

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS**

**UNIPAC**

**DIREITO**



**O ABORTO DE ANENCÉFALOS E A ADPF 54**

**MARINA QUAGLIO MARQUES**

**JUIZ DE FORA**  
**Junho 2010**

**MARINA QUAGLIO MARQUES**

**O ABORTO DE ANENCÉFALOS E A ADPF 54**

Monografia apresentada no Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do certificado de Graduado em Direito sob a orientação do Prof. Besnier Chiaini Villar.

Juiz de Fora  
Junho 2010

Aos pais de bebês anencéfalos, que apesar de todo o sofrimento, amaram seus filhos até o último minuto.

E a todos que, à sua maneira, defendem a vida.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, e acima de tudo a Deus, presente em todos os lugares e em momentos, me iluminando na realização desse trabalho. Obrigada, simplesmente por TUDO!

Aos meus pais e à minha família, por todos os princípios e valores transmitidos ao longo de toda a minha vida, bem como pelo suporte necessário e por me fazer ser quem eu sou. Vocês são os melhores do mundo!

Aos amigos da Unipac (os de hoje e de sempre), que são verdadeiros presentes de Deus. Luciana, Camila e Aline, que me ensinaram o sentido mais profundo da amizade. Josy, Giovana, Evelyn, provas de que não há distâncias quando a amizade é verdadeira... Enfim, todos que sempre estiveram ao meu lado e souberam suportar esse meu momento “monografando”. Amigos, tenham certeza de que, cada um a seu modo, todos contribuíram muito para que este trabalho chegasse ao fim.

Finalmente, agradeço especificamente a três pessoas, que ajudaram de forma direta na conclusão do trabalho: Luciana, tia Márcia e Camila. Obrigada por toda a ajuda, em todos os momentos. Principalmente pela ajuda psicológica e por não me deixarem desistir. Sem vocês, essa monografia não existiria!

Deus abençoe a todos!

O verdadeiro advogado é aquele que, convencido do valor jurídico de uma tese, leva-a a debate perante o pretório e a sustenta contra a torrente das sentenças e dos acórdãos, procurando fazer prevalecer o seu ponto de vista, pela clareza do raciocínio e a dedicação à causa que aceitou. É nesse momento que se revela advogado por excelência, que se transforma em jurisconsulto.

Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*,  
1998, p. 174.

## RESUMO

Análise jurídica da interrupção da gravidez em caso de anencefalia face á propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ajuizada no Supremo Tribunal Federal, em 2004 pela CNTS. A anencefalia é uma má-formação que ocorre no fechamento do tubo neural. Em virtude disso, não há cérebro bem constituído no anencéfalo, motivo pelo qual a expectativa de vida dessas crianças é muito curta. Muitas mães, grávidas de anencéfalos, pleiteiam autorização judicial a fim de interromperem a gravidez, alegando a inviabilidade do feto. A diversidade de decisões judiciais nesses casos, e a consequente insegurança jurídica, motivaram a CNTS a ajuizar a ADPF 54, visando à chamada “antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia”. A ação foi distribuída ao Ministro Relator Marco Aurélio, e a decisão da ADPF 54 terá eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. Sabe-se que o Código Penal Brasileiro não autoriza o aborto em caso de anencefalia. Porém, uma interpretação sistemática, teleológica e evolutiva das normas vigentes aponta para a não punição da mãe que decide pelo aborto. Afirma-se, também, a inexistência de crime, comparando o anencéfalo a um natimorto cerebral. Além disso, a dignidade da mãe e a inexigibilidade de conduta diversa justificariam a “antecipação do parto”. Por outro lado, a Constituição de 1988 (art. 5º) garante a inviolabilidade do direito à vida, independente de sua viabilidade. O Código Civil, de 2002 (art.2º), garante os direitos do nascituro desde a concepção. A convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que o direito á vida está garantido desde a concepção. O Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança diz que a proteção legal à criança se dá tanto antes, como depois de seu nascimento. E o Código Penal tipifica o aborto como crime contra a *vida* e contra a *pessoa*. Concluí-se daí, a complexidade do tema. Não obstante os impedimentos constitucionais, percebe-se a tendência do STF autorizar o aborto em caso de anencefalia, em claro desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

**Palavras-chave:** Anencefalia. Nascituro. Direito à vida Aborto ADPF 54.

## ABSTRACT

Legal analysis of the interruption of pregnancy in cases of anencephaly with ADPF. 54, filed in the Supreme Court in 2004 by CNTS. Anencephaly is a malformation that occurs in neural tube. There are well established in anencephalic brain, which is why the life expectancy of these children is very short. Many mothers, pregnant with anencephaly, plead for judicial authorization to interrupt the pregnancy, citing the impracticality of the fetus. The diversity of judgments in these cases, and the resulting legal uncertainty, motivating the CNTS judge the ADPF 54, aimed at the so-called “therapeutic anticipation of **parturition** in cases of anencephaly”. The action was distributed to the Minister Rapporteur Marco Aurelio, and the decision of ADPF 54 have *erga omnes* effect and binding effects. It is known that the Brazilian Penal Code does not permit abortion in cases of anencephaly. But a systematic interpretation and teleological and evolutionary points of rules for non-punishment of the mother who decides for abortion. It is said also that there is no crime, comparing it to a stillborn anencephalic cerebral. Furthermore, the dignity of mother and enforceability of diverse behavior would warrant the “early **parturition**”. Moreover, the 1988 Constitution (art. 5º) keeps the inviolable right to life, regardless of their viability. The Civil Code of 2002 (art. 2º) gives the rights of the unborn from conception. The American Convention on Human Rights provides that the right to life is guaranteed by design. The Preamble of the Convention on the Rights of the Child says that the legal protection of children takes place both before and after birth. And the Criminal Code criminalizes abortion as a crime against *life* and against the *person*. We concluded that, the complexity of the issue. Despite Constitutional constraints, it is observed the tendency of the Supreme Court to allow abortion in cases of anencephaly, in clear disregard to the principle of separation of powers.

**Keywords:** Anencephaly. Unborn child.. Right to life. Abortion. ADPF 54

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

*Figura 1: Diferença do encéfalo de uma criança normal e uma anencéfala ..... 14*

## SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i> .....	11
1 ANENCEFALIA.....	13
1.1 Conceito.....	13
1.2 O Anencéfalo.....	14
1.3 Diagnóstico e incidência.....	17
1.4 A gravidez e o parto de uma criança anencéfala.....	18
1.5 Morte encefálica: seria o anencéfalo um natimorto cerebral?.....	19
1.6 Doação de órgãos de crianças anencéfalas.....	20
2 O INÍCIO DA VIDA HUMANA E OS DIREITOS DO NASCITURO.....	23
2.1 Teorias acerca do início da vida humana.....	23
2.2 A inviolabilidade do direito à vida.....	27
2.3 Proteção legal aos direitos do nascituro.....	28
2.4 O Pacto de São José da Costa Rica.....	30
3 ABORTO.....	32
3.1 Conceito e tipificação legal.....	32
<b>3.1.1 Meios de provocação do aborto</b> .....	34
3.2 A exegese do art. 128 do Código Penal.....	35
3.3 A teoria do aborto legal.....	37
<b>3.3.1 A (in)constitucionalidade do aborto legal</b> .....	38
3.4 O aborto como crime hediondo.....	39
3.5 A “hipocrisia” da proibição do aborto: será que as mulheres pobres são as maiores vítimas dessa vedação?.....	40
3.6 Consequências do aborto .....	42
<b>3.6.1 Consequências físicas do aborto</b> .....	43
<i>3.6.1.1 Consequências imediatas do aborto, de acordo com o método empregado</i> .....	43
<i>3.6.1.2 Consequências tardias do aborto</i> .....	44
<i>3.6.1.3 Demais consequências</i> .....	45
<b>3.6.2 Consequências psicológicas do aborto</b> .....	45

4 O ABORTO DE ANENCÉFALOS .....	47
4.1 Conceito de eugenia e o aborto eugênico.....	47
4.2 O “estado de necessidade” e a “inexigibilidade de conduta diversa” .....	50
<b>4.2.1 O estado de necessidade.....</b>	50
<b>4.2.2 A inexigibilidade de conduta diversa.....</b>	51
4.3 A atipicidade do aborto em caso de anencefalia.....	53
4.4 O “respeito” à dignidade humana da gestante x o direito à vida do nascituro.....	55
4.5 O aborto de um anencéfalo ajudaria à gestante.....	58
5 ADPF 54.....	61
5.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.	61
<b>5.1.1 Conceito.....</b>	61
<b>5.1.2 Cabimento.....</b>	62
<b>5.1.3 Os preceitos fundamentais.....</b>	62
5.2 O eufemismo da “antecipação terapêutica do parto” .....	63
5.3 Breve histórico da ADPF 54.....	64
5.4 Resumo da petição inicial.....	67
5.5 Resumo do parecer do Procurador Geral da República.....	69
5.6 Argumentos dos <i>amicus curiae</i> .....	70
<b>5.6.1 ANIS.....</b>	71
<b>5.6.2 CNBB.....</b>	71
5.7 O STF atuando como legislador.....	73
5.8 Um precedente para a legalização do aborto.....	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS.....	80
APÊNCIDE A - MARCELA DE JESUS – O FATO QUE FAZ CALAR O ARGUMENTO.....	84
ANEXO A – O PARECER DE JOSÉ NERI DA SILVEIRA.....	91

---

## INTRODUÇÃO

O Código Penal, de 1940, proíbe a prática do aborto, tipificando-o nos arts. 124, 125 e 126. Entretanto, abre-se uma exceção, um caso de não punibilidade, no art. 128 do CP. Segundo este dispositivo legal, não se pune o aborto se praticado para salvar a vida da mãe (aborto necessário), ou se a gravidez é resultado de estupro (aborto humanitário).

O desenvolvimento tecnológico tem possibilitado o diagnóstico precoce de anomalias e más-formações, como a anencefalia, o que não era possível há 50 anos. É fato que há uma diferença marcante entre o passado e o presente. O anencéfalo, que antes só era conhecido na interrupção espontânea da gravidez, ou ao nascer, agora já pode ser diagnosticado logo na 10ª semana de gestação.

Esse diagnóstico precoce coloca em discussão o que seria sequer imaginado à época da promulgação do Código Penal: a questão da pertinência ou não da interrupção da gravidez em caso de anencefalia.

O Código Penal não elenca, em seu art. 128, o aborto eugênico (aquele praticado nos casos em que há fundada probabilidade de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais). Dada a atualidade do problema, ante a iminência do julgamento da ADPF 54 pelo STF, o tema acerca da antecipação “terapêutica” do parto dos fetos anencefálicos assume grande importância não só na esfera jurídica, mas em toda a sociedade.

O tema gera controvérsia e muitas interpretações. Consequentemente, insegurança jurídica, uma vez que há decisões judiciais que autorizam e decisões que proíbem o aborto dos anencéfalos. Discussões acaloradas surgiram, bem como argumentos radicais, tanto pelos “abortistas”, como pelos “pró-vida”. Religiosos usam argumentos jurídicos, juristas recorrem à ciência, e cientistas baseiam-se na religião.

Nesse contexto, a relevância do presente trabalho reside no desenvolvimento de um estudo a fim de definir os verdadeiros reflexos jurídicos da autorização do aborto em caso de anencefalia, alertando para um importante precedente que se estará criando com essa decisão.

Ante o exposto, alguns questionamentos se fazem necessários: Quando começa a vida humana? A autorização judicial para a prática do aborto não contraria a Constituição Federal que prevê a vida como direito fundamental inviolável? A viabilidade do nascituro é requisito para a sua proteção legal? O princípio da dignidade da pessoa humana da mãe é superior ao direito à vida do nascituro? E a dignidade do feto? A gravidez de um anencéfalo é considerada uma gravidez de risco? O trauma por gerar um filho anencéfalo é suficiente para

justificar o aborto? E o trauma oriundo da própria prática abortiva? Será um anencéfalo uma coisa ou um ser humano? E ainda: ao autorizar o aborto dos bebês com anencefalia, não estaria o STF usurpando a função do Legislativo?

De fato, muito são os questionamentos e as incertezas. No entanto, uma coisa é certa: uma decisão há de ser proferida, para pôr fim à insegurança jurídica gerada por decisões antagônicas de juízes e tribunais.

O capítulo 1 conceitua a anencefalia, apontando as suas principais características, além de mostrar a dicotomia que há na literatura médica acerca do tema. É apresentado também o anencéfalo, personagem principal da ADPF 54. É um capítulo de extrema importância para o embasamento de uma opinião coerente.

No capítulo 2 serão abordadas as várias correntes sobre o início da vida, a fim de demonstrar a partir de que momento são adquiridos os direitos da personalidade no Direito brasileiro.

Os capítulos 3 e 4 referem-se ao aborto, desde sua forma mais ampla, até o aborto de crianças anencéfalas. Nesses capítulos serão levantados os argumentos que justificam a possibilidade ou não da interrupção da gravidez de anencéfalos, bem como sua viabilidade jurídica.

Por fim, o capítulo 5 aborda a questão da ADPF 54 ajuizada no STF em 2004. Discorre acerca dos itens mais importantes no que tange a esse controle de constitucionalidade, bem como seu histórico e prognósticos.

# 1 ANENCEFALIA

## 1.1 Conceito

Antes de entrar propriamente no tema *aborto de anencéfalos*, é importante conhecer aquele que está “sentado no banco dos réus”. Neste capítulo serão apresentados, de forma breve, o conceito e todas as principais características dessa má-formação, denominada *anencefalia*.

De modo geral, o conceito de anencefalia é utilizado inadequadamente para caracterizar a má-formação que ocorre no fechamento do tubo neural. Assim, o mais correto seria empregar o termo “meroanencefalia”, que designa a ausência de uma parte do encéfalo. Este compreende, além do cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral. Esta má-formação, que ocorre no processo de embriogênese, compromete o desenvolvimento encefálico, os ossos da abóboda craniana e o couro cabeludo.

A anencefalia é uma má-formação congênita que ocorre entre o 16º e o 26º dia após a concepção<sup>1</sup>. As células da placa neural constituem o sistema nervoso do embrião. Quando o desenvolvimento é normal, elas dobram sobre si mesmas a fim de criarem o tubo neural que dará origem à coluna vertebral e dentro dela, a medula espinhal. Após muitas transformações, o pólo superior do tubo neural finalmente dá origem ao cérebro.

Na anencefalia o tubo neural não se fecha completamente. No caso dessa má-formação, é a parte final da extremidade superior do tubo neural que deixa de se fechar.<sup>2</sup>

É importante ressaltar que a anencefalia possui graus variados. Segundo o Comitê de Bioética do Governo Italiano<sup>3</sup>

[...] a anencefalia não é uma má-formação do tipo “tudo ou nada”, ou seja, não está ausente ou presente, mas trata-se de uma má formação que passa, em solução de continuidade, de graus menos graves a quadros de indubitável anencefalia. Uma classificação rigorosa é, portanto quase impossível<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Há divergência na literatura médica quanto à fase do desenvolvimento intra-uterino que ocorre a anencefalia. Para alguns médicos, a ocorrência se dá entre o 20º e o 28º dia de gestação.

<sup>2</sup> Quando é a parte inferior que não se fecha, ocorre outra má-formação congênita, qual seja, a espinha bífida.

<sup>3</sup> O Comitê Nacional de Bioética do governo italiano é composto por estudiosos das mais diversas áreas, em coerência com a natureza intrinsecamente pluridisciplinar da Bioética: médicos, juristas, psicólogos, sociólogos, filósofos. A declaração italiana está disponível em <http://www.providaanapolis.org.br/cnbital.pdf>.

<sup>4</sup> CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Quem é o anencéfalo? É preciso conhecer aquele que está no banco dos réus do Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 901, 21 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7747>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

## 1.2 O anencéfalo

Na maioria dos casos, o corpo de uma criança com anencefalia não é afetado. Todavia, falta a calota craniana a partir das sobrancelhas. Geralmente, a criança nasce sem testa, com orelhas de implantação baixa e pescoço curto. A base do crânio é diminuída devido à alteração do osso esfenoide e a fossa posterior se apresenta com diâmetro transverso aumentado. A boca é relativamente pequena e o nariz longo e aquilino. Apresenta sobras de pele nos ombros, globos oculares protuberantes, pavilhões auditivos malformados, fenda palatina e anomalia das vértebras cervicais<sup>5</sup>.

Não há cérebro bem constituído no anencéfalo. A criança nasce com o que se costuma chamar “área cerebrovascular”, que consiste numa massa de tecido conectivo vascular e esponjosa, colágeno, canais de sangue, cistos, glias<sup>6</sup>, plexos coróides<sup>7</sup> irregulares e hemorragias. Um tecido neural de cor vermelha, coberto apenas por uma fina membrana pode ser visto através da abertura na calota craniana. O tamanho dessa abertura varia consideravelmente de uma criança para a outra.

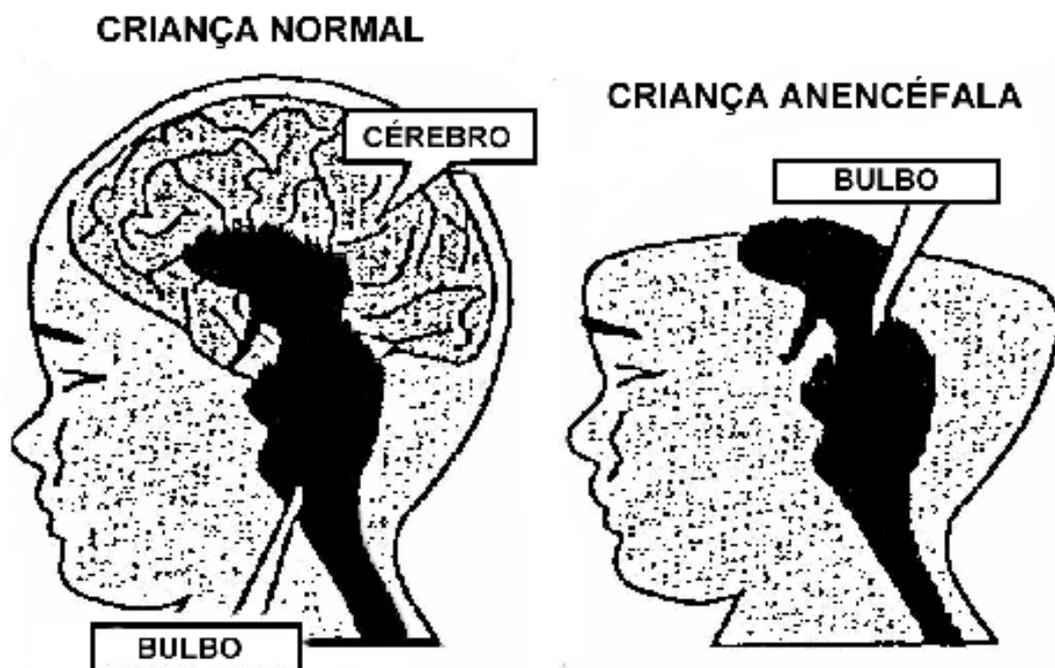


FIGURA 1 Diferença do encéfalo de uma criança normal e uma anencéfala.

<sup>5</sup> DIAMENT, Aron; CYPEL, Saul. **Neurologia Infantil**. 3 ed. São Paulo: Editora Athemus, 1996, p. 745.

<sup>6</sup> Tecido que ocupa os intervalos dos centros nervosos.

<sup>7</sup> Dobra da pia-máter nos ventrículos cerebrais, a qual segrega o líquido cefalorraquidiano.

A criança anencéfala possui uma grave deficiência no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Dessa forma, faltam não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. De acordo com muitos médicos, não desfrutam de nenhuma função superior do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, comunicação, afetividade e emotividade<sup>8</sup>.

Embora não tenham cérebro, ou só o tenham em parte, os bebês anencéfalos possuem o tronco cerebral funcionando. O tronco cerebral é constituído principalmente pelo bulbo, que é um alongamento da medula espinhal, que garante algumas funções vitais do organismo, tais como: respiração, ritmo dos batimentos cardíacos e certos atos reflexos como deglutição, vômitos e tosse.

O anencéfalo apresenta quase todos os reflexos primitivos de um recém-nascido. A esse respeito afirma Eugene F. Diamond, M.D., professor da *Pediatrics Loyola University Stritch School of Medicine*:

O anencéfalo não é de fato ausente de cérebro, uma vez que a função do tronco cerebral está presente durante o curto período de sobrevivência. Muito pouco se conhece sobre a função neurológica no recém-nascido anencéfalo. Um recente estudo em profundidade indica que eles estão funcionalmente mais próximos dos recém-nascidos normais do que dos adultos em estado vegetativo crônico.<sup>9</sup>

No mesmo sentido se pronuncia o Comitê de Bioética do Governo Italiano:

O encéfalo do recém-nascido parece hoje comparável cada vez menos a um cérebro adulto em miniatura, principalmente pelas funções de consciência e do contato com o ambiente, e cada vez mais comparável a um órgão em formação com potencialidades variáveis. A perda ou falta de uma parte do cérebro durante a fase de desenvolvimento não é comparável à perda da mesma parte depois que o desenvolvimento tenha se acabado completamente.<sup>10</sup>

A questão acerca do desenvolvimento de um anencéfalo é muito discutida. Enquanto médicos afirmam que uma criança anencéfala não pode ver, ouvir nem sentir dor, isso contrasta com a experiência de muitas famílias que tiveram filhos anencéfalos.

Como dito anteriormente, o cérebro é afetado em graus variados, de acordo com a criança. O tecido cerebral pode alcançar diferentes estágios de desenvolvimento. Algumas

<sup>8</sup> TERRUEL, Suelen Chirieleison. **Anencefalia fetal: Causas, consequências e possibilidade de abortamento**. Web Artigos.com, 2008. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/4787/1/Anencefalia-Fetal-Causas-Consequencias-E-Possibilidade-De-Abortamento/pagina1.html>. Acesso em: 30 Jan. 2010.

<sup>9</sup> DIAMOND, Eugene F. **Management of a Pregnancy With an Anencephalic Baby**. Anencephaly, Selected Medical Aspects, Hastings Center Report 18:11, 1988. *apud* CRUZ. Op.cit.

<sup>10</sup> SHEWMON A., *Anencephaly: selected medical aspects*, «Hastings Center Rep.», October/November, 11-17, 1988 *Apud* CRUZ. Op.cit.

crianças são capazes de engolir, comer, chorar, ouvir, sentir vibrações, reagir a toques e até mesmo à luz<sup>11</sup>.

É fato que há casos de anencefalia menos críticos que possibilitariam ao anencéfalo condições primárias sensoriais e de consciência. Isso seria possível devido a neuroplasticidade<sup>12</sup> do tronco cerebral. Nesse sentido posiciona-se o Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes<sup>13</sup>:

Não se trata, obviamente da possibilidade por parte do tronco de suprir as funções do córtex faltante. Mas de admitir que a neuroplasticidade do tronco poderia ser suficiente para garantir ao anencéfalo, pelo menos, nas formas menos graves, uma certa primitiva possibilidade de consciência. Deveria, portanto, ser rejeitado o argumento que o anencéfalo enquanto privado dos hemisférios cerebrais não está em condições, por definição, de ter consciência e provar sofrimentos<sup>14</sup>.

E continua explicando acerca da neuroplasticidade:

A questão dessas crianças manterem ou não algum tipo de relacionamento com o mundo exterior ou experimentar sensações, mesmo na ausência total ou na presença de apenas resquícios dos hemisférios cerebrais, tem sido objeto de controvérsia pela possibilidade da ocorrência de um certo grau de neuroplasticidade vertical a partir de estruturas encefálicas remanescentes. Esse fenômeno é tanto mais importante quanto mais precoce ocorre a malformação – no caso da anencefalia, ainda no primeiro mês –, já que as possibilidades de um rearranjo no encéfalo em formação são bastante diferentes de um encéfalo adulto, onde existem maiores limitações. Através desse mecanismo poderiam ser explicadas certas descrições de mães que, acompanhando crianças com anencefalia, dizem perceber algum tipo de interação com seus filhos durante a gestação ou após o parto, e que classicamente tem sido atribuídas a meros reflexos.<sup>15</sup>

Ademais, recentemente, alguns autores trabalhando com Ultrassonografia 4D e Ressonância Nuclear Magnética têm lançado apelos para a realização de mais estudos nos fetos e crianças vivas com anencefalia. O intuito é de melhor compreender a neurofisiologia dessa afecção. Estudam a possibilidade de o cerebelo (porção do encéfalo anteriormente ligada quase exclusivamente ao equilíbrio e agora também relacionada à cognição e emoção humana) ter algum papel na criança com anencefalia. Alguns desses estudos mostram a

<sup>11</sup> Vide o caso de Marcela de Jesus, Apêndice A.

<sup>12</sup> A neuroplasticidade consiste na capacidade do sistema nervoso em se readaptar e se reorganizar perante diferentes estímulos e situações.

<sup>13</sup> Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor em Cirurgia Geral - setor Torácico pela UFRJ e Livre-Docente em Cirurgia Torácica pela UFERJ

<sup>14</sup> NUNES, Rodolfo Acatauassú. **Anencefalia**: o médico não pode cometer o erro de considerar morto quem está vivo. Palestra proferida em 01 jul. 2005 durante o II Seminário de Bioética do Regional Sul (Vargem Grande Paulista - SP), tendo como tema "A ciência defendendo a vida". *apud* CRUZ. Op.cit..

<sup>15</sup> NUNES *apud* CRUZ. Op. cit.

possibilidade de um razoável grau de desenvolvimento do cerebelo em certas crianças anencéfalas.<sup>16</sup>

Aproximadamente 40% dos anencéfalos morrem antes de nascer. Sendo a anencefalia uma doença letal, bebês com essa má-formação possuem expectativa de vida muito curta. Ainda que não se possa estabelecer com precisão o tempo de vida extrauterina que terão, a maioria morre pouco tempo após seu nascimento. O tempo de sobrevivência do bebê anencéfalo pode variar muito, e está diretamente relacionado ao seu grau de anencefalia. Sendo assim, ele poderá morrer ainda no útero materno, como também sobreviver minutos, horas, dias, ou até meses. Há relato de casos de crianças que completaram mais de um ano de vida<sup>17</sup>.

### 1.3 Diagnóstico e incidência

A anencefalia é uma má-formação muito fácil de ser visualizada em um exame de ultrassom. Portanto, o diagnóstico pode ser feito com certa precisão a partir da 12ª semana de gestação, por meio desse exame, quando já é possível a visualização de segmento céfalo-fetal. Um especialista experiente utilizando uma ultrassonografia de alta resolução pode detectar a anencefalia logo na 10ª semana. Contudo, um diagnóstico mais confiável deverá ser feito por um médico qualificado após a 16ª semana, no qual a probabilidade de erro é mínima.

Não obstante a anencefalia ser uma das anomalias mais comuns do fechamento do tubo neural, sua incidência é muito pequena. Em uma análise estatística realizada entre 1990 e 2000, pelo Hospital das Clínicas da Universidade de Minas Gerais, em um total de 18.807 partos, a anencefalia se apresentou em 11 nascidos vivos e em 5 natimortos<sup>18</sup>.

Na maioria dos casos, a anencefalia é uma anomalia isolada. Assim sendo, é muito improvável que possa ocorrer novamente na mesma família. Mas o risco de incidência aumenta 4% em cada gravidez subsequente. Há também maior incidência de casos de anencefalia em mães diabéticas. Além disso, admite-se que a incidência é seis vezes maior na população branca do que na negra, assim como no sexo masculino mais do que no feminino<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Caso notório é o da menina Marcela de Jesus, que sobreviveu 1 ano e 8 meses, vide Apêndice A

<sup>18</sup> MOSER, Antônio; SOARES, André Marcelo M. **Bioética**: do consenso ao bom senso. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 113

<sup>19</sup> DIAMENT, Aron; CYPEL, Saul. Op.cit.

## 1.4 A gravidez e o parto de uma criança anencefálica

Os riscos para a mãe grávida de um bebê anencefalo são os mesmos de uma gravidez comum. O que pode ocorrer (aproximadamente em 25% dos casos) é a produção excessiva de líquido amniótico<sup>20</sup>. Isso ocorre porque a criança não tem os reflexos que a habilitam a engolir o líquido amniótico. Se o volume de líquido é excessivo, pode causar desconforto para a mãe. O trabalho de parto pode ocorrer prematuramente, ou a bolsa amniótica pode romper-se. Nestes casos, uma amniocentese<sup>21</sup> pode ser feita para reduzir o volume de líquido. O excesso de líquido amniótico é removido com uma seringa, o que oferece a mãe um conforto temporário.

Ainda que a maioria dos médicos afirme não haver nenhum risco para a gestante, além daqueles comuns a uma gravidez de um feto saudável, há uma vertente que defende ser a gestante de um anencefalo prejudicada pela gestação. Citam, além do excesso de líquido amniótico, a associação com doença hipertensiva específica de gravidez (DHEG), comprometendo a bem-estar físico da gestante.

Em geral, o bebê ajuda a iniciar o parto com sua glândula pituitária e as suprarrenais. Entretanto, se elas não estão presentes ou se seu desenvolvimento foi atrofiado nas crianças anencefalas, o parto nem sempre começa espontaneamente. Normalmente, a fase de dilatação e de expulsão do feto é mais demorada. Como a calota craniana não está formada, é ideal que a bolsa amniótica demore a se romper de tal modo que possa exercer a pressão necessária sobre o colo do útero a fim de dilatá-lo. Se for possível manter a bolsa amniótica intacta, o nascimento de um bebê anencefalo se dará quase do mesmo modo de um parto de uma criança sadia, tendo o mesmo tempo de duração.

A estimulação do parto deve ser cuidadosa. A experiência de mães de anencefalos mostra que o rompimento artificial do âmnio reduz significativamente a chance de o bebê nascer vivo. É criado um risco elevado no momento do parto devido ao trauma que o tecido neural sofre por não estar protegido pelas estruturas ósseas.

---

<sup>20</sup> Conhecida também como “poliidrâmnio”. Não é uma patologia exclusiva de grávidas de anencefalos, segundo afirmação do Dr. Edson de Oliveira Andrade, presidente do Conselho Federal de Medicina em uma consulta feita pela Corregedoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em 23 de maio de 2003.

<sup>21</sup> A amniocentese é um método de diagnóstico pré-natal, que consiste na aspiração transabdominal de uma pequena quantidade de fluido amniótico da bolsa amniótica, que envolve o feto. No caso em tela, é usada apenas para reduzir o volume de líquido amniótico.

## 1.5 Morte encefálica: seria o anencéfalo um natimorto cerebral?

O Conselho Federal de Medicina (CFM) estabeleceu critérios para a caracterização da “morte encefálica” em sua Resolução nº 1.480 de 08/08/1997. De acordo com essa resolução, a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte. Todavia, há uma ressalva ao afirmar que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de sete dias e prematuras. O art. 3º dessa resolução diz textualmente: “a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida”.

Atualmente, muitas são as críticas, na literatura médica, quanto aos critérios adotados para a chamada “morte encefálica”. Conforme vários pesquisadores, tais critérios seriam apenas um prognóstico e não um diagnóstico. Argumentam que o critério de caracterização da morte encefálica só foi introduzido para justificar a remoção precoce de órgãos vitais para fins de transplante.

No entanto, não se pode concluir que o anencéfalo é um ente humano morto simplesmente porque não emite ondas cerebrais. A Resolução 1.480, ao se referir à morte, fala em uma *parada total e irreversível das funções encefálicas*. É importante frisar que o Conselho Federal de Medicina não se refere à ausência de funções encefálicas, mas à sua perda, à sua parada. Ora, só pode parar aquilo que está em movimento.

Assim como o anencéfalo, o nascituro de menos de seis semanas também não emite ondas cerebrais. Se eles não as emitem, é pelo simples fato de seu cérebro ainda não ter sido formado. Além disso, tais critérios não são aplicáveis com segurança a crianças menores de sete dias e prematuras. Destarte, é um erro grave servir-se da Lei 9.434/97 (Lei dos Transplantes) e da Resolução nº 1.480 de 1997 do CFM, para concluir que o anencéfalo está morto.

Posteriormente, em 2004, o Conselho Federal de Medicina alterou o conceito de morte na Resolução 1.752/2004. A *morte encefálica* deu lugar à *morte cerebral*, contrariando o estabelecido em lei. Sabe-se, porém, que uma resolução não tem força para revogar uma lei. Em nenhum momento a lei utiliza a expressão “morte cerebral”, o que daria a entender que a simples parada de funcionamento do cérebro seria um sinal suficiente de morte. A Lei dos Transplantes fala em “morte encefálica”, o que significa que todo o encéfalo, *incluindo o tronco cerebral*, deve parar de funcionar para que o paciente seja considerado morto.

De acordo com a Resolução 1.752/2004 do CFM, os anencéfalos seriam natimortos cerebrais (por não possuírem hemisférios cerebrais). Acerca dessa afirmação se manifesta o Dr. Dornival da Silva Brandão:

De fato, não existe um “natimorto cerebral”. Um bebê é natimorto se nasceu morto. Caso contrário, é um nascido vivo. Não há uma terceira hipótese. A ausência de um cérebro não autoriza a falar de um “natimorto cerebral”, assim como a ausência de um braço não nos permite falar de um “natimorto braquial”, e a ausência de um rim não nos permite falar em “natimorto renal”.<sup>22</sup>

## 1.6 Doação de órgãos das crianças anencéfalas

Teoricamente, as crianças com anencefalia podem ser doadoras de órgãos. Porém, existem alguns problemas que dificultam essa doação. Os órgãos de um anencéfalo só podem ser removidos se a criança estiver morta. Entretanto, como dito anteriormente, os critérios que definem morte cerebral não podem ser aplicados para crianças com menos de sete dias. Antes que a morte cerebral seja confirmada, os órgãos dessas crianças podem ser danificados a ponto de não serem aptas para doação.

As crianças anencéfalas não possuem a parte posterior do cérebro. Mas a parte anterior, em geral, funciona normalmente no nascimento. Essa parte anterior morre lentamente e outros órgãos podem morrer no período intermediário de tempo. A morte cerebral clínica (completa ausência de reações e reflexos e ausência de respiração espontânea) quase sempre ocorre depois que o coração começou a falhar. Sendo assim, raramente as crianças anencéfalas seriam capazes de doar órgãos.<sup>23</sup>

O presidente da Sociedade Brasileira de Genética Médica, Salmo Raskin, afirmou na audiência pública, em agosto de 2008 no STF, que não há nenhum caso no Brasil em que se tenha usado órgão de um anencéfalo com a finalidade de transplantá-lo, haja vista a incompatibilidade desses órgãos em crianças saudáveis.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> CRUZ. Op.cit.

<sup>23</sup> PERGUNTAS mais freqüentes sobre anencefalia. Anencefalia Info, 2009. Disponível em: <http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>. Acesso em: 07 fev. 2010.

<sup>24</sup> MÉDICOS defendem o aborto em caso de feto anencéfalo. Veja.com Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/medicos-defendem-aborto-caso-feto-anencefalo-305078.shtml>. Acesso em: 05 de fev. 2010.

Apesar disso, o Conselho Federal de Medicina aprovou, em 08 de setembro de 2004, uma resolução que permite a doação de órgãos de recém-nascidos anencéfalos, ainda com o tronco cerebral funcionando, ou seja, antes que eles estejam mortos.

Com base nessa resolução, uma vez autorizada formalmente pelos pais, o médico poderia proceder ao transplante de órgãos de um anencéfalo após o seu nascimento, dada a inviabilidade de vida extrauterina, por não possuir a parte nobre e vital do cérebro, tratando-se de processo irreversível, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionando.

O médico Dr. Sérgio Ibiapina Ferreira Costa criticou duramente essa resolução do CFM.

Trata-se de decisão ética das mais difíceis na prática clínica considerar como apto para a doação de órgãos recém-nascidos com o tronco encefálico funcionando, não importa quanto tempo, portanto, vivo. O próprio CFM, na resolução que dispõe sobre a morte encefálica define alguns pontos que não devem suscitar dúvidas para a sociedade quanto aos critérios de um ente morto. Com esse propósito, convém enfatizar que o anencéfalo, mesmo com baixa expectativa de vida, detém tronco encefálico, respira após o nascimento, esboça movimentos e na condição de ser vivente, a ninguém é dado o direito de praticar homicídio, promovendo a retirada de órgãos para serem transplantados.<sup>25</sup>

Cabe ressaltar que essa resolução não está de acordo com a Lei de Transplantes, que proíbe a retirada de órgãos de pessoa viva. Além disso, a Lei 9.434/97 impõe sanções para remoção de órgãos e tecidos em desacordo com a mesma:

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições dessa lei:

[...]

§4º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena – reclusão de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.<sup>26</sup>

Ademais, o Conselho de Ética da Associação Médica Americana (AMA) mudou sua posição quanto à autorização ética da retirada de órgãos de criança nascida viva com anencefalia. Essa autorização baseava-se na assertiva que essas crianças nunca experimentariam uma consciência. Todavia, posteriormente e pela primeira vez na sua história, a AMA reconsiderou sua posição, voltando a proibir a doação de órgãos fora dos padrões aceitos internacionalmente para a morte encefálica. Na ocasião de sua reconsideração, conclamou a comunidade científica a realizar mais estudos a fim de esclarecer o verdadeiro estado da consciência dos anencéfalos.

---

<sup>25</sup> COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira. **Anencefalia e transplante**. São Paulo: Revista da Associação Médica Brasileira, jan/mar 2004, v. 50, n. I, p.10. Disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/ladabaixo.htm> Acesso em: 12 mar. 2010

<sup>26</sup> Lei n. 9.434/97 (Lei dos Transplantes).

Conclui-se que o critério de morte encefálica não pode ser usado para atestar a morte de um anencéfalo. Caso se utilize esse critério, estaremos retirando órgãos de uma criança viva. Impõe-se afirmar que a supressão de um ser vivente não é justificável mesmo quando proposta para salvar outros seres de uma morte certa.

## 2 O INÍCIO DA VIDA HUMANA E OS DIREITOS DO NASCITURO

### 2.1 Teorias acerca do início da vida humana

Atualmente, diversas questões vêm sendo colocadas no que tange ao momento em que se inicia a vida humana. O tema tornou-se de grande relevância, suscitando diversas indagações não só para o direito, mas também para a filosofia, ciências médicas, entre outros, principalmente com os grandes avanços alcançados pela biotecnologia.

De fato, é de extrema importância a análise da questão, uma vez que hodiernamente, situações novas trazem graves repercussões na esfera jurídica, incluindo aí o caso do aborto dos anencéfalos. Diversas teorias procuram determinar quando ocorre o início da vida, sendo que essas teorias estão longe de se tornarem pacíficas.

Sabe-se que atualmente é possível afirmar fases distintas desde a concepção ao nascimento. Entretanto, não é possível à ciência determinar exatamente uma passagem da animalidade à humanidade. A partir da invenção do telescópio, os cientistas começaram a entender melhor o segredo da vida. Foi então que ocorreu a descoberta do espermatozóide e do óvulo. Essa descoberta fez com que cientistas e religiosos da época deduzissem que a vida começa com a criação de um indivíduo geneticamente único. O problema reside no fato de não existir um momento único em que ocorre a fecundação. O encontro do óvulo com o espermatozóide não é instantâneo.

Em um primeiro momento, o espermatozóide penetra o óvulo [...]. Horas depois, o espermatozóide já está dentro do óvulo, mas os dois ainda são coisas distintas. “Atualmente, os pesquisadores preferem enxergar a fertilização como um processo que ocorre em um período de 12 a 24 horas”, afirma o biólogo americano Scott Gilbert, no livro *Biologia do Desenvolvimento*. Além disso, são necessárias 24 horas para que os cromossomos contidos no espermatozóide se encontrem com os cromossomos do óvulo.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup>. MUTO, Elisa; NARLACH, Leandro. **Vida: O primeiro instante** Superinteressante Disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/vida-primeiro-instante-446063.shtml>. Acesso em: 31 jan.2010.

Após a fecundação, o embrião pode dar origem a dois ou mais embriões até 14 ou 15 dias após a fertilização. Além disso, depois de fecundado numa das trompas, ele precisa percorrer um longo caminho até se fixar na parede do útero.

Joaquim Toledo Lorentz afirma que:

Na literatura médica costuma-se afirmar não se saber ao certo quando um embrião se torna humano, muito embora alguns considerem os embriões de 7 a 8 semanas como seres humanos em formação. No Brasil, a medicina adota o entendimento de que o início da vida humana se dá com a nidação, argumentando-se que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero da mulher.<sup>28</sup>

Assim sendo, o início da vida humana se dá com a gravidez, ou seja, o momento em que o blastocisto se une ao meio interno materno (nidação). O ovo, livre no meio externo, só terá possibilidade de continuar seu desenvolvimento normal quando sua localização for perfeita. Essa é a opinião de um grande número de ginecologistas nos dias de hoje. O ponto de partida dessa teoria é a constatação de que um grande número de óvulos fecundados é eliminado espontaneamente (de 30% a 50% do total). Uma vez fixado o embrião no útero, cai significativamente o número de abortos espontâneos.

A teoria de que a vida começa com a nidação sofre várias críticas dos *concepcionistas*.<sup>29</sup> Estes afirmam que a nidação não acrescenta nada à vida que se desenvolve, mas sim apenas fornece condições favoráveis ao seu desenvolvimento. Ademais, em que pese a distinção de fases no desenvolvimento embrionário incorre em um erro grave aquele que pretende se utilizar desse raciocínio para justificar sua atitude em relação à vida embrionária como se houvesse uma descontinuidade e nenhuma relação entre os estágios biológicos. A continuidade do processo de fecundação, fatalmente leva ao surgimento de um ser humano.<sup>30</sup>

Nesse sentido se posiciona Antônio Moser, para o qual

uma vez ocorrida a fecundação, o que normalmente se dá nas trompas, tem início o processo de uma nova vida. O óvulo fecundado, ou seja, o zigoto já traz em si as características essenciais do futuro ser humano. Ali se encontra o código genético, original e irreparável, com as determinações de uma vida

<sup>28</sup> LORENTZ, Joaquim Toledo in SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 337-338.

<sup>29</sup> A grande maioria dos cientistas renomados afirma que a vida se inicia na concepção. Vejamos alguns deles: “Não quero repetir o óbvio, mas na verdade, a vida começa na Fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. **A fecundação é o marco do início da vida**. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato.” (Jérôme Lejeune, descobridor da Síndrome de Dawn)

“O desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozóide se une a um gameta feminino ou ovócito para formar uma célula única chamada zigoto. **Esta célula altamente especializada e totipotente marca o início de cada um de nós, como indivíduo único.**” (Keith Moore e T.V.N Persaud).

<sup>30</sup> LORENTZ. Op. cit. p. 338.

humana: o sexo, a capacidade intelectual, os traços hereditários de caráter e até mesmo eventuais e futuras taras hereditárias. Uma vez iniciado o processo não existe nenhum ponto particular durante o desenvolvimento que seja mais importante do que qualquer outro. A matéria-prima está aí. Ninguém nega que haja uma evolução e que progressivamente outros fatores vão incidindo sobre este novo ser. Como também ninguém nega que os momentos acima assinalados são importantes. O que se afirma é que desde a fecundação é instalado um dinamismo sobre o qual nada mais há do que desdobramentos. A vida é um *continuum*, e a única aparente descontinuidade ao longo do processo de fertilização, em especial após a singamia, na qual dois elementos biológicos distintos, com diferentes patrimônios genéticos, se fundem num único elemento que, este sim, se desenvolverá progressivamente até o nascimento.<sup>31</sup>

Entre os médicos, invoque-se, por todos, Jérôme Lejeune, premiado geneticista francês, descobridor das causas da Síndrome de Down. Em seus vários trabalhos, o cientista demonstra que, desde a fecundação, a carga genética é plenamente diferenciada em relação a do pai e a da mãe, sendo o nascituro, desde a primeira fase da evolução, ser individualizado.<sup>32</sup>

Além da concepção e da nidadação, há uma terceira teoria na qual só seria possível falar em vida humana na medida em que fosse cessada a possibilidade de uma segmentação. Nem sempre o embrião continua único, podendo sofrer uma divisão até cerca de duas semanas após a fecundação. A esse respeito questiona Moser:

Como ficaria o caso dos gêmeos univitelinos, que partilham a mesma placenta, e dos irmãos siameses que partilham também o saco amniótico? E há mais: ocorre, embora muito raramente, que dois óvulos fecundados se reconstituam num só indivíduo... Daí a pergunta mais do que séria: como admitir que haja um ser verdadeiramente humano se ainda há possibilidade de desdobramentos? Como falar de ser verdadeiramente humano antes que haja terminado o processo de individuação?<sup>33</sup>

Portanto, essas duas primeiras semanas são importantes para o fator de individualidade e de unicidade uma vez que neste prazo pode ocorrer que o zigoto se desdobre em partes idênticas. Nesse sentido afirma a Dra. Jussara Maria Leal Meirelles que o intervalo de 14 dias é escolhido por muitos arbitrariamente, revelando uma pérfida definição dos valores humanos, e criando a ilusão de não estarmos matando alguém, no caso de descarte dos embriões excedentes.<sup>34</sup>

Há uma quarta corrente científica que defende que para saber o que é vida, basta entender o que é morte. O raciocínio é simples: todos admitem que, cessadas as funções do

<sup>31</sup> MOSER, Antônio. **Biotecnologia e Bioética: para onde vamos?** 4 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 156-157.

<sup>32</sup> CHINELATO, Silmara Juny *in* DELGADO, Mario Luiz; ALVEZ, Jones Figueredo. **Novo Código Civil: Questões controvertidas**. Vol 1. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 366.

<sup>33</sup> MOSER. Op. cit. 2004, p. 152.

<sup>34</sup> MEIRELLES *apud* LORENTZ. Op. cit. p.338-339.

cérebro, a pessoa deve ser considerada morta.<sup>35</sup> Como então admitir uma pessoa verdadeiramente humana antes da formação básica do cérebro? Para essa teoria, a partir da formação do denominado “sulco primitivo”, o embrião deixa de parecer um amontoado de células para se tornar entidade organizada de uma forma simétrica. A vida começaria, portanto, com o aparecimento dos primeiros sinais de atividade cerebral. Essa formação só estaria concluída após três meses de gestação.

Acerca dessa teoria, lembra Moser que

há quem veja na formação deste sulco primitivo apenas mais uma fase no decurso da embriogênese. Afinal, há outras circunstâncias da vida que o cérebro parece completamente desativado, e, no entanto sabe-se que conserva a possibilidade de ser ativado. É o caso de alguns pacientes em estado de coma que voltam ao estado consciente. Se nesta circunstância invocamos o princípio da dignidade humana para continuar considerando-a viva, por que não procedemos da mesma forma em relação ao embrião que está para “acordar”?<sup>36</sup>

Além dessas quatro correntes principais, cabe destacar ainda outras teorias no que se refere ao início da vida.

Existe a “teoria da configuração dos órgãos”, como determinação da unicidade e individualização do novo ser. Para os que a adotam, até a plenitude da formação do corpo não se poderia falar na existência de uma “pessoa”, já que não estaria plenamente individualizada, ou seja, não estaria formado o indivíduo. Existe também a “teoria da viabilidade” segundo a qual a natureza humana do concebido e não nascido é outorgada somente àqueles que alcançam maturidade suficiente para viver fora do útero.<sup>37</sup>

No direito francês, como no antigo direito italiano, não basta o nascimento com vida. É mister que o nascido seja viável. A viabilidade é a aptidão para a vida. O Código espanhol, em seu art. 30, exige no recém-nascido *forma humana* e que tenha vivido 24 horas. O antigo direito português condicionava à vida a figura humana, limitando-se o código atual ao nascimento completo e com vida.<sup>38</sup>

De fato, são muitas as teorias acerca do início da vida. O Direito brasileiro adota a teoria concepcionista, garantindo o direito à vida, desde sua fase mais precoce, ou seja, desde a concepção, como será tratado adiante.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Isso não ocorre no caso de crianças anencéfalas, como tratado no capítulo anterior.

<sup>36</sup> MOSER. Op. cit. 2004, p. 152-153.

<sup>37</sup> LORENTZ. Op. cit. p. 339.

<sup>38</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1: Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. 21 ed. ver. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 219-220.

<sup>39</sup> Essa posição é a mesma adotada pela Igreja Católica. Conforme João Paulo II, “A Igreja sempre ensinou e ensina que tem de ser garantido ao fruto da gestação humana, desde o primeiro instante de sua existência, o

## 2.2 Inviolabilidade do direito à vida

O direito à vida é o bem juridicamente tutelado de maior importância. É o pressuposto de existência dos demais direitos da personalidade. Para Roberto Senise Lisboa, o “*direito à vida é a causa de existência dos demais direitos personalíssimos, dada a sua importância, concebendo-se que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir com determinada função na sociedade*”.<sup>40</sup>

Os direitos personalíssimos são adquiridos a partir do instante que a pessoa começa a existir. Primeiramente, o direito à vida surge como o direito da personalidade que embasa a existência dos demais. Só quem é vivo possui os demais direitos da personalidade, como a integridade física e psíquica.

Esse também é o entendimento de Adriana Caldas Dabus Maluf. Conforme a autora, os direitos da personalidade “são inatos – pois se adquirem no momento da concepção, nascem e se extinguem com seu titular, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por referir-se à qualidade humana”.<sup>41</sup>

Acerca do direito à vida, afirma Maria Helena Diniz que

a vida humana [...] é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. A vida não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito a uma pessoa sobre si mesma. Na verdade, o direito à vida é o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos. Logo [...], direito de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se da ação judicial.<sup>42</sup>

Sendo assim, o direito à vida é um direito fundamental do homem, pois é dele que decorrem todos os outros direitos. É também um direito natural, inerente à condição de ser humano. Em virtude disso, a Constituição Federal declara que o direito à vida é inviolável. Diz o artigo 5º da Constituição: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer*

---

respeito incondicional que é moralmente devido ao ser humano na sua totalidade e unidade corporal e espiritual”.

João Paulo II. **O Evangelho da Vida**, n. 60.

<sup>40</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. v.1: Teoria geral do direito civil. 5 ed. reform. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 170.

<sup>41</sup> MALUF, Adriana Caldas Dabus in DELGADO, Mario Luiz; ALVEZ, Jones Figueredo. **Novo Código Civil: Questões controversas**. Vol 1. São Paulo: Editora Método, 2006. p 48.

<sup>42</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol 1: teoria geral do direito civil. 22 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-01-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 122.

*natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]”*.<sup>43</sup>

Todos os direitos são invioláveis, uma vez que não há direito passível de violação. Mas a Constituição Federal frisou a inviolabilidade do direito à vida exatamente por se tratar de direito fundamental. Importante lembrar que a Constituição Federal é a Lei Maior do país, à qual devem se reportar todas as demais leis. Além disso, os direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal são *cláusulas pétreas*, ou seja, são direitos que não podem ser suprimidos da Constituição, nem mesmo por emenda constitucional.

Além da Carta Magna, o Pacto de São José da Costa Rica declara a inviolabilidade do direito à vida. Em seu art. 4º prevê que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.<sup>44</sup>

## 2.3 Proteção legal aos direitos do nascituro

Os direitos do nascituro são de natureza estritamente personalíssima e são resguardados desde a concepção, nos termos do nosso Código Civil de 2002. Dessa forma, lhes são outorgados os direitos da personalidade compatíveis com a situação do ser humano em desenvolvimento no útero materno. Nesse sentido, vale mencionar Maria Helena Diniz:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro*, personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* [...].<sup>45</sup>

Destarte, não se pode ignorar o direito à vida do nascituro, que independe de sua viabilidade extrauterina. A vida humana começa na concepção. Essa é a exegese do art. 4º do Pacto de São José da Costa Rica. O inciso I do referido artigo diz que “Toda *pessoa* tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, *desde o*

<sup>43</sup> CLEMENTE, Aleksandro. **O direito à vida e a questão do aborto**. Portal da família. Disponível em: <http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo400.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2010.

<sup>44</sup> Sobre o Pacto de São José da Costa Rica, vide item 2.4.

<sup>45</sup> DINIZ M.H. Op. cit., 2005. p. 192.

*momento da concepção*. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Além disso, a 2ª parte do art. 2º do nosso Código Civil, “põe a salvo, *desde a concepção*, os direitos do nascituro”. Vale citar ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) que em seu art. 7º protege a criança não nascida, objetivando o seu nascimento: “Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito à proteção, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas *que permitam o nascimento* e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

A esse respeito, cabe citar a argumentação de Franco Montoro:

Ora, se o Código fala em “direitos” do nascituro, é porque lhe reconhece a personalidade, pois, [...] todo titular de direitos é pessoa. “Se os nascituros não são pessoas”, pergunta Teixeira de Freitas, (*Esboço do Código Civil*, Rio, 1860, art. 121) “qual o motivo das leis penais e de polícia, que protegem sua vida preparatória? Qual o motivo de punir-se o aborto?”. E acrescenta: “Não concebo que haja ente com suscetibilidade de adquirir direitos, sem que seja pessoa. Se se atribuem direitos às pessoas, por nascer; se os nascituros são representados, dando-se-lhes o Curador [...]; é forçoso concluir que já existem, e que são pessoas; pois o nada não se representa. Se os nascituros deixam de ser pessoas pela impossibilidade de obrar, também não seriam pessoas os menores impúberes, ao menos até certa idade”. [...] Como consequência lógica dessas premissas impõe-se a conclusão que Clóvis formulou nos termos seguintes: “A verdade está com aqueles que harmonizam o direito civil consigo mesmo, com o penal, com a fisiologia e com a lógica. Realmente, se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege, cominando penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa” (Clóvis Beviláqua. *Em defesa do Projeto de Código Civil Brasileiro*, Rio, Ed. Francisco Alves, 1906, p. 58)<sup>46</sup>.

Destarte, não há dúvidas de que o nascituro possui direitos. E antes de todos os direitos, ele possui o direito à vida. O anencéfalo não perde o direito à vida pelo simples fato de ser portador de uma anomalia grave. Maria Helena Diniz questiona acerca dos direitos de um anencéfalo:

Seria a Anencefalia razão suficiente para pôr fim ao feto e legitimar o aborto seletivo pelo simples fato de que a vida está fadada ao fracasso, porque a criança não terá capacidade, se nascer, de dar continuidade a pouca vida que lhe resta? [...] Ninguém é tão desprezível, inútil ou insignificante que mereça sua morte decretada, por meio de interrupção de gestação, uma vez que a natureza é sábia e se encarregará de seu destino se não tiver condição de vida autônoma extra-uterina.<sup>47</sup>

Entendimento contrário é o dos defensores do aborto. Para estes o nascituro não é pessoa, possuindo apenas *expectativa* de direitos.

<sup>46</sup> MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25 ed .São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 494-496.

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

## 2.4 O Pacto de São José da Costa Rica

O Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, entrou em vigor no Brasil em 1993. Neste tratado internacional é claro o direito à vida desde a concepção.

Vejamos o que dizem alguns artigos dessa Convenção:

Art. 1º,

[...]

n. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

[...]

Art. 3º. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Art. 4º

n. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Por outro lado, o Código Civil de 2002 dispõe em seu artigo 2º que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. O artigo supracitado leva muitos civilistas a afirmarem que o nascituro não é pessoa e possui mera *expectativa de direitos*. A pergunta que se faz é: teria o Código Civil força para revogar esse tratado internacional? Para responder a essa pergunta, algumas questões devem ser esclarecidas.

A primeira delas refere-se à hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No desfecho do extenso rol de direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição, o §2º estabelece que aquela lista não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios consagrados na carta, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Ao efetuar tal incorporação, a Constituição atribui aos tratados internacionais, uma hierarquia diferenciada. Assim, os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, integram o elenco dos direitos internacionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, principalmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, foi acrescentado ao art. 5º o § 3º. Desde então, não existe mais qualquer dúvida acerca da hierarquia dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. Segundo o mesmo parágrafo, “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A dúvida que há é em relação ao passado, no que tange aos tratados internacionais dos quais o Brasil se tornou signatário antes da promulgação da EC 45/04, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica.

Isso há de gerar controvérsia entre constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a Carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.<sup>48</sup>

Esclarecida a primeira questão, resta-nos indagar sobre qual norma deverá prevalecer: o Código Civil ou a Convenção Americana de Direitos Humanos? Estamos diante da chamada antinomia de segundo grau, tendo em vista dois critérios possíveis para a solução desse conflito de leis, quais sejam, o hierárquico e o cronológico. Como dito anteriormente, o Pacto de São José da Costa Rica, tem status de Emenda Constitucional, portanto, superior hierarquicamente ao Código Civil (lei ordinária). No entanto, essa Convenção é de 1969, sendo adotada pelo Brasil em 1993; já o Código Civil é de 2002.

Na hipótese de haver conflito entre o critério hierárquico e o cronológico, a meta-regra *lex posterior inferiori non derogat priori superiori*, resolveria o problema, isto é, o critério cronológico não seria aplicável quando a lei nova for inferior à que lhe veio antes. Prevalecerá, portanto, o critério hierárquico, por ser mais forte que o cronológico, visto que a competência se apresenta mais sólida do que a sucessão do tempo.<sup>49</sup>

Sendo assim, conclui-se que o Pacto de São José da Costa Rica deve prevalecer sobre o Código Civil. Logo, o nascituro é pessoa, e tem seu direito à vida assegurado desde a concepção.

---

<sup>48</sup> REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.103.

<sup>49</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17 ed. à luz da Lei n. 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 482.

## 3 ABORTO

### 3.1 Conceito e tipificação legal

O Código Penal brasileiro, de 1940, bem como a maioria das legislações penais contemporâneas, tipifica o aborto nos crimes contra a vida e contra a pessoa.

Entretanto, o nosso Código Penal não define este delito. O conceito de aborto em termos penais não se traduz num círculo fechado, no qual nenhuma avaliação metajurídica interfere. Trata-se de figura típica que comporta alargamentos ou restrições, de acordo com a aferição que se dá ao momento em que se reconhece a presença de vida humana individualizada na gravidez.

Provocar aborto é interromper a gravidez com a finalidade de matar o feto. Para a consumação do crime, é necessário que o aborto ocorra até o momento do início do parto, com o rompimento do saco amniótico.<sup>50</sup> Não importa, para a configuração do delito, o local em que ocorre a morte do feto. Este pode morrer no útero materno, sendo expulso em seguida ou petrificado ou absorvido pelo organismo, sem expulsão; ou até mesmo ser expulso ainda vivo e morrer *em decorrência das manobras abortivas realizadas*. Essa é a definição de aborto criminoso para Hélio Gomes: “É a interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu estado evolutivo, desde a concepção até momentos antes do parto”.<sup>51</sup>

O nosso ordenamento jurídico tipifica três tipos de aborto: o auto-aborto e o aborto consentido (art. 124, CP); o aborto praticado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art.125, CP) e o aborto praticado por terceiro, com o consentimento da gestante (art. 126, CP).

A tipificação do crime de aborto traduz a tutela da vida humana intrauterina. O direito à vida é garantia fundamental e inviolável, conforme o art. 5º da Constituição Federal. Essa proteção é estendida à vida do feto. Segundo Alberto Silva Franco,

Embora o texto constitucional nada diga a respeito do não nascido, tudo está a indicar que sua vida é um bem relevante que a Constituição se obriga a

---

<sup>50</sup> Após o início do parto, a infração penal não é aborto, podendo ser infanticídio ou homicídio, dependendo do caso.

<sup>51</sup> GOMES *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial, vol. 2. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 159.

tutelar de forma que não sofra violação. Se a Constituição considera que é inviolável o direito à vida e que todos, indistintamente, possuem tal direito, é evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido em sua plenitude, abarca não somente a vida independente, mas também a vida humana em formação. Ademais, a caracterização da vida humana dependente, como bem jurídico constitucional, se vincula também ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que se exige do Estado o dever de respeitar a vida humana, e, nessa circunstância uma vida em formação representa, num momento determinado do processo de gestação um valor merecedor de tutela. Deste direito constitucional à vida derivam para o Estado duas classes de deveres: o dever de respeitar as vidas humanas e o dever de proteger as vidas humanas frente aos ataques homicidas procedentes de outros particulares.<sup>52</sup>

A vida intrauterina é protegida para que o ser humano possa desenvolver-se normalmente e nascer. “O produto da concepção – o feto – não é uma *spes vitae* e tampouco uma *pars ventris*, mas um ser vivo verdadeiro e próprio, que cresce, tem um metabolismo orgânico próprio e, sobretudo quando está a gravidez em período avançado, move-se e apresenta batimento cardíaco”.<sup>53</sup>

Rodríguez Devesa amplia o número de bens jurídicos tutelados. Para o autor,

o aborto lesiona ou põe em perigo diversos bens jurídicos. Em primeiro lugar está a vida do feto. Trata-se de uma vida humana na fase anterior ao seu nascimento e a proteção outorga-se desde o momento mesmo da concepção. O aborto lesiona também o interesse do Estado em manter uma elevada quota de natalidade e põe, ademais, em perigo a vida ou a saúde da mãe.<sup>54</sup>

Entendimento contrário é o de Luiz Regis Prado. Segundo o penalista, a comunidade e o Estado não são sujeitos passivos do delito de aborto.

A vida humana, dependente ou independente, não é um bem jurídico coletivo, mas individual por excelência. O interesse social que se manifesta na proteção da vida do produto da concepção, também existe com relação à grande maioria dos bens jurídicos penalmente tutelados, ainda que de cunho individual. Logo, não se justifica por que no aborto pudesse haver um interesse maior capaz de outorgar ao Estado ou à comunidade sua titularidade.<sup>55</sup>

.Não há aborto culposo, uma vez que o elemento subjetivo do tipo é o dolo<sup>56</sup>, direto ou eventual.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> FRANCO *apud* BARTOLI, Márcio; PANZERI, André *in* FRANCO, A.S; STOCO, R. (coord.) **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 661-662.

<sup>53</sup> ANTOLISEI, F. *apud* PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 183. vol. 2. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 106.

<sup>54</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. *apud* PRADO. Op. cit. p. 106.

<sup>55</sup> PRADO. Op. cit. p. 108.

<sup>56</sup> Se terceira pessoa provocar culposamente o aborto, responderá por lesão corporal culposa.

<sup>57</sup> Dolo direto caracteriza-se pela vontade livre e consciente de interromper a gravidez e causar morte do feto. Já o dolo eventual ocorre quando se assume o risco de produzir o resultado morte.

É de extrema relevância, para o estudo do aborto, a definição do momento de reconhecimento da existência da vida humana no processo de gravidez. Como o texto legal é omissivo, a maioria dos penalistas defende que a proteção legal inicia-se a partir da concepção, evoluindo até o momento do início do parto. Essa é a posição de Nelson Hungria:

O Código, ao incriminar o aborto, não distingue entre o óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez, antes de seu termo normal, há o crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, até o rompimento da membrana amniótica), provocar a sua interrupção é cometer crime de aborto.<sup>58</sup>

Por outro lado, diverge Heleno Fragoso, para o qual aborto é a interrupção da gravidez a partir da nidação. Para o autor, a configuração do aborto

pressupõe, portanto, a gravidez, isto é, o estado de gestação que, para os efeitos legais, inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina. Do ponto de vista médico, a gestação se inicia com a fecundação, ou seja, quando o ovo se forma na trompa, pela união dos gametas feminino e masculino. Inicia-se então a marcha do óvulo fecundado para o útero, com a duração médica de três a seis dias, dando-se a implantação no endométrio. Daí por diante é possível o aborto.<sup>59</sup>

### 3.1.1 Meios de provocação do aborto

São vários os meios dirigidos à provocação do aborto, podendo ser reunidos em três grupos principais.

Um dos métodos utilizados é o químico ou bioquímico. São substâncias que introduzidas no organismo da gestante estimulam as contrações dirigidas à expulsão do produto da concepção. São exemplos: ácidos minerais, compostos de sódio, potássio, ferro ou mercúrio, sais de cobre, chumbo ou prata, extrato de hipófise ou pituitária, alcalóides, ácidos orgânicos, venenos hemáticos, amargos ou purgativos e plantas aromáticas.

Outra forma de se provocar o aborto é por meio mecânico, térmico ou elétrico. Nesse grupo se enquadram a curetagem, a sucção uterina, a punção, a microcesária, as quedas provocadas, aplicações de gelo ou compressas quentes e choques elétricos por máquina estática.

Por fim, vale citar ainda os meios psíquicos, como provocação de terror e sustos, entre outros.

<sup>58</sup> HUNGRIA *apud* BARTOLI, Márcio; PANZERI, André *in* FRANCO, A.S; STOCO, R. (coord.), 2007, p. 662.

<sup>59</sup> FRAGOSO *apud ibidem*, p. 663.

## 3.2 A exegese do artigo 128 do Código Penal

O Código Penal prevê, no seu art. 128, duas hipóteses de não punição do aborto: em caso de gravidez resultante de estupro ou se a prática abortiva for o único meio de salvar a vida da gestante. A regra geral é a punição do aborto, mas excepcionalmente, se existentes aquelas duas hipóteses, considera-se a prática do aborto “lícita”.<sup>60</sup> Conforme a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (item 41), “militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a qual o legislador penal não pode deixar de atender”.

Segundo Luiz Regis Prado,

apesar da tipificação do aborto voluntário, o Código Penal brasileiro adota o *sistema das indicações*. Segundo esse sistema, a vida do nascituro é um bem jurídico digno de proteção penal, o que justifica a criminalização inclusive do auto-aborto, do aborto consentido e do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. Não obstante, sob certas circunstâncias, isto é, quando há conflito entre a vida do embrião e do feto e a determinados interesses da mãe, aquela deve ceder em favor destes últimos. Em síntese, parte-se de um esquema de regra-exceção: a regra é a punição do aborto, a exceção, permitir o aborto em determinadas hipóteses expressamente previstas (indicações), além das eximentes comuns de responsabilidade disciplinadas pelo Código Penal.<sup>61</sup>

O inciso I do art. 128, CP refere-se ao chamado “aborto terapêutico”. É “lícita” a sua prática quando não há *nenhum outro meio* de salvar a vida da gestante, a não ser por meio do aborto. Portanto, exige-se a comprovação da constatação do perigo de vida concreto da gestante bem como a inexistência de outro meio para salvá-la. Não é necessário, nesses casos, o consentimento da gestante (ou de seus representantes legais). Basta a confirmação médica daqueles dois pressupostos. Cabe unicamente ao médico decidir pela necessidade do aborto. Baseia-se no estado de necessidade, excludente da ilicitude da conduta, quando não houver outro meio apto a afastar o risco de vida.

O inciso II do mesmo diploma legal prevê o “aborto humanitário”. Nessa hipótese, para que o aborto seja “lícito”, exige-se a demonstração de que a gravidez é consequência de estupro<sup>62</sup>. Nesse caso é mister o *consentimento da gestante ou de seu representante legal*.

<sup>60</sup> No item 3.3 será tratada a questão do aborto dito “lícito”.

<sup>61</sup> PRADO. Op. cit. p. 118.

<sup>62</sup> A jurisprudência tem utilizado a analogia para permitir o aborto também quando a gravidez resultar de atentado violento ao pudor, aumentando o alcance da causa de justificação. Luiz Regis Prado se opõe a essa aplicação analógica. Segundo o autor, o art. 128, II é norma não-incriminadora excepcional em relação a norma não-incriminadora geral (art. 23, CP). Portanto, como se trata de *jus singulare*, em princípio, não deve ser aplicada a analogia, ainda que *in bonam partem*.

Como observa Jiménez de Asúa, essa espécie de aborto “significa o reconhecimento claro do direito da mulher a uma maternidade consciente”.<sup>63</sup>

No que se refere ao consentimento da gestante, uma observação se faz necessária. Não se pode alegar que a excludente de ilicitude baseia-se no consentimento do ofendido, tendo em vista que este somente pode operar nos delitos em que o único titular do bem ou interesse juridicamente protegido é a pessoa que pode dispor livremente de seus direitos. O nascituro é o titular do bem jurídico tutelado, e ante a impossibilidade de obtenção de seu consentimento, não há que se cogitar a exclusão da ilicitude da conduta do médico apoiando-se no consentimento do ofendido.<sup>64</sup> Ademais, o direito à vida é indisponível, irrenunciável e intransmissível; logo, jamais poderia se invocar o consentimento do ofendido como causa de excludente de ilicitude. Nesse sentido, afirma Aníbal Bruno: “a gestante não é o titular do bem jurídico protegido pela incriminação do aborto. O seu consentimento não pode mesmo ser objeto de apreciação para a justificação dessa espécie punível, tanto que uma das suas formas é aquela em que o agente é a própria gestante”.<sup>65</sup>

No “aborto humanitário” o que se alega é a inexigibilidade de conduta diversa. “O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente as cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento”.<sup>66</sup>

É importante ressaltar que em ambos os casos do art 128 do CP, o aborto só poderá ser praticado, única e exclusivamente, por médico.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> *Apud* PRADO. Op. cit. p. 120.

<sup>64</sup> PRADO. Op. cit. p. 121.

<sup>65</sup> *Apud* PRADO. Op. cit. p. 121.

<sup>66</sup> PRADO *ibidem* p. 121.

<sup>67</sup> A esse respeito cabe fazer uma observação no que tange ao aborto praticada por enfermeira. No primeiro caso, do aborto necessário, não havendo outro meio de salvar a vida da gestante, a enfermeira, ou mesmo outra pessoa que pratique o aborto não responderão por crime algum. Quando ocorre o estado de necessidade, todas as condutas proibidas pelo Código Penal são excepcionalmente autorizadas, afastando-se a proibição. Nesse caso, a enfermeira não responde pelo crime de aborto, mas com fundamento no art. 24 do CP e não no art. 128, II, pois esta excludente exige uma condição especial, qual seja a de médico. O mesmo não ocorre no caso do chamado “aborto humanitário”, uma vez que aqui não há o estado de necessidade. Esse é o entendimento da maior parte da doutrina. No entanto, há autores, dentre eles Cezar Roberto Bitencourt, que alegam a possível configuração de inexigibilidade de conduta diversa. (BITENCOURT. Op. cit. p. 171-172).

### 3.3 A teoria do “aborto legal”

Não obstante a maioria dos doutrinadores defenderem a “legalidade” dos abortos necessário e humanitário, uma correta exegese do art. 128 do CP mostra que estamos diante não de um “aborto legal”, e sim de uma causa de não punibilidade<sup>68</sup>. Dispõe o *caput* do artigo supracitado: “*não se pune* o aborto praticado por médico” e não que *não constitui crime* o aborto praticado por médico para salvar a vida da gestante ou se a gravidez é oriunda de estupro. Não existem palavras inúteis na lei. Se a expressão *não se pune* equivalesse a expressão *não há crime*, não seria necessário alterar o *caput* do artigo 128 do CP. Prova disso foram as inúmeras tentativas de se alterar esse artigo, como a do Anteprojeto do Código Penal (em 1984) de alterar a redação do art.128 do Código Penal para “*não constitui crime*”.<sup>69</sup>

No que tange à interpretação do art. 128, se manifesta Maria Helena Diniz:

Haveria no Brasil aborto legal?

A resposta a essa questão liga-se à exegese do art. 128 do Código Penal. [...] Há quem entenda que tal artigo, ao dispor que *não se pune* o aborto feito por médico para salvar a vida da gestante ou quando a gestação for resultante de estupro, não está descriminalizando o abortamento nessas hipóteses excepcionais, mas sim despenalizando-o. Não há pena sem crime, mas pode haver crime sem pena, ante o disposto nos arts. 23, 121, § 5º, e 181 do Código Penal. Trata-se de isenção de pena, escusa absolutória ou perdão legislativo, em que a lei, por motivo de política criminal, afasta a punibilidade. A ausência de punição não retira o caráter delituoso do fato, tanto que, se um particular vier a fazer um abortamento para salvar a vida da gestante ou porque ela foi estuprada, crime haverá e, ainda, a aplicação de uma pena. Crime é uma coisa e pena, outra. Deveras, Nelson Hungria pondera: “a ilicitude penal de um fato não deriva da *sanctio*, mas do *praeceptum* da norma penal. No preceito é que se encerra o juízo de reprovação, que inspira o legislador na incriminação de tal ou qual fato. O preceito é um *prius* em relação à sanção, de sorte que, quando por uma questão de necessidade ou oportunidade (e não pelo fato em si mesmo), é suprimida, no caso concreto, a sanção, não desaparecendo a ilicitude penal do fato”. O art. 128 ,I e II, do Código Penal está apenas autorizando o órgão judicante a não punir o crime configurado, por eximir da sanção o médico que efetuar prática abortiva para salvar a vida da gestante ou para interromper gestação resultante do estupro. Tal isenção não elimina o delito,

<sup>68</sup> É o que ocorre no caso do art. 181, CP. De acordo com esse dispositivo, não se aplica pena a crimes contra o patrimônio, praticados por familiares. Então, teria o filho direito a furtar o pai? Óbvio que não. Não é concedido a nenhum cidadão um alvará para furtar do próprio pai. Mas essa é a conclusão a que chegaríamos, se confundíssemos *não punição* do furto com o *direito de furtar*. Não existe *furto lícito*, assim como não há *aborto lícito*.

<sup>69</sup> A Parte Especial do Código Penal não foi alterada por esse Anteprojeto, que incluía também o aborto eugênico como forma de não-incriminação.

nem retira a ilicitude da ação danosa praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime.<sup>70</sup>

Em sentido oposto argumenta Damásio Evangelista de Jesus:

A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. Os dois incisos do artigo 128 contêm causas de exclusão de antijuridicidade. Note-se que o CP diz que “não se pune o aborto”. Fato impunível, em matéria penal, é fato lícito. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do artigo 128, não há crime por exclusão de ilicitude. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse “não se pune o médico”.<sup>71</sup>

O Código Penal é um código de crimes e não um código de direitos. Vale citar o argumento do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Geraldo Barreto Fonseca. Para o jurista, o simples fato de o Código Penal mencionar o crime de aborto como forma de salvar a vida da mãe ou quando a gravidez resulta de estupro, já indica que tal aborto é crime. O Código não diz, por exemplo, “não se pune a mãe que amamenta o filho”, já que amamentar o filho não é crime, não há razão para se dizer “não se pune”. Qualquer conduta descrita no Código Penal é crime, a menos que diga *explicitamente* o contrário.<sup>72</sup>

### 3.3.1 A (in)constitucionalidade do artigo 128 do CP

É sabido que todo ramo do Direito subordina-se ao Direito Constitucional, que representa o fundamento de todas as normas. Segundo Paulo Nader, as leis constitucionais “condicionam a validade de todas as outras normas e têm o poder de revogá-las. Assim, qualquer norma jurídica de categoria diversa, anterior ou posterior à constitucional, não terá validade caso contrarie as disposições desta”.<sup>73</sup>

Nesse sentido, Maria Helena Diniz esclarece a inconstitucionalidade do chamado “aborto legal”:

Há quem ache que o art. 128 é uma hipótese de exclusão de antijuridicidade, por conter uma espécie de estado de necessidade ou legítima defesa (CP, art. 23, I e II), ou seja, uma situação eventual, imprevista e não provocada pelo agente. Todavia, pela interpretação desse

<sup>70</sup> DINIZ, M.H. op. cit 2002. p. 55-56.

<sup>71</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte especial, 1999, v. 2, p. 124.

<sup>72</sup> CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Aborto na rede hospitalar pública**: o Estado financiando o crime. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, 2006. p. 70-71.

<sup>73</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 26 ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil, Lei n. 10.404, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 90-91.

artigo, fácil é perceber que não se ajusta aos caracteres das excludentes de antijuridicidade. Se assim é, no Brasil não há nem poderia haver aborto "legal", ante o princípio constitucional do direito ao respeito à vida humana, consagrado em cláusula pétrea (CF, art. 5º). Portanto, se o art. 128 do Código Penal estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação advinda de estupro, estaria eivado de inconstitucionalidade, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária, não poderia abrir exceção ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988. É indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito.<sup>74</sup>

Ao assegurar a inviolabilidade do direito à vida, a Constituição diz que ninguém pode ser morto arbitrariamente. Assim, para se afirmar que o nascituro não possui essa garantia, é preciso considerar que ele não está vivo, ou que perdeu essa condição em virtude de sua inviabilidade. Todavia, nenhuma dessas hipóteses se aplica aos casos dos incisos do artigo 128 do CP, e nem ao caso dos bebês com anencefalia, uma vez que o direito à vida independe da viabilidade do feto.

Destarte, pode o Código Penal deixar de punir, em determinadas circunstâncias, um crime contra a vida. Mas jamais pode afirmar que é lícito atentar contra a vida de um inocente, haja vista que uma lei ordinária não pode fazer exceção aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Portanto, o artigo 128 do Código Penal é constitucional. Todavia, sua interpretação não deve ir além do que o próprio texto legal diz, isto é, o aborto praticado nessas hipóteses, continua sendo crime. Apenas não é punido.

### **3.4 O aborto como crime hediondo**

O aborto pode ser considerado o crime mais paradoxal dentre todos os crimes contra a vida. Ao mesmo tempo em que figura como um dos crimes mais cruéis, sua pena é muito pequena se comparada ao crime de homicídio, por exemplo. A pena é tão pequena, que o autor pode beneficiar-se da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais). Ademais, o aborto tem como elementos situações que o caracterizam como crime hediondo, quais sejam:

- Os meios empregados são insidiosos ou cruéis, uma vez que é realizado por meio de tortura, asfixia ou envenenamento, hipóteses elencadas no art. 121, §2º, III do CP.

---

<sup>74</sup> DINIZ, M.H. op. cit. 2002. p. 56.

- É praticado contra descendente, configurando como agravante da pena, disposta no art. 61, II, “e” do CP.
- O ofendido sempre será absolutamente indefeso, conforme o art. 121, §2º, IV do CP.
- O crime é praticado contra uma criança, de acordo com a agravante do art. 61, II, “h” do CP.
- E ainda, se praticado por médico, faz jus à agravante do art. 61, II, “g”, no que tange à violação de dever inerente à profissão.

Ainda assim, o aborto nunca foi classificado como crime hediondo. Uma das possíveis razões é o fato de o bebê ainda não nascido não ser considerado pessoa. Entretanto, como já discutido no capítulo 2, o nascituro tem seus direitos garantidos. E acima de todos está o direito à vida. Além disso, é muito mais fácil eliminar um filho que ainda não nasceu, do que depois de nascido, uma vez que este está dentro do útero materno, não podendo ser visto ou conhecido.

Não obstante o aborto possuir elementos suficientes para que figure entre os crimes hediondos, sua pena é extremamente pequena (detenção de um a três anos), correndo o risco até mesmo de deixar de ser crime num futuro não muito distante.

### **3.5 A “hipocrisia” da proibição do aborto: será que as mulheres pobres são as maiores vítimas dessa vedação?**

Em 26 de outubro de 2007 foi publicado no jornal “O Globo” um artigo com o título: “Legalizar o aborto também é salvar vidas”.<sup>75</sup> O referido artigo traz como tema a hipocrisia da proibição do aborto, tão defendida pelos abortistas. De acordo com o texto, somente as mulheres pobres são vítimas dessa proibição, haja vista que mulheres de classe média e alta se submetem a essa prática em clínicas clandestinas. “É hipocrisia manter essa proibição absurda, pois ela não coíbe o ato, jamais coibirá. Acabar com a proibição salvaria a vida daquelas mulheres que não têm como pagar um aborto feito por profissionais qualificados. Elas recorreram ao aborto e continuarão recorrendo, com ou sem aprovação”.

---

<sup>75</sup> SIMÕES, Jussara. **Legalizar o aborto também é salvar vidas**. O Globo on line. 26 out. 2007. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniaio/mat/2007/10/26/326912139.asp>. Acesso em: 04 abr. 2010.

Os que defendem a legalização do aborto alegam que ao tornar essa prática lícita, não se estaria obrigando ninguém a abortar. Por outro lado, evitar-se-ia que mulheres pobres recorressem a práticas abortivas sem o devido suporte médico. Esse argumento baseia-se em estatísticas que mostram as mulheres pobres como sendo as maiores “vítimas” do aborto.

Não é difícil entender o porquê dessas estatísticas. Se o aborto é crime, ele é proibido. Obviamente, todas as clínicas que realizam essa prática são clandestinas. Além das clínicas serem clandestinas, não contam com todos os recursos necessários para se realizar um aborto dito “seguro”, não possuem UTI, etc. Por serem clandestinas, não são conveniadas ao SUS, o que dificultaria ainda mais o acesso de mulheres pobres. Consequentemente, essas mulheres abortariam utilizando métodos muito arriscados.

No que tange às estatísticas, cabe mencionar que a maioria dos pedidos de autorização judicial para o aborto de bebês com anencefalia também é feito por mulheres de baixa renda. Isso se deve a dois fatores principais: em primeiro lugar, mulheres pobres, conforme afirmado no artigo supracitado, não possuem renda suficiente para pagar médicos “qualificados”, os quais fariam o aborto no mais absoluto sigilo. Além disso, uma das prováveis causas da anencefalia é o déficit de ácido fólico. Daí a possibilidade dessa anomalia ser mais frequente em mulheres pobres, por não possuírem uma alimentação adequada.

Esse argumento da hipocrisia é usado sempre que o tema “aborto” vem à tona. É fato que a maior incidência de morte decorrente de práticas abortivas é em mulheres pobres. No entanto, é um erro afirmar que elas são as maiores vítimas. A maior vítima é, e sempre será, a criança que está sendo abortada, e não a mãe que corre o risco de morrer ao abortar. Ademais, não se pode olvidar que a causa da morte dessas mulheres não é a sua condição social, e sim o ilícito penal que estão praticando.

Não se pode tornar lícito um crime só porque grande parte da população não cumpre a lei. O aborto é proibido no Brasil e esta lei não perdeu sua eficácia pelo simples fato de ser descumprida. Muitas leis são descumpridas em nosso país. Não por isso perdem sua eficácia. É nesse momento que entra a sanção. O aborto é crime, mas ainda assim muitas mulheres se submetem a essa prática. Por esse motivo o aborto deve ser legalizado? O homicídio é crime, mas muitas pessoas continuam matando. O homicídio deve ser legalizado? Roubar é crime. Muitas pessoas roubam. A grande maioria dos ladrões é pobre. O roubo deve ser legalizado?

Quanto à tão mencionada “hipocrisia”, é importante lembrar que ela sempre existiu e sempre existirá, não só no caso do aborto, como em todos os outros delitos. O raciocínio é muito simples: quanto mais alto é o padrão de vida de determinadas pessoas, maiores chances elas têm de burlar a lei, seja por meio de suborno, “compra” de sentenças ou através de

clínicas clandestinas. Então, os pobres são sempre as maiores “vítimas” dos crimes *praticados por eles mesmos*.

A esse respeito cabe citar a observação de Luiz Carlos Lodi da Cruz:

Uma coisa é você viver em uma nação cheia de criminosos que infringem a lei. Outra coisa é você viver numa nação criminosa, onde o crime já se tornou lei. Uma coisa é você não conseguir combater o aborto com as forças policiais. Outra coisa bem diferente é você declarar que a matança dos inocentes não deve ser combatida porque é um direito do cidadão matar seus filhos. Uma coisa é a justiça estar apenas no papel, mas não na prática. Outra coisa muitíssimo pior é a justiça não estar nem sequer no papel, mas ser trocada por uma lei injusta. Uma coisa é haver indivíduos, por numerosos que sejam, que não honram as leis justas da pátria. Outra coisa muito mais grave é uma pátria nem ao menos ter leis justas para serem honradas. Uma coisa é o crime de muitos brasileiros contra a vida. Outra coisa é o crime da própria nação brasileira contra o direito sagrado e inviolável à vida.<sup>76</sup>

Voltando ao artigo publicado, como legalizar o aborto é salvar vidas, se inevitavelmente estar-se-á eliminando uma vida? Um número muito grande de mulheres morre e vai continuar morrendo enquanto se submeter a essas práticas. Não se pode esquecer também que, como todo crime, o aborto tem uma sanção, que deve ser aplicada a mulheres que se enquadrem na tipificação legal.

Por fim, cabe destacar que não só o aborto praticado em clínicas clandestinas ou pela própria gestante provocam riscos à vida e à saúde da mulher. Até mesmo abortos praticados em clínicas especializadas (nos países em que essa prática é permitida) possuem riscos inerentes a essa intervenção cirúrgica. Os prejuízos à saúde física e mental da mulher que provoca o aborto serão tratados no próximo item.

### 3.6 Consequências do aborto

Independente de opiniões contrárias ou favoráveis ao aborto, seja ele em qualquer circunstância, o fato é que este sempre causa grave violência à mulher. Essa violência se dá tanto no plano físico quanto no psicológico.

---

<sup>76</sup> CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Pensamentos Católicos**: uma nação inimiga de Deus. 15 mai. 2007. Disponível em: <http://pensamentoscaticos.blogspot.com/2007/05/uma-nao-inimiga-de-deus.html>. Acesso em: 04 abr. 2010.

### 3.6.1 Consequências físicas do aborto<sup>77</sup>

Em primeiro lugar, os efeitos à saúde física são graves. O Dr. Bernard Nathanson, que chefiou a maior clínica de aborto dos Estados Unidos, além de ter lutado pela legalização do aborto naquele país, enumera algumas das consequências físicas do aborto: laceração do colo do útero provocada pelo uso de dilatadores, perfuração do útero, hemorragias uterinas, endometrite pós-aborto, evacuação incompleta da cavidade uterina, insuficiência ou incapacidade do colo uterino, aumento das taxas de cesariana, o aumento do risco de uma gravidez ectópica, esterilidade, entre outras. Essas consequências variam de acordo com o método utilizado. Vejamos cada uma delas:

#### *3.6.1.1 Complicações imediatas do aborto, de acordo com o método empregado:*

##### ***Método da aspiração:***

- A) *Laceração do colo uterino provocado pelo uso de dilatadores:* insuficiência do colo uterino, favorecendo abortos sucessivos no primeiro e no segundo trimestre; partos prematuros, na 20<sup>a</sup> ou na 30<sup>a</sup> semana de gestação.
- B) *Perfuração do útero:* Acontece quando é usada a colher de curetagem ou o aspirador; mais frequentemente, através do histerômetro (instrumento que mede a cavidade uterina). O útero grávido é muito frágil e fino, e pode ser perfurado sem que o cirurgião se dê conta. É uma complicação muito séria. Pode causar infecção e obstrução das trompas, provocando esterilidade, hemorragia, perigo de lesão no intestino, na bexiga ou nas trompas; a artéria do útero, nesses casos, freqüentemente, é atingida, criando a necessidade de histerectomia (extirpação do útero), se não for possível estancar a hemorragia.
- C) *Hemorragias uterinas:* Perda de sangue ou fortes hemorragias causadas pela falta de contração do músculo uterino. Gera a necessidade de transfusão de sangue e até mesmo a ablação do útero, caso a hemorragia não seja estancada.

---

<sup>77</sup> TIPOS de aborto e suas consequências. Disponível em: <http://www.aborto.com.br/tipos/index2.htm>. Acesso em: 03 abr. de 2010.

D) *Endometrite pós-aborto*: É uma infecção uterina que ocorre em decorrência do aborto. Tem como consequência a esterilidade e a gravidez ectópica.

E) *Evacuação incompleta da cavidade uterina*: pode causar a necessidade de extração do endométrio; possibilidade da placenta prévia na gravidez seguinte; esterilidade e amenorréia, em função da formação de aderências no interior do útero.

***Solução hipertônica salina:***

A) Retenção da placenta e hemorragia, sendo que cerca de 50% necessitam de curetagem. Assim, as mesmas complicações que uma curetagem pode produzir estão presentes nesse tipo de aborto, com a agravante de uma possível perfuração do útero e da formação de aderências.

B) Infecção e endometrite.

C) Hemorragia.

D) Coagulopatia e hemorragia abundante.

E) Intoxicação por retenção de água. Efeitos secundários do soro salino e da pituita que podem causar falhas de funcionamento do coração e morte.

F) Risco de entrada da solução salina na corrente sanguínea da mãe, com consequências mortais.

***3.6.1.2 Consequências tardias do aborto***

A) Insuficiência ou incapacidade do colo uterino.

B) Danos causados às trompas por possível infecção pós-aborto, causando infertilidade (em 18 % das pacientes). Maior número de complicações em mulheres grávidas que anteriormente provocaram aborto (67,5% entre as que abortaram e 13,4% entre as que não abortaram).

C) Hemorragias que transformam a nova gravidez em gravidez de alto risco.

D) O aborto pode provocar complicações placentárias novas (placenta prévia), tornando necessária uma cesariana, para salvar a vida da mãe e da criança.

E) O aborto criou novas enfermidades: síndrome de ASHERMAN e complicações tardias, que poderão provocar necessidade de cesariana ou de histerectomia.

F) Isoimunização em pacientes Rh negativo. Aumento, conseqüentemente, do número de gravidez de alto risco.

G) Partos complicados. Aumento do percentual de abortos espontâneos nas pacientes que já abortaram.

### 3.6.1.3 *Demais consequências*

Logicamente, quem mais sofre com o aborto é o bebê. É sobre ele que recaem dores intensas, oriundas dos meios de abortamento, uma vez que o feto já é sensível à dor, que resultam em uma morte sempre violenta. Além disso, nas gravidezes seguintes, há grande risco de o próximo filho nascer com alguma má-formação congênita, provocada por uma placenta imperfeita. Existe também grande chance de nascimento de bebês prematuros, sendo que os que sobrevivem, frequentemente são excepcionais, portadores de paralisia cerebral e disfunções neurológicas, entre outros.

## 3.6.2 Consequências psicológicas do aborto

Percebe-se que são muitas as consequências físicas oriundas do aborto. No entanto, os efeitos psicológicos são os mais graves, afetando não só a mãe, mas todos que a cercam.

O problema mais comum é a chamada Síndrome Pós-aborto. São vários os relatos de problemas mentais relacionados direta ou indiretamente à prática do aborto.

O aborto é um problema físico, o qual produz um choque no sistema nervoso, provocando impacto na personalidade da mulher. O professor Felipe Aquino relata os problemas que uma mulher deve enfrentar ao decidir abortar:

Antes de tudo e principalmente, a necessidade de enfrentar a realidade de ter provocado um aborto. A verdade é que, quando uma mulher aceita submeter-se a um aborto, ela concorda em assistir à execução de seu próprio filho. Esta amarga realidade que ela tem de encarar, é exatamente o oposto do que a família e a sociedade esperam que as mulheres sejam: pacientes, amorosas e maternais.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup>AQUINO, Felipe. **Aborto e problemas mentais**. Disponível em: <http://www.pastoralis.com.br/pastoralis/html>. Acesso em 03 Abr. 2010.

O aborto contraria a realidade biológica da mulher. Para a Dra. Lílian Piñero Eça, biomédica, pesquisadora em biologia molecular pela Universidade Federal de São Paulo,

quando a mulher está grávida, é secretado o hormônio da manutenção da gravidez, a progesterona, o qual adapta o corpo feminino à nova realidade biológica através de sinais que interagem as 75 trilhões de células, tornando a mulher, mãe do ser em seu ventre concebido. Quando a gravidez é interrompida com o aborto, ocorre uma diminuição abrupta de neurotransmissores secretados pelas células nervosas, ocorrendo por este motivo um desequilíbrio nos sinais celulares – é a **depressão** causada por motivos moleculares e, conseqüentemente, levando ao aumento da taxa de **suicídio e infertilidade**.<sup>79</sup>

Muitos especialistas concordam que, imediatamente após o aborto, a mulher pode experimentar uma redução dos níveis de ansiedade, uma vez que decai o elemento ansiógeno constituído por uma gravidez indesejada. Mas, sucessivamente, muitas mulheres vivem uma ansiedade maior, apresentando transtorno de estresse pós-traumático, depressão e maior risco de suicídio e abuso de drogas. Estes transtornos se devem a um profundo sofrimento que envolve a mulher que abortou voluntariamente e podem manifestar-se, também, bastante tempo depois do aborto.

Ao contrário do que muitos dizem, quando a mãe descobre que está grávida, considera o bebê não só um embrião ou um amontoado de células, mas o próprio filho. Um ser humano pequeno e indefeso que está crescendo dentro de seu próprio corpo, de forma que abortar significa matar de maneira voluntária a própria criança.

O aborto provocado gera na mulher um grande sentimento de culpa, que pode manifestar-se logo após ou tempos depois da prática abortiva. E esse sentimento de culpa, por matar seu próprio filho, indefeso, evolui para a depressão e suas conseqüências. A mulher passa a ter lembranças desagradáveis e recorrentes. Ocasiona também mudança no comportamento sexual e social. Pode levar ao alcoolismo, distúrbios alimentares, transtornos de ansiedade, isolamento social e tentativas de suicídio. Ainda que a mulher que abortou tenha outros filhos no futuro, estes jamais farão com que ela esqueça aquele que abortou.<sup>80</sup>

Conclui-se, portanto, que o aborto sempre terá efeitos prejudiciais sobre a mulher.

---

<sup>79</sup> EÇA, Lílian Piñero. **Aborto: liberdade feminina para escolher a própria morte**. 2006.

<sup>80</sup> AQUINO, Felipe. Op.cit.

## 4 O ABORTO DE ANENCÉFALOS

### 4.1 O conceito de Eugenia e o aborto eugênico

O primeiro conceito de eugenia surgiu com o pesquisador evolucionista Francis Galton. O estudioso, pretendendo promover o fomento das futuras gerações, estabeleceu parâmetros que justificassem o nascimento e a vida, desconsiderando valores supremos como a dignidade e o ser humano. Assim, Galton construiu um racismo fundamentado na observação fática de traços e de condutas e na exclusão dos entes indesejados. A eugenia galtoniana serviu de base para o regime nacional-socialista alemão, que elaborou um dispositivo normativo denominado Lei Esterilizadora. A lei nazista, fundamentada no ideal de superioridade ariana, legalizou as práticas abortivas impostas por Hitler aos excluídos, promovendo o extermínio de inocentes.<sup>81</sup>

Com o passar dos anos, o conceito de eugenia vem se modificando em face das novas realidades.

Prática destinada “a evitar prole ou descendência defectível, portadora de má formação”, o aborto eugênico, ao perpassar diversos guetos, adquiriu contornos distintos, transformando uma exclusão fenotípica em um racismo genotípico, sendo capaz de construir uma sociedade *à la carte*.<sup>82</sup>

O aborto eugênico está relacionado à qualidade de vida, ou seja, representa a interrupção da vida de uma criança fisicamente malformada.

Para Maria Helena Diniz, aborto eugênico

é o praticado, portanto, com o escopo de aperfeiçoar a raça humana, logrando seres geneticamente superiores ou com caracteres genéticos predeterminados para alcançar uma forma depurada de eugenia, que substitui o direito de procriar pelo de nascer com maiores dotes físicos. Está vedado legalmente, pois, toda seleção eugenésica, ou não, contraria a natureza ética da procriação, ferindo a dignidade humana. Além disso, não há diagnóstico genético que garanta, com toda certeza, a transmissibilidade de deficiências físico-mentais, e ninguém poderia prever quais os caracteres mais úteis para a humanidade, porque o homem vale pelo que é e não pelo seu aspecto físico.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> CARVALHO, Thais Dai Ananias de; FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira *in* SÁ, Maria de Fátima Freire (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 441.

<sup>82</sup> CARVALHO; FERRAZ. Op.cit. p. 442.

<sup>83</sup> DINIZ, M. H. Op.cit. 2002. p. 34.

Ricardo Henry Marques Dip, em sua obra *Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugênico – alvará para matar*, afirma que “o pressuposto fundamental do aborto eugênico é o de que só têm direito de nascer e de viver os sadios físicos e mentais, porque os enfermos serão infelizes e farão sofrer terceiros”<sup>84</sup>

Com o tempo, de certa forma, o conceito de aborto eugênico sofreu alterações. Se antes era utilizado como forma de barbárie nazista, em virtude da supremacia ariana, atualmente o aborto eugênico caracteriza-se pela interrupção da gravidez do feto quando se verificar que este será portador de graves anomalias.<sup>85</sup>

Como é de notório conhecimento, o aborto é proibido no Brasil. Contudo, o artigo 128 do Código Penal elenca duas hipóteses de não punição, qual seja, quando houver perigo para a vida da gestante ou em caso de gravidez resultante de estupro, como visto no item 3.2.

A esse respeito cabem duas observações. Em primeiro lugar,

se o feto for fruto de um ato forçado, ainda que este seja perfeito, detentor de todas as qualidades físicas e psíquicas necessárias para que tenha uma vida dita normal, a mãe pode optar entre tê-lo ou abortar. Nesse ponto, uma pergunta surge e força a reavaliação de conceitos e preconceitos: por que a legislação pátria aceita o aborto em caso de estupro, mesmo se não há risco de vida para a mãe nem para a criança, sabendo ainda que esta não está acometida de nenhuma deformidade e não o aceita quando há certeza de que o feto possui alguma anormalidade tamanha que será impossível a sua sobrevivência, ou, se possível for, demandará a utilização de drogas fortíssimas e aparelhagem especial enquanto se puder mantê-lo vivo?<sup>86</sup>

Pelo exposto, percebe-se que há uma incoerência no Código Penal, ao se permitir o aborto em caso de gravidez resultante de estupro e proibi-lo em caso de feto com grave anomalia que inviabilize a sua vida extrauterina.

Uma das possíveis justificativas, e é o segundo ponto a ser analisado, é que a parte especial da nossa legislação penal data de 1940. Há 70 nos não existiam exames médicos capazes de diagnosticar anomalias graves, como é o caso da anencefalia, logo nos primeiros meses de vida. A criança com algum tipo de má formação só era conhecida no momento de seu nascimento. A pergunta que muitos autores fazem é: será que o aborto eugênico somente não foi inserido no art. 128 pelo fato de em 1940 não existirem exames que pudessem prever anormalidades em um feto? Essa não teria sido mais uma exceção à punição do aborto?

Com base na hermenêutica jurídica, chegaríamos à conclusão de que o legislador, ao elaborar o Código Penal, não foi radicalmente contra o aborto, haja vista as exceções do artigo

<sup>84</sup> DIP *apud* CARVALO; FERRAZ. Op.cit. p 442.

<sup>85</sup> Há autores que preferem classificar esse tipo de aborto como “seletivo”.

<sup>86</sup> CARVALHO; FERRAZ. Op.cit. p. 450.

128. Sendo assim, o aborto eugênico estaria incluído entre as hipóteses de não-punição, caso houvesse uma forma de se diagnosticar anomalias graves, como a anencefalia.

Em 1984, uma comissão formada por renomados juristas, dentre os quais Miguel Reale Júnior, Jair Leonardo Lopes e José Bonifácio Diniz Andrada, apresentou ao Congresso Nacional um trabalho intitulado “*Anteprojeto do Código Penal – Parte Especial*”, em que pretendiam reformular alguns dispositivos penais. O citado projeto inseria o aborto eugênico como causa de excludente de ilicitude. Dessa forma, se aprovado o Anteprojeto de Código Penal, ao lado do aborto necessário e do aborto sentimental, não constituiria crime o aborto eugênico.<sup>87</sup> Cabe ressaltar que, para o aborto eugênico ser praticado, seria mister haver fundada probabilidade, atestada por outro médico, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.

Em suma, por esse prisma, o aborto eugênico deveria estar incluído nas exceções do art. 128 do CP. Ora, se a legislação penal permite o aborto em caso de gravidez resultante de estupro, caso em que o bebê não possui nenhuma doença e nem oferece risco à mãe, se nesse caso é permitido acabar com a vida de um inocente, com muito mais razão há que se permitir o aborto eugênico. Além disso, nos dias de hoje, a tecnologia é capaz de detectar anomalias que à época da edição do Código Penal só eram conhecidas no momento do nascimento. Sendo o Direito uma ciência dinâmica, deverá sempre acompanhar as mudanças na realidade social, não podendo se prender à rigidez de uma norma 70 anos atrás. Essa falta de previsão legislativa torna evidente a anacronia existente entre as leis penais e a evolução da sociedade, seja esta evolução no campo tecnológico, científico, médico ou de costumes.

Entretanto, deve-se atentar para o perigo de se adotar esse pensamento. Essa interpretação nos leva a uma inversão de valores, ao se ampliar cada vez mais as hipóteses de aborto não-punível, incentivando o seu uso indiscriminado.

Ademais, vale ressaltar que a sociedade adota a preconceituosa valorização da normalidade, isto é, daquilo que não agride aos olhos, nem fere os ideais de beleza, saúde e felicidade.

Nesse sentido, a professora Eliane S. Azevedo diz que:

Queiramos ou não, as sociedades ocidentais modernas, e até mesmo a nossa, são herdeiras de uma cultura conceitual do belo, que não esqueceu a tradição grega. O conceito de perfeição física obedece a convenções arbitrárias e secretas que as sociedades estabelecem consigo mesmas. Os desviantes dos padrões convencionalmente aceitos são, geralmente,

---

<sup>87</sup> O citado Anteprojeto do Código Penal, também alterava a redação do *caput* do art. 128. O *não se pune* passaria a ser *não constitui crime*. Assim sendo, o aborto necessário, o sentimental e o eugênico, não constituiriam crime.

considerados indesejáveis. Assim, a carga psicossocial que marginaliza os desviantes dos padrões convencionais de perfeição física pode até custar-lhes a vida em abortamentos conscientemente planejados.<sup>88</sup>

Cabe citar, mais uma vez, Ricardo Dip, para o qual cada ser tem a sua importância na sociedade.

O título da vida humana não pode achar-se na qualidade de existência dos homens porque a substância (é dizer a vida) não se funde ou justifica por um acidente (isto é, a qualidade de vida). [...] É a forma, o princípio vital humano – ou alma – o que atualiza a potência da vida humana; aí se acha o título da vida do homem, o título do seu ser; não num acidente qual o de sua mais qualificada ou mais deficiente existência.<sup>89</sup>

Por fim, resta transcrever um importante comentário de Elio Sgreccia no que tange ao aborto eugênico:

Sob o ponto de vista ético, a presença de uma malformação ou de uma deficiência não diminui em nada a realidade ontológica do nascituro; pelo contrário, a presença de um estado de diminuição - como de uma doença - num indivíduo humano, requer com maior motivo, em nome da sociedade, a proteção e a ajuda [...]. Uma sociedade se qualifica por sua capacidade de ajudar aos fracos e aos doentes e não por sua arrogância em provocar a morte precoce.<sup>90</sup>

## 4.2 O “estado de necessidade” e a “inexigibilidade de conduta diversa”

### 4.2.1 O estado de necessidade

Parte da doutrina utiliza o estado de necessidade para justificar o aborto de anencéfalos. O estado de necessidade, nada mais é do que a opção de um bem jurídico em detrimento de outro. Sendo assim, a gestante opta pelo seu bem jurídico (sua vida) em detrimento do bem jurídico tutelado no delito de aborto, qual seja, a vida do feto.

Segundo Igor Bertoly Tupy, o estado de necessidade “é a prevalência pela lei do mais capaz, do mais ágil, do mais inteligente, ou do mais feliz, que está autorizado legalmente

<sup>88</sup> AZEVÊDO *apud* CARVALHO; FERRAZ. Op.cit. p. 461.

<sup>89</sup> DIP *apud* CARVALHO; FERRAZ. Op.cit. p.462.

<sup>90</sup> SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: Fundamentos e Ética Biomédica**. v.1 São Paulo: Loyola, 1996, p.686.

a salvar seu direito a qualquer preço, frente a outros direitos de valor igual ou inferior e que também se acham ameaçados por um perigo comum”.<sup>91</sup>

Entretanto, é preciso fazer a correta exegese do art. 24 do Código Penal. Pelo referido artigo, “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar-se de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Portanto, para que se aceite o estado de necessidade como excludente de ilicitude, prevista no inciso I do art. 23 do CP, é preciso considerar que a gravidez de um anencéfalo traga riscos à *vida* da gestante. Sabemos, porém, que a mãe, grávida de um bebê com anencefalia, tem os mesmos riscos para a sua *saúde* do que uma gravidez normal. Além do mais, ainda que essa gravidez provocasse risco de vida à mãe, esta estaria “autorizada” a abortar, não pela excludente do art. 23, I, mas com base no art 128, I do CP.

Destarte, o “estado de necessidade” não poderá ser alegado a fim de se autorizar o aborto de crianças com anencefalia.

## 4.2.2 A inexigibilidade de conduta diversa

Primeiramente, é necessária a distinção entre antijuridicidade e culpabilidade. Pela primeira, tem-se a relação de desconformidade entre a ação e o ordenamento jurídico. Já a culpabilidade configura-se conforme a teoria finalista, pela reprovação pessoal contra o agente do fato quando este pratica a ação contrária ao direito, ainda e quando podia não tê-la praticado. A culpabilidade é a reprovabilidade da configuração da vontade. Assim, somente se pode reprovar ao agente como culpabilidade, aquilo a respeito do qual pode algo voluntariamente.

A esse respeito esclarece Cezar Roberto Bitencourt:

Para justificar a imposição de uma sanção não é suficiente que o autor tenha obrado típica e antijuridicamente. O *juízo de desvalor* somente pode ser emitido quando existir a possibilidade de formular uma *reprovação* ao autor do fato. E essa possibilidade só existirá quando, no momento do fato, o autor *puder* determinar-se de outra maneira, isto é, pelo dever jurídico.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> TUPY, Igor Bertoli. **Estado de necessidade: breves considerações**. Jus Navegandi. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4711> Acesso em 17 fev. 2010.

<sup>92</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. vol. 2. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 181.

Dessa forma, culpabilidade é a reprovabilidade, e o que se reprova é a resolução de vontade contrária ao direito. Todavia, apenas o conhecimento do injusto não é fundamento suficiente para se reprovar a resolução da vontade. Isso ocorrerá somente se o autor, numa situação concreta, puder adotar sua decisão de acordo com esse conhecimento. Hanz Welzel afirma que não se trata aqui “da capacidade geral de decisão” conforme o sentido, por conseguinte, da “imputabilidade concreta” do autor, capaz de culpabilidade, “de poder adotar sua decisão de acordo com o conhecimento do injusto”.<sup>93</sup>

Ante o exposto, conclui-se que um dos elementos mais importantes da reprovabilidade é a possibilidade concreta que tem o autor de determinar-se conforme o sentido em favor da conduta jurídica. Ocorre que há situações em que não é exigida uma conduta adequada ao Direito, ainda que se trate de sujeito imputável e que este realize dita conduta com conhecimento da antijuridicidade que lhe é própria. Nesses casos, ocorre a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que culpável é a pessoa que praticou o fato, quando outro comportamento lhe era exigido.

Assim, exclui-se a culpa pela inexigibilidade de outra conduta, daquele que nessas circunstâncias a praticou. Destarte, a inexigibilidade de conduta diversa exclui a culpabilidade, não bastando a prática de um fato típico e antijurídico para que seja socialmente reprovado.

Este é um dos principais argumentos dos que defendem o aborto no caso de anencefalia. Cezar Roberto Bitencourt argumenta com base na inexigibilidade de conduta diversa que:

Quando uma gestante de posse de um laudo médico assegurando-lhe que o feto que está em seu ventre não tem cérebro e não lhe resta nenhuma possibilidade de vida extra-uterina, quem poderá afinal, nas circunstâncias, *censurá-la* por buscar o abortamento? Com que autoridade moral o Estado poderá exigir dessa gestante que aguarde o ciclo biológico, mantendo em seu ventre um ser inanimado, que, quando a natureza resolver expeli-lo, não terá alternativa senão pranteá-lo, enterrá-lo ou cremá-lo?! *A inexigibilidade de conduta diversa*, nessa hipótese, deve ser aceita *causa excludente da culpabilidade*. Assim, as circunstâncias especiais e complexas que envolvem o fato em exame não podem ser esquecidas. Enfim – na hipótese de anencefalia –, não se pode *reprovar o abortamento* que a gestante possa pretender, pois à evidência *outra conduta não se pode exigir* de uma aflita e desesperada gestante. Seria social e juridicamente inadmissível, além de ferir o *princípio da dignidade humana* exigir que a gestante, contra a sua vontade, levasse a termo uma gravidez nessas circunstâncias, pois, como lembra [...] o médico Marco Antônio Becker: “todas as mães – afirma esse especialista – têm a feliz expectativa de vestir seu bebê logo após seu nascimento, mas a genitora de um anencéfalo sabe que sua roupa será,

<sup>93</sup> WELZEL, Hans. **El nuevo sistema Del Derecho Penal**. p. 115 *apud* BITENCOURT. Op. cit. p. 181.

irremediavelmente um pequeno caixão”. Por que, então, condená-la a essa angustiante e aterradora espera.<sup>94</sup>

Sobre este prisma, não se pode falar em reprovabilidade social e em censurabilidade da conduta de quem interrompe a gravidez ante a inviabilidade de um feto anencéfalo. Continua o autor, para o qual:

é desumano exigir-se de uma gestante, que suporte a gravidez até o fim, com todas as consequências e riscos, para que ao invés de comemorar o nascimento de um filho, pranteie o enterro de um feto disforme, acrescido de dissabor de ser obrigada de registrar o nascimento de um natimorto [...]. Exigir que a gestante leve a termo sua gravidez, em situação de reconhecida anencefalia, constitui, inquestionavelmente, uma forma brutal de submetê-la a odioso *tratamento desumano*, em flagrante violação ao disposto no artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual, “ninguém será submetido a tratamento desumano”.<sup>95</sup>

### 4.3 A atipicidade do aborto em caso de anencefalia

Um dos principais argumentos, insistentemente alegado pelos abortistas, é a chamada “morte cerebral” do anencéfalo. Seria, portanto, um feto sem vida, não podendo nem mesmo denominar-se de “aborto” a interrupção da gravidez diante da absoluta certeza de inexistência de vida do feto. Estaríamos, nesse caso, diante de um crime impossível. O crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo. Além disso, a morte do feto deverá ser resultado de manobras abortivas. Destarte, se considerarmos que o anencéfalo não tem vida, não há crime de aborto. Entretanto, é fato que o anencéfalo está vivo, ainda que não possua total ou parcialmente o cérebro, como visto anteriormente.

Acerca da vida do anencéfalo, Bitencourt afirma que:

na hipótese da *anencefalia*, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre de manobras abortistas. Diante desta constatação, na nossa ótica, essa interrupção da gravidez revela-se absolutamente *atípica* e, portanto, sequer pode ser tratada como *aborto*, criminoso ou não.<sup>96</sup>

E continua o autor, para o qual não há porque incluir outra excludente ao art. 128 do Código Penal, pois pelas razões expostas, o nosso ordenamento jurídico já autoriza o médico a interromper a gestação de um bebê com anencefalia, a pedido da gestante, sem que com isso

<sup>94</sup> BITENCOURT. Op. cit. 182.

<sup>95</sup> *Ibidem* p. 182-183.

<sup>96</sup> *Ibidem*.. p. 179.

incorra em infração penal ou ética, uma vez que se não há vida, não há que se falar em aborto. Trata-se, na verdade, de comportamento atípico, ante a ausência de elementos típicos do crime de aborto.

Nesse sentido também é o posicionamento de Alberto Silva Franco:

Sendo a anencefalia, em nível jurídico penal, um flagrante caso de atipicidade, não tem o menor sentido exigir-se autorização judicial para que se proceda à interrupção do processo gestacional ou adiantamento do parto. E isso por várias razões. Em primeiro lugar porque, diante de um diagnóstico de certeza absoluta, a questão da anencefalia não deve ser equacionada pelo juiz, mas deve permanecer na esfera de relacionamento entre médico e paciente. Nessa hipótese concreta há indicação terapêutica que torna legítima o atuar do médico, desde que a paciente seja devidamente informada e, em termos acessíveis, das características do anencéfalo e do seu processo irreversível de morte. *A decisão informada, competente, livre e responsável* da gestante justifica a intervenção médica, sem necessidade de autorização judicial. Em segundo lugar porque o médico tem o privilégio legal de exercer a sua profissão e, *em situação de emergência, cumpre o dever específico atinente à sua condição profissional*. Cabe-lhe, portanto, *discricionariedade da estratégia terapêutica, isto é, a livre eleição de uma entre várias estratégias adequadas ao tratamento de um cliente*. Esta livre eleição constitui um direito próprio e inerente a todo médico no desempenho de sua profissão, configurando-se matéria inteiramente alheia ao julgamento do magistrado. Em terceiro lugar porque as razões de urgência que justificam a intervenção médica, nos casos de anencefalia, não podem ficar subordinadas a um trâmite demorado, como ocorre com a autorização judicial. A negativa do médico ou do estabelecimento hospitalar para a intervenção médica, solicitada pela gestante, devidamente informada de sua condição de portadora de anencéfalo, configura uma *ilegítima vulneração de direitos e garantias constitucionais*. Por último porque o juiz se encontra diante de um grave dilema: ou entende que as condutas da paciente e do médico coincidem com uma figura criminosa e, então, a autorização não poderá ser concedida porque não lhe cabe autorizar a prática de fato típico, ou considera que tais práticas são atípicas e, nesse caso, a autorização judicial é totalmente dispensável.<sup>97</sup>

De todos os argumentos dos que defendem o aborto em caso de anencefalia, esse é o que guarda mais respeito ao ordenamento jurídico. Por óbvio, se não há vida, não há crime de aborto. O cerne da questão é saber se o anencéfalo é um ser vivo ou não. Contudo, sabemos que ele é um ser vivo, um ser humano. Desta feita, não podemos considerar a atipicidade da conduta, visto que não configura um crime impossível. Nas palavras de Alberto Silva Franco, não cabe ao juiz “autorizar a prática de um fato típico”.

---

<sup>97</sup> FRANCO, *apud* BÁRTOLI, Márcio; PANZERI, André Op.cit.. p. 672-673.

#### 4.4 O “respeito” à dignidade humana da gestante x direito à vida do nascituro

Nesse contexto de aborto de anencéfalos surge o conflito entre dois direitos humanos fundamentais: de um lado, o direito à vida do nascituro; de outro a dignidade da pessoa humana da gestante. O direito à vida é assegurado a todos pela Constituição Federal, desde a concepção. O direito à dignidade, expressamente consagrado na Carta Magna, busca pôr a vida a salvo de toda dor e injustiça. Não basta apenas viver; é preciso viver com dignidade. Embora tanto o direito à vida, quanto o direito à dignidade naturalmente se completem, nessa hipótese de aborto esses direitos entram em conflito. Cabe ao intérprete do direito encontrar o ponto de equilíbrio entre esses dois direitos fundamentais. Nesse embate entre *vida x dignidade*, qual deles deve prevalecer sobre o outro?

A vida é o bem maior e de invariável valor na evolução da sociedade. É o direito que vem antes de todos ou outros, haja vista só quem é vivo poder ser titular de direitos. Assim, a vida humana deve ser preservada sempre.

O direito à vida é o primeiro de todos os direitos; é um direito humano. Se não há acordo entre todos os especialistas, mesmo que não houvesse certeza científica de que vida não há (o que, decididamente, não me parece ser o caso), impor-se-ia a proteção do embrião e do anencéfalo, desde a fecundação do óvulo. *In dubio pro embrião. In dubio pro anencéfalo.* Na dúvida, deve-se tomar a decisão mais protetiva da vida. Não é legítimo matar o que pode ser – na verdade, é – um ser humano. Por quê? Porque os seres humanos (bem ou malformados, completamente desenvolvidos ou não) são iguais perante a lei, perante a Constituição e o Estado; não podemos submetê-los a discriminações arbitrárias e injustificadas.<sup>98</sup>

André Ramos Tavares observa a dimensão dúplici do conteúdo desse direito. “O conteúdo do direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo lugar, num direito a um adequado nível de vida”.<sup>99</sup>

Essa falta de um “adequado nível de vida”, já seria, para alguns, suficiente para se justificar a prática abortiva no caso da anencefalia.

Não parece razoável impor a uma mãe que tenha sua dor e seu sofrimento prolongados por meses até o dia do parto, como se de antemão tivesse sido condenada pela natureza simplesmente por ter um dia buscado contribuir para com ela. Soa irracional à compreensão humana e, pois, à razão do

<sup>98</sup> KRAUSE, Paul Medeiros. **Apelo à razão**: inconstitucionalidade da legalização do aborto. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 943, 1 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7907>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

<sup>99</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 387.

homem médio conceber-se entendimento contrário, que proíba a antecipação terapêutica do parto para privar de mais sofrimentos a genitora que vê, a cada dia que passa, seu ventre crescer e gestar um ser que sequer chegará, de fato, experimentar a vida como ela é, e morrerá, deixando ainda mais angústia, dor e lágrimas no coração de uma mãe já certamente inconsolável.<sup>100</sup>

Essa também é a opinião de Cezar Roberto Bitencourt:

Partimos do princípio de que nenhuma mãe quer abortar, pois não desconhecemos que o aborto é uma agressão violenta, não apenas contra o feto, mas também contra a mulher, física, moral e psicologicamente, e que, naturalmente a expõe a enormes e imprevisíveis riscos relativos à saúde e à própria vida. Quando a mulher opta pelo abortamento, não se pode ignorar que ela tomou uma decisão grave, com sérios riscos que podem produzir consequências irreversíveis sobre sua vida, seu corpo, sua psique e seu futuro. Nesse sentido, acrescenta Marco Antônio Becker: “certamente, a manutenção da gravidez indesejada de um anencéfalo acarretará graves distúrbios psicológicos na gestante, em decorrência da tortura sofrida e de um tratamento degradante, vedado pelo art. 5º, inciso III da Constituição Federal”.<sup>101</sup>

Posição semelhante foi a proferida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, ao manifestar acerca do seu voto quando do cabimento da ADPF 54. Para o Ministro, a mulher deve ter a liberdade para aceitar ou não o

martírio de levar às últimas consequências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê envolvido numa mortalha. Experiência quicá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda (“A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu”), pois o fruto de um parto anencéfalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este *mundo de Deus*.<sup>102</sup>

Opinião contrária é a de Maria Helena Diniz. Para a autora, o direito à vida e à dignidade não está relacionado com a viabilidade do feto.

A ninguém é lícito, muito menos à sociedade ou ao Estado, julgar o valor intrínseco de uma vida humana por suas deficiências [...]. Como negar a dignidade de um anencéfalo que possui todos os caracteres da vida humana? O direito à vida é inalienável, ninguém poderá dizer quais são as deficiências exigidas para que o embrião não possa continuar a viver<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> TAGLIAFERRO, Kleber. **Aborto ou terapêutica?** Vida e dignidade: um conflito de direitos humanos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>>. Acesso em: 01 abr. 2010.

<sup>101</sup> BITENCOURT. Op.cit. p.178.

<sup>102</sup> **COMO votou Carlos Britto no caso de aborto de anencéfalos.** Consultor Jurídico. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2005-abr-28/como\\_votou\\_carlos\\_britto\\_caso\\_aborto\\_anencefalos](http://www.conjur.com.br/2005-abr-28/como_votou_carlos_britto_caso_aborto_anencefalos). Acesso em 16 mai. 2010.

<sup>103</sup> DINIZ, M.H. **O estado atual do biodireito.** 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002., p. 24.

Em conformidade com esse entendimento, o Dr. André Machado Soares, professor de filosofia e especialista em Bioética, considera que o bebê com ausência de parte do cérebro não terá a mesma qualidade de vida de um bebê normal, “mas isto não significa que não terá a mesma dignidade. Muitos confundem dignidade com viabilidade”. O fato de a viabilidade ser baixa não diminui a dignidade de ser humano que esta vida tem e, como tal, deve ser respeitada<sup>104</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser qualidade inerente do individualismo, do egocentrismo. Nesse sentido, vale citar o texto de Cláudio Fonteles, Subprocurador Geral da República, publicado em agosto de 2009:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, se resguarda a autodeterminação de cada mulher e de cada homem, até porque nós todos, mulheres e homens, desde a concepção somos em contínuo e incessante auto-movimento nos ciclos que compõem a nossa vida, necessariamente embrionário, a que se inicie, e depois fetal, recém-nascido, criança, jovem, adulto e velho, se nos é dado viver todos os ciclos, tanto resguarda não para que nos enclausuremos, repito, na solidão egocêntrica, eis que somos seres vocacionados, porque também ínsita em nossa dimensão, a sociabilidade, portanto o princípio da dignidade da pessoa humana promove-a como ser social, e disso é expressão eloqüente o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal a preceituar que: Art. 3º - “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade justa, livre e solidária”. Portanto, se vida há que se auto-movimenta no corpo materno, com ou sem deformações, mas se auto-movimenta, e vive, então como matá-la, por perspectiva meramente cronológica de sua existência? Tal morte conduz-nos ao primado do egocentrismo, entortando a compreensão jurídica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que não se compraz com a absolutização do arbítrio.<sup>105</sup>

No que tange ao aborto de anencéfalos, fala-se muito no princípio da dignidade humana da mãe. Todavia, não se pode olvidar que o feto também é detentor desse direito. A criança, ainda no útero materno, não pode estar sujeita a nenhum tipo de tratamento degradante, bem como nenhum tipo de tortura. Isto posto, pergunta-se: qual outra forma de aborto se não por meio de tortura para o feto? A dignidade da mãe deve sempre prevalecer em detrimento da dignidade e da vida do bebê?

Além disso, esse argumento de que a criança, se nascer, morrerá logo em seguida, “deixando ainda mais angústia, dor e lágrimas no coração de uma mãe já certamente inconsolável” não pode ser aceito como uma verdade absoluta. Tomemos como exemplo o caso da menina Marcela de Jesus, anencéfala que sobreviveu 20 meses. Segundo relatos da

---

<sup>104</sup> SOARES, André Machado. **Vida – O primeiro direito da Cidadania**. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/13036773/DEFESA-DE-TODA-A-VIDA> . Acesso em: 16 Fev. 2010.

<sup>105</sup> FONTELES, Cláudio. **Sobre a anencefalia**. Bioética: a ética da vida. 11 ago. 2009. Disponível em: <http://bioetica.blog.br/category/anencefalia-claudio-fonteles>. Acesse em: 30 jan. 2010.

família e dos médicos, a Marcela trouxe muitas alegrias ao lar. Alegrias essas que seriam ceifadas caso sua mãe tivesse decidido praticar o aborto<sup>106</sup>. O que traria mais sofrimento à mãe: esperar que a gravidez chegue ao fim, ainda que inevitavelmente isso lhe traga a frustração de ver seu filho morrer logo ao nascer, ou saber que ela foi diretamente responsável pela morte desse filho?

## 4.5 O aborto de um anencéfalo ajudaria à gestante?

Os defensores do aborto alegam que esta prática beneficiaria a gestante, pois não faria sentido manter uma gravidez até o fim se a criança morreria logo ao nascer. Segundo eles, o aborto seria uma abreviação do sofrimento, uma forma de livrar-se de um peso inútil.<sup>107</sup>

Primeiramente, vale lembrar que a gravidez de um anencéfalo não gera riscos à saúde da mãe além daqueles provocados por uma gravidez normal.

Ademais, o aborto é sempre uma prática traumática, tanto no aspecto físico quanto psicológico, como dito anteriormente. A mãe, que já está fragilizada por saber que seu filho é portador de uma grave anomalia, terá seu sofrimento agravado ao se sentir responsável pela morte do próprio filho. Ainda que ela saiba que a expectativa de vida de um anencéfalo seja mínima, será muito pior se optar pelo aborto.

Psicólogos são unânimes ao afirmar que a recuperação de uma morte é muito mais rápida quando “se vive o processo de luto”. A médica e psicóloga, Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, observa que uma mãe gestante de criança com anencefalia, ao forçar “a interrupção

---

<sup>106</sup> Conforme apêndice A.

<sup>107</sup> A esse respeito cabe citar um vídeo feito pela Estação Luz Filmes e que foi postado no *youtube* com o título “Quantos ‘eu te amo’ eu poderia dizer em 15 minutos?”. Esse vídeo traz depoimentos de mães felizes de anencéfalos que rejeitaram a idéia de abortarem. Mostra também, de maneira enfática, o trauma psicológico causado em uma mãe que aceitou o “convite” do médico para abortar. Nas palavras da mãe: “*Foi falado que 99% das crianças em caso de anencefalia não sobreviviam. Então me sugeriram que eu abortasse porque, talvez por eu estar no quinto mês de gestação eu poderia correr risco. Então, eu e meu esposo resolvemos aceitar a proposta do médico em tirar a criança. Foi aí então que começou o meu sofrimento. Passei três dias internada, todos os dias sentindo dores. Eram 9h40 da manhã quando me levaram para a sala de parto. Eu lembro até hoje outras crianças nascendo ao lado, recebendo a vida e eu... eu estava ali, matando minha filha! Ela nasceu, senti mexendo e eu não quis ver. Talvez porque eu me sentia uma covarde. Talvez porque eu me sentia um monstro. Naquele momento eu não tive coragem de ver a crueldade que eu permiti [...] autorizei fazer comigo [...] Talvez quinze minutos era o máximo de sobrevivência para ela. Mas eu me pergunto: em quinze minutos quantos “eu te amo” eu poderia falar para essa minha filha?*”

da gravidez, abortando, não pode assimilar, elaborar e descobrir o sentido da dor que é obrigada a suportar (...). Não tem a oportunidade de descobrir o sentido daquela vida que gerou”. Elizabeth alega, ainda, que o processo de elaboração do luto é melhor na medida em que a mãe pode ver o corpo morto e reconhecer aquele a quem gerou, medida que o aborto exclui.<sup>108</sup>

Percebe-se pelo exposto, e principalmente pelos depoimentos das mães que decidiram manter a gravidez até o fim, que o aborto de um anencéfalo só prejudicaria a gestante. Segundo essas mães, o sentimento, mesmo depois de enterrar seus filhos, é de paz. Ainda que essa paz esteja carregada de tristeza, essa tristeza não vem acompanhada de um sentimento de culpa. Ademais, o grande problema não é o que fazer com o anencéfalo, e sim dar suporte à mãe para que ela possa levar adiante a gravidez.

Em primeiro lugar, deve-se ajudar a mãe a superar uma eventual repulsa diante do fato de estar gestando uma criança que não se enquadra nos padrões de normalidade. Essa repulsa é gerada pela mídia que dramatiza o fato, mas principalmente por alguns médicos que ao invés de ajudar e esclarecerem sobre essa anomalia, aconselham o aborto, usando de palavras extremamente pejorativas, como chamar a criança de “aberração”, “monstruosidade”, dizer que ela terá um “aspecto de rã”, além de se referir à mãe como um “caixão ambulante”. Nesse primeiro passo importa “desdramatizar” todas essas informações, mostrando que

todo ser humano gerado corre risco de deformações; e de qualquer forma, todo ser humano gerado está destinado a morrer um dia. A única dúvida é sobre quanto tempo e o modo como vai viver. Há vidas longas e estéreis; há vidas curtas e fecundas. Todas as vidas têm sua razão de ser, embora esta nem sempre seja palpável.<sup>109</sup>

Em segundo lugar é necessário um trabalho no sentido de a mãe conseguir amar seu filho. Ela poderá construir uma vida com seu filho, por mais dramática e breve que seja essa história. “Se é difícil entender o sentido de uma vida que não consegue expressar-se, não é difícil de se perceber que pessoas adultas, mormente as mães, podem encontrar novos horizontes para interpretar o sentido de suas próprias vidas”.<sup>110</sup>

Por último, cabe aos parentes mais próximos dar suporte à mãe. É certo que a família pode influir positiva ou negativamente, dependendo da atitude que tomarem em

---

<sup>108</sup> CERQUEIRA, Elizabeth Kipman *apud* SOARES, André Machado. **Vida – O primeiro direito da Cidadania**. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/13036773/DEFESA-DE-TODA-A-VIDA> . Acesso em: 16 Fev. 2010.

<sup>109</sup> MOSER, Antônio; SOARES, André Marcelo M. **Bioética: do consenso ao bom senso**. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 116.

<sup>110</sup> *Ibidem*. p. 116.

relação a esse fato. Conforme relato de familiares de crianças com anencefalia, juntos, todos encontram uma oportunidade para buscar um sentido mais profundo para as suas próprias vidas. Nas palavras de Antônio Moser: “À luz de uma vida tão frágil, as grandes interrogações sobre o mistério da vida vão apontar para o sentido último de todas as vidas [...]. Fora de uma perspectiva de fé fica muito difícil perguntar-se não apenas pelo sentido da breve vida dos anencéfalos, como também pelo sentido de todas as vidas”.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> *Ibidem.* p. 117.

## 5 A ADPF 54

### 5.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

#### 5.1.1 Conceito

Antes de adentrarmos especificamente no tema da ADPF 54, faz-se necessário algumas noções acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A ADPF está prevista no art. 102, § 1º da Constituição Federal, e constitui uma das formas de controle concentrado de constitucionalidade. Será sempre apreciada pelo STF, na forma da lei.

Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição.<sup>112</sup>

O Congresso Nacional editou a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, em complementação ao art. 102, §1º, da CF.

Possuem legitimidade ativa o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB, Partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A decisão da ADPF terá eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público, cabendo, inclusive, reclamação para a garantia desses efeitos.

Quanto à amplitude e efeitos temporais da decisão, explica Alexandre de Moraes que

A Lei nº 9.882/99 prevê em seu art. 11 que ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os

---

<sup>112</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed – São Paulo: Atlas, 2003. p. 641.

efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.<sup>113</sup>

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da ADPF é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória. Após o julgamento da ação, as autoridades ou órgãos responsáveis serão comunicados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

### 5.1.2 Cabimento

Segundo Alexandre de Moraes, a lei possibilita a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em três hipóteses:

para evitar lesão a preceito fundamental, resultante do ato do Poder Público;  
para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.<sup>114</sup>

A ADPF possui caráter subsidiário, uma vez que a lei veda expressamente a possibilidade de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

### 5.1.3 Os preceitos fundamentais

A utilização da ADPF pressupõe a existência de um preceito fundamental. Entretanto, a Constituição e a lei não definiram o que é um preceito fundamental. Nem mesmo os Ministros de STF chegaram a um consenso acerca do que é, ou não, definitivamente preceito fundamental. Isto só demonstra quão complexo e aberto é o conteúdo deste conceito.

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes,

---

<sup>113</sup> *Ibidem*. P. 644.

<sup>114</sup> *Ibidem*. p. 642.

não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétreia do art. 60, §4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.<sup>115</sup>

Cabe destacar que não há um conceito fechado de preceito fundamental, dando uma certa margem de discricionariedade para o magistrado na sua apreciação. É o que se conclui do entendimento de Walter Claudius Rothenburg, para o qual

Fez bem o constituinte em não estabelecer desde logo quais os preceitos que, por serem fundamentais, poderiam ser tutelados pela arguição de descumprimento de preceito fundamental? E o legislador, deveria tê-lo seguido? Sim, agiram ambos com acerto: somente a situação concreta, no momento dado, permitiria uma adequada configuração do descumprimento a preceito fundamental da Constituição. Qualquer tentativa de prefiguração seria sempre parcial ou excessiva; e a restrição seria agravada pela interpretação restritiva que um rol taxativo recomenda.<sup>116</sup>

Destarte, caberá ao Supremo Tribunal Federal manifestar-se acerca do que venha a ser preceito fundamental de acordo com o caso concreto.

## 5.2 O eufemismo da “antecipação terapêutica do parto”

Por que é utilizado o eufemismo “antecipação terapêutica do parto” ao invés de “aborto”?

Eufemismo é uma figura de retórica pela qual se suavizam expressões tristes ou desagradáveis empregando outras mais suaves e delicadas<sup>117</sup>. É o que ocorre, por exemplo, quando usamos “faltar com a verdade” ao invés de “mentir”. Isso é exatamente o que acontece no caso acima mencionado. Analisemos, portanto, a expressão “antecipação terapêutica do parto”.

Antecipação: fazer chegar antes do tempo; precipitar.

<sup>115</sup> **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental:** Decisões selecionadas. Notadez. 01/12/06. Disponível em: <http://www.notadez.com.br/content/noticias.asp?id=33852>. Acesso em: 31 mai. 2010.

<sup>116</sup> ROTHENBURG *apud* ALMEIDA, Dayse Coelho de. **O que são os preceitos fundamentais garantidos pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)?** A amplitude do conceito gera, para o magistrado, uma discricionariedade na precisão do que sejam preceitos fundamentais?. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 592, 20 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6237>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

<sup>117</sup> WEISZFLOG, Walter: **Michaelis:** Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2009.

Terapêutica: tratamento de doenças.

Parto: ato de dar à luz ao feto.<sup>118</sup>

Sendo assim, a “antecipação terapêutica do parto” *seria* precipitar o parto com a finalidade terapêutica, isto é, de se tratar uma doença. Essa expressão transmite uma idéia errada do que realmente pretende a ADPF 54.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 visa a autorizar que a mãe, grávida de uma criança com anencefalia, pratique o aborto, sem que incida na pena cominada no art. 124 do Código Penal, bem como o médico que o provoque (art. 126, CP).

Não se pode usar o termo “terapêutica”, uma vez que a mulher grávida de um filho anencéfalo *não está doente*, apenas possui um feto deficiente. Não há que se falar em tratamento de uma doença se não existe doente.

A antecipação do parto seria *terapêutica* se o objetivo fosse salvar a vida da mãe, se esta *estivesse em risco*<sup>119</sup>, ou até mesmo a vida do feto. Em relação a este, nada é feito em seu favor, haja vista não haver tratamento para a anencefalia. Como é sabido, o que ocorre é o oposto, uma vez que o nascituro é eliminado em nome do “bem-estar” psicológico da mulher. Destarte, a “antecipação terapêutica do parto” nada mais é do que um eufemismo criado para mascarar um dos delitos mais repugnantes, qual seja: o aborto.

De fato, é muito mais fácil apoiar a “antecipação terapêutica do parto” do que o aborto de bebês com anencefalia. Obviamente, esta é a principal razão do eufemismo utilizado: conseguir o apoio da sociedade, convencendo-a de que esta é uma prática destinada a salvar a vida da mãe. Não se deve olvidar, porém, que o eufemismo não retira a crueldade do crime de aborto. Não importa que nome é dado, mas sim o fato em si.

### 5.3 Breve histórico da ADPF 54

A referida ação foi interposta na Suprema Corte brasileira em meados de junho de 2004, sendo distribuída ao relator Ministro Marco Aurélio. Em relatório e primeira análise, o Ministro Relator, num esboço parcial da inicial verificou a admissibilidade da ADPF e do pedido, ao que se referia aos preceitos - dignidade da pessoa humana (art. 1º. IV), principio da

---

<sup>118</sup> Op.cit.

<sup>119</sup> Como dito anteriormente (item 1.4), a gravidez de um anencéfalo não gera riscos a vida da mãe, além daqueles comuns à uma gravidez de um feto sadio.

legalidade, liberdade e autonomia (art. 5º. II) e da saúde (art.6º. e 196) - todos da Constituição. Reconheceu também quais foram os atos do poder público que causaram a lesão. No caso, os artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, que tratam do aborto e suas excludentes. Analisou, em seguida, o pedido de liminar cautelar, que tinha por objetivo suspender o andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais, que tenham como réus os profissionais da saúde que foram acusados de infringir o Código Penal nos incisos acima demonstrados e, ainda, que fosse concedido às mulheres gestantes de fetos com anencefalia o direito de se submeter à interrupção terapêutica de parto, até a resolução da matéria em definitivo pelo Egrégio Tribunal.

O Ministro Marco Aurélio, diante das férias coletivas do Tribunal e a impossibilidade de exame próximo pelo Plenário, amparou-se no artigo 21, IV e V, do Regimento Interno do Tribunal e do artigo 5º, §1º, da Lei 9882/99, para conceder *ad referendum* o pedido de liminar. Levou em consideração que os direitos postulados na exordial possuíam relevância e proteção estatal. Preocupou-se, também, com o perigo de grave lesão que poderia ocorrer. Segundo o Ministro, esperar a decisão final só aumentaria o sofrimento da mulher, ante as incertezas oriundas do desencontro das decisões judiciais.

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – PROCESSOS EM CURSO – SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal.<sup>120</sup>

Em 20 de outubro de 2004, O Plenário do Supremo Tribunal federal, acolhendo a proposta do Ministro Eros Graus, se reuniu para analisar a matéria e referendou a primeira parte da concessão da liminar, que concedia a suspensão dos processos e decisões não transitadas em julgado:

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – AFASTAMENTO – MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.<sup>121</sup>

<sup>120</sup> SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em 31 Jan. 2010.

<sup>121</sup> SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em 31 Jan. 2010.

Nesta mesma ocasião foi analisado o cabimento da ADPF para tratamento do tema. Não obstante os questionamentos acerca da admissibilidade ou não da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como instrumento processual adequado para a descriminalização do aborto em caso de anencefalia, o STF entendeu, por maioria dos votos, que é cabível a ADPF no caso em tela. Votaram a favor da ADPF como instrumento processual para o caso, os ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Sob o argumento de que a questão deveria ser resolvida pelo Congresso Nacional, intérprete dos “valores culturais da sociedade”, o ministro Cezar Peluso votou contra a admissibilidade da ADPF. Votaram no mesmo sentido os ministros Eros Grau, Ellen Gracie e Carlos Velloso.

Durante sua primeira análise da matéria, o Ministro-Relator recebeu alguns pedidos de ingresso ao processo, na condição de *amicus curiae*, das seguintes entidades: da ANIS, da CNBB, da Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e da Associação pelo Desenvolvimento da Família, todos inicialmente negados, sob o argumento de causar tumulto processual.

Posteriormente, face aos questionamentos e múltiplos entendimentos que a matéria suscitou, principalmente em após a manifestação do Procurador Geral da República, o Relator entendeu necessário requisitar informações adicionais, conforme prevê o artigo 6º, parágrafo 1º da Lei 9882/99, para, em audiência pública, ouvir as entidades que acima suscitaram o pedido de ingresso no processo como *amicus curiae* e abriu prazo para que outras entidades se manifestassem a fim de participarem da Audiência Pública.

As audiências ocorreram entre os dias 26 de agosto e 16 de setembro de 2008. Foram realizadas quatro audiências (26/08; 28/08; 04/09 e 16/09) onde foram ouvidos vários segmentos da sociedade, desde entidades religiosas, sociedades médicas e genéticas, e o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, entre outros.

O julgamento definitivo está previsto ainda para o primeiro semestre de 2010. Sabe-se que há uma grande probabilidade de que o STF autorize o aborto de bebês portadores de anencefalia.

## 5.4 Resumo da Petição Inicial<sup>122</sup>

A petição inicial ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores pela Saúde – CNTS, em 17 de junho de 2004, argui a violação dos preceitos fundamentais estabelecidos nos arts. 1º, IV (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa), 5º, II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), 6º *caput* (são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados) e 196 (a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação), todos da Constituição Federal, pelo conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, os quais disciplinam o crime de aborto.

A CNTS requereu que a

Egrégia Corte, procedendo a uma interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez do feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.<sup>123</sup>

Alternativamente, e na hipótese de descabimento da ADPF, a CNTS requereu o seu recebimento como Ação Direta de Inconstitucionalidade, visto que se pretende uma interpretação conforme a Constituição dos artigos que tipificam o aborto.<sup>124</sup>

Em síntese, a ADPF 54 visa desautorizar a punição criminal no caso de aborto de fetos anencefálicos, porquanto haveria não um aborto, e sim uma antecipação “terapêutica” do parto, uma vez que o feto portador de anencefalia *não tem qualquer perspectiva de vida extra-uterina* e sendo inviável a sua sobrevivência, não estaria este feto protegido pela legislação penal.

Sendo assim, sobre as gestantes e sobre os profissionais de saúde não poderiam incidir as prescrições normativas do Código Penal relacionadas ao aborto (arts. 124, 126 e

<sup>122</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em: 27jan. 2010

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> Cabe ressaltar, que nesse caso, o entendimento do STF é pela inadmissibilidade desse tipo de ação em relação a direito pré-constitucional.

128), ampliando-se as hipóteses excludentes de ilicitude e de punibilidade contidas no Art. 128, I e II do CP.

Além disso, a CNTS pediu que fosse concedida liminarmente medida cautelar, baseada no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, para “suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais que pretendem aplicar ou tenham aplicado os indigitados dispositivos do Código Penal, nos casos de antecipação terapêutica dos fetos anencefálicos”. E para que se reconheça, como consequência, o direito constitucional da gestante de se submeter ao referido procedimento, e do profissional da saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia descrita na presente ação.

O principal argumento de mérito utilizado pela CNTS é a afirmação de que a antecipação “terapêutica” do parto não é aborto. Isso porque o feto anencefálico não tem sobrevivida extra-uterina, porquanto não é nem um nascituro. Diagnosticada a anencefalia não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro de anencefalia, o que torna a morte inevitável e certa, sendo que aproximadamente 65% dos fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino, e os que sobrevivem morrem pouco tempo depois de nascer.

Argumentam que se nada pode ser feito pelo feto anencefálico, por outro lado, em favor da gestante, para reduzir os riscos à sua saúde e os danos emocionais causados por esse sofrimento, pode ser feita a antecipação “terapêutica” do parto.

De acordo com a CNTS, o legislador penal na década de 1940 não tinha a tecnologia necessária para diagnosticar essas anomalias fetais, daí, provavelmente, não estarem como hipóteses excludentes da ilicitude e punibilidade no crime de aborto. Destarte, o “anacronismo da legislação penal não pode impedir o resguardo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, privilegiando-se um positivismo exacerbado em detrimento de uma interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma”.<sup>125</sup>

Argumentam que a proteção legal ao feto, mediante a tipificação do aborto, é no sentido de resguardar a possibilidade de o feto viável nascer com vida. Sem a viabilidade extra-uterina, não há que se falar em crime de aborto. Assim, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa em violação da sua dignidade humana. Seria tortura impor à mulher situação de intenso sofrimento físico e mental, causado

---

<sup>125</sup> STF Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&sl=54&processo=54> Acesso em 27 jan. 2010.

intencionalmente, e que poderia ser evitado mediante a convivência com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo que *nunca poderá se tornar um ser vivo*. Fere a autonomia da vontade da mulher a sua proibição de antecipar terapêuticamente o parto de feto anencefálico, haja vista a inexistência de norma legal proibitiva. Assim, importa em indevida e injustificável restrição ao direito de saúde da mulher impedir a antecipação “terapêutica” do parto, visto que a saúde é o completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças.

## 5.5 Resumo do Parecer do Procurador Geral da República

O Procurador Geral da República, que à época da ADPF 54 era Cláudio Fonteles, ofereceu parecer ministerial e requereu o indeferimento do pleito da CNTS.

Para o Procurador, as situações extintivas de punibilidade apresentam sentido inequívoco e preciso que a lei penal apresenta e “legaliza” o aborto, quais sejam, o aborto terapêutico e o aborto sentimental. A anencefalia não se enquadra nessas hipóteses. O feto anencefálico não causa a morte da mãe. Se causasse, estar-se-ia diante do aborto terapêutico. No que tange ao aborto sentimental, o PGR defendeu que se trata de hipótese excepcional que não comporta interpretação analógica que autorize sua prática.

Caso a tese da Arguente seja aceita, o direito à vida, contido no *caput* do art. 5º da Constituição que garante a inviolabilidade desse direito, que está posto como marco primeiro dos direitos fundamentais, será sacrificado.

Argumenta Cláudio Fonteles que se há normal processo de gestação, vida intra-uterina existe, e "nos casos de anencefalia há o normal desenvolvimento físico do feto: formam-se seus olhos, nariz, ouvidos, boca, mãos, enfim, o que lhe permite sentir, e também braços, pernas, pés, pulmões, veias, sangue que corre, o coração".<sup>126</sup>

Lembra o Procurador o disposto no art. 2º do Código Civil que põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, e o art. 4.1 do Pacto de São José da Costa Rica que enuncia que "Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, no geral, a partir do momento da concepção". Além disso, cita a Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu artigo 1º, que reconhece o direito intrínseco à vida que tem todo

---

<sup>126</sup> PGR emite parecer contrário ao aborto de anencéfalos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=603>>. Acesso em: 03 mar. 2010.

ser humano concebido. E invoca o Preâmbulo desta Convenção: "a criança por falta da maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidado especiais, aí incluída a proteção legal, tanto antes quanto depois do nascimento". Dessa forma, tanto os diplomas legais de direito interno, quanto internacional, estabelecem que a vida começa desde a concepção.

O direito à vida é atemporal, ou seja, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana. Nesse sentido, Cláudio Fonteles questiona: "a compreensão jurídica do direito à vida legitima a morte, dado o curto espaço de tempo da existência humana? Por certo que não!" E continua: "se o tratamento normativo do tema, como vimos, marcadamente protege a vida, desde a concepção, por certo é inferência lógica, inafastável, que o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevivida visível".<sup>127</sup>

Em seu parecer, o PGR afirma que a dor temporal da gestante não é causa suficiente para se opor ao direito à vida do nascituro. Ante o princípio da proporcionalidade, uma dor, por mais intensa que seja, não justifica pôr fim à vida que existe intra-uterina, e que goza de toda proteção normativa. Nas palavras do Procurador, "o feto no estado intra-uterino é ser humano, não é coisa!". Dessa forma, deve o pleito da CNTS ser indeferido face à primazia do direito à vida do nascituro.

## 5.6 Argumentos dos *amicus curiae*<sup>128</sup>

*Amicus curiae* (amigo da corte) é um terceiro (que não é parte do feito) que presta informações ou esclarecimentos de que o tribunal necessita para proferir sua decisão.

Nos primeiros dias reservados à realização de audiências públicas, médicos, cientistas e parlamentares foram ouvidos no STF. Houve também a participação da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, da Igreja Universal, da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, da Sociedade Católica Pelo Direito de Decidir e da Associação Médico-Espírita do Brasil. Tais entidades tiveram seus pedidos de participação negados, num primeiro momento, pelo relator Marco Aurélio. Posteriormente, entendendo a complexidade e

---

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> Art. 6º, Lei 9.882/99: §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".

relevância do tema, além da larga repercussão moral e religiosa, o Ministro deferiu a participação dessas entidades. Abaixo seguem os argumentos de duas delas.

### 5.6.1 ANIS

A ANIS – Institutos de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ajudou a CNTS na formulação dos argumentos de sua petição inicial, requerendo, desde então, sua participação no processo como *amicus curiae*. A entidade se opõe à dupla punição que a gestante de feto anencefálico possivelmente sofrerá, à medida que, se a tal mulher for imposto o dever compulsório de carregar um feto que certamente não será viável, macular-se-ia, por completo, o bem-estar físico, mental e social dela e caracterizar-se-ia uma forma de tortura psicológica.

O ponto principal dos argumentos da ANIS reside na não potencialidade de vida do anencéfalo. Se não há essa potencialidade de vida, não há que se falar em aborto. Ou seja, se a morte do feto é dada como certa (sem potencialidade de vida extra-uterina), não haveria que se considerar, assim, a interrupção da gravidez como a causa *mortis* do óbito fetal, ratificando a visão de que a antecipação terapêutica do parto não é aborto.

Paralelamente, comparam a situação ao caso do estupro, em que há potencialidade de plena vida social e saudável, mas todos os direitos da mãe são resguardados em face da criança não planejada, podendo tal gestante, inclusive, fazer-se valer de qualquer hospital habilitado para abortar, sem que para isso necessite sequer de um boletim de ocorrência.

Sustentam ainda que a ADPF 54 não visa obrigar todas as gestantes de fetos anencefálicos a abortarem. Mas defendem que essas mulheres tenham o direito de escolha.

### 5.6.2 CNBB

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, CNBB, a despeito de ser uma entidade religiosa, procurou enfrentar a questão do aborto de anencéfalos à luz do Direito e da

Ética.<sup>129</sup> Para a CNBB o tema é da mais alta relevância, uma vez que ao se discutir o direito do feto anencefálico de nascer, é a sua humanidade que está em discussão.

Entende que ainda que o bebê anencéfalo seja inviável em sua vida extra-uterina, ele é um ser vivo, merecedor de proteção jurídica. E entre o mal-estar da gestante e a idoneidade do feto, a CNBB opta por este. Reconhece o anencéfalo como ser humano possuidor do direito de viver no útero materno até o esgotamento natural de suas possibilidades. Neste sentido, submeteu os ministros do STF às seguintes indagações:

“O feto anencefálico é um ser humano ou é uma ‘coisa’?” “Dizem que é um ‘ser não-vivo’. O que é esse ser não-vivo?” “É ser dotado de uma essencial dignidade e merecedor de uma especial proteção ou é um sub-humano, uma coisa em forma humana?” “O feto anencefálico é uma patologia ou é a anencefalia que é uma patologia?” “O doente se confunde com a doença? O anômalo com a anomalia?” “Acabaremos com as doenças dizimando os doentes?” “A humanidade de um ser está apenas em sua racionalidade? Somente os seres racionais são humanos?” “A proteção ao nascituro, desde a concepção, é letra morta do nosso Código Civil?” “Só o nascituro com viabilidade extra-uterina é merecedor de proteção jurídica?” “Somente seres humanos viáveis são destinatários de proteção?” “A dignidade da vida do feto anencefálico é inferior ao bem-estar da mulher gestante?” “Uma gravidez pode ser comparada a uma tortura ou a um tratamento degradante porque o feto não atende às expectativas dos pais?” “Fica a dignidade de uma gestante aviltada por carregar em seu ventre um feto anencefálico?” “O abortamento ou o eufemismo ‘antecipação terapêutica do parto’ se justificam por uma razão de bem-estar da gestante ou da família?” “A vida requer adjetivos e outros qualificativos ou ela se basta enquanto si?” “O que vale mais que a vida humana? O bem estar?” “A vida só deve ser protegida se útil? Quem são os úteis para viver?” “O feto anencefálico é um outro, um ser humano vivo, ou não passa de um pedaço de carne que deve ser extirpado do corpo da gestante?” “A mão humana deve intervir para salvar ou para matar?” “Os avanços da medicina e da ciência devem atropelar as concepções éticas de uma sociedade?” “O sacrifício da vida do feto anencefálico restaura a dignidade da gestante?” “O feto anencefálico não tem o direito de morrer naturalmente?”<sup>130</sup>

Mais do que questionar, a CNBB afirma que o ser humano, independentemente de sua forma ou estágio, “é pessoa humana, sujeito e nunca uma coisa ou um ser qualquer. A pessoa humana, seja em que estágio for ou estiver, não pode ser coisificada ou desqualificada

<sup>129</sup> Obviamente, a atuação da CNBB foi impulsionada pela concepção religiosa de seus membros. Mas os argumentos utilizados não se basearam em normas canônicas ou em enunciados bíblicos.

<sup>130</sup> CNBB apresenta manifestação contrária ao aborto de anencéfalos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: . Acesso em: 03 mar. 2010.

em hipótese alguma". Todo ser humano, independentemente da situação em que se encontre, é merecedor de uma especial atenção e dotado de uma essencial dignidade. E eles – fetos anencefálicos e todos que não tenham viabilidade ou que não sejam mais úteis - mais do que nunca, por não poderem se defender e sem terem sequer a consciência de sua dignidade, são os que devem ser especialmente protegidos.

Para a CNBB, "o sofrimento da gestante e da família a todos sensibiliza e não podemos ser indiferentes a essa dor e angústia. Mas esse sofrimento não justifica nem autoriza o sacrifício da vida do filho que se carrega no ventre". Não é uma simples escolha, um simples ato de vontade, não se trata apenas do próprio corpo, mas se cuida de uma outra vida, de vida autônoma, de vida que vale por si, pelo simples fato de existir. E continua:

Não será a antecipação da morte que livrará a mãe ou o feto de seus sofrimentos. O sacrifício da vida fetal, nada obstante a inviabilidade extra-uterina, não se justifica em face dos interesses maternos ou familiares. O sacrifício de uma vida, e o feto anencefálico é ser humano vivo, insistimos, porque essa vida é inviolável socialmente não pode ser aceito no atual estágio e grau de desenvolvimento de nossa cultura.<sup>131</sup>

Nesse sentido, argumenta que “um Estado que se diz e que se quer Democrático e de Direito, os mais frágeis são os primeiros a serem protegidos e não mortos ou terem antecipada terapeuticamente a sua morte”.<sup>132</sup>

Por fim, a petição da CNBB traz em seu requerimento: “nestes termos, pedimos e esperamos uma profunda reflexão ética sobre o tema. Que a luz da sã razão ilumine as suas consciências e que pensem, não apenas no direito de decidir da gestante, mas nos direitos que não tiveram os fetos anencefálicos”.<sup>133</sup>

## 5.7 O STF atuando como Legislador

Não se deve olvidar para o fato de que a autorização do aborto em caso de anencefalia representa uma usurpação do Poder Legislativo pelo STF. Prova disso foi o voto do Ministro Eros Grau, no que tange ao cabimento da ADPF 54. Segundo o Ministro, a CNTS pede que o Supremo crie, por via oblíqua, nova hipótese de não-punibilidade do aborto, ferindo o princípio da reserva legal e transformando a Corte em legislador positivo. "O que a

---

<sup>131</sup> *Ibidem*

<sup>132</sup> *Ibidem.*

<sup>133</sup> *Ibidem*

autora pretende é lançar mão da ADPF como instrumento de interpretação extensiva de normas do Direito Penal, e as excludentes de punibilidade previstas no artigo 128 não admitem a interpretação conforme a Constituição".<sup>134</sup>

No mesmo sentido votou o Ministro Cezar Peluso. Para ele não há controvérsia constitucional. O caso envolve "pura e simples interpretação do artigo 124 do Código Penal". No fundo, disse Peluso, "o que se trata é de criar mais uma excludente de ilicitude", o que seria tarefa própria do Poder Legislativo. "O foro adequado para a questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais desses valores podem ser diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas".<sup>135</sup>

Também votou pelo não cabimento da ADPF 54 a Ministra Ellen Gracie, segundo a qual, além da necessidade de análise do controle de constitucionalidade, era preciso haver também o controle da passionalidade, devido ao caráter controverso do tema. Reconheceu o problema social e a polêmica em torno da autorização legal para a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia. Todavia, ressaltou que a intenção da CNTS, ao propor a ação, seria, através de mecanismos artificiosos, fazer com que o STF suprisse a lacuna deixada pelo Congresso Nacional, que não apreciou os projetos sobre aborto que lá tramitam. "Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou apreciação no Congresso Nacional, inobstante às tantas iniciativas legislativas registradas em ambas as Casas",<sup>136</sup> sustentou a Ministra.

Ainda contrário ao cabimento da ADPF 54, se manifestou o Ministro Carlos Velloso, haja vista que os dispositivos da lei penal utilizados pela confederação constituem direito pré-constitucionais. De acordo com o Ministro, "a pretensão do autor resulta, em última análise, na declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, de normas infraconstitucionais às normas penais mencionadas anteriores à Constituição vigente".<sup>137</sup> E continua:

O que se pretende, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal inove no mundo jurídico. E inove mediante interpretação. Vale invocar, novamente, a lição do saudoso Ministro Luiz Gallotti: "podemos interpretar a lei, de modo a arredar a inconstitucionalidade. Mas interpretar interpretando e, não, mudando-lhe o texto".<sup>138</sup>

<sup>134</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa>. 27/04/2005. Acesso em 23 mai. 2010.

<sup>135</sup> *Ibidem.*

<sup>136</sup> *Ibidem.*

<sup>137</sup> *Ibidem.*

<sup>138</sup> *Ibidem.*

Carlos Velloso lembrou ainda que a jurisprudência do Supremo, a partir da ADI 02, não admite ação direta de inconstitucionalidade de direito pré-constitucional.

Não obstante os bem fundamentados votos contrários ao cabimento da ADPF 54, o STF decidiu, por maioria, pelo cabimento da referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Os Ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, votaram favoráveis ao cabimento da ADPF. Para Sepúlveda Pertence, "na lógica da petição, não se segue que se queira aditar-lhe uma nova cláusula de exclusão da punibilidade. Ao contrário, se pretende excluir para dar prevalência aos valores constitucionais invocados".<sup>139</sup>

É importante frisar que o Poder Judiciário é órgão singular da soberania estatal, mas não está sozinho na tarefa de realizar os valores da democracia. Neste sentido, toda norma deve ser emanada do Poder Legislativo, ficando clara a posição de legitimidade duvidosa no caso da ADPF 54. Pelo princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário é absoluto na sua função da prestação jurisdicional, não podendo legislar, deferindo um efeito vinculante a todos. Sendo assim, o Supremo estaria ferindo uma cláusula pétrea da Constituição, uma vez que compete tão somente ao Legislativo legislar, e não ao STF.

## 5.8 Um precedente para a legalização do aborto

Por fim, é importante enfatizar o perigoso precedente que se estará abrindo com a autorização do aborto de anencéfalos, uma vez que não existe só a anencefalia como moléstia grave e incurável. Nos dizeres de Thomas Rafael Gallop, "limitarmos, portanto, a questão da autorização da interrupção da gravidez aos casos de anencefalia será inadequado, pois outros diagnósticos igualmente graves e sem perspectivas de sobrevivência dos recém-nascidos estariam injustamente excluídos".<sup>140</sup>

De fato, o argumento de Gallop aponta para uma grave consequência da chamada antecipação "terapêutica" do parto. Com a autorização do aborto de anencéfalos pelo STF criar-se-á um novo problema. Qual seria a solução aplicável aos demais casos de anomalias incompatíveis com a vida? O de também autorizar, ante o princípio da isonomia ou de proibir,

---

<sup>139</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa>. Acesso em: 23 mai. 2010.

<sup>140</sup> GALLOP, *apud* FRANCO, Alberto Silva; STACO, Rui (coord.). *op.cit.* p. 672.

tendo em vista que não se pode ampliar o alcance dessa autorização? Como se percebe, essa reação em cadeia acabará levando à total legalização do aborto no Brasil. Ademais, sendo a anencefalia uma doença rara, cabe então indagar: se os casos são tão pouco frequentes, por que a antecipação “terapêutica” do parto tomou tamanha proporção e espaço na mídia? Por trás de tudo isso se encontra o interesse na legalização do aborto. Essa é a conclusão a que chegam Antônio Moser e André M. Soares.

O quadro de fundo para entender bem essa problemática é o de uma cultura de morte. Uma leitura crítica do abundante material que apareceu nos vários meios de comunicação levanta fundadas suspeitas de que podem existir ao menos dois interesses em jogo. O primeiro aponta para outros casos nos quais se justificaria o que, eufemisticamente se denomina de interrupção terapêutica. Aqui aparecem fetos portadores de outras deformações, aparecem mulheres que engravidam sem querer, ou que estão fora da faixa etária considerada ideal [...]. O segundo aponta para o interesse nos órgãos destes bebês, que podem, pelo menos teoricamente, salvar vidas de outros bebês.<sup>141</sup>

No Brasil já houve algumas tentativas frustradas de legalização do aborto. Como dito anteriormente, o Anteprojeto do Código Penal trazia em seu bojo o aborto eugênico como excludente de ilicitude. Além disso, tramitam no Congresso Nacional um total de 17 projetos de lei que visam à legalização do aborto, desde os casos de anomalias incompatíveis com a vida, até a legalização total da prática abortiva. Dentre eles, o projeto de lei nº 1.956/96, de autoria de Marta Suplicy. O aludido projeto autoriza a interrupção da gravidez quando o produto da concepção não apresenta condições de sobrevivência em decorrência de má-formação incompatível com a vida ou de doença degenerativa incurável, precedida de indicação médica, ou quando por meios científicos se constatar a impossibilidade de vida extra-uterina<sup>142</sup>.

Outro PL, proposto em 2004 pela Comissão Tripartite, formada por representantes do governo federal, entidades de trabalhadores e entidades empresariais, prevê a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação ou em qualquer idade gestacional quando a gravidez implica risco de vida à mulher ou em caso de má-formação fetal incompatível com a vida. Outra matéria tramita no Congresso Nacional há 17 anos e visa, além da descriminalização, assegurar que o SUS realize a interrupção da gravidez. O texto também revogaria os artigos do Código Penal que tratam o aborto como crime.

No entanto, esses projetos nunca foram aprovados, provavelmente, por serem considerados impopulares. Sabe-se que a maior parte da população brasileira é contrária ao

---

<sup>141</sup> MOSER, A; SOARES, A M. M, 2006, p. 115-116.

<sup>142</sup> ZAMAI, Emerson. **Legalização do aborto eugênico**. Disponível em:

<http://www.meuartigo.brasilecola.com/sociologia/legalizacao-aborto-eugenico.htm>. Acesso em: 21 abr. 2010.

aborto.<sup>143</sup> Além disso, como visto no item 3.3.1, a legalização do aborto é inconstitucional, ante o princípio do direito à vida. Há pouco tempo, a questão da legalização foi retirada do Programa Nacional dos Direitos Humanos, passando a ser tratado como questão de saúde pública.

Débora Diniz, uma das maiores defensoras do aborto em caso de anencefalia, quando perguntada se a ADPF 54 seria uma estratégia para a legalização do aborto não nega essa possibilidade.

Esta liminar do STF pode ser uma estratégia para legalizar o aborto no Brasil?

A liminar representa que, pela primeira vez na história brasileira, a Suprema Corte reconheceu que a autonomia reprodutiva está relacionada com princípios constitucionais fundamentais, como a liberdade, a dignidade e o direito à saúde. Se isto pode influir no pensamento jurídico brasileiro e da sociedade em geral, sobre a importância do direito da mulher a decidir sobre se deve ou não manter uma gravidez indesejada, somente a história poderá mostrar.<sup>144</sup>

Nesse contexto, a autorização do STF funcionaria como um “atalho” para a legalização do aborto. Desta feita, caso seja permitido que mães de bebês anencéfalos interrompam a gravidez, estar-se-á abrindo um importante precedente para que o aborto deixe de ser considerado crime no Brasil. Não é difícil chegar a esse raciocínio. Depois das crianças com anencefalia, serão as também portadoras de anomalias incompatíveis com a vida, pois onde há a mesma razão, deverá haver a mesma disposição (*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*). Em seguida, o aborto eugênico propriamente dito, aquele em que os fetos possuem alguma deformação. E continuando essa reação em cadeia, teremos a legalização do aborto *honoris causa*<sup>145</sup>, do aborto econômico<sup>146</sup> até chegarmos à completa descriminalização do aborto.

---

<sup>143</sup> No período de 25 a 29 de janeiro foi realizada uma pesquisa pela SENSUS que constatou que 73,5% dos entrevistados são contrários ao aborto, enquanto que 22,7% são favoráveis à essa legalização.

<sup>144</sup> DINIZ, Débora. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004. p. 88.

<sup>145</sup> Aquele praticado para que a mulher não tenha sua honra abalada.

<sup>146</sup> Aplicado nos casos de família numerosa, na qual o nascimento de mais um filho agravaria a situação de pobreza da mesma.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida humana se inicia com a concepção. É desde este momento que o indivíduo tem o direito de permanecer vivo. E é a partir daí que o Estado deve proteger e criminalizar qualquer forma de atentado contra a vida. A Constituição Federal tutela o direito à vida em seu artigo 5º, considerando-o como cláusula pétrea. Além disso, as normas infraconstitucionais também protegem os direitos dos bebês que ainda não nasceram. O Código Civil assegura os direitos do nascituro desde a concepção. O Código Penal tipifica o aborto como crime contra a vida. A Convenção sobre os Direitos da Criança prevê que a proteção às crianças se dá antes mesmo de seu nascimento. E o Pacto de São José da Costa Rica, que possui status de emenda constitucional, garante o direito à vida desde a concepção.

Nesse sentido, o feto é dono dos mesmos direitos e garantias dos já nascidos, uma vez que há vida desde a concepção. Sendo assim, o nascituro possui tanto o direito à vida, como à dignidade. De acordo com a Constituição, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e, dessa forma, esse princípio é garantido a todos, sem nenhuma distinção.

O nascituro, como ser humano digno, deve ter todos os seus direitos respeitados. O anencéfalo, da mesma forma, é portador dos mesmos direitos que um feto saudável. A Carta Magna não faz nenhuma ressalva quanto à viabilidade ou não do feto. E nem poderia, ante o princípio da igualdade. O direito à vida não pode estar condicionado à viabilidade do feto. Se assim fosse, chegaríamos à infeliz conclusão de que as pessoas “normais” possuem mais direitos do que as portadoras de alguma deficiência.

Desta feita, é claramente inconstitucional a autorização ou a legalização do aborto, até mesmo nos casos de anencefalia. A Constituição Federal é explícita ao garantir a vida e a dignidade a esses bebês, assim como a assegura também a todos os seres humanos, independente de sua fase evolutiva. Repita-se: a viabilidade do feto não é requisito para a sua proteção legal. De fato, esse estado de diminuição, no qual se encontra o anencéfalo, requer uma proteção ainda maior aos seus direitos.

Por outro lado, mulheres grávidas de anencéfalos comparam sua gravidez a uma tortura. Ora, a dignidade da mulher não é afetada pelo simples fato de estar gerando um bebê com deficiências e que não se enquadra nos parâmetros da normalidade. Não se quer com isso

desprezar ou descaracterizar o sofrimento da mãe. Claro que se reconhece o profundo sofrimento a que estão expostas. No entanto, este sofrimento não pode justificar a morte do nascituro, que também é portador do mesmo respeito à sua dignidade, e, por conseguinte, tem o direito de morrer naturalmente.

Ademais, o trauma por gerar um filho anencéfalo não justifica o aborto. Mesmo porque futuros traumas psicológicos, além de riscos à saúde da mãe, são inerentes à prática abortiva. Nesse sentido, interromper a gravidez por não estar gerando um ser “perfeito” é ato de egoísmo e vaidade. A sociedade deve abandonar os pensamentos de amor próprio, dando lugar ao amor ao próximo.

Por outro lado, cabe também à sociedade tratar o tema sem preconceitos ou repulsas. Comentários pejorativos – como chamar a mãe de “caixão ambulante”, dizer a ela que ao invés de comprar um berço para o seu filho deverá comprar um caixão, referir-se ao anencéfalo como uma “monstruosidade” ou chamá-lo de “rã” – devem ser eliminados por médicos, juristas e por toda a sociedade. Tais comportamentos agravam ainda mais o sofrimento dessa mãe.

Nunca é demais lembrar que o nascituro, anencéfalo ou não, não é uma coisa. É um ser humano portador dos mesmos direitos e da mesma dignidade dos seres humanos já nascidos.

Nesse contexto, o STF tenta, por meio de mecanismos artificiosos, autorizar o aborto em caso de anencefalia. É de notório conhecimento a divisão entre os poderes. Assim, cabe ao Legislativo legislar, e não ao STF. Destarte, ao autorizar o aborto, a Suprema Corte brasileira estará usurpando o poder do legislativo. Não cabe ao STF legislar. Não obstante a todos os impedimentos de ordem constitucional e infraconstitucional, a tendência é que ainda este ano, o Supremo autorize o aborto de anencéfalos. A partir desse momento, mulheres grávidas de anencéfalos poderão interromper a gravidez sem precisarem recorrer à autorização judicial.

A decisão da ADPF 54 terá eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. Além disso, será irrecorrível, o que nos leva à conclusão de que cabe ao STF, nesse caso, “errar por último”.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **O que são os preceitos fundamentais garantidos pela argüição descumprimento de preceito fundamental (ADPF)?** A amplitude do conceito gera, para o magistrado, uma discricionariedade na precisão do que sejam preceitos fundamentais?. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 592, 20 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6237>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

AQUINO, Felipe. **Aborto e problemas mentais**. Disponível em: <http://www.pastoralis.com.br/pastoralis/html>. Acesso em 03 Abr. 2010.

**ARGUÇÃO de Descumprimento de Preceito Fundamental:** Decisões selecionadas. Notadez. 01/12/06. Disponível em: <http://www.notadez.com.br/content/noticias.asp?id=33852>. Acesso em: 31 mai. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte especial, vol. 2. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CERQUEIRA, Elizabeth Kipman *apud* SOARES, André Machado. **Vida – O primeiro direito da Cidadania**. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/13036773/DEFESA-DE-TODA-A-VIDA> . Acesso em: 16 Fev. 2010.

CLEMENTE, Aleksandro. **O direito à vida e a questão do aborto**. Portal da Família. Disponível em: <http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo400.shtml>. Acesso em: 12 fev. 2010.

**CNBB apresenta manifestação contrária ao aborto de anencéfalos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: . Acesso em: 03 mar. 2010

**COMO votou Carlos Britto no caso de aborto de anencéfalos**. Consultor Jurídico. Disponível em:

[http://www.conjur.com.br/2005-abr-28/como\\_votou\\_carlos\\_britto\\_caso\\_aborto\\_anencefalos](http://www.conjur.com.br/2005-abr-28/como_votou_carlos_britto_caso_aborto_anencefalos). Acesso em 16 mai. 2010.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira. **Anencefalia e transplante**. São Paulo: Revista da Associação Médica Brasileira, jan/mar 2004, v. 50, n. I, p.10. Disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/ladabaixo.htm> Acesso em: 12 mar. 2010

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Pensamentos Católicos:** uma nação inimiga de Deus. 15 mai. 2007. Disponível em: <http://pensamentoscaticos.blogspot.com/2007/05/uma-nao-inimiga-de-deus.html>. Acesso em: 04 abr. 2010

\_\_\_\_\_. **Aborto na rede hospitalar pública:** o Estado financiando o crime. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, 2006

\_\_\_\_\_. **Quem é o anencéfalo? É preciso conhecer aquele que está no banco dos réus do Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 901, 21 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7747>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

DELGADO, Mario Luiz; ALVEZ, Jones Figueredo. **Novo Código Civil:** Questões controvertidas. Vol 1. São Paulo: Editora Método, 2006.

DIAMENT, Aron; CYPEL, Saul. **Neurologia Infantil**. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 1996.

<sup>1</sup> DINIZ, Débora. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004. p. 88

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol 1: teoria geral do direito civil. 22 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-01-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2005

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17 ed. à luz da Lei n. 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

FONTELES, Cláudio. **Sobre a anencefalia**. Bioética: a ética da vida. 11 ago. 2009. Disponível em: <http://bioetica.blog.br/category/anencefalia-claudio-fonteles>. Acesse em: 30 jan. 2010.

FRANCO, Alberto Silva; STACO, Rui (coord.). **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FREITAS, Lúcio R. O. **A personalidade jurídica do nascituro**. DireitoNet. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidade-juridica-do-nascituro>. Acesso em: 12 fev. 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte especial**, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

KRAUSE, Paul Medeiros. **Apelo à razão: inconstitucionalidade da legalização do aborto**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 943, 1 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7907>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. v.1: Teoria geral do direito civil. 5 ed. reform. São Paulo, Saraiva, 2009.

MÉDICOS defendem o aborto em caso de feto anencéfalo. Veja.com Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/medicos-defendem-aborto-caso-feto-anencefalo-305078.shtml>. Acesso em: 05 de fev. 2010.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOSER, Antônio; SOARES, André M. Machado. **Bioética: do consenso ao bom senso**. Petrópolis: Vozes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Biotecnologia e Bioética: para onde vamos?**. 4 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004

MUTO, Elisa; NARLACH, Leandro. **Vida: O primeiro instante** Superinteressante Disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/vida-primeiro-instante-446063.shtml>. Acesso em: 31 jan.2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 27 ed. rev. atual. de acordo como Código Civil Lei n. 10.406/2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERGUNTAS mais frequentes sobre anencefalia. Anencefalia Info, 2009. Disponível em: <http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>. Acesso em: 07 fev. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1: Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. 21 ed. ver. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006

PGR **emite parecer contrário ao aborto de anencéfalos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=603>>. Acesso em: 03 mar. 2010.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, vol.2: parte especial: art. 121 a183. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REGIS, Arthur Henrique de Pontes. **Início da vida humana e da personalidade jurídica: questões à luz da Bioética**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6462>>. Acesso em: 12 fev. 2010.

REZEK, J. Francisco. **Direito Internacional Público**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOARES, André Machado. **Vida – O primeiro direito da Cidadania**. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/13036773/DEFESA-DE-TODA-A-VIDA> . Acesso em: 16 Fev. 2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: Fundamentos e Ética Biomédica**. v.1 São Paulo: Loyola, 1996.

SIMÕES, Jussara. **Legalizar o aborto também é salvar vidas**. O Globo on line. 26 out. 2007. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2007/10/26/326912139.asp>. Acesso em: 04 abr. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em 31 Jan. 2010.

<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa>. 27/04/2005. Acesso em 23 mai. 2010.

<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa>. Acesso em: 23 mai. 2010.

TAGLIAFERRO, Kleber. **Aborto ou terapêutica?** Vida e dignidade: um conflito de direitos humanos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>>. Acesso em: 01 abr. 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002

TERRUEL, Suelen Chirieleison. **Anencefalia fetal: Causas, consequências e possibilidade de abortamento**. Web Artigos.com, 2008. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/4787/1/Anencefalia-Fetal-Causas-Consequencias-E-Possibilidade-De-Abortamento/pagina1.html>. Acesso em: 30 Jan. 2010.

TIPOS de aborto e suas consequências. Disponível em : <http://www.aborto.com.br/tipos/index2.htm>. Acesso em: 03 abr. de 2010.

TUPY, Igor Bertoli. **Estado de necessidade: breves considerações**. Jus Navegandi. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4711> Acesso em 17 fev. 2010.

WEISZFLOG, Walter: **Michaelis: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2009.2280p.

ZAMAI, Emerson. **Legalização do aborto eugênico**. Disponível em:  
<http://www.meuartigo.brasilecola.com/sociologia/legalizacao-aborto-eugenico.htm>. Acesso em: 21 abr. 2010

## APÊNDICE A - MARCELA DE JESUS – O FATO QUE FAZ CALAR O ARGUMENTO<sup>147</sup>

A grande maioria das crianças com anencefalia tem muito pouco tempo de sobrevivida. Esse é o maior argumento dos que defendem o aborto nessas circunstâncias. Para eles, a breve sobrevivida só acrescentaria sofrimento à mãe e a família, uma vez que a criança, por não possuir o córtex cerebral, não seria capaz de sentir, de se mover, de se comunicar, nem mesmo demonstrar qualquer sinal de afetividade. Seriam como vegetais, ou como muitos afirmam: um natimorto cerebral. Contrariando todas essas declarações, ocorreu um caso notório, na cidade de Patrocínio Paulista, de uma menina que sobreviveu 1 ano e 8 meses sem depender de aparelhos, e só viria a morrer em decorrência de uma pneumonia.

A menina Marcela de Jesus Ferreira nasceu em 20 de novembro de 2006. Sua anencefalia foi diagnosticada logo no 4º mês de gestação pelo médico obstetra Dr. José Barcellos. Segundo o médico, quando a mãe da menina, Sra. Cacilda Ferreira, começou o pré-natal, a anencefalia foi diagnosticada através de um exame de ultrassom. *“Pedi que ela retornasse em algumas semanas. Repeti o exame e foi confirmado. Mande posteriormente para outro colega, para que não houvesse dúvidas sobre o diagnóstico. A partir daí nós a mandamos para acompanhamento de uma gravidez de alto risco”*.

Após o diagnóstico de anencefalia, muitas pessoas aconselharam o casal a pedir uma autorização judicial para abortarem Marcela. No entanto, Cacilda foi firme desde o começo em sua decisão de não abortar: *“Quando estamos grávidas, ficamos frágeis... e saber que a criança não vai sobreviver, vai nascer e vai morrer, ou vai ter problemas para o resto da vida... Eu não aceitei opinião!”* E continua, *“Quando chegava alguém lá em casa eu falava: ‘se vier para me dar força, para eu continuar a minha gravidez, será bem-vindo. Mas se for falar para eu tirar, para eu não seguir com a gravidez em diante, pode ir embora’”*. Posição essa que também foi adotada pelo pai de Marcela, o Sr. Dionísio Ferreira: *“Pessoas falavam pra gente que era melhor ‘tirar’, já que não iria sobreviver. Iria esperar mais 5 meses pra nascer, depois iria nascer e morrer, com 2 dias, 1 dia, 1 minuto... Então o sofrimento seria maior”*.

---

<sup>147</sup> Texto baseado no documentário *Flores de Marcela*, produzido pela Estação Luz Filmes, sob a direção e roteiro de Glauber Filho; e no artigo intitulado *Marcela: uma estrela no Céu*, de autoria de Luiz Carlos Lodi da Cruz, disponível em [www.providaanapolis.org.br](http://www.providaanapolis.org.br).

Os primeiros meses de vida, Marcela passou na Santa Casa de Misericórdia de Patrocínio Paulista, recebendo alta no dia 18 de abril de 2007. Acerca disso, cabe citar o relato da Pediatra Márcia Beane: *“Marcela ficou no hospital durante os seis primeiros meses de vida dela. Durante esses primeiros meses, ela apresentou duas paradas respiratórias e uma parada cardíaca. O que me chamou a atenção foi essa volta espontânea. Não foi usado nenhum tipo de droga para a reanimação. Ela foi somente oxigenada, massageada e voltou das suas paradas respiratórias sozinha. Na parada cardíaca foi feita só uma massagem cardíaca com a volta espontânea. A Marcela teve também um quadro de pneumonia bem tranquila de ser tratada. Depois desse 4º mês de vida, ela passou muito bem. A partir daí nossa preocupação era de melhorar a qualidade de vida dessa criança, porque a princípio, não acreditávamos que poderíamos dar alta a ela. Como Marcela ficou praticamente dois meses sem nenhuma intercorrência, conversamos com a família para que se fosse organizado algum lugar, próximo ao hospital, e que fosse de fácil acesso tanto para mim, quanto pra ela chegar ao hospital, nós arriscaríamos dar alta a Marcela. A princípio ela precisaria só de um concentrador de oxigênio (um capacete de oxigênio que oferece a Marcela um ar com mais oxigênio). Mas a respiração e todas as demais funções eram espontâneas (...). Ela só respirava um ar com mais oxigênio”*.

Após a alta hospitalar, Marcela foi com sua mãe morar na cidade, próximo ao hospital. Sua saúde ia muito bem. Marcela era uma menina gordinha que se alimentava não só de leite NAN 2, mas também de papinhas que Cacilda preparava, com arroz, feijão e carne, batidos no liquidificador. A relação mãe-filha ia se tornando cada vez mais próxima e intensa, como o de qualquer criança saudável. *“Ela sorri, ela grita comigo. Quando ela não se sente bem do jeito que eu a coloco, ela se mexe bastante, ela grita, ela ‘reclama’. É coisa que os médicos não explicam”*. Cacilda se surpreendia a cada minuto: *“Ela está aprendendo até a conversar comigo. Ela fala ‘é...’, ‘mã...’”*. Marcela reage ao toque da mãe. Com sua mãozinha, ela agarra os dedos de Cacilda. Ela se assusta com o som de alguma coisa caindo, reage à luz dos refletores trazidos pelos fotógrafos, grita de dor quando sente cólica, fica triste, faz beijo, chora. Quando não gosta de um alimento, ela cospe.

De encontro ao depoimento da mãe, a revista Veja, em agosto de 2007, publicou uma reportagem da jornalista Adriana Dias Lopes intitulada *A menina sem estrela*. Segundo a jornalista, Marcela nunca sentiu o toque das mãos de sua mãe. E prossegue: *“A menina nunca ouviu um único som e não sabe o que é sentir dor física ou emocional. Desconhece o cheiro e o sabor de qualquer alimento. Sobrevive no mais absoluto vazio”*. A reportagem termina citando um pediatra alemão, Roberto Wüsthof, que diz, referindo-se à eutanásia para crianças,

permitida na Holanda: “Casos como o de Marcela certamente seriam incluídos nos protocolos de eutanásia na Holanda. [...] Não faz sentido ser diferente. É como se ela fosse um computador sem processador”.

Cacilda rebate essas afirmações dizendo: “Eu fico muito triste quando dizem que a Marcela não sente. Porque eu coloco laranja na boca dela, ela sente. Ela não gosta de laranja. Não gosta de laranja, não gosta de beterraba... Eu acho que ela sente e muito!”. Além disso, reconhece a voz da mãe. “Quando sou eu que falo com ela, ela fica quietinha”, diz Cacilda.

A esse respeito explica Márcia Beane: “A maioria dos movimentos são reflexos. Ela não tem capacidade de coordenação de movimentos. Mas sempre percebemos no dia a dia, e quem cuidou dela, principalmente a mãe, que a Marcela respondia a estímulos coordenados também. Uma das coisas que mais me chamou a atenção foi o fato de que ela assustava com o barulho do telefone, e ela reconhecia o som da mãe. As poucas vezes que nós a tirávamos de perto da mãe, ela chorava e ficava muito agitada. Na última ressonância magnética, nós tivemos uma resposta científica. A Marcela possui todo o conduto auditivo perfeito. Então, ela sem entender, porque não tem onde processar esses dados, ela escuta. Essa é uma explicação para ela ter esse contato tão importante com a mãe... ela perceber a presença da mãe [...]. A coluna dela é toda formada. É perfeita. Então ela tem sensação de dor, tem sensação de calor. Ela só não tem onde processar essas informações devido à ausência do córtex cerebral”.

No entanto, a reação mais impressionante de Marcela é o sorriso. Ela não apenas ri muito, mas chega a dar gargalhadas quando a mãe lhe faz cócegas. O riso, que é privilégio da espécie humana, não está ausente em Marcela, que é humana como nós.

A questão que surge é: pode um anencéfalo ter consciência? Devido a um fenômeno chamado *neuroplasticidade*, os neurônios são capazes de assumir funções de células vizinhas que foram lesadas. No anencéfalo, o córtex cerebral está ausente, mas está presente o tronco cerebral e o cerebelo. O Comitê de Bioética do Governo Italiano, se referindo ao anencéfalo diz que: “... a neuroplasticidade do tronco poderia ser suficiente para garantir ao anencéfalo, pelo menos, nas formas menos graves, uma certa primitiva possibilidade de consciência”. E prossegue com esta importante conclusão: “Deveria, portanto, ser rejeitado o argumento de que o anencéfalo, enquanto privado dos hemisférios cerebrais, não está em condições, por definição, de ter consciência e provar sofrimentos”.

Ademais, recentemente, alguns autores trabalhando com Ultrassonografia 4D e Ressonância Nuclear Magnética têm lançado apelos para a realização de mais estudos nos

fetos e crianças vivas com anencefalia. O intuito é de melhor compreender a neurofisiologia dessa afecção. Estudam a possibilidade de o cerebelo (porção do encéfalo anteriormente ligada quase exclusivamente ao equilíbrio e agora também relacionada à cognição e emoção humana) ter algum papel na criança com anencefalia. Alguns desses estudos mostram a possibilidade de um razoável grau de desenvolvimento do cerebelo em certas crianças anencéfalas.<sup>148</sup>

Marcela seguiu contrariando os prognósticos médicos e quebrando todos os recordes de sobrevivência de anencéfalos. Até que às 7 horas do dia 1º de agosto de 2008, ela vomitou após tomar o leite dado por sua mãe pela sonda nosogástrica. Ao perceber que sua filha ficou arroxeadada e com dificuldade de respirar, Cacilda levou-a imediatamente à Santa Casa de Misericórdia de Patrocínio Paulista, onde foi feita uma radiografia, a qual constatou pneumonia aspirativa total do lado direito. A Dra. Regina Helena crê que a pneumonia tenha sido causada por aquele vômito ou por um vômito do dia anterior. Às 12h30min, Marcela sofreu uma parada cardiorrespiratória, mas recuperou-se através de massagens e de um micro-ressuscitador. A médica pediu então uma vaga na Santa Casa de Misericórdia de Franca. Às 14h15min foi comunicada a existência de uma vaga em Franca. Marcela e Cacilda foram à Santa Casa daquela cidade, acompanhados da médica pediatra Dra. Márcia Beani. Internada na UTI daquele hospital, Marcela morreu às 22 horas, gordinha, com 15 kg e 72 cm. No dia seguinte, após um grande velório (“*todo o mundo queria pegar na mãozinha dela*”, diz sua mãe), o corpo de Marcela foi sepultado às 17 horas no Cemitério Municipal de Patrocínio Paulista.

Marcela não morreu logo ao nascer, mas viveu 20 meses. Além disso, não houve sequer relação direta entre a sua morte e a anencefalia. De acordo com a sua Pediatra, a Dra. Márcia Beani, se não fosse o acidente ocorrido, Marcela poderia, em tese, estar viva e sorrindo até hoje. “*Achávamos que ela teria algum tipo de problema no futuro, pois com o desenvolvimento do corpo, ela poderia sofrer de falência múltipla dos órgãos, em razão da ausência cerebral. No entanto, a morte pela aspiração do leite poderia ocorrer com uma criança sadia, por exemplo, e nada tem a ver com o problema que a Marcela apresentava*”, diz Márcia Beani.

---

<sup>148</sup> Na verdade, muito pouco se conhece ainda a respeito da capacidade do cérebro humano. Um caso curioso ocorreu em 1980. Roger Lewin, redator da revista *Science* publicava um artigo intitulado: *Is your brain really necessary?* (Seu cérebro é realmente necessário?). Na ocasião, ele citava um interessante texto do neurologista britânico John Lorber: “*Um dos alunos que estuda nesta universidade [Sheffield University] tem um QI de 126, ganhou prêmios como melhor aluno de matemática e tem uma vida social normal. Mas não tem cérebro, literalmente falando... Quando foi submetido a um exame, verificamos que em vez de um cérebro normal de espessura de 4,5 centímetros entre os ventrículos e a superfície cortical, havia apenas uma fina camada de tecido de pouco mais de um milímetro de espessura. Seu crânio é preenchido apenas com fluido cerebrospinal*”.

É impossível dizer quantos abortos deixaram de ser praticados em virtude do “caso Marcela”. Muitos juízes indeferiram o pedido de abortamento de bebês anencéfalos, citando o caso de Marcela para ilustrar suas posições em favor da vida.

Todavia, muito se discutiu acerca de Marcela ser ou não anencéfala. Em novembro de 2007, o jornal *O Estado de São Paulo* anunciou que Marcela não era anencéfala, com base na palavra de um médico da Unicamp. Porém, alguns dias depois, em uma consulta feita pela *Folha de São Paulo* a nove especialistas, oito afirmaram que Marcela era mesmo anencéfala. Percebe-se na discussão o desespero dos abortistas em justificar um prognóstico que falhou: o de que a menina morreria logo após o nascimento.

Vejamos o que diz Márcia Beane, acerca de Marcela: *“Ela é considerada um caso clássico de anencefalia, por isso ela não possui nada do córtex cerebral. A anencefalia não é uma patologia rara. Em cada mil gestantes, uma pode ser portadora dessa patologia. O que nos chama atenção no caso de Marcela é a sobrevivência dela. Geralmente, na literatura médica, o prognóstico é muito negativo, com sobrevivência de 4 a 7 dias após o nascimento”*.

Não obstante os abortistas tentem descaracterizar Marcela como anencéfala, o fato é que ela foi diagnosticada com essa má-formação. Ora, quem tem mais autoridade: o médico que fez o pré-natal, realizou todos os exames, que acompanhou o desenvolvimento de Marcela ou um médico que apenas conhece o caso superficialmente? Ademais, ainda que Marcela não fosse anencéfala, estaríamos diante de um erro médico, pois a menina foi diagnosticada com anencefalia. Sendo assim, o diagnóstico da doença não seria 100% seguro, o que nos levaria a abortar não só anencéfalos, mas também crianças que não são portadoras dessa má-formação.

Não podemos nos esquecer de que o valor da vida de um ser humano, como Marcela, não se mede pela expectativa de duração, nem pela presença ou ausência de um órgão (como o cérebro), nem pelo funcionamento ou não dos sentidos, nem sequer pela possibilidade ou não de consciência.

O Dr. José Barcellos, que fez o diagnóstico de anencefalia, mostrou-se contrário ao aborto desde o início. *“Era um prognóstico muito ruim para a Marcela, mas eu era totalmente contra a realização do aborto. Antes de tudo, o médico deve buscar a vida. Procurar que aquela pessoa tenha uma qualidade de vida boa. Um médico que vai contrário aos princípios da vida... já começa a ser uma coisa meio complicada”*, afirma o médico.

Infelizmente, essa posição não é adotada por todos os médicos. Ao contrário, muitos aconselham a mãe a pedir autorização judicial para abortarem. Alguns ainda, de forma insensível, se referem à mãe como “caixão ambulante” entre outros adjetivos pejorativos.

Por fim, vale citar o depoimento dos familiares de Marcela, no documentário *Flores de Marcela*, filmado quando a menina tinha 1 ano e 2 meses. Para a irmã, Débora Ferreira, “*A Marcela é um anjinho que veio iluminar nossas vidas. Veio para salvar e está salvando a vida de muitas crianças. As mães que veem as imagens dela na TV conseguem ter uma esperança maior*”. Segundo Dionísio Ferreira (pai), “*matar uma criança não pode. O tempo de sobrevivência de uma pessoa, só Deus pode decidir. Eu, como pai, gostaria de dizer a Marcela que a amo muito. E peço a todos os pais que se passar pela cabeça deles eliminar um filho, que não faça isso. Porque um filho... desde quando Deus o definiu para vir ao mundo, que deixe ele vir. Não o elimine, porque é muito difícil. Depois, eu acho que o sofrimento será bem maior... por matar uma criança sem defesa*”.

A mãe, que em nenhum momento pensou em abortar afirma: “*Desde que eu fiquei sabendo que ela ia nascer com problema, eu a entreguei nos braços de Jesus, pedindo a Ele que ela seja um instrumento nas mãos dele... para que Ele a use da maneira que for da vontade dele. Todas as vezes que eu ia ao médico, saía triste, mas logo ficava feliz novamente por sentir o bebê mexendo e chutando a minha barriga. Não sabia o sexo, mas já a amava mesmo* *assim.* Ao mesmo tempo, parecia que ela estava me conformando, conversando comigo através dos chutes que ela me dava. Como se estivesse me **agradecendo por não ter tirado a vida dela**. Eu acho que ela é uma estrela mandada por Deus, para que seja um instrumento nas mãos dEle. Não sei nem como explicar o amor que eu sinto por ela. É igual ao amor que eu sinto pelas minhas duas outras filhas. Mas a Marcela é especial. A Marcela, que não ia viver 15 minutos, 1 mês, 2 meses, não ia completar 1 ano, está aí até hoje. Nossa! Não tem nem explicação!” E continua: “*Eu não sei... é um minuto de cada vez que eu vivo dela. Eu tenho que aproveitar cada minuto. Na verdade, nós comemoramos o aniversário dela a cada mês [...]. Eu acredito que Deus é quem sabe. Eu coloco sempre nas mãos dEle. Mas o dia que ele vier buscá-la, eu vou sofrer muito. Mas sofrer assim... sofrer ao mesmo tempo feliz, porque eu fiz a vontade de Deus. Eu **deixei ela nascer!***”.

Após a morte da filha, Cacilda diz que sempre esteve preparada para esse momento. “*Eu sempre estive preparada. Ela é minha enquanto Deus quiser. Ela foi um anjo que Deus me deu. Triste eu fiquei. Mas chorar, eu não chorei. Eu não estou perdendo ela. Deus está vindo buscar uma coisa que é dele, a jóia rara que eu cuidei. Estou sentindo a falta dela, mas a consciência está tranqüila. Fiz a escolha certa: **a vida dela**. Marcela uniu mais a família... A gente fez tantos amigos... Agora ela está lá na presença de Deus, cuidando de mim, me dando forças para suportar a falta dela. Nossa! Eu me sinto tão privilegiada de Deus ter-me*

*escolhido para cuidar de um anjinho desses! É um anjo mesmo, é um anjo que está salvando muitas vidas”.*

## ANEXO A - O PARECER DE JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA<sup>149</sup>

A União dos Juristas Católicos – UJC, por seu Presidente o advogado Paulo Silveira Martins Leão Jr., formulou consulta ao Ministro aposentado do STF José Néri da Silveira sobre o tema em questão, nos seguintes termos:

"Pedimos um parecer de V. Exa. sobre a matéria, sendo que o Memorial em anexo já coloca diversos pontos de questionamento, quanto ao cabimento e ao mérito da ADPF. Aos mesmos cabe aduzir, a meu ver, a invasão de competência constitucional:

(i) do legislador constituinte originário, no que se refere às cláusulas pétreas protetoras da vida humana, que não podem ser modificadas nem mesmo pelo constituinte derivado (vide art. 60, § 4º, IV) em especial os art. 1º, III, art. 3º, IV e art. 5º, caput, todos da Constituição Federal, devendo ser ressaltado a propósito que para redação dos direitos fundamentais relativos à vida humana certamente contribuiu abaixo assinado subscrito por mais de dois milhões de cidadãos, contrários ao aborto, apresentado aos constituintes;

(ii) do Congresso Nacional, quanto a sua competência para legislar sobre matéria penal, certo que há décadas se debate o aborto eugênico no país, o qual vem sendo seguidamente rejeitado pelo Legislativo, que inclusive no momento aprecia projetos de lei sobre a matéria (vide art. 22, I c./c. art. 59, III, CRFB);

(iii) do Superior Tribunal de Justiça, de julgar em última instância causas relativas a lei federal (vide art. 105, III, "a" e "c").

Deve ser enfatizado a propósito que a ADPF nº 54 foi ajuizada logo após o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, Relatora a Ministra Laurita Vaz, à unanimidade de votos, haver concedido a ordem no *habeas corpus* 32159, cassando autorização para aborto de feto anencéfalo (acórdão proferido em 17/02/2004 e transitado em julgado em 28/04/2004). Também no HC 32 757, Relator o Ministro Félix Fischer, fora concedida liminar para impedir o abortamento de outro feto anencéfalo. Havia decisões de 1º e 2º grau nos Estados da Federação a favor e contra autorização de aborto de feto anencéfalo, mas sempre sujeita a matéria a exame da prova, inclusive quanto ao alegado risco à saúde da gestante. Porém, somente após haver sido firmada a jurisprudência pelo Superior Tribunal de

---

<sup>149</sup> ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O direito fundamental do feto anencéfalo. Uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10488>>. Acesso em: 02 maio 2010.

Justiça, no sentido contrário à autorização para aborto de feto anencéfalo, e pouco depois disso, é que foi ajuizada a referida ADPF nº 54.

Entendo que o pedido da ADPF nº 54 colide também com os princípios do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa, eis que autoriza a eliminação de uma vida humana sem qualquer análise do Judiciário e baseada tão somente em laudo médico, sabido por todos a quantas falhas e manipulações estão sujeitos tais laudos, de que são exemplos os escândalos envolvendo as verbas públicas do INSS. O "parecer" médico que acompanhou a inicial da ADPF nº 54 não está assinado, tende a induzir a erro o julgador, vez que apresenta como complicações prováveis da gravidez de feto anencéfalo, complicações mais ou menos comuns em qualquer gravidez e que não colocam em risco a vida ou a saúde da gestante, e àquele parece se contrapõem diversos outros pareceres médicos, de que são exemplos os que acompanham o Memorial anexo".

Ao fim de seu parecer, o ilustre jurista José Néri da Silveira, deu as subseqüentes respostas:

"1. A argüição de descumprimento de preceito fundamental aforada (ADPF nº 54) não reúne condições para ser conhecida, quer no concernente ao pedido principal, quer quanto ao pedido alternativo.

2. Desde a concepção, há vida humana; o feto é ser humano vivo e revestido também da dignidade humana, com a proteção do sistema jurídico, constitucional e legal. Na condição de *conceptus sed non natus*, adquire personalidade jurídica, na ordem civil, no momento do nascimento com vida, pouco importando que a ciência lhe preveja vida extra-uterina breve. Em nosso ordenamento jurídico, não se concebe distinção também entre seres humanos em desenvolvimento na fase intra-uterina, ainda que se comprovem anomalias ou malformações do feto; todos enquanto se desenvolvem no útero materno são protegidos, em sua vida e dignidade humana, pela Constituição e leis.

3. O aborto, crime contra a vida previsto no Código Penal (arts. 124 a 126), ocorre com a interrupção voluntária da gravidez e morte do feto, em decorrência desse ato.

4. O feto anencefálico é ser humano vivo e em desenvolvimento no útero materno, embora a anomalia que o acomete, tendo a sua vida e a dignidade humana a proteção da ordem constitucional e legal. A natureza de ser humano, desde a concepção e até a morte, não se altera pela malformação encefálica, que atinge parte das funções encefálicas (as de nível superior ou cortical), subsistindo, porém, as funções do sistema nervoso dos níveis medular e encefálico inferior, na nomenclatura do professor Arthur Guyton, com a presença de tronco encefálico e "porções variáveis do diencéfalo", possuindo organismo vivo, dotado de órgãos e

sistemas vitais, conforme a ciência o revela , não cabendo ver, nele, destarte, um morto no ventre materno ou sequer um ser com morte cerebral, na existência extra-uterina.

5. Constitui crime de aborto, capitulável nos arts. 124 a 126 do Código Penal, conforme a hipótese, a interrupção voluntária da gravidez, com a conseqüente morte do feto anencefálico; o crime não se descaracteriza, na espécie, pela circunstância de haver expectativa de reduzida existência extra-uterina, não sendo sequer possível, desde logo, prever o momento provável do óbito, máxime, em face de tratamentos intensivos utilizáveis.

6. Não se aplica ao aborto voluntário de feto anencefálico o disposto no art. 128, I, do Código Penal, não resultando dessa gestação especial risco à vida ou mesmo à saúde da gestante, conforme a doutrina e pronunciamentos técnicos examinados.

7. O direito à vida, como o primeiro dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, *caput*), é garantido, pela Constituição e ordenamento legal, ao ser humano, desde a concepção até a morte. É ele, assim, assegurado, também ao nascituro, desde a concepção, sem distinção de qualquer natureza ou condições de maior ou menor vitalidade desse ser vivo, na fase intra-uterina, bem assim na vida extra-uterina, quer exista ou não probabilidade de duração breve.

8. Numa ponderação hierárquica dos direitos e valores concernentes à vida e à dignidade humana garantidas também ao nascituro anencefálico, vivo e em desenvolvimento no ventre materno, em face de invocados direitos fundamentais da gestante, quanto à dignidade de pessoa humana, liberdade e autonomia de vontade, no sentido de interromper a gravidez, do que resultaria a morte do feto, - não é possível deixar de fazer prevalecer o direito à vida do nascituro, visto que a vida e a saúde da gestante não correm perigo de grave dano, nem sua dignidade de pessoa humana é ferida pelo fato dessa maternidade, valor constitucionalmente exaltado. A gestante - em mantendo o feto anencefálico em seu ventre, até o nascimento, com vida, do filho por ela gerado, com a grandeza da humanidade e revestido da dignidade de ser humano, - não terá sua dignidade pessoal diminuída, na linha da magna compreensão desse valor na ordem constitucional, nem sua liberdade ameaçada ou comprometida, mas, ao contrário, - revestida do valor constitucional e humano que se confere à maternidade, - cumpre vê-la merecedora de mais respeito e admiração por seus concidadãos, o que significa ter sua dignidade pessoal elevada, porque, acima de tudo, soube amar até o fim e é somente pelo amor que o ser humano pode realizar sua perfeição e felicidade.

Não cabe dar prevalência ao que se pretende na inicial, que instrui a Consulta, porque isso importaria em destruir a vida do ser vivo e em desenvolvimento no útero materno, ou seja, fulminar, irreversivelmente, o direito fundamental à vida do feto

anencefálico, antecipando-lhe a morte, eliminando uma vida que, mesmo se houver de ser breve, embora indeterminado o momento do óbito, nem com isso deixará de ser vida humana protegida pela Constituição e as leis, com a nobreza do ser humano”.

Em seu parecer, José Néri da Silveira aborda, de início, a questão do cabimento da ADPF e da técnica de interpretação conforme a Constituição, e conclui pela inviabilidade da ação e da aludida técnica interpretativa. No mérito, o ex-ministro visita textos de biodireito e a doutrina tradicional brasileira e estrangeira, surpreendendo a técnica da ponderação dos bens e valores, para concluir desfavoravelmente ao pleito da CNTS.