



Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e
Processo Penal

Fábio Guido Mota

A possibilidade jurídica de interrupção da
gravidez em casos de anencefalia fetal

Brasília/DF
Agosto/2014

Fábio Guido Mota

**A possibilidade jurídica de interrupção da
gravidez em casos de anencefalia fetal**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: prof.

Brasília/DF

Agosto/2014

Fábio Guido Mota

A possibilidade jurídica de interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção _____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico este trabalho,

*Aos meus pais, meus primeiros e maiores
heróis, pelo exemplo de vida, apoio e
fraternidade.*

Agradeço,

*Antes de tudo, a Deus, por todas as obras
em minha vida.*

*Aos meus mestres, experts na arte de
transmitir o conhecimento.*

"Legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado. Nelas se encerra, para ele, a síntese de todos os mandamentos." (Rui Barbosa)

RESUMO

A interrupção de gravidez de fetos anencéfalos, tidos como fetos de má formação congênita, que não possuem a abóboda craniana, algo vital para a continuidade da vida extra-uterina, é tema polêmico, que provoca grande discussão nos meios jurídico, científico e religioso. Embora relevantes os argumentos daqueles que se debruçam contra a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, o presente trabalho defende a tese de que essa prática é perfeitamente viável dentro do sistema normativo brasileiro, de modo que não seja interpretada como crime de aborto. Para tal mister, nos socorremos a diversos argumentos técnico-científicos, doutrina, decisões judiciais, além do próprio referencial legal, visando demonstrar que seria inegável a violação à Constituição da República, especialmente no que toca ao princípio da dignidade da pessoa humana, exteriorizado através de diversos outros direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à saúde, à vida, à liberdade e à autonomia de vontade, privar a gestante do feto anencéfalo, de decidir, livre e consciente, se deseja ou não interromper sua gravidez, quando carrega em seu ventre feto acometido desta incurável e letal patologia.

Palavras-chave: Interrupção da gravidez. Anencefalia. Viável. Dignidade da pessoa humana. Saúde. Vida. Liberdade. Autonomia de vontade.

ABSTRACT

The interruption of pregnancy of an anencephalic fetus, taken as fetal congenital malformations, which lack the cranial vault, something vital to the continuity of extra-uterine life, is controversial topic that causes great debate in legal, scientific, and religious means. Although the relevant arguments of those huddled against the termination of pregnancy of an anencephalic fetus, this study supports the idea that this practice is perfectly feasible within the Brazilian legal system, so that it is not interpreted as a crime of abortion. For such a task, succor in the various technical-scientific arguments, doctrine, judicial decisions, beyond the legal framework itself, seeking to establish that it would be undeniable violation of the Constitution, especially with regard to the principle of human dignity, externalized through several other fundamental rights and guarantees such as the right to health, to life, liberty and autonomy of will, depriving the mother of the anencephalic fetus, to decide, freely and consciously, whether or not to terminate her pregnancy, when you press affected fetus in her womb this incurable and lethal disease.

Keywords: Termination of pregnancy. Anencephaly. Possible. Dignity of the human person. Health. Life. Freedom. Autonomy of will.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PENAL.....	13
1.1. Estado Democrático de Direito	13
1.2. Postulados de interpretação	14
2. A ANENCEFALIA DO PONTO DE VISTA CLÍNICO	16
2.1. Conceito	16
2.2. Diagnóstico	17
3. O FIM DA VIDA HUMANA	19
3.1. O que diz a ciência	19
3.2. O que diz a lei	19
4. O CRIME DE ABORTO.....	21
4.1. Definição	21
4.2. Objeto de tutela jurídica.....	22
5. A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCEFALO	24
5.1. Atipicidade da conduta	24
5.2. Crime impossível.....	25
5.3. Dignidade da pessoa humana.....	27
5.3.1. Direito à saúde da gestante	28
5.3.2. Direito à autodeterminação da gestante	31
5.4. Argumentos contrários.....	34
6. A VISÃO DO STF NA ADPF N. 54	37
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

INTRODUÇÃO

Início a apresentação desta monografia, transcrevendo, *ipsis litteris*, as sábias palavras do ilustre professor, Eugenio Pacelli de Oliveira, a quem devo a honra de ter convivido, como aluno, ao longo deste curso de pós graduação em ciências penais, para o qual: “*A ciência do processo penal brasileiro inicia o século XXI com pelo menos uma grande pretensão de certeza: a de que não é mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática apartada do referencial constitucional.*”¹

Sem sombra de dúvidas, tal afirmação, aplica-se em sua totalidade à ciência do direito penal brasileiro, como ainda a todos os outros ramos do direito, os quais devem máxima fidelidade ao texto de nossa Magna Carta de 1988.

Embora, atualmente, não haja dúvidas desta perspectiva de aplicação do Direito Penal adequada à realidade constitucional, constituída no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a questão que se põe, tema deste trabalho, pertine à *possibilidade jurídica de interrupção da gravidez² em casos de anencefalia fetal*, matéria, que, há tempos, motiva calorosos debates nos mais diversos meios sociais, dividindo opiniões acerca da sua permissão ou não.

Certamente a polêmica existe. Tema marcado no Brasil e no mundo por uma profunda discussão de ordem religiosa e científica, com sede na filosofia moral, influenciado pela firme posição da maioria das religiões quanto à sua proibição e, de outro lado, tantos outros que pregam a sua permissão, inclusive religiosos³, tem

¹ PACELLI, Eugenio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p.1.

² A expressão *interrupção da gravidez* será utilizada em detrimento da expressão *aborto*, pois, neste trabalho, sustentamos que a conduta em análise é atípica para o direito penal, não havendo que se falar, então, no crime de aborto.

³ Vejamos o que diz o bispo da Igreja Universal do Reino de Deus, Marcelo Silva: “*A posição da Igreja Universal é sempre a favor da qualidade de vida e do bem-estar das pessoas. Nós entendemos que há casos em que a interrupção da gravidez é a atitude certa a ser tomada. A nossa fé tem que ser conduzida com inteligência, caso contrário cairemos no fanatismo. Temos que analisar caso a caso e ouvir o que diz a Medicina. Nos casos de anencefalia, por exemplo, onde o bebê não possui cérebro e, segundo a Medicina, a probabilidade de morte é de 100%, podendo gerar um risco de morte para a mãe-caso o bebê morra no útero - claro que somos a favor. Temos que preservar a vida da mãe, já*

levado juízes, diante dos inúmeros pedidos para interrupção deste tipo de gravidez, a se verem diante de situações em que a lei penal brasileira é simplesmente omissa, sendo necessário, portanto, a fim de legitimar suas decisões, analisar com coerência o direito vigente, caso a caso, para que seja tomada a melhor decisão possível, amparada sempre na leitura interpretativa dos postulados e princípios constitucionais.

De fato, cumpre indagarmos se os magistrados brasileiros possuem, tendo em vista a lacuna deixada pelo legislador e a notória controvérsia inerente ao tema, instrumentos suficientes, de aporte jurídico e científico⁴, para permitir, no interesse da gestante, a interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal, sem que haja configuração do crime de aborto.

Como pretendemos dar uma resposta positiva a essa inquietante indagação, mister se faz: (a) tecer alguns comentários no que diz respeito à constitucionalidade do direito penal, sobretudo em uma perspectiva de Estado Democrático de Direito; (b) conceituar a anencefalia, lançando mão do ponto de vista técnico-científico, para entender seu diagnóstico e suas peculiaridades; (c) verificar o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela medicina no tocante ao momento em que se dá o fim da vida humana; (d) analisar o crime de aborto e seu objeto de tutela jurídica; (e) demonstrar, baseado na doutrina e na lei, que a conduta sob análise é atípica para o direito penal, sendo um caso especial de crime impossível; (f) demonstrar que os princípios constitucionais da saúde e da vida, da liberdade e da autonomia de vontade, inerentes à dignidade da pessoa humana, satisfazem nossa pretensão de constatar caber à gestante a decisão sobre a manutenção ou não da gravidez do feto anencéfalo; (g) Cuidaremos, ainda, em trazer à baila alguns argumentos desfavoráveis a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo, a fim de confrontá-los, para uma melhor elucidação do tema. Por fim, (h) colacionaremos a este trabalho a visão do STF, na ADPF 54, que consolida toda a argumentação defendida nesta monografia.

que seria inútil dar à luz uma criança que não tem chances de vida." (apud: DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. *Anencefalia. O pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: ANIS, 2004).

⁴ A medicina, por ter meios, atualmente, de detectar anomalias gravíssimas, propicia ao juiz uma avaliação antes impossível. (apud: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 13 ed., 2013, p. 672.)

Como se vê, temos o intuito de construir uma alternativa juridicamente possível para o problema do vácuo legislativo, fornecendo elementos concretos ao aplicador da lei, no caso o magistrado, a fim de que este possa construir racionalmente sua decisão, de modo convincente, no sentido de permitir a interrupção da gravidez do feto anencéfalo, se assim a gestante desejar.

Ressalte-se que, malgrado existam outras patologias fetais incompatíveis com a vida, nos limitaremos a abordar a questão da anencefalia, uma vez que a medicina moderna⁵ nos permite afirmar, com absoluta certeza, que o feto acometido desta grave enfermidade não terá sobrevida, o que torna, de certa forma, menos complexa nossa tarefa, máxime porque, ausente a vida, desaparece o objeto jurídico tutelado pela norma penal e, por conseguinte, a conduta se torna atípica para o Direito Penal, não se podendo imputar, portanto, a tal conduta, o crime de aborto.

Destaque-se, ainda, que não somos partidários da interrupção da gravidez de modo incondicional e ilimitado. Neste trabalho, como não poderia deixar de ser, as questões serão levantadas, de forma racional, técnica e jurídica, utilizando-se do método de pesquisa dogmático-instrumental, no contexto de um modelo de direito penal garantista, na mais fiel acepção da palavra, abstenho-me, pois, de qualquer dogma de cunho religioso, moral ou político, sob pena de não chegarmos a lugar algum.

⁵ Vejamos o que diz o médico obstetra, Thomas Gollop, especialista em medicina fetal, e professor da USP: *“Não há nenhuma perspectiva de tratamento ou sobrevida para um feto com anencefalia.”* (DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. *Anencefalia. O pensamento brasileiro em sua pluralidade*, ANIS, 2004, p.27.)

1. CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PENAL

1.1. Estado Democrático de Direito

A definição de um modelo de Estado Democrático de Direito depende sempre da perspectiva adotada.

Assim, ajustada aos propósitos deste trabalho, ficamos com a noção de Estado Democrático de Direito, que se orienta pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação e aplicação do direito, e, de modo especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Observe-se que o conceituado professor, então Min. do Colendo STJ, Dr. Rogério Schietti Machado Cruz, compartilha dessa mesma noção de Estado⁶:

(...) Perfilhamos, aliás, da idéia de que a Constituição Federal é a fonte principal em que o operador do direito deve buscar o suporte para sedimentar o caminho de suas construções mentais, quer no ato de acusar, quer no de defender e, principalmente, no de julgar. Isso há de ser feito incorporando, como vetor de sua atuação, a afirmação de que somos um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (Preâmbulo); assumindo como um dos fundamentos de nossa convivência a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); tomando como um dos objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); observando, enfim, os regramentos relativos aos direitos e garantias fundamentais, que constituem nosso *Bill of Rights* (art.5º).(…).

Assim, no quadro de uma ordem constitucional fundada na instituição de amplas garantias e direitos individuais, positivados e posicionados como fundamentais, como é o caso do Estado brasileiro, cumpre, pois, não nos afastarmos do necessário equilíbrio que há de obter-se, no exercício da jurisdição

⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2013, prefácio, XIII.

penal, entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis*, ou seja, entre a funcionalidade do sistema punitivo e a proteção das liberdades individuais.

Essa perspectiva, relativa ao paradigma da constitucionalidade do direito penal, aponta para explorarmos, como ponto de partida, dois postulados de interpretação constitucional, inerentes ao Estado Democrático de Direito.

1.2. Postulados de interpretação

Por exigência de uma ordem jurídica constituída no âmbito de um Estado Democrático de Direito, podemos dizer que existem dois postulados de interpretação constitucional, afirmativos dos direitos fundamentais, que se aplicam ao Direito Penal e ao Processo Penal, sendo eles: o da *máxima efetividade dos direitos fundamentais*⁷ e o da proibição do excesso.

Registre-se que tais postulados não estão explícitos no texto de nossa Carta Magna, mas são dela deduzidos, a partir do sistema dos direitos fundamentais que configuram a base normativa de nosso ordenamento, servindo, portanto, de base para aplicação ou interpretação das normas jurídico-penais. Em outras palavras, são tidos como critério hermenêutico para efetiva realização dos direitos fundamentais, bem como para a inibição de ações especialmente gravosas.

De fato, na medida em que a intervenção penal vem expressamente admitida no texto constitucional, torna-se fundamental a tarefa de apontarmos critérios mínimos de interpretação constitucional dirigida à proteção dos direitos fundamentais.

Logo, tais postulados, surgem como verdadeiros garantidores do Estado Democrático de Direito, sobretudo no que respeita ao aspecto da possibilidade de intervenção penal na vida do indivíduo.

⁷ Expressão utilizada por Eugênio Pacelli de Oliveira, conforme se vê em seu *Curso de Processo Penal*, p. 32.

Com efeito, conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho, o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais, afirmativo que é dos princípios da dignidade e da autonomia de vontade da pessoa, é mais do que suficiente para que a gestante do feto anencéfalo possa decidir, livremente, e tão somente ela, se deseja ou não interromper sua gravidez.

2. A ANENCEFALIA DO PONTO DE VISTA CLÍNICO

Neste capítulo, analisaremos o que a ciência médica diz sobre o conceito de anencefalia fetal, bem como sobre o seu diagnóstico e suas peculiaridades.

2.1. Conceito

Podemos conceituar a anencefalia como uma alteração na formação do cérebro do feto resultante da falha, nas primeiras etapas do desenvolvimento embrionário, do mecanismo de fechamento do tubo neural.”⁸

Em termos médicos, a anencefalia comporta um defeito do tubo neural caracterizado pela ausência completa ou parcial do cérebro, das meninges, do crânio, e da pele. Pode ser dividida em holocraniana e melocraniana. A ausência de toda a calota craniana caracteriza a holocrania, e, a parcial, a merocrania. Trata-se de uma má-formação letal.⁹

A enfermidade é caracterizada pela falta de ossos cranianos, hemisférios e córtex cerebral e é letal em 100% por cento dos casos. A maior parte dos fetos anencéfalos morre ainda no ventre materno, alguns vivem poucas horas após o parto, no máximo alguns dias.

A morte, portanto, não é um evento, é uma certeza inafastável. Os casos em que os bebês vivem meses não são de anencefalia, mas de outras anomalias com definição científica diversas. Visivelmente, o bebê nasce sem o cérebro, com os olhos saltados para fora, motivo pelo qual alguns afirmam que o bebê anencéfalo

⁸ HERRERO, Silvina. *Adelantamiento del parto por anencefalia del feto*. 2005. 28f., apud DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. “Teoria da argumentação jurídica e *love’s knowledge* no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo”, in: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 47, n.188, out/dez 2010, p. 266.

⁹ MORON, A. *Medicina fetal na prática obstétrica*. São Paulo: Santos, 2003., apud: Id. P.266.

assemelha-se a uma rã. A má-formação faz com que o sistema nervoso do feto não se forme e, em consequência, inviabiliza-se a vida extrauterina.

Vejamos o conceito de anencéfalia proferido pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), disposto no texto da Resolução nº. 1.752/04:

(...) os anencéfalos são natimortos cerebrais, e por não possuírem o córtex, mas apenas o tronco encefálico, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica. (...) E sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro, é considerado desde o útero um feto morto cerebral (...).

Sendo assim, amparado na ciência médica, podemos afirmar, com absoluto grau de certeza, que a anencefalia é uma patologia fatal, já que não existe cura ou tratamento padrão para ela, sendo seu prognóstico sempre a morte.

2.2. Diagnóstico

Atualmente, com o grande avanço tecnológico da medicina é possível diagnosticar a anencefalia logo no início da gravidez, com margem de 100% de certeza, por meio de exames relativamente simples.

Flávia Corrêa Meziara¹⁰, em tese de mestrado, informa que o reconhecimento do conceito com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. E, citando Pinotti (2004), explica que a possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula.

O Desembargador aposentado do TJSP, Alberto Silva Franco¹¹, em trabalho publicado, observa que:

¹⁰ MEZIARA, Flávia Corrêa. *Anencefalia: Análise crítica nos âmbitos médico e legal*. Ribeirão Preto. 2008. www.dominipublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=116857. Acesso em abril de 2014.

¹¹ FRANCO, Alberto Silva. *Breves considerações médicas, bioéticas e jurídicas penais*. Disponível em: www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf. Acesso em abril de 2014.

(...) No caso de anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza de 100%. Dados merecedores de maior confiança evidenciam que fetos anencéfalos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta. Observa-se, ainda, que a ultrassonografia detecta, até os fins do primeiro trimestre de gravidez, a ausência simétrica dos ossos da calota craniana, ou seja, acrania, o que autoriza um diagnóstico específico e seguro de anencefalia.(...) Bem por isso se mostra correta a afirmação de que o feto anencéfalo, um projeto embrionário falido, não é um processo de vida, mas um processo de morte. Não se está diante de um nascituro, antes de um morituro.(...)

Já, a Resolução nº. 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina:

(...) O diagnóstico de anencefalia deve ser feito por exame de ultrassom realizado a partir da 12ª semana de gestação, contendo fotos que demonstrem a ausência da calota craniana, além de laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico. Concluído o diagnóstico de anencefalia, o médico deve prestar à gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, garantindo a ela o direito de decidir livremente sobre a conduta a ser adotada, sem impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão ou para limitá-la naquilo que decidir. (...) É direito da gestante solicitar a realização de junta médica ou buscar outra opinião sobre o diagnóstico. Ante o diagnóstico de anencefalia, a gestante tem o direito de manter a gravidez ou interromper imediatamente a gravidez, independente do tempo de gestação, ou adiar essa decisão para outro momento. (...) Tanto a gestante que optar pela manutenção da gravidez quanto a que optar por sua interrupção receberão, se assim o desejarem, assistência de equipe multiprofissional nos locais onde houver disponibilidade. (...)

Daí, infere-se que o Conselho Federal de Medicina preserva o direito da gestante em manter ou não a gravidez de feto anencéfalo. Logicamente, por constatar que não se trata de uma vida, mas sim, de um natimorto. Então, que se preserve a vida da gestante, como será abordado em capítulo próprio.

3. O FIM DA VIDA HUMANA

3.1. O que diz a ciência

Segundo a resolução nº. 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme os critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial.

O ex-Desembargador do TJSP, Alberto Silva Franco¹², citando o médico Diego Garcia, salienta que desde o informe de 1968, do Comitê de Medicina de Harvard, o coração deixou de ser o órgão central da vida e a falta de batimentos cardíacos, a representação da morte. Elegeu-se, em substituição, o cérebro, de forma que a morte passou a ser definida como a abolição total da função cerebral (*whole brain criterion*).

Deste modo, constatada a morte encefálica do indivíduo, através de exames clínicos ultra modernos, dá-se o fim da vida humana. Sem mais.

3.2. O que diz a lei

Malgrado o critério acima exposto não seja uníssono para identificar o momento da morte, fato é que a legislação pátria adotou a morte encefálica como marco para retirada dos órgãos para fins de transplante.

A lei de transplante de órgãos (Lei n. 9.434/1997) dispõe que a retirada *post mortem* de tecidos, órgão e partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, senão vejamos:

¹² FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit. Acesso em abril de 2014.

Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, 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.

Impende observar que o dispositivo fala em retirada *post mortem* precedida de diagnóstico de morte encefálica, o que significa dizer que, para a lei, também é a morte cerebral que põe fim à vida humana. Não obstante, detectada a morte encefálica do indivíduo, já é possível a retirada de partes do corpo para transplante.

Assim, podemos concluir que para a legislação brasileira, o fim da vida humana também se dá com o fim da vida cerebral.

4. O CRIME DE ABORTO

4.1. Definição

A expressão “aborto” vem do latim *abortus*, que, por sua vez, deriva do termo *aborior*. Este conceito é usado para fazer referência ao oposto de *orior*, isto é, o contrário de nascer. Como tal, o aborto é a interrupção do desenvolvimento do feto durante a gravidez, desde que a gestação ainda não tenha chegado às vinte semanas. Ocorrendo fora desse tempo, a interrupção da gravidez antes do seu termo tem o nome de parto prematuro.

Existem dois tipos de abortos: o espontâneo ou natural, e o induzido ou artificial. O aborto espontâneo ocorre quando um feto se perde por causas naturais. De acordo com as estatísticas, entre 10% a 50% das gestações acabam num aborto natural, condicionado pela saúde e pela idade da mãe.

Já o aborto induzido, por sua vez, é aquele que é provocado com o intuito de eliminar o feto, seja ou não com assistência médica. Por curiosidade, calcula-se que, todos os anos, cerca de 46 milhões de mulheres recorrem a esta prática, em todo o mundo. Desse total, cerca de 20 milhões praticam abortos inseguros, sujeitas a pôr a sua vida em risco.

No Brasil, o aborto é, em regra, crime. Segundo o Código Penal Brasileiro, pune-se o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124 do CP), o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP), e o aborto provocado por terceiro, com consentimento da gestante (art. 126 do CP).

O Código Penal excepciona apenas duas hipóteses: (a) gravidez que gere risco de vida à gestante (aborto necessário) e (b) decorrente de estupro (aborto humanitário), elencados nos incisos I e II do artigo 128 do CP, respectivamente.

O inciso I possui um caráter terapêutico, uma vez que a mãe corre risco de vida, trata-se de uma hipótese de estado de necessidade da gestante. Dá-se preferência a vida da mãe nestes casos. Entre dois bens que estão em conflito (vida da mãe e vida do feto ou embrião), o direito fez clara opção pela vida de mãe.

Já o inciso II, possui um caráter humanitário, pois em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a mulher violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. Diante de dois valores fundamentais, é mais indicado preservar aquele já existente, o da mãe.

Percebe-se, no entanto, que o caso de anencefalia fetal não está expressamente previsto na legislação respectiva, quer como crime, quer como permissivo legal, até porque, quando da elaboração do diploma normativo, a medicina não dispunha dos meios diagnósticos que hoje existem para a comprovação, com absoluta segurança, da gestação de feto anencéfalo.

Por outro lado, crescem, diuturnamente, as demandas judiciais versando sobre a autorização para antecipação do parto de feto anencéfalo e as decisões tem sido contraditórias, ora deferindo, ora indeferindo, e não só no Brasil. No entanto, veremos, ao final, que nossa Suprema Corte, já sedimentou o entendimento que deve ser seguido pelos Tribunais.

Abaixo, demonstraremos que, a partir da simples constatação do objeto jurídico tutelado pela norma penal, no caso específico de aborto, a conduta que ora se analisa (interrupção da gravidez de feto anencéfalo), não pode e nem deve ser considerada como crime.

4.2. Objeto de tutela jurídica

Admite-se atualmente que o objeto de tutela jurídica da norma ou o bem jurídico protegido pela norma constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais.

Como bem salientado pelo i. doutrinador Cezar Roberto Bitencourt¹³:

(...) A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum.(...)

Veja, o bem jurídico exerce uma função limitadora no que tange ao alcance da norma penal, de modo que esta atinja apenas àquelas condutas que, de fato, lesionem o interesse juridicamente protegido.

Nesse sentido, o bem jurídico deve ser utilizado como princípio interpretativo do Direito Penal num Estado Democrático de Direito e, em consequência, como ponto de partida da própria estrutura do delito.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci¹⁴, o objeto jurídico protegido pela norma penal, especificamente em relação ao tipo penal de aborto, disposto no Código Penal Brasileiro, é a vida do feto ou do embrião. Já o objeto material, primordialmente, é o feto ou o embrião que sofre a conduta criminosa, mas também pode ser a gestante, pois seu corpo pode ser agredido para provocar o aborto.

Constatado, portanto, que o objeto jurídico tutelado pelo tipo aborto é a vida humana, passemos à interpretação jurídica da conduta sob análise.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*. 6ª ed. 2013.p. 31.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 13 ed. 2013. P. 667.

5. A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCEFALO

5.1. Atipicidade da conduta

Primeiramente, seja qual for a conduta a ser analisada, cumpre se ter a noção de tipo, para se fazer um juízo de tipicidade.

Como se sabe, a fragmentariedade do Direito Penal tem como consequência uma construção tipológica individualizadora de condutas que considera gravemente lesivas de determinados bens jurídicos que devem ser tutelados.

Conforme leciona a melhor doutrina, o tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal, que exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas.

Importante assinalar, no ponto, que cada tipo desempenha uma função particular, e a falta de correspondência entre uma conduta e um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva.

Essa operação, que consiste em analisar se determinada conduta se amolda aos requisitos descritos na lei, para qualificá-la como infração penal, chama-se juízo de tipicidade, que, na afirmação do mestre Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁵:

(...) cumpre uma função fundamental na sistemática do Direito Penal. Sem ele a teoria ficaria sem base, porque a antijuridicidade deambulária sem estabilidade e a culpabilidade perderia sustentação pelo desmoronamento do seu objeto (...).

Com efeito, temos que verificar se a conduta de interrupção da gravidez de feto anencéfalo se amolda ao tipo aborto, previsto no Código Penal Brasileiro.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, p. 172.

Sabemos que o aborto é a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção. Por outro lado, sabemos também que na interrupção da gravidez do feto anencefalo, não há vida, logo, onde não há vida, não há morte. E, por isso mesmo, diferencia-se da figura do aborto.

Sobre a ausência de vida do anencéfalo, posiciona-se Nucci¹⁶:

(...) Entretanto, se os médicos atestarem que o feto é verdadeiramente inviável, vale dizer, anencéfalo (falta-lhe cérebro), por exemplo, não se cuida de vida própria, mas de um ser que sobrevive a custa do organismo materno, uma vez que a própria lei considera cessada a vida tão logo ocorra a morte encefálica. Assim, a ausência de cérebro pode ser motivo mais do que suficiente para a realização do aborto, que não é baseado, porém, em características monstruosas do sem em gestação, e sim na sua completa inviabilidade como pessoa, com vida autônoma, fora do útero materno (...). Nessa linha: AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – ADMISSIBILIDADE – FETO PORTADOR DE ANENCEFALIA – ANOMALIA COMPROVADAMENTE IMCOMPATÍVEL COM A VIDA EXTRAUTERINA – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ, NA HIPÓTESE, QUE EVITA, SOBREMANEIRA O SOFRIMENTO FÍSICO E PSICOLÓGICO – DIREITO LÍQUIDO, CERTO E ATÉ NATURAL À MEDIDA ALMEJADA, QUE INDEPENDE DE NORMA JURÍDICA POSITIVA – SEGURANÇA CONCEDIDA (TJSP, MS 329.564-3, Osasco, 1.ª Civ., v.u., rel. David Haddad, Dj 20.11.2000, JUBI 54/01.)

Nelson Hungria¹⁷:

(...)O feto expulso (para que se caracterize aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em crime de aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.(...)

Sendo assim, como não há vida a ser protegida no caso de feto anencéfalo, a figura típica do crime de aborto desaparece. O elemento objetivo do tipo, vida, não existe. E, justamente por isso, defendemos a tese da atipicidade da conduta na interrupção da gravidez do feto anencéfalo.

5.2. Crime impossível

¹⁶ NUCCI, Guilherme de souza. *Código Penal Comentado*. 2. ed. SP. Ed. RT, 2002, p.397.

¹⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol.5, p. 297 e 298.

Na conceituação de Fernando Capez¹⁸, crime impossível "*é aquele que, pela ineficácia total do meio empregado ou pela impropriedade absoluta do objeto material é impossível de se consumir*".

Já o notável jurista Antonio José Miguel Feu Rosa¹⁹, convencionou chamar de crime impossível "*a atitude do agente, quando o objeto pretendido não pode ser alcançado dada a ineficácia absoluta do meio, ou pela absoluta impropriedade do objeto*".

Por sua vez, o art. 17 do Código Penal reza: "*Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime*".

Ressalte-se que a impropriedade do objeto se caracteriza quando a conduta do agente não pode provocar nenhum resultado lesivo à vítima.

O egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso, em caso envolvendo essa questão, julgou da seguinte maneira:

CRIME IMPOSSÍVEL - FURTO - AUSÊNCIA DE BENS A SUBTRAIR - EXECUÇÃO INIDÔNEA - INIDONEIDADE ABSOLUTA DO OBJETO - CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA ATÍPICA - RECURSO PROVIDO. Restando comprovado a impropriedade absoluta do objeto, não há falar-se em tentativa, mas sim em crime impossível. Inteligência do art. 17 do CP. (Tribunal de Justiça de Mato Grosso - Relator convocado composta pelo Dr. Adilson Polegato de Freitas - Primeira Câmara Criminal. Recurso de Apelação Criminal n.º 10049/2006 - Classe I - 14 - Comarca de Tangará da Serra).

Assim, partindo do pressuposto de que a vida se inicia com a formação do sistema neural (cérebro), o anencéfalo, por não possuir este órgão, não tem vida, logo, a prática da interrupção da gravidez, no caso, é também crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto, qual seja, a vida humana.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1: parte geral - 11 Edição revisada e atualizada - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 256

¹⁹ ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995

5.3. Dignidade da pessoa humana

Como dito alhures, defendemos a tese da possibilidade jurídica de interrupção de gravidez de feto anencéfalo por várias razões científicas, doutrinárias e legais. No entanto, por outro lado, não podemos perder de vista a figura da gestante, quem, de fato, sofre as consequências de uma gravidez mal sucedida.

A dignidade da pessoa humana constitui o princípio maior do Estado Democrático de Direito, estando elencado no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Trata-se de um princípio Supremo, considerado como um valor moral inerente à toda pessoa humana, devendo ser observado por todos da nação como um valor moral a ser preservado.

Na visão de Hannah Arendt²⁰, a dignidade da pessoa humana se configura como um conjunto de direitos atrelados naturalmente ao homem, que devem ser respeitados e reconhecidos pelos demais indivíduos e pelo Estado, que não deve subtrair “a condição humana” do ser humano.

Para o brilhante doutrinador José Afonso da Silva²¹:

(...) Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. (...) daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visar à realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc, não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo eficaz da dignidade da pessoa humana. (...)

²⁰ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo I: o anti-semitismo, instrumento de poder*. Tradução: Roberto Raposo, 1ª edição, Rio de Janeiro: Documentário, 1975

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 109.

Daí, infere-se que a dignidade da pessoa humana reflete em uma gama de valores existentes na sociedade. E, em decorrência dessa irradiação principiológica, o princípio da dignidade se faz presente em vários em outros princípios, direitos e garantias fundamentais espalhados ao longo do texto constitucional.

No que tange ao caso sob análise, podemos destacar, como decorrentes do princípio da dignidade: o direito à saúde e o direito a autodeterminação da gestante, vejamos eles:

5.3.1. Direito à saúde da gestante

Como dito no primeiro capítulo desta monografia, a inteligência defendida pelo legislador constituinte é a de garantir o máximo de respeito à essência humana, compreendendo nessa visão toda a sua complexidade.

O direito à saúde é um dos direitos sociais arrolados no *caput* do art. 6º e no art. 196, ambos da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, um direito constitucional de todos e dever do Estado, no sentido amplo de Poder Público.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Sua aplicação tem eficácia imediata e direta, dispensando a *interpositio legislatoris*, pois, na verdade, o que está em questão é o direito à vida, à sobrevivência do ser, e esse direito é superior a todos.

De acordo com o conceito elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS)²², “saúde é o completo bem-estar físico, mental, social e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade.”

Em estudo sobre a antecipação terapêutica da gravidez nos casos de anencefalia fetal, Sandro D’ Amato Nogueira²³, citando parecer da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), elenca algumas complicações maternas evidentes durante a gestação de fetos anencéfalos, dentre elas, destacamos:

(a) sua associação com polihidramínio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito frequente; (b) associação com doença hipersensível específica da gestação (DHEG); (c) relevantes e diversas alterações comportamentais e psicológicas; (d) dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos a termo; (e) necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; (f) puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina; (g) maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido a manobras obstétricas do parto de termo etc.

Nessa linha, Dr. Jorge Andalaft Neto²⁴:

Do ponto de vista clínico e obstétrico há evidências muito claras de que a manutenção da gestação pode elevar o risco de mortalidade materna, justificando-se, deste modo, a livre decisão de médicos e pacientes pela antecipação do parto.

Débora Diniz e Fabiana Paranhos²⁵:

Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. Sem dúvida, e sobre isso há alguns dados levantados que são muito interessantes. Em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidramnion, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de descolamento prematuro da placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencéfalos, por não terem o pólo cefálico, podem indicar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distócia do ombro, porque nesses fetos, com frequência,

²² Preâmbulo do ato fundador da OMS, assinado pelo Brasil em 22.07.1946.

²³ NOGUEIRA, Sandro D’Amato. Op. Cit. Disponível na internet: <http://jusvi.com/artigos/16455>. Acesso 2014.

²⁴ FEBRASGO, *Jornal da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia*. Ano 11. N. 9. 2004, out.

²⁵ DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Anis, 2004

o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão no parto do ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grande no ponto de vista obstétrico. Assim sendo, há inúmeras complicações em uma gestação cujo resultado é um feto sem nenhuma perspectiva de sobrevivida. A distorcia do ombro acontece em 5% dos casos, o excesso de líquido em 50% dos casos e a átona do útero em 10% a 15% dos casos.

Ainda nessa esteira, Nogueira²⁶, citando a professora Dafne Gandelman Horovitz, destaca:

Gravidez como esta, em alguns casos, tem causado graves transtornos psicológicos, até mesmo tentativa de suicídio, eis que a mulher está condenada a ser um caixão ambulante, carregando em seu ventre um feto sem qualquer possibilidade de vida extrauterina.

Decerto que a mãe que gestaciona um anencéfalo necessita que todos os aspectos de sua integridade física e mental sejam respeitados, sob pena de sofrer um verdadeiro massacre.

Esse aliás, é o entendimento do Exmo. Ministro Joaquim Barbosa²⁷:

Não se pode impor à gestante o insuportável fardo de, ao longo de meses, prosseguir na gravidez já fadada ao insucesso. A morte do feto, logo após o parto, é inquestionável. Logo, infelizmente nada se pode fazer para salvar o ser em formação. Assim, nossa preocupação deve ser para com o casal, em especial com a mãe, que padece de sérios problemas de ordem emocional ante o difícil momento porque passa.

Sob a mesma ótica, salienta Antônio Chaves²⁸:

(...) insistir no prosseguimento de uma gravidez sem possibilidades de êxito, como no caso da acrania, quando há vontade contrária da mulher, representa capricho irresponsável, que, a par do sofrimento natural, poderá ensejar risco potencial e grave comprometimento psicológico. Há, ainda, não se pode esquecer, a possibilidade de risco à saúde da mulher, com eventual reflexo em suas condições de vida. E isso deve ser impedido, no mínimo por razões humanitárias.

²⁶ NOGUEIRA, Sandro D'Amato. Op. Cit. Disponível na internet: <http://jusvi.com/artigos/16455>. Acesso 2014.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus preventivo. Realização de aborto eugênico. Superveniência do parto. Impetração prejudicada. Em se tratando de habeas corpus preventivo, que vise a autorizar a paciente a realizar aborto, a ocorrência do parto durante o julgamento do writ implica a perda do objeto. Impetração prejudicada.* Acórdão Habeas Corpus n. 84.025-6-RJ. Gabriela Oliveira Cordeiro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ, 03 abr. 2004.

²⁸ CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade e transplantes*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1999.

Infere-se do fragmento textual acima, que a faculdade da mãe em optar pelo prosseguimento da gestação, ou não, é por um fim humanitário, para preservar a saúde físico-psíquico dela, que não está obrigada a fazê-lo caso não queira. Forçar esta gestação traria resultados desastrosos.

Portanto, é preciso prevalecer, sempre, o ânimo de preservar a saúde da mãe (física e psíquica), vez que não há sentido algum colocar em risco, mesmo que seja mínimo, a vida da mãe para garantir o parto do filho natimorto, com tempo de sobrevivência mínima.

5.3.2. Direito à autodeterminação da gestante

Disposto na Constituição da República, especificamente, no caput do art. 5º, e no inc. II, o direito à liberdade é manifestação do princípio da autonomia da vontade que, por sua vez, está disposto no amplo conceito de dignidade da pessoa humana.

Art. 5º 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:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Observe-se que a referida norma é cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro, ou seja, se a lei não proíbe determinado comportamento ou se a lei não o impõe, têm as pessoas a autodeterminação de adotá-las ou não.

Nesse contexto, a liberdade deve ser compreendida como a autonomia de decisão da gestante sobre o destino a ser dado a vida do feto anencéfalo, entre interromper ou não a gravidez. Ao Estado não cabe intervir nessa árdua e difícil

decisão, mas sim propiciar os meios necessários para que a vontade da gestante possa ser cumprida.

Aliás, vejamos o que diz a ilustre jurista Carolina Alves de Souza Lima²⁹:

Apesar da existência da vida intrauterina do anencéfalo, não se legitima a atuação do direito penal para incriminar a conduta abortiva, sob pena de total desrespeito aos direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. Referidos direitos devem prevalecer nessa situação específica, porque não se justifica impor à mulher uma gestação na qual o conceito não possui competência biológica para adquirir consciência de si e do mundo e para se relacionar, uma vez que não tem e nunca terá estrutura cerebral que lhe dê capacidade para alcançar essa condição de desenvolvimento humano.

O respeito aos direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher deve prevalecer, uma vez que o reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana, como valor essencial do Estado Democrático de Direito brasileiro, representa, nessas circunstâncias, permitir que ela conduza sua vida segundo suas convicções pessoais, independentemente da imposição de qualquer dogma, moral, religião ou verdade absoluta sobre a compreensão do mundo e da vida.

Logo, obrigar a mãe a dar continuidade à gravidez de anencéfalo, é desrespeitar o direito de a mulher dispor livremente de seu corpo. Não podemos deixar de reconhecer que a gravidez de um anencéfalo não pode ser tratada como uma gestação normal e, como tal, deva estar submetida aos mesmos ditames de todas as demais. Nesse diapasão, não se pode deixar de reconhecer o direito de liberdade decisória da mãe, mormente, no que se refere ao destino que deseja empregar a uma gestação que está fadada ao fracasso.

Ressalte-se que não se trata de impor à gestante a interrupção da gravidez em caso de anencefalia, apenas busca-se que seja possível fazer a opção por levar adiante ou não essa gestação.

Oportunamente, vale destacar as sábias palavras do notável Daniel Sarmiento³⁰:

Com efeito, a tese que ora se sustenta também parte da premissa de que a proteção da vida se inicia no momento da concepção. Apenas afirma que a tutela da vida anterior ao parto tem de ser menos intensa do que a proporcionada após o nascimento, sujeitando-se, com isso, a ponderações

²⁹ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e Anencefalia - Direitos Fundamentais em Colisão*. Curitiba-PR. Juruá. 2008. p.169.

³⁰ SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. In: Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

de interesse envolvendo outros bens constitucionalmente protegidos, notadamente os direitos fundamentais da gestante.

Neste particular, o uso da cláusula “em geral” evidencia que a proteção à vida intra-uterina deve ser concebida como um princípio e não como uma regra. Em outras palavras, e empregando a conhecida fórmula de Robert Alexy, a proteção ao nascituro constitui um “mandado de otimização” em favor de um interesse constitucionalmente relevante - a vida embrionária - sujeito, contudo, a ponderações com outros princípios constitucionais, e que pode ceder diante deles em determinadas circunstâncias.

Vale destacar, por fim, que o princípio da razoabilidade entra com força total nesse contexto. O conflito entre os direitos do feto e da mãe exige uma ponderação de valores para o alcance da solução mais razoável.

Seria no mínimo dezarrazoado exigir de uma mãe que mantenha a gravidez de um filho natimorto, que possui sobrevivência mínima. Assiste, pois, maior razão, àqueles que defendem o direito da mãe decidir se deseja ou não antecipar o parto, até porque os sofrimentos a que será submetida, em caso de prolongamento da gestação, fulminam sua dignidade seja coibindo seu livre arbítrio, seja não receber o necessário apoio por parte da sociedade e dos órgãos estatais.

Nesse sentido, destacamos, ainda, a compreensão da ilustre professora, Pós-Doutorada em Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, REIDELBERG, Alemanha, Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal³¹:

Desta forma, percebe-se que os princípios têm estreita relação com a noção da proporcionalidade, através de suas máximas parciais ou subprincípios: adequação (a relativização do direito contrário é justificada pela proteção e realização de um outro direito igualmente importante e protegido pela ordem jurídico-constitucional - no caso em tela, a dignidade e a proteção do sofrimento da mãe como fatores que justificariam a pretensão de sacrifício da vida do feto, tal qual ocorre nos demais casos de aborto legal previstas pela legislação), necessidade (que, para a realização de um direito, faça-se, realmente necessário, o sacrifício ou relativização do direito contrário - no caso da anencefalia, por exemplo, tem-se que o sofrimento da mãe reside exatamente na manutenção da gestação, não sendo possível, a um só tempo, interromper-se a gestação e preservar a vida do feto) e proporcionalidade em sentido estrito (adequação entre meios e fins, ou seja, a restrição do direito fundamental contrário deve dar-se na intensidade mínima necessária a realização do direito em pauta, não se admitindo excessos).

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade objetivam impedir restrições desproporcionais aos direitos fundamentais, seja por atos administrativos, seja por atos legislativos, seja por atos judiciais. Este princípio demonstra que a interpretação e a aplicação da lei devem ser proporcional, adequada, ou seja, ao padrão de justiça social.

³¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Considerações acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia (ADPF 54)*. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07182002008000100016&lang=pt>. Acesso em: 2014.

O princípio da razoabilidade nasce em da defesa dos direitos humanos, limitando-o quanto aos fins almejados e os meios empregados, quando da aplicação do direito, ou prática de qualquer ato jurídico. Há, inclusive, um liame muito forte entre sua origem e evolução, com a evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana.

Enfim, por meio deste princípio, por meio de uma ponderação de interesses, vida da mãe ou do feto natimorto, pondera-se ser mais razoável manter a da mãe, já que é uma vida que segue!

Veja, além de todos os princípios já abordados, também têm seu destaque os princípios da proporcionalidade ou razoabilidade, já que a decisão se dá por uma ponderação de interesses.

Sendo assim, concluí-se, que, diagnosticada a anencefalia no feto, a decisão entre interromper a gravidez ou levá-la a termo deve ser única e exclusiva da gestante.

5.4 Argumentos contrários

Como não poderia deixar de ser, em função de ser um tema muito polêmico, examinaremos, neste ítem, alguns argumentos contrários à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, de modo que, opondo-os, reforçaremos nossas razões.

Vejam alguns destes argumentos:

Dom Odilo Pedro Scherer³², Bispo auxiliar de São Paulo Secretário Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil:

Esta é uma questão delicada, na qual facilmente se misturam vários sentimentos pessoais, paixões, conceitos e opiniões. “Antecipar o parto”, neste caso é abortar. Anencéfalos são seres humanos? Tem direitos de serem respeitados? O que deve prevalecer: o direito de satisfação e a alegria da mãe e dos familiares, que desejam compreensivelmente, um bebê sadio, ou do feto/bebê, que não teve a sorte de satisfazer esses desejos e expectativas? É bem fácil confundir-se nesse emaranhado de

³² (apud: DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. *Anencefalia. O pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: ANIS, 2004, p. 45).

reflexões e motivações. Mas é preciso não perder de vista aquilo que, de fato, está em jogo: trata-se de decidir sobre a vida e a morte de seres humanos. Indefesos e inocentes, além de tudo. (...) O respeito à vida humana fragilizada - do feto, do bebê, do doente, daquele que tem uma deficiência, do idoso - é sinal de civilização e de progresso da cultura. Toda agressão contra a vida humana, ainda mais a vida frágil e inocente, por qualquer motivo, ainda que seja em nome da ciência, ou do conforto de outras pessoas, não faz honra à humanidade e é sinal de decadência da ética e de retrocesso na civilização.(...)

Geraldo Campetti³³, Diretor da Federação Espírita Brasileira:

Mahatma Ghandi disse, uma vez, que não era contra a violência, mas a favor da não-violência. Na mesma linha, a opinião da doutrina espírita em relação ao aborto é a de que não somos contra o aborto, mas a favor do não-aborto. Entendemos que o ser humano é, também, espírito. Nesse sentido, não poderíamos ser favoráveis a um aborto provocado, mesmo com a conotação terapêutica no caso de anencefalia. À luz da doutrina espírita, o único aborto que seria autorizado pela Lei divina seria o aborto terapêutico em que a mãe pode estar correndo risco de vida, então, neste caso, seria preferível o aborto do feto do que a mãe correr risco de vida. Nossa opinião a respeito da antecipação do parto também é visto como um tipo de aborto, e é um aborto provocado e, no nosso entendimento, não deve ser realizado.

Humberto Vieira, Presidente da Associação Pró-vida³⁴: *“A igreja como as associações pró-vida defendem a vida humana desde a fertilização (fecundação) até a morte natural. Todo ser humano é querido por Deus, seja ele portador de anomalias ou não.”*

Infere-se daí, que o principal argumento daqueles que se posicionam contra a interrupção da gravidez de fetos acometidos de anencefalia é inviolabilidade do direito à vida. Entretanto, essas argumentações são movidas por um sentimento de paixão e de convicções religiosas pessoais, desprovidas de qualquer tecnicidade.

Um outro argumento é a falta de previsão legal, o que, com a devido respeito, é um equívoco. Esquecem-se que o Direito é um todo sistemático e não uma lei ou um artigo de lei interpretado fria e isoladamente.

³³ (apud: DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. *Anencefalia. O pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: ANIS, 2004, p. 51).

³⁴ VIEIRA, Humberto. Dignidade do feto anencéfalo e o porquê do não aborto. Disponível em : www.zenit.org/article-4834?=&portuguese. Acesso 2014.

Como se sabe, toda legislação deve estar em consonância com o texto constitucional, sendo que o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade de escolha, o direito à saúde física e psicológica da gestante, inseridos no rol de direitos e garantias fundamentais, são mais do que suficientes para autorizar a conduta sob análise.

O que se observa em tais argumentos, é que colocam a gestante em segundo plano. Para eles, o que deve prevalecer é a dignidade de um ser que, sabe-se, nunca viverá. Na realidade, não se preocupam com a dignidade da gestante que, muito provavelmente, terá sua saúde psicológica abalada por ser obrigada a gerar um feto morto.

Não queremos dizer que a única opção da gestante de anencéfalo é a interrupção da gravidez, no entanto, deve-se dar a ela o direito de decidir entre interromper ou não a gestação. Nesse caso, a gestante deve ser orientada de modo inequívoco sobre a anomalia letal da qual padece o feto em seu ventre, para só então pode decidir, com absoluta convicção, num ou noutro sentido.

Assim, embora a “oposição” coloque o direito a vida do anencéfalo como um direito a ser defendido a todo custo, esquecem que a falta de cérebro inviabiliza a vida humana. Na verdade, o que eles querem fazer prevalecer são suas convicções religiosas, o que não se coaduna com a liberdade de crença garantida pela Constituição da República, precisamente no inciso VI do artigo 5º da CF/88.

Dito isso, passemos ao suscinto exame da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que tramitou na Suprema Corte de nosso país.

6. A VISÃO DO STF NA ADPF N. 54³⁵

No dia 16 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), manifestou arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerando a anencefalia patologia fetal letal em 100% dos casos, a fim de reconhecer o direito a antecipação terapêutica do parto.

Em síntese, argumentou que se a norma for interpretada com base em visão puramente positivista, exsurge a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as penalidades decorrentes do seu enquadramento no Código Penal. Invocou-se, ainda, preceitos fundamentais, tais como o da dignidade da pessoa humana, a legalidade, a liberdade, a autonomia da vontade, bem como a saúde.

Cautelarmente, requereu a suspensão do andamento dos processos ou dos efeitos das decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação de dispositivos do Código Penal, a fim de garantir à gestante o direito de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde a realizá-la, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia.

Por fim, requereu que fosse declarada a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Em 01 de julho de 2004, o Min. Marco Aurélio, relator, em decisão monocrática, deferiu a liminar sobrestando os processos em curso, autorizando a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, a partir do laudo médico atestando a anomalia que o atingiu.

Destaque-se o seguinte trecho desta decisão, à fls.:

(...)há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje

³⁵ Disponível em: www.stf.jus.br

existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concreitude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se-ão não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de fetos anencéfalos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. 3. Ao plenário para o crivo pertinente.(...)

Em síntese, o Exmo. Min. Marco Aurélio asseverou que manter a gestação é impor à mulher e a família, danos a integridade física, moral e psicológica, posto que a gestante convive diuturnamente com a triste realidade de ter um feto dentro de si que nunca poderá se tornar um ser vivo, o que contrasta com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade.

Praticamente três meses após a decisão liminar, em 20 de outubro de 2004, o pleno do STF, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, entendendo que os processos em curso deveriam ser suspensos, no entanto, revogou a segunda parte que autorizava a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo sem a necessidade de autorização judicial prévia, sob o argumento de que a medida liminar incorreria em uma indevida introdução de outra modalidade de excludente de ilicitude no ordenamento jurídico.

Após, durante praticamente 05 anos, foram ouvidas diversas instituições e distintos especialistas de diferentes setores da sociedade em audiências públicas realizadas no Supremo.

Em 9 de julho de 2009, os autos foram conclusos novamente ao relator, i. Min. Marco Aurélio. Em 27 de fevereiro de 2011, os autos foram devolvidos com relatório confeccionado, e encaminhando cópia aos demais Ministros e ao Procurador-Geral da República.

Já em 12 de abril de 2012, o mérito da ação foi julgado procedente, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Em 30 de abril de 2013 foi publicado o acórdão, tendo o mesmo transitado em julgado na data de 6 de maio de 2013, com a seguinte Ementa:

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 anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Vejamos, ainda, trecho do voto do e. Min. Marco Aurélio³⁶:

(...) Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, e 128, I e II, do CP brasileiro.(...) (ADPF 54, voto do rel. min.Marco Aurélio, julgamento em 12-4-2012, Plenário, *DJE* de 30-4-2013.)

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, Máxima Corte de nossa pátria, deu o veredito final, não havendo mais que se falar em crime de aborto no caso de interrupção da gestação de feto anencéfalo.

³⁶ ADPF 54, voto do rel. min.Marco Aurélio, julgamento em 12-4-2012, Plenário, *DJE* de 30-4-2013.

CONCLUSÃO

A questão acerca da possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos continua gerando bastante polêmica, sobretudo para aqueles que defendem a manutenção da gravidez até o seu termo, motivados por convicções religiosas pessoais.

No entanto, a organização política do Estado Laico, como é o caso do Brasil, nem sempre coincide com ética fundada em princípios de teologia moral, cuja aplicação se projeta a uma dimensão estritamente espiritual que a República secular não pode ficar sujeita. O dogmatismo religioso revela-se tão opressor à liberdade das pessoas quanto à intolerância do Estado.

De fato, de forma alguma a interrupção da gravidez de feto anencéfalo pode ser considerada como crime de aborto, pois se não existe a vida humana, não existe o elemento objetivo específico do tipo, ausente, então, a figura criminal.

Como se não bastasse, nosso ordenamento jurídico, amparado em valores fundamentais assegurados pela Constituição da República, nos permite afirmar, com absoluta segurança, que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, caso seja da vontade da gestante, é preferivelmente viável, sem que haja a necessidade de autorização judicial ou qualquer outra permissão do Estado, desde que, sempre, obviamente, seja constatada por um médico habilitado.

Na verdade, “crime”, é submeter a mulher à tortura, impondo-lhe a obrigação de levar a cabo a gravidez de um feto que se sabe não tem nenhuma chance de se tornar um ser vivo. Violar-se-iam, com isso, a dignidade, a saúde, a vida, a liberdade e a autonomia de vontade da gestante.

Enfim, vale transcrever as sábias palavras do médico Marco Antonio Becker³⁷ para reflexão:

Todas as mães têm a feliz expectativa de vestir seu bebê logo após o nascimento, mas a genitora de um anencéfalo sabe que sua roupa será, irremediavelmente, um pequeno caixão. Por que, então, condená-la a essa angustiante e aterradora espera?

³⁷ BECKER, Marco Antônio. *Anencefalia e a possibilidade de interrupção da gravidez*. Revista Medicina. N. 155. Conselho Federal de Medicina, 2005. Maio-jul, p. 10

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo I: o anti-semitismo, instrumento de poder*. Tradução: Roberto Raposo, 1ª edição, Rio de Janeiro: Documentário, 1975

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*. 6ª ed. 2013.p. 31.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 54*, voto do rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 12-4-2012, Plenário, DJE de 30-4-2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 1: parte geral - 11 Edição revisada e atualizada - São Paulo: Saraiva, 2007.

CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade e transplantes*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1999.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2013

DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Anis, 2004.

FEBRASGO, *Jornal da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia*. Ano 11. N. 9. 2004, out.

FRANCO, Alberto Silva. *Breves considerações médicas, bioéticas e jurídicas penais*: www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf

GHERARDI, Carlos e KURLAT, Isabel. *Anencefalia e Interrupción del Embarazo - Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente*. Disponível em: <http://www.la-lectura.com/ensayo/ens-19.htm>. Acesso em 15 nov. 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol.5.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Considerações acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia*: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07182002008000100016&lang=pt.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e Anencefalia - Direitos Fundamentais em Colisão*. Curitiba-PR. Juruá. 2008.

MEZIARA, Flávia Corrêa. *Anencefalia: Análise crítica nos âmbitos médico e legal*. Ribeirão Preto. 2008.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. Disponível na internet: <http://jusvi.com/artigos/16455>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 13 ed. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Direito Penal*. Parte Geral Parte Especial. 7º edição. Ed. Revista dos Tribunais.

PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

PACELLI, Eugenio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001

VIEIRA, Humberto. Dignidade do feto anencéfalo e o porquê do não aborto. Disponível em : www.zenit.org/article-4834?portuguese.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, p. 172.