



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
DIRETORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

LUCIANA MACÊDO DE ARAÚJO

INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO POR ANENCEFALIA E SEUS IMPACTOS
JURÍDICOS E SOCIAIS: a problemática do consentimento do genitor para a
antecipação terapêutica do parto.

NATAL/RN

2014

LUCIANA MACÊDO DE ARAÚJO

INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO POR ANENCEFALIA E SEUS IMPACTOS JURÍDICOS E SOCIAIS: a problemática do consentimento do genitor para a antecipação terapêutica do parto.

Monografia apresentada à Diretoria de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como requisito para elaboração de monografia de conclusão do Curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos.

Orientador: Professor Me. Fernando Gaburri de Souza Lima.

NATAL/RN

2014

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Araújo, Luciana Macêdo de.

INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO POR ANENCEFALIA E SEUS IMPACTOS JURÍDICOS E SOCIAIS: a problemática do consentimento do genitor para a antecipação terapêutica do parto. / Luciana Macêdo de Araújo. – Natal, RN, 2014.

64 f.

Orientador(a): Prof. Me. Fernando Gaburri de Souza Lima.

Monografia (especialização). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Especialização em direitos difusos e coletivos

1. Direitos parentais - Monografia. 2. Interrupção terapêutica da gestação. 3. Anencefalia. I. Lima, Fernando Gaburri de Souza. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III.- Título.

UERN/ BC

CDD 340

LUCIANA MACÊDO DE ARAÚJO

INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO POR ANENCEFALIA E SEUS IMPACTOS
JURÍDICOS E SOCIAIS: a problemática do consentimento do genitor para a
antecipação terapêutica do parto.

Monografia apresentada à Diretoria de
Pós-Graduação da Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte como
requisito para elaboração de monografia
de conclusão do Curso de Especialização
em Direitos Difusos e Coletivos.

Aprovado em 20 de junho de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Me. Fernando Gaburri de Souza Lima
UERN

Prof^ª. Ma. Patrícia Moreira de Menezes
UERN

Prof. Me. Lídio Sânzio Gurgel Martiniano
UERN

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos funcionários da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte-UERN, pela solicitude com que nos trataram durante os muitos finais de semana de aula, em especial Denise, sempre gentil e prestativa; aos professores, por terem compartilhado conosco seus conhecimentos e experiências, tão valiosos para nosso crescimento profissional e pessoal; ao professor Paulo Sérgio, por ter trilhado comigo a primeira parte do caminho; e, por fim, ao professor Gaburri, pelo cuidado na correção dos meus escritos e pela disponibilidade a mim dispensada.

A morte pertence à vida, como pertence o nascimento. O caminhar tanto está em levantar o pé como em pousá-lo ao chão.

Rabindranath Tagore

RESUMO

Os avanços da ciência nas áreas da Medicina geraram um incremento qualitativo no diagnóstico de anomalias fetais e intercorrências gestacionais, possibilitando a intervenção médica para corrigi-las, reduzindo a mortalidade infantil e materna. Por outro lado, também favoreceu a detecção de anomalias que inviabilizam a vida fetal extrauterina, com um prognóstico certo de morte do feto ainda no curso da gestação ou logo após o parto. Inexistente uma regulamentação legal sobre a matéria, tais situações ensejavam a busca pelo Poder Judiciário, a fim de obter autorização para a chamada interrupção terapêutica da gestação e afastar eventual responsabilização pela prática do crime de aborto. Todavia, em razão da judicialização crescente, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde propôs a Arguição de Descumprimento Fundamental nº 54, voltada à obtenção de interpretação conforme aos artigos 124, 126 e 128 da Constituição Federal para afastar a interrupção terapêutica da gestação do tipo penal aborto. A ADPF tramitou durante oito anos e foi julgada em 2012, acolhendo majoritariamente a tese autoral, desde que atendidos os requisitos diagnósticos e observado o procedimento médico. Assentou-se, então, o entendimento de que a liberdade sexual e reprodutiva da mulher deve preponderar sobre a vida intrauterina do feto, que jamais chegará a sobreviver fora do útero e se tornar uma pessoa, sujeito de direitos. Em consequência, o Sistema Único de Saúde passou a ser responsável pela assistência às gestantes que manifestem a opção pela interrupção da gestação, demandando uma regulamentação para a execução do procedimento médico, o que ocorreu por meio da Resolução nº 1.989/2012 do Conselho Federal Medicina. Contudo, por emanar de um órgão de fiscalização do exercício profissional, a resolução restringiu-se a indicar os requisitos a serem observados para a intervenção médica, omitindo-se sobre o papel do genitor no processo, ou mesmo sobre os direitos a ele atribuídos como parte do poder parental. Por essa razão, celeumas como a discordância entre o genitor e gestante quanto à manutenção ou interrupção da gestação exsurtem e carecem de resolução jurídica, ainda que por meio de interpretação teleológica das normas relativas ao poder parental, considerando-se a inexistência de legislação específica. É exatamente esse o caso, em que as disposições do Código Civil devem ser interpretadas conjuntamente com os princípios gerais de direito e direitos

fundamentais, para concluir-se que a parentalidade encontra razão de ser na formação, educação e orientação dos filhos, em cujo conceito não se inclui o anencéfalo, por sua inviabilidade extrauterina. Em síntese, utilizando os métodos dedutivo e histórico, a pesquisa sistematizou o tratamento direcionado à interrupção da gestação por anencefalia, diferenciando-a do aborto de feto viável e enfatizando a problemática da necessidade ou não do consentimento do genitor para a interrupção terapêutica da gestação, de modo a contribuir para a identificação dos elementos de integração das lacunas normativas. E, como conclusão, verificou que, inexistindo poder parental sobre o feto anencéfalo, prepondera a decisão da mulher quanto à manutenção ou interrupção da gestação, sendo secundária e juridicamente irrelevante a discordância paterna nesse sentido.

Palavras-chave: Interrupção terapêutica da gestação. Anencefalia. ADPF 54. Resolução 1.989/2012. Direitos parentais.

ABSTRACT

Scientific advances in fetal medicine created a qualitative increase in fetal anomalies diagnosis, allowing medical intervention to correct them and, consequently, reducing child and maternal mortality. On the other hand, also favored the detection of abnormalities that prevent the extrauterine fetal life, with a certain prognosis of death of the fetus still in the course of pregnancy or soon after birth. Nonexistent legal regulations on matters such as these situations entails the search for Judiciary support in order to obtain approval for therapeutic termination of pregnancy, as to depart potential liability for abortion. However, due to increasing judicialization, the National Confederation of Workers in Health proposed the Fundamental Breach Allegation nº 54, dedicated to achieving consistent interpretation of articles 124, 126 and 128 of Penal Law to exclude the therapeutic termination of pregnancy of criminal abortion type. The lawsuit was processed for eight years and judged in 2012, largely accepting the argument that pregnancy termination of anencephalic fetus, since it met the diagnostic requirements and observed the medical procedure, does not constitute abortion. Accordingly, the Single Health System became responsible for caring the pregnant women who show the option for pregnancy termination, demanding legislation to implement the medical procedure, which occurred through Resolution nº 1.989/2012 of the Federal Council of Medicine. However, as the resolution emanated from a professional supervisory board, the resolution was restricted to indicate requirements to be observed for medical intervention, omitting parent's role in the process, or even on his rights as part of parental leverage. For this reason, uproar as the disagreement between the parent and the pregnant woman regarding maintenance or interruption of pregnancy arises and lacks of legal settlement, even by using teleological interpretation of the rules on parental authority, considering the lack of specific legislation. This is precisely the case in which the provisions of the Civil Code should be interpreted together with the general principles of law and fundamental rights, to conclude that the parenting leverage's reason to be is training, education and guidance of children, whose concept does not include the anencephalic fetus, by its extrauterine infeasibility. In summary, using the deductive and historical methods, research systematized treatment directed to the termination of pregnancy for anencephaly, differentiating the abortion of viable fetus and

emphasizing the issue of whether or not the consent of the parent for therapeutic termination of pregnancy, to contribute to identify elements of integration of regulatory gaps. And, in conclusion, found that the absence of parental leverage over the anencephalic fetus, a woman's decision prevails regarding maintenance or interruption of pregnancy, secondary and legally irrelevant paternal discrepancy accordingly.

Key-words: Therapeutic pregnancy termination. Anencephaly. ADPF 54. Resolution nº. 1.989/2012. Parental leverage.

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
ABSTRACT.....	07
1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ABORTO E INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO.....	15
2.1. CONCEITO.....	15
2.2. DISCIPLINAMENTO ATRAVÉS DOS TEMPOS.....	17
2.3. DIREITO COMPARADO.....	20
3. ANOMALIAS FETAIS COMPATÍVEIS E INCOMPATÍVEIS COM A VIDA.....	23
3.1. ASPECTOS HISTÓRICOS.....	23
3.2. DISTINÇÃO ENTRE FETO MALFORMADO E INVIÁVEL: CONSIDERAÇÕES BIOLÓGICAS E CONCEITO DE VIDA.....	25
3.3. INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO COMO PROCEDIMENTO TERAPÊUTICO: UTILIZAÇÃO INAPROPRIADA DA EXPRESSÃO “ABORTO EUGÊNICO OU EUGENÉSICO.....	28
3.3.1. Considerações de Ordem Médica.....	32
3.3.2. Reflexos na Moral Religiosa.....	34
3.3.3. Visão Ética.....	36
4. DIREITO, PODER JUDICIÁRIO E A INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO NO BRASIL.....	41
4.1. ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: DO CÓDIGO IMPERIAL A CONJUNTURA ATUAL.....	41
4.2. ADPF Nº 54: POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E DOS DIREITOS HUMANOS.....	47
4.3. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.989, DE 14 DE MAIO DE 2012: Interrupção da gestação do feto anencéfalo como decisão exclusiva da gestante e o papel do genitor na escolha pelo procedimento médico frente ao poder parental.....	53
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS.....	62

1. Introdução

A pesquisa proposta tem a pretensão de abordar o tratamento jurídico, ético, moral e religioso direcionado à interrupção da gestação por *Anencefalia* (malformação fetal incompatível com a vida extrauterina), diferenciando-a do aborto de feto viável e enfatizando a problemática da necessidade ou não do consentimento do genitor para a antecipação terapêutica do parto.

Dos primórdios da Humanidade até a primeira metade do século XX (com a eclosão dos grandes movimentos sociais revolucionários), a banalização do mal e a constatação, sobretudo após as experiências do fascismo e do nazismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie, levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista, também identificada como pós-positivismo. Nesse novo paradigma, dá-se a reaproximação entre o Direito e a Ética, resgatam-se os valores civilizatórios, reconhece-se normatividade aos princípios e cultivam-se as garantias fundamentais, dentre as quais o direito à vida, inserido na grande maioria das Cartas Constitucionais.

Passa, então, o Direito Positivo a amparar com maior precisão a vida humana, assim considerada desde a concepção. Com a formação do ovo, depois embrião e feto, inicia-se a tutela, a proteção e as sanções da norma penal, pois daí em diante se reconhece um novo ser, uma expectativa de personalidade a qual não poderia ser ignorada pela lei.

Nesse contexto, várias são as concepções de vida, do momento exato de seu surgimento e extinção, amparadas nas explicações da Biologia e da Religião, moldadas sobre os mais altos valores da sociedade.

Já nas mais remotas épocas, quando as Ciências Humanas, Naturais e Exatas ainda “engatinhavam”, questões sobre a vida e a morte são temas de polêmica e discussão, colocando em lados opostos filósofos, cientistas, curiosos.

O ser humano, durante toda sua existência, procura meios de obter respostas às inúmeras perguntas que o cercam. No mais das vezes, o faz através de abstrações religiosas, ainda que ciente da quantidade de interferências morais resultantes de séculos de ensinamentos e doutrinação, baseados única e exclusivamente na fé.

Teólogos de um modo geral consideram as religiões como mensagens de salvação. Todas oferecem caminhos que buscam alcançar a felicidade duradoura,

constante, eterna, a liberação de todo sofrimento, culpa e morte. Pautam-se no conhecido **princípio da não maleficência**, porquanto consideram a vida como sagrada, inviolável, intangível – um dom de Deus (esse último com exceção do budismo). Existe, pois, uma preocupação pela afirmação e preservação da mesma, negando-se, no seu percurso, tudo que de mal possa atingi-la.

Nos dias de hoje, com a moderna tecnociência que emerge e se desenvolve, exsurge o desafio de manter a fidelidade ao direito natural à vida, sem deixar de lado a busca por novas técnicas capazes de proteger e viabilizar a existência humana, através da medicina dos transplantes de órgãos e células, bem como de outras formas alternativas, capazes de preservá-la e prolonga-la dentro de padrões dignos.

As recentes inovações científicas nos permitem seu acompanhamento já na fase embrionária, desde a concepção até o nascimento, compreendendo um monitoramento do desenvolvimento, da formação fetal e detecção de possíveis anomalias, sejam elas reversíveis ou irreversíveis, as quais poderão colocar em risco a vida da gestante e do próprio feto.

Imagine-se, então, um mal precoce e incorrigível, diagnosticado ainda no período intrauterino, que torne nulas as possibilidades de sobrevivência fetal pós-parto. É o caso da anencefalia.

Muitas mulheres a enfrentam, prosseguindo em uma gravidez tumultuada, orientada pelo desenvolvimento de um preparo físico e emocional de conceber filhos que, inexoravelmente, morrerão de forma prematura. Outras optam pela interrupção da gestação, entendendo que estão realizando o melhor para seus filhos, para elas mesmas e para suas famílias.

Tais questões, consideradas em uma perspectiva global, envolvem debates que se prolongam há muitos e muitos anos, defendendo-se posicionamentos dos mais variados, de acordo com o plexo axiológico de cada sujeito participativo.

Aborto criminoso ou antecipação terapêutica do parto? Estas são expressões que revelam as duas grandes correntes de entendimento que dialeticamente atravessam o tema central do trabalho em construção, a serem tratadas com particular interesse nos próximos momentos.

Sob a lente da Medicina Legal, existem diversas definições de aborto. São elas classificadas em espontâneos e provocados. O espontâneo é classificado

como natural, resultante de estado patológico e psicológico que pode acometer o feto ou a mãe. Já o provocado é mais complexo, aquele que gera todo tipo de controvérsias, podendo ser legal ou ilegal.

Na ótica da religião, em especial a católica, a prática da conduta não é aceita em nenhuma situação, sendo o Código de Direito Canônico bastante claro ao dizer, em síntese, que quem procurar o aborto, incluindo cúmplices, será automaticamente excomungado. Nos dogmas católicos, o dom da vida é de origem divina e apenas essa esfera sobrenatural pode alterar o rumo dos destinos sagrados, não cabendo a mortais imperfeitos qualquer intervenção.

Nesse sentido, podemos citar o caso do arcebispo do Paraná, que ameaçou de excomunhão todos os envolvidos em uma autorização judicial para um pedido de aborto, feito por um casal de Maringá, que constatara estar o feto com anencefalia (ausência de cérebro). Tal medida foi concedida em dezembro de 1996 pelo juiz local, que sentenciou baseado em sua consciência e no interesse social. Houve muita polêmica sobre o caso, sendo o arcebispo considerado um ultraconservador¹.

Já seguimentos mais progressistas da Igreja reconhecem a legitimação dos chamados aborto terapêutico e aborto indireto. O primeiro se verifica quando é realizado em um feto condenado a morrer e, quando não o fazendo, pode acarretar também a morte da mãe. É uma situação em que se produz um mal para fazer um bem, ou seja, a morte do feto levará a salvação da vida materna. Já o aborto indireto seria o caso de uma extirpação de trompas, atingidas por um câncer, interrompendo-se juntamente a gestação.

Quanto à nossa legislação, observamos que o Código Penal Brasileiro, em vigor desde 1940, traz, em seu bojo, posições relativas ao aborto, seja ele necessário (artigo 128) ou nos casos específicos de gravidez oriunda de estupro (artigo 213). No que tange à Constituição Federal de 1988, apresenta, em seu artigo 5º e incisos, a abordagem da dignidade e direitos relativos à pessoa humana.

Por conclusão, nem a legislação infraconstitucional nem a Carta Magna mencionam explicitamente em seus dispositivos outras possibilidades para a conduta, a exemplo daquele que nos propomos a analisar, qual seja: o aborto dos fetos inviáveis por anomalias incompatíveis com a vida.

¹ COELHO, Jaime Luiz. Aborto Concedido. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 dez. 1996.

Na seara jurídica, mais recentemente a celeuma foi minimizada com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental(ADPF) nº 54, de 17 de junho de 2004, pela qual o Supremo Tribunal Federal(STF) declarou inconstitucional a interpretação que tipifica penalmente como aborto a interrupção da gestão de feto anencéfalo (artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal).

Entretanto, o permissivo estabelecido pela Corte para essa antecipação terapêutica do parto não foi suficiente para eliminar a insegurança jurídica vivenciada pelos profissionais de saúde, operadores do direito e mesmo as partes envolvidas no processo, aqui entendidas como gestante, genitor e família.

Isso porque, a regulamentação da interrupção da gestação por anencefalia não se deu por lei formal, como era esperado, mas sim por resolução do Conselho Federal de Medicina(CFM), no ano de 2012.

E aí reside a problemática objeto desta pesquisa.

A Resolução CFM nº 1.989, de 14 de maio de 2012, por emanar de um órgão de regulamentação e fiscalização do exercício profissional, restringiu-se a indicar os requisitos técnicos a serem observados para a intervenção médica, omitindo-se sobre o papel do genitor no processo, ou mesmo sobre os direitos a ele eventualmente atribuídos como parte do poder parental.

Assim, considerando a problemática apresentada e as nuances que a compõem, cujos reflexos afetam profundamente a vida moral, social e jurídica não só da gestante, mas, também, da unidade familiar na qual está inserida, torna-se necessário eliminar a insegurança jurídica ainda existente quanto ao papel do genitor na interrupção da gestação por anencefalia e a existência de poder parental relativamente ao anencéfalo.

Os operadores do direito, aí inseridos os membros do Ministério Público *custus legis*, magistrados e advogados, especialmente o público, bem como os profissionais de saúde envolvidos, precisam dispor de parâmetros objetivos para atuar nas demandas que envolvam a antecipação terapêutica do parto, aptos a embasar condutas e, ao mesmo tempo, afastar possíveis lesões a direitos constitucionais.

Como exemplo, pode-se citar a intervenção médica antecipatória do parto de anencéfalo realizada sem a manifestação do consentimento pelo genitor, que posteriormente alega ofensa aos direitos decorrentes do poder parental.

Há direitos parentais sobre feto sem viabilidade extrauterina?

Essa questão, polêmica por sua própria essência, carece de debate, daí porque a pesquisa científica ora proposta contribuição para o meio jurídico e social no qual se insere, sistematizando de forma metodológica o tratamento dispensado à matéria e identificando os elementos de integração das lacunas normativas existentes.

Para tanto, desenvolver-se-á uma associação dos métodos dedutivo e histórico², voltada ao levantamento e sistematização do tratamento endereçado ao longo do tempo à interrupção da gestação por anencefalia, com identificação dos vários aspectos éticos, morais, religiosos e jurídicos que atravessam a discussão, bem como a problemática do consentimento do genitor para a antecipação terapêutica do parto.

O tipo da pesquisa será qualitativa, com análise bibliográfica e documental detalhada da doutrina existente sobre direitos fundamentais, direitos reprodutivos e sexuais da mulher, aspectos morais, éticos e religiosos da interrupção da gestação por malformação fetal incompatível com a vida, bem como o papel do genitor nesse processo, frente ao poder parental.

Igualmente, serão levantadas a normatização e jurisprudência relacionadas à temática, com abordagem especial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, julgada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2012.

² LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade, **Fundamentos da metodologia científica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 88-89.

2. Aborto e interrupção da gestação

O conflito relativo à interrupção da gestação e o momento em que a vida começa vem sendo objeto de acalorados debates e discussões ferrenhas desde o início dos tempos, com opiniões das mais conservadoras às absolutamente liberais, e aspectos tanto extremistas quanto apaixonados.

Fazendo-se uma digressão histórica, o homem em meio social tratou a questão com olhares diversos, perpassando desde uma concepção patriarcal da entidade familiar e, por conseguinte, da prole, até a que vem ganhando espaço nos dias atuais, caracterizada pela busca do autoconhecimento e autonomia feminina, em um contexto de liberdade e igualdade dos sexos.

2.1. conceito

Em suas origens etimológicas, aborto ou *ab-ortus* significa “privação do nascimento”, ação ou efeito de interromper, dolosamente, a gravidez, com ou sem expulsão do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), denominado pela Medicina Legal de produto da concepção.

Doutrinariamente falando, a definição clássica é a de Tardieu³, que entende tal prática como “a expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente de todas as circunstâncias de idade, viabilidade e mesmo de formação regular”.

Essa acepção, entretanto, se mostra falha, uma vez que somente situa dentro do tipo as hipóteses de expulsão do ovo, feto ou embrião, excluindo a possível verificação de mola hidaltiforme – produto da gravidez ocorrida fora do útero, nas trompas de falópio – ou da morte sem expulsão, porquanto pode haver reabsorção pelo organismo feminino.

Outra definição não menos conhecida e mencionada é a de Carrara, posteriormente alterada por Caparelli⁴, que não deixa de atender aos imperativos da lei: “aborto criminoso é a morte dolosa do ovo no álveo materno, com ou sem expulsão, ou a sua expulsão violenta seguida de morte”.

³ TARDIEU. Citado por FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001, p. 243.

⁴ CAPARELLI. Citado por FRANÇA. Op. Cit. p. 244.

Verifica-se, assim, uma relativa ampliação do campo de abrangência conceitual, sem, contudo, satisfazer por completo às necessidades jurídico-biológicas que se modificavam gradativamente, ensejando posterior reformulação no sentido de detalhar a essência da conduta.

De certo os conceitos inicialmente apresentados foram alvos de críticas *a posteriori*, seja por não resguardarem todos os aspectos determinantes do tipo, seja por excluir do seu âmbito de alcance às gestações anômalas ou, ainda, por utilizarem terminologias em desacordo com o vocabulário da Medicina e Obstetrícia.

Novas significações surgiram, influenciadas pelos avanços tecnológicos que a Ciência alcançou nas últimas décadas, conforme se pode inferir adiante.

No dizer de Mehmeri⁵, “aborto é a expulsão violenta, dolosa e prematura do feto do útero materno, de que resulte sua morte, ou seja, a interrupção de seu curso fisiológico no útero materno, causando-lhe a morte”.

Gomes⁶, numa abordagem com indícios de classificação (aborto lícito e ilícito), define como criminosa a interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não a expulsão, “qualquer que seja seu período evolutivo - da concepção até momentos antes do parto”.

Já para Mirabete⁷,

aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Tal definição enfatiza os elementos essenciais do aborto, apontado, subsidiariamente, os acidentais e suas respectivas implicações. Menciona, ainda, a indiferença em relação ao destino do produto – seja ele expulso, mumificado ou reabsorvido organicamente.

É de se observar, portanto, que houve um aperfeiçoamento conceitual gradativo, resultante de notória evolução dos recursos médicos e biológicos – em especial das pesquisas relacionadas à Genética – a fim de especificar de forma

⁵ MEHMERI, Adilson. **Noções Básicas de Direito Penal: Curso completo**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.427.

⁶ GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, p. 405.

⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 2003, p. 93.

satisfatória as particularidades constantes do que atualmente encontra-se nas grandes mesas de discussão dos Estados/Nações.

2.2. Disciplinamento através dos tempos

A vida, como bem jurídico protegido desde os primórdios do Direito Natural até os dias atuais, teve no aborto perspectivas diversas, de acordo com o contexto histórico e social em que esteve inserida e na *mens legislatoris* que a exprimiu nos Diplomas Ordinários e Cartas Constitucionais.

O Código de Hamurabi (2235 – 2242 a.C.), por exemplo, situado como um dos primeiros registros de codificação da História e fruto do esforço dos Antigos Povos Babilônicos para unificar a aplicação do Direito, sistematizando a administração da Justiça através da estimação de condutas, em seu teor eminentemente casuísta, já trazia referência à intervenção na gestação:

Art. 209 – Se alguém bate numa mulher livre e faz abortar, pagará pelo feto 10 sicles de prata.

Art. 210 – Se esta mulher morre, matar-se-á o filho do agressor.

Art. 211 – Se é uma mulher nobre, que, em consequência das pancadas, aborto, ele pagará 5 sicles de prata.

Art. 212 – Se esta mulher morre, pagará meia mina de prata.

Art. 213 – Se ele bate numa serva e a faz abortar, pagará 2 sicles de prata⁸.

No que diz respeito ao povo assírio, em sua organização social, punia a grávida que praticava o aborto com a empalação e ainda a privavam da sepultura, configurando uma espécie de sanção moral e espiritual de extrema gravidade, considerados os valores religiosos da Antiguidade.

O Código Persa, de modo inovador, enfatizava uma conceituação praticamente perfeita de co-autoria, considerando igualmente responsáveis pela prática do ato autor e cúmplices, como se verifica nas legislações mais modernas.

Eis o texto:

Art. 40 – Se um homem conhece uma mulher, sob poder ou não, casada ou não, e a faz mãe;

Art. 41 – Se ela declara que a criança é desse homem;

Art. 42 – Se este lhe diz: manda ir e consulta uma velha;

Art. 43 – Se esta mulher manda consultar e procura uma velha;

Art. 44 – Se esta velha traz venenos ou remédios próprios para matar o germe ou o expulsar, ou plantas capazes de fazer abortar;

Art. 45 – E se disser à mulher: desembaraça-te dessa criança;

⁸ FRANÇA. Op. Cit. p. 244.

Art. 46 – E se a mulher se desembaraça da criança;

Art. 47 – O homem, a mulher e a velha são igualmente culpados por esse crime⁹.

Entre os Hebreus, a interrupção da gravidez foi considerada ilícita somente depois da Lei Mosaica. *“Em casos de dois indivíduos em luta ferirem uma mulher grávida, serão multados no que exigir o marido ou determinarem os juízes. Caso se verifique a morte, então se dará vida por vida”*¹⁰.

Pelo que se pode perceber, o aborto era punido apenas por violência, mesmo quando o resultado fosse obtido involuntariamente.

Quanto aos gregos, Sólon e Licurgo eram contrários ao aborto, enquanto Platão defendia que a prática deveria ser obrigatória por motivos eugênicos, para as mulheres com mais de quarenta anos e para preservar a pureza dos guerreiros. Em sua República, declara que estabeleceria

uma medicina e uma jurisprudência que se limitem ao cuidado dos que receberam da natureza corpo são e alma famosa; e pelo que toca aos que receberam corpo mal organizado, deixa-os morrer e que sejam castigados com pena de morte os de alma incorrigível¹¹.

Aristóteles, por sua vez, o defendia para limitar os nascimentos e manter estáveis as populações das cidades gregas – isso se ainda não existisse “sopro de vida”.

Sócrates aconselhava as parteiras, por sinal profissão de sua mãe, a facilitar o aborto às mulheres que assim optassem, acentuando um caráter de liberalidade e escolha.

Já Hipócrates, em seu juramento, assumiu o compromisso de não aplicar pressário em mulheres para provocar aborto.

Em Roma o aborto constituía um exercício comum, embora interpretado sob diferentes óticas, a depender da época referenciada.

Nos primeiros períodos da República, quando a natalidade era alta, praticava-se livremente, considerando-se o filho intra-uterino como parte integrante da mulher, que podia, dessa maneira, dele dispor absolutamente. Com o declínio dessa taxa, a partir do Império de Septimus Severo, a legislação se tornou extremamente rigorosa, passando-se a punir com a pena de morte os casos em que

⁹ Ibidem. p. 244.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 75.

se praticava o aborto com o intuito lucrativo, caracterizado como delito contra a segurança do Estado.

Somente com o advento do Cristianismo surgiu, de forma incisiva e mais uniforme, a não-aceitação do aborto.

No início da Idade Média, teólogos como Santo Agostinho, Teodósio e Tertuliano tinham concepções opostas sobre o aborto. O primeiro, exponencial da Igreja Católica, considerava a ocorrência do crime quando havia “sopro de vida”, tempo esse que, segundo Paul Brouardel, era de 40 a 90 dias a partir da data da concepção. Já São Basílio defendia que o aborto era possível em qualquer época, não importando o tempo de gravidez¹².

O Concílio de Elvira punia com a privação dos sacramentos da Igreja quem praticasse o aborto. No Concílio de Ancyra, estabeleceu-se um prazo de 10 anos, e o Concílio de Constantinopla chegou a incluir esse crime entre aqueles julgados com a pena de morte.

Carlos V, em 1559, ao publicar as Leis Carolinas, instituiu a pena de morte pela espada àqueles que fizessem uma mulher abortar, e a morte por afogamento à mulher que o praticasse, desde que o feto fosse animado (concepção semelhante ao “sopro de vida” apresentada por Platão e Aristóteles).

Alguns acontecimentos históricos no início deste século ocasionaram certas modificações importantes nas legislações que regiam a questão do aborto e são explicitadoras dessas diferentes ordens de motivos que fundamentam concepções e políticas a respeito.

Na União Soviética, com o advento da Revolução de 1917, o aborto deixou de ser considerado crime, tornando-se um direito da mulher a partir de decreto de 1920. Processo inverso aconteceu em alguns países da Europa Ocidental, sobretudo aqueles que sofreram grandes baixas durante a Primeira Guerra Mundial, que optaram por uma política natalista, com o endurecimento na legislação proibitiva do aborto. Como exemplo, podemos citar a França, que introduziu uma lei particularmente severa no que diz respeito não só à questão do aborto, mas também aos métodos anticoncepcionais.

Com a ascensão do nazifascismo, as leis antiabortivas tornaram-se igualmente austeras nos países em que ele se instalou, com o lema de se criarem “filhos para a pátria”. O aborto passou a ser punido com a pena de morte, tornando-

¹² FRANÇA. Op. Cit. p. 244.

se crime contra a nação, a exemplo do que ocorreu em certo momento no Império Romano. O Código Penal russo, de 1926, dava a entender que o aborto consentido não se constituía numa antijuridicidade, desde que praticado por pessoas habilitadas e em condições higiênicas (artigo 140). Em 1936, uma lei revogava aquele dispositivo, tomando uma posição mais drástica.

Somente, a partir de novembro de 1955, restabeleceu-se na Rússia o direito ao aborto, principalmente atendendo ao caráter econômico-financeiro das populações.

Na Alemanha hitlerista, entre outras práticas extremamente reprováveis, criou-se o que parte da doutrina denomina de “aborto eugênico”, na tentativa de se chegar, através da manipulação, a uma raça superior, livre das anomalias e malformações graves. O aborto era recomendado em casos de epilepsia, de idiotia, demência precoce e de psicopatias diversas.

Na Suécia, Inglaterra, Dinamarca, Noruega, entre outros, criaram-se os abortários oficiais, e o aborto crescia assustadoramente, começando a preocupar os legisladores do mundo inteiro.

Após a Segunda Guerra Mundial, as leis continuaram bastante restritivas, assim permanecendo até a década de 60, com exceção dos países socialistas, escandinavos e do Japão (que apresenta lei favorável ao aborto desde 1948, ainda na época da ocupação americana).

A partir dos anos 60, em virtude da evolução dos costumes sexuais, da nova posição da mulher na sociedade moderna e de outros interesses de ordem político-econômica, a tendência foi para uma crescente liberalização. Isto se acentuou na década de 70, de modo que em 1976, 2/3 da população mundial já viviam em países que apresentaram as leis mais liberais – sendo mais da metade delas aprovada nesta última década.

Contudo, há também casos de países que voltaram às leis anteriores, ou seja, mais restritivas, conforme aconteceu com a Romênia, Bulgária e Hungria (razões de ordem demográfica) e com Israel (motivos político-religiosos).

2.3. Direito Comparado

No que diz respeito à interrupção da gestação no direito comparado, verifica-se que alguns países consideram lícito interromper a gravidez em função do

tempo de gestação e de recomendações médicas, psicológicas, sociais ou econômicas. Podem chegar a ser totalmente liberais, como no caso dos Estados Unidos e da Holanda, onde o entendimento é em favor do direito de liberdade e opção da mulher, os quais encontram-se estampados em suas Constituições¹³.

Algumas legislações preferem adotar a nomenclatura de Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) em vez de aborto, pois esta última vem sendo estigmatizada por um sentimento de reprovação moral e religiosa.

Na Alemanha, o Código Penal, na seção dos crimes e delitos contra a vida, disciplina o autoaborto, o aborto provocado com ou sem o consentimento da gestante e o anúncio de produtos e práticas abortivas. O aborto terapêutico é consentido desde que realizado até o 3º mês de gravidez¹⁴. Após decisão da mãe e do médico, a gestante é submetida a um acompanhamento psicológico, devendo a interrupção da gestação ocorrer num prazo mínimo de três dias após esse aconselhamento. Quando motivada por malformação do feto, a interrupção da gestação poderá ser feita nas primeiras 22 semanas. Se for em razão de dano à saúde da mãe não está condicionada a nenhum prazo, contando com a gratuidade por parte do Estado¹⁵.

De modo semelhante acontece na Espanha, quanto ao prazo limite de 22 semanas. Todavia, a interrupção deverá ser feita por médico distinto daquele que diagnosticou a anomalia e mediante apreciação por mais dois médicos especialistas.

Já na França a interrupção poderá ser feita em até seis meses de gestação. Se a gestante for menor de 18 anos, é preciso o consentimento dos pais. Quando se tratar de malformação fetal e risco de saúde ou vida da mulher, se faz necessário um certificado médico, reconhecido por um tribunal administrativo. O Estado custeia 80% das despesas hospitalares¹⁶.

Na Itália, há a necessidade de certificado médico e de consentimento dos pais para menores de 18 anos, suprível judicialmente, além de acompanhamento psicológico. A lei estabelece que as interrupções por motivos sociais e econômicos deverão ocorrer nos primeiros 90 dias de gestação. Para os demais casos de malformação fetal ou de risco de vida da gestante, a interrupção poderá ocorrer fora desse prazo.

¹³ TESSARO. Op. Cit. p. 43.

¹⁴ PARREIRA, Palova Armires. Aborto: Uma Visão Ético-Jurídica. **Caderno Bioética**, Belo Horizonte, n. 2, p. 60, dez. 1993.

¹⁵ TESSARO. Op.cit., p. 44.

¹⁶ Ibidem. p. 44.

Em Portugal, após reforma no Código Penal de 1997, o prazo para interromper a gestação devido à malformação ou padecimento de grave doença por parte do feto foi alterado para o limite de 24 semanas. Quando se tratar de preservação da vida ou da saúde física ou psíquica da mãe deverá proceder-se à interrupção nas primeiras 12 semanas¹⁷.

A Grã-Bretanha a interrupção da gestação deve ser precedida pelo consentimento de dois médicos e da autorização dos pais, se a gestante for menor de 16 anos. Deverá ocorrer em 28 semanas. Quando realizada em hospital da rede pública de saúde, não haverá custo para a paciente.

No que diz respeito à Grécia, quando o procedimento for indicado por razões médico-psicológicas, deverá ser executado nas primeiras 20 semanas. Se motivado por malformação fetal, nas primeiras 24 semanas. Exige-se, ainda, o consentimento dos pais se a mãe for menor.

Como se nota, esses e muitos outros países adotam procedimentos semelhantes, diferenciando-se apenas na maneira da execução da interrupção em função do tempo e da gravidade da situação.

Isso não significa que tais Estados, ao legalizarem a conduta, em especial no que diz respeito aos fetos portadores de anomalias incompatíveis com a vida, estejam sendo coniventes com o extermínio de fetos, como apregoam certos movimentos radicais antiabortionistas. Pelo contrário, o que se objetiva com o permissivo é garantir às gestantes o direito à vida digna, à saúde, integridade física e moral.

¹⁷ Ibidem. p. 45.

3. Anomalias fetais compatíveis e incompatíveis com a vida

No que diz respeito às anomalias fetais compatíveis e incompatíveis com a vida, o tratamento dispensado pelos grupos sociais no tempo e no espaço mostra-se bastante divergente, dependendo do objeto de proteção e interesse dominante. Senão vejamos.

3.1. Aspectos históricos

Em contrário do que se verifica em relação ao aborto *lato sensu*, ou seja, sem distinguir fetos tidos como “normais” dos inviáveis, a política diferenciada relacionada aos recém-nascidos portadores de anomalias advém de milênios com adoção das atitudes mais diversas logo após o nascimento, tendo em vista que, na época, não era possível a detecção de irregularidades genéticas ou cromossômicas no período pré-natal.

Os Brâmanes, casta sacerdotal e intelectual do povo Hindu, tinham o costume de matar ou abandonar na selva as crianças que, dois meses depois de nascidas, lhes pareciam de má índole¹⁸.

Já o Código de Manu, elaborado pelas civilizações mesopotâmicas primitivas de forma contemporânea ao Código de Hamurabi e ao Pentateuco, proibia o casamento entre indivíduos de famílias doentes ou daqueles que possuíssem quaisquer enfermidades mentais.

Na antiga Grécia, os nascidos não desejados eram levados para o alto de alguma montanha e ali abandonados. Na opinião de Platão e Aristóteles, a morte dos bebês “deformados” deveria ser imposta pelo Estado. Licurgo e Sólon compartilhavam do mesmo entendimento. Segundo Nelson Hungria, acreditavam que era melhor pôr fim a uma vida que começaria inauspiciosamente do que tentar prolongá-la, com todos os problemas que ela poderia acarretar¹⁹.

Em Esparta, face ao espírito bélico característico de seu povo, onde o interesse da coletividade se sobrepunha a qualquer laço familiar, os aparentemente fracos eram eliminados por não poderem servir ao Estado, principalmente nas guerras. Dessa forma, por serem considerados imprestáveis à comunidade, era

¹⁸ MARCÃO, Renato Flávio. O aborto no Anteprojeto do Código Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2961>. Acesso em 26 mar. 2014, 16:00.

¹⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 233.

prática comum e, de certo modo, obrigatória a precipitação de recém-nascidos mal formados do Monte Tajeito²⁰.

Na Antiga Roma, os nascidos com aparência pouco humana eram atirados de penhascos sob o pretexto de não serem pessoas²¹.

Essa mesma medida foi, inclusive, adotada por outras culturas, a exemplo do Brasil, onde os índios não só matavam as crianças recém-nascidas com sinais de doença ou defeito físico, mas também os gêmeos, os ilegítimos e os adultos portadores de moléstias incuráveis.

Somente com o advento do Cristianismo as práticas relacionadas aos recém-nascidos malformados foram desaparecendo, sendo substituídas por um sentimento de sacralidade e intangibilidade da vida, da qual somente Deus poderia dispor.

De início, Santo Agostinho, apoiado na doutrina de Aristóteles, pregava que o aborto só era crime quando o feto já tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer quarenta ou oitenta dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou de mulher, respectivamente²².

Mais tarde a Igreja Católica aboliu a distinção e passou a condena-lo severamente, passando a ser aplicada a pena de morte (pela espada, afogamento, fogueira) tanto à mulher quanto ao partícipe. A questão principal para o Direito Canônico era a perda da alma do feto, que ficava sem batismo e, conseqüentemente, vagando infinitamente pelo mundo²³.

Consolidou-se, a partir desse momento, o entendimento de que a vida se iniciava no momento da concepção, e que não havia distinção entre um feto (portador ou não de anomalias) e um ser já nascido. A vida a ser tutelada era a mesma, merecendo, portanto, o mesmo tratamento.

No entanto, ainda neste século, qualquer palavra relacionada à eugenesia tornou-se um tabu, sendo instantaneamente associada com as práticas nazistas de Adolf Hitler.

Na Alemanha, durante o período nacional-socialista, introduziu-se, em nome da saúde do povo, a Lei nº 14.04.33, com medidas de caráter eugênico, que

²⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência, Linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 43.

²¹ MATIELO, Fabrício Zamproga. **Aborto e Direito Penal**. Porto Alegre: Sagra – DC Luzatto Editores, 1994, p. 62.

²² HUNGRIA. Op. cit. p. 263.

²³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial**. v. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1958, p. 48.

consistiam na esterilização, interrupção da gravidez e extirpação das glândulas sexuais e tinham como justificativa a preservação da pureza da raça ariana²⁴.

Como se nota, o conceito de eugenia foi estigmatizado, pois, em nome de uma indicação eugênica, cometeram-se incontáveis atrocidades contra seres humanos que não se enquadravam nos ditos “padrões saudáveis”, fixados por aquele regime totalitário.

Até meados do século passado o tratamento dispensado aos nascidos com alguma deformidade física ou mental coincidia com a morte por abandono, não se falando na interrupção de gestação em decorrência de anomalia fetal porque não se possuía tecnologia para diagnosticá-la ainda no ventre materno (intra-útero). Tais práticas somente foram possíveis a partir de 1950, com o desenvolvimento das técnicas de diagnóstico pré-natal.

3.2. Distinção entre feto malformado e inviável: considerações biológicas e conceito de vida

Mesmo com tantos elementos fornecidos pelas ciências humanas e naturais, frutos de anos de pesquisas e experiências, ainda é extremamente complexo definir o que é vida, uma vez que ela está em constante movimento, acontecendo a todo instante diante dos nossos olhos.

Indaga Mota a respeito da vida:

Como explicar esse equilíbrio universal intenso, animal e vegetal, que se processa a cada momento, veemente, num movimento dúbio que a um só tempo é uno e, por incrível, tão independente? Como elucidar o irresistível e enigmático segredo que extravasa de uma única célula feminina na conquista de milhões de espermatozóides ou ainda depreender o resfolegar estranho que permanece adormecido por milênios e desperta ao toque do cientista em busca de aventura?

Sem querer nem poder atingir a impérvia essência da criação, ou desvendar as verdades biológica, sociológica e psicológica do indivíduo, entende-se a vida como o agrupado de todos esses mistérios revelados através da energia mantida pela ação dos elementos naturais e alterados, iminentemente, pela intercessão da cultura.

A vida se ampara na cumplicidade entre homem e mundo, que os torna inseparáveis e necessários um ao outro. Vertente dos outros bens jurídicos é, pela sua essência - independente de qualquer avanço biotecnológico - única e irreplicável. Por isso, exige o respeito absoluto de não ser tratada como simples meio, mas como fim²⁵.

²⁴ TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**: descriminalização e avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá, 2002, p. 24.

²⁵ MOTA, Sílvia Maria Leite Mota. **Da Bioética Ao Biodireito**: A Tutela da Vida no Âmbito do Direito Civil. 1999. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil)- Universidade do Estado do Rio de Janeiro,

A vida humana, ponto crucial desse trabalho monográfico, é a que se mantém *per se* e desenvolve atividades orgânicas, como o metabolismo, o crescimento, reações a estímulos, adaptações ao meio e reprodução com condições autônomas de sobrevivência.

Trata-se de um direito indiscutivelmente protegido pelo nosso ordenamento jurídico, em que se ressalta e resguarda sua inviolabilidade, estendida desde a concepção até a morte.

Tecidas essas considerações, podemos afirmar que, na hermenêutica da legislação penal vigente, interromper uma gestação é, sem sombra de dúvida, ocasionar um aborto. Se o feto é portador de anomalia incompatível com a vida, tem-se o aborto seletivo, que não se confunde com o chamado aborto eugenésico proclamado pelo Nazismo com vistas à melhoria da linhagem humana.

Ocorre que, com os avanços tecnológicos das últimas décadas na Ciência Médica levando a um conhecimento mais amplo da vida intrauterina, tornou-se possível e cada vez mais frequente o diagnóstico de anormalidades no desenvolvimento do feto enquanto a gravidez ainda está em curso. Entre os procedimentos acrescentados à obstetrícia no intuito de conhecê-lo melhor, ou seja, enquanto ainda está se desenvolvendo, destaca-se a ultrassonografia morfológica, tangível graças à precisão de aparelhos mais modernos que permitem ao médico um exame detalhado do mundo intrauterino. Também foram significativos os avanços na técnica citológica e de rastreamento cromossômico de células fetais.

Todavia, mesmo com esse contexto favorável ao acompanhamento pré natal, permanece polêmica a abordagem da interrupção gestacional quando identificadas anomalias fetais incompatíveis com a vida, diferença básica entre os conceitos de malformação fetal e inviabilidade vital.

Conforme restará aqui explicitado, as situações fáticas a que se referem esses conceitos são essencialmente diversas. Senão vejamos.

Anomalia fetal corresponde, em síntese, a qualquer alteração de formação de um órgão, sistema ou destruição de órgão inicialmente bem formado durante a vida pré-natal, presentes ao nascimento.

Já **malformação** é “a sequência na qual existe uma formação precária de um tecido que inicia uma série de defeitos subsequentes”²⁶. Podem ser maiores, a

Rio de Janeiro, 1999, p. 20-21. Não publicada.

²⁶ JONES, Kenneth L. **Recognizable Patherns of Human Malformation**. 5 ed. Philadelphia: Saunders, 1997, p. 02. No original: “*Malformation sequence in which there has been a single localized poor formation of tissue that initiates a chain of subsequent defects*”.

ponto de necessitar intervenção cirúrgica, incluindo-se nessa divisão as compatíveis e incompatíveis com a vida, ou menores, quando não existe a necessidade de intervenção médica.

Os fetos malformados são, portanto, aqueles em que, mesmo presentes as anomalias congênitas, existe a possibilidade de sobrevivência, margeada por certas limitações, como tratamentos clínicos e cirúrgicos que podem mitigar ou até mesmo curar os efeitos da malformação. A fenda lábio palatina é um exemplo de anomalia compatível com a vida.

Essa malformação, contudo, pode ser tão severa ou estar associada a outras anomalias que tornam o feto inviável, com prognóstico certo e irreversível de morte após o parto. São casos, por exemplo, em que um ou mais órgãos vitais não se formam (cérebro, rins, bexiga) ou apresentam defeitos de desenvolvimento (não fechamento do tubo neural, abertura de parede abdominal e algumas irregularidades cromossômicas).

Nesse sentido, consoante ressalta Ribeiro, “nisto não parece haver contradição entre o conhecimento científico e a vulgar experiência comum quando segundo ambos se estabelece que um ser sem cérebro, sem rins ou sem pulmão não pode viver, nem pouco, nem muito”²⁷.

Dentre as anomalias fetais incompatíveis com a vida de maior ocorrência verificada pela Medicina, podemos citar: displasias ósseas (nanismo tanatofórico) e anomalias no sistema urinário (ausência dos rins); anomalias cromossômicas (trissomia do cromossomo 18; trissomia do cromossomo 13), erros de fechamento do tubo neural (anencefalia; acrania), malformações múltiplas (Síndrome de Meckel Gruber, em que onde a displasia renal está associada à encefalocele; alterações decorrentes de exposição a agentes teratogênicos ou infecciosos, causando lesões múltiplas e severas), algumas anomalias gastrointestinais e erros de fechamento da parede abdominal (body-stalk)²⁸.

Por trissomia entende-se uma anomalia numérica em que existe uma cópia a mais de um determinado cromossomo²⁹.

Na trissomia do cromossomo 13, também denominada de Síndrome de Patau, há incidência de “um grupo de anomalias congênitas, provocadas pela

²⁷ RIBEIRO, Diaulas Costa. Interrupção Voluntária da Gravidez com Antecipação de Parto de Feto Inviável. **Revista do Ministério Público Federal e Territórios**, Brasília, n. 3, jan/jun. 2000, p. 83-114.

²⁸ BIANCHI. Citado por TESSARO. Op. Cit. p. 26.

²⁹ Ibidem. p. 26.

presença de uma cópia extra do cromossomo 13. Nesse caso, podem aparecer associações de lábio leporino e palato fendido, microcefalia, alteração em nariz e olhos, polidactilia, grave deficiência mental, levando a uma grave incompatibilidade no desenvolvimento pré-natal, que implica um mau prognóstico durante a gestação e pós-parto. Sua incidência varia de 1 em 2.206 para 1 em 7.602 nascimentos³⁰.

Por sua vez, a trissomia do cromossomo 18, conhecida como Síndrome de Edwards, corresponde “à anomalia cromossômica que resulta na presença de uma cópia extra do cromossomo 18”³¹. Sua incidência varia de 1 em 3.000 para 1 em 7.000 nascimentos. Caracteriza-se pelo baixo peso da criança ao nascer, face anormal com orelhas malformadas, de implantação baixa, micromagnatia (maxilar pequeno), insuficiências cardíacas, hipertonicidade, deficiência mental severa e mau prognóstico para a vida.

Como exemplos de malformações decorrentes de erros de fechamento do tubo neural que impossibilitam a vida extra-uterina temos a Anencefalia, definida como ausência dos hemisférios cerebrais e do crânio, podendo ou não ser acompanhada de espinha bífida e polidrâmio. Nesses casos não se formam as partes anterior e central do cérebro; e Acrania: corresponde “à ausência do crânio, na presença de um cérebro malformado”³².

É, deste modo, evidente a existência de distinção entre feto malformado e inviável, uma vez que o primeiro, apesar de ser portador de anomalia, detém possibilidade de se manter vivo, ao passo que no último a anomalia é incompatível com a vida extrauterina – a criança não viverá nem bem nem mal, vindo a falecer logo após o parto.

3.3. Interrupção da gestação como procedimento terapêutico: utilização inapropriada da expressão “aborto eugênico ou eugenésico”

Conforme já mencionado ao longo deste trabalho, grande parte dos doutrinadores, seguindo uma orientação do início do século XX, adotou, erroneamente, a designação “aborto eugênico ou eugenésico” para se referir à interrupção da gestação de feto inviável.

³⁰ Ibidem. p. 27.

³¹ STANSFIELD, William., KING Robert. **A Dictionary of Genetics**. 5 ed. New York: Oxford university Press, 1997. No original: “is a chromosomal abnormality that results from the presence of an extra copy of chromosome 18”.

³² PEDREIRA. Citado por ZUGAIB, Marcelo. **Medicina Fetal**. São Paulo: Atheneu, 1993, p. 267.

Essa terminologia, formulada no período da Primeira Grande Guerra Mundial, tinha por objetivo tornar legítima a realização do aborto àquelas mulheres que porventura tivessem sido vítimas de estupros cometidos por soldados de outros países e engravidado – situação bastante comum à época. O escopo era, basicamente, preservar a nação de eventuais doenças transmissíveis hereditariamente pelos “invasores”.

De acordo com as lições de Noronha, ocorre o aborto eugenésico

quando há sério 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 aquele, enfermidades psíquicas, corporais, deformidades, etc³³.

Para Stansfield e King, a apresentação conceitual de eugenia corresponde ao “melhoramento da humanidade pela alteração de sua composição genética, estimulando a raça daqueles que supostamente possuem genes desejáveis (eugenia positiva), e desestimulando a raça daqueles que possuem supostamente genes indesejáveis (eugenia negativa)”³⁴. Constata-se, pois, da própria etimologia, que a interrupção da gestação do feto portador de anomalia incompatível com a vida em nada se assemelha com a palavra explicitada.

Em verdade, “eugenia” e qualquer expressão da linguagem a ela relacionada trazem, para nós, um forte sentimento de reprovação moral, porquanto nos remete, quase que instantaneamente, às práticas nazistas de Hitler. Como bem ressalta Franco:

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 porque 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 no significado que Galton deu ao termo. (...)

Não se desconhece que inúmeras palavras, além de seu sentido puramente descritivo, têm o condão de provocar, nas pessoas que as ouvem, ou que as leem, 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

³³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v.2. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 62.

³⁴ STANSFIELD. Op. cit. p. 119. No original: “*Eugenics is the improvement of humanity by altering its genetic composition by encouraging breeding of those presumed to have desirable genes (positive eugenics), and discouraging breeding of those presumed to have undesirable genes (negative eugenics)*”.

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-socialista³⁵.

Eugenia não é, em hipótese alguma, o termo apropriado para designar a interrupção da gestação de fato inviável, nos parecendo mais acertada a diferenciação apresentada por Diniz e Almeida:

Interrupção eugênica da gestação (IEG): são os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos, etc. Comumente, sugere-se o praticado pela medicina nazista como exemplo de IEG quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras. Regra geral, a IEG processa-se contra a vontade da gestante, sendo esta obrigada a abortar.

Interrupção terapêutica da gestação (ITG): são os casos de aborto ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante.

Interrupção seletiva da gestação (ISG): são os casos de aborto ocorridos em nome de anomalias fetais, isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões fetais. Em geral, os casos que justificam as solicitações de ISG são de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, sendo o exemplo clássico a anencefalia.

Interrupção voluntária da gestação (IVG): são os casos de aborto ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, isto é, situações em que se interrompe a gestação porque a mulher ou o casal não mais deseja a gravidez, seja ela fruto de um estupro ou de uma relação consensual³⁶.

Finalizando sua exposição, destacam a principal diferença entre interrupção seletiva e eugênica, na medida em que os fins perseguidos pelas condutas das gestantes são totalmente diversos:

Além disso, o alvo das atenções é diferente nos dois casos de ISG e ITG: no primeiro, a saúde do feto é a razão do aborto; no segundo, a saúde materna. O outro motivo que nos fez diferenciar a terminologia a ser adotada é o fato de vários escritores denominarem ISG de IEG.

O termo **seletivo**, para nós, remete diretamente à prática a que se refere: é aquele feto que, devido à malformação fetal, faz com que a gestante não deseje o prosseguimento da gestação. Houve, é claro, uma seleção, só que em nome da possibilidade de vida extra-uterina ou da qualidade de vida do feto após o nascimento. Tratar, no entanto, o aborto seletivo como eugênico é nitidamente confundir as práticas. Especialmente porque a ideologia eugênica ficou conhecida por não respeitar a vontade do indivíduo. A diferença fundamental entre a prática do aborto seletivo e a do aborto eugênico é que não há obrigatoriedade de se interromper a gestação em nome de alguma ideologia de extermínio de indesejáveis., como fez a medicina nazista. A ISG ocorre por opção da paciente³⁷.

³⁵ FRANCO. Citado por TESSARO. Op. Cit. p. 48.

³⁶ DINIZ. ALMEIDA. Citado por TESSARO. Op. Cit. p. 49.

³⁷ Ibidem. p. 50.

Não obstante, aqueles que não concordam com a interrupção da gestação de fetos inviáveis utilizam a expressão “aborto eugênico” como bandeira, principalmente para sugerir que a este procedimento se assemelham as práticas discriminatórias hitleristas ocorridas no passado. O próprio Dip, em artigo publicado na Revista dos Tribunais, afirmou que “o pressuposto fundamental do aborto eugênico é o de que só tem direito a nascer e viver os sadios físicos e mentais, porque os enfermos serão infelizes e farão sofrer terceiros”³⁸.

Ora, como bem ressaltou Ribeiro, o discurso ainda impregnado de confusões e conclusões apaixonadas, que “inclusive denomina equivocadamente a IVG de feto malformado de aborto eugênico, propositadamente confunde tudo isso com a IVG de feto inviável”³⁹.

Nota-se, então, um grande contrassenso por parte dessas correntes doutrinárias, uma vez que negam todo o progresso obtido pela Medicina Fetal nos últimos anos, principalmente no tocante ao diagnóstico pré-natal, sustentando que, por meio do aborto eugênico, viabilizar-se-á uma seleção daqueles que irão (ou não) viver, de acordo com suas aptidões e/ou restrições físicas e mentais.

Todavia, a temática tratada neste trabalho de pesquisa e em tantos outros formulados nas áreas médica e jurídica não é a da eliminação de fetos malformados, os quais, mesmo possuindo limitações, tem capacidade de sobreviver. Fala-se, sim, de um procedimento terapêutico, a ser implementado no único intuito de minimizar o sofrimento da gestante, na medida em que fique comprovada a impossibilidade de vida extrauterina do filho que carrega em seu ventre.

Os próprios membros do Judiciário, notadamente juízes de primeira instância, preocupados em desvincular a eugenia do aborto por anomalia fetal incompatível com a vida, inseriram em alvarás emitidos para autorizar o procedimento textos que explicitam a distinção entre as duas hipóteses de interrupção da gestação:

Não só porque a palavra eugenia carrega uma forte carga de rejeição emocional e social, mas também porque no aborto por anomalia fetal incompatível com a vida não se procura a melhoria físico-biológica da raça, nem a criação de “super-homens”. O intuito é abreviar a angústia e o sofrimento da mãe, quando o feto não tem condições de sobreviver extrauterina, nem possibilidade de estabelecer uma vida relacional⁴⁰.

³⁸ DIP. Citado por TESSARO. Op. Cit. p. 52.

³⁹ RIBEIRO. Op. Cit. p. 95.

⁴⁰ TESSARO. Op. Cit. p. 53.

Observando-se o conceito atribuído à palavra eugenia e as colocações dos autores citados, verifica-se que é totalmente inapropriada a utilização do termo “aborto eugênico” para se referir à situação dos fetos inviáveis, pois, o que se busca com a interrupção terapêutica da gestação é tão somente minimizar a imposição de um sofrimento totalmente desnecessário à gestante, já que inafastável a certeza de morte do feto que carrega.

3.3.1. Considerações de ordem médica

Desde a década de 50, a medicina pode contar com o auxílio de novas técnicas de diagnóstico pré-natal, visando detectar, em sua fase inicial, anomalias e malformações fetais, possibilitando, inclusive, o tratamento de algumas doenças ainda no útero materno.

De acordo com Gollop, Diretor do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo, o diagnóstico pré-natal de anomalias fetais foi uma aquisição incorporada à medicina na década de 50 nos países desenvolvidos, e iniciada no Brasil no final dos anos 70. Nos últimos anos, desenvolveu-se uma nova área multidisciplinar de atuação, denominada Medicina Fetal, que incorporou às técnicas de diagnóstico as possibilidades de terapêutica intra-uterina⁴¹.

Segundo esse entendimento, percebemos que o que alguns anos atrás se resumia à ausculta dos batimentos cardíacos fetais e crescimento do ventre materno, hoje, orientado por modernos equipamentos de ultrassonografia, se traduz na mais completa avaliação de um ser humano em desenvolvimento: o feto.

Especificamente tratando dos avanços do diagnóstico médico pré-natal, Frigério explica que “se focaram, inicialmente, em aprimorar a qualidade obtida através da ultra-sonografia, permitindo uma melhor visão intra-uterina, e, conseqüentemente, proporcionando uma maior segurança nos exames invasivos de coleta e análise de material de origem fetal”⁴². Atualmente contamos com exames que permitem diagnosticar uma variedade de doenças congênitas, aberrações cromossômicas, detalhes da anomalia fetal, dentre outras.

Todavia, mesmo ante os avanços qualitativos e quantitativos referidos, o exame pré-natal pode, em muitos casos, diagnosticar uma anomalia para qual a

⁴¹ GOLLOP. Rafael Thomaz. O Descompasso entre o Avanço da Ciência e a Lei. **Revista da USP**. São Paulo, v. 24, dez/fev. 1994/95. p. 57.

⁴² FRIGÉRIO. Citado por TESSARO. Op. Cit. p. 54.

Medicina ainda não possui cura, ou que, em virtude dela, a sobrevivência fetal torna-se impossível.

Em nosso país, até meados de 2012 o diagnóstico que revelasse ser o feto portador de uma anomalia congênita incompatível com a vida não autorizava o médico a informar da possibilidade de interrupção da gestação. Apesar da comprovação científica do prognóstico *morte fetal* e dos riscos físicos e psicológicos impostos à gestante obrigada a levar a termo a gravidez, o profissional nada podia fazer para minimizar sua aflição, pois a lei penal definia – e ainda define – tal conduta como crime de aborto.

Esse posicionamento adotado pelo Código de 1940 era, inclusive, partilhado por diversas personalidades jurídicas e religiosas, as quais, utilizando-se de argumentos duvidosos, sustentam a existência de homicídio na interrupção terapêutica da gestação, como se houvesse perspectiva de vida extrauterina para o feto inviável.

Diante da intransigência da lei em proibir este tipo de procedimento, muitas gestantes se viam obrigadas a procurar abortos clandestinos, cujos resultados eram, no mais das vezes, a morbiletalidade (feto e gestante).

Ocorre que esse posicionamento conservador não apresenta base de sustentação científica, porquanto a certeza de letalidade por malformações severas como acrania e anencefalia deriva de diagnósticos pré-natais que trabalham com certezas e não probabilidades.

Nesse sentido, Gollop preleciona:

Os diagnósticos efetuados através de ultrassonografia tendem a ser tardios. Isso decorre do fato de muitos serviços padronizarem a primeira ultrassonografia de rotina no pré-natal por volta da vigésima semana. É razoável ser proposto pelo menos um exame confirmatório após a suspeita levantada em uma primeira detecção de anormalidade, o que fará a gestação encontrar-se até na 22^a -24^a semanas quando possuímos um diagnóstico seguro e comprovado por uma equipe médica.

Deve ser dito que o grau de precisão dos resultados obtidos na checagem de saúde fetal é altíssimo, desde que os exames sejam realizados por uma equipe competente e especialmente treinada. De uma maneira geral, é admitida uma margem de erro menor que 1/1.000⁶³.

(...) a imensa maioria dos diagnósticos realizados em medicina fetal é baseada em certezas e não probabilidades. A margem de erro com a qual se trabalha nessa área, contando, evidentemente, com profissionais habilitados, é mínima. Esse dado deve ser um fator de tranquilidade para as pacientes, para o legislador e para a sociedade⁴³.

⁴³ Ibidem.

Com efeito, os médicos especialistas em genética e neonatologia acreditam que não deve ser elaborado um rol taxativo, onde constem quais as doenças que autorizam a interrupção da gestação, pois existem, aproximadamente, “11.700 síndromes genéticas descritas até o momento pelos pesquisadores, e, em muitos casos, o que ocorre é uma associação de anomalias que tornam impossível a sobrevivência do feto”⁴⁴.

Note-se que o papel do médico na interrupção terapêutica da gestação jamais coincide com o de instigar a paciente a esse procedimento, mas sim de oferecer uma opção. Compete-lhe informar o significado da doença, as anomalias por ela causadas e o prognóstico. A decisão de interromper ou levar a termo a gestação cabe, única e exclusivamente, à gestante ou ao casal.

Em assim sendo, considerando-se a segurança e credibilidade de que gozam os diagnósticos pré-natais, não se vislumbra nenhum motivo para impedir que a sociedade, em resposta aos seus anseios, requeira do legislador uma norma para regulamentar estas situações não previstas, pois não seria adequado colocar na seara do aborto comum as questões relacionadas aos fetos inviáveis.

3.3.2. Reflexos na moral religiosa

Partindo do princípio de que o direito à vida é um dom recebido diretamente de Deus e que os homens são apenas seus “administradores”, existe um certo consenso entre as crenças religiosas no que diz respeito ao caráter de sacralidade da mesma. Conseqüentemente, resta proibida qualquer intervenção que objetive, total ou parcialmente, tolhê-la ou mitigá-la.

O mesmo se verifica com a interrupção da gestação, seja de fetos viáveis ou inviáveis.

Dentre as crenças institucionalmente expressivas, a Igreja Católica é a que adota posicionamento mais veemente, tendo proibido, durante muito tempo, até mesmo o aborto necessário, realizado para salvar a vida da gestante.

O próprio Pio XII, em célebre discurso proferido no Congresso das Parteias, em 1951, ratificou:

Não há nenhum homem, nenhuma autoridade humana, nenhuma ciência, nenhuma indicação médica, eugênica, social, econômica, moral, que possa exhibir ou

⁴⁴ MÉDICOS PEDEM REVISÃO DA LEI DO ABORTO. **Folha de São Paulo: São Paulo**, 02.07.00. P. C5.

conferir um título jurídico válido para dispor, diretamente e a sabendas, de uma vida humana inocente, isto é, para dispor dela com mira a sua destruição encarada quer como fim, quer como meio para alcançar um escopo que, talvez, em si mesmo, absolutamente não seja ilegítimo⁴⁵.

No mesmo sentido, o Vaticano, ao proferir, em 1980, a Declaração Sobre a Eutanásia, mencionou que nada nem ninguém pode de qualquer forma permitir que um ser humano inocente seja morto, seja ele um feto ou um embrião, uma criança ou um adulto, um velho ou alguém sofrendo de uma doença incurável, ou uma pessoa que está morrendo⁴⁶.

Nota-se que, em princípio, o aborto necessário era condenado em virtude da crença de que a morte do nascituro, sem o sacramento do batismo, implicaria em sua perdição pela exclusão do Reino de Deus – entendimento este que somente foi retificado na Encíclica *Casti Connubi*, de Pio XI.

Atualmente, a respeito da interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida, a Igreja em questão, por intermédio de Cartas Pastorais de Bispos, mantém seu posicionamento contrário à prática, declarando que “a situação atual dos conhecimentos ainda não permite certeza absoluta no diagnóstico de deformidades”⁴⁷.

Vigário, em crítica direcionada ao Movimento Pró-Vida de Anápolis – organização formada por católicos praticantes, sacerdotes e altos membros da Instituição que veementemente se imitem como “procuradores” dos fetos inviáveis e suas famílias – declara que, ao ser invocada a titularidade divina sobre a vida, defende-se para o feto direitos que não são assegurados para sua mãe, a saber: direito à vida, liberdade e dignidade. Relaciona, ainda, a moral sexual católica ao aborto:

A moral sexual que se associa ao autointitulado Movimento Pró-Vida é, em si própria, uma causa da prática do aborto. A ideia de que o sexo pode ser altamente censurável ou pecado leva a que muito boa gente, quando colocada perante uma gravidez não desejada, facilmente ceda à tentação de se esconder ou desembaraçar. A Igreja Católica é cúmplice do fundamentalismo desse Movimento Pró-Vida na medida em que ele é um mero reflexo da sua rígida e desajustada moral sexual. Poucos são os católicos que se refletem na moral sexual oficialmente defendida pela Igreja⁴⁸.

⁴⁵ PIO XII. Citado por MAMMANA, Caetano Zamitti. **O aborto ante o Direito, a Medicina, a Moral e a Religião**. V 1. São Paulo: Letras Editora, 1969, p. 486.

⁴⁶ Ibidem p. 487.

⁴⁷ Ibidem. p. 486.

⁴⁸ VIGÁRIO. Citado por TESSARO. Op Cit. p. 30.

Por sua vez, a Doutrina Espírita somente admite o aborto necessário. Allan Kardec, seu codificador, explica que a união da alma com o corpo começa com a concepção, e se o corpo escolhido morrer antes do nascimento, ela escolhe outro corpo. Ainda assim, quando questionado se haveria crime em sacrificar a criança para salvar a vida da mãe, quando para tanto não houvesse outro meio, ele respondeu “é preferível sacrificar o ser que não existe ao ser que já existe”⁴⁹.

Em relação à interrupção da gestação por malformação fetal, o Espiritismo já assentou parecer contrário, explicitado nos dizeres de Mota Júnior:

Para o espiritismo, a malformação do feto está ligada a débitos progressos da entidade reencarnante, com o prévio conhecimento dos pais no período da erraticidade, ou mesmo durante o sono. Se o aborto seletivo for consagrado, será impossível a esses espíritos o acerto de suas contas com a lei divina ou natural⁵⁰.

Nesse mesmo sentido, seguindo os posicionamentos já mencionados, o Judaísmo permite que se interrompa a gestação quando esta oferece risco à vida da mãe.

Referindo-se à interrupção da gestação por indicação médica, pastores batistas, metodistas, presbiterianos, episcopais, luteranos e unitários, reportando-se a inquérito norte-americano em que se pronunciaram, afirmam que a posição protestante é “muito menos rígida que a católica, pois dá maior importância à vida materna, além de afirmar que o problema do aborto deva ser examinado e resolvido entre médico e paciente”⁵¹.

Dessa forma, verifica-se que, a despeito do posicionamento extremado da Igreja Católica, seguido de forma mais branda pelos judeus e espíritas, já existem muitas religiões onde prevalece o entendimento de que há situações onde o princípio da inviolabilidade da vida humana deve ser ponderado face a outros valores. Considerando-se a inviabilidade da vida extra-uterina, sobrepõe-se a dignidade da pessoa humana à santidade.

3.3.3. Visão Ética

Considerados todos os aspectos que norteiam a detecção de anomalias, sua comprovação por meio de exames repetidos, indicação do procedimento

⁴⁹ NOGUEIRA. Op. Cit. p. 20.

⁵⁰ Ibidem. p. 20.

⁵¹ Ibidem. p. 25.

terapêutico e consequente realização, resta claro que não tratamos, aqui, de uma decisão fácil, simples. Ao relativizar conceitos até pouco tempo tidos incondicionalmente como absolutos, estamos revolvendo os anseios e emoções mais intrínsecos do ser humano, como é o caso do valor da vida e sua proteção.

Em relação à Ética, área da filosofia que estuda o comportamento dos homens em sociedade e cujos princípios devem, ao menos em tese, abalizar todas as condutas e decisões por ele tomadas, são vários os critérios que norteiam a atuação dos profissionais envolvidos no processo.

Desde o diagnóstico pré-natal até a interrupção terapêutica da gravidez devem ser sopesados, na opinião de Cunha⁵², ao menos três grandes postulados éticos. O Princípio da Liberdade Individual, garantindo a cada um o direito à livre tomada de decisões nas suas ações e condutas, desde que estas não interfiram na esfera de direitos de terceiros; o Utilitarismo, que condiciona a moralidade do direito a uma ação ao seu resultado, cuja abrangência deve ser do maior número possível de pessoas; e, por fim, a Justiça, proporcionando a toda sociedade o acesso igualitário aos benefícios fornecidos pelo Estado e relações interindividuais e usufruto das garantias básicas previstas nas cartas constitucionais.

A aplicabilidade de tais princípios garantiria, portanto, às gestantes os benefícios das técnicas de diagnóstico pré-natal, bem como, no caso de opção pela interrupção terapêutica da gestação, a assistência médico-hospitalar competente, viabilizada pelo próprio Poder Público.

Existem, por outro lado, autores que consideram, ao discorrer sobre situações relacionadas a fetos inviáveis, o princípio da não-maleficência, especificamente no que diz respeito a intervenções médicas que ocasionem incapacidade de sobrevivência extrauterina e sobrevida com incidência de dores intoleráveis, impossibilitando a criança de participar, minimamente da experiência humana.

Relatam, em seus escritos, problemas físicos e mentais resultantes de algumas intervenções cirúrgicas ou profiláticas que, ao tratar determinada doença, provocam, irremediavelmente, danos incompatíveis com uma existência sadia e digna.

Nesse sentido escreve Varga:

⁵² CUNHA. Citado por TESSARO. Op. Cit. p. 32.

a medicina contemporânea melhorou extraordinariamente o cuidado intensivo dos recém-nascidos. Pode salvar a vida de muitas crianças gravemente defeituosas. Muitos bebês prematuros sobrevivem, agora, sem dano físico e mental. As mesmas técnicas avançadas salvam, no entanto, também a vida de crianças com graves defeitos de nascença que poderão, então, viver com problemas físicos e mentais muitas vezes por muitos anos, sem a esperança de jamais terem uma existência independente compatível com a dignidade humana⁵³.

Trazendo tais considerações para a conjuntura em análise, podemos constatar que a qualidade de vida é que permeia o critério, a opção de interromper ou não uma gestação em curso, iniciar ou não um tratamento médico, uma vez que na mesma balança são colocados os riscos e benefícios que o procedimento intervencionista ocasionará.

Os juízos que envolvem a qualidade de vida devem, necessariamente, ser baseados em parâmetros justificados de custo-benefício, tendo-se em mente as condições de vida que este indivíduo terá *a posteriori*, a fim de evitar que se convertam em arbitrariedades, formuladas por preferências pessoais e pelo valor social da criança.

Sobre o dilema qualidade e dignidade da vida x durabilidade, Rolim explicita

também é importante não confundir a qualidade de vida do paciente com a qualidade e o valor de sua vida para os demais, e os substitutos não devem rechaçar um tratamento contra o interesse do paciente para evitar inconvenientes à família ou reduzir os custos para a sociedade.

(...)

Nossa conclusão é que os juízos sobre a qualidade de vida, junto com o princípio do respeito à autonomia dos pacientes competentes, podem servir legitimamente para determinar que tratamentos são obrigatórios e quais os optativos⁵⁴.

Todavia, esse posicionamento é fortemente repellido por aqueles que são contrários à interrupção terapêutica da gestação, os quais sustentam que a vida humana pré-natal possui o mesmo valor da vida humana pós-natal, porquanto, após a concepção, não se fala mais de um ser humano em potência, mas de um ser humano em ato. A mãe, então, não poderia invocar a autonomia da vontade para interromper a gestação, por inexistir aferição de disponibilidade da vida de outro ser.

⁵³ VARGA, Andrew C. **Problemas Atuais de Bioética**. Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. 2 ed. Rev. Atual. São Leopoldo: Editora Unisinos, p. 254.

⁵⁴ ROLIM, Marcos. **Uma Reflexão sobre o Aborto**. Disponível em www.rolim.com.br/ensaio18htm. Acesso em 16 jan. 2014, 11:00

Para resolver estes dilemas morais, resta-nos, enfim, ponderar alguns direitos, relativizando-os em detrimento dos demais. Vejamos.

Varga, ao relatar os problemas enfrentados pela Bioética, nos explica que, em havendo conflito entre os interesses do feto e da gestante, “todos os argumentos comparam o valor da vida humana em desenvolvimento com algum outro valor. O raciocínio é o seguinte: no caso de valores morais conflitantes, quando apenas um valor pode ser respeitado, que a escolha lógica e moral seja em favor do valor maior”⁵⁵.

O cerne da questão é, portanto, definir se o embrião (*in casu*, o inviável) é sujeito dos mesmos direitos de uma pessoa formada, um indivíduo consciente. Para aqueles que defendem o caráter inviolável e absoluto da vida, ele o é, merecendo idêntica proteção conferida pelo Direito, porquanto a partir da fecundação, já possui, concretamente, todo um patrimônio genético.

Este argumento, contudo, não é suficientemente válido ou aceitável a ponto de esgotar a questão, haja vista a essência do homem não ser aferida por seu patrimônio genético, mas sim por um conjunto complexo de características e habilidades.

A despeito do posicionamento da doutrina divergente, é perceptível que a vida embrionária tem seu valor moral crescente, condicionado ao desenvolvimento fetal cuja ocorrência deve, obrigatoriamente, se verificar dentro do ventre materno. O embrião, assim como o feto, não é independente, merecendo destaque a declaração feita por Rolim a respeito:

Assim, ainda que admitíssemos, para efeito de debate, que um embrião possa ser apropriadamente compreendido como um “ser humano” ou como uma “pessoa”, haveríamos de distinguir entre “estar vivo” em sentido biológico e “ter uma vida a ser vivida”, pois somente uma vida a ser vivida autonomamente pode possuir uma “qualidade de vida”. Tal distinção, que se apresenta como um “fato da razão”, estabelecerá uma diferença essencial entre os já nascidos e os que ainda irão nascer; distinção sem a qual, aliás, seria impossível optar moralmente entre a vida da mãe e a vida do feto nos casos de “aborto terapêutico”, por exemplo⁵⁶.

Conforme o ensinamento de Berinstain, em virtude do desenvolvimento avançado da tecnologia médica e científica, a moral contemporânea não deve formular respostas concretas e definitivas, pois os padrões éticos tradicionais estão, hoje, submetidos

⁵⁵ VARGA. Op. Cit. p. 73.

⁵⁶ ROLIM. Op. Cit. p. 58.

a uma profunda revisão crítica, devido às mutações da ideia do homem e do mundo. Convém que tanto os juristas como os teólogos levem em conta a necessidade de desabsolutizar certos direitos muito importantes, mas não inquestionáveis, para chegar a conclusão do problema do aborto⁵⁷.

Por sua vez, fazendo uma inter-relação entre Ética e Direito, no sentido de viabilizar um processo de normatização mais célere, Gollop:

a Ética não está atrasada em relação à ciência e também não se opõe à Lei; ela deve ser praticada dentro de um contexto, no qual ela estabelece uma ponte entre a velocidade do desenvolvimento científico e a dificuldade em adequar ao mesmo as leis vigentes.

(...)

Reconhecendo-se que é fundamental respeitar a autonomia do indivíduo, passa a ser indispensável permitir-lhe o acesso às tecnologias que se criam. Assim, podemos enxergar na Ética uma ponte entre o uso dessas tecnologias e uma normatização para as mesmas enquanto as leis não forem criadas ou reformuladas.

Dessa maneira, a Ética não se opõe ao Direito, mas permite criar normas que talvez sirvam posteriormente de base para os legisladores que revisarão os códigos legais⁵⁸.

Constata-se, por fim, que, ante a ausência de previsão legal, é a Ética que viabiliza a solução dos conflitos, ponderando os interesses das partes envolvidas (gestante e o feto inviável).

E, em virtude dessa lacuna da lei, a maneira mais coerente e harmônica de resolver o conflito é não conferir valor absoluto a nenhum dos direitos em questão, seja ele do genitor, da mãe ou do filho que carrega em seu ventre, conquanto tal solução implicará, inevitavelmente, em optar por uma relativização.

⁵⁷ BERINSTAIN. Citado por TESARO. Op. Cit. p. 39.

⁵⁸ GOLLOP, Thomaz. Ainda O Aborto (Legítimo) em Razão de Anomalia Fetal. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 1. n. 12, nov. 93.p. 64.

4. Direito, Poder Judiciário e Aborto no Brasil

No que diz respeito ao Brasil, o tratamento jurídico dispensado à interrupção da gestação também variou de acordo com as tendências da sociedade, em princípio mais individualista.

4.1. Ordenamento jurídico pátrio: do Código Imperial à conjuntura atual

A primeira menção ao aborto consta do Código Imperial de 1830, ao tratá-lo no capítulo dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, em seus dispositivos assim redigidos:

Art. 199 – Ocasionar aborto por qualquer meio empregado, interior ou exteriormente, com consentimento da mulher pejada.
Pena: prisão com trabalho de 1 a 5 anos. Se esse crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada.
Penas: dobradas.

Art. 200 – Fornecer, com conhecimento de causa, drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique.
Pena: prisão com trabalho de 2 a 6 anos. Se esse crime for cometido por médico, boticário ou cirurgião ou ainda praticante de tais artes.
Penas: dobradas⁵⁹.

Do trecho transcrito, observa-se Código Penal do Império, em relação à técnica legislativa atual, apresentava lacunas normativas, porquanto não tipificava o aborto praticado pela própria gestante, criminalizando apenas a conduta de terceiros que realizassem o ato, com ou sem o consentimento dela. Do mesmo modo, não punia os casos de morte materna nem cogitava o aborto necessário ou terapêutico (excludentes de ilicitude).

Em 1890, com a vigência do Código Penal Republicano, o aborto permaneceu incluído no mesmo capítulo, porém com redação diversa. Vejamos:

Art. 300 – Provocar aborto, haja ou não expulsão do produto da concepção.
No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos.
No segundo caso: pena de prisão celular por seis meses a um ano.
§ 1º - Se em consequência do aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher.
Pena: prisão celular de 6 a 24 anos.
§ 2º - Se o aborto foi provocado por médico, parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina.

⁵⁹ FRANÇA. Op. Cit. p. 245.

Pena: a mesma precedente estabelecida e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão.

Art. 301 – provocar aborto com anuência e acordo da gestante.

Pena: prisão celular por 1 a 5 anos.

Parágrafo único: em igual pena incorrerá a gestante que conseguiu abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com redução da terça parte se o crime for cometido para ocultar desonra própria.

Art. 302 – Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar a gestante da morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligência.

Pena: de prisão celular de dois meses a 2 anos, e privado de exercício por igual tempo ao de condenação⁶⁰.

Analisando-se a codificação de 1890, observa-se que, mesmo sem estar explícito, o artigo 300 trata do aborto dissenciente e apresenta penas diferentes, segundo houvesse ou não a expulsão do produto da concepção. Já no artigo 301, ao tratar do aborto consentido, não existe referência à penalidade que deveria ser direcionada ao agente em caso de morte da gestante, aplicando-se uma penalidade única a todas as consequências do aborto consenciente.

Por sua vez, o Código de 1940, atualmente em vigor, classifica o aborto entre os crimes contra a vida e assim estabelece:

Art. 124 – Provocar aborto e si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena: detenção de 1 a 3 anos.

Art. 125 – Provocar o aborto sem o consentimento da gestante:

Pena: reclusão de 3 a 10 anos.

Art. 126. Provocar o aborto com o consentimento da gestante:

Pena: reclusão de 1 a 4 anos.

Parágrafo único: Aplica-se a pena do artigo anterior se a gestante é menor de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, violência ou grave ameaça.

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não houver outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal⁶¹.

Da interpretação literal da norma, temos que o aborto é um crime material, admitido sob as formas tentada e consumada, e com execução livre e instantânea, empregados quaisquer *modus operandi*.

Pode albergar conduta comissiva ou omissiva, desde que presente o dolo do agente, no sentido de desejar o resultado (dolo direto) ou assumir o risco de produzi-lo (dolo eventual). Trata-se de um elemento essencial do tipo, ressalte-se.

⁶⁰ Ibidem. p. 245.

⁶¹ BRASIL. **Código Penal**. Coordenadora Anne Joyce Angher. 8 ed. atual. Até 31-12-2001. São Paulo: Rideel, 2002.

Como bem juridicamente tutelado temos a vida humana em formação (intrauterina), bem como a vida e integridade corporal da mulher, no caso de aborto provocado por terceiro sem o seu consentimento.

No que tange ao sujeito ativo, se apresenta diferenciado de acordo com o dispositivo legal a que se refere. Observe-se.

Em se tratando do artigo 124, temos um crime próprio, onde o legislador elencou condição especial ao agente, qual seja: ser mãe. Nos demais casos descritos, onde existe a participação de terceiro, o sujeito ativo não é qualificado, sendo dessa forma crime comum, ou seja, passível de ser praticado por qualquer indivíduo.

Quanto ao sujeito passivo, podemos dividi-lo em dois pólos: o nascituro, que, pelo Código Penal, já figura como pessoa, e a própria gestante, ao se verificar a prática dissenciente.

Parte da doutrina postula, ainda, que o Estado e a comunidade nacional podem ser considerados sujeitos passivos, uma vez que a lei civil assegura os direitos do nascituro, não podendo ele, dessa maneira, ser titular do bem jurídico protegido. Nesse sentido entendem Heleno Fragoso⁶², Julio Fabbrini Mirabete⁶³, dentre outros.

Adentrando especificamente em um tema de extrema importância, que é a classificação, o aborto pode se dar de forma espontânea, acidental, criminosa e legal (permitida). O natural e o acidental são isentos de tipificação, posto não constituírem crime, mas, tão somente, resultados de um infortúnio (queda, atropelamento, etc), causas patológicas (nefrite crônica, sífilis, diabetes, cardiopatias) ou obstétricas (hipertrofia placentária, abortos repetidos, endometrite).

Já o aborto criminoso ou provocado, descrito nos artigos 124 a 127, e o aborto legal ou permitido, constante do artigo 128, do Código (excludentes de ilicitude da conduta), interessam-nos sobremaneira, já que fundamentarão o foco central desse trabalho monográfico, no que diz respeito à proposta de alteração da legislação penal. Iniciemos sua abordagem.

O aborto criminoso, realizado em desacordo com a legislação, possui quatro subespécies individualizadas, quais sejam: autoaborto; aborto consentido; aborto dissentido; e aborto consensual.

⁶² FRAGOSO. Op. Cit. p. 127.

⁶³ MIRABETE. Op. cit., p. 94.

A primeira situação, albergada na parte inicial do artigo 124 do Diploma vigente, se verifica quando a gestante pratica ou provoca abortamento em si mesma, seja por meios químicos (ingerindo substâncias, remédios) ou físicos (através da autolesão). Trata-se do mencionado crime de mão própria, pois sua execução não pode ser deferida a outra pessoa.

Quanto ao aborto consentido, disciplinado na segunda parte do mesmo artigo, consiste na conduta de permitir que outrem lhe provoque o aborto, interrompendo, conseqüentemente, o processo natural da gestação. Como pode se perceber, a lei pune o consentimento, já que a mãe não teria o direito de dispor sobre a vida do filho de tal sorte que não o permitisse nascer.

O aborto dissentido, cuja tipicidade se encontra no dispositivo subsequente (artigo 125), é todo aquele praticado sem a autorização da gestante ou mesmo sem seu conhecimento. Nele buscou o legislador incriminar a conduta de quem provoca o abortamento à revelia da mulher, como, por exemplo, o marido que, em combinação com o médico, providencia o internamento hospitalar daquela sob a justificativa de intervenção cirúrgica, quando, na verdade, tem o intuito de interromper uma gestação de seu desagrado.

O crime igualmente se verifica nas hipóteses em que a gestante não possa consentir, presumindo-se, portanto, a discordância (artigo 224).

No que diz respeito ao aborto consensual, a conduta penalizada é a de quem, autorizado pela gestante, procede ao abortamento. “Poder-se-ia dizer que a lei estaria sendo repetitiva, uma vez que, no artigo 124, segunda parte, também prevê o abortamento consentido, na expressão “ou consentir que outrem lho provoque”⁶⁴. Todavia, em relação ao artigo 124, o Código pune o consentimento, a conduta da gestante que permitiu que nela se praticasse o abortamento, enquanto que no artigo 126 (abortamento consensual) tipifica o ato de quem, com o consentimento da mulher grávida, lhe provoca o aborto.

Existe, ainda, uma previsão para formas qualificadas, contida no artigo 127. Sob este título, o Código determina o aumento de pena em um terço, caso resulte lesão corporal de natureza grave à gestante ou a duplicação da pena, se lhe sobrevier a morte.

Fazendo uma interpretação mais minuciosa, depreende-se que não se trata propriamente de figura qualificada, mas verdadeira causa especial de aumento

⁶⁴ REVISTA JURÍDICA CONSULEX. ANO VIII. nº 174. 15 abr. 2004, p. 30.

de pena, posto que naquela a lei estabelece uma pena mínima e uma pena máxima, enquanto que aqui se limita a estabelecer um *quantum* de aumento.

Nesse sentido, ressalte-se que na disposição do artigo sob exame o resultado advindo não pode ter sido desejado pelo agente por se tratar de delito preterdoloso – ou seja, pune-se a conduta antecedente a título de dolo (aborto) e a lesão corporal grave ou morte a título de culpa.

Por fim, tratemos das formas permitidas ou, em um dizer mais coerente, das excludentes de ilicitude do crime de abortamento, expostas no artigo 128 da lei penal.

Em dois momentos a prática é permitida pelo Código: quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (I) ou se a gravidez é resultante de estupro (II). Não se perca de vista, contudo, que a permissibilidade legal diz respeito apenas ao médico, em ambos os casos.

Na primeira hipótese, ocorre o intitulado aborto necessário, que é aquele imprescindível a impedir a morte da gestante. Entre os dois bens, a saber: a vida do feto ou a da mãe, a lei optou por privilegiar o último. A avaliação do risco, entretanto, é direcionada ao médico, já que única e exclusivamente ele poderá dizer se há ou não outro meio de salvar a vida em questão. A ação poderá ser tanto profilática (preventiva) quanto terapêutica (curativa).

Na segunda, contempla a norma o aborto sentimental ou justificado, em que a gravidez é resultante de estupro. Seus elementos autorizadores são a prática por médico habilitado e prévio consentimento da gestante ou, caso incapaz, de seu representante legal.

Esse *mandamus* traz para a mulher que sofreu estupro ou atentado violento ao pudor (equiparado pela jurisprudência) a possibilidade de não dar a luz a uma criança que seja fruto de uma relação forçada, uma vez que a grande maioria de gestações desse tipo vem margeada por conturbações emocionais e fisiológicas.

Parte da doutrina e da jurisprudência apresenta tais excludentes de ilicitude com aspecto semelhante ao estado de necessidade (artigo 24 CP), conquanto lhes parece cruel compelir uma mãe a escolher entre a própria vida e a de seu filho ou carregar no ventre a lembrança de uma violência.

É importante observar que em nenhum dos dispositivos penais relacionados à possibilidade de interrupção da gestação há menção à necessidade

do consentimento do genitor para a realização do procedimento médico, sendo a decisão restrita à mulher, no âmbito da sua autonomia sexual e reprodutiva.

Principia-se, portanto, a mudança do eixo de proteção do feto para a gestante, haja vista que tanto no aborto necessário quanto naquele onde a gravidez é resultante de estupro o prejuízo físico e psíquico imposto à mulher se sobrepõe a qualquer outro aspecto, inclusive à viabilidade do feto, que pode não apresentar qualquer anomalia genética e ainda assim ter seu direito à vida suprimido.

Ainda no que diz respeito à disciplina da matéria, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional proposta de alteração da parte especial do Código Penal que contempla o crime de aborto em suas formas toleradas. Fala-se do Projeto de Lei nº 236/2012, elaborado em 1997 no exercício da pasta da Justiça pelo Senador Íris Resende, o qual, após pesquisas e elaboração do texto sugerido como definitivo, bem como observação do grande número de requerimentos judiciais para realização da interrupção da gestação, foi entregue à consideração do Ministro de então, o Senador Renan Calheiros.

Aprovado tal projeto, os alvarás judiciais tornar-se-ão desnecessários, haja vista o afastamento definitivo da hipótese do tipo penal aborto.

Em todo caso, mesmo não concretizada por Lei a descriminalização da conduta, atualmente a interrupção da gestação de feto anencéfalo vem sendo realizada pelo Sistema Único de Saúde com fundamento na decisão judicial proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde. Nela, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 aos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, para atestar que a interrupção terapêutica da gestação não configura aborto.

Para dar-lhe concretude, em 14 de maio de 2012 o Conselho Federal de Medicina editou a resolução 1.989, que dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dando outras providências.

Tais soluções jurídicas podem ser assim detalhadas.

4.2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal à luz dos Direitos Reprodutivos e dos Direitos Humanos

Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde-CNTS propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que recebeu o número 54, com o objetivo de conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, de modo que a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo não fosse enquadrada na tipificação penal do aborto.

Considerando a magnitude do tema tratado, bem como sua estreita dependência do conhecimento científico desenvolvido na medicina, o relator do processo, utilizando-se do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882⁶⁵, de 3 de dezembro de 1999, determinou a realização de audiência pública para a oitiva dos vários seguimentos sociais envolvidos na temática, tais como instituições religiosas e sociológicas, profissionais de saúde com *expertise* em ginecologia, obstetrícia, psiquiatria, genética e medicina fetal e organizações não-governamentais.

As exposições duraram quatro dias e culminaram com a compilação de dados dos mais diversos, aptos a conferir uma visão global da questão e suas implicações no mundo jurídico e social.

Enfim, após oito longos anos de tramitação, no ano de 2012 a arguição em questão foi julgada, com provimento do pleito por maioria dos ministros do STF e ementário que segue:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.
FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO 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. A C Ó R D Ã O: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar 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, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo

⁶⁵ Art. 6º(...) §1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas⁶⁶.

Tal julgamento, tido como um dos de maior relevância para a Corte nas últimas décadas, analisou a questão da interrupção terapêutica da gestação por três vieses distintos, porém complementares: a laicidade do Estado brasileiro; o conflito aparente de direitos fundamentais; e a liberdade sexual e reprodutiva da mulher.

No que diz respeito à **laicidade** do Estado Brasileiro, ficou assentado que as definições relativas à interrupção terapêutica da gestação deveriam dar-se em apartado das convicções puramente religiosas. Isso porque,

No limiar da transição do Império para a República, o Estado brasileiro houve por bem separar-se da Igreja, conforme evidencia a ementa do Decreto nº 119-A, o qual: “Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências”. A laicidade, que não se confunde com laicismo, foi finalmente alçada a princípio constitucional pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, cujo artigo 11, §2º, dispôs ser vedado aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embarçar o exercício de cultos religiosos”. Desde então, todos os textos constitucionais reproduziram o conteúdo deste artigo (...) ⁶⁷

Idêntico posicionamento foi adotado pelo constituinte de 1988, que, sensível à importância do tema, dedicou-lhe os artigos 5º, inciso IV, e 19, inciso I, muito embora à época a separação entre Estado e Igreja já estivesse consolidada no país.

Na verdade, conforme exposto na decisão proferida, o texto constitucional vigente não se limita a consagrar a liberdade religiosa (artigo 5º, inciso VI); ele vai além, explicitando a opção do Estado pela laicidade (artigo 19, inciso I):

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:

(...)

VI. é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Plenário. Brasília/DF. 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 02 mai. 2014, 17:00.

⁶⁷ Ibidem.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

I. estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

A partir da doutrina do constitucionalista Daniel Sarmento, o relator da arguição expõe que a laicidade estatal atua de forma dúplice, pois, a um só tempo salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, afastando a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático – no qual estão investidas as autoridades públicas – e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário⁶⁸.

Assim, as concepções morais e religiosas – mesmo quando majoritárias ou unânimes – não podem servir de fio condutor às decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual, ou mesmo o ateísmo, se aplicam à orientação da vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui, não devendo ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja.

Até porque, a liberdade religiosa e a laicidade têm por finalidade precípua garantir que as religiões não guiem o tratamento estatal dispensado aos demais direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, à saúde física e mental, à liberdade de orientação sexual e à liberdade reprodutiva.

Foi justamente esse o posicionamento prevalente na análise da ADPF nº 54, com a sustentação de que a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas, sob pena de ofensa à liberdade religiosa e à democracia laica.

Já no tocante à suposta **oposição dos direitos** à vida do feto e à dignidade (humana) da gestante, concluiu-se que, na verdade, não existe colisão real entre direitos fundamentais, mas tão somente conflito aparente.

A justificativa reside no fato de o feto anencéfalo constituir um ser biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), mas juridicamente morto, já que o conceito de morte adotado pela legislação brasileira – respaldado na literatura médica e na Resolução nº 1.494, de 06 de julho de 2010, do Conselho

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. **Revista de Direito do Estado**, Ano 2, nº 8: 75-90, out./dez. 2007.

Federal de Medicina⁶⁹ – não se restringe à cessação dos movimentos cardiorrespiratórios, incluindo a ausência de atividade cerebral.

Assim, diante da gravíssima malformação fetal incompatível com a vida extrauterina, estar-se-á diante de um natimorto desde a constatação de sua anormalidade, sendo descabido conferir-lhe garantia constitucional à vida em detrimento do direito da gestante à dignidade humana e à saúde. Em contraposição aos direitos da mulher não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida extrauterina.

Aliás, no julgamento da paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF⁷⁰, relativa à pesquisa com células-tronco embrionárias, a Corte Constitucional analisou as várias questões envolvidas na temática para concluir que o início da vida pressupõe não somente a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, mas também a viabilidade, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar).

(...)

A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana.

(...)

O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

⁶⁹ BRASIL. Resolução CFM nº 1.494, de 06 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1949_2010.htm>. Acesso em 02 mai. 2014, 17:00.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Plenário. Brasília/DF. 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 02 mai. 2014, 17:00.

Outrossim, ainda que considerada a proteção do direito à vida do feto anencéfalo, apenas intra-útero, é de se ressaltar que esse mesmo direito, em sentido amplo, não apresenta caráter absoluto, vez que a legislação brasileira permite a realização do aborto do feto viável, saudável, quando a gestação for fruto de estupro⁷¹. E, se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação frente aos direitos da mulher, com maior razão o é eventual a proteção dada ao feto anencéfalo.

Em suma, confrontando a existência apenas intrauterina do feto anencéfalo e a integridade física e mental da gestante – esta última uma pessoa, no sentido pleno da palavra –, chega-se à conclusão de que tais direitos não estão no mesmo patamar valorativo, configurando, em consequência, o conflito aparente de normas e não a colisão de direitos fundamentais.

Por fim, a ADPF sob abordada sob o viés da **liberdade sexual e reprodutiva da mulher**, reconhecida como direito humano fundamental pela ordem mundial desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948.

O Plano de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, e o documento resultante da IV Conferência Mundial da Mulher, que ocorreu em Pequim em 1995, legitimaram o conceito de direitos reprodutivos na sua concepção atual e estabeleceram novos modelos de intervenção na saúde reprodutiva e de ação jurídica, comprometidos com os princípios dos direitos humanos⁷².

Sob a ótica da saúde física, toda gestação apresenta riscos a mulher, inerente às transformações biológicas vivenciadas. Entretanto, os dados colhidos na audiência pública realizada fundamentaram a conclusão de que a gestação de feto anencéfalo envolve riscos percentuais superiores, em razão de uma maior probabilidade de intercorrências.

Consoante exposição do representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, Dr. Jorge Andalaft Neto, do então ministro da saúde, José Gomes Temporão e do Dr. Talvane Marins de Moraes, dados da

⁷¹ Incisos I e II do art. 128 do Código Penal, já citados.

⁷² VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. Fundo de População das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 06 mai. 2014, 13:00.

Organização Mundial de Saúde e do Comitê da Associação de Ginecologia e Obstetrícia Americana⁷³ realçam ser de alto risco a gravidez de anencéfalo, até pela probabilidade bastante aumentada de o feto perecer dentro do útero.

Nessa linha também são os esclarecimentos da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia-FEBRASGO⁷⁴, segundo os quais nesse tipo de gestação é comum a apresentação fetal anômala, porque a cabeça do feto portador de anencefalia não consegue se “encaixar” de maneira adequada na pélvis, o que importa em um trabalho de parto mais prolongado e doloroso, levando, comumente, à realização de cesariana.

Há, ainda, um percentual médio de 50% de aumento do líquido amniótico, ligado à anencefalia, tendo em vista a maior dificuldade de deglutição do feto portador de referida anomalia, situação que também pode conduzir à hipertensão, ao trabalho de parto prematuro, à hemorragia pós-parto e ao prolapso de cordão. Outros fatores associados à gestação de feto anencéfalo são doença hipertensiva específica de gravidez (DHEG), maior incidência de hipertensão e diabetes.

Já na saúde mental, a imposição da manutenção da gestação de anencéfalo pode conduzir a quadro devastador, como o descrito no depoimento colhido da paciente no emblemático *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ:

(...) Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela [referindo-se à filha que gerava] no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar informações é aterrorizante. Ele sonhava que ela [novamente, referindo-se à filha] tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela [da filha] ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar.

O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo, em indiscutível ofensa aos seus direitos sexuais e reprodutivos. Como bem destacam Telma Birchall e Lincoln Frias⁷⁵, embora:

⁷³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, já citada.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ BENUITE, Gláucia Rosana Guerra; NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; LÚCIA, Mara Cristina Souza de; ZUGAUB, Marcelo. Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, vol. 28, nº 1, Rio de Janeiro, Jan./2006. Disponível em: <<http://www.scielo.com.br>>. Acesso em 05 mai. 2014, 18:30.

(...) no contexto, existam outras pessoas envolvidas, o sofrimento de ninguém é maior do que o da gestante, porque o feto anencéfalo é um acontecimento no corpo dela. A gestante, neste caso, nem mesmo chegará a ser mãe, pois não haverá – nem ao menos há – um filho. Ao obrigar a mulher a conservar um feto que vai morrer, ou que tecnicamente já está morto, o Estado e a sociedade se intrometem no direito que ela tem à integridade corporal e a tomar decisões sobre seu próprio corpo. No caso de fetos saudáveis, pode-se ainda discutir se a mulher é obrigada a ter o filho, pois ele será uma pessoa e, portanto, presume-se que tenha direito a ser preservado. Mas o feto anencéfalo nunca será uma pessoa, não terá uma vida humana, não é nem mesmo um sujeito de direitos em potencial

Ora, cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar os valores e sentimentos de ordem estritamente privada, inerentes a essa situação tão peculiar, para deliberar pela interrupção, ou não, da gestação. Cumpre a ela, no exercício do direito à privacidade, sem temor de reprimenda social, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. Até porque, a procriação, a gestação, enfim, os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal da mulher.

Quando inexistiam recursos tecnológicos aptos a identificar a anencefalia durante a gestação, o choque com a notícia projetava-se para o momento do parto. Atualmente, todavia, podem-se verificar nove meses de angústia e sofrimento inimagináveis.

Portanto, cancelar a liberdade sexual e reprodutiva da mulher no caso do aborto em gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe colisão real de direitos fundamentais, representa um total contrassenso, o qual carecia de extirpação do mundo jurídico, como efetivamente ocorreu por meio da arguição em análise.

4.3. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.989, DE 14 DE MAIO DE 2012: Interrupção da gestação do feto anencéfalo como decisão exclusiva da gestante e o papel do genitor na escolha pelo procedimento médico frente ao poder parental

Após o julgamento da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.989, de 14 de maio de 2012, dispondo sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dando outras providências.

Na referida norma, assentou-se que a interrupção da gestação de feto anencéfalo não tipifica o crime de aborto previsto no Código Penal, dispensando, assim, autorização prévia do Estado. Do mesmo modo, destacou-se a impropriedade conceitual das expressões “aborto” e “aborto eugênico” para designar a antecipação terapêutica do parto quando inviável a vida fetal extrauterina.

Foram, ainda, detalhadas as condicionantes estabelecidas pelo STF para a realização do procedimento médico⁷⁶, voltadas à segurança jurídica e ao diagnóstico inequívoco da anencefalia. Nestes termos:

Art. 1º Na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez.

Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter:
I – duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável;
II – laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.

Em leitura da norma, verifica-se a necessidade de observância dos requisitos técnicos procedimentais, quais sejam, a realização de exame de imagem específico após a 12ª semana de gestação e a exarcação de laudo assinado por dois médicos qualificados na área, atestando o diagnóstico da anencefalia.

Ocorre que, ao disciplinar as etapas seguintes ao diagnóstico, relativas à informação das opções médicas disponíveis, acompanhamento pré-natal, psicológico e planejamento familiar, o CFM restringiu-se a mencionar os **direitos da gestante** diante da gestação anômala, resultantes dos valores e convicções pessoais que detenha. Absteve-se, por outro lado, de mencionar o genitor e seu papel nessa gestação peculiar, inclusive quanto a eventual discordância entre ele e a gestante. Nesse sentido:

Art. 3º 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:

⁷⁶ Em seus votos na ADPF 54, os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello estabeleceram requisitos condicionantes para a interrupção terapêutica da gestação, como forma de garantir a segurança jurídica do procedimento. São eles: a malformação fetal fosse diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado; e o direito da gestante a submeter-se a tal procedimento, sem necessidade de prévia obtenção de autorização judicial ou permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado.

§1º **É direito da gestante** solicitar a realização de junta médica ou buscar outra opinião sobre o diagnóstico.

§2º Ante o diagnóstico de anencefalia, **a gestante tem o direito de:**

I – manter a gravidez;

II – interromper imediatamente a gravidez, independente do tempo de gestação, ou adiar essa decisão para outro momento.

§3º Qualquer que seja a **decisão da gestante**, o médico deve informá-la das consequências, incluindo os riscos decorrentes ou associados de cada uma.

§4º Se a **gestante optar** pela manutenção da gravidez, ser-lhe-á assegurada assistência médica pré-natal compatível com o diagnóstico.

§5º 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.

§6º A antecipação terapêutica do parto pode ser realizada apenas em hospital que disponha de estrutura adequada ao tratamento de complicações eventuais, inerentes aos respectivos procedimentos.

Art. 4º Será lavrada ata da antecipação terapêutica do parto, na qual deve constar o consentimento da gestante e/ou, se for o caso, de seu representante legal.

Parágrafo único. A ata, as fotografias e o laudo do exame referido no artigo 2º desta resolução integrarão o prontuário da paciente.

Art. 5º Realizada a antecipação terapêutica do parto, o médico deve **informar à paciente** os riscos de recorrência da anencefalia e referenciá-la para programas de planejamento familiar com assistência à contracepção, enquanto essa for necessária, e à preconcepção, quando for livremente desejada, **garantindo-se, sempre, o direito de opção da mulher.**

De fato, ao utilizar expressões como “é direito da gestante”, “se a gestante optar” e “garantindo-se, sempre, o direito de opção da mulher”, a resolução reafirma o respeito à autonomia feminina na tomada da decisão quanto a manter ou interromper a gravidez, considerando-a como núcleo central da problemática.

Contudo, a opção normativa adotada tem o condão de gerar consideráveis celeumas jurídicas, a exemplo da situação em que a opinião do genitor quanto à manutenção ou não da gestação diverge da manifestada pela gestante e há a intenção de obstaculizar a realização do procedimento, seja através de demanda judicial, seja utilizando-se de requerimento administrativo junto à junta médica ou unidade hospitalar.

A hipótese, que não é meramente acadêmica⁷⁷, demanda solução jurídica urgente, visto que o passar do tempo interfere na oportunidade da interrupção terapêutica da gestação, podendo mesmo inviabilizar o atendimento à gestante, a qual precisará esperar o término do período gestacional e o momento do parto.

Ao deparar-se com semelhante situação, o operador do direito se vê diante de argumentos apoiados em valores tidos como universais e de difícil sopesamento: de um lado os direitos parentais, decorrentes do poder familiar e da paternidade responsável; de outro a autonomia da mulher, sua saúde e dignidade.

No caso dos direitos parentais, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 227, que é

dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁷⁸.

Também há previsão específica no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, em seu art. 7º, estabelece como direito fundamental o desenvolvimento sadio e harmonioso, com criação e educação no seio familiar.

A criação está diretamente ligada ao suprimento das necessidades biopsíquicas do menor, o que a atrela à assistência, ou seja, à satisfação das demandas básicas, tais como, cuidados na enfermidade, orientação moral, apoio psicológico, manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente⁷⁹.

⁷⁷ Em 09 de abril de 2013 foi formalizado atendimento nas Promotorias da Saúde de Natal, no qual uma mulher grávida de 14 semanas solicitava intervenção do Ministério Público junto à Maternidade Escola Januário Cicco, com vistas à interrupção terapêutica da gestação (as dados do cadastro estão amparados pelo sigilo).

A despeito de o Sistema Único de Saúde vir realizando o procedimento regularmente após o julgamento da ADPF nº 54, no caso apresentado havia uma peculiaridade: o genitor, que não mais se relacionava com a gestante, havia manifestado discordância com o procedimento médico, por razões religiosas.

Na oportunidade, o entendimento ministerial deu-se no sentido de orientar a Maternidade a não realização do procedimento, tendo em vista os direitos paternos e a parentalidade responsável. Por outro lado, informou à gestante que a mesma poderia buscar a tutela judicial da sua demanda, através da Defensoria Pública do Estado do RN ou da assistência judiciária gratuita da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁷⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

⁷⁹ LIMA, Taísa Maria Macena. **Guarda de fato:** tipo sociológico em busca de um tipo jurídico. Controvérsias no sistema de filiação. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1984, p. 31.

Na verdade, assistência, criação e educação estão diretamente atrelados à formação da personalidade do menor bem como ao escopo de realizar os direitos fundamentais dos filhos, seja em que seara for. O direito à educação, além deste aspecto geral, também se reporta ao incentivo intelectual, para que a criança e o adolescente tenham condições de alcançar sua autonomia, pessoal e profissional.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 indica que o poder familiar os se compõe dos direitos e deveres que incumbem aos pais, no tocante à pessoa dos filhos menores, voltados a:

dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição⁸⁰.

Esse poder-dever, também conhecido como poder parental, revela-se como principal argumento jurídico utilizado pelo genitor para sustentar sua oposição à interrupção terapêutica da gestação, na perspectiva de que detém direitos sobre o feto, em igualdade de condições com a gestante.

Entretanto, essa interpretação só prospera se considerada a generalidade conceitual do poder familiar, como “conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social”⁸¹, e, ainda, assim, quando aplicável ao feto que apresente ao menos perspectiva de viabilidade extrauterina.

A parentalidade responsável não diz respeito apenas à decisão de se tornar pai ou mãe, uma vez que gera responsabilidade para toda uma vida, que vai muito além dos limites temporais impostos à autoridade parental. Assim, a consciência do exercício da parentalidade abrange muito mais do que o aspecto voluntário de procriar; abrange, especialmente, os aspectos posteriores ao nascimento do filho, inerentes à responsabilidade parental, nas fases mais relevantes da formação e desenvolvimento da personalidade que são a infância e a adolescência.

⁸⁰ Brasil. Código civil, 2002. Código civil. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

⁸¹ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.38.

Nesse sentido,

há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana, cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos a seu favor⁸².

Assim, a participação do genitor, quando a gestação flui sem intercorrências, é primordial e indiscutível, haja vista a força cogente dos direitos e deveres parentais e o princípio da parentalidade responsável. Por isso mesmo, não constitui objeto de análise no presente trabalho.

Todavia, a intervenção paterna para discordar da interrupção terapêutica da gestação, quando manifestada essa opção pela gestante, não se mostra juridicamente relevante, capaz de se sobrepor à primeira, uma vez que a abordagem dos direitos parentais pressupõe, como condição, a existência de filhos, pessoas em formação que demandam cuidado e proteção, sobre os quais os pais exercem sua autoridade e impõem diretrizes.

E, como amplamente demonstrado pelos argumentos de autoridade indicados neste trabalho, tal situação não se verifica quanto ao feto anencéfalo, que, com diagnóstico certo de letalidade, jamais chegará a lograr desenvolvimento ou formação física, mental e social, ainda que parcial.

Por conseguinte, a imposição da continuidade da gestação quando diagnosticada a anencefalia constitui prática cruel e ofensiva aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, além de risco à sua saúde física e psicológica, inexistindo justificativa jurídica que lhe dê suporte.

⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 454.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta, foram abordadas as várias nuances que envolvem a gestação do feto anencéfalo, acometido de malformação tão severa que inviabiliza a vida extrauterina.

A partir de uma retrospectiva histórica das civilizações, demonstrou-se o tratamento animalesco direcionado ao portador de deficiência - adulto ou criança - que, encarado como um peso para o grupo social, era abandonado à própria sorte. Posteriormente, as religiões, incutindo valores mais humanistas e a percepção da vida humana como sagrada, bem inestimável a ser protegido.

A ética, por sua vez, estimulou o debate sobre o caráter absoluto de conceitos já sedimentados, como vida, dignidade humana, liberdade e autodeterminação. E, finalmente, a ciência, que, com progressos constantes na medicina, não raras vezes enseja a revisão de paradigmas e a tomada de decisões difíceis pelo homem, diante dos grandes dilemas.

Na medicina fetal e obstétrica, verificou-se que o grau de evolução alcançado pelos exames pré-natais permite a detecção precoce de males severos, alguns dos quais inviabilizam a sobrevivência do feto fora do útero, quando não causam sua morte ainda durante a gestação.

Também o direito, como instrumento de regulação das relações sociais, ocupou-se da temática, apresentando variações no seu tratamento normativo, a depender dos valores enraizados nos ordenamentos jurídicos vigentes em cada país (criminalização ou permissão).

Já no Brasil, primou-se pela proteção da vida humana, inclusive nascitura, tipificando como crime a interrupção da gestação de um modo geral. A exceção ficou por conta do aborto para salvar a vida da gestante e do aborto praticado quando o feto é fruto de estupro, nos quais revela-se a excludente de ilicitude.

A interrupção terapêutica da gestação por malformação severa, também conhecida como antecipação terapêutica do parto, somente passou a ser seriamente discutida quando parte das gestantes com tal diagnóstico passaram a buscar, junto ao Poder Judiciário, autorização para a interrupção. Essa conduta se tornou necessária para afastar a responsabilização penal dos profissionais de saúde envolvidos no procedimento, diante da criminalização praticamente indistinta do aborto.

Ocorre que o crescimento vertiginoso da judicialização da demanda culminou com a mobilização da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde, a qual propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, voltada à obtenção de interpretação conforme aos artigos 124, 126 e 128 da Constituição Federal, para afastar a interrupção terapêutica da gestação do tipo penal aborto.

A ADPF tramitou durante oito anos foi julgada em 2012, acolhendo majoritariamente a tese autoral de que interromper a gestação do feto anencéfalo, desde que atendidos os requisitos diagnósticos e observado o procedimento médico, não configura o crime de aborto.

Assentou-se, então, o entendimento de que a liberdade sexual e reprodutiva da mulher deve preponderar sobre a vida puramente intrauterina, uma vez que o feto anencéfalo jamais chegará a sobreviver fora do útero, nem se tornará uma pessoa, sujeito de direitos.

Consequentemente, o Sistema Único de Saúde passou a ser responsável pela assistência às gestantes que manifestem a opção pela interrupção da gestação, demandando uma regulamentação mais detalhada para a execução do procedimento médico, o que ocorreu por meio do Conselho Federal de Medicina, com a Resolução nº 1.989/2012.

Entretanto, ao tempo em que esmiuçou os requisitos técnicos para a interrupção terapêutica da gestação, o ato normativo limitou-se a indicar a gestante como núcleo central da problemática, omitindo-se quanto ao papel do genitor no processo e mesmo os parâmetros a serem observados no caso de haver discordância entre ambos.

Assim, colocou-se a questão de o que fazer quando, comprovada a anencefalia, a mulher deseja interromper a gestação, mas o genitor do feto manifesta oposição ao procedimento, questão que ainda não foi explicitamente apreciada pelos tribunais ou normatizada e que ensejou, como solução, a adoção de interpretação teleológica pelo operador do direito e mesmo pelo profissional de saúde.

É que, ao centrar esforços na mulher, sua autonomia, direitos sexuais e reprodutivos, o julgado proferido na ADPF nº 54 e a Resolução CFM nº 1.989/2012 partiram do pressuposto de que a vida puramente intrauterina do anencéfalo não pode se sobrepor à vida da gestante, essa sim, um sujeito de direitos na completa acepção da expressão.

Constatou-se, a partir dos discursos dos especialistas em medicina fetal, obstetrícia, psicologia e genética no plenário do Supremo Tribunal Federal, que é no corpo da mulher que a gestação se processa, onde são experimentadas as agruras e emoções do ato de gerar. E essa condição se aprofunda quando, ainda no útero, o feto recebe diagnóstico de inviabilidade vital, decorrente de malformação como a anencefalia.

Assim, a participação do genitor quando a gestação flui sem intercorrências mostra-se seja primordial e inafastável, em razão da força cogente dos direitos e deveres parentais e do princípio da parentalidade responsável. Por isso mesmo, não foi objeto de questionamento no presente trabalho.

Por outro lado, a intervenção paterna para discordar da interrupção terapêutica da gestação mostra-se juridicamente irrelevante, incapaz de se sobrepor à vontade manifestada pela gestante, uma vez que a abordagem dos direitos parentais pressupõe a existência de filhos, pessoas em formação que demandam cuidado e proteção e sobre os quais os pais exercem sua autoridade e impõem diretrizes, o que não se verifica com o feto anencéfalo.

Conclui-se, portanto, que a decisão de interromper a gestação frente ao diagnóstico inequívoco de anencefalia, nos termos da Resolução CFM nº 1.989/2012, constitui ato exclusivo da gestante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**. Coordenadora Anne Joyce Angher. 8 ed. atual. Até 31-12-2001. São Paulo: Rideel, 2002.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.494, de 06 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1949-2010.htm>>. Acesso em 02 mai. 2014, 17:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Plenário. Brasília/DF. 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 02 mai. 2014, 17:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Plenário. Brasília/DF. 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 02 mai. 2014, 17:00.

BENUTE, Gláucia Rosana Guerra; NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; LÚCIA, Mara Cristina Souza de; ZUGAUB, Marcelo. Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, vol. 28, nº 1, Rio de Janeiro, Jan./2006. Disponível em: <<http://www.scielo.com.br>>. Acesso em 05 mai. 2014, 18:30.

COELHO, Jaime Luiz. Aborto Concedido. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 dez. 1996.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Especial. v. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1958.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOLLOP. Rafael Thomaz. O Descompasso entre o Avanço da Ciência e a Lei. **Revista da USP**. São Paulo, v. 24, dez/fev. 1994/95.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

GOLLOP, Thomaz. Ainda O Aborto (Legítimo) em Razão de Anomalia Fetal. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 1. n. 12, nov. 93.

JONES, Kenneth L. **Recognizable Patherns of Human Malformation**. 5 ed. Philadelphia: Saunders, 1997.

LIMA, Taísa Maria Macena. **Guarda de fato: tipo sociológico em busca de um tipo jurídico. Controvérsias no sistema de filiação**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1984

MAMMANA, Caetano Zamitti. **O aborto ante o Direito, a Medicina, a Moral e a Religião**. V 1. São Paulo: Letras Editora, 1969.

MARCÃO, Renato Flávio. O aborto no Anteprojeto do Código Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2961>. Acesso em 26 mar. 2014, 16:00.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e Direito Penal**. Porto Alegre: Sagra – DC Luzatto Editores, 1994.

MÉDICOS PEDEM REVISÃO DA LEI DO ABORTO. Folha de São Paulo: São Paulo, 02.07.00. P. C5.

MEHMERI, Adilson. **Noções Básicas de Direito Penal: Curso completo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 2013.

MOTA, Sílvia Maria Leite Mota. **Da Bioética Ao Biodireito: A Tutela da Vida no Âmbito do Direito Civil**. 1999. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil)- Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999. Não publicada.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência, Linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v.2. São Paulo: Saraiva, 1991.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

PARREIRA, Palova Armires. Aborto: Uma Visão Ético-Jurídica. **Caderno Bioética**, Belo Horizonte, n. 2, p. 60, dez. 1993.

REVISTA JURÍDICA CONSULEX. ANO VIII. nº 174. 15 abr. 2004.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Interrupção Voluntária da Gravidez com Antecipação de Parto de Feto Inviável. **Revista do Ministério Público Federal e Territórios**, Brasília, n. 3, jan/jun. 2000.

ROLIM, Marcos. **Uma Reflexão sobre o Aborto**. Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/ensaio18htm>>. Acesso em 16 jan. 2014, 11:00.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. **Revista de Direito do Estado**, Ano 2, nº 8: 75-90, out./dez. 2007.

STANSFIELD, William., KING Robert. **A Dictionary of Genetics**. 5 ed. New York: Oxford university Press, 1997.

TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**: descriminalização e avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá, 2002.

VARGA, Andrew C. **Problemas Atuais de Bioética**. Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. 2 ed. Rev. Atual. São Leopoldo: Editora Unisinos.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. Fundo de População das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos.pdf>. Acesso em 06 mai. 2014, 13:00.

ZUGAIB, Marcelo. **Medicina Fetal**. São Paulo: Atheneu, 1993.