimento com o tema.

No segundo examinar-se-á, propriamente, a questão do aborto eugênico e a anomalia fetal incompatível com a vida, seu conceito, características, distinção entre feto malformado e inviável, a utilização inadequada da expressão aborto eugênico para casos de interrupção de gravidez de feto inviável, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54, e ainda, um estudo acerca da Agnesia Renal Bilateral uma anomalia análoga à anencefalia.

E no terceiro e último capítulo será analisada a peça fundamental de toda a pesquisa, pois, adentrará, especificamente, na interrupção da gestação na hipótese de anomalia fetal incompatível com a vida em casos análogos à anencefalia e sua exclusão de antijuridicidade, as reflexões bioéticas, bem como a desnecessidade de alvará judicial para interromper essa gestação. Por fim, a questão da descriminalização do aborto eugênico nos casos de inviabilidade de vida extrauterina.

2 ABORTO

O tema aborto é muito discutido nos dias atuais, sempre consagrou inúmeras divergências em todo o mundo, isso porque ultrapassa os limites do campo jurídico, pois se trata ainda mais de um problema social. São diversos os artigos publicados sobre esse assunto, tão carregado de tabus, preconceitos e polêmicas. No entanto, é preciso compreender que no mundo jurídico o direito à vida não é absoluto, uma vez que em nosso ordenamento há situações em que se admite contrariar esse direito fundamental. Desta forma, inicialmente, será feita uma explicação sobre o aborto, conceituando-o, revendo seus antecedentes históricos, e suas espécies legais e criminosas na legislação Brasileira.

2.1 CONCEITO DE ABORTO

Conceituar o aborto é fundamental para melhor se compreender o presente estudo. Assim, entende-se por aborto o ato de interromper o processo de uma gravidez com a consequente expulsão do feto do interior uterino. Etimologicamente, aborto quer dizer privação do nascimento. Advém do latim *abortus*, onde “*ab*” significa privação e “*ortus*”, nascimento (JESUS, 2015, p. 151).

Neste sentido, Pedroso (1995) compreende que o crime de aborto se caracteriza pela interrupção desejada e voluntária do estado fisiológico da gestante, trazendo como consequência o perecimento do nascituro.

Importante destacar as lições sobre Aborto trazidas por Alves (1999, p. 196):

Aborto é a interrupção da gestação com a morte do feto acompanhada ou não da expulsão do produto da concepção do útero materno. A gravidez pode ser interrompida e o feto permanecer no claustro materno. Outras vezes, há a expulsão do produto da concepção antes de sua viabilidade no mundo exterior.

Neste norte, Pedroso (1995) define aborto como interrupção dolosa (pois a culpa não é punível) de uma gravidez, com a consequente morte do produto da concepção.

Interessante esclarecer que quando o nascimento se dá até o nono mês de gestação é chamado de parto, neste caso, não há o que se falar em aborto. O parto prematuro ocorre se o feto é expelido entre 6 a 8 meses de gestação. (ALVES, 1999).

Portanto, plausível a compreensão de que aborto é a interrupção da gravidez em curso com a eliminação da vida do produto da concepção, ou seja, vida intrauterina.

No que diz respeito ao conceito legal, segundo o Código Penal (BRASIL, 1940) é considerado crime de aborto a conduta que resulte na interrupção da gestação. Importante destacar que o crime não admite tipificação na forma culposa, somente na forma dolosa.

É classificado como crime contra a vida, como demonstram os artigos 124 a 128 do referido Código.

Segundo Fabbrini e Mirabete (2012), o aborto consiste no ato de interromper a gravidez com o objetivo de destruir o produto da concepção. A morte do ovo, embrião ou feto, sem necessidade da sua expulsão. Mesmo porque o produto da concepção pode ser dissolvido e reabsorvido pelo organismo da gestante antes de sua expulsão, fato este que não exclui o delito, neste caso, o aborto.

Importante destacar a visão doutrinária de Greco (2017, p. 131):

Crime de mão própria, quando realizado pela própria gestante (autoaborto), sendo comum nas demais hipóteses quanto ao sujeito ativo; considera-se próprio quanto ao sujeito passivo, pois somente o feto e a mulher grávida podem figurar nessa condição; pode ser comissivo ou omissivo (desde que a omissão seja imprópria); doloso; de dano; material; instantâneo de efeitos permanentes (caso ocorra a morte do feto, consumando o aborto); não transeunte; monossujeetivo; plurissubsistente; de forma livre.

O aborto ilegal é classificado pelo Código Penal nas seguintes modalidades conhecidas como: autoaborto, aborto consentido e aborto sofrido, tendo como excludentes de ilicitude nos casos de estupro, se não houver outro meio de salvar a vida da mãe, e ainda, se o feto for portador da anencefalia.

2.1.1 Antecedentes históricos

Depois de algumas leituras foi possível constatar que o aborto embora sempre tenha se constituído como uma prática comum desde a antiguidade, e entre todo o mundo, segundo Pacheco ([2007?]), foi reprovado pela grande maioria das civilizações. E em determinadas épocas foi aceito com o pretexto de servir para controlar o crescimento da população; em outras, foi severamente repellido, devido principalmente à forte influência das religiões na sociedade. Seus primeiros defensores pretendiam proteger não somente o ser em formação, mas também a gestante e a própria sociedade. Nos dias atuais a questão do aborto é muito polêmica e fortemente discutida assim como sua legalização e proibição.

Spolidoro (1997) afirma que, no Oriente e na Grécia antiga, o aborto ficava na maioria das vezes impune, o mesmo acontecendo em Roma, por considerar-se o feto como

parte integrante do corpo da gestante. Por sua vez, na Grécia era corrente a provocação do aborto.

Na Grécia, o aborto, na visão de Aristóteles, era um método eficaz para limitar o nascimento e manter estáveis as populações das cidades gregas. Já Platão recomendava o abortamento para as mulheres que concebessem com mais de quarenta anos. Para os dois filósofos, a morte dos bebês deformados deveria ser imposta pelo Estado, para preservar os laços familiares, já que naquela época era vexatória para família possuir um filho que não pudesse servir ao Estado, pois, eles preservavam a pureza dos guerreiros. E essas ações por parte do Estado assemelhava-se ao do aborto eugênico. Sócrates indicava as parteiras a facilitar o aborto às gestantes que se desejassem, sem outra justificativa que não a própria liberdade de opção pela interrupção da gravidez. (TESSARO, 2008).

O Código de Hamurabi foi um dos primeiros dados disponíveis a respeito do aborto, datado de 1700 Antes de Cristo. Prado (2007) esclarece que esse mesmo Código considerava o aborto como crime accidental, contra os interesses do pai ou marido ou encarado como uma lesão contra a mulher. Restava claro que o marido era prejudicado economicamente.

Mesmo não tendo muitas vezes tipificação penal, o aborto já existiu há muitos séculos. A Bíblia já se referia no livro de Êxodos, cap.21, versículo 22 nos termos: Se os homens brigarem, e ferirem uma mulher grávida, e forem causa de aborto, sem maior dano, o culpado será obrigado a indenizar o que lhe exigir o marido da mulher; pagará o que os árbitros determinarem. (LAGENEST, 1989).

Lagenest (1989) explica ainda como os Hebreus encaravam a prática abortiva:

A prática do aborto ficava, de regra, impune, quando não acarretasse danos à saúde ou a morte da gestante. Entre os Hebreus, não foi se não muito tempo depois da lei mosaica que se considerou ilícita, em si mesma, a interrupção da gravidez. Até então só era punido o aborto ocasionado, ainda que involuntariamente, mediante violência.

Os assírios puniam severamente a prática do aborto, dando pena de morte a quem o praticasse nas mulheres que ainda não tivessem filhos. Puniam, ainda, as mulheres que se submetessem às manobras abortivas, sem a permissão de seus maridos, consistindo a referida punição na empalação (“Suplício antigo que consiste em espetar com pau pontiagudo um condenado pelo ânus”). (LUFT, 2001).

Importante destacar que, no passar dos tempos e no desenvolvimento da história da humanidade muitos povos discutiram e estudaram a respeito da prática abortiva. Dentre estes povos estavam os Israelitas (no século XVI antes de Cristo), Mesopotâmicos, Gregos e

Romanos, ainda que, muitas vezes se limitavam a compor considerações e críticas de cunho inteiramente moral. (MATIELO, 1996).

Já em Roma a Lei das XII Tábuas e as Leis da República não tratavam do aborto, pois não consideravam o produto da concepção como um ser autônomo e sim como parte do corpo da mulher, bem como se ela praticasse o aborto, nenhum crime cometia, era livre para dispor de seu corpo. Mais tarde esse ato passou a ser uma forma de lesão ao direito do marido à sua prole, começando então a sua prática a ser castigada. (CAPEZ, 2017).

Sem qualquer dúvida, é possível afirmar que foi o Cristianismo que trouxe a concepção válida até os dias atuais, de que o feto, mesmo no ventre da mãe, por mais que não possa reputar como pessoa no seu sentido jurídico, representa um ser a quem a sociedade deve proteger e garantir o direito à vida. (SPOLIDORO, 1997).

Foi na citada Era Cristã que se consolidou a reprovação social do aborto. Os imperadores Teodósio, Constantino e Adriano reformaram o antigo direito, assimilando o aborto criminoso ao homicídio. No período da idade média, os Teólogos discutiam a respeito da prática abortiva. Santo Agostinho, fundamentado na Teoria de Aristóteles, dizia que o aborto só poderia ser considerado crime quando o feto já tivesse recebido a alma: 80 (mulher) ou 40 (homem) dias após a concepção. Já para São Basílio, o aborto era sempre considerado crime. De forma geral manteve-se a severidade das penas para o crime de aborto, excluiu-se, no entanto, a equiparação ao homicídio, atenuando-se particularmente a pena para a gestante, com previsão do motivo de honra. (LAGENEST, 1989).

Na época moderna, dois movimentos lutam por novas alterações: um que almeja o abrandamento da pena para facilitar as condenações; e outro, que propugna pela descriminalização total ou parcial do aborto. (SPOLIDORO, 1997).

O aborto então começou a fazer parte do direito privado e da família, passando a ser assunto de Direito Penal. (PRADO, 2007).

Ademais, no Brasil, a descriminalização do aborto, principalmente do aborto eugênico, vem sendo discutida no ordenamento jurídico em razão das inúmeras ações judiciais que buscam uma autorização para a interrupção da gravidez, nos casos de fetos com anomalias graves e incuráveis, como a Agenesia Renal Bilateral.

Serão descritas agora as espécies de aborto no Brasil, sendo que existem várias formas de realização, cada uma com a sua característica e o seu grau de complexidade.

2.2 ESPÉCIES DE ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em 7 de dezembro de 1940, entrou em vigor no Brasil o atual Código Penal Brasileiro. Sendo previsto na sessão de “crimes contra a vida”, nos artigos 124 (Autoaborto), 125 (aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante), 126 (aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante), 127 (formas qualificadas) e 128 (hipóteses em que a lei autoriza o aborto). (NASCIMENTO FILHO, 2013).

Destaca-se que aborto pode ser natural, acidental e criminoso, porém, na legislação penal brasileira encontrar-se-á essa última modalidade, ou seja, a criminosa, aquela provocada pela ação humana. Ademais, é previsto ainda, as causas especiais de aumento de pena e as possibilidades em que não há punição do aborto.

2.2.1 Aborto Criminoso

Quando o organismo trata de expulsar o produto da concepção ocorre o chamado aborto espontâneo ou natural, mas para fins de aplicação de lei penal não tem relevância, pois, o próprio corpo de acordo com critérios biológicos se encarrega de naturalmente fazer a seleção dos óvulos fecundados que terão chances de vingar. Há também o chamado aborto provocado o que chama maior atenção, sendo esta provocação subdividida em dolosa e culposa, também reconhecida como acidental. Essas são as duas espécies de aborto que podem ocorrer; natural ou espontâneo; ou aborto provocado (dolosa ou culposamente). (GRECO, 2017).

De acordo com Greco (2017) ainda não existe modalidade culposa de aborto, pois, se uma gestante com comportamento de caráter culposos vier a dar causa de expulsão de feto, o fato será considerado um indiferente penal.

São três as espécies de aborto criminoso previstas no Código Penal vigente: O autoaborto é a primeira modalidade e, conforme o artigo, 124 ocorre quando a gestação é interrompida pela própria gestante; já o aborto provocado sem o consentimento da gestante, conforme dispõe o artigo 125, se trata da segunda modalidade; e a terceira delas trata-se do aborto provocado com o consentimento da gestante, previsto no artigo 126. (BRASIL, 1940).

Segundo Fabbrini e Mirabete (2012), as condutas previstas nos artigos mencionados referem-se à ação de produzir, causar ou provocar aborto, de forma a interromper a gravidez com a consequente morte do feto, morte esta que pode ocorrer de duas maneiras interna ou externa (em caso de expulsão com vida) do útero. O autor cita diversos

processos químicos, orgânicos, físicos e psíquicos que são usados para este fim. Tais como: Do meio químico são as substâncias (fósforo, chumbo, mercúrio, estriçnina, ópio, entre outros.) que produzem efeito tóxico no organismo da mulher e em razão disso promovem o aborto. Os meios físicos também, que podem ser divididos em mecânicos (são os que podem causar traumatismo do ovo com punção, dilatação do colo do útero, curetagem do útero, etc.), térmicos (bolsas de água quente, escalda-pés etc.) e elétricos (choque eletroestático por máquina). Pelos meios psíquicos são citados os que agem sobre o pensamento da gestante (sugestão, susto, terror, etc.).

As modalidades de aborto criminoso conforme citadas acima, será alvo de estudo, no tópico a seguir.

2.2.1.1 Aborto provocado pela gestante e consentido (autoaborto)

Atualmente, existem diversos casos em que a própria gestante pratica atos abortivos em si mesma, causando a interrupção da gravidez e a consequente destruição do feto, esse caso é o que se chama de autoaborto, o qual está disposto no artigo 124 do Código Penal como “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”. (BRASIL, 1940).

Na modalidade autoaborto a gestante executa a ação material do crime, usando formas, meios e manobras abortivas, para si própria. Entende-se que nessa modalidade pode ocorrer participação de terceiro, onde este induz ou instiga a prática do aborto; neste caso o terceiro responderá como partícipe pelo Código Penal. Faz-se importante salientar que esta modalidade é entendida como crime de mão própria, só a gestante pode consentir, portanto não há possibilidade da ocorrência de coautoria. (CAPEZ, 2017).

Responderá, ainda, na forma do art. 126 do Código Penal, o terceiro que pratica aborto em gestante, ainda que com o consentimento desta.

Capez (2017) aponta que no aborto consentido há um terceiro que se responsabiliza pela execução material do crime, portanto, admite-se o concurso de pessoas para a modalidade de participação. Por tratar-se de crime de ação múltipla a gestante consente e auxilia para o sucesso das manobras abortivas. Nesta modalidade de aborto o Código Penal prevê uma forma especial de crime para o terceiro que vier a provocar o delito com consentimento. Portanto há uma separação em dois crimes: o da prática abortiva, para a gestante que consente na prática abortiva; e o da execução material do crime, para o terceiro. Portanto, ocorre aqui uma exceção à teoria monística prevista no artigo 29 do Código Penal o

qual dispõe que “quem, de qualquer modo, concorrer para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

2.2.1.2 Aborto provocado por terceiro não consentido e consentido

Considerada por vários doutrinadores como uma das modalidades mais gravosas, o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, ou seja, sem a ciência desta, está previsto no artigo 125 do Código Penal, o qual se punirá com reclusão de 3 a 10 anos.

Fabbrini e Mirabete (2012) destacam que o aborto provocado por terceiro, no caso, sem consentimento é a que prevê maior pena (reclusão, de três a dez anos). Haverá o crime quando for empregada força, ameaça ou a fraude pelo agente executor do aborto. Salienta-se que a fraude acima citada se apresenta na ação de convencer a gestante de que se está praticando cirurgia com a finalidade de remoção de tumores induzindo-a erro, ou mesmo ao ato de fazê-la ingerir abortivo disfarçado de medicamento.

Capez (2017) entende que, por grave ameaça, ocorre a promessa de um mal grave, inevitável ou irreversível; e o caso de violência se constitui mediante emprego de força física.

Sobretudo, não se pode dizer que uma menor de 14 anos consentiu, pois seu desenvolvimento mental é incompleto, ocorrendo o mesmo com a alienada e a débil mental. (CAMPOS, 2009).

Já o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante tipificado no artigo 126 do Código Penal é quando a mulher autoriza que terceiro execute o ato criminoso para interrupção da gravidez, não importando se esse seja ou não profissional, sendo atribuída a pena de 1 a 4 anos.

Capez (2017, p. 150) ensina que “A mulher apenas consente com a prática abortiva, mas a execução material do crime é realizada por terceira pessoa”.

Para que se caracterize o aborto nesta modalidade do artigo 126, o consentimento da gestante tem que ser válido, ou seja, ela tem que ter capacidade para consentir. (CAPEZ, 2017).

Conforme Jesus (2015), essa capacidade não se trata de capacidade civil, e sim, a vontade real da gestante, desde que juridicamente relevante.

O consentimento da gestante será inválido quando apresentar as hipóteses elencadas no parágrafo único do artigo 126 do Código Penal, ou seja, quando houver emprego

de fraude, grave ameaça ou violência contra a gestante, e ainda, se a gestante não é maior de 14 anos, alienada ou débil mental. (CAPEZ, 2017).

2.2.2 Aborto Legal

O código Penal Brasileiro no artigo 128 e seus respectivos incisos previu as formas legais de aborto, ou seja, o não criminoso, denominados como aborto necessário e aborto sentimental ou humanitário.

Conforme Cabette (2012), o legislador ao criminalizar o aborto não o fez de forma absoluta, descrevendo no artigo 128, e seus seguintes incisos, os casos em que são legalmente permitidos, sendo que estes somente podem ser praticados por médico.

Tais modalidades preveem que o aborto seja praticado por médico e não constitui crime se o aborto for realizado nas seguintes hipóteses legais: I- Se não há outro meio de salvar a vida da gestante e; II- Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é procedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940).

Essas duas modalidades de aborto não criminosas tratam-se de causas de exclusão da ilicitude.

2.2.2.1 Aborto necessário

O aborto Necessário é aquele provocado para salvar a vida da gestante, ou seja, quando ela estiver correndo perigo e não tiver outro meio de salvá-la. Salienta-se, ainda, que esse aborto será feito por um profissional qualificado. Como previsto no próprio artigo 128 “Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; [...]”. (BRASIL, 1940).

A respeito do aborto necessário ou terapêutico, cita-se Cabette (2012, p. 40):

Ocorre quando o aborto é o único meio de salvar a vida da gestante, assemelhando-se a um caso de estado de necessidade. Nesses casos nem mesmo é preciso o consentimento da gestante, preponderando a tutela da vida da mulher em conflito com a vida do produto da concepção. Trata-se de uma situação-limite em que o legislador viu-se obrigado a optar entre dois bens jurídicos cujas respectivas preservações implicariam a destruição do outro. Assim sendo, optou corretamente pela vida da mulher. Pode acontecer que um aborto necessário seja praticado por uma pessoa que não seja médica, uma enfermeira ou qualquer pessoa em uma situação de emergência em que não era possível recorrer a um médico. Nesse caso, embora o art. 128, CP, restrinja sua aplicação aos médicos, também não haverá crime. No entanto, tal não se daria por influência do art. 128, I, CP, senão pelo art. 24, CP, configurando-se estado de necessidade.

Fabbrini e Mirabete (2012) entendem que o aborto necessário é a modalidade na qual o médico constata o perigo de vida para a gestante, de forma que o aborto será a única maneira de salvar a vida da mulher. Não há necessidade que este risco de vida seja atual, apenas existindo a certeza que a continuidade da gravidez poderá levar a gestante a óbito.

Acerca do sujeito ativo (terceiro) nessa modalidade de aborto cita-se Capez (2017, p. 156):

A excludente da ilicitude em estudo do crime de aborto somente abrange a conduta do médico. Não obstante isso, a enfermeira, ou parteira, não responderá pelo delito em questão de se praticar o aborto por força do art. 24 do CP (estado de necessidade, no caso, de terceiro); no entanto, nesse caso, exige-se que o prosseguimento da gravidez acarrete perigo atual e inamovível, pois se o perigo não for atual, a conduta será criminosa, tendo em vista o inciso I do art. 128 tem como destinatário exclusivo o médico, a quem cabe fazer o prognóstico de detecção de prejuízo futuro à vida da gestante.

É bem verdade que a lei defere que somente o médico deve realizar o aborto terapêutico. No caso, se a conduta do médico é considerada lícita, a de quem auxilia também será, como, por exemplo, a agente de saúde, o enfermeiro, a parteira ou qualquer pessoa que lhe dê auxílio. Um terceiro também pode praticar o aborto necessário quando não houver médico no local ou se o perigo de vida for eminente, neste caso, o aborto necessário estará acobertado pelo estado de necessidade de terceiro, que também exclui a ilicitude. (ALVES, 1999).

2.2.2.2 Aborto humanitário ou sentimental

O aborto sentimental ou humanitário na qual autoriza a interrupção da gestação nos casos de estupro, já que há o entendimento de que se configura o estado de necessidade ou de inexigibilidade de conduta adversa, está previsto no art. 128, inciso II, do Código Penal, como causa de exclusão de ilicitude, ou seja, “Não se pune o aborto praticado por médico: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. (BRASIL, 1940)

A respeito dessa modalidade de aborto cita-se Cabette (2012, p. 40):

Aborto sentimental, humanitário ou ético – trata-se do aborto legal quando a gravidez resulta de estupro. A doutrina tem justificado este caso de aborto legal porque a mulher não pode ser obrigada, sob pena de violação de sua dignidade humana e saúde psíquica, a levar adiante gravidez resultante de coito violento. Para a prática do aborto sentimental não há necessidade de ordem judicial prévia nem que haja Inquérito Policial ou processo em andamento ou decidido, bastando que o médico tenha elementos sérios para crer na veracidade da ocorrência do estupro.

Este consiste no aborto praticado por médico em caso de gravidez resultante de estupro, hipótese em que a mulher terá autonomia para decidir pela interrupção da gravidez, em virtude de coito vagínico violento, que poderá lhe causar danos ainda maiores como, por exemplo, o psicológico. O citado artigo não fazia diferenciação entre estupro com violência real ou presumida (revogado art. 224 do CP), concluindo-se que a violência real ou presumida estaria abrangida pela excludente de ilicitude. Os casos em que a lei não distingue, ou que entendesse estar excluído do dispositivo legal o estupro com violência ficta, a conduta do médico que praticasse o aborto nesses casos seria considerada criminosa. (CAPEZ, 2017).

Como já citado, este dispositivo permite a prática do aborto no caso de gravidez resultante de estupro e, ainda, se preceder de consentimento da gestante ou, quando incapaz, a do seu representante legal, ou seja, só permitido nestas circunstâncias. Então, se ela for incapaz, menor, doente mental ou entre outros, deve estar presente o consentimento de seu representante legal. Considerando que esse consentimento só é exigível no aborto sentimental, tratando-se de aborto necessário, é dispensável. (JESUS, 2015).

2.2.2.3 Aborto por anencefalia

O Supremo Tribunal Federal decidiu por não considerar crime o aborto de fetos anencéfalos. Garantiu-se a antecipação do parto em casos de anomalias fetais, como é o caso da anencefalia. A interrupção da gravidez de um feto anencéfalo passou a ser voluntária, neste sentido, tem-se que caso a gestante manifeste o interesse em não prosseguir com a gestação, poderá solicitar os serviços do Sistema Único de Saúde, sem a necessidade de autorização judicial.

Dessa maneira, além das hipóteses previstas no artigo 128 do código penal, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é outra forma de aborto autorizada, pois o Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento da ADPF nº 54, que a interrupção nesses casos não se submete aos tipos penais previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal. (JESUS, 2015).

Importante destacar que o Poder Judiciário enfrenta apreciações de matérias que envolvem síndromes malformativas distintas da anencefalia. Por essa razão, as decisões são quase sempre permeadas de incertezas e desconhecimento específico sobre a questão. Outra questão a ser analisada é o longo tempo de tramitação que se mostra incompatível com a necessária prontidão da análise do tema nos casos concretos. É provável, ainda, que a decisão proferida na ADPF 54 fará com que aumente o número de pedidos ao Poder Judiciário de

tratamento isonômico para casos em que as repercussões médicas e sociais sejam semelhantes às hipóteses de anencefalia. (GAZOLA; MELO 2015).

É de se verificar que a matéria reclama tratamento jurídico isonômico entre os casos das gestantes portadoras de fetos anencéfalos e aquelas que carregam no ventre fetos portadores de anomalias congênitas que acarretam o mesmo resultado médico e psíquico ventilado. (GAZOLA; MELO 2015).

2.2.3 Aborto Qualificado

Esse dispositivo tratará das formas qualificadoras do crime de aborto, que estão previstas no artigo 127 do Código Penal, na qual dispõe que: “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte”. (BRASIL, 1940).

Este só se caracterizará se efetivamente ocorrer a agravação pelo resultado, o qual pode acontecer de duas formas: Primeiro, se em decorrência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo resultar lesão corporal de natureza grave na grávida haverá um aumento de um terço sobre as penas aos crimes dos dois artigos anteriores; e segundo, essas penas serão duplicadas se em virtude dos crimes definidos nos dois artigos anteriores a genitora morrer.

Para Fabbrini e Mirabete (2012), quando ocorre lesão corporal de natureza grave ou morte, tal resultado não deve ser desejado, nem mesmo de forma eventual, pelo agente, pois nesse caso o agente responderia pelo crime de lesão corporal e homicídio, em concurso com aborto. Neste norte, tem-se que o art. 127 faz referência a crime preterdoloso, em que o agente não quer o resultado (lesão grave ou morte).

Capez (2017) discorre sobre as lesões causadas pela prática do aborto. No que tange às lesões corporais leves, a lei as exclui das majorantes. Porém ao tratar de lesões graves oriundas do delito, alguns autores como Nelson Hungria e E. Magalhães Noronha, assinam que apesar de graves, são “inerentes” ou “necessárias” ao crime de aborto e que, portanto, já estariam absorvidas pelo aborto. Desta forma, a lei teria em vista, somente lesões graves extraordinárias, ou seja, aquelas consideradas não necessárias à causação do aborto como, por exemplo, as infecções, pois de forma contrária o crime de aborto sempre ocorreria na forma qualificada.

Bitencourt (2007, p. 137) menciona que:

Tal artigo apresenta duas causas especiais de aumento de pena, para o crime praticado com o consentimento da gestante: Lesão corporal de natureza grave e morte da gestante. Somente a lesão corporal de natureza Grave, e a morte, qualificam o crime de aborto. Essas qualificadoras aplicam-se a apenas ao aborto praticado por terceiro, não sendo aplicado ao aborto praticado pela própria gestante, pois não se pune a autolesão nem o ato de matar-se.

Em suma, conforme adaptação à legislação, quem matar uma gestante, ciente de sua gravidez, cometerá crime de homicídio doloso e, também, crime de aborto em concurso formal.

3 ABORTO EUGÊNICO E ANOMALIA FETAL INCOMPATÍVEL COM A VIDA

Nesse capítulo tratar-se-á de uma modalidade de aborto, que, assim como as outras, é um tema complexo e polêmico, pois aborda valores morais, jurídicos entre outros.

É essa a modalidade de aborto que busca uma discussão acerca da eliminação de seres considerados inviáveis à vida extrauterina, aquele praticado ante a certeza e prova irrefutável de grave anomalia fetal que tornará o feto inviável.

Ademais não se pode comparar o aborto eugênico nos dias atuais com aquele praticado há séculos atrás, em que se buscava exclusivamente limpar a raça humana como exemplificado em várias doutrinas. Isso seria um grande erro, já que esse não é o entendimento utilizado hoje.

Além disso, muito embora nossa legislação não o tenha previsto e, ainda, que a interrupção de gravidez de feto inviável não seja permitida, a gestação de feto portador de anencefalia já pode ser interrompida até mesmo sem autorização judicial, quanto outras análogas a essa como, por exemplo, a agenesia renal bilateral tenham que se sujeitar a diversas posições dos magistrados, uns a favor, e outros ainda com o entendimento de que a mãe não tem o direito de interromper a gestação, e que a vida do feto deve ser protegida.

Ora, se o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade da interrupção pelo fato da inviabilidade do feto, então, até onde vai esse direito de proteção, já que no caso de um feto inviável sua morte é certa e irreversível. Além disso, com o grande avanço tecnológico da medicina é rápido e seguro o diagnóstico das graves anomalias que não terão melhora em seu quadro clínico.

Acrescenta-se o fato de que com a manutenção dessa gestação só será causado um sofrimento maior à gestante, além de eventual possibilidade de pôr em risco a saúde desta.

3.1 CONCEITO DE ABORTO EUGÊNICO

Como visto no capítulo antecedente, aborto compreende-se como a interrupção da gestação, com a consequente morte do feto, antes de seu nascimento com vida. Do latim abortus: ab significa *privação* e ortus, *nascimento*. Já o significado etimológico de aborto eugênico, é *bom nascimento*. (COSTA JÚNIOR, 1996).

Essa modalidade de aborto é aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável, e como esse não é permitido na legislação,

configura, então, o crime de aborto, uma vez que existe vida intrauterina. Desta forma, permanece o bem jurídico tutelado penalmente. (CAPEZ, 2017).

Nas palavras de Jesus (2015, p. 151) aborto eugênico, é aquele “permitido para impedir a continuação da gravidez quando há a possibilidade de que a criança nasça com taras hereditárias”.

Já Nucci (2005, p. 573) o define como sendo “a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos”.

O aborto eugênico, também pode ser chamado de eugenésico, seletivo, profilático, piedoso ou eugenético sendo “executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança dos pais”. (COSTA JÚNIOR, 2005, p. 393).

Por outro rumo, Diniz (2002 apud TEODORO, 2008, p. 37) considera o aborto eugênico como uma interrupção criminosa da gestação e realizada diante da

[...] suspeita de que, provavelmente, o nascituro apresenta doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves como microcefalia, retinite pigmentosa, sífilis, mongolismo, epilepsia genuína, demência precoce, idiotia amaurótica etc.; [...]. E o praticado com o escopo de aperfeiçoar a raça humana, logrando seres geneticamente superiores ou com caracteres genéticos predeterminados para alcançar uma forma depurada de eugenia, que substitui o direito de procriar pelo de nascer com maiores dotes físicos.

Pessini e Barchifontaine (2007) entendem que esta modalidade eugênica é reconhecida quando o aborto é provocado para livrar-se de um nascituro com taras, anomalias, defeitos ou doenças fetais já identificadas no exame pré-natal.

Da mesma forma, Rocha (2013) afirma que o aborto eugênico é aquele praticado para evitar o sofrimento futuro dos pais e até mesmo do próprio feto, por ser ele malformado, deficiente ou doente. Para o autor a sociedade brasileira não aceita a ideia da morte de seres humanos pelo fato de estarem doentes ou por apresentarem deformidades repugnantes e, dessa maneira, deve haver imputação objetiva para o crime de aborto.

Ainda é necessário reafirmar que há importantes juristas defendendo essa modalidade de aborto devido à previsão de anomalias graves que acometeriam a criança, como nos casos extremos por hidrocefalia, deformação ou malformações muito graves. Do mesmo modo, decisões judiciais autorizando sua prática, sendo essencial sua previsão e limitação no Código Penal, já que até o momento não há. (CABETTE, 2012).

Contudo, conforme Tessaro (2008), cumpre esclarecer que a interrupção da gestação de feto portador de anomalia incompatível com a vida extrauterina nada tem a ver com o significado dessa nomenclatura cuja razão será explicada nos próximos tópicos.

3.2 A UTILIZAÇÃO INADEQUADA DA EXPRESSÃO “ABORTO EUGÊNICO” EM RELAÇÃO ÀS ANOMALIAS FETAIS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA

Com base em várias leituras feitas, constatou-se que muitos doutrinadores adotaram a modalidade “aborto eugênico” para se referirem à interrupção de gestação de fetos portadores de anomalias incompatíveis com a vida extrauterina.

Pode-se citar como exemplo Zamai ([2016?]), que conceitua o aborto eugênico como sendo aquele “aborto que consiste em interromper a gestação quando o feto for portador de graves anomalias fetais tanto físicas como psíquicas, que tornem a vida extrauterina do produto da concepção inviável”.

Mas, desde a Primeira Guerra Mundial, quando foi criada, sua principal finalidade era preservar a nação de eventuais doenças transmissíveis hereditariamente, em virtude das mulheres que engravidavam vítimas de estupros cometidos por soldados pertencentes a outros países. (KERSUL, 2016).

Para Stansfield e King (1997, p.119, tradução nossa), conceitua-se eugenia como “melhoramento da humanidade pela alteração de sua composição genética, estimulando a raça daqueles que supostamente possuem gens desejáveis (eugenia positiva), e desestimulando a raça daqueles que possuem supostamente gens indesejáveis (eugenia negativa) [sic]”.

Portanto, diante desse respaldo, constatou-se que a interrupção da gestação de feto portador de anomalia incompatível com a vida nada tem a ver com o significado dessas terminologias. (TESSARO, 2008).

Quando se trata de casos incompatíveis com a vida extrauterina, a finalidade da interrupção é utilizar o procedimento terapêutico para diminuir o sofrimento dos pais e principalmente da mãe, quando for constatado que o feto não terá chance de sobreviver.

Mas, nos dias de hoje, a maioria dos juízes que indeferem a interrupção da gestação de fetos inviáveis, ou seja, que não concordam com a prática, utilizam a expressão aborto eugênico como argumento, principalmente, para sugerir que o procedimento do aborto nesses casos assemelha-se às práticas discriminatórias ocorridas no passado. (TESSARO, 2008).

Dip (1996, p. 527) entende que "o pressuposto fundamental do aborto eugênico é o de que só têm direito a nascer e a viver os sadios físicos e mentais, porque os enfermos serão infelizes e farão sofrer terceiros".

Alguns juízes preocupados em separar o aborto eugênico de fetos inviáveis, incluíram, nas suas decisões que autorizaram a interrupção, a distinção fundamental entre essas duas espécies. (TESSARO, 2008).

Nesse sentido cita-se o entendimento de Frigério (2003, p. 44):

Não só porque a palavra eugenia carrega uma forte carga de rejeição emocional e social, mas também porque o aborto por anomalia fetal incompatível com a vida não se procura a melhoria físico-biológica da raça, nem a criação de “super-homens”. O intuito é abreviar a angústia e o sofrimento da mãe, quando o feto não tem condições de sobrevivência extrauterina, nem possibilidades de estabelecer uma vida relacional.

Dessa forma, nota-se que o conceito da palavra eugenia citada pelos autores é totalmente inadequada à expressão aborto eugênico para fazer referência aos casos de fetos incompatíveis com a vida extrauterina, uma vez que o que se busca com esse procedimento nesses casos é evitar um sofrimento desnecessário para a mãe, pois, a morte para aquele ser é certa. Ou seja, de maneira alguma está se perseguindo uma melhora na espécie humana, muito pelo contrário, esse ato busca minimizar o sofrimento dos familiares que tenham que lidar com essa situação, cuja solução, não é imposta e sim, de livre escolha pela gestante, que não possui qualquer tipo de implicação em nível de população humana, em virtude da incompatibilidade de vida extrauterina do feto. (TESSARO, 2008).

Nesse sentido, importante e correto seria, reservar o conceito de aborto eugênico para as situações em que o aborto seja realizado contra a vontade da gestante e por valores discriminatórios. Uma vez que, hoje, o pressuposto ético do aborto por anomalia fetal incompatível com a vida é a autonomia reprodutiva, ou melhor, a decisão do aborto nesses casos é de caráter estritamente individual e não deve ter qualquer tipo de constrangimento para a gestante. Diferentemente do passado, em que as mulheres eram obrigadas, forçadas a abortar por razões raciais, étnicas ou religiosas. (DINIZ; RIBEIRO, 2004).

Em suma, com as novas ferramentas tecnológicas, assim como os valores fomentados pelo desenvolvimento científico, necessita-se afastar os preconceitos ideológicos a determinados termos, assim como aqueles que envolvem a eugenia, e que podem algumas vezes ser aceito em determinados casos, mas, no que diz respeito a fetos inviáveis deve ser totalmente afastado. Tornando-se, portanto, importante debater os limites e os casos em que seria pertinente o aborto eugênico. (FEIJÓ; NETO; ROCHA; SILVA, 2012).

Diante da explanação feita, como exemplo cita-se o caso dos fetos anencéfalos, e a agenesia renal bilateral o qual serão analisados no próximo tópico.

3.3 DISTINÇÃO ENTRE FETO MALFORMADO E INVIÁVEL

Muitas são as confusões relacionadas à distinção entre feto malformado e feto inviável, pois a maioria das pessoas, por simples senso comum, os consideram como sinônimos, mas seus conceitos são diferentes, e as situações fáticas a que esses se referem são diversas. Logo, faz-se necessário distingui-los, para melhor compreensão acerca do tema.

Em síntese, é necessário esclarecer que a malformação congênita do feto não pode ser entendida, neste trabalho, como principal razão para o abortamento. Uma vez que o que será analisado será o aborto somente para o caso de fetos portadores de anomalias incompatíveis com a vida extrauterina, como por exemplo: Agenesia Renal Bilateral. (KARAGULIAN, 2007).

Conforme ANIS (2004, p. 98) são fetos com inviabilidade fetal aqueles com

Quadro de má-formação grave, irreversível e letal que impede que o feto alcance o término da gestação, morrendo intraútero ou instantes após o parto. Grande parte dos casos de inviabilidade fetal é, espontaneamente, abortado durante o período gestacional.

Conceituam-se fetos malformados nas palavras de Zamai ([2016?]):

As malformações ocorrem durante a formação do ser, elas podem resultar na ausência completa ou parcial de uma estrutura ou em alterações da sua configuração normal. A maioria das malformações tem sua origem durante o período entre a terceira e a oitava semana de gestação. Contudo, as causas poderão ser advindas de fatores ambientais ou genéticos de forma independente ou combinada.

Depois desses conceitos é possível esclarecer que a principal diferença entre elas é na sua limitação na qualidade de vida. Um feto malformado mesmo tendo algumas limitações na qualidade de vida tem possibilidade de sobreviver, pois possui uma malformação muitas vezes grave, mas que de certa forma tem tratamento, mesmo que por intermédio de uma cirurgia.

Já o feto inviável, se torna um ser incompatível com a vida fora do útero materno, sua morte não é deduzida, é certa. Um feto inviável pode sobreviver alguns dias após o nascimento, mas falecerá logo após, até porque não há tratamento, pelo que será impossível reverter essa situação.

Para melhor esclarecer essa distinção, cita-se a lição Tessaro (2008, p. 46):

As malformações fetais, dependendo da gravidade, não provocam a morte do feto ao nascer. Ainda que estejam presentes anomalias congênitas, é possível que o feto malformado sobreviva, porém com certas limitações no que diz respeito a sua qualidade de vida. Em alguns casos, existem tratamentos clínicos ou cirúrgicos que podem mitigar ou até curar os efeitos desta malformação. A fenda lábio-palatina é um exemplo de anomalia fetal compatível com a vida.

Porém, esta malformação pode ser tão severa ou estar associada a outras anomalias, que tornam o feto inviável, ou seja, o prognóstico morte é certo e irreversível. São casos, por exemplo, em que um ou vários órgãos vitais (tais como o cérebro, bexiga ou rins) não se formaram. Como ressalta Diaulas Ribeiro, "nisto não parece haver contradição entre o conhecimento científico e a vulgar experiência comum quando segundo ambos se estabelece que um ser sem cérebro, sem rins ou sem pulmão não pode viver, nem pouco, nem muito".

Dentre as anomalias fetais incompatíveis com a vida, destacam-se alguns erros de fechamento do tubo neural (anencefalia, onde há ausência dos hemisférios cerebrais; acrania), algumas displasias ósseas (v.g. nanismo tanatofórico) e anomalias no sistema urinário (v.g. ausência dos rins), algumas anomalias cromossômicas (v.g. trissomia do cromossomo 18; trissomia do cromossomo 13), malformações múltiplas (v.g. Síndrome de Meckel Gruber, onde a displasia renal está associada à encefalocele; alterações decorrentes de exposição a agentes teratogênicos ou infecciosos, causando lesões múltiplas e severas), algumas anomalias gastro-intestinais e erros de fechamento da parede abdominal (v.g. body-stalk).

Portanto, evidente é a distinção entre feto malformado e inviável, pois, apesar das anomalias, é possível que o feto malformado se mantenha vivo. Ao passo que, nos fetos inviáveis, a anomalia incompatibiliza sua sobrevivência extrauterina, a criança não viverá nem bem ou mal, vindo a falecer logo após o parto.

Alguns especialistas em bioética defendem a ampliação do aborto legal para os casos de malformações do feto ou doenças hereditárias que impossibilitem a criança de ter uma vida normal. Concluem que a decisão de manter a gravidez nessas condições deve ser dos pais. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2007).

Não há no Brasil embasamento legal para interrupção da gravidez de fetos com malformações fetais sem chance de sobrevivência, salvo para os que envolvem risco de vida para a gestante, em virtude de sua patologia fetal. Mas mesmo não estando previsto no Código Penal, como dito anteriormente, algumas estão sendo interrompidas mediante autorização judicial. (MOISÉS et al, 2005).

Diante dessa explicação e dos conceitos acima abordados, fica clara a diferenciação entre um feto malformado e um feto inviável, pois, no primeiro, o feto terá chance de vida, mesmo com as anomalias diagnosticadas. Já o segundo, não terá chance de sobreviver, sua anomalia é muito severa, grave, tornando-o incompatível com a vida extrauterina.

3.4 ANENCEFALIA

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde, o Brasil é considerado o quarto país do mundo em prevalência de anencefalia. Em cada dez mil gestações levadas a termo no país, uma base de nove são diagnosticados com anencefalia, uma taxa cinquenta vezes maior que nos países como a França, Bélgica, ou Áustria. (ANIS, 2004).

Pode-se conceituar anencefalia como sendo um defeito no desenvolvimento embrionário do sistema nervoso central, conhecido também como aprouncefalia com crânio aberto, tratando-se de uma deformidade no fechamento do tubo neural, mais precisamente da porção anterior do sulco neural, desta forma, não existindo o encéfalo. Quando este defeito acontece por completo, ocorre a ausência da calota craniana, não existindo, portanto, qualquer possibilidade de sobrevivência. (PIERROTTI; SILVA, 2007).

Segundo Diniz e Ribeiro (2004), na anencefalia, não há estrutura cerebral (hemisférios e córtex), há somente o tronco cerebral. São ausentes todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as funções dependentes da medula espinhal.

A anencefalia é diagnosticada a partir do terceiro mês de gestação, sendo detectada com o exame de ultrassonografia. (SANTOS, 2006).

Para Franco (2005, p. 7),

O feto anencéfalo apresenta uma patologia, de caráter embriológico, que não lhe dá chance alguma de vida extrauterina. Sua perspectiva de sobrevivência, fora do claustro materno, equivale a zero. Trata-se, portanto, de um feto inviável partindo-se da ideia de que viabilidade se conecta direta e imediatamente com a possibilidade de vida extrauterina. O anencéfalo será inviável em qualquer momento do processo gestacional e se isso encontra base científica indelével, não há como protegê-lo da irreversível condenação à morte. Quer sua expulsão do ventre materno se dê nos meses iniciais da gestação, quer se chegue a seu termo, o resultado será sempre igual, ou seja, a morte do anencéfalo, em razão do defeito neurológico que lhe é intrínseco.

Do ponto de vista físico a gravidez de feto anencéfalo pode gerar riscos à gestante e ao parto. Ainda, soma-se o fato de que a anencefalia pode causar problemas à saúde psíquica da mulher. Algumas sequelas suportadas pela gestante podem ser evidentes como a frustração, depressão, tristeza e angústias, pois a gestante se encontra à espera de um parto de feto absolutamente inviável. (FRANCO, 2005).

A anencefalia pode ser classificada como holocrania, holocefalia e merocrania ou meroanencefalia. No caso da holocrania não há qualquer tipo de tecido nervoso cerebral no feto, já no caso da merocrania, há somente resquícios do tecido cerebral, mas, em ambos os casos, não há qualquer possibilidade de cura, nem de vida extrauterina. (PIERROTTI; SILVA, 2007).

Ainda pode-se afirmar que essa anomalia traz a eclampsia, embolia pulmonar, aumento do volume do líquido amniótico, como resultados para a gestante. Além de ocasionar

dificuldades de respiração e do funcionamento do coração, o que pode levá-la à morte, e, ainda, levando muitas vezes prolongamento da gestação para quarenta semanas. (LARA, 2005).

Salienta-se, ainda, a grande dificuldade do parto de um feto anencéfalo comparando-o com um feto normal. Por conseguinte, em razão da sua grave deformidade, como a ausência completa da caixa craniana, não se pode ter o parto normal, em razão de não conseguir empurrar o colo do útero facilitando-se o procedimento. A duração do trabalho de parto de um feto com essa anomalia pode durar 14 e às vezes até 18 horas, acarretando grande dor e risco de vida à gestante. (ANDALRAFT, 2004).

Conforme afirma Rocha (2013, p. 123), “o sistema jurídico, com suas características fundamentais de unidade e adequação valorativa, indica que não pode haver crime de aborto na interrupção da gravidez de feto anencéfalo”.

Para interrupção da gestação de feto com esse tipo de anomalia não é necessário qualquer tipo de autorização judicial, por ser essa considerada inviável, e não estar juridicamente tutelado, e, sobretudo, por não ser uma pessoa para fim de tutela jurisdicional.

3.4.1 A Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54

Havia muitos conflitos nas decisões dos tribunais para interrupção da gestação de fetos anencéfalos, e em razão disso, a possibilidade para essa interrupção sempre era coberta de muita insegurança jurídica e durante muito tempo foi discutida. (GRECO, 2017).

A insatisfação das gestantes de ter que recorrer individualmente à justiça, para solicitar a autorização para interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, tendo que se sujeitar ao deferimento ou não do pedido, era grande. Essas mães desejavam diminuir seu sofrimento físico e psíquico. Assim, era preciso imaginar um mecanismo pelo qual se pudesse ingressar diretamente perante o Supremo Tribunal Federal e obter uma decisão geral, válida para todos os casos. (BARROSO et al., 2009).

Dessa forma, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde propôs no dia 17 de junho de 2004, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, questionando a aplicação dos artigos 124, 126, 128, I, II, do Código Penal, nos casos de fetos anencéfalos. (GRECO, 2017).

O ajuizamento dessa ação teve como atenção, em seu pedido, garantir que os profissionais de saúde pudessem socorrer as mulheres que desejassem antecipar o parto sem incorrer em risco de processos penais e, ainda, que as mulheres pudessem escolher livres, qual

a melhor decisão para sua vida, após o diagnóstico no feto dessa anomalia grave como a anencefalia. (DINIZ; RIBEIRO, 2004).

Em razão da grande relevância do pedido e para evitar o desencontro de determinações jurisdicionais, o Ministro relator Marco Aurélio concedeu a medida liminar, determinando o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado relativas ao crime de aborto de fetos anencefálicos, bem como reconheceu o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto, a partir de laudo médico atestando a deformidade. (CAPEZ, 2017).

A ADPF n. 54 foi discutida em audiência pública, realizada nos meses de agosto a setembro de 2008, quando foram ouvidas uma série de entidades e especialistas a respeito do aborto eugênico em caso de anencefalia. (BAYER, 2010).

Por fim, no dia 12 de abril do ano de 2012 o Supremo Tribunal Federal, proferiu a decisão importantíssima, com o embasamento de que somente o feto com capacidade de ser pessoa pode ser sujeito passivo do crime de aborto. O tema foi muito polêmico, pois abrangeu questões de dignidade, liberdade, autodeterminação e direitos individuais. Decidiu-se que a antecipação terapêutica do parto, no caso da anencefalia, não constitui crime de aborto, em razão de esse tipo penal pressupor potencialidade de vida extrauterina. (GAZZOLA; MELO, 2015).

Porém, a decisão do Supremo Tribunal Federal não foi unânime, entre dez ministros, Ricardo Lewandowski e Antonio Cezar Peluso deram seus votos contrários à mulher, pautando seus argumentos no temor odioso da eugenia. O ministro Peluso declarou no seu voto que não se pode impor pena capital ao feto anencefálico, reduzindo-o a lixo ou de alguma coisa imprestável, por ser incapaz de pressentir a agressão e de apresentar defesa. Acrescentou, ainda, que permitir o aborto nesses casos em nada se diferenciava do racismo, sexismo e do especismo. Já o ministro Lewandowski, no mesmo sentido, manifestou seu posicionamento de que permitindo a interrupção da gestação de feto anencéfalo retroceder-se-ia aos tempos dos antigos romanos, em que se lançava para a morte, do alto de uma rocha, as crianças consideradas fracas ou debilitadas. (DREZETT, 2015).

Mesmo com todos os entendimentos contrários, ou seja, desfavoráveis aos direitos humanos das mulheres que desejam interromper a gestação com anencefalia, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não se justifica a tutela do Estado para o feto com esse diagnóstico, e nem se faz necessária a obtenção de autorização do Poder Judiciário para interromper essas gestações. (BRASIL, 2012).

Segundo Capez, (2017, p. 160), Barroso representou a CNTS e proferiu o desfecho da ADPF da seguinte forma:

O Supremo Tribunal Federal decidiu, por 8 votos a 2, na última 5ª feira, dia 12 de abril de 2012, ser legítima a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, se esta for a vontade da mulher. Os votos acolheram diferentes argumentos apresentados pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, representada por mim: não se trata de aborto ou, ainda que fosse, estaria fora da incidência do Código Penal, dentre outras razões, por força do princípio da dignidade da pessoa humana. Em memorial distribuído na véspera, e na sustentação oral, acrescentei o argumento da autonomia reprodutiva da mulher.

Conforme julgamento na ADPF, o Supremo Tribunal Federal, decidiu que a interrupção da gravidez do feto anencefálico não diz respeito aos tipos penais dos artigos 124 e 126 do Código Penal, pois, de acordo com a Suprema Corte, se mostra inconstitucional a interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal. (JESUS, 2015).

O principal argumento acolhido na decisão foi de que o feto anencéfalo, ainda que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, deve ser visto como juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica, e, em especial, da proteção jurídico penal. Como afirmou Nelson Hungria, o Supremo Tribunal Federal admitiu que para a caracterização do crime de aborto é imprescindível que o feto tenha possibilidade de vida. (ROCHA, 2013).

Em síntese o crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo e, ainda, que a morte do feto seja resultado direto das manobras abortivas. Desta forma, é possível frisar que na hipótese da anencefalia, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre das manobras abortivas. Diante dessa análise, constata-se que a interrupção de gravidez, nesse caso, revela-se absolutamente atípica e, portanto, não pode ser considerada como aborto, de forma criminosa ou não. (BITENCOURT, 2007).

Assim, uma vez diagnosticada a anencefalia, a gestante poderá, se for de sua vontade e interesse, para preservar sua integridade física e diminuir seu sofrimento, submeter-se ao aborto, sem que esse comportamento seja considerado criminoso. Ressalta-se, ainda, que o Conselho Federal de Medicina, com o propósito de regulamentar a hipótese, editou a Resolução nº 1989, de 10 de maio de 2012. (GRECO, 2017).

Cabe ressaltar outro assunto importante também abordado no julgamento da ADPF 54, pelo então Ministro Cezar Peluso, Presidente da Suprema Corte, que proferiu voto divergente, e que mencionou a questão da existência de várias outras anomalias fetais além da

anencefalia que podem resultar em formas letais e a necessidade de seu conhecimento e tratamento isonômico pelo Poder Judiciário, sustentando que a decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina. (GAZZOLA; MELO, 2015).

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54 foi importantíssima, pois privilegiou o direito de escolha, não podendo, deste modo, ser imposta a alguém a obrigação de manter uma gestação a qualquer custo, especialmente, após o diagnóstico dessa anomalia fetal grave.

3.5 AGENESIA RENAL BILATERAL

A agenesia renal bilateral é a denominação utilizada para a ausência dos dois rins, sendo que somente essa é incompatível com a vida extrauterina, diferente da agenesia renal unilateral na qual o feto será compatível com a vida, em razão de muitas vezes o rim crescer para suprir a falta do outro. A agenesia renal pode ser causa de uma síndrome como na maioria dos casos, mas muitas vezes pode ocorrer como uma anomalia isolada ou parte de uma alteração genética, assim, sua etiologia é heterogênea. (KARAGULIAN, 2007).

Dessa forma, constatou-se que a gravidez de fetos com essa anomalia da agenesia renal bilateral deveria possuir os mesmos cuidados dos fetos anencéfalos, pois não há qualquer expectativa de vida nesses casos, devendo a gestante ter o direito inclusive de interromper a gravidez sem autorização judicial, fazendo, então, uma antecipação terapêutica do parto.

Conforme o médico Persaud (2008, p. 366), a agenesia renal assim pode ser conceituada:

As displasias renais e a agenesia renal são um espectro de malformações graves que constituem as principais doenças tornando necessários diálise e transplante nos primeiros anos de vida. O rim displásico multicístico é um exemplo desse grupo de anormalidades, em que numerosos ductos estão circundados por células indiferenciadas. Os néfrons não se desenvolvem e o broto uretral não se ramifica, de modo que os ductos coletores nunca vêm a se formar. Em alguns casos esses defeitos causam a involução dos rins e a agenesia renal, a qual pode ocorrer também se o broto uretral não fizer contato com o mesoderma metanéfrico e/ou não o induzir. A agenesia renal bilateral, que ocorre em 1/10000 nascimentos, acarreta insuficiência renal.

A distorção no desenvolvimento renal acontece por volta do 31º dia de desenvolvimento fetal, havendo uma limitação na quantidade de líquido amniótico produzido,

fazendo com que surjam outras anomalias in útero. Portanto, em regra, esse tipo de agenesia está associado ao oligodrâmnio (pouco líquido amniótico) e, de acordo com alguns doutrinadores a agenesia renal, devido à ausência de rim no feto e em razão da não produção do líquido amniótico, é causada pelo aparecimento do oligodrâmnio. Ainda, é importante destacar que a agenesia renal bilateral por estar associada a outras malformações, como as anomalias do sistema respiratório, cardíaco, sistema nervoso central, gastrointestinal e ósseo, e muitas outras, o caso se torna muito mais grave, tornando o feto incompatível com a vida extrauterina. (KARAGULIAN, 2007).

Em 2003 foi realizado um estudo sobre as deformidades no aparelho urinário pelo *Jornal Brasileiro de Patologia e Medicina Laboratorial*, e constatou-se que o terceiro sistema mais atingido por anomalias congênitas é o aparelho urinário, com diversas variações e graus, ou seja, desde anomalias de pouca importância clínica até alterações dismórficas severas e potencialmente letais, como a agenesia renal bilateral. (NORONHA, 2003).

A agenesia renal bilateral é diagnosticada através da ultrassonografia, que constatará, com mais precisão após a 14ª semana de gestação, se o feto não possui os rins e bexiga. Do mesmo modo, outro exame que proporcionará um diagnóstico exato é o Doppler colorido. A ultrassonografia é de extrema importância, pois o fato de haver pouco líquido amniótico não é suficiente para enquadrá-lo como agenesia, uma vez que, dependendo da idade gestacional, é normal. É ainda mais importante pelo oligodrâmnio não ser fator relevante apenas para diagnosticar a agenesia, mas, outras anomalias. (KARAGULIAN, 2007).

Conforme Karagulian (2007, p. 44), a agenesia renal bilateral está associada à hipoplasia pulmonar, afirmando que “A agenesia renal bilateral pode ser o único distúrbio primário ou um dos indícios de uma série de anomalias do eixo caudal. Comumente, a agenesia está associada a hipoplasia pulmonar, o que torna impossível a sobrevivência fetal”.

Em síntese, se realmente não há chance de sobrevivência, se o feto é incompatível com a vida extrauterina, não se pode falar em proteção da vida do feto, pois não se trata de um direito absoluto, até porque existem outros princípios que devem ser observados e conseqüentemente respeitados, como o princípio da dignidade humana e, ainda, o da autonomia resguardados à gestante.

Assim sendo, na ausência da vida, ou na ausência da potencialidade da vida, não há pessoa, apenas coisa, desta maneira o princípio do direito à vida perde o objeto de proteção, que no caso é a própria vida. Em outras palavras, é preciso estar vivo para ser

pessoa e poder ter direito à vida, pois um feto sem potencialidade de vida extrauterina é um feto sem a expectativa de vida, isto é, incapaz de sobreviver. (DINIZ; RIBEIRO, 2004).

Logo, torna-se necessário compreender que o feto com Agenesia Renal Bilateral não terá chance de sobreviver, é um feto inviável à vida extrauterina, tornando-o similar à anencefalia, pois suas malformações, como dito anteriormente, o tornam igualmente inviáveis. Mas, mesmo que a possibilidade de interrupção da gestação de feto anencéfalo seja pacífica juridicamente, por serem inviáveis, outros casos similares ainda são objeto de infundáveis controvérsias judiciais e decisões contrárias a sua interrupção. (TOTH, 2015).

4 A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO NA HIPÓTESE DE ANOMALIA FETAL INCOMPATÍVEL COM A VIDA EM CASOS ANÁLOGOS À ANENCEFALIA E EXCLUSÃO DE SUA ANTIJURIDICIDADE

A interrupção da gestação de fetos com anomalias distintas da anencefalia, mas incompatíveis com a vida extrauterina, conforme analisado anteriormente, não se enquadraram na decisão do Supremo Tribunal Federal, deixando dessa forma tratamento diferenciado às diversas condições similares. Nos casos de fetos anencéfalos a gestante não necessita de qualquer autorização judicial, em contrapartida nos casos análogos a gestante precisará submeter-se ao Poder Judiciário para obtê-la.

Portanto, se o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade da interrupção da gestação no caso da anencefalia em razão de o feto ser inviável, não existe razão para o não tratamento isonômico aos casos análogos a esse, uma vez que por mais que sejam distintos, possuem também, incompatibilidade com a vida extrauterina.

Ressalta-se que o feto inviável não é suporte fático do crime de aborto e a conduta nesses casos, como visto, é atípica, e sem tipicidade não há pressuposto para qualquer outra fase da estrutura do crime, como analisar-se-á a seguir.

4.1 REFLEXÕES BIOÉTICAS

A bioética é um conjunto de integrações de diversas áreas, sendo que seu principal objetivo é assegurar que a ciência seja um meio de preservar a vida e não se transforme em um fim e, ainda, que o cerceamento da vida não seja uma forma de crescimento da ciência. É por meio da bioética que se buscam respostas para os problemas relacionados à vida em especial e também sobre a questão do aborto. (CLOTET; FEIJÓ, 2005).

Conforme Durant (1995, p.22), a bioética significa “o estudo interdisciplinar do conjunto das condições exigidas por uma administração responsável da vida humana (ou da pessoa humana), tendo em vista os progressos rápidos e complexos do saber e das tecnologias biomédicas”.

Na bioética a problemática que norteia a questão do aborto é em relação ao conceito de quando inicia-se a vida, quando ela começa de fato a ter importância moral e, ainda, as razões práticas, sociais, como a gestação que traz risco para mãe, a gravidez indesejada e o aborto clandestino, além de muitas outras situações que podem ser levantadas, como a questão de fetos inviáveis à vida extrauterina. (GARRAFA; COSTA, 2000).

Desta maneira pode-se dizer que a bioética é um dos conhecimentos adquiridos pelo ser humano para a condução de sua vida e de sua evolução, com a característica da conciliação com a experimentação científica, pois de certa forma, deve haver uma aplicação de suas descobertas na realidade. Ou seja, a vida deve ser conduzida de forma ética, de acordo com o bem-estar de todos, prevalecendo na sociedade, com os limites impostos entre homens e mulheres, na qual particularismos não podem ser considerados para essa finalidade. (NAMBA, 2009).

Neste sentido, conforme as palavras de Pessini e Barchifontaine (2007, p. 323), pode-se dizer

Que a bioética passa a se entendida como a resultante moral do conjunto de decisões e medidas tecnocientíficas, políticas e sanitárias – individuais ou coletivas públicas ou privadas – que proporcionam aumento de cidadania e diminuição da exclusão social. Assim, em relação à bioética, o problema é integrar na justa medida e para cada caso concreto, uma ética da tolerância, uma ética da responsabilidade e uma ética da solidariedade, sendo a tolerância uma conquista no caminho em direção à solidariedade, este laço que une pessoas como co-responsáveis pelo bem uma das outras.

Conforme a ANIS (2004), a bioética é um campo da ética aplicada aos conflitos morais no campo da saúde e da doença. E suas áreas de atuação são diversas, envolvem questões que dizem respeito a todo meio ambiente, como aos seres humanos e demais seres vivos. Mas, no Brasil, a bioética especializou-se exclusivamente no tocante ao ser humano.

São quatro princípios básicos que norteiam a bioética, sendo o da autonomia; o da beneficência; o da não-maleficência; e o da justiça, com critérios gerais que têm sido utilizados como ponto de apoio para justificar os preceitos éticos e as valorações das ações humanas na área da biomedicina na qual estão inseridos. (HOGEMANN, 2003).

O princípio da autonomia aponta a capacidade dos indivíduos de livremente deliberarem suas escolhas pessoais, e devam ser tratados com respeito pela sua capacidade de tomar decisões, ou seja, o ser humano tem o direito de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e à sua vida, sobretudo os atos médicos que devem ser autorizados pelo paciente. Tratando-se de deficientes e no caso de crianças, esse princípio deve ser exercido pela família ou pelo responsável legal. Já o princípio da beneficência refere-se à obrigação ética de aumentar o benefício e diminuir o prejuízo para o ser humano. O profissional deve ter ciência e informação de quais são os métodos médicos mais benéficos possíveis ao paciente, proibindo dessa maneira infligir dano deliberado. (MOISÉS et al, 2005).

O princípio da não-maleficência estabelece que a ação do médico sempre deve causar o menor prejuízo ou agravos à saúde do paciente, ou seja, tem como finalidade reduzir

os efeitos adversos ou indesejáveis das ações diagnósticas e terapêuticas no ser humano. Ainda no que corresponde aos princípios da bioética tem-se o da justiça, que diz respeito à condição funcional da equidade, à obrigação ética de tratar cada indivíduo com base no que é moralmente correto e adequado, dando-se a cada um o que lhe é devido. Assim, o médico deve atuar com imparcialidade, evitando ao máximo que aspectos sociais, culturais, religiosos, financeiros e outros não interfiram na relação do médico com paciente. (MOISÉS et al, 2005).

Constata-se que os quatro princípios norteadores da bioética não estão sujeitos a qualquer disposição hierárquica, com tanto que se houver conflitos entre eles, no sentido de aplicar-se corretamente, deve-se estabelecer como, quando e o que determinará o predomínio de um sobre o outro. (MOISÉS et al, 2005).

Destaca-se o entendimento da bioética no que diz respeito à interrupção da gravidez de feto portador de anomalia incompatível com a vida extrauterina, chega-se a um impasse por que se quer preservar a vida de quem nascerá e a liberdade de quem não quer levar adiante uma gravidez na qual o feto não terá sobrevivência. (NAMBA, 2009).

Dessa maneira, a interrupção de fetos inviáveis enquadrada no estudo da bioética na qual a utilização ou não desse procedimento implicará num conflito entre princípios morais fundamentais, e a tomada da decisão e resolução deste impasse acarretará necessariamente a valoração dessas diretrizes, sendo que, para ocorrer isso, um destes princípios deverá se sobrepor ao outro. Nota-se que nessa situação não é possível aplicar a norma moral geral, como, por exemplo, o mandamento “não matarás”, uma vez que outros valores também fundamentais se contrapõem a este ditame, como a qualidade de vida e principalmente a dignidade da pessoa. Deve-se considerar, ainda, que os princípios são diretrizes e não respostas precisas aplicáveis ao caso concreto, e que podem ser tratados muitas vezes como complementares um do outro, e não antagônicos. (TESSARO, 2008).

Faúndes e Barzelatto (2004) ressaltam que, no caso de um aborto de feto inviável, o produto do processo reprodutivo deve ser muito respeitado, mas devem evitar-se intervenções médicas inúteis na tentativa de mantê-lo vivo. Assim sendo, a única preocupação deve ser o bem-estar da gestante.

Ao ser verificado um diagnóstico de feto incompatível com vida extrauterina, é importante estudar a perspectiva da mulher, pois tanto os estudiosos da bioética como os operadores do direito estão considerando a autonomia da mulher, entendendo que cabe à gestante optar pela interrupção ou continuação da gravidez nesses casos de fetos inviáveis, conforme seus próprios desejos.

Conforme relatam Diniz e Ribeiro (2004, p. 43),

Profissionais biomédicos, juristas, representantes de diversas religiões e de movimento de mulheres defendem a aprovação de um novo permissivo legal sobre aborto no Brasil, de forma a incluir os casos de má-formação fetal incompatível com a vida extrauterina.

Do mesmo modo, assegura-se que assim que receber o diagnóstico, a gestante do feto com incompatibilidade da vida extrauterina deve decidir sobre a interrupção da gestação, a partir de seus próprios ideais e valores morais e religiosos, considerando sua liberdade de decisão. (TESSARO, 2008).

Assim, levar uma gestação até o fim, sendo que a gestante fez a opção de interrompê-la, significa agredir a dignidade desta gestante, comparando seus efeitos à tortura, prejudicando também sua saúde psíquica, e por consequência sua qualidade de vida. Ademais, defender o direito à vida do feto que já teve o diagnóstico irreversível da morte é, no mínimo, um contrassenso. (TESSARO, 2008).

Para muitos pesquisadores da bioética, o argumento do conflito de interesses entre a mulher e o feto incompatível com vida é absolutamente nulo, indiferente de o embrião poder ser em outras situações detentor de alguma moralidade. Pois, o que se pretende garantir é a autonomia das pessoas para deliberar sobre suas próprias vidas, e em se tratando de aborto, a garantia de que as mulheres que consideram o aborto amoral (aquele que é destituído de moralidade) devam ter condições sociais e sanitárias de realizá-lo, se assim desejarem, e aquelas que o consideram imoral (contrário à moral, e aos bons costumes) devam ser livres para jamais realizarem. Dessa maneira, para grande parte das teorias bioéticas, o aborto deve ser o resultado de uma decisão autônoma e livre de cada mulher, sendo intolerável qualquer forma de pressão moral. (DINIZ; RIBEIRO, 2004).

Portanto, verifica-se que a interrupção da gestação de feto portador de anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina é causador de grandes debates bioéticos, em virtude da questão de qualidade de vida e dignidade da pessoa que os envolvem, e que são imprescindíveis para integrar o conceito de direito à vida. Ademais, por se tratar de antecipação terapêutica do parto, pode, ainda, ser tratado de forma diferenciada da norma geral do aborto, diminuindo a polêmica ética que este tema causa. Até porque, constata-se que a interrupção seletiva da gravidez tem subsídios bioéticos hábeis para respaldar a licitude deste ato. (TESSARO, 2008).

De acordo com Moraes (2003), comprovada a impossibilidade de vida extrauterina do feto, não teria o porquê da penalização do aborto, pois o direito penal não

estaria protegendo a vida, conforme resguardado pela Constituição, uma vez que não há vida para isso, mas de fato, estaria infringindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

4.2 A CARACTERIZAÇÃO DE ANOMALIAS FETAIS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA DISTINTAS DA ANENCEFALIA COMO EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Na atual legislação penal, em relação ao aborto, encontram-se duas excludentes de ilicitude, tal como quando esse traz sérios riscos de vida para gestante e, ainda, quando a gravidez resulta de estupro. No que tange aos fetos anencéfalos como analisado anteriormente, embora não previsto no código penal, com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54, tornou-se mais um caso de excludentes de ilicitude, pois sua conduta é atípica, não sendo sua interrupção considerada crime, em razão da inviabilidade do feto.

Desta forma, verifica-se que o código penal pune o crime de aborto, admitindo tão somente essas exceções. Porém, mesmo nos casos análogos à anencefalia, com diagnósticos em que o feto é incompatível com a vida extrauterina, sua prática ainda é proibida no ordenamento jurídico.

Portanto, a realização da prática do aborto em gestante que teve o diagnóstico de um feto portador de anomalia grave e incompatível com a vida extrauterina, ou seja, feto sem sobrevivência por si só, e que seja distinto da anencefalia, é de uma justiça inquestionável, contudo sem previsão legal no nosso ordenamento, necessitando sempre de autorização judicial e subordinada à morosidade do Judiciário. (BAYER, 2010).

Em suma, ressalta-se que tanto a Constituição Federal como o Código Penal protegem a vida viável, e não aquela sem o mínimo de expectativa de vida extrauterina. Até porque o feto inviável não é suporte fático do crime de aborto e a conduta nesses casos, como já analisado, será atípica, e sem tipicidade não há pressuposto para qualquer outra fase da estrutura do crime. (GAYA, 2004).

Assim, de acordo com os ensinamentos de Jesus (2014), conceitua-se crime como um fato típico e antijurídico, e o fato típico como sendo o comportamento humano, seja ele positivo ou negativo, e que provoque um resultado que corresponda como infração na lei penal. Já o fato antijurídico é aquele contrário ao direito, reprovável pelo ordenamento jurídico.

Contudo, se com esses fatos citados acima concorrer uma das causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal, ou em leis especiais, não se falará em fato ilícito e antijurídico. (TESSARO, 2008).

Segundo Jesus (2014, p. 197), pode-se citar que

A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita. Assim, o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão de antijuridicidade (CP, art. 23, ou normas permissivas encontradas em sua parte especial ou em leis especiais). Presente a causa de exclusão o fato é típico, mas não antijurídico, e, em consequência, não se há de falar em crime, pois lhe falta um requisito genérico.

O artigo 23 do Código Penal estabelece as causas de excludentes de ilicitude, quando não haverá crime se o agente praticar o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, ou quando estiver em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito. (BRASIL, 1940).

Denomina-se, ainda, que o legislador de 1940 não atribuiu à vida do feto valor absoluto, uma vez que afastou o rigor da lei nos casos do artigo 128 do Código Penal, visando preservar um bem entendido como maior, como a integridade física da gestante. Em suma, constatou-se então que o intuito da lei é humanitário, pois permite a interrupção da gravidez nas situações tipificadas por ela, independentemente das condições físicas e de sobrevida do feto. Observa-se que diante desse entendimento a interrupção da gravidez de feto com anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina é constitucional e lícita. (TESSARO, 2008).

No entanto, há quem enquadre a interrupção da gravidez de fetos incompatíveis com a vida extrauterina como estado de necessidade, uma das excludentes de ilicitude prevista no artigo 24 do Código Penal. (TESSARO, 2008).

Logo, quem a pratica é para salvar-se de perigo atual, que não provocou por sua vontade, pois toda mãe espera ter um filho sadio que tenha chance de sobreviver, mas quando não acontece dessa forma, para se resguardar de sofrimento maior no futuro, para preservar sua integridade e sanidade, decide por interromper, pois tão somente se está antecipando um fato que está prestes a ocorrer. (FRIGÉRIO, 2003).

Ademais, analisa-se também um entendimento existente que se tratando de feto incompatível com a vida, sua antecipação não fere nenhum dos bens constitucionais, pois, como já exposto, a gestação nesses casos não possui vida humana viável sendo formada, assim sendo, não há qualquer potencial de vida a ser protegida, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Em síntese, só poderá ser sujeito passivo de aborto, o feto

com a capacidade potencial de se tornar uma pessoa. Portanto, nesses casos de inviabilidade não há que se fixar nenhum tipo de repercussão jurídico-penal, sendo que se tratando de fetos com essas anomalias não se está impedindo o surgimento de uma pessoa ou causando danos à integridade física ou à vida da gestante, na qual somente com essas condutas se tipificaria o crime de aborto, muito pelo contrário, se resguarda a integridade de vida das mães. (BARROSO, 2004).

Uma vez que um ser que apresente uma anomalia que torne inviável a vida extrauterina não estará mais presente após alguns dias do parto, por outro lado, o dano psicológico sofrido pela mãe, poderá se verificar após vários anos da gestação ilusória. Desta maneira, verifica-se a intenção do legislador ao defender a saúde psíquica da gestante como uma excludente da ilicitude prevista no Código Penal, nos casos de aborto de fetos inviáveis. (ZAMAI, [2016?]).

Ainda, em relação aos casos de fetos portadores de anomalias incompatíveis com a vida extrauterina, Franco (1992, p. 95) defende a exclusão de ilicitude desta conduta:

A vida do nasciturus é um bem jurídico protegido pelo art. 5º da Magna Carta mas isto não significa que tal bem jurídico não possa entrar em conflito com 'direitos relativos a valores constitucionais, como a vida e a dignidade da mulher'. Estes conflitos não podem ser considerados a partir da perspectiva dos direitos da mulher ou da proteção da vida do nasciturus. Na medida em que nenhum desses bens pode afirmar-se com caráter absoluto, impõe-se sua ponderação e harmonização'. Bem por isso, em situações, singulares ou excepcionais, rigorosamente, delimitadas, mostra-se perfeitamente adequado, do ponto de vista do respeito constitucional ao direito à vida, a não punibilidade do aborto com a exclusão da proteção penal do embrião ou do feto.

Os direitos e garantias fundamentais enumerados na Constituição Federal (BRASIL, 1988, p. 05) em seu artigo 5º, inciso III, preveem 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, nos termos seguintes:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Logo, ressalta-se que o direito à igualdade pode ser aplicado nas questões relacionadas à interrupção dos fetos com anomalias análogas à anencefalia, uma vez que sua incriminação contraria frontalmente o princípio da igualdade, pelo fato de que se a Decisão na ADPF 54 não considerou a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos como crime, em virtude da inviabilidade do feto, outros fetos com o mesmo diagnóstico de inviabilidade da vida extrauterina também devem receber esse mesmo entendimento, pelo qual essa interrupção poderá ser feita até mesmo sem autorização judicial.

Ainda nesse tópico é importante falar-se do projeto de lei nº 236 de 2012, criado por uma comissão para reformulação do Código Penal, incluindo na parte especial, no artigo 128 mais especificadamente, mais duas causas excludentes de ilicitude do crime de aborto. Nesse sentido, Lemos (2014) cita as hipóteses legais de exclusão de ilicitude no caso de aborto:

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos;

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

Destaca-se, ainda, as diferenciações que Cernicchiaro ([2000?]) apresentou em relação ao aborto eugênico com o anteprojeto de lei, publicado em 1999, por uma comissão para reformulação do Código Penal, na qual Alberto Franco foi responsável pela subcomissão que tratava dos crimes contra a vida. Nesse anteprojeto de lei havia sido acrescido mais uma causa excludente de ilicitude do aborto, ou seja, quando o feto fosse inviável à vida extrauterina:

A título de exclusão de ilicitude (a conduta, por isso, não contrasta com a norma jurídica) foi consagrada autorização para interromper a gravidez quando o produto da concepção evidenciar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais que tornem o nascituro inviável. Não se visa o aperfeiçoamento da raça, como apressadamente, alguns críticos averbaram. Não há nenhuma inspiração em métodos de regimes totalitários. A exposição de motivos encerra ilustrativa comparação. Inadmissível interromper a gravidez se o feto for portador de síndrome de down. Apesar da anomalia, está presente um ser que merece viver. Ao contrário, no caso de anencefalia, faz-se ausente um órgão característico da pessoa humana. E mais, a medicina explica, levada a gravidez a termo, a sobrevivida não ultrapassará cinco dias. A segurança jurídica não foi esquecida. Tanto assim, imprescindível o fato ser atestado por dois outros médicos, não se tomando, pois, a opinião do profissional que fará a cirurgia. Também aqui, a jurisprudência mostra-se sensível e, com a devida cautela, dá autorização para o aborto. Legislação expressa se faz imprescindível a fim de ser afastada qualquer dúvida.

A Folha de São Paulo, em editorial de 06 de fevereiro de 1999, menciona que o anteprojeto autoriza expressamente o que, na verdade, já ocorre na prática. Afinal, quando o feto não terá sobrevivência após o parto - quando é 'inviável', segundo terminologia legal - já existem sentenças judiciais que autorizam a interrupção da gravidez. É igualmente importante destacar que existe hoje conhecimento científico suficiente para identificar casos como esse de inviabilidade de sobrevivência do feto, a exemplo da ausência de massa cerebral autorização parece, pois, um expediente legítimo e humanitário para atenuar sofrimentos.

Diante de todo esse contexto constata-se que uma alteração na legislação penal em relação ao aborto se torna urgente e necessária, encontrando-se desde logo amparo nos princípios e garantias constitucionais.

4.3 A DESNECESSIDADE DE ALVARÁ JUDICIAL PARA INTERROMPER A GESTAÇÃO DE FETOS INVIÁVEIS ANÁLOGOS À ANENCEFALIA

O alvará Judicial é uma autorização, proveniente de um pedido submetido ao Poder Judiciário, utilizada para a realização da interrupção da gestação de fetos portadores de anomalias graves incompatíveis com a vida, ou seja, ele representa um papel timbrado da justiça que possibilita o direito à interrupção da gravidez nos casos legalmente não previstos, como, por exemplo, o aborto eugênico. (CRUZ; BARROS, 1999).

Como analisou-se anteriormente, muitas são as autorizações judiciais obtidas para permitir a interrupção da gestação de fetos portadores de anomalias fetais incompatíveis com a vida extrauterina.

Porém, este procedimento somente será utilizado enquanto não houver uma legislação expressa sobre a exclusão de ilicitude na interrupção da gravidez nesses casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida, constituindo uma garantia a todos os envolvidos neste ato, tal como a gestante e a equipe médica, de que não serão processados criminalmente pelo crime de aborto. (TESSARO, 2008).

Desta forma, assim que for aprovado o projeto de lei citado no tópico anterior, que altera a parte especial do Código Penal, e que dá nova redação ao artigo 128, ou seja, acrescentando duas causas excludentes de ilicitude nesses casos, essas autorizações serão absolutamente desnecessárias. (TESSARO, 2008).

Ressalta-se que, com o grande avanço da tecnologia na área médica nos dias atuais, é possível garantir com cem por cento de certeza se um feto é ou não portador de anomalias graves que o tornem inviável à vida extrauterina. A prova científica da condição do feto é irrefutável, sendo que é através dos exames firmados pela junta médica que o Judiciário vem concedendo as autorizações para a prática da antecipação terapêutica do parto. (COSTA JÚNIOR, 2010).

Analisa-se, ainda, que em relação aos alvarás requeridos para antecipação terapêutica do parto no que diz respeito aos casos de anomalias fetais graves incompatíveis com a vida extrauterina, a jurisprudência brasileira não é pacífica, pois há diversos entendimentos quanto ao questionamento do direito à vida e da real necessidade, de aplicação

ou não, do princípio da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana em relação à gestante. (BAYER, 2010).

Porém, como verificado anteriormente já houve uma decisão favorável a essa interrupção sem a necessidade de alvará judicial autorizando tal prática, isso somente nos casos de fetos com o diagnóstico de anencefalia, em razão do julgamento na ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal. Já aos fetos com diagnósticos de anomalias distintas dessa e que possuem o mesmo desfecho, como a inviabilidade fetal, ainda há a necessidade de alvará judicial autorizando a interrupção.

Logo, percebe-se que é de suma importância ampliar o debate da ADPF 54, no âmbito da sociedade civil e de suas legítimas instâncias de representação, pois, se faz necessário o tratamento isonômico de situações em que as chances de sobrevivência dos seres gestados serão nulas e ínfimas. (GAZZOLA; MELO, 2015).

Em uma pesquisa feita por Odorizzi (2008, p. 32), foi apresentado o seguinte resultado:

Desde 1993, foram concedidos mais de 350 alvarás para realização de aborto em crianças malformadas, especialmente em anencéfalos. Os juízes inicialmente solicitavam que o médico fornecesse um atestado com o diagnóstico da má-formação, além de outros três laudos para confirmação, um outro laudo psiquiátrico sobre o risco potencial da continuidade da gestação e um para a cirurgia. Ao longo deste período estas exigências foram sendo abrandadas. Em algumas solicitações os juízes não aceitaram a justificativa, e não concederam o alvará tendo em vista a falta de amparo legal para a medida.

Em síntese, este fato é muito importante, pois é considerada por diversos motivos uma grande preocupação, uma vez que a saúde psicológica da mãe do feto portador dessas anomalias que está em jogo, que está sendo relegada a um segundo plano, levando-se a uma clara demonstração de descaso com a situação da gestante. Assim, o prosseguimento da gravidez pode acarretar danos à higidez psíquica da requerente, situação que torna o aborto necessário. (LUFT, 2001).

Conforme Chaves (1994, p. 30),

Não havendo menção expressa na lei à necessidade de autorização judicial para a prática do aborto, não há justa causa para a invocação da prestação jurisdicional. A função do juiz é a de vigilante e aplicador da lei. Se esta já é clara, nada a ser interpretado. O juiz, chamado a autorizar um aborto, nada mais pode fazer além de declarar que, nos casos dos incís. I e II do art. 128 do CP, não há crime, mas não lhe cabe conceder a referida autorização. A legitimidade do aborto humanitário já está explícita na própria lei penal.

Com esse entendimento o autor quis demonstrar que a autorização judicial não está respaldada como requisito para a interrupção da gestação nos casos permitidos pelo artigo 128, e seus respectivos incisos.

Já Suannes (1996) defende o pedido de interrupção da gravidez como sendo uma autêntica medida cautelar criminal inominada, constituindo em uma forma de suprir a lacuna da lei, tendo a intenção de evitar uma lesão grave à gestante.

Conforme Suannes (1996, p. 02) a autorização judicial é um requisito contrário ao disposto na lei:

A autorização judicial para que o médico realize o abortamento é absolutamente desnecessária, ficando a intervenção a inteiro arbítrio do médico.

(...)

É claro que não cabe ao juiz substituir-se ao médico para decidir se é ou não o caso de interrupção da gravidez. Mas, como a Constituição Federal impede que o Judiciário silencie quando se bata às portas, qual o juiz que deixaria de deferir um tal pedido se lhe fossem trazidas provas inequívocas de que aquela gestação deve ser interrompida? Seguramente, nenhum.

De fato, entende-se que o requisito da autorização judicial é um instrumento alheio ao tipo penal, e que está sendo utilizada somente nos casos de interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida, que ainda não receberam regulamentação. Sendo importante considerar que nesses casos se demanda rapidez e urgência no julgamento, em face do comprometimento físico e psicológico que cada dia de uma gravidez desta espécie representa à gestante. (TESSARO, 2008).

Contudo, caso haja a alteração do artigo 128 do Código Penal, incluindo no rol a excludente de antijuridicidade do delito de aborto a malformação fetal incompatível com a vida extrauterina, a autorização judicial será desnecessária, uma vez que perderá sua finalidade de assegurar a não persecução penal aos envolvidos no procedimento de interrupção da gestação. (TESSARO, 2008).

E considerando que na ADPF 54 o Supremo Tribunal Federal autorizou a interrupção da gestação de fetos com diagnóstico de anencefalia, sem autorização judicial, em razão de o feto ser inviável, é adequado, então, que esse mesmo entendimento se enquadre de maneira análoga aos casos de anomalias distintas, mas com resultado de inviabilidade da vida extrauterina.

4.4 DECISÕES JUDICIAIS: FAVORÁVEL E DESFAVORÁVEL À INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO INVIÁVEL

Destacam-se neste tópico os pontos mais importantes na fundamentação de duas decisões judiciais, uma favorável e outra contrária ao procedimento da interrupção da gestação de feto portador de Agenesia Renal Bilateral (ausência de líquido amniótico), ou seja, um feto com anomalia grave o que o torna incompatível com a vida extrauterina.

Primeiramente, analisar-se-á o Mandado de Segurança de número 2091871-92.2014.8.26.0000, julgado no ano de 2014, indeferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo laudo foi elaborado e assinado por dois médicos capacitados e, mesmo assim, o pleito foi indeferido por tratar-se de anomalia diversa da anencefalia.

MANDADO DE SEGURANÇA - Decisão atacada que indeferiu pedido de interrupção de gravidez por malformação fetal. Pleito formulado aos 05 (cinco) meses de gestação. Problema de saúde do feto que não se confunde com a anencefalia, analisada pelo C. STF na ADPF nº 54 - Impossibilidade de analogia em se tratando de direito à vida, constitucionalmente assegurado - Ausência de alegação ou demonstração de que o feto apresente qualquer dano cerebral que lhe retire a notória capacidade de sentir e de sofrer, máxime em se tratando de gestação que ora já atingiu o sexto mês. Sofrimento psicológico da mãe que, embora mereça compreensão e respeito, não pode se sobrepor ao direito à vida do feto e à perspectiva de sofrimento físico quando da pretendida interrupção da gravidez - Não alegação ou demonstração de risco para a vida da mãe (art. 128, I, do Código Penal) - Ausência de direito líquido e certo da impetrante a interromper a vida do nascituro - Inteligência do art. 5º da Constituição Federal e do art. 2º do Código Civil-Segurança denegada. (BRASIL, 2014).

Assim, como já se analisou na decisão da ADPF 54 o Supremo Tribunal Federal possibilitou a interrupção da gestação geradora de feto anencéfalo, em virtude da sua inviabilidade da vida extrauterina, de tal forma, não sendo presumível que essa causa de inviabilidade, seja mais forte que outra, pois, um feto sem chance de vida, infelizmente, não terá qualquer outra causa, sem ser a morte, não existe razão para que casos similares sejam tratados de forma diversa pela lei, se for demonstrado por meio dos exames a inviabilidade do feto e sendo o laudo assinado por médicos capacitados, conforme os requisitos da resolução 1989/2012. (TOTH, 2015).

Além disso, Carlos Alberto Maluf, citado por Tessaro (2008, p. 102) também ressalta que independentemente das condições do feto, o legislador penal de 1940, não atribuiu à vida do feto um caráter absoluto, uma vez que o legislador permitiu o aborto necessário e sentimental, segundo o artigo 128 do código penal e seus respectivos incisos.

Verifica-se seu argumento:

Assim sendo, é necessário reconhecer que nas duas hipóteses permitidas na lei penal para o aborto, verifica-se a autorização da interrupção da gravidez, **ainda que o feto tenha possibilidade de vida extrauterina**. Em outras palavras, para o legislador a possibilidade de vida do feto após o parto não tem relevância se comparada à vida da gestante, ou mesmo ao sentimento desta por força de uma gravidez indesejada. Ora, o caso em tela retrata uma situação qualitativamente menor e, implicitamente autorizada nas sobreditas hipóteses legais, qual seja, **impossibilidade de vida extrauterina do feto**. E mais, além da inviabilidade de vida extrauterina, verifica-se o risco à saúde da gestante, seja sob o aspecto físico seja sob o aspecto psíquico. (grifo nosso)

Assim, diante de todas as circunstâncias especiais até então apresentadas, é certo que se deva fazer uma interpretação extensiva da excludente de punibilidade prevista no inciso I do artigo 128 do código penal, na qual se deve aplicar o princípio da analogia admitida no artigo 3º do código de processo penal. (TESSARO, 2008).

No mesmo sentido, Maluf, citado por Tessaro (2008, p. 104) assentou:

Destarte, tais circunstâncias, por si só, qualificariam a presente medida como necessária, objetivando-se, assim, a preservação da integridade física e mental da gestante.

De fato, conforme dominante entendimento doutrinário e jurisprudencial, ao contrário das normas incriminadoras – adstritas ao princípio da reserva legal – as permissivas autorizam o emprego da analogia.

É sabido que a lei – fonte formal do direito – no mais das vezes, não abarca todas as situações fáticas, aliás, o que é perfeitamente natural, seja pelo avanço da ciência, seja pela modificação dos costumes e até pela influência do homem na natureza. Entretanto, é certo que o aplicador do Direito deve interpretar a norma a fim de aplicá-la a fatos não previstos até então. Nesse momento, aplicam-se as disposições concernentes ao caso análogo, aos costumes e aos princípios gerais de direito, tudo de forma interligada, buscando-se, destarte, a real vontade do legislador, coordenada com o sistema jurídico.

Por outro lado, tem-se o Mandado de Segurança de nº 2218788-59.2014.8.26.0000, julgado no ano de 2015, concedendo a antecipação terapêutica do parto, na qual tinha sido indeferida pelo MM. Juiz de Direito da 1º Vara do Júri da Comarca de São Paulo, sob o argumento de que faltava amparo legal à hipótese apresentada, cujo teor assim decidiu:

O advogado Antonio Terra da Silva Junior impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, em favor de Paula Suzan da Costa e Leonardo Suzano Terra, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo.

Alega configurada ofensa a direito líquido e certo, pois indeferido pedido de interrupção voluntária da gravidez da impetrante sob o argumento da falta de amparo legal à hipótese, não obstante comprovada a inviabilidade da vida extrauterina do feto, ocasionada por anomalia congênita letal. Postula, assim, a concessão de autorização para que Paula se submeta aos procedimentos médicos necessários à antecipação terapêutica do parto.

A liminar foi deferida (fls. 54/55).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 59/60).

A D. Procuradoria da Justiça opina pela concessão da segurança.

É o relatório. (BRASIL, 2015).

A falta de previsão legal expressa não autoriza o Judiciário a deixar uma controvérsia sem solução, até por que as leis apresentam o posicionamento de um determinado momento histórico, e devem se adequar para então atender aos fins da sociedade contemporânea. (TESSARO, 2008).

Observa-se a seguir o que diz Sérgio Roberto Baasch Luz, citado por Tessaro (2008, p. 101) a respeito desse entendimento:

A norma jurídica, conceitualmente tratada como fato valorado pelo legislador em determinado momento histórico, político e social, merece atualização constante para atender aos fins sociais a que se destina e à exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil), à vista da regra que torna defeso ao magistrado deixar de despachar ou sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da Lei (CPC, art. 126); assim não se pode compelir a requerente a dar seguimento à gestação somente porque o caso concreto não encontra amparo na letra do texto legal e objetar ao pedido empeço de ordem puramente legal ou processual.

(...)

Ora, ao tempo em que o Código Penal brasileiro foi escrito, não se podia prever os avanços da medicina fetal a ponto se ter, com absoluta segurança, um diagnóstico, e não um mero prognóstico, de que o produto da concepção não terá qualquer possibilidade de sobrevivência se a gestação efetivamente chegar ao seu termo, não sendo razoável, de outro lado, exigir-se de alguém que conserve em seu ventre um ser que não terá condições de vida, arcando com todos os traumas psicológicos daí decorrentes.

(...)

Diante dessas considerações técnicas de que o produto da concepção é patológico e que a possibilidade de sua sobrevivência está completamente eliminada pelos exames médicos realizados, seria mero capricho ou subserviência cega à lei negar à gestante a faculdade de interromper a gravidez.

A interrupção da gravidez deve sempre ser autorizada nos casos de fetos que apresentam inviabilidade extrauterina comprovada por médicos capacitados, não só por ser hoje, com os avanços da medicina, possível de detectar com absoluta segurança quando o feto terá a possibilidade de sobrevivência após o parto, mas também porque o prosseguimento dessa gestação caracterizará principalmente tratamento desumano com gestante.

É o que diz José Henrique Torres, citado por Tessaro (2008, p. 105):

E, in casu, as circunstâncias do fato desvelam a inexistência de reprovabilidade para o abortamento que se pretende realizar, pois, à evidência, outra conduta não se pode exigir da interessada.

(...)

Não se pode falar em reprovabilidade social nem em censurabilidade da conduta de quem interrompe uma gravidez nas circunstâncias em comento, ou seja, em face da inviabilidade de um feto e da exposição da gestante a uma gravidez de alto risco.

(...)

É evidente, portanto, que, em casos que tais, em face do reconhecimento da ausência de culpabilidade, em face da inexigibilidade do prosseguimento da gravidez, exsurge para o médico o dever jurídico e ético de provocar o abortamento, evitando, assim, que a gestante tenha que praticá-lo sozinha, enfrentando os evidentes e inegáveis riscos decorrentes de tal conduta.

Há inexigibilidade de conduta diversa no que diz respeito ao comportamento da gestante, e, obviamente, também no que concerne à intervenção do médico e de todos os profissionais que participarem do abortamento.

Aliás, de acordo com o disposto no artigo 5º da Constituição Federal, NINGUÉM SERÁ SUBMETIDO A TRATAMENTO DESUMANO.

E, obviamente, exigir que a interessada leve a termo a sua gravidez, nas condições acima mencionadas, constitui, certamente, uma forma inquestionável de submetê-la a um inaceitável “tratamento desumano”, em flagrante violação aos direitos humanos e a dogma constitucional.

Observa-se, então, que com base nos princípios gerais de direito, e nos dogmas constitucionais de que ninguém deverá ser submetido a tratamento desumano e, ainda, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, a interrupção da gravidez de fetos diagnosticados com anomalias incompatíveis com a vida extrauterina, deve ser autorizada. E ainda mais, pela analogia *in bonam partem*, já que o Supremo Tribunal Federal permitiu na ADPF 54 a interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia, até mesmo sem autorização judicial, em razão da inviabilidade desse.

4.5 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO EM FETOS COM ANOMALIAS ANÁLOGAS À ANENCEFALIA

Não há como discutir a descriminalização do aborto sem debater sobre a proteção jurídica da vida intrauterina, pois a interrupção voluntária da gravidez influencia justamente na eliminação desta vida, e se torna imprescindível verificar até que ponto essa vida recebe proteção na ordem constitucional. (SARMENTO, 2005).

Nesse sentido, é de se verificar que a vida intrauterina é protegida com menor intensidade em relação à vida de alguém já nascido, basta observar que a pena de quem pratica o aborto (Art. 124 do Código Penal) é de 1 a 3 anos de detenção, e aquele que praticar homicídio (Art. 121 do citado Código Penal) recebe pena prevista entre 6 a 20 anos de reclusão. Deste modo, entende-se que o tratamento é diverso em relação ao homem já nascido e ao nascituro. Conclui-se que não há como colocar no mesmo patamar os direitos da mãe e do embrião/feto. (TESSARO, 2008).

Sobre proteção jurídica intrauterina leciona Claus Roxin, citado por Sarmento (2005, p. 33):

Se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar homem, e que a simbiose com o corpo da mãe faz surgir colisões de interesses que terão de ser resolvidas através de ponderações.

A proteção jurídica conferida à vida do nascituro não é uniforme por toda a gestação, pois ela vai aumentando na medida em que o embrião vai se desenvolvendo, nesse

norte, tem-se que a viabilidade extrauterina aumenta progressivamente. Portanto, conclui-se que o tempo de gestação se torna fator determinante para mensurar o nível de proteção constitucional. (SARMENTO, 2005).

Franco, citado por Tessaro (2008), afirma que o Relatório elaborado pela subcomissão para o esboço do projeto da parte especial do Código Penal de 1940 estabelecia que a vida era um acontecimento gradual e segmentado, que representava a soma de períodos relativos, porém com despertar cerebral, surgia a pessoa humana, como titular de direitos e merecedora de tutela constitucional penal.

Por outro lado, também merecem destaque fundamentos científicos diante da constatação de que até a formação do córtex cerebral, que acontece somente no segundo trimestre de gestação, não há capacidade mínima para racionalidade, pois o feto não é capaz de possuir qualquer tipo de sentimento ou pensamento. Pelas razões expostas afirma-se que a vida intrauterina, embora possua expectativa de vida, não é considerada pessoa. (SARMENTO, 2005).

O legislador Penal Brasileiro preferiu colocar o crime de aborto entre os “crimes contra pessoa” no capítulo dos “crimes contra a vida”. Em virtude dessas considerações, é importante mencionar que o Código Civil Brasileiro considera o nascituro uma expectativa de ente humano, pois considera que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida. (LAGENEST, 1989).

Neste norte, tem-se que o Código Civil Brasileiro dispõe em seu art. 2º que “personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro”. Venosa, citado por Tessaro (2008), explica que mesmo que o nascituro possua proteção legal, não se deve imaginar que tenha personalidade, pois a personalidade só advém com o nascimento com vida, tratando-se, portanto, de uma expectativa de direito.

O aborto se mostra como um fato complexo de saúde pública, pois a ausência do Estado, e o sofrimento das mulheres que vivenciam a falta de amparo são evidentes. Nesse sentido, deve se dizer que se os atores do governo e do Congresso Nacional agissem com sensibilidade humanizada e solidária em compreender a situação das mulheres que se encontram diante de gravidez de fetos portadores de anomalias fetais incompatíveis com a vida, colocariam os valores religiosos na estrita esfera pessoal e do interesse privado, pois as decisões acerca do aborto devem ser pautadas pelo respeito e pela solidariedade humana, garantindo-se a democracia, e os direitos como a autonomia, a cidadania e a saúde das mulheres. (COSTA, 2013).

Convém destacar que a proibição do aborto não salva a vida do feto, mas leva à morte muitas gestantes ou condiciona graves sequelas a elas. Ainda, tem-se que não bastaria a simples descriminalização da interrupção voluntária da gravidez condicionado a prazos e condições, isto porque pouco adiantaria se os procedimentos adotados não pudessem ser realizados de forma gratuita no Sistema Único de Saúde, pois as mulheres pobres estariam novamente expostas aos mesmos riscos de vida. (SARMENTO, 2005).

Por todos os argumentos explicitados entende-se que a proteção ao direito constitucional à saúde da mulher clama por uma reforma na legislação atual brasileira visando à legalização e realização dos procedimentos abortivos na fase inicial da gestação pelo Sistema Único de Saúde. (SARMENTO, 2005).

De acordo com Lemos (2014), na proposta do novo código penal (projeto de lei nº 236 de 2012) que continua em fase de debate e de recebimento de possíveis emendas há a manutenção da prática abortiva como conduta criminosa, com sanção de privação de liberdade, porém, o artigo 128 traz nova redação no que diz respeito às excludentes de ilicitude, merecendo-se destaque a descriminalização do aborto de anencéfalos, na qual sua interrupção já foi autorizada na ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal e, ainda, quando o feto for acometido por grave enfermidade, caracterizando-se como “aborto eutanásico” e “eugênico”. Nesses casos, como já mencionado, tratar-se-á, de excludente de ilicitude, tendo em vista que a redação do projeto não os caracteriza como crime de aborto se estiverem presentes as condições estabelecidas no dispositivo.

Diante dessas considerações, é importante dizer que a sociedade brasileira clama por soluções acerca da escolha legal da interrupção da gravidez em casos de malformação fetal, e conseqüentemente em casos de Agenesia Renal Bilateral.

Nesse sentido, o debate acerca do aborto e as más condições fetais ganha destaque um pouco maior. Analisa-se, então, a possibilidade de descriminalização do aborto de maneira um pouco mais ampla. (CARVALHO FILHO, 2016).

Por fim, cumpre esclarecer que não se pretende a descriminalização do aborto em si, mas sim a inclusão de determinadas espécies dessa prática nas hipóteses de permissão legal, ou seja, a legalização do aborto eugênico em casos de inviabilidade extrauterina de forma a evitar o sofrimento desnecessário de uma mãe após os nove meses de gestação. Não é justo com a gestante, nem com os envolvidos, fazer com que tenham o martírio de levar a termo uma gestação que outra serventia não terá senão de pôr no mundo um bebê envolvido numa mortalha. (BRASIL, 2012).

Cumpra ainda ressaltar que, nos dias atuais, os religiosos exercem uma forte pressão junto aos políticos e até mesmo perante os julgadores, com o intuito de impedirem a descriminalização do aborto de fetos portadores de anomalias graves. (ODORIZZI, 2008).

Existem inúmeras razões, justificativas, e convicções que suscitam os entendimentos contrários e a favor da descriminalização do aborto eugênico. Vários são os argumentos sobre a autonomia da mulher, no que diz respeito a sua livre decisão em querer levar à gravidez adiante ou interrompe-la, já, outros, pela interrupção em razão das dificuldades financeiras, ou seja, por motivos econômicos. Igualmente, as indagações religiosas também ganham bastante ênfase em algumas hipóteses, uma vez que há, ainda, os que trazem em seus argumentos a questão do início da vida, como muitas outras concepções. (LUFT, 2001).

Cumpra salientar que, até o presente momento, não existe consenso entre a ciência, filosofia e religião sobre qual o exato momento em que a vida humana se inicia.

Neste sentido, chamam a atenção algumas posições majoritárias sobre teorias do início da vida humana, como a perspectiva concepcional, na qual os que se filiam a essa corrente acreditam que a vida humana se inicia no momento em que ocorre a fecundação do óvulo com o espermatozoide. O principal argumento utilizado por essa corrente é o fato de que o zigoto carrega a capacidade de se desenvolver nas próximas fases da gestação, alcançando condições humanas de vida extrauterina. A segunda teoria, tal como a perspectiva biológica-evolutiva, é a que se caracteriza pelo início do aparecimento de sinais morfológicos do embrião, ou seja, após certo processo gestacional. Essa teoria estabelece critérios para o início da vida humana: nidacão/individualização, surgimento da crista neural, mobilidade fetal, viabilidade extrauterina, nascimento e aquisição da capacidade racional na infância. (TESSARO, 2008).

Já a terceira teoria define que a vida humana não reside no zigoto ou em alguma determinada etapa do desenvolvimento embrionário. Assim, a vida humana estaria relacionada com o vínculo gerado entre mãe e filho, ou seja, quando a gravidez passa a ser um estado desejado pela gestante. A perspectiva relacional tem uma figura determinante em seu propósito, a gestante, por isso retira essa teoria do âmbito puramente biológico. (TESSARO, 2008).

Por outro lado, destaca-se que quando se permite a prática do aborto por inviabilidade da vida extrauterina, a terminologia utilizada muitas vezes pelos julgadores é o aborto terapêutico, mesmo esse não se enquadrando no contexto apresentado. Por mais que seja feita uma referência ao aborto eugênico, de forma invariável, esse não autoriza a

interrupção da gestação, pois, conforme já analisado, nossa desatualizada lei penal não o permite. (FEIJÓ; NETO; ROCHA; SILVA, 2012).

Ainda, ao analisar-se os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, destaca-se o voto do ministro FUX (2012), no qual fez três conclusões referentes à interrupção da gestação de fetos anencéfalos, sendo que: “1º) a expectativa de vida do feto anencéfalo fora do útero é efêmera; 2º) as técnicas contemporâneas que demonstram como o feto está na sua plenitude de saúde são seguras; 3º) não há, até hoje, expectativa de reversibilidade desta anomalia.”

Assim sendo, percebe-se claramente que o posicionamento do ministro citado foi amplo e vago, o qual poderá ser utilizado nos demais casos de malformações fetais, inclusive nos fetos acometidos por Agenesia Renal Bilateral. Até porque o código penal vigente, promulgado em 1940, não previa essas anomalias, tendo em vista que o primeiro estudo do uso de ultrassom se deu em 1940. Imprescindível, assim, uma revisão legal por parte do Poder Legislativo. (FEIJÓ; NETO; ROCHA; SILVA, 2012).

Outro ponto importante na decisão da ADPF 54, é que o feto anencéfalo foi caracterizado como um natimorto, em razão de sua anomalia apresentar morte cerebral. Mas muito embora se trate de um caso de morte cerebral, essa não se compara à morte encefálica, conforme prevê a Resolução de n. 1.480 de 1997, do Conselho Federal de Medicina, já que essa implica na cessação irreversível das funções circulatórias e respiratórias ou a cessação irreversível das funções de todo encéfalo, incluindo até mesmo o tronco encefálico, e a anencefalia, embora apresente ausência ou apenas vestígios de parte da formação cerebral, pode possuir um tronco encefálico em funcionamento, não sendo considerado, pelas normas médicas e legais, como um ser morto. (FEIJÓ; NETO; ROCHA; SILVA, 2012).

Em síntese, com mais veracidade, frisasse que a referida decisão poderá dar margem a outras interpretações, a outros casos distintos da anencefalia, uma vez que a morte cerebral não configura pacificamente a morte de um ser, sendo até mesmo considerada como uma construção argumentativa que mais se encaixa ao aborto eugênico por malformação incompatível com a vida extrauterina. (FEIJÓ; NETO; ROCHA; SILVA, 2012).

Apresentam-se os argumentos de Singer (2008, p. 185) em relação a esse caso:

Danos permanentes em partes do cérebro responsáveis pela consciência podem também implicar que os pacientes se encontrem num ‘estado vegetativo persistente’, uma situação em que tronco cerebral e o sistema nervoso central continuam a funcionar, embora a consciência esteja irreversivelmente perdida. *Mesmo hoje, nenhum sistema jurídico considera como mortos aqueles que estão num estado vegetativo persistente*” (grifo nosso).

Nesse sentido, entende-se que esse critério descriminalizador obedece a um raciocínio utilitarista, que ainda que seja aplicado em um sentido ético-prático, ou melhor dizendo, a partir de um caso específico, não pode ser desvinculado de sua possibilidade de aplicação universal. (FEIJÓ; NETO; ROCHA; SILVA, 2012).

As consequências de uma gravidez de fetos com anomalias que o tornem inviável à vida extrauterina, como, por exemplo, a agenesia renal bilateral, são graves para a mulher, pois causam problemas sérios de caráter psicológico. Desta maneira, obrigar-se a gestante a ter que levar essa gestação até o fim, é infringir a autonomia da mulher, é colocá-la a escolher o modo como irá atravessar o próprio sofrimento.

Nota-se que “a descriminalização seria a conclusão de um percurso que vem sendo trilhado pelo STF.” (GUIMARÃES; MACHADO, 2017, p.03).

Assim, a criminalização do aborto nos casos de fetos inviáveis à vida extrauterina, violaria os direitos fundamentais das mulheres, como a dignidade da pessoa humana, a autonomia, a capacidade de autodeterminar-se no que diz respeito aos seus direitos sexuais e reprodutivos, sua integridade física e psíquica, na qual apresentará um impacto desnecessário na vida das mulheres. (GUIMARÃES; MACHADO, 2017).

Com a ampliação nas hipóteses do aborto legal para a gestação em caso de anencefalia e, ainda, baseando-se nos argumentos demonstrados, é perfeitamente legítima a interrupção da gestação de fetos inviáveis, sendo urgentemente necessária uma adequação legal, que descriminalize o aborto nos casos análogos.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada para elaboração do presente trabalho monográfico iniciou-se com estudo sobre o histórico do aborto no Brasil, bem como das espécies de aborto previstas na doutrina e na legislação brasileira. Foi, ainda, objeto de estudo a modalidade aborto eugênico e a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina, sendo abordados os seus conceitos doutrinários, principais distinções entre feto malformado e inviável, bem como aspectos favoráveis à descriminalização do aborto eugênico por inviabilidade da vida extrauterina, e a desnecessidade de alvará judicial para interromper a gestação de fetos inviáveis análogos à anencefalia. Ainda ampliou-se a pesquisa com o estudo de caso análogo à anencefalia, tal como a Agenesia Renal Bilateral, objetivando-se chegar à conclusão quanto ao tema proposto.

Ao pesquisar sobre as questões relacionadas ao aborto eugênico e à interrupção da gestação de fetos inviáveis análogos à anencefalia, foi possível deparar-se com opiniões divergentes que são baseadas não só na ciência, mas também religião ou filosofia, caracterizando-se os debates pela falta de consenso sobre a temática.

No entanto, torna-se justificável a sua interrupção, uma vez que na decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, a gestação de feto com diagnóstico da anencefalia pôde ser interrompida, até mesmo sem a autorização judicial para esse procedimento, em razão da sua inviabilidade extrauterina, tornando possível evidenciar que há motivos justificáveis para descriminalização do aborto eugênico em casos com diagnósticos análogos a esse.

A Constituição Federal de 1988 não faz qualquer menção expressa sobre proteção da vida humana desde a concepção ou sobre aborto voluntário, seja para reprimi-lo ou ainda para autorizá-lo. Direitos fundamentais são gravemente lesados ante a criminalização do aborto eugênico em casos de fetos inviáveis, tais como: direito à liberdade sexual que se traduz pela autonomia da mulher em relação ao seu próprio corpo, direito à vida, à saúde, à igualdade de gênero, à liberdade e à autonomia, e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar que um dos direitos mais atingidos pela criminalização do aborto eugênico nos casos inviáveis é o direito à saúde, pois quando a mulher é obrigada a levar até o fim a gravidez de um feto que não terá chances de sobreviver à vida extrauterina, ou seja, inviáveis, é colocada em risco não só sua saúde física, mas também sua saúde mental, e psíquica.

Ademais, é de ser levado em consideração que se houver uma eventual legalização, as gestantes não serão obrigadas a retirar o feto inviável, pois sua vontade deverá prevalecer. Assim caso decidam por levar a gestação adiante, deverão ter todo apoio do sistema de saúde.

Verificou-se, com a pesquisa bibliográfica realizada, que os argumentos utilizados pelos magistrados que são contrários ao procedimento da interrupção de fetos com anomalias incompatíveis com a vida extrauterina o comparam com a prática eugênica utilizada nos tempos passados, ou seja, aquela utilizada para melhoramento da raça humana, sendo inadequado utilizar essa expressão, pois, o principal intuito da interrupção nesses casos é diminuir o sofrimento da gestante, e resguardar a saúde psíquica da mesma.

Criminalizar o aborto nessas condições de inviabilidade, em que o feto não terá qualquer chance de vida, e que não há nenhum procedimento médico ou químico que reverta esse quadro, ou seja, não terá expectativa de vida, pois a doença é tão grave que impossibilitará a sobrevivência do feto fora do ventre materno, significa fechar os olhos para a realidade de muitas mulheres que sofrem com a violação de seus direitos fundamentais, pois as consequências são grandes e, muitas vezes, causarão sequelas irreparáveis à mulher ou até mesmo a sua morte.

Ainda há de considerar-se a situação desnecessária em que a gestante é levada em ter que recorrer ao Poder Judiciário para conseguir autorização para a interrupção da gestação de fetos portadores de anomalias graves incompatíveis com a vida. Além de ser um instrumento diferente ao tipo penal como analisado, inexistente justificativa para tratar de forma diversa os casos análogos à anencefalia como, por exemplo, a agenesia renal bilateral que possuem o mesmo diagnóstico de inviabilidade, e que, mesmo assim, terão as gestantes que se submeterem à morosidade do nosso sistema judiciário, bem como ter por inúmeras vezes seu pedido indeferido.

Não existe consenso sobre o momento exato em que a vida humana se inicia. A teoria concepional defende que a vida humana se inicia no momento em que ocorre a fecundação do óvulo com o espermatozoide. Por outro lado, a teoria biológica-evolutiva entende que o surgimento do ser humano é caracterizado por uma série de fases, pois, em cada uma delas, o ente em formação apresenta novas características capazes de determinar sua individualidade e do reconhecimento da sua proteção e, ainda, destaca-se a teoria das perspectivas relacionais que se filia aos argumentos de que a vida humana estaria condicionada ao vínculo gerado entre mãe e filho, ou seja, quando a gravidez passa a ser desejada pela gestante.

Em outra visão, de acordo com os estudos realizados, o direito fundamental à dignidade da pessoa humana é gravemente atingido quando a mulher é obrigada a levar adiante a gravidez de um feto inviável, pois, com base em nosso sistema constitucional brasileiro, essa é considerada como uma decisão privativa da gestante.

No entanto, quando se refere à descriminalização do aborto nessas condições, o Brasil se mantém acuado por grupos religiosos, não age com independência para garantir a preservação do Estado laico, de forma a efetivar a democracia.

Outro ponto da pesquisa que merece destaque é o projeto de lei do Senado nº 236 de 2012, para instituir o Novo Código Penal, que previa inicialmente a ampliação dos permissivos legais a respeito do aborto, o que evidencia forte clamor social acerca da temática.

Observou-se, ainda, que com o grande avanço tecnológico e da medicina é possível detectar com precisão se o feto nascerá com vida e, ainda, se tem uma grave anomalia fetal que acarrete o resultado morte. As situações de anormalidades, enfermidades, deficiências e inviabilidades são detectadas na fase intrauterina, e devem ter tratamento interdisciplinar, em consequência dos conflitos internos e psicológicos que envolvem essa questão. Considera-se, então, neste norte, a interrupção da gestação como uma das saídas de proteger a saúde das mulheres deste descaso.

Por todo o estudo elaborado foi possível concluir que o código penal vigente foi elaborado no ano de 1940, passaram-se mais de 70 anos da sua entrada em vigor, a sociedade evoluiu, a ciência médica evoluiu, e as situações imprevisíveis naquela época, hoje são antevistas, e estão de certa forma refletindo na aplicação do direito.

Por fim, pela pesquisa acima sintetizada verifica-se a necessidade e possibilidade de mudança na legislação penal atual, visando à garantia de proteção aos direitos constitucionais relativos à mulher, para que se permita a descriminalização do aborto eugênico por inviabilidade da vida extrauterina, ou, então, ampliação dos permissivos legais em casos como o de risco à saúde física e mental à mãe, bebês com malformações fetais incompatíveis com vida extrauterina, como o caso apresentado da agenesia renal bilateral com o diagnóstico análogo à anencefalia, considerando-se que o sistema público de saúde não está preparado para conferir vida digna aos que nascem com esta patologia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: Unama, 1999.

ANDALRAFT NETO, Jorge. O fim da peregrinação. In: ANIS Instituto de Bioética, Gênero e Direitos Humanos. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília: Letras Livres, 2004. p. 30-31.

ANIS. **Anencefalia: O pensamento Brasileiro em sua pluralidade**. Brasília: ANIS, 2004. p. 97.

BAYER, Georgeana Darius Avila. **O aborto eugênico e a possível previsão legal**. Florianópolis: Universidade do Sul de Santa Catarina, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/inicial_da_acao.pdf>. Acesso em: 10 Setembro 2017.

_____. Luiz Roberto. et al. **Anencefalia nos tribunais**. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009.

BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. Dos crimes contra a Pessoa. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Penal**. Planalto: Legislação, 1940.
Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 12 abr.2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Ministério da Justiça. **Anteprojeto do Código Penal**. Parte Especial. Brasília, DF. Publicado no Diário Oficial da União em 25.03.1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 do Distrito Federal**. Inteiro teor do acórdão. [Internet]. 12 abr 2012 [acesso 12 abril 2017]. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> [Links]

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 16ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0166.05.008655-1/001, julgada em 14 de setembro de 2005. [Internet]. 2005 [acesso 16 maio 2017]. Relator Desembargador Batista de Abreu. Disponível: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0166.05.008655-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> [Links]

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo. 13ª Câmara de Direito Criminal. - Fato Atípico: 2091871-92.2014.8.26.0000, Data de Julgamento: 24/07/2014. [internet], Data de Publicação: 29/07/2014. [acesso 25 outubro 2017]. Relator: De Paula Santos.

Disponível:<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129907052/fato-atipico-20918719220148260000-sp-2091871-9220148260000/inteiro-teor-129907059#>

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo. 12ª Câmara de Direito Criminal. – Mandado de Segurança: 2218788-59.2014.8.26.0000, Data de Julgamento: 28/01/2015. [internet], Data de Publicação: 05/02/2015, Relator: Vico Mañas. [acesso 25 outubro 2017].

Disponível: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165437652/mandado-de-seguranca-ms-22187885920148260000-sp-2218788-5920148260000/inteiro-teor-165437679?ref=juris-tabs#>

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Direito Penal. Parte especial I. Vol. 06. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Luana Domingues. Considerações jurídicas acerca do aborto. **WebArtigos**, 20 ago. 2009.

Disponível em:<<http://www.webartigos.com/articles/23298/1/consideracoes-juridicas-acerca-doaborto/pagina1.html>>. Acesso em: 23 Agost. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte especial. Vol. 02. 04 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte especial. Vol. 02. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Aborto de fetos com microcefalia não é tema para o STF**.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/observatorio-constitucional-aborto-fetos-microcefalia-nao-tema-stf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

COSTA, Ana Maria. **Por que legalizar o aborto?** 2013.

Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/saude/por-que-legalizar-o-aborto-4482.html>>. Acesso em: 18 Agosto 2017.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Ciência Jurídica**. Belo Horizonte, ano III, n. 19, p. 9, abri. 1996.

_____. Paulo Jose da. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 393.

_____. Paulo José da. **Aborto: eugênico ou necessário?**. 2010.

Disponível em:<<http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/7698/dp35.htm>>. Acesso em: 27 de Setembro. 2017.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Aborto. http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/DireitoPenal/Aborto_Luiz_Vicente_Cernicchiaro.htm. Consultado em: 03/09/2017

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transsexualidade e transplantes**. 2. ed. Ver. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CLOTET, Joaquim. FEIJÓ, Anamaria. **Bioética: uma visão panorâmica**. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.

CRUZ, Angélica Santa; BARROS, Andréa. **O parto da Justiça**. Época, São Paulo, setembro de 1999.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: LetrasLivres, 2004.

DIP, Ricardo Henry Marques. Uma questão biojurídica Atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, V. 85, n. 734. 1996.

DREZETT, Jefferson. Anomalias fetais graves incompatíveis com a vida: devemos perguntar ao Gato de Cheshire qual caminha seguir?. Elsevier: **Revista Reprodução & Climatério**. 2015.

DURANT, Guy. **A Bioética: natureza, princípios, objetivos**. Trad. Porphírio Figueira de Aguiar Neto. São Paulo: Paulus, 1995.

FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. **O drama do aborto: em busca de um consenso**. Campinas: Editora Komedi, 2004.

FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos; NETO, João Becon de Almeida; ROCHA, Andréia Ribeiro da; SILVA, Anelise Crippa. Análise das decisões judiciais de aborto de malformações fetais e a problematização do slippery slope. Porto Alegre: **Instituto bioética**, 2012.

FUX, L. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Supremo Tribunal Federal. Relator: Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 833, mar. 2005.

_____. Alberto Silva. Aborto por Indicação Eugênica. *In: Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FRIGÉRIO, Marcos Valentin. Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do aborto por anomalia fetal grave no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 11, n.º 41, Jan/Mar, 2003.

GAYA, Soraya Taveira. **Aborto de feto inviável há crime?**. Rio de Janeiro: Editora JC, 2004.

GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org). **A bioética no século XXI**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 102.

GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Corrêa de. **Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário**. Rev. Bioét., Brasília, v. 23, n. 3, p. 495-504, dez. 2015.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000300495#aff1 />. Acesso em: 15 de abril 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. vol. II. 14 ed. Impetus: Niterói, RJ. 2017.

GUIMARÃES, Livia; MACHADO, Eloísa. **A ação que pode descriminalizar o aborto**. São Paulo: Justificando Conteúdo Cultural Ltda- EPP, 2017.

HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. **Conflitos bioéticos: o caso da clonagem humana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 41.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. Parte especial. Vol. 2: 35ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. **Direito penal**. Parte geral. Vol. 1. 35ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

KARAGULIAN, Patrícia Partamian. **Aborto e legalidade: malformação congênita**. São Paulo: Yendis Editora, 2007.

KERSUL, Cintia de Souza. **Aborto eugênico e o direito fundamental à vida**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 148, maio 2016.

Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17194&revista_caderno=9>. Acesso em ago 2017.

LAGENEST, J. P. Barruel de. **O aborto voluntário: aspectos éticos e jurídicos**. São Paulo: Paulinas, 1989.

LARA, André Martins et al. **Existe aborto de anencéfalos?**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

LEMO, Jennifer Mendes. **Descriminalização do aborto na proposta de reforma do Código Penal**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3929, 4 abr. 2014.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27412>>. Acesso em: 27 de Setembro 2017.

LEONEL, Wilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e Pesquisa: livro didático**. 2. ed. Palhoça: Unisul Virtual, 2007.

LUFT, Lya (org.). **Minidicionário de Língua Portuguesa**. 20 ed. São Paulo: Ática, 2001, p. 265.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Aborto e o Direito Penal**. 3ª edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores. 1996.

- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de Direito Penal**. Vol. 2. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.
- MOISÉS, Elaine Christine Dantas, et al. **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. Ribeirão Preto, SP: FUNPEC Editora, 2005.
- MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.
- NASCIMENTO FILHO, João Batista do. **A dignidade da pessoa humana e a condição feminina: um olhar sobre a descriminalização do aborto**. Curitiba: Juruá, 2013.
- NORONHA, Lucia de et al. Estudo das malformações congênitas do aparelho urinário: análise de 6.245 necropsias pediátricas. **J. Bras. Patol. Med. Lab.**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 3, p. 237-243, set. 2003.
Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jbpm/v39n3/17002.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 573.
- ODORIZZI, Cíntia Regina. **O aborto de feto anencéfalo: uma abordagem doutrinária e legal sobre os direitos da mulher e do feto**. Santa Catarina: Univali, 2008.
- PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto e sua evolução histórica**.
Disponível em: <www.direitonet.com.br/>. Acesso em: 18 Agost. 2017.
- PEDROSO, Fernando de A. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- PERSAUD, Moore. **Embriologia básica**. Rio de Janeiro. Saunders, 2008.
- PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 8 ed. São Paulo: Loyola, 2007.
- PIERROTTI, Maria Fernanda Moretti; SILVA, Kátia Costa da. “Algumas Patologias Incompatíveis com a vida”, **in**: Patrícia Partamian Karagulian (cord), Aborto e legalidade: malformação congênita. São Paulo: Yendis Editora, 2007.
- PRADO, Danda. **O que é aborto**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANTOS, Marília Andrade dos. A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 982, 10 mar. 2006.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 29 Agost. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. 2005.

Disponível em: <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodani-el.pdf> Acesso em 20 de outubro de 2017.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SINGER, P. **Escritos sobre uma vida ética**. 1º ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

SUANNES, Adauto. Autorização para o abortamento. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 4, n. 46, 1996.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuridicidade**. São Paulo: Lejus, 1997.

STANSFIELD, Willian; KING, Robert C. **A dictionary of genetics**. 5 ed. New York: Oxford University Press, 1997.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto eugênico**: delito qualificado pelo preconceito. v. 1. Curitiba: Juruá, 2008.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

TOTH, Marina. Interrupção da gravidez: Caso de anencefalia deveria ser aplicado por analogia a casos similares. São Paulo: Revista **Consultor Jurídico**, 2015.

ZAMAI, Emerson. Legalização do aborto eugênico. Meu artigo – Brasil escola.

Disponível em: <<http://www.meuartigo.brasilecola.com/sociologia/legalizacao-aborto-eugenico.htm>> Acesso em: 27 de agosto. 2017.