

Atipicidade do aborto em casos de fetos anencéfalos

Patrícia Fernandez Selistre

RESUMO

Este trabalho buscou analisar a atual situação do aborto de feto portador de anencefalia no ordenamento jurídico brasileiro, sob o prisma do Direito Penal e do Direito Constitucional. Inúmeras são as discussões acerca da prática do aborto em fetos portadores de anencefalia. A jurisprudência tem se posicionado de duas formas: de um lado, juízes, desembargadores e ministros negam a realização da prática do aborto de fetos anencéfalos porquanto nossa legislação não autoriza tal método; de outro lado, há quem, dadas as circunstâncias do caso em concreto, comprovada efetivamente a anomalia, autorizam a prática do aborto em favor da saúde física e mental da gestante. A Medicina evoluiu muito desde a edição do Código Penal brasileiro vigente, podendo-se hoje diagnosticar, com precisão, durante a gravidez, uma patologia incompatível com a vida extra-uterina, como a anencefalia. Assim, diante desses avanços, é preciso que a legislação penal brasileira se adapte à realidade, incluindo o aborto por anomalia fetal entre as hipóteses que o ordenamento jurídico-penal brasileiro admite como não puníveis, assim previstas no artigo 128 do Código Penal.

Palavras-chave: Aborto. Anencefalia. Interrupção da gestação. Atipicidade.

Non-punishable abortion of anencephalic embryos

ABSTRACT

This study focuses on the analysis of the current legal view on the abortion of anencephalic embryos under both the Brazilian Penal Legislation and its constitutional grounds. Being this a very sensitive issue, different opinions have arisen on both sides of the aisle. On the one side, judges, courts and Justices deny legitimacy to the abortion of an anencephalic embryo based on Brazilian written law that forbids it; on the other, there are those who see it as lawful, once proven the baby will be born without a brain. Medicine evolved very much since the edition of the Brazilian Penal Code, being able to diagnose today, with accuracy, during pregnancy, an incompatible pathology with the extra-uterine life, as anencephaly. Due to these advances, it's therefore necessary that the Brazilian Penal law be adapted to reality, including the anencephaly abortion among the hypotheses that the Brazilian Penal Code ceases to consider criminal.

Key words: Abortion. Anencephaly. Interruption of pregnancy. Non-punishable conduct.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muito se tem discutido sobre a prática do aborto quando constatada a gravidez em que o feto apresenta ausência total ou parcial do encéfalo (feto anencéfalo), ou

Patrícia Fernandez Selistre é advogada, especialista em Direito Privado pela Unisinos. Mestranda em Direito pela ULBRA.

| | | | | |
|----------------------|-----|-----|----------------|------------|
| Direito e Democracia | v.8 | n.1 | jan./jun. 2007 | pp.151-174 |
|----------------------|-----|-----|----------------|------------|

seja, feto desprovido dos hemisférios cerebrais, parte vital do cérebro. O problema do feto com diagnóstico de patologia incompatível com a vida extra-uterina assumiu nestes últimos anos uma importância cada vez maior sob diversos aspectos, tais como moral, médico, técnico, ético, religioso e jurídico.

Não há em nossa legislação dispositivo permitindo a realização do aborto quando os exames pré-natais demonstram que o feto nascerá com graves anomalias, não sendo autorizado o aborto eugênico nestes casos. Porém, alguns juízes têm concedido alvarás possibilitando a realização de aborto quando os exames comprovam que a anomalia é de tamanha gravidade que o filho morrerá logo após o corte do cordão umbilical, tal como ocorre nos casos de anencefalia.

Inicia-se o estudo com uma análise histórica sobre o aborto, sua definição e as causas legais que possibilitam tal prática; segue-se com a definição do aborto eugênico e com explicações referentes à anencefalia, confirmação do diagnóstico e os problemas causados à gestante. Por fim, analisa-se a anencefalia sob o ponto de vista jurídico, as decisões favoráveis e contrárias ao aborto de fetos anencéfalos. Ainda, será estudada a perspectiva de legalização do aborto nestes casos específicos.

2 HISTÓRICO

Em Roma, com a Lei das XII Tábuas e as Leis da República, o aborto não era tido como um ato ilícito, pois se dizia que o feto fazia parte do ventre materno não sendo um ser autônomo. Porém, a prática do aborto contra a vontade da gestante era considerada crime contra a mulher. Tempos depois, o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo sua prática castigada.¹

Na Grécia, sob a autoridade de Aristóteles, o aborto era praticado com vistas ao controle demográfico. Platão defendia a obrigatoriedade do aborto, por motivos eugênicos, para as mulheres com mais de 40 (quarenta) anos com o intuito de preservar a pureza da raça dos guerreiros. Sócrates recomendava às parteiras que facilitassem o aborto às gestantes que assim o desejassem. Já Hipócrates, em seu juramento – “A nenhuma mulher darei substância abortiva” –, assumiu o compromisso de não facilitar tal prática.²

O cristianismo, que teve forte influência na orientação dos legisladores, fez com que prevalecesse a tese de que o feto era um ser humano autônomo e independente da mulher, passando o aborto a ser punido como homicídio.³

¹ CALGARO, Cleide. *Aborto: enfoque jurídico e social*. Disponível em www.jusvi.com/doutrinas_e_peças/ver/2276. Acesso em 05/06/2006.

² SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. de. *O Aborto: um resgate histórico e outros dados*. Disponível em www.fsp.usp.br/SCHOR.htm. Acesso em 27/03/2006.

³ ANDRADE, Ricardo Luís Sant'Anna de. *Aborto e direito a vida*. Disponível em www.aborto.com.br/artigos/abortoedireito.htm. Acesso em 29.12.2005.

Nesse sentido, nos ensina Paulo Lúcio Nogueira

Foi o Cristianismo que introduziu no conceito de aborto a idéia de morte, punindo-o como homicídio; o problema discutido era o do momento em que a alma penetrava no organismo em formação, distinguindo-se o feto animado do inanimado para efeito de punição.⁴

O direito canônico da Idade Média distinguia o feto animado (de 40 a 80 dias após a concepção) do inanimado – aquele que não havia ainda recebido a “alma” –⁵, incriminando apenas o aborto praticado contra feto animado, pois este já haveria recebido a alma. Em 1588, o papa Sisto V pôs termo a essa distinção, aplicando ao aborto as mesmas penas do homicídio, para qualquer que fosse a idade do feto. A distinção veio novamente à tona, com o Papa Gregório XIX, em 1591, punindo apenas o aborto contra feto animado, com penas atenuadas, situação que perdurou até 1869, quando o Papa Pio IX proibiu qualquer tipo de aborto, pouco importando a idade do feto.⁶

No Brasil, com o Código Criminal de 1830 não havia a punição do auto-aborto. Incriminava apenas o aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, cominando a pena de prisão com trabalho; a gestante, em hipótese alguma, era incriminada⁷. Outrossim, definia como crime o fornecimento de meios abortivos, ainda que o aborto não ocorresse.⁸

Com o Código Penal da República, em 1890, o auto-aborto passou a ser punido juntamente com o aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Atenuava-se, porém, a pena do auto-aborto, caso o crime fosse cometido para ocultar a desonra própria. Se o crime fosse cometido por quem possuísse título científico, a pena seria aumentada.⁹

⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.10.

⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 271/272.

⁶ SALGE, Cláudia Aparecida. Aspectos Criminais do Aborto. *Revista Jurídica UNIJUS*, v.8, n.9, Uberaba: Universidade de Uberaba, nov. 2005. p.221.

⁷ Artigo 199, Código Penal de 1830: “Occasionar abôrto por qualquer meio empregado interior, ou exterior, ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada. Pena – de prisão com trabalho por um a cinco annos. Se este crime for commettido sem consentimento da mulher pejada. Penas – dobradas”.

⁸ Artigo 200, Código Penal de 1830: “Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o abôrto, ainda que este não verifique. Penas – de prisão com trabalho por dous a seis annos. Se este crime for commettido por medico, boticário, cirurgião, ou praticante de taes artes. Penas – dobradas”.

⁹ Artigo 300, Código Penal de 1890: “Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção: No primeiro caso: – pena de prisão cellullar por dous a seis annos. No segundo caso: – pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno. § 1º Si em consequência do abôrto, ou dos meios empregados para provoca-lo, seguir-se a morte da mulher: Pena – de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos. § 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina: Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condemnação.”

Artigo 301, Código Penal de 1890: “Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante: pena – de prisão cellullar por um a cinco annos. Paragrapho único. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonor própria.”.

O Código de 1890 permitia a prática do aborto caso fosse necessário para salvar a gestante de morte inevitável. Mas, nesse caso, punia a imperícia do médico ou da parteira que culposamente provocassem a morte da mulher.¹⁰

O Código Penal de 1940, vigente ainda hoje, inclui o aborto em seu capítulo I – Dos crimes contra a Vida, disciplinando, em seus artigos 124¹¹ e 125¹², três hipóteses de aborto punível: 1. aborto provocado pela gestante; 2. aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante e 3. aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante.

3 CONCEITO

A palavra aborto (do latim, *ab-ortus*) passa a idéia de privação do nascimento, “interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção”.¹³ O Código Penal não define o aborto, limitando a adotar a fórmula – provocar aborto – relegando à doutrina e jurisprudência a fixação da exata definição do termo.

De acordo com Pierangeli

A palavra aborto procede do latim, abortus, de ab-ortus, que significa privação do nascimento, nascimento antecipado, aquele que nasce antes do tempo.¹⁴

Paulo José da Costa Jr. afirma

Entende-se por aborto (de ab-ortus, privação do nascimento) a interrupção voluntária da gravidez, com a morte da concepção. Não distinguiu a lei entre óvulo fecundado, embrião e feto. Contentou-se a lei com a interrupção da gravidez.¹⁵

O Código Penal não define o aborto, limitando a adotar a fórmula – provocar aborto – relegando à doutrina e jurisprudência a fixação da exata definição do termo.

¹⁰ Artigo 302, Código Penal de 1890: “Si o medico, ou a parteira, praticando abôrto legal, ou abôrto necessário, para salvar a gestante de morte inevitável, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia: Pena – de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação.”

¹¹ Artigo 124, Código Penal: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

¹² Artigo 125, Código Penal: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos”.

¹³ ANDRADE, Ricardo Luis Sant’ Anna de. *Aborto e direito à vida*. Disponível em www.aborto.com.br/artigos/abortoedireito.htm. Acesso em 29/03/2006.

¹⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial*. São Paulo: RT, 2005, p. 109.

¹⁵ COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 203.

A legislação penal, especificamente nos artigos 124 e seguintes, protege a vida ao penalizar o aborto, prevendo duas exceções disciplinadas no artigo 128 e incisos¹⁶, condicionando a interrupção da gravidez à realização por médico. São casos legais que excluem a ilicitude.

4 CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Nosso Código Penal (de 1940) admite o aborto em duas situações: 1. risco concreto para a gestante (aborto necessário ou terapêutico) e 2. gravidez resultante de estupro (aborto humanitário ou sentimental).

4.1 Aborto necessário ou terapêutico

Previsto no artigo 128, inciso I do Código Penal, o aborto necessário é entendido pela doutrina como sendo uma espécie de estado de necessidade, excluindo a ilicitude da conduta. Há dois bens em conflito (vida da mãe e vida do feto), em que se opta pela vida da mãe, não sendo necessário o seu consentimento. O médico não é punido, uma vez que não há outro meio capaz de salvar a vida da gestante.

O aborto necessário é a interrupção artificial da gestação, com o objetivo de eliminar um perigo certo e inevitável à vida da gestante. Ele pode ser terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo).

Nelson Hungria conceitua esta modalidade de aborto legal como sendo:

[...] a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo, e inevitável por outro modo, à vida da gestante. O aborto necessário pode ser terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo). Durante a gravidez, apresenta-se às vezes, em razão do estado da mulher ou de alguma enfermidade intercorrente, séria e grave complicação mórbida, pondo em risco a vida da gestante. Em tal situação, o médico assistente é o árbitro a quem cabe decidir sobre a continuidade ou não do processo da prenhez.¹⁷

Celso Delmanto, em notas aos comentários ao artigo 128, afirma que o Código Penal de forma errônea não legitima o chamado aborto eugenésico, ainda que seja provável, ou até mesmo certo, que a criança nasça com deformidade incurável.¹⁸

¹⁶ Artigo 128: "Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

¹⁷ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Volume 5. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense 1958, p. 312.

¹⁸ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 269.

4.2 Aborto sentimental, ético ou humanístico

O segundo caso de aborto autorizado por nossa legislação penal, previsto no inciso II do artigo 128, do Código Penal, é aquele decorrente de estupro. Visa a proteger a mulher, não a obrigando a ficar com o fruto de um ato violento, não desejado. Prioriza a vontade da gestante como propulsor da autorização do aborto.

Para Nelson Hungria

[...] nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida.¹⁹

De acordo com Genival França, o aborto sentimental é também chamado de moral ou piedoso, sendo indicado para os casos em que a gravidez resulta de estupro.²⁰

Muitos doutrinadores ressaltam que estas excludentes de ilicitude são respaldadas legalmente por caracterizarem um estado de necessidade (artigo 24, Código Penal) ou a inexigibilidade de conduta diversa da gestante, pois essa não deve estar obrigada a cuidar de um filho gerado por um ato de violência.

A prova do estupro pode ser feita por todos os meios admissíveis em direito. É suficiente, porém, declaração escrita da gestante ou de quem a represente. Mas, para a segurança do médico, seria prudente obter o consentimento da gestante ou de seu representante legal, por escrito ou perante testemunhas idôneas. Para a prática do aborto sentimental não é necessária a autorização judicial nem sentença condenatória, aliás, nem é necessário a existência de processo criminal contra o autor do estupro.

A jurisprudência vem admitindo a analogia *in bonam partem* para estender a autorização legal de aborto em caso de estupro quando resultar a gravidez de atentado violento ao pudor.²¹

5 ABORTO EUGÊNICO

Foi durante a primeira Guerra Mundial (1914/1918) que o termo aborto eugênico foi empregado pela primeira vez referindo-se ao caso das mulheres estupradas durante este conflito. O aborto eugênico seria utilizado como meio para defender a raça dos vícios e doenças dos invasores.²²

¹⁹ HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. Volume 5. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense 1958, p.312.

²⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. Guanabara Koogan; 2001. p.246.

²¹ Nesse sentido DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p.269.

²² TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2002. p.21.

O aborto eugênico vigorou na época de Hitler, na Alemanha, pela Lei de 14 de julho de 1933²³. Destinava-se a evitar uma descendência anormal. Estudiosos da época analisavam os fatores que poderiam aumentar ou diminuir as qualidades raciais, físicas ou mentais, das gerações vindouras. O pensamento nazista visava a impedir a propagação de todas as pessoas indesejadas na sociedade ariana, tais como débeis mentais, alcoólatras, criminosos, ou seja, de qualquer tipo de degenerados. Logo, a esses atos se denominou “princípio da eliminação dos indesejáveis”. Segundo os ideólogos nazistas o Estado era obrigado a proibir que pessoas com qualquer tipo de desvio genético viessem a nascer. Também era proibida a reprodução entre pessoas de “raças inferiores”, sendo que o Estado devia promover a esterilização dessas raças.²⁴

Nosso Código Penal não prevê o aborto eugênico, porém, Códigos de edição mais atual, como o espanhol, de 1995, em seu artigo 417 bis disciplina o aborto eugenésico.

Artigo 417 bis, 1, 3ª: Que se presume que o feto deverá nascer com graves taras físicas ou psíquicas, sempre que o aborto se pratique dentro das vinte e duas primeiras semanas de gestação e que o parecer, expresso com anterioridade à prática do aborto, seja emitido por dois especialistas de centro ou estabelecimento sanitário, público ou privado, cadastrado a estes efeitos, e distintos daquele sob cuja direção se pratique o aborto.²⁵

A possibilidade de se diagnosticar malformações fetais ainda no início da gravidez, reacende a discussão acerca do chamado aborto eugênico ou profilático, o qual, por definição, é o tipo de aborto que atende às exigências da eugenia, ciência que estuda as condições mais favoráveis à reprodução e aprimoramento da raça humana. Ontologicamente, a eugenia trata da reprodução e do aperfeiçoamento da raça.

Alguns autores adotaram a expressão “aborto eugênico ou eugenésico” para se referirem à interrupção da gestação do feto inviável.

De acordo com Antônio Chaves

o conceito de aborto eugênico foi totalmente desvirtuado e desmoralizado pelos nazistas ao pretenderem usá-lo sob a alegação de “higiene racial”, a fim de manter imaculada a “raça ariana”.²⁶

²³ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e infanticídio; legislação, jurisprudência e prática*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1996. p.56.

²⁴ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.78/81.

²⁵ BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia. *Revista de Estudos Criminais*, n.16, v.4, 2004, p.134.

²⁶ CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade e transplantes*. 2.ed. Rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.32.

Seguindo a mesma linha de entendimento, Alberto Silva Franco acrescenta

Partindo, portanto, da consideração galtiana de que a eugenia é a “ciência da melhora da linhagem humana”, Lacadena criticou o emprego da locução “aborto eugênico ou eugenésico” não só porque tal aborto representa uma solução de situações problemáticas familiares ou individuais, mas não tem repercussão em nível de população humana e, portanto, não tem sentido eugenésico per se, como também não deixa de ser surpreendente que uma sociedade como a de nossos dias, tão sensibilizada contra qualquer forma de racismo, segregação ou marginalização, tenha aceito o adjetivo eugenésico, sem deter-se para pensar no significado que Galton deu ao termo.

(...)

Não se desconhece que inúmeras palavras, além de seu significado puramente descritivo, têm o condão de provocar nas pessoas, que as ouvem, ou que as lêem, reações emocionais. Fala-se então do “significado emotivo” dessas palavras, que se adiciona ao seu “significado descritivo”. Eugenia é um dos vocábulos capazes de gerar, além de restrições a respeito de seu significado descritivo, um nível extremamente alto de rejeição emocional e tal reação está vinculada ao uso que dele foi feito, na Alemanha, durante o período nacional-socialista.²⁷

Magalhães Noronha conceitua aborto eugênico da seguinte forma

Ocorre esta espécie quando há série e grave perigo para o filho, seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doenças da mãe, durante a gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomadas, durante esse período, tudo podendo acarretar para aqueles, enfermidades psíquicas, corporais, deformidades etc.²⁸

Débora Diniz e Marcos de Almeida diferenciam o aborto eugênico do aborto seletivo e ressaltam que vários escritores denominam a interrupção seletiva da gestação de interrupção eugênica. Para eles, utiliza-se o termo seletivo quando a mulher, grávida de um feto com malformação, não deseja o prosseguimento da gestação. Em geral, os casos que justificam as solicitações de aborto seletivo são de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, sendo o exemplo clássico de anencefalia. Houve, no caso, uma seleção feita em nome da possibilidade de vida extra-uterina ou da qualidade de vida do feto após o seu nascimento. A prática eugênica não deve ser confundida com o aborto seletivo, uma vez que a ideologia eugênica ficou conhecida por não respeitar a vontade

²⁷ FRANCO, Alberto Silva. Aborto por indicação eugênica. In: *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.97.

²⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Volume 2, 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.62.

do indivíduo. A diferença fundamental entre as duas práticas é que no aborto seletivo não há obrigatoriedade de se interromper a gestação em nome de alguma ideologia de extermínio de indesejáveis, ocorrendo a prática abortiva por opção da paciente.²⁹

Para Warley Rodrigues Belo, o aborto eugênico nos termos e limites hoje apresentados não tem estirpe nazista. O aborto eugenésico não pretende a eliminação dos não-desejáveis para a espécie humana. Também não há pretensão de evoluir a genética, nem se busca a perfeição moral, física ou intelectual. A possibilidade de eliminação do feto por qualquer tipo de doença ou situação de perigo nunca foi cogitada. O que se busca é dar opção para a mãe, que descobre que seu filho apresenta má-formação genética grave que será incompatível com a vida extra-uterina, de interromper uma gestação sem lógica, uma vez que essa gestação será desprovida de sua finalidade que é gerar uma vida.³⁰

Maria Helena Diniz considera que o aborto eugênico é o aborto criminoso realizado quando houver suspeita de que, provavelmente, o feto apresente doenças congênitas ou anomalias físicas e mentais graves. Portanto, é praticado com a finalidade de aperfeiçoar a raça humana, produzindo o resultado tão esperado que é o de alcançar seres geneticamente superiores, que substitui o direito de procriar pelo de nascer com maiores dotes físicos. Diante disso, o aborto eugênico é vedado pela legislação brasileira, pois toda seleção eugenésica, ou não, contraria a natureza ética da procriação, ferindo então, a dignidade humana. Tudo isso é eugenismo, que lembra a política de Hitler, a qual visava à legalização do aborto eugênico para evitar o nascimento de crianças defeituosas, com a intenção de melhorar a raça ariana ou higiene racial.³¹

Nesta mesma linha de pensamento, Renato Flávio Marcão ressalta que o aborto realizado sob fundamentos baseados em fetos que apresentem anomalias tem nítido caráter eugênico.³²

A interrupção da gestação de fetos anencefálicos, deixa-se claro, não corresponde, rigorosamente, ao “aborto eugênico”, que ocorre quando constatada anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de sobrevivência pós-parto, não importa se curta ou longa é interrompida a gravidez.

Em sentenças mais atuais, alguns juízes vêm autorizando a prática do aborto em casos de fetos anencefálicos. Argumenta-se que não se está admitindo o aborto por indicação eugênica com o objetivo de melhorar a raça, ou evitar que o ser em gestação venha nascer cego, aleijado ou mentalmente débil. Objetiva-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, absolutamente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só.

²⁹ DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos de. *Iniciação a bioética*. Org. Sérgio Ibiapin Ferreira Costa, Volnei Garrafa. 1998. p.128.

³⁰ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.80.

³¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.47/51.

³² MARCÃO, Renato Flávio. *O aborto no anteprojeto de Código Penal*. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 19/03/2006.

6 ANENCEFALIA: CONCEITO, DIAGNÓSTICO E COMPLICAÇÕES MATERNAS

Jorge de Rezende, em sua obra, explica que a anencefalia é uma anomalia do sistema nervoso central que se caracteriza, de forma genérica, pela falta da abóbada craniana, massa encefálica reduzida a vestígios da substância cerebral. Uma vez ocorrido o parto de um feto anencéfalo, separado o corpo incompleto dessa criança de suas ligações ao organismo materno, ele expira em poucas horas, uma vez que não possui estruturas completas de comando cerebral para os mínimos atos fisiológicos que se traduzam em vitalidade.³³

Segundo a conceituação de William Bell, a anencefalia é a “malformação fetal na qual a abóbada do crânio é ausente e o crânio exposto é amorfo”³⁴. É uma anomalia incompatível com a vida fora do útero materno, e a sobrevivência, se houver, é apenas um prolongamento de minutos, horas, raramente dias de um natimorto já que a cessação da atividade cardiorrespiratória é inexorável.

A anencefalia é uma anomalia congênita do sistema nervoso central resultante da falha de fechamento do tubo neural entre o 23º e o 26º dia de gestação, incapacitando o conceito para a vida extra-uterina. Pela anomalia do cerebelo, não há controle de temperatura corpórea e da frequência respiratória, o que torna impossível a sobrevivência dessas crianças.³⁵

De acordo com Maria Helena Diniz, o anencéfalo

pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.³⁶

Como bem ensinam Carlos Gherardi e Isabel Kurlat

la anencefalia es una de las alteraciones en la formación del cerebro resultante de la falla en etapas precoces del desarrollo embrionario del mecanismo de cierre del tubo neural llamado de inducción dorsal. La más grave de las patologías producidas por esta falla, la Craniorraquisquisis, resulta invariablemente en la

³³ REZENDE, Jorge de. *Obstetrícia*. 3.ed. Guanabara Koogan, 1974. p.805/807.

³⁴ BELL, William. *Doenças do recém-nascido*, obra coletiva, Interamericana, 4.ed. 1979. p.627.

³⁵ HUNTER, A. G. W. Brain and spinal cord. In: STEVENSON, R. E.; HALL, J. G.; GOODMAN, R. M. *Human Malformations and Related Anomalies*. New York: Oxford University Press, 1983. p.109-137.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.281.

muerte fetal precoz. Le sigue em gravedad la anencefalia que se caracteriza por la falta de los huesos craneanos (frontal, occipital y parietal), hemisférios y la corteza cerebral. El tronco cerebral, y la medula espinal estan cõservados aunque em muchos casos la anencefalia se acompaña de defectos em el cierre de la columna vertebral (mielomeningocele). (...). Em la anencefalia la inexistencia de las estructuras cerebrales (hemisférios y corteza) con la sola presencia del tronco cerebral provoca la ausencia de todas las funciones superiores del sistema nervioso central que tienen que con la existência de la conciencia y que implican la cognición, la vida de relación, comunicación, afectividad, emotividad, con la sola preservación, las funciones vasomotoras y las dependientes de la medula espinal. (...). La anencefalia es el equivalente del EVP en los niños y en ambos casos nunca se cumplen las condiciones de muerte encefálica por ausencia de lesión en el sistema reticular activador del tronco cerebral.³⁷

Na maioria dos casos, a deformidade encontra-se associada a defeitos da coluna vertebral, cuja porção cervical pode estar consideravelmente atrofiada, ou de toda a medula, pormenor que identifica a chamada craneorraquíscise (fissura congênita do crânio e da coluna vertebral). Quando total o comprometimento da medula, constitui a anencefalomielia.³⁸

A anomalia pode ser diagnosticada a partir da 12ª semana de gestação, por meio do exame de ultra-sonografia, quando já é possível a visualização do segmento cefálico fetal. A ressonância magnética tem-se mostrado importante meio de diagnóstico, ao lado da ultra-sonografia de nível três. O feto portador de anencefalia apresenta uma característica única e inconfundível: não possui os ossos do crânio (a partir da parte superior da sobrançelha não há osso algum), razão pela qual sua cabeça não possui o formato arredondado. Visualmente, além da abertura que existe em sua cabeça, o anencéfalo possui os olhos saltados em suas órbitas, justamente porque estas não ficaram bem formadas em razão da inexistência dos ossos do crânio. Outrossim, seu pescoço é mais curto do que o pescoço de um feto normal.³⁹

Ainda, mostra-se importante para a constatação do caso de anencefalia a elevação dos níveis de alfa-fetoproteína no líquido amniótico, que se encontram sempre em níveis elevados em gestações de anencéfalos. Ocorre com maior frequência em fetos femininos, pois parece estar ligado ao cromossomo X. Estimativas apontam para incidência de aproximadamente 1 (um) caso a cada 1.600 nascidos vivos.⁴⁰ Diz, com precisão, William Bell, a respeito da anencefalia, que “Entre 75 e 80 por cento desses

³⁷ GHERARDI, Carlos; KURLAT, Isabel. Anencefalia e interrupción del embarazo, análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminas, n.52, jan. 2005, p.53-70.

³⁸ REZENDE, Jorge de. *Obstetrícia*. 3.ed. Guanabara Koogan, 1974. p.805/807.

³⁹ SANTOS, Marília Andrade dos. *A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica*. Disponível em www.jus2.uol.com.br/doutrina. Acesso em 12/04/2006.

⁴⁰ ANDALAF NETO, Jorge. *Anencefalia: Posição da FEBRASGO*. Disponível em www.febrasgo.org.br/anencefalia. Acesso em 14/03/2006.

recém-nascidos são natimortos e os restantes sucumbem dentro de horas ou poucos dias após o nascimento”.⁴¹

Compartilhando de idêntico entendimento, temos Jorge Andalaft Neto que em parecer da posição da Febrasgo, refere que a anencefalia “se trata de patologia fetal letal em 100% dos casos, e que o recém-nato poderá falecer minutos após o parto”.⁴²

Há maior incidência de casos de anencefalia em mães muito jovens ou nas de idade avançada. Além disso, fatores nutricionais e ambientais podem influenciar indiretamente nesta malformação. Entre elas estão: exposição da mãe durante os primeiros dias de gestação a produtos químicos e solventes; irradiações; deficiência materna de ácido fólico; alcoolismo e tabagismo. Presume-se que a causa mais freqüente seja a deficiência de ácido fólico. O risco de incidência de anencefalia aumenta 5% a cada gravidez subsequente. Inclusive, mães diabéticas têm 6 (seis) vezes maior probabilidade de gerar filhos com este problema.⁴³

É importante ressaltar a diferença entre feto malformado e feto inviável. O primeiro, dependendo da gravidade, não ocorre a morte do feto ao nascer. Ainda que estejam presentes anomalias congênitas, é possível que o feto malformado sobreviva, porém com certas limitações no que tange à sua qualidade de vida. Como exemplo de malformação fetal, temos a fenda lábio-palatina. Entretanto, a malformação pode ser de tamanha gravidade ou pode estar associada a outras anomalias que tornam o feto inviável, ou seja, o prognóstico de morte é certo e irreversível; a criança não viverá nem bem nem mal, vindo a falecer logo após o parto. Como exemplo de anomalias fetais incompatíveis com a vida, temos a anencefalia (ausência dos hemisférios cerebrais e do crânio) e a acrania (ausência do crânio, na presença de um cérebro malformado) ambas decorrentes de erros de fechamento do tubo neural.⁴⁴

A gestação de um feto portador deste defeito congênito não é tranqüila para a genitora. Isso porque os efeitos psicológicos que uma gestação deste tipo provoca são intensos e devastadores para os sentimentos maternos e da família em geral.

Além dessas conseqüências psicológicas, a gestação de um anencéfalo pode trazer maiores riscos à saúde da genitora. Dentre as complicações maternas, destacam-se as seguintes⁴⁵:

- a) prolongamento da gestação além de 40 semanas;
- b) associação com polihidrâmico, com desconforto respiratório, estase venosa, edema de membros inferiores;

⁴¹ BELL, William. *Doenças do recém-nascido*, obra coletiva, Interamericana. 4.ed., 1979. p.627.

⁴² ANDALAFT NETO, Jorge. *Anencefalia: Posição da FEBRASGO*. Disponível em www.febrasgo.org.br/anencefalia. Acesso em 14/03/2006.

⁴³ ANDALAFT NETO, Jorge. *Anencefalia: posição da FEBRASGO*. Disponível em www.febrasgo.org.br/anencefalia. Acesso em 14/03/2006.

⁴⁴ TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2002, p.25/28.

⁴⁵ Parecer da FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. Disponível em www.febrasgo.org.br/anencefalia. Acesso em 10/03/2006.

- c) associação com DHEG (Doença Hipertensiva Específica da Gestação);
- d) associação com vasculopatia periférica de estase;
- e) alterações comportamentais e psicológicas;
- f) dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo (parto entre 38 e 42 semanas de gestação, tempo considerado normal);
- g) necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério;
- h) necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos;
- i) necessidade de bloqueio da lactação;
- j) puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta da contratilidade uterina;
- k) maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.
- l) aumento do líquido amniótico (problema este que ocasionaria dificuldades de respiração e de funcionamento do coração da gestante, podendo levá-la ao óbito).

7 A ANENCEFALIA SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO

O aborto de feto com diagnóstico de patologia incompatível com a vida extra-uterina não está elencado no rol do artigo 128 do Código Penal como causa de exclusão da antijuridicidade, configurando crime em nosso país.⁴⁶ Essa hipótese de aborto não consta de nossa legislação penal porque, na época em que foi elaborado o Código (1940), era impraticável prever se o feto possuía algum problema de saúde. No entanto, com o advento da tecnologia, tornou-se possível por meio da ultrassonografia ou da ecografia⁴⁷ saber as reais condições do feto no ventre materno, detectando, inclusive, se este é portador de alguma anomalia fetal incompatível com a vida.

Nesse sentido preconiza Tessaro

Convém destacar que o Código Penal foi sancionado em 1940, época em que os conhecimentos médicos eram precários se comparados ao avanço tecnológico que a medicina contemporânea incorporou aos seus diagnósticos e tratamentos, notadamente a medicina fetal. Situações antes imprevisíveis hoje podem ser diagnosticadas com alto grau de precisão.⁴⁸

⁴⁶ Praticamente todos os países desenvolvidos já autorizam o aborto de fetos anencéfalos, sendo o caso da Itália, Espanha, França, Suíça, Bélgica, Áustria, porém, em sentido contrário, temos os países em desenvolvimento tais como o Brasil, o Peru, o Paraguai, a Venezuela, a Argentina, o Chile e o Equador que proíbem tal prática. COUTINHO, Luiz Augusto. Anencefalia: Novos Rumos para a Ciência Jurídica. *Revista Síntese de Direito Penal e processual penal*. Porto Alegre: Síntese, n.29, dez. 2004/jan. 2005. p.34/35.

⁴⁷ “[...] permite a visualização de órgãos internos do corpo. A ecografia é 100% segura e oferece um diagnóstico seguro da anencefalia no feto”. INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO. – ANIS. *Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília, 2004. p.95.

⁴⁸ TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2002. p.83. No mesmo sentido temos Gollop. 1994/95. p.56.

Os entendimentos divergentes dos nossos tribunais advêm do fato de que, se de um lado há uma angústia, incerteza e frustração por parte da gestante, por saber que está gerindo um ser que não sobreviverá, ou mesmo, que poderá nascer morto, por outro, se impõe o dever de cumprimento da lei, sobretudo porque a legislação constitucional tutela a vida como bem maior a ser preservado, bem como as hipóteses em que se admite atentat contra ela estão elencadas de modo restrito.

Refuta-se a tese de que no Brasil não se pode legalizar o aborto devido aos princípios da Igreja Católica. O Brasil é um Estado laico, não possuindo vínculo com nenhuma religião, como estabelece o artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, onde é assegurada a todo o cidadão brasileiro a liberdade de crença.

Doutrinadores, juízes, estudiosos do direito estão-se inclinndo para o fato de que o aborto de anencéfalo é um direito da mulher, pois ela é quem irá carregar durante nove meses um ser que não irá sobreviver fora do útero. Dessa forma, posiciona-se Nelson Hungria:

Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o 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 aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.⁴⁹

Salientam-se, também, os argumentos de que do prosseguimento da gravidez de um feto anencéfalo possam advir seqüelas psicológicas para a gestante, pelo fato de ter consciência de que o feto existente em seu ventre, se nascer com vida, será portador da já diagnosticada anomalia e terá vida por tempo muito ínfimo. Nesta linha, temos:

ABORTO – Pedido de autorização judicial instruído com laudos médico e psicológico – Feto portador de anencefalia – **Admissibilidade de interrupção da gravidez eis que evidenciado o risco à saúde da gestante, especialmente psicológica** – Diante da solicitação de autorização para realização de aborto, instruída com laudos médico e psicológico favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivência extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez.⁵⁰ (grifo nosso).

⁴⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume 5. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense 1958. p.297/298.

⁵⁰ TJSC – Segunda Câmara Criminal – ACr n. 98.003.566/0 – Rel. Des. Jorge Mussi – Julg. De 05/05/98 – RT 756/652. Disponível em www.tjsc.gov.br. Acesso em 20/09/2006.

José Henrique Rodrigues Torres ressalta que:

nos casos de malformação fetal, especialmente no caso da anacrania, que acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra-uterina e implica gravidez de alto risco, as circunstâncias desvelam a inexistência de reprovabilidade para a realização do abortamento, pois, à evidência, não se pode exigir que a gestante suporte a gravidez até o seu termo final, carregando todo o sofrimento físico e psicológico de tal situação histórica, com sérios, comprometedores e óbvios prejuízos para a sua saúde física, mental e emocional.⁵¹

Ainda, nas decisões favoráveis ao aborto de fetos anencéfalos procura-se uma coerência entre a atualidade e a lei.

Desta forma, nos ensina Jimenez de Asúa

o juiz não pode mostrar-se alheio às transformações sociais, jurídicas e científicas. Por isso, a vontade da lei não deve ser investigada somente em relação à época em que nasceu o preceito, mas sim tendo em conta o momento de sua aplicação. O magistrado adapta o texto da lei às evoluções sofridas pela vida, da qual, em última consideração, o direito forma. Daí poder ele ajustá-la a situações que não foram imaginadas na hora remota de seu nascimento.⁵²

Nesse mesmo diapasão temos as seguintes ementas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Pedido de autorização judicial para interrupção da gravidez. Feto que apresenta síndrome de patau. Documentos médicos comprobatórios. Difícil possibilidade de vida extra-uterina. Nesse caso, oligofrenia acentuada e freqüentes convulsões. Exclusão da ilicitude. Aplicação do art. 128, I, do CP, por analogia in bonam partem.

Considerando-se que, por ocasião da promulgação do vigente Código Penal, em 1940, não existiam os recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outra anomalias fetais, inclusive com a certeza de morte ou de deficiência física ou mental do nascituro, e que, portanto, a lei não poderia incluir o aborto eugênico entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto, impõe-se uma atualização do pensamento em torno da matéria, uma vez que o Direito não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, indiferente aos avanços tecnológicos e à evolução social.

Ademais, a jurisprudência atual tem feito uma interpretação extensiva do art. 128, I, daquele diploma, admitindo a exclusão da ilicitude do aborto, não só

⁵¹ TORRES, José Henrique Rodrigues. *Quesitação, Júri*. IN: TUCCI, Rogério Lauria (coord.). São Paulo: RT, 1999. p.245.

⁵² Apud BASÍLIO, Marcus Henrique Pinto. *A questão do feto acometido de anencefalia*. Disponível em: <<http://www.direitosfundamentais.com.br>>. Acesso em: 10.01.2006.

quando é feito para salvar a vida da gestante, mas quando é necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica.

Diante da moléstia apontada no feto, que provavelmente lhe causará a morte e, em caso de sobrevivência, provocará oligofrenia acentuada e freqüentes convulsões, e da circunstância de que o casal de requerentes já possui um filho com retardo mental e dificuldade motora, pode-se vislumbrar na continuação da gestação sério risco para a saúde mental da primeira apelante, o que inclui a situação na hipótese de aborto terapêutico previsto naquele dispositivo. Apelo provido, por maioria.⁵³ (Grifo nosso)

Apelação crime. Autorização judicial para aborto eugenésico. Anencefalia do feto. Impossibilidade de sobrevivência após o nascimento. **Prolongamento da gestação a implicar sério risco de vida à gestante.** Cunho terapêutico da intervenção.

A anencefalia ou acrania é uma doença caracterizada pela ausência de ossos do crânio e do encéfalo fetal na vida intra-uterina, o que torna impossível a sobrevivência após o nascimento. E, como patologia de risco, é causa de morbimortalidade materna.

Em que pese não estar o aborto eugenésico incluído no art. 128 do Código Penal, como mais uma indicação de causa excludente de ilicitude, tal circunstância não impede a sua realização quando se está a tratar de caso de malformação fetal, especialmente a anencefalia, pois esta acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra-uterina e implica gravidez de alto risco.

No caso concreto, a indicação da interrupção precoce da gravidez da autora tem caráter não apenas eugênico, mas também terapêutico, pois visa salvar, conforme parecer médico juntado aos autos, a vida da gestante.

Apelo defensivo provido para deferir o pedido, com fulcro no art. 128, inciso I, do Código Penal. Decisão unânime.⁵⁴ (Grifo nosso)

O juiz, reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, face ao caso concreto, tendo em mente que a norma penal vigente protege a “vida” e não a “falsa vida” poderá, dentro de sua livre convicção, entender que se mostra inexigível da mulher outra conduta que não seja a interrupção da gravidez, buscando para tanto o atendimento médico especializado, único autorizado a proceder à cirurgia de antecipação do parto.

A inexistência de lei expressa não significa que, perante o caso concreto, não possa o Judiciário permitir a antecipação do parto em casos comprovados de anencefalia fetal, baseando-se em princípios constitucionais ou em excludentes extra-legais.

Outrossim, há aqueles que sustentam que a lei é o centro, é dela que emana todo

⁵³ Apelação Crime Nº. 70006088090, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 02/04/2003. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 20/09/2006.

⁵⁴ Apelação Crime Nº. 70005037072, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 12/09/2002. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 20/09/2006.

o direito, sendo a justiça o que está na lei, posicionando-se, assim, contrários ao aborto de fetos anencéfalos.

Para os partidários dessa corrente, as decisões jurisprudenciais seguem a linha das ementas abaixo.

Habeas corpus. Penal. Pedido de autorização para a prática de aborto. Nascituro acometido de anencefalia. Indeferimento. Apelação. Decisão liminar da relatora ratificada pelo colegiado deferindo o pedido. **Inexistência de previsão legal.** Idoneidade do writ para a defesa do nascituro. 1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro. 2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal. 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse caso, o princípio da reserva legal. 4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador. 5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo Regimental. Vistos relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com a Sra. Ministra Relatora.⁵⁵

“Habeas-Corpus”. Concessão. Os abortos eugênico e o econômico não são reconhecidos pelo Direito pátrio, que considera impuníveis apenas os abortos necessário e o sentimental, “ex-vi” art. 128, I e II do C.P. Ordem concedida em favor do feto em gestação para que não seja dolosamente inviabilizado seu nascimento.⁵⁶

⁵⁵ HC 32159/RJ, Relatora Laurita Vaz; Quinta turma; data do julgamento 17/02/2004 disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 28/12/2005.

⁵⁶ HC 2000.059.01629, Sexta Câmara Criminal Julgado em 04/07/2000 disponível em www.tj.rj.gov.br. Acesso em 20/12/2005.

8 PERSPECTIVA DE LEGALIZAÇÃO

Há uma forte tendência em legalizar ou permitir o aborto nos casos de feto anencéfalo. Tal fato é comprovado, de acordo com Gollop, nas estimativas de que já foram concedidos mais de três mil alvarás judiciais autorizando a interrupção da gestação de fetos portadores de anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina, em especial de anencefalia.⁵⁷

Doutrinadores afirmam que o aborto de fetos anencéfalos é fato atípico, uma vez que esses são desprovidos de hemisférios cerebrais em virtude do não fechamento do tubo neural, assim, não teria, por consequência, condições de sobreviver fora do útero materno, não tendo vida a ser protegida. Dessa forma, a conduta que realiza a interrupção da gestação nos casos de anencefalia é atípica, pois não se estaria cometendo crime de aborto, visto não haver bem jurídico a proteger pelo fato de o feto não possuir condições de vida extra-uterina. Esta é a lição de Busato:

Não havendo vida, na hipótese, tal qual ela pode ser entendida, sendo tal fato atestado por pareceres clínicos, realizada a conduta interruptiva da gestação, não é possível que o sujeito logre atingir o bem jurídico protegido em questão, com o que se cuida de fato materialmente atípico.

Não é possível caracteriza-se o aborto, porque este é um dispositivo jurídico que se inscreve no capítulo dos delitos dolosos contra a vida. A vida é o bem jurídico protegido pelo aborto. Se onde há cessação da atividade cerebral não há vida, não há objeto jurídico. Não havendo objeto jurídico, não há proteção jurídica justificada. Como tal, não pode existir responsabilidade penal.

Deduz-se, pois, que a expulsão do ventre do feto anencéfalo é um indiferente penal.⁵⁸

Na mesma linha de pensamento temos El Tasse:

Na hipótese do aborto do feto com anencefalia, não há bem jurídico a proteger, eis que, pela hermenêutica desenvolvida pelo direito, a morte se dá com o cessar das atividades do encéfalo, sendo justamente este inexistente no feto possuidor da analisada deformidade, razão por que se torna segura a afirmação de que inexistente vida a ser tutelada e, quando o ordenamento criminaliza hipóteses de aborto, é justamente para a proteção da vida, não havendo preenchimento da figura típica do crime quando se realiza a prática do aborto no caso de anencefalia.

[...]

⁵⁷ GOLLOP, Thomaz Rafael. A liminar do STF sobre aborto em casos de anencefalia: onde estamos e para onde deveríamos ir? *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, v.12, n.141, ago. 2004, p.9.

⁵⁸ BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 327, jan. 2005, p.96.

Há efetiva ausência de tipicidade na prática da conduta de retirada do feto sem encéfalo do ventre materno, não devendo a matéria demandar debate sob o ponto de vista das hipóteses de expressa autorização normativa para a prática do aborto no Brasil, ou seja, do aborto terapêutico e do aborto emocional; claro, pois a lei não proibiu o aborto quando o feto é portador da anencefalia, pelo não-preenchimento do tipo penal, ante a falta de bem jurídico a tutelar, não há que se falar em que a lei tenha que autorizar.⁵⁹

E, no mesmo sentido, baseia-se a seguinte decisão:

“Habeas Corpus”. Anencefalia. Alvará de autorização para intervenção cirúrgica. Presença do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”. Feto portador de anencefalia, observada a presença de diversas anomalias. A Comissão de Ética Médica do Instituto Fernandes Figueira, vinculado a Fundação Oswaldo Cruz, emitiu parecer favorável a interrupção da gravidez, por se tratar de conceito portador de graves más formações no sistema nervoso central, incompatíveis com a vida extra-uterina, tornando a gestação frequentemente complicada por polidramnia, que acarreta graves conseqüências à saúde da gestante. Precedentes jurisprudenciais. A intervenção se faz necessária, justificada a realização da intervenção cirúrgica para remoção de feto anencefálico pelo estado de necessidade, reconhecendo-se o perigo de grave dano à pessoa, em face das conseqüências morais, familiares e sociais do parto. **Conduta atípica por não atingir qualquer bem jurídico penalmente tutelado.** Ordem concedida⁶⁰. (Grifo nosso)

Corroborando com esse entendimento, torna-se válida a colocação exposta na Arguição de Preceito Fundamental n.º 54

[...] na gestação de feto anencéfalo não há vida humana viável em formação. Vale dizer: não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto. Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto.⁶¹

Afirma-se, portanto, que não haveria o crime de aborto quando fosse realizada a interrupção da gestação de feto portador de anencefalia, pois não possuindo os

⁵⁹ EL TASSE, Adel. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n.322, ago. 2004, p.110/111.

⁶⁰ Habeas corpus n.º 2004.059.06681, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Des. Suely Lopes Magalhães, julgado em 27/01/2005. Disponível em www.tjrj.gov.br. Acesso em 25/09/2006.

⁶¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n.54. Brasília, 20 de outubro de 2004. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 20/04/2006.

hemisférios cerebrais não sobreviveria fora do útero materno. Por conseqüência, não haveria bem jurídico para proteger, isso porque a lei visa a proteger a vida. Em outras palavras, o feto seria considerado clinicamente morto, dessa forma haveria ausência de vida, não tendo bem algum para salvaguardar.

9 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54

A ADPF (Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental) foi ajuizada pela CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde) perante o STF, para que este órgão, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP/40, declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

De acordo com a argüição, cinco preceitos constitucionais são violados quando da não realização da interrupção da gestação de feto anencefálico.

1. Princípio da autonomia da vontade;

2. Princípio da legalidade;

3. Princípio da Liberdade: de acordo com o artigo 5º, II, CF/88: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ao vedar o aborto de feto anencefálico estar-se-ia indo de encontro ao preceito do inciso II, supracitado, em virtude de que não se trata de aborto, uma vez que não há vida;

4. Princípio da dignidade da pessoa humana: este princípio estaria violado por submeter a gestante ao enorme e inútil sofrimento de levar a termo uma gravidez inviável, que afeta sua integridade física e psicológica (artigo 1º, IV, CF/88);

5. Direito à saúde: é violado quando se obriga a gestante a levar a termo uma gravidez inviável, quando há procedimento médico adequado para minimizar seu sofrimento físico e psicológico, sendo certo que em relação ao feto nada se pode fazer. (artigo 6º e 196, CF/88).⁶²

O que se pretende com a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, é que a “gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto está protegida por direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva”.⁶³

⁶² BARROSO, Luis Roberto. *A discussão da anencefalia no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em www.noblat.ultimosegundo.ig.br. Acesso em 20/08/2006.

⁶³ ADPF n.º 54, p.14.

Nesta ADPF foram, também, feitos pedidos cautelar e alternativo. O primeiro no sentido de:

[...] suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os dispositivos do Código Penal aqui indigitados, nos casos de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. E que se reconheça, como consequência, o direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento aqui referido, e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia descrita na presente ação.⁶⁴

Já o pedido alternativo foi feito no tocante de não ser o entendimento por uma ADPF, que esta fosse recebida como ação direta de inconstitucionalidade.

O ministro Marco Aurélio Mello, relator desta ADPF, em decisão monocrática, deferiu a liminar requerida pela CNTPS, por entender válido os argumentos utilizados para consubstanciar o pedido liminar. No entanto, em outubro de 2004, o Pleno do Supremo Tribunal Federal cassou, por sete votos a quatro, a referida liminar.

Caso a ADPF n.º 54 seja positivada, será uma avanço na área jurídica, vez que: [...] será contra o conservadorismo, contra interferências de aspectos religiosos na questão da saúde, na questão dos direitos humanos, nas questões do próprio direito da mulher, dos direitos sexuais e reprodutivos.⁶⁵

O que se pretende com o julgamento favorável à ADPF⁶⁶ é que o STF reconheça que as mulheres grávidas possuem o direito de interromper a gestação de um feto com diagnóstico de patologia incompatível com a vida extra-uterina, tendo tal decisão efeito *erga omnes*.

10 CONCLUSÃO

A interrupção da gravidez em casos de anencefalia do feto não configura aborto, para o qual o pressuposto é que haja viabilidade de vida, o que não existe devido à ausência de cérebro. A partir do momento em que se constata tal anomalia, não há vida juridicamente a proteger, o que evidencia que a conduta pleiteada não agride o bem jurídico protegido, o que a torna atípica.

A evolução da sociedade é dinâmica e o direito deve acompanhar os avanços que criam novas relações jurídicas entre os cidadãos e instituições e o avanço tecnológico e científico que nos últimos 50 anos, superou concepções antigas e, mesmo que não inverta os bens e valores fundamentais permite se vislumbre, em casos concretos causas discriminantes supra-legais que tornam obsoletas, concepções da época do Código Penal: 1940.

⁶⁴ ADPF n.º 54. p.22.

⁶⁵ MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Anencefalia não é deficiência. In: *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, 2004, p.40.

⁶⁶ Até o dia 04 de outubro de 2006 o mérito da ADPF n.º 54 ainda não tivera ocorrido.

Não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe que tem garantido o direito à dignidade. Não há confronto nos casos de anencefalia com o direito à vida porque a morte é certa e o feto só sobrevive às custas do organismo materno.

Não tendo o feto a possibilidade de sobreviver, a interrupção da gravidez não configura uma sentença de morte ao nascituro, não havendo afronta ao valor vida, protegido na Constituição Federal e na legislação penal.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JR, A; COSTA JR. *Lições de medicina legal*. 14.ed. Companhia Editora Nacional São Paulo, 1977.
- ANDALAF NETO, Jorge. *Anencefalia: Posição da FEBRASGO*. Disponível em www.febrago.org.br/anencefalia. Acesso em 14/03/2006.
- ANDRADE, Ricardo Luís Sant' Anna de. *Aborto e Direito à vida*. Disponível em <http://www.aborto.com.br/artigos/abortodireito.htm> Acesso em 29/12/2005.
- BARROSO, Luis Roberto. *A discussão da anencefalia no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em www.noblat.ultimosegundo.ig.br. Acesso em 20/08/2006.
- BASÍLIO, Marcus Henrique Pinto. *A questão do feto acometido de anencefalia*. Disponível em: <http://www.direitosfundamentais.com.br>. Acesso em: 10/01/2006.
- BELL, William. *Doenças do recém-nascido*. Obra coletiva, Interamericana, 4.ed., 1979.
- BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n.54. Brasília, 20 de outubro de 2004. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 20/04/2006.
- BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n.327, jan. 2005. p.79/97.
- BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia. *Revista de Estudos Criminais*, n.16, v.4, 2004.
- CALGARO, Cleide. *Aborto: enfoque jurídico e social*. Disponível em www.jusvi.com/doutrinas_e_peças/ver/2276. Acesso em 05/06/2006.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. V.2, 3.ed. Rev. e atual. de acordo com as Leis 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade e transplantes*. 2.ed. Rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- COUTINHO, Luiz Augusto. Anencefalia: Novos Rumos para a Ciência Jurídica. *Revista Síntese de Direito Penal e processual penal*. Porto Alegre: Síntese, n.29, dez. 2004/jan. 2005. p.32/45.
- DELMANTO, Celso. et al. *Código Penal comentado*.6.ed. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DINIZ, Débora. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2003.
- DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos de. *Iniciação a bioética / org. Sérgio Ibiapin a Ferreira Costa, Volnei Garrafa*, 1998. p.124-136.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

EL TASSE, Adel. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n.322, ago. 2004, p.101/112.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e infanticídio; legislação, jurisprudência e prática*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1996.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. Guanabara Koogan, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. Aporto por indicação eugênica. In: *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FREITAS, Ana Clélia de et ali. *Existe aborto de anencéfalos?* Disponível em <http://www.direitonet.com.br>. Acesso em 27/12/2006.

GHERARDI, Carlos; KURLAT, Isabel. Anencefalia e interrupción del embarazo, análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.52, jan. 2005.

GOLLOP, Thomaz Rafael. A liminar do STF sobre aborto em casos de anencefalia: onde estamos e para onde deveríamos ir? *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo. v.12, n.141, ago. 2004. p.9/10.

GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 28.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Volume V, 4.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

HUNTER, A. G. W., Brain and spinal cord. In: STEVENSON, R. E.; HALL, J. G., GOODMAN, R. M. *Human Malformations and Related Anomalies*. New York: Oxford University Press. 1983. p.109-137.

INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO. ANIS. *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília, 2004.

MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Anencefalia não é deficiência. In: *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. p.39/40, 2004.

MARCÃO, Renato Flávio. O aborto no anteprojeto de Código Penal. Disponível em: www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 19/03/2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra Editora: Coimbra. 1988.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Volume 2, 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5.ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume 2 – Parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REZENDE, Jorge de. *Obstetrícia*. 3.ed. Guanabara Koogan, 1974.

SALGE, Cláudia Aparecida. Aspectos Criminais do Aborto. *Revista Jurídica UNIJUS*, v.8, n.9, Uberaba: Universidade de Uberaba, nov. de 2005.

SANTOS, Marília Andrade dos. *A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica*. Disponível em www.jus2.uol.com.br/doutrina. Acesso em 12/04/2006.

SCHOR, Nélia; ALVARENGA, Augusta T. de. *O Aborto: um resgate histórico e outros dados*. Disponível em www.fsp.usp.br/SCHOR.htm. Acesso em 27/03/2006.

TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea*. Curitiba: Juruá. 2005.