



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Aborto e a Anencefalia

Beatriz das Neves Fernandes

Rio de Janeiro
2011

BEATRIZ DAS NEVES FERNANDES

O Aborto e a Anencefalia

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Profª. Katia Silva

Profª. Monica Areal

Profª. Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

O ABORTO E A ANENCEFALIA

Beatriz das Neves Fernandes

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-Graduada em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida.

Resumo: O trabalho proposto objetiva analisar a questão do aborto de fetos portadores de anencefalia fetal, sob a ótica jurídica, buscando a interpretação do dispositivo penal em consonância com os princípios constitucionais e os valores sociais. O aborto é considerado crime no Brasil, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra entre os direitos fundamentais do homem, o direito à vida, apartando de início, qualquer medida que venha a possibilitar na realização do aborto, bem como o art.124 do Código Penal Brasileiro assim o tipifica. Todavia, os incisos I e II do art.128 do Código Penal Brasileiro prevêm duas exceções a vedação do aborto, pois admite a prática do aborto no caso de aborto necessário e de gravidez resultante de estupro, mas em ambas as hipóteses o feto está bem formado, não havendo qualquer anomalia que impeça a vida extra-uterina do feto. E, por não haver previsão legal no ordenamento jurídico penal, a discussão recai sobre o direito fundamental à vida (a vida em formação) que colide com o princípio da dignidade da pessoa humana da gestante, e com o instituto do direito penal da inexigibilidade de conduta diversa, como causa de exclusão da culpabilidade.

Palavras-chaves: Aborto. Anencefalia. Morte. Dignidade da Pessoa Humana. Atipicidade. Inexigibilidade de Conduta Diversa.

Sumário: Introdução. 1. Morte Encefálica. 2. Anencefalia. 3. Aspectos Constitucionais e Penais. 4. Exclusão de Culpabilidade ou Atipicidade do Aborto de Feto Anencéfalo. 5. Breve Análise no Direito Comparado. 6- Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática do aborto de fetos portadores da anomalia de anencefalia, que se caracteriza pela má formação congênita resultante de defeito de fechamento de tubo neural, em que tal anomalia não possibilita a sobrevivência do feto senão por pouco tempo, ou até mesmo minutos.

Para tal, estabelece como premissa a reflexão sobre o direito fundamental à vida do feto e do direito fundamental à integridade psíquica e física da gestante. Diante disso, a possibilidade de aborto de feto anencéfalo, de construção doutrinária e jurisprudencial, ainda que recente e controvertida, sinaliza para a observância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a fim de evitar assim a ocorrência de danos à integridade psíquica e física da gestante, ao permitir que ela faça a opção de realizar o aborto ou prosseguir com a gestação, em detrimento do direito à vida intrauterina de feto portador de anencefalia.

Busca-se despertar a atenção para o grande dano psíquico e físico que as gestantes de fetos portadores de anomalia encefálica sofrem ao serem obrigadas a levar a gravidez até o parto, mesmo sabendo, por perícia médica, que o feto morrerá ainda na gestação ou logo após o parto. E, também, pretende-se analisar a possibilidade da interrupção da gravidez nesse caso, sem descuidar dos aspectos ligados aos direitos constitucionais e ao direito penal.

Objetiva-se trazer à tona a discussão sobre a interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia, dentro de um contexto em que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê expressamente a autorização para a prática do ato interruptivo. Procura-se demonstrar que a visão sentimental e religiosa de que o feto possa viver, inclusive por alguns meses, retarda a implementação de lei para permitir a interrupção da gravidez, a qual

solucionaria a problemática, uma vez que num Estado Democrático de Direito, a Constituição da República e as leis ordinárias não podem se sujeitar aos dogmas religiosos, aos dogmas da fé.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a aplicabilidade das normas que disciplinam sobre a morte do ser humano; a aplicação dos princípios da predominância do interesse, da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana e da integridade psíquica e física da gestante, a aplicabilidade das regras gerais de justificação; e, ainda, a controvérsia existente sobre o tema.

A metodologia será pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

Resta saber, assim, se há necessidade de uma legislação específica autorizando a realização do aborto de feto anencéfalo, como ocorre no aborto terapêutico e no aborto humanitário, ou se por meio dos princípios, direitos e institutos do direito constitucional e do direito penal já existentes, possibilitariam a prática deste tipo de aborto.

1- MORTE ENCEFÁLICA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 5º, caput, estabelece como direito fundamental do indivíduo o direito à vida, que nas palavras de José Afonso da Silva¹ consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.

Apesar de a Constituição Federal não dispor expressamente sobre o início da proteção ao direito à vida, a doutrina brasileira entende que se inclui nesta proteção a vida intra-uterina. Portanto, a grande celeuma sobre a proteção do direito à vida incide em saber o

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.196.

início da vida intra-uterina, se é a partir da concepção ou da nidação. A doutrina pacífica entende que o início da vida intra-uterina se dá com a concepção.

A Lei n° 9.434/97 passou a regular a retirada de partes de corpos de seres humanos sem vida, com a finalidade de possibilitar a realização de transplante e de tratamento de outras pessoas ainda vivas que se encontrem em risco de vida, ou que sofrem de alguma deficiência que demande partes de corpo de outras pessoas para a cura ou tratamento.

A referida lei possui uma nítida finalidade ético-humanitária, que seria a de retirar órgãos de outros seres humanos já sem vida para possibilitá-la àqueles que ainda possuem alguma chance de viver, mas se encontram em situação de saúde precária, e dar a estes a chance de continuar vivendo. Como exemplo, há casos de pessoas que precisam de um transplante de coração para sobreviver, ou casos em que a preocupação é a melhor qualidade de vida, para que a pessoa possa viver com mais dignidade e possa alcançar o ideal de felicidade, como no exemplo do transplante de olhos.

A grande novidade dessa lei foi trazer para o ordenamento jurídico pátrio o momento cronológico em que o legislador decidiu em que momento a vida humana chega a seu termo final.

Com a entrada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei de Transplantes afastou a discussão em torno do momento em que poderia ser considerada a morte do ser humano, se era quando acontecia a chamada morte cardiorrespiratória, que ocorre com a cessação dos batimentos cardíacos e dos movimentos respiratórios, ou quando acontecia a morte cerebral, que ocorre quando o cérebro cessa de forma irreversível o seu funcionamento.

A Lei de Transplantes, no seu art. 3º, dispõe que a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não

participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Como se pode verificar ao analisar do texto legal, o legislador optou por considerar o momento em que o ser humano deixa de viver o exato instante em que é constatada a sua morte cerebral, o que possibilitará a retirada dos órgãos do ser para que sejam atingidos os elevados fins desta lei. Assim, a partir da morte cerebral, não há que se falar que o ser humano que fora objeto de tal diagnóstico ainda possa ser considerado vivo.

É importante destacar que a Lei de Transplante não viola o direito fundamental à vida previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que a referida lei apenas estabelece o momento em que o ser humano é considerado morto, e não uma forma de antecipar a morte do ser humano.

Com isso, como coube à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelecer a proteção ao direito à vida de forma ampla e genérica, coube à Lei nº 9.434/97 definir o momento em que a vida humana chega a seu fim, delimitando e dando contornos mais claros a tal direito.

Além da Lei nº 9.434/97 prever que a morte do ser humano se dá pela ausência de atividade cerebral (morte encefálica), a Resolução nº 1.752 de 08 de setembro de 2004 do Conselho Federal de Medicina considerou que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes. E, ainda, considerou que, como os anencéfalos têm sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, não é necessário e nem são aplicáveis os critérios de morte encefálica.

Nesse diapasão, a Lei nº 9.434/97, que delimitou o momento final da vida do ser humano, e a Resolução nº 1.752 do Conselho Federal de Medicina, que estabeleceu que os

anencéfalos são natimortos cerebrais, ajudarão na solução mais adequada aos casos de fetos portadores de anencefalia.

2- A ANENCEFALIA

O termo “anencefalia” vem do grego, podendo ser traduzido como ausência de cérebro. Deste modo, a anencefalia é uma malformação congênita resultante de defeito de fechamento do tubo neural.

Essa anomalia ocorre por volta do vigésimo quarto dia após a concepção, visto que é neste período em que o tecido formado pelas células fetais, que se apresentava em uma forma plana, começa a transformar-se em um tecido que se invagina, e forma pregas que começam a fechar-se por completo, formando, assim, uma estrutura tubular. Portanto, no caso de anencefalia, o tubo neural não se fecha totalmente. O processo de fechamento do tubo neural se dá de forma incompleta e o indivíduo passa a ser portador de um defeito congênito, a anencefalia ².

É importante destacar que o problema com o fechamento do tubo neural não ocasiona somente a anencefalia. Essa só ocorrerá se o defeito atingir a extremidade distal do tubo neural. Se, ao contrário, o defeito ocorrer na extensão do tubo neural, dar-se-á origem a outro tipo de má-formação, à espinha bífida, na qual o feto tem a espinha exposta ao líquido amniótico ou separada deste por uma camada de pele.³

Contudo, é importante destacar que a caracterização da anencefalia não pode ser ligada a uma causa específica, haja vista que é um defeito multifatorial. Os especialistas sobre o estudo de anencefalia, a relacionam às deficiências de vitaminas do complexo B,

² SEBASTIANI, Mario. *Análisis ético bajo el concepto del feto como paciente en los casos de anencefalia*. Lexis Nexis- Jurisprudência Argentina. fasc. 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p.78-82.

³ *ibidem*, p.84.

especialmente o ácido fólico. Por tal motivo, é que muitos médicos prescrevem a ingestão, através de alimentos e suplementos vitamínicos, desta substância nos três meses anteriores ao início da gestação e nos três meses posteriores à concepção. E, no Brasil, foi determinado pelo Ministério da Saúde o enriquecimento da farinha com o ácido fólico, a fim de prevenir o aparecimento de defeitos do tubo neural ⁴.

Existem alguns fatores que podem desencadear esses defeitos, que ocasionam a anencefalia, tais como o álcool, o tabagismo, o uso de drogas ilícitas, alterações cromossômicas, histórico familiar, entre outros fatores.

Essa anomalia faz com que o cérebro do feto não se forme. Assim, verifica-se que o anencéfalo não possui nenhum tecido cerebral ou, se possui-lo, este tecido é amorfo e encontra-se solto no líquido amniótico. Não há, portanto, a formação dos hemisférios cerebrais e nem da estrutura do crânio, cuja deformação não possibilita a sobrevivência senão por poucas horas.

Segundo o ex-presidente do Conselho Federal de Medicina, Edson de Oliveira Andrade⁵, um feto anencefálico tem chance estatística de praticamente cem por cento de estar morto durante a primeira semana após o seu nascimento. Com isso, para que haja uma relativa prolongação de seu estado vegetativo, nesse sentido, questão de horas ou dias, inevitavelmente deverá recorrer aos aparelhos mecânicos, opção esta nem sempre possível para todos por demandar um gasto exorbitante e por nem sempre o feto resistir, na medida em que a sua existência se mantém em razão da sua ligação ao organismo materno.

A gestação de um feto portador de anencefalia é muito desgastante, uma vez que isso implica em grande dano psíquico e físico que as gestantes de fetos portadores de anomalia encefálica sofrem ao serem obrigadas a levar a gravidez até o parto, mesmo

⁴ COCHARD, Larry. *Atlas de Embriologia Humana de Netter*. Tradução Casimiro Garcia Fernández e Sonia Maria Lauer de Garcia. Porto Alegre: Artmed, 2003, p.73 e 74.

⁵ ANDRADE, Edson de Oliveira. *A Grande Diferença*. Disponível em: <<http://www.providanopolis.org.br/agrandif.htm>>. Acesso em: 10 out. 2010.

sabendo, por meio de perícia médica, que o feto morrerá ainda na gestação ou logo após o parto.

De acordo com a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia⁶, a gravidez do feto anencéfalo pode resultar em inúmeros problemas maternos durante a gestação. O puerpério da mulher também pode ser intensificado em decorrência de hemorragias por falta de contratilidade uterina, o que pode levar a uma maior incidência de infecções pós-cirúrgicas.

Sendo assim, é inegável que os efeitos físicos e psicológicos sofridos pelas gestantes e por suas famílias para o prosseguimento desta gestação atentam contra todas as garantias de dignidade humana da mulher.

3- ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PENAIIS

A elaboração e a evolução da proteção dos direitos individuais do homem, de acordo com a doutrina francesa, tiveram como principal fonte de inspiração o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais, uma vez que o cristianismo pregava a libertação do homem, na sua afirmação da dignidade da pessoa humana, porque o homem é uma criatura formada por Deus e à sua imagem, e tal dignidade pertence a todo homem, sem qualquer distinção.⁷

Depois, com o Iluminismo, o conceito de dignidade da pessoa humana extrai elementos da filosofia tais como a razão, a capacidade de valoração moral e a autodeterminação do indivíduo. E, por fim com a conclusão da Segunda Guerra Mundial, a

⁶ BECKER, Marco Antônio. *A Polêmica da Antecipação do Parto de Feto Anômalo*. Disponível em <<http://www.febrasgo.org.br/>>. Acesso em: 09 out. 2010.

⁷ SILVA, *op. cit.*, p.172 - 173

idéia da dignidade da pessoa humana ingressou no mundo jurídico, com a sua inclusão em diversos documentos internacionais, e Constituições de Estados Democráticos.⁸

Luis Roberto Barroso⁹ conceitua a dignidade humana como um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa, seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana, ao ser reconhecida como um princípio, traz importantes consequências no que tange à sua estrutura normativa, e no seu modo de aplicação na Constituição, uma vez que princípios são normas jurídicas com carga valorativa, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito.¹⁰

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, em seu art. 1º, III, consagrou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é considerada como um norteador do sistema jurídico e das relações jurídicas em si, tornando o indivíduo como a principal fim de proteção e de desenvolvimento pelo Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana faz com que todo o ordenamento jurídico brasileiro realize uma releitura tanto para a interpretação

⁸ BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional*. Disponível em: <www.luisbarroso.com.br> Acesso em: 24 mar. 2011.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ WIKIPEDIA. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em: <pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_dignidade_da_pessoa_humana> Acesso em: 23 mar. 2011.

quanto para a aplicação de suas normas, com a finalidade de assegurar a vida humana de forma prioritária e integral.

Os direitos fundamentais do homem indivíduo, segundo José Afonso da Silva¹¹, são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, a fim de garantir a iniciativa e a independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Portanto, os direitos fundamentais do homem servem como uma fonte limitadora do atuar de outro homem, bem como do próprio Estado.

Para Guilherme Peña de Moraes¹², os direitos individuais são direitos fundamentais do homem-indivíduo, porque titularizados e exercidos por pessoas individualmente consideradas em si, com a delimitação de uma esfera de ação pessoal.

De acordo com a origem e o significado dos direitos do homem e direitos fundamentais, Canotilho¹³ os distingue como os direitos do homem sendo aqueles direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, numa dimensão jusnaturalista, enquanto os direitos fundamentais são direitos do homem, no sentido jurídico e institucionalmente garantidos e limitados, isto é, são direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Afirma, ainda, Canotilho¹⁴ que "muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade". Tal afirmação decorre do entendimento de que os direitos da personalidade contemplam os direitos de Estado (direito a cidadania), os direitos sobre a própria pessoa, (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), além dos direitos de liberdade, tais como a liberdade de expressão, liberdade de locomoção e etc. Contudo, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos, por não serem atinentes ao ser como pessoa.

¹¹ SILVA, *op. cit.*, p. 175 - 190.

¹² MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.521.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria das Constituições*. 7. ed. Coimbra: Almedinha, 2007, p.32-33

¹⁴ *Ibidem*, p.372.

Destarte, dentro dos direitos fundamentais estão os direitos individuais, cujo objeto imediato é a vida, que contemplam o direito à vida, o direito à integridade física e o direito à integridade moral.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art. 5º, caput, consagra a proteção do direito à vida do indivíduo, tanto do brasileiro como do estrangeiro residente no Brasil. Além da Constituição Brasileira, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 4º, prevê: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

O Pacto de São José da Costa Rica entrou para o ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678/1992 e tem *status* de norma supralegal, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, deve ser observado pela legislação infraconstitucional.

O direito à vida, além de ser um direito fundamental, também é um direito natural do homem, inerente à própria existência do ser humano.

A vida humana é definida como complexo de propriedades e qualidades em que as pessoas naturais mantêm em contínua atividade funcional, que se desenvolve entre o nascimento e a morte, não obstante a ordem jurídica brasileira proteja os direitos do nascituro desde a concepção, bem como possibilita a reclamação indenizatória por perdas e danos pela ameaça ou lesão a direitos após o falecimento da pessoa natural, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.¹⁵

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no art. 7º, dispõe sobre o direito à proteção à vida e à saúde da criança e do adolescente, mediante políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Por essa razão, entende-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a

¹⁵ MORAES, *op.cit.*, p.521.

Teoria da Concepção, em que se dá personalidade jurídica ao nascituro a partir da concepção. Já Código Civil de 2002, no art. 2º, mesmo que não tenha adotado a Teoria da Concepção, mas sim a Teoria Natalista, na qual reconhece a personalidade jurídica apenas àquele que nasce com vida, põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção.

Todavia, deve ser ressaltado que a dignidade da pessoa humana é uma parte do conteúdo dos direitos fundamentais, sendo ela um parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais. E, ainda, apesar do direito à vida ser qualificado como o principal direito fundamental de um Estado, ele não possui caráter absoluto, haja vista que em algumas situações ela poderá ser sacrificada em prol de outros valores individuais ou sociais.¹⁶

Assim, observa-se que há uma colisão entre o direito à vida do nascituro e a dignidade da pessoa humana da gestante, que se corporifica no direito a integridade física e psicológica. Desse modo, inicialmente, poder-se-ia dizer que se a gestante de um feto portador de anencefalia, conscientemente, decidisse pela interrupção da gravidez, estaria cometendo um ato ilícito de acordo com o Direito Brasileiro.

O aborto é a prática da interrupção de uma gravidez feita em qualquer momento do ciclo gravídico até o início do parto, uma vez que a vida extra-uterina começa com o início do parto. Em razão de, no Brasil, a vida ser um bem indisponível, a prática do aborto configura como crime tipificado nos art. 124 a 127 do Código Penal. Todavia, para fins de configuração da prática do crime de aborto, é necessário saber, com precisão, a partir de que momento há o início da proteção da vida intra-uterina.

A vida humana começa a partir da concepção, no momento em que o óvulo da mulher é fecundado pelo espermatozóide do homem. Mas, para fins de proteção da lei penal, a doutrina mais clássica e vanguardista entende que a lei penal nesse caso já é aplicável a

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional*. Disponível em: <www.luisbarroso.com.br> Acesso em: 24 mar. 2011.

partir da concepção. Já a doutrina mais moderna e majoritária, como Rogério Greco¹⁷, entende que a vida humana só tem relevância após a nidação, isto é, quando da implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 dias após a fecundação.

A lei penal apenas considera como crime o aborto provocado dolosamente, não sendo crime o aborto espontâneo, aquele que ocorre quando o próprio organismo se incumbe em expulsar o produto da concepção. Também não é crime, por falta de previsão legal, o aborto praticado culposamente, isto é, quando a gestante por sua conduta culposa dá causa à expulsão do produto da concepção, sendo o fato considerado como um indiferente penal.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro consagre o direito fundamental à vida, protegendo até mesmo a vida intra-uterina, o Código Penal vigente prevê no art. 128 duas hipóteses em que o aborto pode ser realizado em virtude de autorização legal, a saber: aborto terapêutico, necessário ou preventivo, e o aborto sentimental ou humanitário.

Para que o aborto possa ser considerado terapêutico, é necessária a presença de dois requisitos a saber: não pode haver outro meio senão o aborto para salvar a vida da gestante. E, a realização do aborto deve ser feita por um médico, desde que a situação de risco não seja atual, já que se a situação de risco for concomitante, outro profissional habilitado na área de saúde poderá realizar o aborto, que para parte da doutrina é considerada como excludente da ilicitude pelo estado de necessidade de terceiro¹⁸ e para outra parte como causa de justificação pela inexigibilidade de conduta diversa.

A natureza jurídica da autorização legal para o aborto terapêutico seria a de causa de justificação por estado de necessidade, uma vez que ambos os bens jurídicos, tanto a vida da gestante quanto a vida do feto, são protegidos juridicamente. Apenas um deve prevalecer para que o outro subsista e nesse caso a lei escolheu a vida da gestante.

¹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* :parte especial. v.2. 7.ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 222.

¹⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquemático*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011, p.163.

Já o aborto sentimental ou humanitário é a interrupção da gravidez resultante de um estupro. Esse tipo de aborto exige além da gravidez resultante de estupro, que haja consentimento da gestante ou de seu representante legal se ela for incapaz.

Quanto a natureza jurídica da autorização legal para o aborto humanitário, a doutrina diverge a respeito. A doutrina majoritária¹⁹ entende que seria uma causa excludente de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro é a Teoria Unitária, que só admite o estado de necessidade justificante, e o bem da vida é de valor superior ao bem da honra. Já a doutrina minoritária entende que a natureza jurídica seria de causa excludente de antijuridicidade pelo estado de necessidade.

O aborto eugênico é a interrupção da gravidez realizada quando é constatado através de exames médicos que o feto possui alguma anomalia, tais como Síndrome de Down, ausência de algum membro ou até mesmo a anencefalia.

No que tange especificamente aos casos de fetos portadores da anencefalia, o Código Penal Brasileiro é omissivo sobre a permissão legal para a realização do aborto em questão e por tal motivo surgem controvérsias acerca do tema.

Em uma interpretação literal do dispositivo penal, poder-se-ia entender pela impossibilidade da realização do aborto de feto anencéfalo, uma vez que o Código Penal não prevê, entre as causas do permissivo legal do aborto, o caso de o feto ser portador de anencefalia.

Além disso, a visão daqueles que defendem a proibição do aborto de feto anencéfalo é de que o art.128 do Código Penal seria inconstitucional, uma vez que violaria o direito fundamental à vida consagrado pela Magna Carta Brasileira, não sendo admissível qualquer tipo de aborto.

¹⁹ GONÇALVES, *op.cit.*, p.237 - 238

A maior defensora dessa interpretação é a Igreja, uma vez que ela acredita que com a fecundação do óvulo já inicia a vida de um ser humano, não existindo assim um ser maior ou menor do que o outro. E, ainda, defende a “possibilidade” do feto, ao nascer, sobreviva por apenas alguns dias, meses ou até mesmo anos. Sustenta, assim, que cada embrião humano deve ser respeitado como são respeitadas todas as pessoas humanas já nascidas.

Todavia, deve-se destacar que o Estado brasileiro, como um verdadeiro Estado Democrático, é um país laico, ou seja, não adota qualquer tipo de religião como norteadora de seu povo, sua sociedade. Portanto, não pode um Estado Democrático de Direito ter como balizador de suas idéias e evolução a crença religiosa. Não pode o Estado ficar preso ou limitado aos dogmas da fé.

Sendo assim, com a devida *venia*, a melhor interpretação a ser feita sobre a possibilidade da realização do aborto de feto portador de anencefalia é a interpretação sistemática que busca a satisfação do ordenamento jurídico, visto como um todo e não apenas de um determinado instituto jurídico que é apenas parte desse ordenamento que possui como característica fundamental a unidade e a indivisibilidade.

Com a interpretação sistemática, vislumbra-se a possibilidade da realização de tal aborto, uma vez que estarão presentes, além do direito à vida do feto, o direito à dignidade da pessoa humana da gestante, e também o seu direito à integridade física e psíquica.

Aqueles que admitem o aborto e são a favor do aborto de feto anencéfalo argumentam que o aborto, quando é resultante de um estupro, apenas visa à preservação da honra subjetiva da gestante e não do bem jurídico vida, pois não necessita de qualquer avaliação médica sobre o estado de vida da gestante ou mesmo do feto. Por conseguinte, não poderia haver óbice para a interrupção da gravidez de um feto que é portador de uma anomalia a qual não permite a sobrevivência do feto fora do útero materno, atendendo, assim, o

princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito a integridade psíquica e física da gestante.

A melhor doutrina firma-se na posição de possibilidade de autorização judicial para a interrupção da gravidez no caso do feto ser portador de anencefalia, desde que haja laudo médico e laudo de psicólogo atestando a anencefalia do feto, e sua incompatibilidade com a vida extra-uterina, evitando dessa forma o sofrimento físico e psicológico da gestante, como também do pai e do restante da família.

Outrossim, vale ressaltar que houve inúmeras tentativas de reformular o Código Penal na sua parte especial, dentre elas a Comissão para Reformulação do Código Penal de 1992, na qual o Desembargador Alberto Silva Franco era responsável pela subcomissão que tratava dos crimes contra a vida. Naquela época, criaram um anteprojeto de Lei, que acrescentava ao artigo 128, o inciso III, e dois parágrafos, em que se estabelecia que não constituiria como crime o aborto realizado por médico se houvesse fundada probabilidade de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias psíquicas e físicas, desde que, obviamente, tivesse o consentimento da gestante ou de seu representante legal no caso de a gestante ser incapaz.²⁰

Sendo assim, se o anteprojeto fosse votado e aprovado como Lei, ficaria nítida a possibilidade da interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia pelo Código Penal. Todavia, como isso não ocorreu, a questão sobre a possibilidade do aborto de feto anencéfalo está *sub judice*, para ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal em caráter definitivo.

4 – EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE OU ATIPICIDADE DO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

²⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. *Anteprojeto do Código Penal: parte especial*. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 25 mar. 1999.

É cediço que o Estado não deve intervir em todas as situações, especificamente na esfera penal, razão pela qual as condutas regulamentadas devem se limitar ao necessário e indispensável para a manutenção da paz social. O Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, ele só deve atuar nos casos em que os demais ramos do Direito não foram suficientes para solucionar o problema ou proteger aquele direito.

É importante destacar que na esfera penal a doutrina brasileira para definir o crime adota a concepção tripartida, ou seja, para ser crime o fato tem que ser típico, antijurídico e culpável.

Seguindo a Teoria Normativa Pura de Hans Welzel, que entende ser inconcebível que um fato definido em uma norma para caracterizar um crime, um fato típico, pudesse ser considerado praticado sem que o seu causador tivesse intenção da praticá-lo, ou, pelo menos, culpa na sua concretização, o dolo e a culpa passaram a ser considerados parte da tipicidade, e a culpabilidade passou a ser informada unicamente por elementos ensejadores de juízo de reprovação pelo julgador.

A culpabilidade é um juízo de reprovação que recai sobre o sujeito que praticou o fato, é a censura da conduta realizada pelo sujeito. E, ela é composta por três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Considerando-se o elemento de exigibilidade de conduta diversa, tem-se causa de exclusão a inexigibilidade de conduta diversa, pois não há como exigir outra conduta do agente naquele momento que não fosse aquela praticada por ele. Isso porque não é humano aplicar-se uma reprimenda a alguém, quando segundo Frederico Marques²¹, sua "conduta típica ocorreu sob a pressão dos acontecimentos e circunstâncias que excluem o caráter reprovável dessa mesma conduta".

²¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva. 1965,p.227.

Sobre essa premissa, Guilherme Peña de Moraes²² e Alvaro Mayrink²³ entendem que o embasamento para a possibilidade do aborto anencefálico encontra-se em causa supra-legal autônoma de exclusão da culpabilidade, por ser inexigível outra conduta, haja vista que não se pode exigir da gestante que ela prossiga com uma gravidez até o parto, e passe por vários transtornos emocionais que podem até mesmo repercutir na saúde da gestante, sabendo que a deformação do feto não possibilita a sobrevivência dele.

No que tange à tipicidade penal, a doutrina moderna do direito penal entende que essa compõe-se da tipicidade formal, e da tipicidade material.

A tipicidade formal seria a exata correlação entre o fato concreto e a norma penal abstrata, ou seja, há tipicidade quando o sujeito realiza todos os elementos do tipo penal descritos na norma. Dessa forma, se o fato observado na vida real se amoldar perfeitamente à roupagem dada pelo tipo, há a tipicidade. Já na tipicidade material, há a análise se houve no fato relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Então, conclui-se que para ser delituoso, um comportamento humano, além de subsumir-se a uma norma incriminadora (estar expressamente previsto em lei como crime), deve ter provocado uma ofensa relevante ao bem jurídico tutelado, ou uma significativa ameaça de lesão a ele. Uma conduta pode corresponder exatamente à definição de um delito, porém, se não causa lesão ou ameaça ao bem jurídico, é atípica.

Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que o aborto, a princípio, é um ato ilícito, pois é a interrupção de uma vida. Todavia, em razão de o feto ser portador de anencefalia, ou seja, trata-se de um feto sem cérebro, destituído de qualquer possibilidade de vida extra-uterina, e a Resolução de nº 1.752 do Conselho Federal de Medicina e a Lei nº 9.434/97 consideraram os fetos anencéfalos como natimortos, deve-se concluir que não é possível proteger o bem jurídico vida onde ele não existe.

²² MORAES, *op.cit.*, p.5.

²³ MAYRINK, Alvaro. “Interrupção da Gravidez: Uma questão de Direitos humanos.” *In: Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. v. XXIII, n.50, 2010, p.202.

Em virtude de não haver qualquer possibilidade de se falar em atividade cerebral e, portanto, em vida no quadro de anencefalia, não é possível pretender estender a proteção do tipo penal a essa hipótese. Diante desse triste caso, é mais correto pensar que a conduta típica não encontra enquadramento no capítulo dos crimes contra a vida, haja vista que o conceito médico de vida consiste na existência de atividade cerebral e não cardíaca.

Apesar de ser triste, lamentável, ou até mesmo antirreligioso que seja, não há bem jurídico a que preservar. A vida do feto é impossível, dada a anencefalia, sendo considerado como um natimorto, a interrupção da gestação é conduta que, a rigor, não atinge o bem jurídico visado pela norma penal, e, conseqüentemente, não existe bem jurídico a ser protegido, como também, não há tipicidade penal.

Para o professor Luiz Flávio Gomes²⁴, o aborto anencefálico seria atípico pela aplicação da Teoria da Imputação Objetiva pelo pressuposto do risco permitido.

Ressalta-se que, dentro das finalidades a que se propõe o Direito Penal, não há motivo para que haja incidência da norma incriminadora. Do ponto de vista penal, não há lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido, do ponto de vista técnico, médico, não há vida assim compreendida, e do ponto de vista social, antes de causar repulsa interrupção da gravidez, na espécie, é compreensível e provoca a reflexão a respeito do transtorno psicológico que representa para os pais prosseguirem até o parto com uma gravidez como essa, com a certeza de um final trágico.

5- BREVE ANÁLISE NO DIREITO COMPARADO

Em alguns países o aborto é considerado lícito dependendo do tempo de gestação e de recomendações médicas, psicológicas e até mesmo é possível a realização da interrupção da

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Teoria da Imputação Objetiva e Aborto Anencefálico*: atipicidade material do fato. Disponível em :< http://www.lfg.com.br/artigos/art_aborto_lfg.pdf> Acesso em: 08 abr. 2011.

gravidez por razões sociais e econômicas em países mais liberais, tal como na Holanda, em que admitem a interrupção da gravidez como um direito de opção da mulher, consagrado em sua Constituição.²⁵

A França admite a interrupção da gravidez, desde que essa seja feita até o sexto mês da gestação, sendo necessário um laudo médico que certifique a anomalia do feto e reconhecido por um tribunal administrativo.²⁶

Na Espanha, o aborto de feto portador de anencefalia também é admitido, desde que a interrupção da gravidez seja realizada até a vigésima segunda semana de gestação, e o médico que for realizar o procedimento do aborto seja distinto do médico que tenha constatado a anomalia da anencefalia.²⁷

Já em Portugal, a interrupção da gravidez de feto com malformação congênita pode ser feita até a vigésima quarta semana de gestação.²⁸

6- ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Como é sabido, não existe expressamente um dispositivo legal no Código Penal Brasileiro que autorize a interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia, é necessário que essa interrupção seja realizada de autorização judicial. Por tal motivo, inúmeras gestantes que se encontram nessa situação buscam o Poder Judiciário com a finalidade de conseguir a autorização para realizar o procedimento do aborto.

A maioria dos juízes tem concedido a autorização para a realização do aborto de feto portador de anencefalia sob o fundamento de princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a integridade física da gestante, uma vez que ninguém deve se submeter a

²⁵ TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 43.

²⁶ *Ibidem*, p. 44.

²⁷ *Ibidem*, p. 45.

²⁸ *Ibidem*, p. 45.

um tratamento desumano. Outros juízes, ainda, aplicam a analogia *in bonam partem*, haja vista que forçar uma gestante a prosseguir com tal gravidez irá acarretar-lhes graves danos à saúde mental, comparando ao permissivo legal do estado de necessidade, com o argumento de que a constatação congênita do cérebro não era possível no momento da realização do Código Penal Brasileiro que se deu em 1940, pois não existia tal exame para que chegasse a essa conclusão.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, na primeira instância paulista, o primeiro a abarcar o entendimento pela possibilidade do aborto de feto anencéfalo foi o então juiz Geraldo Pinheiro Franco, em 1993, hoje desembargador da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, quando atuava como juiz do Departamento de Inquéritos Policiais.

O Tribunal de Justiça paulista²⁹ também tem precedente como a decisão capitaneada pelo desembargador Galvão Bueno, que autorizou o aborto de um feto com Síndrome de Edwards, ou ainda a que foi determinada pelo desembargador Edison Brandão, em 08 de junho de 2010. Este entendeu que tal aborto seria considerado como aborto terapêutico, em interpretação teleológica da norma penal, em razão do terrível dano psicológico existente em se obrigar a gestante a levar até o fim a gravidez de um feto inviável.

Em 20 de novembro de 2000, o desembargador David Haddad do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁰ concedeu a autorização judicial para a realização da interrupção da gravidez de feto anencéfalo por entender que o prosseguimento desta gestação traz risco à vida da gestante, não só pela grave perturbação psicológica, que pode gerar atitudes inconseqüentes e desorganização familiar, com grande possibilidade de suicídio, mas também pelas complicações de tal tipo de gestação e do próprio parto.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas Corpus* nº 990.10.046549-0. 16ª Câmara Criminal. Data do julgamento 08 jun. 2010. Data do registro 25 jun. 2010. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Mandado de Segurança* nº.9010529-28.2000.8.26.0000. 1ª Câmara de Direito Criminal. Data do registro 20 dez. 2010. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

No mesmo sentido, em uma decisão mais recente, a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo³¹, tendo como relator o Desembargador Francisco Bruno, exarou autorização judicial para a realização do aborto, por crer que o aborto de feto anencefálico perante a lei brasileira não constitui como crime, por estar presente a causa de justificação de inexigibilidade de conduta diversa.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio da Terceira Câmara Criminal³², em 12 de setembro de 2002 decidiu pela possibilidade de aborto de feto portador de anencefalia, apesar de não estar o aborto eugênico previsto no art.128 do Código Penal, por considerar que essa anomalia acarretaria a inviabilidade absoluta da vida extra-uterina, e tal interrupção não teria apenas caráter eugênico, mas também terapêutico.

Em seu mais recente julgamento sobre o tema, o Desembargador relator Nereu José Giacomolli³³, da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, autorizou a interrupção da gravidez de feto anencefálico com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana da gestante e por analogia *in bonam partem* do art.128, I, do Código Penal, por entender que a gestação inviável constitui tratamento desumano e cruel à gestante.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 14 de setembro de 2005, o Desembargador Batista de Abreu³⁴ negou a autorização judicial para que a gestante realizasse o aborto de feto anencefálico, por entender que não se tratava do caso de aborto necessário,

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Mandado de Segurança* nº: 0011516-37.2011.8.26.0000. 9ª Câmara de Direito Criminal. Data de Julgamento 24 mar. 2011. Data do registro 25 mar. 2011. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação* nº: 70005037072. Relator: Desembargador Jose Antonio Hirt Preiss. 3ª Câmara Criminal. Data de Julgamento 12 set. 2002. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação* nº: 70040663163. Relator: Nereu Jose Giacomolli. 3ª Câmara Criminal. Data de Julgamento 30 dez. 2010. Data da Publicação 10 jan. 2011. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

³⁴BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação* nº: 0086551-60.2005.8.13.01. Relator: Batista de Abreu. Data do Julgamento: 14 set. 2005. Data da Publicação 30 set. 2005. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

pois a genitora não sofria de perigo iminente de morte, nem havia permissivo legal que autorizasse o aborto eugênico.

Contudo, apesar dessa decisão no Tribunal de Justiça mineiro, a maioria de seus julgados se posiciona pela admissão da autorização judicial para a interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia, conforme o mais recente julgamento sobre o tema em que a 9ª Câmara Cível, por meio do Desembargador relator José Antônio Braga³⁵, decidiu que :

A interrupção de gestação de feto desprovido de vida cerebral não poderá ser considerada aborto, pois não há vida autônoma. Não se está diante de um pleito de paralisação de uma vida indesejada ou que tenha uma deformidade qualquer, ainda que grave e incurável; não se quer evitar a existência de uma vida vegetativa, mas sim paralisar uma gravidez sem vida presente ou futura. - O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deverá prevalecer sobre a garantia de uma vida meramente orgânica, sendo indubitável que o prosseguimento da gravidez é capaz de gerar imensuráveis danos à integridade física e mental da gestante e demais familiares.”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na primeira instância, possui alguns juízes ainda muitos reticentes a conceder a autorização para a interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia.

Contudo, a 8ª Câmara Criminal do mesmo Tribunal³⁶ entendeu que era possível a realização do aborto de feto anencefálico pelo estado de necessidade, considerando a conduta atípica, por não atingir qualquer bem jurídico penalmente tutelado .

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Murta Ribeiro possui posição contrária a tal aborto, em razão da falta de permissivo legal e pelo direito à vida consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil no art. 5º, porém foi voto vencido no agravo regimental 0041418-11.2003.8.19.0000 da Segunda Câmara Criminal, que teve como voto vencedor, o da relatora, a Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, no

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* nº: 0351315-65.2010.8.13.0079. Relator: José Antonio Braga . 9ª Câmara Cível. Data do Julgamento: 24 ago. 2010. Data da Publicação: 30 ago. 2010. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus* nº: 0035098-08.2004.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Suely Lopes Magalhães . Data de Julgamento 27 jan. 2005. . Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

juízo proferido em 25/11/2003, que autorizou o aborto de feto anencefálico sob o seguinte fundamento :

Realmente não há previsão legal para a hipótese versada nos autos. Mas, atento ao princípio da razoabilidade, tem-se como desumana e ilegal a decisão que, imotivadamente, suspendera os efeitos da autorização judicial concedida por esta Relatora. Desumana porque ignora totalmente o sofrimento suportado por uma jovem de apenas 18 anos (e seu marido), que tem plena ciência de carregar no ventre um ser condenado à morte, não havendo a menor possibilidade de sobrevivência, após o parto.

No Superior Tribunal de Justiça, há dois acórdãos da Quinta Turma com entendimentos diametralmente opostos. No *Habeas Corpus* nº 32159/RJ, tendo como relatora do julgado a Ministra Laurita Vaz³⁷, entendeu-se que não poderia haver a autorização para a realização do aborto de feto portador de anencefalia, visto que não há permissivo legal, e que não poderia dar uma interpretação extensiva ao art. 128 do Código Penal, além da impossibilidade de o magistrado, que é intérprete da lei, acrescentar mais uma hipótese de aborto que foi excluída pelo legislador.

Já no *Habeas Corpus* nº 56572/SP, que teve como relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima³⁸, apesar de ter reconhecido a perda do objeto da impetração do *Habeas Corpus*, uma vez que a gestação já se encontrava em estágio avançado, ao atingir o termo final para a realização do parto, foi destacada:

“a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana.”

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 32159/RJ. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Data do Julgamento: 17 fev. 2004. Data da Publicação: 22 mar. 2004 p.339 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 56572/SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Data do Julgamento: 25 abr. 2006. Data da Publicação: 15 mai. 2006 p.273. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

Por fim, no Supremo Tribunal Federal está tramitando a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54 QO/DF³⁹, que trata sobre a questão da interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia, a qual foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, por intermédio do ilustre advogado Luís Roberto Barroso.

O Ministro Marco Aurélio, que é o relator da referida ação, chegou a conceder a liminar no dia 1º de julho de 2004, em que reconheceu o direito constitucional da gestante em submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos portadores de anencefalia.

Todavia, a referida liminar foi revogada em 27 de abril de 2005, por decisão da maioria, tendo como votos vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Atualmente, a questão está *sub judice* no Supremo Tribunal Federal, aguardando o julgamento de forma definitiva que será realizado pelo Pleno do referido Tribunal, e que em seu último andamento processual, no dia 26 de abril de 2011, encontrava-se em conclusão ao relator.

CONCLUSÃO

A discussão sobre o tema proposto é de grande relevância que passe pela análise de aspectos jurídicos, sociais e religiosos. A autorização ou não do aborto de feto portador de anencefalia dependerá de tais aspectos, como também de uma ampla discussão envolvendo a bioética.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* de nº 54 QO/DF. Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em : < <http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

A interrupção da gravidez de feto anencefálico deve ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a fé e a religião não podem servir como óbice do reconhecimento de um direito dentro de um Estado Democrático de Direito, o qual adota o princípio da laicidade.

Apesar disso, o sistema jurídico brasileiro é norteado por princípios fundamentais que apregoam os valores abrigados pela sociedade, em virtude de a presença de tais valores ser mais evidente para as pessoas de modo em geral, nos casos em que envolvem bens jurídicos de extrema importância, tais como a vida.

O aborto é considerado como uma conduta ilícita no ordenamento jurídico brasileiro. É crime, por causa do alto grau de rejeição da conduta, por violar um dos maiores valores fundamentais que estruturam o referido ordenamento, que é o respeito à vida humana.

Por outro lado, não se pode aceitar o alto grau de transtornos físicos e psicológicos que a gestante sofrerá ao manter a gestação até o seu termo final, que infelizmente acarretará na não sobrevivência do feto, com a finalidade assim de ser respeitada também a dignidade da pessoa humana da gestante.

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar que não há crime de aborto quando for realizado o procedimento da interrupção da gravidez de feto anencefálico, visto que a Lei de Transplantes prevê que a morte do ser humano se dá pela ausência de atividade cerebral, bem como a Resolução nº 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina considera os anencéfalos como natimortos cerebrais, motivo pelo qual deve-se entender que não há vida a ser protegida pelo Direito Penal, nem pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Sendo assim, é defendida a interrupção de tal gravidez, uma vez que, se não há vida a ser tutelada pelo direito brasileiro, não há crime de aborto praticado pela gestante quando realizar a interrupção da gravidez, sendo essa conduta considerada como atípica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Edson de Oliveira. *A Grande Diferença*. Disponível em: <<http://www.providanopolis.org.br/agrandif.htm>>. Acesso em: 10 out. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional*. Disponível em: <www.luisbarroso.com.br> Acesso em: 24 mar. 2011.

BECKER, Marco Antônio. *A Polêmica da Antecipação do Parto de Feto Anômalo*. Disponível em <<http://www.febrasgo.org.br/>>. Acesso em: 09 out. 2010.

BRASIL. Código Penal. Decreto –Lei n.º 2.848, de 07 dez. 1940.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.752, de 08 set. 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº. 9.434, 04 fev. 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Justiça. Anteprojeto do Código Penal: parte especial. Brasília, DF. *Diário Oficial da União*, Brasília, Distrito Federal, 25 mar. 1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº: 0086551-60.2005.8.13.01. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº: 0351315-65.2010.8.13.0079. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus* nº: 0035098-08.2004.8.19.0000. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 29/ abr. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº: 70005037072. Disponível em:< <http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº: 70040663163. Disponível em:< <http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança nº: 0011516-37.2011.8.26.0000. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 32159/RJ. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 56572/SP. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54 QO/DF. Disponível em : < <http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria das Constituições*. 7. ed. Coimbra: Almedinha, 2007.

COCHARD, Larry. *Atlas de Embriologia Humana de Netter*. Tradução de Casimiro Garcia Fernández e Sonia Maria Lauer de Garcia. Porto Alegre: Artmed, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Teoria da Imputação Objetiva e Aborto Anencefálico: atipicidade material do fato*. Disponível em :< http://www.lfg.com.br/artigos/art_aborto_lfg.pdf> Acesso em: 08 abr. 2011.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal :parte especial, v. 2*. 7.ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1965.

MAYRINK, Alvaro. “ Interrupção da Gravidez: Uma questão de Direitos humanos.” *In: Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. v. XXIII, n.50. Rio de Janeiro : EMERJ, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEBASTIANI, Mario. *Analisis ético bajo el concepto del feto como paciente en los casos de anencefalia*. Lexis Nexis- Jurisprudência Argentina. fasc. 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

WIKIPEDIA. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_dignidade_da_pessoa_humana>. Acesso em: 23 mar. 2011.