

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER

CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

ANIELLE CRISTINE DE PAULA IZARIAS



ABORTO ANENCEFÁLICO A LUZ DO DIREITO PENAL

RUBIATABA/GOIÁS

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER

CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

ANIELLE CRISTINE DE PAULA IZARIAS

ABORTO ANENCEFÁLICO A LUZ DO DIREITO PENAL



Monografia apresentada à FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Samuel Balduino Pires da Silva, Especialista em Direito Civil e Processo Civil.

32783
Socini

RUBIATABA/GOIÁS

2010

| | |
|-----------|----------|
| Tombo nº | 17672 |
| Classif.: | 34 |
| Ex.: | 1 |
| Origem: | d |
| Data: | 31-01-11 |

FOLHA DE APROVAÇÃO

ANIELLE CRISTINE DE PAULA IZARIAS

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

ABORTO ANENCEFÁLICO A LUZ DO DIREITO PENAL

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____

Samuel Balduino Pires da Silva
Especialista em Direito Civil e Processual Civil

1º Examinador: _____

Geruza Silva de Oliveira
Mestre em Sociologia Geral e Jurídica

2º Examinador: _____

Idelci Ferreira de Lima
Especialista em Direito Penal

Rubiataba, 2010.

Dedico este primeiramente a Deus, que sempre me abençoa e me ilumina, me dando força e sabedoria em cada momento da minha vida.

Dedico também a minha família, em especial a minha mãe Ana Lúcia Nascimento de Paula Izarias, que mesmo de longe me apoiou em todos os momentos, à minha irmã Mariliane Nascimento de Paula, que sempre esteve ao meu lado, ao meu pai Daniel Antônio Izarias que mesmo ausente sei que sempre olhou e torceu por mim. Aos meus tios Valdir e Guiomar pelo apoio e incentivo.

Primeiramente agradeço ao meu orientador Samuel Balduino Pires da Silva, pela compreensão e esforço no decorrer desse trabalho, e também a todos os demais professores que muito me ajudaram nessa caminhada.

Agradeço também a meus amigos, em especial a minha amiga a qual caminhamos juntas desde o ensino fundamental, Glicínia Domingos.

Agradeço também a Dayane que em todos os momentos que precisei durante a confecção desse trabalho esteve sempre pronta a me ajudar.

Agradeço por fim a todas as pessoas que me apoiaram e que de alguma forma acreditaram em mim.

O Senhor é clemente e compassivo, longânime e cheio de bondade. O Senhor é bom para com todos, e sua misericórdia se estende a todas as suas obras. Salmo 144 – 8/9.

RESUMO: O Código Penal Brasileiro ainda é muito conservador no que diz respeito ao aborto. Diante disso, surgem vários doutrinadores com posicionamentos controversos, tanto favoráveis quanto desfavoráveis, como há também posicionamentos de julgados a favor e contra em se tratando de aborto por anencefalia. Desse modo, a gestante poderá optar em buscar uma autorização para realizar a prática do aborto de anencéfalo no Poder Judiciário, sem que tal ato se caracterize em crime.

Palavras-chave: aborto, anencefalia, atualidade, aborto-anecefálico.

ABSTRACT: The Brazilian Penal Code is still very conservative with regard to abortion. Given this, there are several scholars with controversial positions, both favorable and unfavorable, as there are also placements judged for and against when it comes to abortion for anencephaly. Thus, the pregnant woman may choose to seek an authorization to make the practice of abortion of anencephalic in the judiciary, without which such an act is characterized as a crime

Keywords: abortion, anencephaly, today, abortion-anecefálico

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1. ABORTO..... | 14 |
| 1.1. Conceito..... | 14 |
| 1.2 Evolução Histórica..... | 14 |
| 1.3 Exceções de Ilicitude – Aborto Legal..... | 16 |
| 1.4 Outras espécies de aborto..... | 17 |
| 1.5 Visão Constitucional..... | 18 |
| 1.6 Visão Religiosa do Aborto..... | 20 |
| 1.7 Riscos do Aborto para a vida da mulher..... | 21 |
| 2 ANENCEFALIA..... | 23 |
| 3. ABORTO ANENCEFÁLICO E O DIREITO..... | 31 |
| 3.1 Direitos Fundamentais em Colisão..... | 36 |
| 3.2 Anencefalia e a Bioética..... | 37 |
| 3.3 Posição Religiosa do Aborto Anencefálico..... | 39 |
| 4 ANENCEFALIA E OS TRIBUNAIS..... | 41 |
| 4.1 Aborto de Anencéfalo como Causa de excludente de ilicitude..... | 42 |
| 4.2 Decisões favoráveis | 43 |
| 4.3 Decisões desfavoráveis..... | 45 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 47 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 49 |
| ANEXOS..... | 52 |

LISTA DE ABREVIATURAS / SÍMBOLOS

cm – centímetro

etc. - etcétera

p – página

Kg. – quilo

n° - número

% - por cento

§ - parágrafo

LISTA DE SIGLAS

AC – Apelação Cível

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil

CP – Código Penal

CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

DJ – Diário da Justiça

FEB – Federação Espírita Brasileira

STF – Supremo Tribunal Federal

TJGO – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva-se analisar a legalidade em torno da interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia. Analisou-se assim a conduta tipificada como o crime de aborto, mencionando a bioética a respeito do aborto anencefálico, analisando as exceções de ilicitude presentes no artigo 128 do Código Penal Brasileiro, averiguando a possibilidade jurídica de enquadramento do aborto de anencéfalo numa das exceções de ilicitude do artigo acima citado.

No primeiro capítulo aborda-se sobre o aborto, suas características e as várias maneiras que ele geralmente é feito, tanto o espontâneo quanto o provocado. O aborto é a interrupção da gravidez pela morte do feto ou embrião, sendo que o bebê ainda não está pronto para o nascimento. A prática do aborto não é problema somente da atualidade, mas também de muitos séculos atrás. Está previsto o aborto nos artigos 124, 125 e 126 todos do Código Penal Brasileiro, em tais artigos o aborto é proibido, não podendo nem a gestante nem terceiros fazer tal prática. No artigo 128 também do Código Penal Brasileiro está mencionado as duas causas de exclusão de ilicitude, onde a prática do aborto não é punida, a primeira é o aborto necessário praticado por médico, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e a segunda é o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, onde o aborto de consentimento da gestante ou, quando incapaz, com o consentimento de seu representante legal.

Foram colocadas as espécies de aborto, a visão constitucional e religiosa de tal prática e o risco do aborto para a vida da mulher que pode atacar tanto seu lado psicológico sofrendo com distúrbios nervosos e outras coisas mais, quanto seu lado físico podendo ocorrer perfuração ou dilaceração do útero e outras complicações graves, não tendo a possibilidade do hospital, clínica ou médico garantir a uma mulher que ela sobreviva a tal procedimento ou saia sem nenhuma sequela, mesmo o aborto sendo de forma legalizada.

Expôs-se no segundo capítulo sobre a anencefalia, vários conceitos, o diagnóstico e a discussão se a gravidez de feto anencefálico pode ou não trazer riscos para a mulher, mencionando ainda que anencefalia pode estar relacionada a vários fatores tanto de natureza

genética quanto de natureza ambiental. Um conceito mais completo de anencefalia diz que é uma desordem cerebral que resulta de defeito do tubo neural, sendo que há uma ausência de uma grande parte do cérebro, crânio e escalpo o feto anencéfalo não possui a parte frontal do cérebro, assim a anencefalia é uma má-formação congênita resultante de defeito de fechamento do tubo neural.

O terceiro capítulo traz o aborto anencefálico e o direito, mostrando que o aborto de feto anencefálico não se enquadra nas causas de exclusões de ilicitude previstas no artigo 128 do Código de Penal Brasileiro, sendo necessário que as mulheres grávidas de fetos anencefálicos devem buscar autorização judicial para interromper sua gravidez para que não haja nenhum risco de punição. Foi mencionado também sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 54, que foi através dessa ADPF que o assunto de aborto de feto anencefálico chegou ao Supremo Tribunal Federal, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde visando a descaracterização do aborto de fetos portadores de anencefalia como crime tipificado no Código Penal, para que seja uma opção da gestante de praticar ou não o aborto, não sendo a mesma punida. Sendo exposto também neste capítulo sobre a anencefalia e a bioética, a posição religiosa nos casos de aborto de fetos anencéfalos.

Anencefalia e os tribunais discutiu-se no quarto capítulo, onde há os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis sobre o assunto abordado, sendo feita uma análise da possibilidade de o aborto de anencéfalo ser enquadrado em umas das causas de exclusão de ilicitude. Podemos assim perceber que mesmo que existam os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis o nosso Código Penal Brasileiro ainda é muito conservador no que diz respeito ao aborto.

Na realização deste estudo utiliza-se o método dialético, sendo que para a dialética, os objetivos são analisados não de forma fixa, mas em movimento. Nada está acabado podendo sempre se transformar. Desenvolver o fim do processo é sempre iniciar um novo processo. Podemos enumerar quatro leis fundamentais para a aplicação do método dialético como sendo: “tudo está ligado, ou seja, ações e reações recíprocas, unidade na diversidade; tudo muda, ou seja, o processo de mudança dialética, a negação da negação; salto qualitativo, ou seja, a quantidade produz a mudança de qualidade; choque dialético, ou seja, a interpretação entre tese e antítese, a luta dos contrários que traz o novo. A monografia será do

tipo compilativa, pois trabalha com a pesquisa bibliográfica de conteúdos sobre o tema escolhido. Organizada com clareza e didatismo, os argumentos, as várias posições dos diferentes autores estudados, assim sendo a pesquisa adotada é a bibliográfica, abrangendo a leitura, análise e interpretação de livros, revistas, artigos da internet, adotando também a pesquisa jurisprudencial como técnica de estudo, buscando relacioná-la com o posicionamento doutrinário acerca da matéria.

Assim este estudo terá abordagem sobre a questão dos fetos anencefálicos no Brasil e também a situação jurídica em as mulheres se encontram e clamam pelo direito de interromper esta gestação. Diante de tudo isso, a polêmica recai sobre direito fundamental (a vida em formação), que se contrapõe ao princípio da dignidade da pessoa humana (amplamente defendido em toda a comunidade internacional).

1 ABORTO

1.1 Conceito

Abortar é o ato de extinguir a gravidez antes de o bebê atingir a capacidade de viver fora do organismo da mãe. São vários os tipos, métodos e formas de aborto existentes em todo o mundo.

“O aborto é a interrupção da gravidez pela morte do feto ou embrião, junto com os anexos ovulares. Pode ser espontâneo ou provocado. O feto expulso com menos de 0,5 kg ou 20 cm de gestação é considerado aborto” (Disponível em: http://www.webciencia.com/01_aborto.htm. Acesso em: 23/03/2010).

O aborto acontece quando o feto é morto no ventre da mãe em qualquer momento da gravidez, sem que o bebê esteja pronto para o nascimento.

Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno (CAPEZ, 2007, P. 110).

1.2 Evolução Histórica

Religiosos, políticos, médicos, juízes, promotores e as pessoas num contexto geral, condenaram ou defenderam o aborto ao longo dos séculos, sendo assim uma prática que nem os maiores tiranos nem os papas mais influentes conseguiram banir.

A história do aborto segundo a Antropologia, remonta à Antiguidade, tendo evidências que sugerem que, historicamente, dava-se fim a gestação, ou seja, provocava-se o aborto, utilizando diversos métodos, como ervas abortivas, o uso de objetos cortantes, a aplicação de pressão abdominal entre outras técnicas. (Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_do_aborto. Acesso em: 28/04/2010).

Praticar o aborto nem sempre foi motivo de incriminação sendo muito comum a sua realização entre os povos hebreus e gregos. A Lei das XII Tábuas e as leis da República, em Roma, não cuidavam do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como sendo um ser próprio, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Posteriormente considerava-se o aborto uma lesão ao direito do marido de ter seus filhos, assim sua prática era castigada. Com o cristianismo o aborto passou a ser reprovado pela sociedade, foi assim que o aborto criminoso foi assimilado com o homicídio, daí os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram o direito.

Com base na doutrina de Aristóteles, o teólogo Santo Agostinho, na Idade Média, considerava que o aborto somente seria crime quando o feto tivesse recebido alma, o que na sua concepção ocorria aos quarenta e oito dias após concebido, mas São Basílio, ao contrário de Santo Agostinho, não admitia qualquer distinção considerando o aborto sempre criminoso. Menciona o Código de Direito Canônico, no cânon 1398: “Quem provoca aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão *latae sententiae*¹”.

Após a Revolução Francesa, no fim do século XVIII, passou-se a acreditar que um país poderoso era aquele com mais população, ser mãe era uma questão patriótica. O que refletiu no Brasil no início do século XX foi o fato de o feto ser transformado em entidade autônoma pelas descobertas científicas e, à luz das necessidades políticas, em futuros cidadãos.

Em se tratando do tema em questão a Igreja sempre influenciou com seus ensinamentos na criminalização do aborto até hoje em dia, mas apesar da força da igreja, o aborto sempre foi praticado, sendo que sua prática cresceu no Brasil no século XIX, quando Estado e Igreja defenderam a proteção do feto e aumentaram a repressão ao aborto, nessa

¹Significa: sentença oclusa. Fonte:<http://www.catoliconet.com/?system=dicionario&action=verbetes&id=1167>

mesma época na Inglaterra, famílias mais pobres recorriam a esse procedimento, depois a classe média, para que fosse garantido aos filhos já existentes um padrão de vida economicamente mais seguro.

No fim do século XX, nos Estados Unidos, onde as leis variam entre os Estados, as clínicas de aborto têm os vidros blindados, no Irã após a revolução de 1979 foi proibida a prática do aborto em qualquer situação, já no Islã é permitido até o quarto mês de gestação ou quando há perigo de vida para a mãe.

O Islã permite o aborto nos casos em que está em causa a vida da mulher. Dependendo da corrente pode ser ou não aceitável a sua utilização noutras situações. No entanto como até aos 120 dias de gestação o feto ou embrião tem um estatuto de vida similar a animais ou plantas esse momento é considerado o limite para a prática do mesmo. (Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Religi%C3%A3o_e_aborto. Acesso em: 02/05/2010).

Para os alemães ocidentais e orientais há diferença do início da vida, assim obrigou-se a criação de uma lei sobre o aborto em 1990 para a unificação dos países. Na China, país onde se proíbe ter mais de um filho, sob pena de multa, ou sendo permitido somente se houver autorização devido à catástrofe de um terremoto, sendo esta autorização uma exceção concedida pelo governo chinês, em que pais que perderam seus filhos em tal catástrofe poderiam conseguir uma autorização, sendo assim a interrupção da gravidez é quase obrigatória.

“No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 não previa o crime de aborto praticado pela própria gestante, mas apenas criminalizava a conduta de terceiro que realizava o aborto com ou sem o consentimento daquela” (CAPEZ, 2007, p. 111).

Em tempos posteriores o Código Penal de 1890 previa o aborto praticado pela gestante. Por fim o Código Penal de 1940 tipificou as figuras do aborto provocado, aborto sofrido e aborto consentido, previstos em seus artigos 124, 125 e 126.

Os artigos 124, 125 e 126, todos do Código Penal mencionam, *in verbis*:

Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

1.3 Exceções de ilicitude – Aborto Legal

As causas de exclusão da ilicitude estão dispostas no artigo 128 do Código Penal, *in verbis*:

Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro:

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

Em regra, o aborto é defeso em razão e proteção à vida que está para nascer, tendo em vista que, se todos têm direito à vida, inclui-se também o nascituro. No caso da primeira exceção do aborto inserida no Código Penal, não foge do comum, pois o confronto entre a vida do ofendido (mãe) e a vida do ofensor (feto), deve prevalecer a vida do ofendido, é como no caso da legítima defesa, sendo que quando em conflito a possibilidade de sobrevivência da mãe ou do feto, o legislador assegurou à mãe o direito de sobrevivência em homenagem à lógica antecedente, neste caso o aborto será necessário ou terapêutico. Na segunda exceção também em confronto dos direitos acima citados, a mulher que não deu causa à situação do perigo de engravidar, tem direito à legítima defesa e pode alegar estado de necessidade, se for ao contrário, não poderá. Por consequência as mulheres têm o direito ou não de ficarem grávidas sem sua própria vontade, daí surgiu de ter o legislador, nos casos em que a gravidez resultar de estupro, sendo este ocasionado sem a vontade da mulher, também nesse caso será autorizado a prática do aborto, aqui o aborto será sentimental, humanitário ou ético.

Assim, a partir do momento que a mulher está grávida, seu corpo passa a não ser somente seu, estando presente ali uma vida ou um efetivo projeto de vida não podendo ser desconsiderado, haja vista que o legislador garante expressamente os direitos do nascituro. Uma definição de nascituro: “pessoa por nascer, já concebida no ventre materno, a qual são conferidos todos direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz” (Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/11705/1/O-Nascituro-Sujeito-de-Direitos/pagina1.html>. Acesso em: 30/04/2010).

A partir dessa concepção, a liberdade da mulher vai até o momento do relacionamento sexual capaz de desencadear a gravidez, ocorrendo a gravidez em virtude da relação sexual, entre homem e mulher, e tal fato contou com a vontade da mulher, pois há vários métodos contraceptivos, daí em diante a mulher deve respeitar o seu estado, portanto se foi ela quem deu a situação de perigo, logo é afastada a possibilidade de se alegar a legítima defesa, como sendo perigo eminente à sua vida em razão da gravidez, ou com o estado necessidade, como sendo a gravidez que resultou de estupro.

1.4 Outras espécies de aborto

Aborto Natural: Acontece quando a gravidez é interrompida espontaneamente, sendo assim não há delito.

Aborto Acidental: Aquele que acontece em decorrência de algum tipo de acidente ou de traumatismo, neste tipo de aborto também não é configurado como crime.

Aborto Eugênico, eugênico ou piedoso: É um tipo de aborto preventivo executados nos casos em que há suspeita que a criança possa nascer com defeitos físicos, mentais ou anomalias, sendo que em nossa legislação vigente essa prática é considerada como crime, haja vista que mesmo não tendo forma perfeita, existe vida intra-uterina, permanecendo o bem jurídico a ser tutelado penalmente, assim a vida intra-uterina estando

perfeita ou não, saudável ou não, deve ser tutelada, não só pela penalização imposta, mais também pela imposição da nossa Constituição Federal. “Eugenia é expressão que tem forte conteúdo discriminatório, cujo significado é purificação de raças” (CAPEZ, 2007, p. 128).

Aborto Social ou Econômico: Este é cometido quando famílias que tem grande número de pessoas, o nascimento da criança agravaria a crise financeira e social, sendo que neste caso a prática do aborto configurará crime.

1.5 Visão Constitucional

Primeiramente, nossa Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, menciona, *in verbis*:

A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituem-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

A dignidade da pessoa humana mencionada acima, mas que muitas pessoas não entendem, é incompatível com qualquer distinção entre pessoas, para lhes dar mais ou menos direitos. A Constituição não protege à vida humana em específico para cada caso, ela simplesmente protege a vida humana. Se assim não fosse, tínhamos que falar em dignidade dos jovens, dos saudáveis e etc. Ainda mais, esta permite unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. “Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual” (MORAES, 2006, p. 16).

A dignidade é exclusiva da pessoa, sendo um valor espiritual e uma autoridade moral, e ela traz consigo o desejo ao respeito com as outras pessoas, que constitui um mínimo inatacável que todo estatuto jurídico deve proteger, sendo que, excepcionalmente, possam ser

feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, não podendo discriminar a consideração que todas as pessoas merecem enquanto seres humanos.

Também menciona a Constituição Federal, nos objetivos fundamentais do nosso país em seu artigo 3º, inciso IV, *in verbis*: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Posteriormente, a Constituição Federal, diz em seu artigo 5º, *caput, in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos. As garantias fundamentais trazem ao cidadão o direito de exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos. “Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias assessórias” (MORAES, 2006, p. 29).

Dos direitos acima citados o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que ele será necessário para a existência e exercício dos outros direitos, sendo que cabe ao Estado assegurá-lo em seu duplo significado, sendo o primeiro se relaciona ao direito de continuar vivo e o segundo de se ter uma vida digna quanto à subsistência. No entanto, a vida começa com a concepção, quando a gravidez se inicial.

Conforme adverte o biólogo (LLUZIÁ apud, MORAES, 2006, p. 31): “O embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião

ou do feto está englobada pela vida da mãe”. “A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina” (MORAES, 2006, p. 31).

A nossa Constituição Federal traz dois direitos que no tema que está sendo tratado, tornam-se os mais importantes, quais sejam o direito à vida e o direito à liberdade, o que remete a penosa obrigação de, nos casos concretos, se avaliar um em detrimento do outro. No aborto, há um confronto evidente dos dois direitos mencionados acima.

1.6 Visão Religiosa do Aborto

Vemos notícias de excomunhão de quem pratica o aborto, ainda que seja em uma das formas de exceção previstas no Código Penal. A sociedade é composta de religiosos de várias crenças e também de não-religiosos, pois alguns não creem, sendo que a lei deve proteger todos independentemente, garantindo o direito à liberdade de cada um.

A igreja católica considera que a alma é infundida no novo ser no momento da fecundação; assim, proíbe o aborto em qualquer fase, já que a alma passa a pertencer ao novo ser no preciso momento do encontro do óvulo com o espermatozóide. A punição que a igreja católica dá a quem faz o aborto, é a excomunhão.

Em 1917 a Igreja declarou que uma mulher e todos os que com ela se associasse deveriam receber a excomunhão pelo pecado do aborto. Isso significava que lhe seriam negados todos os sacramentos e sua comunicação com a igreja: uma punição eterna no inferno. Com a encíclica Matrimônio cristão de Pio XI em 1930, ficou determinado que o direito à vida de um feto é igual ao da mulher, e toda medida anticoncepcional foi considerada um "crime contra a natureza" exceto os métodos que estabelecem a abstinência Sexual para os dias férteis. (Disponível em: <http://www.aborto.com.br/religiao/index.htm>. Acesso em: 03/05/2010).

O Judaísmo considera que o feto ou embrião não tem o estatuto de pessoa antes do nascimento. Este estatuto secundário é consequência da Torá, onde é indicado que deve ser paga uma compensação monetária por quem provocar um aborto, uma situação não equiparável à retirada de uma vida humana. Diversas correntes atuais do Judaísmo aceitam apenas o aborto no caso de perigo de vida da mulher enquanto outras permitem em situações mais abrangentes por decisão da mulher com apoio de terceiros nesta escolha. (Disponível em: _____)

http://pt.wikipedia.org/wiki/Religi%C3%A3o_e_aborto. Acesso em: 10/05/2010).

O Budismo fica dividido duas questões: a primeira vem como um ato de tirar a vida de um ser vivo e, como tal, inadmissível aos olhos desta religião, a segunda visão eles aceitam desde que não seja o produto da inveja, gula ou desilusão, especialmente nas situações em que o feto tenha problemas de desenvolvimento ou a gravidez possa ser problemática para os pais.

O Hinduísmo é claro ao classificar o aborto como um ato abominável, na Índia o aborto é permitido desde 1971 sem que este fato tenha levantado celeuma entre as autoridades religiosas, no entanto a utilização do aborto como forma de seleção do sexo da criança levou o governo a tomar medidas em 1994 contra esta prática em particular.

Já no caso do Taoísmo e Confucionismo, sexo e prazer sexual devem ser celebrados, mas com atenção à moderação, sendo que essa moderação também se aplica à reprodução e o aborto é visto como uma solução de recurso aceitável.

1.7 Riscos do aborto para a vida da mulher

O aborto inseguro cria um ambiente ameaçador, de violência psicológica e de culpabilidade onde leva muitas mulheres a apresentarem sintomas de depressão, ansiedade, insônia e arrependimento da escolha realizada. Assim sendo, a tipificação do aborto como delito não desestimula as mulheres a praticar o aborto, fazendo que com isto elas procurem métodos ilegais para praticá-lo, causando então riscos irreversíveis para sua saúde. Sendo que a primeira consequência que atinge a mulher após o aborto é a psicológica, assim recorrem o auxílio psiquiátrico para conviver com a dor, tais mulheres sofrem distúrbios nervosos, de sono, remorso e culpa, que poderão ser controlados somente com medicamentos.

O início dos anos 1990 marcou uma mudança significativa no perfil dos métodos abortivos adotados pelas mulheres. Métodos encontrados nos estudos dos anos 1980, como venenos, líquidos cáusticos ou injeções, passaram a ser inexpressivos nos relatos das mulheres. O misoprostol passou a ser o método preferencial para realizar o aborto em casa ou para iniciá-lo em casa e terminá-lo nos hospitais. É sobre a redução da heterogeneidade dos métodos abortivos que os estudos mais têm convergido nos últimos vinte anos. (Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto_e_saude_publica_vs_pr_eliminar.pdf. Acesso em: 03/05/2010).

Uma segunda consequência e essa mais grave é que nenhum hospital, clínica ou médico pode garantir a uma mulher que ela sobreviva de tal procedimento ou saia sem nenhuma seqüela mesmo o aborto sendo realizado de forma legalizada. “Das complicações mais comuns que ocorrem são: infecção, embolia, perfuração ou dilaceração do útero, complicações com a anestesia, convulsões, hemorragia aguda, danos cervicais e choque endotóxico”. (Disponível em: <http://tudosobreaborto.pbworks.com/Consequ%C3%AAsncias-F%C3%ADsicas>. Acesso em: 08/05/2010).

No próximo capítulo, se estudará acerca da anencefalia, seu conceito, como se caracteriza, inclusive com entendimentos doutrinários a seu respeito.

2 ANENCEFALIA

“A origem do termo anencefalia vem do grego, em que “*An*” significa “sem” e “*Enkephalos*” significa “encéfalo”. Portanto, a anencefalia é uma má formação congênita resultante de defeito de fechamento do tubo neural”. (Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/36781>. Acesso em: 13/06/2010).

No desenvolvimento embrionário, por volta do décimo oitavo dia, inicia-se a constituição do sistema nervoso com a formação da placa neural. Nesse desenvolvimento embrionário, podem ocorrer, no entanto, malformações de maior ou de menor gravidade. Uma delas é a anencefalia. O tubo neural deve fechar-se por volta do vigésimo quarto dia após a concepção quando o embrião possui um tamanho da ordem de 4.5 mm, se o fechamento não suceder, apresenta-se uma anomalia embrionária idônea a produzir gravíssimas alterações anatômicas, ocorrendo assim a anencefalia fetal. (Disponível em: http://www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf. Acesso em: 15/06/2010).

Anencefalia significa ausência do encéfalo. Sendo que essa definição é muito vaga, pois o encéfalo compreende, além do cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral. Os bebês anencéfalos, possuem o tronco cerebral funcionando, embora não tenham cérebro, ou boa parte dele. (Disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/quemeoan.htm>. Acesso em: 13/06/2010).

O encéfalo é parte do sistema nervoso central, contida na cavidade do crânio, e que abrange o cérebro, o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano. Devido à complexidade de seu desenvolvimento anormal na espécie humana. As malformações do sistema nervoso central – centro propulsor e coordenador de todas as manifestações vitais, quais sejam, as intelectivas, as sensitivas e as vegetativas – geram inúmeras doenças. A anencefalia configura uma das malformações do encéfalo (LIMA, 2009, p. 75).

A anencefalia é uma desordem cerebral que resulta de defeito no tubo neural. Quando o feto sofre de anencefalia há ausência de uma grande porção do cérebro, crânio e escalpo. Bebês com anencefalia nascem sem a parte frontal do cérebro, que é a maior parte deste consistindo principalmente dos

hemisférios cerebrais responsáveis pelo pensamento. O tecido cerebral remanescente geralmente fica exposto - sem cobertura de ossos ou pele. (Disponível em: <http://www.copacabanarunners.net/anencefalia.html>. Acesso em: 10/06/2010).

O anencéfalo carece de grande parte do sistema nervoso central. No entanto, por preservar o tronco encefálico, ou parte dele, mantém as funções vitais, tais como o sistema respiratório e o cardíaco. É também capaz de reagir a estímulos, de manter a temperatura corporal e de realizar os movimentos de sucção e de deglutição. No entanto, reações são exclusivamente reflexas e, assim, típicas do estado vegetativo (LIMA, 2009, p. 76).

Podemos então perceber que a má formação do feto o deixa incapacitado para as funções que estão relacionadas à capacidade de percepção, à consciência, a comunicação, a emoção, o afeto e devido essas consequências o bebê com anencefalia jamais poderá compartilhar da experiência humana, pois ele não apresenta nenhum grau de consciência.

A anencefalia, de acordo com (REZENDE *apud*, LIMA, 2009, p. 77), é uma “anomalia do sistema nervoso central que se caracteriza, genericamente, pela ausência da abóboda craniana, massa encefálica reduzida a vestígios da substância cerebral. Geralmente, as glândulas supra-renais têm, também, pequeno volume, ou são rudimentares”.

O feto que não possui uma parte dos hemisférios cerebrais e uma parte do tronco encefálico caracteriza-se em feto anencefálico. Sobre os anencéfalos disse Espinosa *apud*, LIMA:

Anencéfalo é todo embrião, feto ou bebê que carece de uma parte do sistema nervoso central, mais concretamente dos hemisférios cerebrais e de uma parte, maior ou menor, do tronco encefálico (bulbo raquidiano, situado acima da medula, e os dois segmentos seguintes: ponte e pedúnculos cerebrais). Como no bulbo raquidiano estão situados os centros da respiração e da circulação sanguínea, o anencefálico pode nascer com vida e viver algumas horas, mais raramente alguns dias ou poucas semanas (2009, p. 77).

A comunidade científica mundial, atualmente considera como morte humana a constatação da morte encefálica, e isso gera polêmica nas ciências médicas, pois os critérios para diagnosticar-se a morte encefálica nem sempre são os mesmos.

“Com a morte encefálica, as funções vitais não permanecem por mais de duas semanas, independentemente das medidas médicas tomadas, a partir dela, é possível interromper a administração de medicamentos, a utilização de aparelhos” (LIMA, 2009, p. 81).

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.480/97, estabelecendo critérios para diagnosticar a morte encefálica. O artigo 3º dessa resolução dispõe: “a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida”.

A morte encefálica se dará através da realização de exames clínicos conforme o artigo 1º da mesma resolução: “a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias”, e estabelece ainda o artigo 6º da resolução que: “os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: a) ausência de atividade elétrica cerebral ou, b) ausência de atividade metabólica cerebral ou, c) ausência de perfusão sanguínea cerebral”.

Podendo então concluir que de acordo com essa resolução a morte encefálica se dará com a parada total e irreversível das funções encefálicas e, por isso, engloba as funções do tronco encefálico, parte que é preservada pelos anencéfalos.

Conforme leciona (LIMA 2009, p. 84):

As ciências médicas reconhecem, assim como a própria Resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, que não há consenso quanto à aplicação dos critérios atuais para diagnosticar a morte encefálica em crianças menores de sete dias e prematuros, o que incide em quase todos os casos de anencefalia, devido à brevidade da sobrevivência dos portadores dessa malformação. Observa-se que a discussão parece ser ainda mais ampla,

porque não há consenso entre os autores na área das ciências médicas quanto aos critérios para diagnosticar-se a morte de crianças de maneira geral.

Assim, como mencionado acima nos tempos atuais não há consenso quanto aos critérios para se diagnosticar a morte encefálica de crianças, principalmente os prematuros e os que são menores de sete dias, o que desse modo engloba a maioria dos casos de anencefalia.

Ainda não se sabe o que causa a anencefalia. Alguns estudos dizem que a má formação está relacionada a vários fatores tanto de natureza genética, quanto de natureza ambiental.

De acordo com (LIMA 2009, p. 77):

Segundo estudos epidemiológicos, a má formação está relacionada a vários fatores de natureza genética e/ou ambiental, tais como localização geográfica, sexo, etnia, raça, época do ano, classe social e histórico familiar. Trata-se de doença relativamente comum, mais que vem decaindo nas últimas décadas de cinco para dois a cada 10 mil nascidos vivos. É mais frequente no sexo feminino, sendo a proporção de duas a cada quatro vezes.

Uma possível razão para maior ocorrência da anencefalia estaria relacionada a seus determinantes biológicos, dentre os quais o principal é carência do complexo B devido a carências nutricionais.

Também pode-se levar a concepção de feto anencefálico de acordo com profissionais da medicina a ingestão de alta proporção de álcool, de cigarros e drogas ilícitas, não existindo uma causa determinada, sendo esta multifatorial.

Pelo exposto acima podemos perceber que em todos os casos, anencefalia leva o produto da concepção à morte, sendo que na maioria das vezes o feto morre ainda no ventre da mãe. Sendo assim a maioria das gestantes ficam bastante abaladas emocionalmente diante do diagnóstico e do prognóstico.

Assim, vale ressaltar que o feto anencefálico apresenta uma patologia de caráter embriológico que não lhe dá chance alguma de vida extra-uterina, sua perspectiva de sobrevivência fora do útero materno equivale à zero, tratando assim de um feto inviável, sendo que um feto desse tipo tem a possibilidade de vida de alguns dias ou em raríssimos casos de algumas semanas ou meses.

Os fetos anencefálicos geralmente nascem sem testa de orelhas, de implantação baixa e pescoço curto, a boca é relativamente pequena e o nariz longo e aquilino.

A base do crânio é diminuída por causa da alteração do osso esfenoide e a fossa posterior se apresenta com diâmetro transversal aumentado. Apresenta sobras de pele nos ombros, globos oculares protuberantes, pavilhões oculares malformados, fenda palatina e anomalias das vértebras cervicais. (Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/4787/1/Anencefalia-Fetal-Causas-Consequencias-E-Possibilidade-De-Abortamento/paginal.html>. Acesso em: 15/06/2010).

Antes, o anencéfalo era reconhecido na interrupção espontânea da gravidez ou no ato do nascimento. Agora, meios tecnológicos permitem, em nível de absoluta certeza, denunciar a anencefalia em tempo precoce.

O diagnóstico pode ser efetuado pré-natalmente, a partir de 12 (doze) semanas de gestação, por dois métodos: ultra-sonografia e dosagem de alfa-fetoproteína. A mulher, em gestação de anencéfalo, se encontra aumentada no soro materno e no líquido amniótico por volta da 12^o à 16^o semana de gestação. Geralmente os ultra-sonografistas preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para a confirmação diagnóstica. A ressonância magnética, ao lado da ultra-sonografia, tem se mostrado importante meio diagnóstico na identificação de outras afecções associadas à anencefalia com a espinha bífida e a raquisquise, presentes em grande parte dos casos. (Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/4787/1/Anencefalia-Fetal-Causas-Consequencias-E-Possibilidade-De-Abortamento/paginal.html>. Acesso em: 15/06/2010).

O avanço da medicina permite o diagnóstico cada vez mais precoce. Com o exame pré-natal realizado de forma correta, a anencefalia é imediatamente descoberta.

Pode ocorrer complicações antes e depois da gestação de feto anencefálico, como menciona Reis:

Entre as complicações que podem ocorrer durante e após a gestação do feto anencefálico estão relacionadas as seguintes: prolongamento da gestação além do período normal de quarenta semanas; aumento do líquido amniótico, o que pode ocasionar dificuldades de respiração, de funcionamento do coração da gestante e até levá-la à morte; aumento da pressão arterial comprometendo o bem-estar físico da gestante; puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratibilidade uterina; maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo; alterações comportamentais e psicológicas de grande monta para a gestante (Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14760&p=2>. Acesso em: 16/06/2010).

O Conselho Nacional de Medicina diz que a má formação fetal não acarreta qualquer risco à gestante além daqueles inerentes a outras gestações em que a criança é saudável, ainda a Associação Nacional dos Ginecologistas/Obstetras confirmam que o defeito físico do feto não implica por si só risco para a gestante.

Por outro lado no ponto de vista físico, a anencefalia aumenta significativamente, o risco da gravidez e do parto para a gestante, por várias causas. Entre elas, menciona-se o fato de estar acompanhada amiúde de polihidrâmnios com todas as complicações deles decorrentes, como a dificuldade respiratória, hipotensão em decúbito dorsal, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, desligamento normoplacentário, atonia uterina pós-parto, etc., Comprovou-se além disso, que os fetos podem ser grandes e a ausência de pescoço e o tamanho pequeno da cabeça fazem com que o tronco tenda a penetrar no canal do parto junto da cabeça, provocando assim uma grande distocia. Não obstante, o aumento real desses riscos, não há que se cogitar que a vida da gestante esteja em jogo. (Disponível em: http://www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf. Acesso em: 15/06/2010).

Segundo (GOLLOP *apud*, LIMA, 2009, p. 109):

Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. Sem dúvida, e sobre isso há alguns dados levantados que são muito

interessantes. Em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâmnio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de deslocamento prematuro de placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencefálicos, por não terem o pólo cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distócia do ombro, porque nesses fetos, com frequência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão no parto do ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grandes do ponto de vista obstétrico. Assim sendo, há inúmeras complicações em uma gestação cujo resultado é um feto sem nenhuma perspectiva de sobrevivência. A distócia de ombro acontece em 5% dos casos, o excesso de líquido em 50% dos casos e a atonia do útero pode ocorrer em 10% a 15% dos casos.

Por todo o exposto acima no que diz respeito ao risco da gravidez de feto anencefálico podemos perceber que há divergências entre a questão de risco ou não de uma mulher gerar um feto com esse defeito.

Além dos riscos físicos que podem ocorrer, e o que a maioria dos autores afirmam, temos também a saúde psíquica da mulher, o que não deixa de ser menos importante, pois, a gestação de feto anencefálico poderá desencadear na mulher grande sofrimento.

Diz (BENUTE *apud*, LIMA, 2009, p. 110): “representa o fracasso, o erro, a falha, a destruição da expectativa, do planejamento e do sonho. Sentimentos de impotência e frustração se sobrepõem”.

São complexas as causas sobre a prevenção da anencefalia, conforme alguns especialistas a ingestão suficiente de ácido fólico diminuiria a ocorrência de má formação de fechamento de tubo neural. A anencefalia é uma situação irreversível. A ciência médica confirma que não existe cura para a anencefalia. (Disponível em: http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf. Acesso em: 18/06/2010).

De acordo com Santos (Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/36781>. Acesso em: 17/06/2010):

Entretanto ressalta-se que a ocorrência da anencefalia não pode ser ligada a uma causa específica: é um defeito multifatorial. Especialistas a relacionam, principalmente, às deficiências de vitaminas do complexo B, especialmente o ácido fólico. Tanto que prescrevem a ingestão, através de alimentos e suplementos vitamínicos, desta substância nos três meses anteriores ao início da gestação e nos três meses posteriores à concepção. Igualmente, no Brasil, foi determinado o enriquecimento da farinha com o ácido fólico, a fim de prevenir o aparecimento de defeitos do tubo.

Conforme menciona Fayel (Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/36781>).

Acesso em: 17/06/2010):

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

Assim, percebe-se que, no caso do anencéfalo, o tubo neural não se fecha completamente. O processo de fechamento do tubo neural se dá de forma incompleta e o indivíduo passa a ser portador do defeito da anencefalia.

No próximo capítulo, se trabalhará acerca da anencefalia no direito brasileiro, bem como o pensamento de doutrinadores acerca do assunto.

3 ABORTO ANENCEFÁLICO E O DIREITO

O ordenamento jurídico brasileiro protege a vida humana a partir da sua concepção, isso decorreu pelo Estado brasileiro ter incorporado ao sistema constitucional a Convenção Americana de Direitos Humanos.

“O Direito Processual Penal oferece aos indivíduos os instrumentos e remédios para a defesa de seus direitos, que estão definidos na Constituição Federal de 1988, onde prevê garantias e os meios mais eficazes para preservar os direitos básicos da pessoa humana”.

(Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/851/706. Acesso em: 10/07/2010).

O aborto no Brasil é crime previsto nos artigos 124 a 126 do Código Penal Brasileiro. Portanto há excludentes de ilicitude em nosso Código Penal, em seu artigo 128, onde prevê duas hipóteses para o aborto legal, como sendo o necessário ou terapêutico, quando há risco para a vida da gestante e o humanitário, sentimental ou ético, quando a gravidez resulta de estupro.

O aborto necessário ou terapêutico, “é a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la.” (CAPEZ, 2007, p. 124).

O aborto humanitário, sentimental ou ético, “trata-se do aborto realizado por médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro. O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar.” (CAPEZ, 2007, p. 126)

A concepção de um feto anencefálico e seu direito ao nascimento, objetiva uma ampla proteção da vida, sendo que contrapõe com a capacidade potencial que tem a mulher de decidir sobre o futuro da gestação, tão logo receba o diagnóstico.

Percebemos que o aborto de feto anencefálico ou de outra má-formação fetal não compatível com a vida não se enquadra nas excludentes de ilicitude para o aborto dispostas no Código Penal citadas acima, assim obriga as mulheres a dar continuidade na gravidez ou buscar uma autorização judicial para interrompê-la, para que ela não tenha nenhum risco de punição.

Observamos assim que de um lado está o interesse público na proteção de um jurídico que é a vida do feto, e de outro lado está o interesse individual e geral de liberdade, enquadrando assim no princípio da dignidade da pessoa humana.

A anencefalia pode ser diagnosticada no início da gestação, por exames pré-natais, particularmente pelos exames de ultrassonografia. Caso não diagnosticada no início da gestação, ou caso alguma dúvida quanto ao diagnóstico, este pode ser feito com absoluta certeza, entre o período da vigésima semana à vigésima segunda semana, por meio dos atuais aparelhos de ultrassonografia (LIMA, 2009, p. 93).

Os avanços das técnicas de diagnóstico pré-natal e os exames feitos para indicar a saúde do feto possuem um alto grau de confiança, assim detectando a presença de uma anomalia no feto onde retira por completo a possibilidade de sobrevivência extra-uterina, mesmo com todas essas certezas e os avanços disponibilizados às gestantes, não é permitido à gestante optar livremente entre interromper ou levar a termo a gravidez.

Ainda que a vida do feto não seja considerada um bem absoluto pelo legislador penal, vez que permitiu a interrupção da gestação independentemente das suas condições de saúde, a anomalia fetal incompatível com a vida não se encontra prevista dentre o rol de excludentes de ilicitude do delito de aborto. A razão para esta omissão legislativa é presumível: na década de 40, quando da promulgação do Código Penal, o acompanhamento da gestação e saúde fetal limitava-se ao auscultamento dos batimentos cardíacos.²

²TESSARO, Anelise. Atipicidade penal do aborto por anomalia fetal incompatível com a vida: uma análise jurídico-criminal pelo viés dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 15/07/2010.

Os fetos anencefálicos sempre existiram, mas há uma diferença entre o presente e o passado, pois antigamente não era possível detectar o feto com anencefalia como nos dias atuais é possível, antes o anencéfalo era reconhecido somente quando ocorria a interrupção da gravidez espontaneamente ou no ato do nascimento, agora é possível detectar com absoluta certeza, por meio de ultrassonografias se o feto que possui anencefalia.

Em 1991, foi concedido o primeiro alvará para a realização do aborto num caso de anencefalia, quadro incompatível com a vida pela inexistência de hemisférios cerebrais. De lá para cá já passam de 2000 os procedimentos outorgados por juízes e promotores, segundo Diniz. Estes dados referem-se ao serviço público, não se tendo informações sobre os abortos realizados em clínicas privadas, pelos próprios médicos, sem apelarem para a justiça. (Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2004000100053&script=sci_arttext. Acesso em: 06/08/2010).

O abortamento nos casos de anencefalia é um tema muito polêmico, onde surgem vários posicionamentos, tanto a favor como contra, assim, o assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 54, em 18 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). A ADPF nº 54, onde visa descaracterizar o aborto em casos de fetos anencefálicos, por decisão das gestantes, como o crime tipificado no Código Penal.

Em 18 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) promove a ADPF 54, pedindo que o STF fixe entendimento de que antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico não é aborto e permita que gestantes em tal situação tenham o direito de interromper a gravidez sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado (Disponível em: <http://www.forumjuridico.org/topic/5385-aborto-do-feto-anencefalico/>. Acesso em: 24/07/2010.)

A liminar da ADPF 54 foi examinada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello e a mesma foi apreciada pela ótica da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade e autonomia de vontade da gestante.

Os caminhos percorridos pela ADPF n.54 até os dias atuais: (i) o primeiro passo foi a interposição da ação que trouxe a margem esse debate tão latente de princípios. (ii) A atitude ativista do Ministro ao conceder uma liminar possibilitando que mulheres gestantes de fetos com anencefalia poderiam se submeter a antecipação terapêutica de parto e a suspensão, até o fim do julgamento, dos processos penais que envolvem profissionais da saúde que em virtude da anencefalia realizaram a antecipação terapêutica de parto, a liminar vigorou por 4 (quatro) meses. (iii) Manifestação do Procurador-Geral da República. (iv) O julgamento de suspensão da liminar. (v) os pedidos de ingresso como *amicus curiae*³ das entidades religiosas e científicas, técnicas, mães, etc. (vi) designação para data da audiência pública. (vii) vários despachos de requerimento de oitivas, de reconsideração, de juntada de documentos, dentre outros e os últimos e não menos importante (viii) manifestação do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República. (Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5727/A-ADPF-54-e-o-cenario-ativista-do-Supremo-Tribunal-Federal>. Acesso em: 06/08/2010).

A questão posta pela ADPF n° 54 é o de saber se o aborto anencefálico está ou não inserido na proibição legal disposta nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal brasileiro.

Há um setor respeitável da doutrina que entende que tal prática de abortamento é ilícita, uma vez que não permitida pela legislação em vigor, além de atentar contra a vida do feto, uma vez que os conceptos anencéfalos são considerados seres com vida pelas ciências médicas. No entanto, outra parte também respeitável da doutrina defende a licitude de tal prática abortiva, uma vez que a gestante encontrar-se-ia em estado regular de direito de interromper uma gestação comprovada de anencéfalo, consoante o inciso III do artigo 23 do Código Penal (Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/prevista_direito/article/viewFile/851706. Acesso em: 25/07/2010).

Para alguns doutrinadores jamais se pode consentir a prática do aborto, por que assim todos nós estaríamos sendo complacentes com um verdadeiro atentado contra um direito fundamental, a vida humana.

Segundo muitos juristas, é inconstitucional, porquanto macula o artigo 5º da lei suprema, que considera inviolável o direito à vida. Além disso, viola o artigo 4º do Pacto de São José, tratado internacional sobre direitos

³ Significado: Amigo da corte. Fonte: <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1044/Amicus-curiae>.

fundamentais a que o Brasil aderiu, e que declara que a vida começa na concepção. Do ponto de vista ético foi uma aberração conceder aos médicos uma função de carrasco para matar seres humanos inocentes, função para a qual nós, os médicos, não fomos formados (Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1921/Anencefalia-Um-decisum-polemico>. Acesso em: 02/08/2010).

Defendendo ainda o direito à vida temos pensadores que dizem:

O feto não perde sua dignidade ao ser portador da anencefalia, mas a sua dignidade é agredida quando se pretende institucionalizar a sua eliminação pelo fato de ser debilitado. Ocorre que ao se considerar apenas o aspecto constitutivo inofismável é o precedente para que qualquer outro feto com má formação perca sua humanidade e não seja digno de vir ao mundo, praticando ato semelhante aos nazistas que vilipendiavam os deficientes (Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/hermeneutica/2273-o-aborto-anencefalico-o-desafio-da-hermeneutica-juridica-face-a-indisponibilidade-dos-direitos-fundamentais.html>. Acesso em: 22/08/2010).

O posicionamento de PIOVESAN e SARMENTO é lógico a respeito do direito do casal em fazer a escolha entre abortar ou não o feto com anencefalia.

Com fundamento nos direitos à liberdade, à autonomia e à saúde, entendemos caber à mulher e aos casais, na qualidade de plenos sujeitos de direitos, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado em caso de anencefalia fetal. A responsabilidade de efetuar escolhas morais sobre a interrupção ou o prosseguimento da gravidez não apenas assegura à mulher o seu direito fundamental à dignidade mas permite a apropriada atuação dos profissionais de saúde. Impedir a antecipação terapêutica do parto, em hipóteses de patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina, significa submeter a mulher a um tratamento cruel, desumano ou degradante, equiparável à tortura, porque violatório de sua integridade psíquica e moral (Disponível em: <http://laboratorijuridico.com.br/2009/04/25/aborto-de-feto-anencefalico/>. Acesso em: 15/07/2010).

Negar à mulher o direito de praticar o abortamento de um indivíduo que não traz consigo características humanas, a capacidade de conhecer o mundo, entendê-lo, de amá-lo ou odiá-lo, não parece ser a trilha mais justa. O Estado não pode ser intervencionista e esse ponto, sob pena de, em nome de um pretense direito à vida, negar outro direito não menos importante, o da

liberdade (Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/36781/2>. Acesso em: 12/07/2010).

Mais para alguns médicos e também operadores do direito como Gomes, “o melhor seria deixar a criança nascer, aproveitar dela alguns órgãos vitais importantes (para transplantes) e só depois esperar a sua morte” (Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/36781/2>. Acesso em: 12/07/2010).

Mas a extração de órgãos só é permitida após a morte cerebral e o feto anencefálico conta com má-formação do cérebro, mas não se pode afirmar quando ocorre sua morte cerebral, sendo esta uma situação muito delicada.

3.1 Direitos Fundamentais em Colisão

O aborto de feto anencefálico infringe por um lado garantia fundamental à vida, mas por outro lado colide com o direito à autonomia da vontade a dignidade e a saúde da gestante, sendo portanto, difícil a decisão entre abortar ou não, levando em consideração que a gestante deveria ter a escolher entre levar a gravidez até o final ou interrompê-la.

A gestação de anencéfalo demanda reflexão especial, em face dos direitos que podem entrar em conflito. Diante dessa realidade, duas situações podem ocorrer. Na primeira, a mulher, consciente da má- formação fetal letal deseja prosseguir com a gestação. Não há dúvida que ela receberá todo o atendimento médico-hospitalar necessário para o seu bem-estar físico e psíquico, assim como o nascituro terá todo o cuidado médico necessário, em decorrência de sua condição especial. (...) Ardorosa é a segunda situação que se dá quando a mulher, consciente da gestação de anencéfalo, deseja interrompê-la. Nesse caso, o ordenamento jurídico defronta-se com um verdadeiro conflito de direitos fundamentais (LIMA, 2009, p. 106 e 108).

3.2 Anencefalia e a Bioética

O principal fundamento da bioética é o respeito e a dignidade do ser humano. O termo bioética deriva da fusão de vocábulos de origem grega, onde “*Bio* significa vida e *ethos* significa ética. Por isso, o termo significa ética da vida” (LIMA, 2009, p. 94).

São quatro os princípios fundamentais que regulamentam a bioética, sendo eles, autonomia, justiça, beneficência e não-maleficência. Tais princípios foram “regulamentados no âmbito internacional, por meio da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada por aclamação em 19.10.2005, pela 33ª Sessão da Conferência Geral da Unesco” (LIMA, 2009, p. 95).

“No âmbito nacional, o Conselho Nacional de Saúde editou a Resolução 196, em 10.10.1996, e acolheu os princípios da bioética ao aprovar as diretrizes e as normas regulamentadoras de pesquisas que envolvem os seres humanos” (LIMA, 2009, p. 95).

O princípio da autonomia faz presente ao aceitar a manifestação da gestante à sua vontade respeitando a autonomia de quem livre e devidamente informada deu a solução que considerava mais adequada para si mesma e para sua família.

Cada ser humano deve ser respeitado no comando e na autoridade sobre a própria vida. Todos devem ter resguardada a capacidade de gerenciar sua própria vida, tomar suas próprias decisões, fazer suas opções terapêuticas e escolher as mais adequadas aos seus valores pessoais, assim como em relação aos custos e benefícios. (...) O princípio da autonomia também tutela os interesses daqueles cuja liberdade de vontade é reduzida, como, por exemplo, os indivíduos incapazes. Quando o indivíduo não responde por si mesmo, deve-se respeitar a vontade de seu representante legal (LIMA, 2009, p. 100).

O princípio da justiça é proporcional as contribuições das partes, à equidade, assim a ciência médica podia somente efetuar sua contribuição para aliviar o dano que a gestante sofria, nada podia fazer para otimizar a sobrevivência do nascituro.

O princípio da justiça, por sua vez, estabelece a garantia da distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços da saúde. Como decorrência, determina seja dado tratamento adequado à condição específica de cada paciente. Para que referido princípio seja respeitado, deve existir uma relação equânime entre os benefícios e os encargos proporcionados pelos serviços na área da saúde ao paciente uma vez que não há justiça quando alguns grupos enfrentam todos os prejuízos e outros recebem todas as vantagens (LIMA, 2009, p. 100/101).

O princípio da beneficência adota a solução reclamada por quem a pleiteia autorizando não um bem que apenas atingia a quem solicitava, mas também a todo um grupo familiar, assim para que seja realizada a interrupção da gravidez de um feto anencéfalo, a quem requer, atua para seu bem-estar físico e psíquico, se desconsiderar seu pedido entraria em colisão com o princípio da não-maleficência.

Referido princípio estabelece o dever do médico de promover primeiramente o bem do paciente. A realização do tratamento ou da intervenção médica deve sempre buscar o bem-estar do paciente e evitar, na medida do possível, a ocorrência de danos. Por isso, uma vez feita a opção por interromper a gestação, a mulher deve receber todo o suporte para o seu bem-estar físico e psíquico e também para sua plena recuperação. Não acatar sua vontade fere, outrossim, o princípio da não-maleficência, porquanto este determina o dever de não causar dano intencional à paciente e, nesse caso, não se justifica impor a gestação à mulher (LIMA, 2009, p. 101).

O princípio da não-maleficência não é violado pelo aborto de anencéfalo, pois, o adiantamento do parto não aumenta as possibilidades de sobrevivência do feto, vez que, já era uma consequência inevitável por sua gravíssima patologia.

O princípio da não-maleficência, por seu turno é um desdobramento da beneficência, por determinar o dever de não causar dano intencional ao paciente e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*⁴, que estabelece o dever do médico de abster-se de prejudicar o enfermo (LIMA, 2009, p. 99).

⁴ Significa: não causar mal ou dano. Fonte: <http://www.linguee.pt/ingles-portugues/traducao/primum+non+nocere.html>.

O abortamento só deve ser admitido em determinadas situações e circunstâncias, por isso, nos casos de anencefalia quando o feto apresenta má - formação fetal letal e a mulher resolver por interromper a gravidez expõe uma situação que por si só seria inevitável, pois incapacitaria o bebê da possibilidade de uma vida consciente e de uma vida que duraria no máximo alguns dias, pelo fato de um feto com anencefalia não conseguir viver fora do útero materno, assim permite o fundamento maior da bioética, que é o respeito da dignidade do ser humano, não podendo impor a mulher uma gestação nessas circunstâncias.

3.3 Posição Religiosa do Aborto Anencefálico

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) posiciona-se contrariamente à liberação do aborto nos casos de anencefalia, argumentando de que o fato do Estado brasileiro deve reconhecer a posição da Igreja como a vontade de seus cidadãos, assim respeitando os valores religiosos.

O representante da Federação Espírita Brasileira (FEB) Jaime Ferreira Lopes disse que a FEB também é contra a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos. “A posição da FEB não poderia ser outra do que a expressa no principal texto da doutrina espírita, O Livro dos Espíritos, que afirma que a vida humana inicia-se na concepção. A decorrência lógica dessa posição é que a FEB é contra o aborto, aceitando como única exceção o que está expresso no Código Penal, ou seja, a permissão para o aborto se não houver outro meio de salvar a vida de uma mulher grávida em risco (Disponível em: <http://brasilsemaborto.posterous.com/noticias-audiencia-10122009-sobre-aborto-de-f>. Acesso em: 24/07/2010).

Os bispos e representantes espíritas defendem a humanidade do feto argumentando que não se pode exigir a perfeição de nenhum ser humano, ainda que esse ser humano esteja com má-formação fetal letal.

Nas posições religiosas, também encontramos opiniões no sentido de que a vida deve ser respeitada mesmo que não seja desejada pela mãe, ainda que se tenha a certeza de que o novo ser vai morrer. Embora essas situações envolvam uma experiência humana muito

sofrida, deve-se levar em consideração que o ser que vai nascer tem a sua própria vida, independente da decisão de outrem.

Além disso, entendem essas posições, que só quem tem o direito de dar a vida e tirá-la é Deus e, autorizando o aborto, mesmo em caso de feto anencefálico, está-se tentando repartir com Deus esta prerrogativa que só Ele possui.

Como há vários entendimentos favoráveis e contrários ao aborto na situação discutida, no próximo capítulo será abordado sobre o aborto de anencéfalo nos tribunais brasileiros.

4 ANENCEFALIA E OS TRIBUNAIS

O aborto de anencéfalos é um tema bastante complexo, que tem causado polêmica não só no Brasil. Um assunto bem delicado, pois ambas as posições, tanto a favor, quanto ao contrário lidam com a vida do ser humano, o bem mais precioso dele. Uma na sua fase inicial, que embora com alguns problemas e debilitações deve ser preservada. De outro lado a mãe, que tem direito uma vida digna e saudável, sem que nada possa agredir esse direito. Assim, o aborto de anencéfalo deve ser mais estudado pela ciência, a fim de definir tanto as causas que ela pode trazer a saúde da mãe, bem como a expectativa de vida que este ser pode ter, pois a vida é um milagre, que deve ser preservado e zelado até as últimas consequências. Diante disso, o julgador deve-se analisar as peculiaridades, para assim decidir o caso. Até porque nem nossa suprema corte ousou a dizer sobre o assunto, como se vê na notícia abaixo:

A questão ainda está pendente de decisão no Supremo, sendo que no último informativo a respeito da matéria (Informativo 385) noticiou-se o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, que refutou o fundamento de que a ADPF 54 se reduziria a requerer a inclusão de uma terceira alínea no artigo 128 do CP, por considerar que a pretensão formulada é no sentido de se declarar, em homenagem aos princípios constitucionais aventados, não a exclusão de punibilidade, mas a atipicidade do fato. Entendimento que se coaduna com o nosso, a questão se revela solucionada com a aplicação do conceito de o fato há de ser formal e materialmente típico. Por força da teoria constitucionalista do delito que adotamos torna-se possível (acreditamos) fundamentar dogmaticamente a exclusão da tipicidade (no caso do aborto anencefálico). (Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1728373/aborto-anencefalico-exclusao-da-tipicidade-material>. Acesso em: 24/09/2010).

Sendo a questão do aborto por anencefalia muito complicada divide vários pensamentos e posicionamentos na sociedade. Nesse sentido, temos pareceres favoráveis e desfavoráveis na nossa jurisprudência.



4.1 Aborto de Anencéfalo como Causa de Excludente de Ilicitude

O aborto de anencéfalo não se enquadra nas causas de excludentes de ilicitude, e para que a gestante tenha a possibilidade de fazer o aborto à mesma deve acionar o Poder Judiciário para que tenha uma autorização e possa fazer o procedimento sem que seja penalizada, por isso devendo ainda ter os laudos médicos com a devida ultra-sonografia para que seja comprovado que o feto possua tal anomalia e ainda assim há entendimentos que são desfavoráveis ao deferimento do aborto e conceda o alvará para que a gestante possa realizar o aborto. Mas muito se discute se o aborto de anencéfalo pode ou deve ser enquadrada como uma das hipóteses de causa de exclusão da ilicitude.

O Estado Democrático de Direito, bem como nossa Carta Magna, ampara e protege os bens tidos como fundamentais, sendo inclusive a vida um dos bens mais valiosos. Sendo que, toda e qualquer transgressão a qualquer um desses bens protegidos por nosso ordenamento jurídico merece uma punição.

O Estado, por meio do Direito Penal trouxe para si, o dever de proteger bem como punir qualquer violação aos denominados bens jurídicos.

O aborto é um crime punido por nossa legislação penal. Entretanto para ser considerado crime, uma conduta tem que ser típica, antijurídica e culpável.

Nesse contexto, surge uma corrente que trata o aborto de anencéfalo, desde que haja o consentimento da gestante, como um exercício regular de direito, causa de excludente de ilicitude, nos termos do art. 128 do Código Penal, outros ainda vão mais longe, querendo que o aborto de anencéfalo seja enquadrado com uma das hipóteses excludentes de ilicitude.

Uma outra corrente sustenta que o aborto de anencefalia não se enquadra em nenhuma das hipóteses de exclusão de ilicitude previstas no Código Penal, que é a gravidez com risco de morte para a mãe e a resultante de estupro, sendo que podemos perceber que o Código Penal Brasileiro ainda é muito conservador em matéria de aborto. "Isso se deve muito provavelmente à influência que ainda exerce sobre o legislador certos setores religiosos. O

processo de secularização do Direito ainda não terminou. Confundem-se, ainda, religião com Direito" (Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos3/aborto-anancefalico-ordenamento-juridico/aborto-anancefalico-ordenamento-juridico2.shtml> *apud* Gomes 2004, p. 36. Acesso em: 17/09/2010).

4.2 Decisões Favoráveis

Alguns que advogam a possibilidade de interrupção da gravidez o fazem diante da inviabilidade do feto para a vida extra-uterina, temos então decisões de posicionamentos favoráveis exposto abaixo.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO - PATOLOGIA LETAL COMPROVADA - DESCARACTERIZAÇÃO DA PRÁTICA DE ABORTO - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - CONHECIMENTO E ADESÃO DO PAI. - Dispensa-se a presença do pai no polo ativo se ele e gestante, ouvidos pelo médico e cientificados da ocorrência da anencefalia no feto, solicitam, expressamente, a expedição de laudo para encaminhamento judicial de interrupção da gravidez. - "Existe, hoje, capacidade técnica para diagnosticar a anencefalia com 100% de segurança, já no primeiro trimestre de gestação, mais precisamente a partir da 8ª semana. Essa segurança técnica foi alcançada nos anos de 1995-1996, com o advento da ultra-sonografia em três dimensões (3D) e com a padronização de normas sobre o assunto. Basta termos a imagem do feto, um corte transverso no pólo cefálico, e teremos a imagem ultra-sonográfica bem clássica da formação correta do desenvolvimento do sistema nervoso central". (Médico Everton Neves Pettersen, da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal).- A interrupção de gestação de feto desprovido de vida cerebral não poderá ser considerada **ABORTO**, pois não há vida autônoma. Não se está diante de um pleito de paralisação de uma vida indesejada ou que tenha uma deformidade qualquer, ainda que grave e incurável; não se quer evitar a existência de uma vida vegetativa, mas sim paralisar uma gravidez sem vida presente ou futura. - O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deverá prevalecer sobre a garantia de uma vida meramente orgânica, sendo indubitável que o prosseguimento da gravidez é capaz de gerar imensuráveis danos à integridade física e mental da gestante e demais familiares. Relator: José Antonio Braga Data: 30/08/2010).

Conforme entendimento jurisprudencial, não pode-se considerar aborto a interrupção da gravidez de feto que não haja possibilidade de vida extra-uterina, como é o caso da gestação de feto anencefálico, pois não é uma simples deformidade em que o bebê viverá uma vida vegetativa, mas não haverá a sobrevivência desse bebê portador de tal anomalia fetal dizendo ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana deverá se sobrepor ao direito à vida, tendo em vista que a continuidade dessa gestação poderá provocar à mulher danos físicos e mentais e também gerar danos psicológicos até em seus familiares.

A 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais autorizou, em 17 de junho de 2010 a realização da interrupção da gravidez, que havia sido negada pelo juiz Marco Antonio Feital Leite, auxiliar da 1ª Vara Cível de Belo Horizonte. O feto é portador de anencefalia. Os desembargadores Alberto Henrique, relator, Luiz Carlos Gomes da Mata e Francisco Kupidowski foram unânimes e determinaram a expedição imediata de alvará para a realização do procedimento.

EMENTA: APELAÇÃO - PRETENSÃO FUNDADA EM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO NO CASO VERTENTE - LIMITAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL - INIDONEIDADE PARA CARACTERIZAR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO - SENTENÇA - EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO - POSSIBILIDADE DE PERDA DE OBJETO DA AÇÃO - JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO PELO TRIBUNAL - POSSIBILIDADE - DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO - INEXISTÊNCIA - CONFLITO - MÉTODO DE SOLUÇÃO - FETO - INVIABILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA - DIGNIDADE DA GESTANTE E SUA AUTONOMIA - PREPONDERÂNCIA - AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. TJMG. Relator: Des. Pedro Bernardes. DJ: 09/06/2009.

Em variadas decisões a interrupção da gravidez é autorizada pela inviabilidade de vida do feto e também pelo fato como dito acima, de se ter diagnóstico preciso do bebê portador de anencefalia através de ultra-sonografia, fundamentando também a dignidade e a autonomia da mulher que carrega em seu ventre um feto anencefálico.

4.3 Decisões Desfavoráveis

Há aqueles que advogam a continuidade da gestação, acreditam que o feto com anencefalia seja um indivíduo vivo que merece a proteção do Estado, sendo que também existem os posicionamento contrários ao aborto de anencéfalo, exposto a seguir.

O juiz da 8ª Vara Cível de Belo Horizonte, Jair José Varão Pinto Júnior negou um aborto de anencéfalo, segundo ele, "nem a ciência nem os homens podem afirmar o que se reserva a esta vida ou àquelas que com ela estão veiculadas". A gestante alegou à Justiça que a má formação foi detectada por meio de exames, quando o feto tinha 14 semanas de vida. De acordo com o fórum, na ocasião, ele estava vivo. Os exames teriam apontado pequena quantidade de tecido encefálico que poderia indicar anencefalia. O magistrado fez questão de destacar a presença de tecido encefálico na criança e argumentou que não concordava com o pedido, já que o aborto não é espontâneo. "Desta forma, há vida. Não nos compete retirá-la. A obstrução desta vida não possui respaldo legal", destacou o juiz. A decisão em 1ª instância é do dia 14 de outubro de 2010. O advogado Cláudio Miranda Pagano disse que entrou com recurso nesta segunda-feira e pediu que a apreciação seja feita com urgência. (Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2010/10/justica-de-minas-nega-pedido-de-aborto-gravida-de-feto-anecefalo.html>. Acesso em: 03/10/2010).

Negado recentemente um aborto de feto com anencefalia pelo Juiz Jair José Varão Pinto Júnior, exposto acima, seu entendimento é que se não houve o aborto espontâneo, há vida e não compete a nós tirá-la, sendo que interromper a vida de um bebê com essa anomalia não possui nenhuma previsão legal.

APELACAO CRIMINAL. AUTORIZACAO PARA INTERRUPCAO DE GRAVIDEZ. ABORTO EUGENICO'. ANENCEFALIA COMPROVADA. AUSENCIA DE PREVISAO LEGAL PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO. SENTENCA CONFIRMADA. 1 - A VIDA, BEM MAIOR, E ASIM TUTELADA PELA CONSTITUICAO FEDERAL E PELA LEGISLACAO PENAL, PORTANTO, DEVE SER PRESERVADA, PERMITINDO-SE O ABORTO SOMENTE NAS HIPOTHESES LEGAIS, ESPECIFICAMENTE PREVISTAS, QUE NAO COMPORTAM INTERPRETACAO ANALOGICA, EM FACE DO PRINCIPIO DA RESERVA LEGAL. 2 - NA FALTA DE EXPRESSA PREVISAO LEGAL, IMPOE-SE A CONFIRMACAO DA SENTENCA QUE INDEFERIU PEDIDO DE AUTORIZACAO JUDICIAL PARA INTERRUPCAO DE

GRAVIDEZ, EM QUE COMPROVADO SER O FETO PORTADOR DE ANENCEFALIA. APELO DESPROVIDO. ACORDA O TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, PELA SUA 2A. TURMA JULGADORA DE SUA PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, A UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E DA ATA DE JULGAMENTOS. TJGO. Relator: DES. HUYGENS BANDEIRA DE MELO. AC/35528-2/213. DJ 392 de 06/08/2009.

Existem entendimentos desfavoráveis, sobre o argumento de que a vida é o bem maior tutelado pela nossa Constituição Federal e o aborto de feto com anencefalia não está previsto no nosso Código Penal Brasileiro, sendo permitido então tal prática somente aqueles previstos no artigo 128 do Código Penal que são as causas de excludentes de ilicitude e o aborto anencefálico não comporta a interpretação analógica em face do princípio da reserva legal, assim a vida deve ser preservada independentemente se ao nascer o feto não haja vida.

Assim podemos perceber que de um lado está o interesse público, na proteção de um bem jurídico, proteção à vida e de outro lado o interesse individual e geral de liberdade, recaindo sobre a dignidade da pessoa humana.

Nosso Código Penal permite aborto em duas situações: risco concreto para a gestante; gravidez resultante de estupro. O primeiro chama-se aborto necessário; o segundo humanitário. O aborto por anencefalia não está expressamente previsto na lei penal brasileira. Tampouco outras situações de má formação do feto (aborto eugênico ou eugenésico). Também não se permite no Brasil o chamado aborto a prazo aquele que ocorre quando a gestante pode abortar o feto até a décima segunda semana, conforme sua decisão, não se permite também nem o aborto social ou econômico o feito por razões econômicas precárias.

Em razão de todo o exposto com todos os pensamentos, princípios, religião, ética, decisões, o aborto por anencefalia não é legalmente previsto, mas a gestante pode optar em buscar uma autorização para realizar a prática do aborto nesses casos no Poder Judiciário, cabendo assim ao magistrado com os devidos laudos médicos conceder ou não o alvará para que possa realizar a interrupção da gravidez sem que tal ato caracterize em crime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em tudo que foi exposto, pode-se inferir que o aborto é uma prática que caminha junto com a humanidade no desenrolar de sua história, e que quanto mais avançar a ciência, mais polêmica e complexa ficará a problemática que a envolve.

Deve-se ressaltar que o Código Penal Brasileiro prevê duas hipóteses de aborto permitido, quais sejam, a da gravidez proveniente de estupro e a da gravidez em que há risco à vida da gestante, o aborto de feto anencéfalo não se enquadra nas causas de exclusão de ilicitude agora mencionadas dispostas no artigo 128 do Código Penal Brasileiro. Importante ainda mencionar que o aborto é a interrupção da gravidez sem que o feto esteja pronto para nascer, podendo ser provocado ou espontâneo, sendo que o provocado quem o pratica incorre em crime previsto nos artigos 124, 125, e 126 do Código Penal Brasileiro, salvo quando enquadrado em uma das duas causas de exclusão de ilicitude.

A doutrina médica chegou-se à definição segundo a qual a anencefalia é uma má-formação fetal incompatível com a vida extra-uterina, pela qual o feto não desenvolve hemisférios cerebrais e o córtex em decorrência de uma falha no tubo neural.

Há variadas jurisprudências no Brasil, desde os anos 90 autorizando ou negando a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia. Cabe agora ao Supremo Tribunal Federal, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, analisar a questão sob o prisma do Direito Constitucional transpondo-se ao Direito Penal, enfoque diverso dos anteriormente atribuídos às demandas que tramitavam no Tribunal do Júri e nas Varas Criminais.

Deve-se ainda ressaltar sobre os argumentos de ordem constitucional e moral que são o direito à vida, à saúde, à integridade física e moral, à privacidade e à igualdade; dignidade da pessoa humana e a configuração ou não de aborto eugênico.

Denota-se que a questão, não é nada simples, pois de um lado há a inviolabilidade da vida do feto e do outro há a liberdade da mulher em dispor sobre seu próprio corpo, daí

surgem os vários posicionamentos tanto favoráveis como desfavoráveis no que diz respeito ao abortamento no caso estudado.

Assim, diante dos argumentos apresentados favoráveis e contrários, os de direitos fundamentais e humanos e do direito à vida, chega-se à conclusão da inadequação da hipótese de interrupção da gravidez de feto anencefálico à norma penal que criminaliza o aborto. Tal determinação legal, datada de 1940, não poderia prever o diagnóstico de anomalias desse tipo, simplesmente porque não havia então os meios científicos e tecnológicos desenvolvidos para esse fim. Por fim, deve-se então o aplicador do direito assegurar a liberdade de escolha da mãe em interromper ou não a gravidez, antes de chegar a termo, na hipótese de feto anencefálico. Assim estará seguindo seu papel no contexto de um Estado Democrático de Direito, concretizando os princípios e valores constitucionais, dentre eles, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, principal fundamento da República Federativa do Brasil.

Diante de tudo exposto, confirma-se que é possível o aborto de fetos anencéfalos nos casos que esteja comprovadamente demonstrado que este não tenha nenhuma expectativa de vida e desde que haja a anuência dos pais, haja vista o lado psicológico, bem como os riscos para a saúde da mãe e essa possibilidade se tem através de alvarás concedidos às gestantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARA, Edson de Arruda. **Aborto: Humanismo Filosófico, Lei e Medicina**. Consulex, Brasília, DF, ano XIII, n. 293, p. 22-23, mar 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARDOSO, Leonardo Mendes. **Aborto: Aspectos Médicos versus Aspectos Jurídicos**. Consulex, Brasília, DF, ano XIII, n. 293, p. 32-33, mar 2009.

KRAUSE, Paul Medeiros. **Aborto Um Crime Contra Toda a Humanidade**. Consulex, Brasília, DF, ano XIII, n. 293, p. 24-26, mar 2009.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Descriminação do Aborto: Uma Visão Jurídica**. Consulex, Brasília, DF, ano XIII, n. 293, p. 28-31, mar 2009.

Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

XAVIER, Valter. **Aborto: Direito à Vida versus Direito à Liberdade**. Consulex, Brasília, DF, ano XIII, n.293, p. 27, mar 2009.

Endereços Eletrônicos

Disponível em: http://www.webciencia.com/01_aborto.htm. Acesso em: 23/03/2010

Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_do_aborto. Acesso em: 28/04/2010

Disponível em: <http://www.catolicanet.com/?system=dicionario&action=verbetes&id=1167>. Acesso em: 28/04/2010

Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Religi%C3%A3o_e_aborto. Acesso em: 02/05/2010

Disponível em: http://www.webartigos.com/articles/11705/1/O-Nascituro_Sujeito_de_Direitos/pagina1.html. Acesso em: 30/04/2010

Disponível em: <http://www.aborto.com.br/religiao/index.htm>. Acesso em: 03/05/2010

Disponível em <http://biomepedia.wikispaces.com/anencefalia>. Acesso em: 27/10/2010

Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Religi%C3%A3o_e_aborto. Acesso em: 10/05/2010

Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto_e_saude_publica_vs_preliminar.pdf. Acesso em: 03/05/2010

Disponível em: <http://tudosobreaborto.pbworks.com/Consequ%C3%AAsncias-F%C3%ADsicas>. Acesso em: 08/05/2010

Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/36781>. Acesso em: 13/06/2010

Disponível em: http://www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf. Acesso em: 15/06/2010

Disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/quemeoan.htm>. Acesso em: 13/06/2010

Disponível em: <http://www.copacabanarunners.net/anencefalia.html>. Acesso em: 10/06/2010

Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/4787/1/Anencefalia-Fetal-Causas-Consequencias-E-Possibilidade-De-Abortamento/pagina1.html>. Acesso em: 15/06/2010

Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/4787/1/Anencefalia-Fetal-Causas-Consequencias-E-Possibilidade-De-Abortamento/pagina1.html>. Acesso em: 15/06/2010

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14760&p=2>. Acesso em: 16/06/2010

Disponível em: http://www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf. Acesso em: 15/06/2010

Disponível em: http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf. Acesso em: 18/06/2010

Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/36781>. Acesso em: 17/06/2010

Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/851/706. Acesso em: 10/07/2010

Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 15/07/2010

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2004000100053&script=sci_arttext. Acesso em: 06/08/2010

Disponível em: <http://www.forumjuridico.org/topic/5385-aborto-do-feto-anencefalico/>. Acesso em: 24/07/2010

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5727/A-ADPF-54-e-o-cenario-ativista-do-Supremo-Tribunal-Federal>. Acesso em: 06/08/2010

Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/851706. Acesso em: 25/07/2010

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1044/Amicus-curiae>. Acesso em: 25/07/2010

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1921/Anencefalia-Um-decisum-polemico>. Acesso em: 02/08/2010

Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/hermeneutica/2273-o-aborto-anencefalico-o-desafio-da-hermeneutica-juridica-face-a-indisponibilidade-dos-direitos-fundamentais.html>. Acesso em: 22/08/2010

Disponível em: <http://laboratoriodireito.com.br/2009/04/25/aborto-de-feto-anencefalico/>. Acesso em: 15/07/2010

Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/36781/2>. Acesso em: 12/07/2010

Disponível em: <http://www.linguee.pt/ingles-portugues/traducao/primum+non+nocere.html>. Acesso em: 15/07/2010

Disponível em: <http://brasilemaborto.posterous.com/noticias-audiencia-10122009-sobre-aborto-de-f>. Acesso em: 24/07/2010

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1728373/aborto-anencefalico-exclusao-da-tipicidade-material>. Acesso em: 24/09/2010

Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos3/aborto-anencefalico-ordenamento-juridico/aborto-anencefalico-ordenamento-juridico2.shtml> *apud* Gomes 2004, p. 36. Acesso em: 17/09/2010

Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2010/10/justica-de-minas-nega-pedido-de-aborto-gravida-de-feto-anencefalo.html>. Acesso em: 03/10/2010

Disponível em: http://www.feminismo.org.br/livre/index.php?option=com_content&view=article&id=2443:senado-federal-faz-enguti-com-suasseus-internautas-sobre-aborto-de-anencefalo&catid=78:business-tech&Itemid=421. Acesso em: 27/10/2010

Disponível em: <http://blogdocoutinho.wordpress.com/2010/09/14/interrupção-degravidez-de-feto-anencefalo-e-autorizada/>. Acesso em: 27/10/2010

ANEXOS

DECISÕES

HABEAS CORPUS N° 35964-0/217 (200903251650)

COMARCA DE GOIÂNIA

IMPETRANTE : VALDEVAN BEZERRA PEREIRA

PACIENTE : NASCITURO

RELATORA : DES^a. AMÉLIA MARTINS DE ARAÚJO

EMENTA: HABEAS CORPUS. NASCITURO. ABORTO. ANENCEFALIA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONCEDIDA. EFETIVAÇÃO DO ATO. PREJUDICIALIDADE. Com a interrupção da gravidez, torna-se sem objeto a impetração, impondo-se a decretação de sua prejudicialidade, nos termos do artigo 659, do Código de Processo Penal. HABEAS CORPUS PREJUDICADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **HABEAS CORPUS Nº 35964-0/217 (200903251650)** da **Comarca de Goiânia** em que figura como impetrante, **VALDEVAN BEZERRA PEREIRA** e, como paciente **NASCITURO**.

ACORDA o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos integrantes da **1ª Câmara Criminal**, à unanimidade de votos, acolhendo o parecer Ministerial oral, em julgar prejudicado o pedido, nos termos do voto da Relatora.

Participaram do julgamento, além da digna Relatora os Desembargadores Huygens Bandeira de Melo, Itaney Francisco Campos, o Juiz José Ricardo M. Machado em substituição ao Des. Jamil Pereira de Macedo e a Juíza Rozana Fernandes Camapum em substituição ao Des. Leandro Crispim.

Presidiu a sessão de julgamento o Desembargador Itaney Francisco Campos.

Esteve presente na sessão, o nobre Procurador de Justiça, Doutor Paulo Maurício Serrano Neves.

Goiânia, 25 de agosto de 2009.

Desembargadora AMÉLIA MARTINS DE ARAÚJO
RELATORA

HABEAS CORPUS Nº 35964-0/217 (200903251650)

COMARCA DE GOIÂNIA

IMPETRANTE : VALDEVAN BEZERRA PEREIRA

PACIENTE : NASCITURO

RELATORA : DES^a. AMÉLIA MARTINS DE ARAÚJO

RELATÓRIO E VOTO

VALDEVAN BEZERRA PEREIRA, acadêmico de Ciências Jurídicas, apoiado no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e artigos 647 e seguintes, do Código de Processo Penal, impetra a presente ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor de **NASCITURO**, filho da Sra. Marilene Lina dos Santos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia.

Relata o impetrante que tomou conhecimento da autorização para o aborto do feto anencéfalo por meio da notícia veiculada

no sítio do TJGO, de 04 de agosto de 2009, nos autos do processo nº 200903016111.

Alega que, embora o feto padeça de anomalia, consistente na ausência completa ou parcial da calota craniana e dos tecidos que a ela sobrepõem, bem como grau variado de má formações e destruição dos esboços do cérebro exposto, ninguém sabe quanto tempo ele sobreviverá após o nascimento, razão por que sendo ele um ente humano, que está vivo, sua vida é inviolável, nos termos do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Aduz que a hipótese não se enquadra em nenhuma daquelas prescritas no artigo 128, do Código Penal, configurando aborto eugênico, ou seja, antecipação da morte de um nascituro, crime punível de acordo com o artigo 126, do Código Penal.

Transcreve julgado.

Ao final, pugna pela concessão do *writ*, em caráter liminar, para que possa “*sustar a aplicação do alvará judicial para abortamento*”, bem como requer a Notificação da gestante e dos médicos do Hospital Materno Infantil de Goiânia encarregados de praticarem o aborto.

A inicial veio instruída com os documentos de folhas 12/57.

Liminar indeferida às fls.62/64.

Informações juntadas às fls.68/93.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça por seu representante **Dr. Altamir Rodrigues Vieira Júnior** manifestou pelo deferimento do pedido (fls.96/99).

É o relatório.

Passo ao voto.

Trata-se de *habeas corpus* ajuizado pelo impetrante, com o fito de obter ordem revogatória da autorização para a interrupção da gravidez.

Na espécie, a gestante Marilene Lima dos Santos ajuizou ação de alvará judicial com o fito de obter autorização para a interrupção da gravidez.

Consta dos autos que a gestante se submeteu a dois exames de ultrassonografia, sendo o primeiro realizado em 17/06/2009, quando já contava com 16 semanas e 7 dias de gravidez, ocasião em que houve suspeita da anencefalia do feto.

No dia 21/07/2009, submeteu-se a novo exame, restando constatado o seguinte: "*gravidez tópica única de aproximadamente 21 semanas, associada a anencefalia*" (fls.22/27).

Juntou-se, ainda, aos autos às fls. 28 Relatório médico expedido pela médica do Sistema único de Saúde, Dr^a Katyane Larissa Alves, em que restou constatado que o feto, até então com idade gestacional de 17 semanas e 5 dias, apresenta quadro de anencefalia (ausência de calota craniana e tecido cerebral).

Verifico da petição juntada aos autos pela procuradora da mãe do nascituro Sr^a Marilene Lina dos Santos (fls.103) que já foi realizada a intervenção cirúrgica para a interrupção da gravidez, razão pela qual cessada a coação do paciente, prejudicado está o requerimento, por perda do objeto, consoante prescreve o artigo 659 do Código de Processo Penal *“Se o juiz ou tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido.”*

Nesse sentido, também, é o entendimento desta Corte de Justiça:

HABEAS CORPUS'. NASCITURO. ABORTO. ANENCEFALIA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DO PRIMEIRO GRAU PARA O ATO CIRÚRGICO DE INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ COM ANUÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LIMINAR DEFERIDA PARA SUSTAR A EFETIVAÇÃO DO ATO. INFORMES COMUNICANDO A REALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO MÉDICA. FALECIMENTO DO FETO. PREJUDICIALIDADE DO 'WRIT'. Tendo sido realizado o aborto objeto único do presente remédio constitucional, torna-se sem objeto a impetração, impondo-se a decretação de sua prejudicialidade, nos termos do art. 659 do CPP. Ordem prejudicada."(TJGO, 2ª Câmara Criminal, HC



23981-2/217 – Rel. DES. PRADO, DJ 14469 de
09/03/2005).

Pelo exposto, acolhendo o parecer oral da douta
Procuradoria-Geral de Justiça, julgo o requerimento prejudicado.

É o voto.

Goiânia, 25 de agosto de 2009.

Desembargadora AMÉLIA MARTINS DE ARAÚJO

RELATORA

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 35528-2/213 (200900979369) – GOIÂNIA

APELANTE : MARIA SUELANGE PEREIRA DE SOUSA E OUTROS
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR : DES. HUYGENS BANDEIRA DE MELO

RELATÓRIO

Maria Suelange Pereira de Sousa e Ruberson Pereira Lopes, qualificados, interpõem a presente apelação, visando à reforma da sentença proferida pelo MM Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca da Capital, que indeferiu o pedido de autorização para interrupção da gravidez da primeira recorrente, fundado na inviabilidade de vida extra-uterina do feto, que apresenta anencefalia, comprovada por exames médicos específicos.

Alegam os recorrentes que tendo sido diagnosticada a gravidez da apelante Maria Suelange como de alto risco, por anomalia fetal severa tipo "anencefalia", buscaram o judiciário para que lhe fosse autorizada a interrupção da gravidez, tendo o juiz deixado de acolher o parecer ministerial e indeferido o pedido inaugural na sua íntegra (fls. 33/35).

Sustentam que estando demonstrada a ocorrência de anencefalia, em exame realizado com um dos maiores especialistas brasileiro na área de Ultra-sonografia/Reprodução Humana e Professor da Universidade Federal de Goiás, Dr. Waldemar Naves do Amaral, CRM/GO 4807 e

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 35528-2/213 (200900979369) (Rel./Voto) .02.

considerada que essa anomalia é letal, a sentença prolatada não pode subsistir, devendo seu pedido ser acolhido (fls. 33/34).

Após reportar-se a decisões judiciais acerca da matéria, citando entendimento do Supremo Tribunal Federal e transcrevendo partes do posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa, pugna pelo provimento do recurso.

Em sede de contra-razões, o representante do Ministério Público manifesta-se pelo desprovimento do recurso (fls. 38/43).

Também a Procuradoria-Geral de Justiça, comungando com a interpretação ministerial de primeiro grau, opina pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 50/56).

É o relatório.

VOTO

Como visto, cinge-se o pedido à autorização para intervenção médica indicada ao caso, visando a minimizar o sofrimento físico e psíquico da recorrente, por se tratar de feto portador de anencefalia, anomalia comprovada mediante diagnósticos médicos específicos, anexados à peça exordial.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 35528-2/213 (200900979369) (Rel./Voto) .03.

Com efeito, tema polêmico, o denominado “aborto eugênico”, conquanto relativo diretamente ao direito à vida, envolve discussões a partir de convicções religiosas, morais e filosóficas, também de cunho jurídico na doutrina e jurisprudência, cabendo, todavia, ao julgador, despidendo-se de ideologias ou posições pessoais, examinar a matéria sob o aspecto jurídico, valendo-se de bom senso e equilíbrio, para justa exegese e aplicação da legislação.

Como é sabido, a Codificação Penal contempla a possibilidade de aborto em duas situações específicas, denominadas aborto terapêutico e sentimental:

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

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

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

Todavia, o caso em questão não se adequa a nenhuma das duas hipóteses, razão por que o pedido de autorização judicial para o chamado “aborto eugênico” restou indeferido pelo magistrado de primeiro grau.

De fato, os exames e diagnósticos apresentados pelos recorrentes (fls. 13/16) comprovam que o feto que Maria Suelange Pereira de

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 35528-2/213 (200900979369) (Rel./Voto) .04.

Sousa traz em seu ventre é portador de anencefalia, definida como “Anomalia de desenvolvimento, que consistente em ausência de abóbada craniana, estando os hemisférios cerebrais ausentes ou representados por massas pequenas que repousam na base. Monstruosidade consistente na falta de cérebro” (Novo Dicionário da Língua Portuguesa, Ed. Nova Fronteira, 2ª ed., p.119).

Infere-se dos autos que, não obstante a presença da anomalia, o feto se desenvolveu no útero materno, não significando, até o momento, nenhum risco de vida, comprovadamente identificado, à gestante, tendo ela sido submetida a avaliação psicológica em que se constatou “que esta se encontra emocionalmente estável e dentro de uma avaliação global que se enquadra dentro dos parâmetros esperados pela situação vivenciada” (fls. 16). Não se desconsiderando, por óbvio, o trauma indelével que ela vem sofrendo, decorrente da impossibilidade de vida extra-uterina de seu feto, em razão da anomalia detectada.

Contudo, apesar de respeitáveis entendimentos em contrário, filio-me à corrente adotada pelo digno juiz sentenciante, de que inadmissível ampliação, pelo julgador, das hipóteses descritas no dispositivo legal retro citado. De conseqüência, descabida autorização judicial para o aborto em situações não previstas na legislação criminal, como no presente caso.

A posição adotada pelo julgador **a quo**, ora ratificada, encontra amparo em substancioso julgado do Superior Tribunal de Justiça, de

relatoria da eminente Ministra Laurita Vaz:

Confira-se:

“A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesse caso, o princípio da reserva legal.

O legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128, do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador”. (HC nº 32159/RJ, RSTJ - vol. 190, p. 447).

A par de tais considerações, após análise percuciente acerca da questão trazida à baila nestes autos, concluo não merecer acolhimento a pretensão recursal, na falta de expressa previsão legal a ampará-la, e, por outro lado, porque entendo descabida, na espécie,

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 35528-2/213 (200900979369) (Rel./Voto) .06.

interpretação analógica direcionada ao deferimento do pedido, como bem explicitado no **decisum** atacado.

É de se observar, por fim, que dado ao lapso transcorrido, a gestação da recorrente encontra-se em estágio avançado, já alcançado o oitavo mês, correspondente a trinta e duas (32) semanas, o que implica na conclusão de que a intervenção médica, de interrupção de gestação, será de indução ao parto, que já se faz próximo.

Ao teor do exposto, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do apelo, mas o desprovejo, mantendo incólume a sentença recorrida.

É como voto.

Huygens Bandeira de Melo
DESEMBARGADOR-RELATOR

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 35528-2/213 (200900979369) – GOIÂNIA

APELANTE : MARIA SUELANGE PEREIRA DE SOUSA E OUTROS
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR : DES. HUYGENS BANDEIRA DE MELO

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL. AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. “ABORTO EUGÊNICO”. ANENCEFALIA COMPROVADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

1 – A vida, bem maior, é assim tutelada pela Constituição Federal e pela legislação penal, portanto, deve ser preservada, permitindo-se o aborto somente nas hipóteses legais, especificamente previstas, que não comportam interpretação analógica, em face do princípio da reserva legal.

2 – Na falta de expressa previsão legal, impõe-se a confirmação da sentença que indeferiu pedido de autorização judicial para interrupção de gravidez, em que comprovado ser o feto portador de anencefalia. Apelo desprovido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela sua 2ª Turma Julgadora de sua Primeira Câmara Criminal, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator e da Ata de Julgamentos.

Goiânia, 14 de abril de 2009.

Des. Leandro Crispim
PRESIDENTE

Des. Huygens Bandeira de Melo
RELATOR

Númeração Única: 0351315-65.2010.8.13.0079

Processos associados: [clique para pesquisar](#)

Relator: Des.(a) JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Relator do Acórdão: Des.(a) JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Data do Julgamento: 24/08/2010

Data da Publicação: 30/08/2010

Inteiro Teor:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO - PATOLOGIA LETAL COMPROVADA - DESCARACTERIZAÇÃO DA PRÁTICA DE ABORTO - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - CONHECIMENTO E ADESÃO DO PAI.
- Dispensa-se a presença do pai no polo ativo se ele e gestante, ouvidos pelo médico e cientificados da ocorrência da anencefalia no feto, solicitam, expressamente, a expedição de laudo para encaminhamento judicial de interrupção da gravidez. - "Existe, hoje, capacidade técnica para diagnosticar a anencefalia com 100% de segurança, já no primeiro trimestre de gestação, mais precisamente a partir da 8ª semana. Essa segurança técnica foi alcançada nos anos de 1995-1996, com o advento da ultra-sonografia em três dimensões (3D) e com a padronização de normas sobre o assunto. Basta termos a imagem do feto, um corte transverso no pólo cefálico, e teremos a imagem ultra-sonográfica bem clássica da formação correta do desenvolvimento do sistema nervoso central". (Médico Everton Neves Pettersen, da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal).- A interrupção de gestação de feto desprovido de vida cerebral não poderá ser considerada aborto, pois não há vida autônoma. Não se está diante de um pleito de paralisação de uma vida indesejada ou que tenha uma deformidade qualquer, ainda que grave e incurável; não se quer evitar a existência de uma vida vegetativa, mas sim paralisar uma gravidez sem vida presente ou futura. - **O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL** da dignidade da pessoa humana deverá prevalecer sobre a garantia de uma vida meramente orgânica, sendo indubitável que o prosseguimento da gravidez é capaz de gerar imensuráveis danos à integridade física e mental da gestante e demais familiares.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.10.035131-5/001 - COMARCA DE CONTAGEM - APELANTE(S): ROBERTA ALVES DA SILVA - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador OSMANDO ALMEIDA, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER DOCUMENTO TRAZIDO NA APELAÇÃO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de agosto de 2010.

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelante, a Dra. Michele Barbosa Franco Duarte.

O SR. DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA:

VOTO

Trata-se de recurso de **APELAÇÃO** interposto por Roberta Alves da Silva, nos autos do **PEDIDO** de autorização judicial ajuizada perante o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Contagem, tendo em vista o seu inconformismo com os termos da **SENTENÇA** de

fls. 34/36 que:

1. julgou improcedente o **PEDIDO** inicial;
2. condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais, suspensa a exigibilidade ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Em razões recursais de fls. 37/48, a parte apelante alega que, após a realização de ultrassonografia obstétrica, em razão do início de período gestacional, foi constatado que o feto é portador de anomalia irreversível, consistente em anencefalia e ausência da calota craniana, o que resulta em probabilidade de morte em 100%.

Aduz que, como se não bastasse a anencefalia, a anomalia constatada ainda consiste em onfalocele (má-formação resultante do não retorno do intestino para a cavidade abdominal), alterações cardíacas e vasculares e cifose lombar (má-formação da coluna vertebral).

Assevera que, após a constatação das anomalias pelo primeiro exame, realizou mais 2 (duas) ultrassonografias, em outras clínicas e sob a supervisão de médicos diversos, tendo sido o resultado ratificado.

Registra que a continuidade da gravidez não se justifica, na medida em que a criança tem sabidamente 0% de chances de sobrevivência neonatal, devendo ainda ser considerado o fato de que a gravidez de feto anencefálico é de alto risco, conforme parecer acostado aos autos, emitido pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia.

Ao final, pugna pelo provimento da **APELAÇÃO**.

Ausência de preparo, por litigar a parte recorrente sob o pálio da assistência judiciária.

Parecer Ministerial ofertado às fls. 58/69, pelo conhecimento e provimento do apelo.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Ausentes preliminares, ao mérito recursal.

Acolhe-se o documento de fl. 49, o qual ratifica os termos da declaração de fl. 23-verso, realizada por Marcos Paulo Lacerda de Souza.

Versam os autos sobre **PEDIDO** de autorização judicial para a interrupção de gravidez de feto portador de anencefalia.

O pleito foi apresentado pela gestante; entretanto, implicitamente aderiu ao pleito o marido Marcos Paulo Lacerda de Souza. Basta a leitura do relatório médico de fls. 23 e verso para constatar que o órgão público de saúde relata o seguinte:

"Caso discutido com a equipe da Maternidade Municipal que orientou acompanhamento médico pré-natal + relatório médico para que paciente encaminhe judicialmente o **PEDIDO** de interrupção da gestação, conforme ela, marido e mãe da paciente solicitam."

Lado outro, a expressa declaração de fl. 49 supre qualquer nulidade de ausência do pai do feto em gestação irregular.

Primeiramente, registra-se ser bastante claro que alguns dos debatedores da matéria são influenciados por questões filosóficas, culturais e religiosas, o que impossibilita o alcance de um posicionamento unânime.

Após o início do período gestacional e a realização de exame de ultrassonografia obstétrica, foi constatado que o feto é portador de anomalia irreversível, consistente em anencefalia e ausência da calota craniana:

"Durante a avaliação ultrassonográfica, nota-se malformações do feto como acrania e evidente exencefalia, associada a cifose lombar e onfalocele. Nota-se ainda rins hiperecogênicos sem diferenciação corticomedular e aumentados de volume.

CONCLUSÃO: GESTAÇÃO EUTÓPICA SIMPLES DE 15 SEMANAS E 4 DIAS (+/- 0,5 SEMANA) PELA BIOMETRIA ATUAL.

MALFORMAÇÕES FETAIS (ACRANIA; CIFOSE LOMBAR; ONFALOCELE)

DOENÇA RENAL POLICÍSTICA INFANTIL" (exame de fl. 18, realizado pelo médico Daniel da Silva Vieira, CRM/MG 34052, em 24/5/2010). Grifos originais.

Diante do resultado obtido, submeteu-se a parte autora a uma segunda ultrassonografia, realizada em outra clínica e por profissional diverso, tendo sido verificado o seguinte quadro:

"CONCLUSÃO: Gestação eutópica simples de 16/17 semanas à ecografia. Malformação fetal (anencefalia).

OSB.: Apresenta ainda malformação de coluna vertebral, aparentemente alterações vasculares e cardíacas. (Estruturas abdominais de difícil identificação)" (exame de fl. 21, realizado pelo médico Abelardo Jorge de M. Porangaba, CRM/MG 22106, em 26/5/2010).

O relatório médico confeccionado por médico da Prefeitura Municipal de Contagem atesta:

"A gestante em questão, primigesta, 19 anos, foi encaminhada para o pré-natal de alto risco devido à múltiplas malformações fetais, as quais, segundo a literatura, são incondizentes com a vida neonatal. Apresentou dois ultrassons realizados por médicos diferentes que mostram a evolução do quadro (...) com anencefalia, alterações cardíacas e vasculares, onfalocele, malformação da coluna vertebral. Caso discutido com a equipe da maternidade municipal que orientou acompanhamento médico pré-natal + relatório médico para que a paciente encaminhe judicialmente o **PEDIDO** de interrupção da gestação" (fl. 23).

Sobre a fidelidade do resultado do exame de ultrassonografia é relevante transcrever a explicação do médico Everton Neves Pettersen, da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, conforme veiculado no sítio do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95146>).

Dí-lo:

"Existe, hoje, capacidade técnica para diagnosticar a anencefalia com 100% de segurança, já no primeiro trimestre de gestação, mais precisamente a partir da 8ª semana. Ele observou que essa segurança técnica foi alcançada nos anos de 1995-1996, com o advento da ultra-sonografia em três dimensões (3D) e com a padronização de normas sobre o assunto. "Basta termos a imagem do feto, um corte transverso no pólo cefálico, e teremos a imagem ultra-sonográfica bem clássica da formação correta do desenvolvimento do sistema nervoso central", afirmou.

"Se temos dúvida, podemos usar de alta tecnologia dentro da ciência, como a ressonância magnética", afirmou. "Podemos mostrar claramente o desenvolvimento do feto, o desenvolvimento de toda a calota craniana e do encéfalo deste feto, e podemos ver a total ausência da formação do encéfalo e da formação da calota craniana".

"E, se ainda não estamos satisfeitos, podemos usar a ressonância com reconstrução em 3D", prosseguiu. "Com subtração da imagem, podemos ver claramente a formação de todo o encéfalo. Então, temos recursos para o diagnóstico de certeza da anencefalia. Mas temos que ter cuidados na interpretação da imagem".

O médico dividiu em duas partes a sua exposição, na audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para debater a antecipação de parto do feto encefálico - em exame no Tribunal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 -. Inicialmente, abordou a formação do embrião e do cérebro e, em seguida, a questão do diagnóstico da anencefalia.

Embriologia

Everton Neves Pettersen explicou que o cérebro, a coluna e o canal medular são derivados do tubo neural, que faz parte da formação do sistema nervoso central, e se formam precocemente, durante a vida embrionária, por volta do 12º ao 42º dia após a

fecundação. Portanto, a partir de então, o feto já terá o sistema nervoso central formado. Na ultra-sonografia esse embrião mede aproximadamente 1 a 2 milímetros. Nesse estágio, segundo o médico, ainda seria impossível fazer a investigação da anencefalia. Mas, segundo ele, já por volta da 8ª semana de gestação, é possível diagnosticar a anencefalia, desde que se tenha um completo conhecimento da embriologia e, obviamente, um bom aparelho de ultra-som.

"Como conhecemos o encéfalo, ele é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral", observou. "Então, o termo anencefalia é fácil de entender. Seria, então, a não-formação completa do encéfalo. Ou seja, para o diagnóstico de anencefalia, precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar".

"É claro que, durante esta formação, não tendo (o embrião) a cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio", prosseguiu. "É o defeito do tubo neural mais freqüente".

Ele informou que a incidência da anencefalia na população mundial situa-se na faixa de um (01) a cada mil (1.000) nascimentos, mas que, em São Paulo, este número tem sido um pouco superior, de 100 casos em 600 mil.

Ele admitiu que a medicina ainda não conseguiu definir exatamente as causas da anencefalia, mas pode entender duas formas de anencefalia. "Uma delas ocorreria por uma falta de migração do tecido neuronal para sua posição adequada ao correto desenvolvimento. Então, precocemente, já não teremos a formação de nenhuma das vesículas".

O outro defeito é a falta de fechamento (do crânio), ou seja: houve a migração do tecido neuronal, mas não houve a sua proteção formada pelo crânio. Dessa forma, o tecido cerebral ficaria exposto ao líquido amniótico e, como sabemos, o tecido cerebral é extremamente frágil e, com uma seqüência da evolução, ele teria a sua degeneração ao longo da gestação".

Compreensão do diagnóstico

O médico recordou que, na década de 70, os equipamentos de ultra-som não ofereciam segurança para o diagnóstico da anencefalia. Já na década de 80, com a evolução da ultra-sonografia, com os aparelhos de alta definição, era possível fazer o diagnóstico clássico da patologia no segundo trimestre de gestação. A imagem que se obtinha era a assemelhada a um Mickey ou de cara de sapo, por causa da falta da calota craniana, com projeção dos globos oculares.

Recentemente, porém, com a reconstrução das imagens em três dimensões (3 D) em tempo real, passou-se a ter uma imagem bastante fidedigna, segundo ele. Graças a essa aparelhagem, observou, a reconstrução é fácil de ser entendida pela pessoa mais leiga. Por outro lado, a medicina especializada foi aprendendo a respeito da evolução dos casos e da embriologia.

"No primeiro trimestre de gestação, nós precisamos tomar cuidado porque, se for do segundo tipo de malformação - aquela que não forma o crânio, inicialmente, para proteção - , nós podemos ter a falsa idéia de que o feto está completamente formado no primeiro trimestre de gestação", observou Everton Pettersen.

Caso Marcela de Jesus

O médico disse que o caso de Marcela de Jesus, amplamente noticiado na imprensa, que seria um caso de anencefalia com longa sobrevivência, é um "caso clássico de falsa idéia de anencéfalo". À base da imagem tomada em uma tomografia, ele mostrou que Marcela apresenta região do cerebelo, tronco cerebral e um pedacinho do lóbulo temporal, que faz parte dos hemisférios cerebrais. "Então, isso não é diagnóstico de anencefalia", afirmou. Segundo Everton Petersen, no entanto, essa confusão é compreensível, porque a imagem

é semelhante à de um anencéfalo, pois também apresenta aspecto de sapo com olhos exuberantes. "São bastante parecidos, mas são diversos em termos de patologia", afirmou. Ele disse que tais erros de diagnóstico são compreensíveis por se tratar de uma patologia rara e a classe médica ter pouco acesso a casos semelhantes.

No fim de sua exposição, o médico Everton Pettersen defendeu a realização da antecipação de partos em casos de anencefalia. "Nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico", observou. "Porque, do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central. Por isso, disse, "seria uma tortura psicológica" obrigar a mãe levar até o fim a gestação de um feto que nascerá morto.

Para o Relator, a prova técnica carreada aos autos é relevante e descreve, efetivamente, a ocorrência de anencefalia.

Inobstante a prova documental produzida nos autos, o douto juízo singular julgou improcedente o pleito inicial, ao fundamento de inexistir, no ordenamento pátrio, qualquer texto legal que dê guarida à **PRETENSÃO** exposta pela parte autora.

Incontroverso nos autos que o feto é portador de diversas anomalias irreversíveis, entre elas a anencefalia e ausência da calota craniana.

A patologia denominada anencefalia, segundo a Enciclopédia Larousse Cultural, vol. I, Ed. Universo, 1990), é a "má formação caracterizada pela ausência do encéfalo e incompatível com a sobrevivência superior a algumas horas".

A grande discussão na mídia, no meio jurídico e no seio dos diversos credores religiosos é a prevalência da vontade da gestante, ou não, para que uma vida vegetativa seja prolongada, para padecimento da mulher que, sabidamente, carrega um feto cuja formação uterina poderá não alcançar o seu fim: nascimento com vida e ou desenvolvimento regular.

O jornal "A Folha de São Paulo", edição de 14 de julho de 2010, na página A3, publicou artigo da Dra. Nilcéa Freire, médica e ministra da Secretaria de Políticas para as Mulheres, externando a sua abalizada opinião sobre as mulheres que geram fetos anencéfalos.

Disse com maestria sob o título "Não as obriguem a sofrer":

"Sofrimento. Essa é a palavra que resume o sentimento de mulheres gestantes de fetos anencéfalos (com má-formação cerebral).

Além da dor imposta pelo diagnóstico, elas enfrentam uma verdadeira saga nos tribunais ao terem de negociar sua angústia com promotores e juizes em busca de conquistar o direito legal para interromper a gravidez. Infelizmente, no Brasil, a autorização para a antecipação de partos de fetos anencéfalos é feita caso a caso e envolve crenças e valores dos juizes.

No último dia 17, mais um tribunal autorizou a interrupção da gestação de um feto anencéfalo.

Apesar de negada em primeira instância, a decisão da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi unânime. O relator, desembargador Alberto Henrique, enfatizou que a continuação da gravidez "tornou-se um sacrifício para a mãe".

Essa liminar funda-se em três preceitos básicos da **CONSTITUIÇÃO** Federal de 1988: O respeito à dignidade humana; o direito à liberdade e à autodeterminação; e o direito a uma vida saudável.

Estima-se que, no país, 2.000 mulheres grávidas de fetos anencéfalos já interromperam a gestação.

Na maioria, são mulheres pobres e usuárias dos serviços públicos de saúde, em que a exigência da autorização judicial é condição para o procedimento.

Dados da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia apontam que mais de 97% dessas mulheres estão expostas a riscos de saúde.

É uma violência obrigar uma mulher a manter por nove meses a gravidez de um feto que nascerá morto ou morrerá instantes após o parto. Também é desumano submetê-la a uma gestação de risco.

Nessa situação, é inegável a atitude autoritária do Estado, que força mulheres a se manterem grávidas contra sua vontade.

Portanto, é fundamental deixar claro que as mulheres não necessitam de tutela para tomar decisão; elas necessitam de informação e apoio para fazer suas escolhas. Nesse processo, é importante que elas sejam vistas como sujeitos de direito e respeitadas como tal.

Diante desse contexto, urge que o Supremo Tribunal Federal coloque na pauta de seu pleno a questão. As quatro audiências públicas realizadas ao longo de 2009, que contaram com a participação de representantes governamentais, entidades da sociedade civil e especialistas da área forneceram elementos fundamentais à decisão dos ministros, incluindo toda sorte de contraditórios.

É preciso que haja uma decisão definitiva sobre o caso para que gestantes não sejam submetidas a uma verdadeira via-crúcis.

Estudos mostram que a maioria das mulheres grávidas de fetos anencéfalos prefere antecipar o parto. Pesquisa feita em 2008 pelo Ibope mostra que 72% das mulheres católicas entrevistadas são a favor de que grávidas de fetos anencéfalos tenham o direito de optar entre interromper a gestação ou mantê-la.

Uma alteração na **LEGISLAÇÃO** vigente não significará a obrigatoriedade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, mas a facultará e reconhecerá que o direito à não violência é inalienável.

É fundamental, nesses casos, que as mulheres possam decidir se desejam ou não levar adiante a gestação, e o Estado deve garantir todos os recursos necessários para dar suporte às suas escolhas."

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil decidiu, por maioria de votos, considerar que a interrupção da gravidez de feto anencefálico não é considerada prática abortiva. A matéria foi examinada após a decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, que concedeu liminar à Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para reconhecer o direito **CONSTITUCIONAL** de gestantes que decidam realizar operação de parto de fetos anencefálicos.

Na OAB, a decisão da maioria dos conselheiros foi tomada com base no voto do relator da matéria na entidade, o conselheiro federal pela Bahia, Arx Tourinho.

Segue trecho do voto do relator:

"VOTO

1. Direito da mulher gestante ao cometimento da interrupção de gravidez de feto anencefálico.
 2. Polêmica causada por aqueles que, desatentos aos princípios jurídico-constitucionais, insistem na concepção medieval de que a mulher deve fingir tratar-se de uma gravidez normal.
 3. Proclamação pelo Conselho Federal da OAB de que a gestante, na condição delineada, tem direito de interromper a gravidez, valendo-se de seu direito à saúde e em atenção aos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana.
1. Designado pela Presidência deste Col. Conselho Federal da OAB, emito voto sobre matéria, que envolve o direito da gestante em interromper a gravidez, quando se trata de feto anencefálico.
 2. O fato se tornou extremamente polêmico, a partir do momento em que, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, sendo autor o Conselho Nacional dos Trabalhadores da Saúde - CNTS, patrocinado pelo culto constitucionalista e advogado

Luis Roberto Barroso, o Ministro do STF Marco Aurélio concedeu liminar, reconhecendo "o direito **CONSTITUCIONAL** da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto". As disceptações se agigantam, porque os que se colocam em posição antagônica ao decisum judicial entendem que se está a permitir o aborto, em desacordo com a lei.

(...)

4. A anencefalia, segundo conceituação de William Bell, é "malformação letal na qual a abóbada do crânio é ausente e o crânio exposto é amorfo" (Doenças do recém-nascido, obra coletiva, Interamericana, 4ª ed., 1979, p. 627).
5. De acordo com Keith Moore, "Embora o termo anencefalia signifique ausência do encéfalo, há sempre algum tecido encefálico", porém, sem maior importância (Embriologia clínica, Interamericana, 2ª ed., p. 354).
6. O encéfalo é "parte do sistema nervoso central situada dentro do crânio neural", formado pelo cérebro, cerebelo e tronco encefálico, na dicção de Angelo Machado, in Neuroanatomia funcional, Livraria Atheneu, 1979, p. 11).
7. Diz, com precisão, o cientista William Bell, a respeito da anencefalia, que "Entre 75 e 80 por cento desses recém-nascidos são natimortos e os restantes sucumbem dentro de horas ou poucos dias após o nascimento" (op. cit., p. 627). A literatura médica, no mundo, tem essa constatação.
8. Essa é, pois, a realidade da anencefalia, que pode ser detectada, quando o feto ainda se acha no ventre materno. Mas, em 1940, quando editado o Código Penal brasileiro, não havia tecnologia suficiente para um diagnóstico de certeza, a respeito da malformação. Não é o que acontece, na atualidade.
9. Queremos afirmar, neste instante, que a discussão pode e deve ser realizada, pelo ângulo estritamente jurídico. Não podemos trazer para um tema, que possui consistência técnica, princípios religiosos ou fundamentos jusnaturalistas, que brigam com a realidade e descambam para a irracionalidade. É de se acentuar que, em 1990, o Conselho Federal de Medicina, diante do avanço da medicina fetal, propugnou por uma nova postura da classe médica, a fim de embasar uma "reordenação **JURÍDICA**", o que ensejou proposta de reformulação do Código Penal, segundo informam Marcos Frigério et alii, Aspectos bioéticos e jurídicos do abortamento seletivo no Brasil, trabalho desenvolvido no Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana, em São Paulo.
10. Em primeiro lugar, é de se perguntar: a interrupção da gravidez de um feto anencefálico pode ser considerada prática abortiva? A resposta, a nosso sentir, é negativa.
11. Nosso Código Penal não conceituou aborto. Menciona-o, tipificando condutas, porém, sem afirmar o que, efetivamente, seja. Isso foi deixado para a doutrina e a jurisprudência. E, por esse ângulo, constata-se que só pode haver aborto, se há possibilidade de vida e de sobrevivência. Não é aceitável que se saiba, previamente, que o feto não possui qualquer condição de sobrevivência e, ainda assim, se tenha como aborto a interrupção da gravidez, que pressupõe a existência de outro ser que tenha possibilidade de vida própria. O feto anencefálico é uma patologia.
12. A asserção do clássico Néelson Hungria, a respeito da gravidez extra-uterina e da gravidez molar, pode, perfeitamente, ser aplicada à hipótese do feto anencefálico: "O feto expulso (para que se caracterize aborto) deve ser produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto" .

(Comentários ao código penal, Forense, 1958, vol. V, p. 207/208).

13. Do ponto de vista médico, o feto anencefálico é uma patologia e como patologia deve ser tratada. Como diz a professora Débora Diniz, pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília, "A ausência dos hemisférios cerebrais, ou no linguajar comum "a ausência de cérebro", torna o feto anencefalo a representação do subumano por excelência. Os subumanos são aqueles que, segundo o sentido dicionarizado do termo, se encontram aquém do nível humano. Ou, como prefere Jacquard, aqueles não aptos a compartilharem da "humanidade", a cultura dos seres humanos." (Aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais).
14. A Justiça não pode olvidar essa realidade. Não se trata de interrupção de gravidez em razão de eugenia, seletividade ou de sentimentalismo, mas, sim, de circunstância indiscutível de que o feto não terá sobrevida, porque o feto é sub-humano ou inumano. Não se deve olvidar das palavras de Giovanni Berlinguer "O aborto é o desfecho trágico de um conflito em que estão envolvidos de um lado um ser em formação, do outro as aspirações e necessidades de uma mulher" (Bioética cotidiana, Editora UNB, tradução de Lavínia Porciúncula, 2004, p. 47). Ora, se não há, em realidade, ser em formação, de um lado, e aspirações e necessidades de uma mulher, de outro lado, não há desfecho trágico, não há, portanto, aborto. Expele-se um ser malformado. Expele-se uma patologia.
15. Mas, admita-se, ad argumentandum tantum, que se cuida da figura do aborto.
16. Mais uma vez, a solução se acha em nossa ordem **JURÍDICA**, precisamente em se respeitarem direitos e princípios constitucionais, que são caros a cada um de nós e a toda a sociedade: a) saúde; b) liberdade; c) dignidade da pessoa humana. Direitos e princípios detectados pelo professor Luís Barroso, em sua petição inicial.
17. Com efeito, o artigo 196, da Carta Magna, reza: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Se a mulher, em gestação de um feto anencefálico, pode correr risco de vida, porque, segundo a literatura médica, cerca de cinquenta por cento desses fetos têm morte intra-uterina, evidente que o direito à saúde da mulher deve prevalecer. Não só. Registram hospitais e clínicas médicas o profundo transtorno psicológico de que padece a mulher, quando aguarda o parto de um ser sub-humano, sem cérebro, com forma de gente, mas, sem a essência do humano. É evidente que a gestante, nessas circunstâncias, tem o direito de velar por sua saúde.
18. Violam-se, também, dois princípios fundamentais, que dizem respeito à legalidade e à dignidade da pessoa humana (artigos 1.º, III, e 5.º, da Lei Máxima).
19. A ordem **JURÍDICA** brasileira não impõe a qualquer gestante o dever de manter em seu ventre um feto anencefálico, porque esse feto não tem potencialidade de vida, porque, rigorosamente, lhe falta o encéfalo.
20. Também, haverá desrespeito ao **PRINCÍPIO** de dignidade da pessoa humana a imposição à gestante de ter, em seu útero, um feto, durante o tempo normal exigido para um parto normal!
21. O **PRINCÍPIO** da dignidade da pessoa humana se incorporou à maioria dos textos constitucionais, em todo o mundo, de forma expressa. Leiam-se os textos constitucionais da Alemanha de 1949, de Portugal de 1976, da Croácia de 1990, da Bulgária de 1991, da Estônia de 1992 e tantos outros, mas, detenhámo-nos na **CONSTITUIÇÃO** portuguesa de 1976, matriz da brasileira, que expressa em seu artigo 1.º: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".
22. O professor Pietro Alarcón teve a oportunidade de afirmar: "De outro lado, a Carta Magna de 1988 abriga a dignidade, e nesse sentido, a dignidade é bem jurídico a ser

guarnecido pelo sistema. Por outra parte, é eixo de interpretação, atravessando o sentido de constitucionalidade que deve constar em qualquer **SENTENÇA** de juízes e tribunais pátrios. Não exageramos se dizemos, por esses motivos, que a dignidade da pessoa humana foi erigida a padrão de referência de todo o

arcabouço jurídico brasileiro" (Patrimônio genético humano e sua proteção na **CONSTITUIÇÃO** federal de 1988, Editora Método, São Paulo, 2004, p. 254).

23. Efetivamente, o **PRINCÍPIO** da dignidade da pessoa humana é básico na interpretação da ordem normativa e serve de luz para desvendar caminhos, que alguns não vêem ou teimam em não vê-los, sob o enfoque de concepções que, contraditoriamente, negam o mencionado **PRINCÍPIO**. À gestante de um feto anencefálico basta que se lhe conceda a eficácia do **PRINCÍPIO** da dignidade da pessoa humana. E, para assim agir, basta que se lhe reconheça o direito de interrupção terapêutica de uma gravidez, marcada pela patologia, que constrange e perturba a ciência e os homens.

24. A ação e a liminar, aqui referidas, em verdade, estão a proteger mulheres desprovidas de recursos financeiros, mulheres pobres, que necessitam ir a juízo, pleiteando alvará autorizador, porque vão utilizar-se dos serviços públicos de saúde. Aquelas que têm condições financeiras sabem qual clínica ou qual médico devem procurar, para a prática interruptiva da gravidez. Não seja a sociedade hipócrita, nem sejam os opositores da liminar ingênuos... Em conclusão, propomos que esta Col. Casa do advogado, mas, também, da liberdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, se manifeste pelo direito de a gestante interromper, sempre que assim desejar, uma gravidez, onde em gestação se ache um feto anencefálico, porque o Direito não é, nem pode, ser estático, não é, nem pode, ser contemplativo de uma realidade que passou, ignorando os avanços da ciência.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 128, estabelece o seguinte:

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

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

A uma análise superficial, poder-se-ia dizer que a hipótese dos autos não se enquadra naquelas descritas pelo dispositivo supracitado, inexistindo, dessa forma, previsão legal que dê guarida à **PRETENSÃO** autoral, conforme decidido pelo juízo singular.

Todavia, é cediço que o feto anencefálico mantém-se 'vivo' em função do metabolismo da mãe, da mesma forma que uma pessoa que apresenta o quadro de morte cerebral depende de aparelhos para a manutenção de suas funções vitais; tanto a ausência da mãe quanto dos aparelhos induz à morte orgânica, já que a vida cerebral há muito se extinguiu (ou nem mesmo veio a existir).

Dessa forma, pode-se afirmar que a interrupção de gestação de feto desprovido de vida cerebral, não poderá ser considerada aborto, pois não há vida autônoma.

Não se está diante de um pleito de paralisação de uma vida indesejada ou que tenha uma deformidade qualquer, ainda que grave e incurável; não se quer evitar a existência de uma vida vegetativa, mas sim paralisar uma gravidez sem vida presente ou futura.

Ainda que esse não fosse o entendimento, registra-se que, in casu, o **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL** da dignidade da pessoa humana deverá prevalecer sobre a garantia de uma vida meramente orgânica, sendo indubitável que o prosseguimento da gravidez é capaz de gerar imensuráveis danos à integridade física e mental da requerente e demais familiares.

Conforme muito bem registrado pelo douto Procurador-Geral de Justiça, em parecer ofertado às fls. 58/69:

"De fato, a antecipação do parto não terá o condão de minimizar a dor da família, mas com certeza impedirá a prorrogação de uma situação dolorosa, tarefa esta mínima que, no presente momento, cabe ao Judiciário desempenhar em prol dos jurisdicionados recorrentes.

(...)

Conclui-se que obrigar a apelante a carregar por nove meses em seu útero um feto que não sobreviverá no mundo exterior em razão de anomalia incurável, cujo desfecho é a morte, é uma crueldade extrema. Amargurar este calcário não só viola a liberdade da gestante como lhe ceifa toda a dignidade humana, submetendo-a a intenso sofrimento e dor, o qual não é dado ao Judiciário compactuar".

De grande valia consignar que a presente questão já restou examinada por esta Câmara, tendo o voto apresentado pelo eminente Desembargador Relator Pedro Bernardes sido acompanhado por este Relator. Confira-se:

APELAÇÃO - PRETENSÃO FUNDADA EM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO NO CASO VERTENTE - LIMITAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL - INIDONEIDADE PARA CARACTERIZAR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO - SENTENÇA - EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO - POSSIBILIDADE DE PERDA DE OBJETO DA AÇÃO - JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO PELO TRIBUNAL - POSSIBILIDADE - DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO - INEXISTÊNCIA - CONFLITO - MÉTODO DE SOLUÇÃO - FETO - INVIABILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA - DIGNIDADE DA GESTANTE E SUA AUTONOMIA - PREPONDERÂNCIA - AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. (...)

3 - Nenhum direito fundamental é absoluto, devendo o conflito de princípios constitucionais ser resolvido mediante juízo de ponderação no qual se avalia, no caso concreto, a preponderância de uma norma sobre a outra, segundo os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.

4- Comprovado no caso concreto a incompatibilidade do feto com a vida extra-uterina, torna-se desproporcional e desarrazoada a imposição de manutenção da gravidez que ocasiona incomensuráveis abalos psíquicos a gestante, sacrificando injustificadamente a dignidade desta, o que enseja seu direito à interrupção da gravidez, cessando o prolongamento do sofrimento por ela experimentado. (TJMG, APELAÇÃO Cível n. 1.0686.09.235524-3/001, j. em 9/6/2009).

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR NO WRIT ORIGINÁRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE. CABIMENTO DE HABEAS CORPUS PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. PATOLOGIA CONSIDERADA INCOMPATÍVEL COM A VIDA EXTRA-UTERINA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. GESTAÇÃO NO TERMO FINAL PARA A REALIZAÇÃO DO PARTO. ORDEM PREJUDICADA. (...)

3. Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a **CONSTITUIÇÃO** Federal, em especial ao **PRINCÍPIO** da

dignidade da pessoa humana.

4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. (...) (HC 56572/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. em 25/4/2006).

Concluindo, para Norberto Bobbio não é necessário ou suficiente apenas reconhecer direitos ou mesmo formalmente declará-los. É necessário que sejam efetivados. Eis a sua justificativa - verbis:

"Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (...) ("A era dos direitos", tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1991, p.25).

Para o Relator, é uma violação impor a Roberta Alves da Silva, autora/apelante, a continuidade de uma gestação cuja realidade estampada nos autos é de sofrimento, no dizer da já referida Dra. Nilcéa Freire, médica e ministra da Secretaria de Políticas para as Mulheres.

Com tais considerações, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso, para autorizar a interrupção da gravidez da parte apelante.

Determino a imediata intimação do procurador da parte autora, como também do Ministério Público; havendo concordância de ambos com a decisão, comunique-se com urgência o juízo singular para que, também em caráter de urgência, expeça o alvará judicial.

Custas processuais e recursais na forma da lei.

O SR. DES. GENEROSO FILHO:

VOTO

Trata-se de **PEDIDO** de Alvará para interrupção de gravidez, formulado pela gestante Roberta Alves da Silva, tendo em vista o quadro de anencefalia do nascituro, comprovado pelos documentos anexados aos autos.

O MM. Juiz recorrido, na **SENTENÇA** de fls. 34/36 indeferiu o **PEDIDO**, sob o fundamento de inexistir no ordenamento jurídico pátrio, qualquer texto legal que dê guarida a **PRETENSÃO** da autora.

Sem razão o entendimento daquele magistrado recorrido.

Diante do quadro de anencefalia do nascituro, comprovado nos autos, outra solução para o caso, diferente da apresentada pelo eminente Des. Relator, que em 21 laudas em fundamentado voto, entendeu de deferir a expedição do Alvará solicitado, seria impor à gestante apelante um quadro de sofrimento por vários meses, com incomensuráveis abalos psíquicos, ferindo-lhe injustificadamente a dignidade da pessoa humana, direito que lhe é garantido pela **CONSTITUIÇÃO** Federal (art. 1º, III, CF de 1988), em prejuízo também da saúde dela gestante.

Além do mais, em caso de nascituro anencéfalo, o STF já garantiu o direito da gestante de a seu **PEDIDO** ter autorizado a interrupção da gravidez (caso em que foi Relator o Ministro Marco Aurélio) e, ademais, esta 9ª Câmara Cível, em processo em que foi Relator o em. Des. Pedro Bernardes, já se manifestou favorável à interrupção da gravidez (**APELAÇÃO** Cível nº 1.0686.09.235524-3/001, julgado em 9/6/2009).

Também o STJ no HC. 56572/SP, em que foi Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 25/4/2006, teve o entendimento de que:

"Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma

vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia (...)"

Assim sendo, peço licença ao eminente Des. Relator, para subscrever integralmente seu fundamentado voto, pelo que dou provimento ao recurso de **APELAÇÃO**, para autorizar a interrupção da gravidez da parte apelante.

O SR. DES. OSMANDO ALMEIDA:

VOTO

A leitura do judicioso voto do eminente Des. Relator nos leva a abeberar lições de profundos conhecimentos médico-jurídicos. O respeitável voto examina a questão sob todos os ângulos, quer na visão do operador do Direito, quer na do facultativo da medicina, sem deixar de fazer conceituadas incursões no campo da crença, da religiosidade e da ética profissional daqueles que foram envolvidos no melindroso padecimento da autora.

A patologia e a embriologia foram dissecadas pelos facultativos especializados, com a realização dos hodiernos meios técnicos postos a serviço da medicina. Dada a qualidade da fundamentação trazida no voto condutor, para sustentar o acolhimento da **PRETENSÃO** posta na peça madrugadora, penso que deva este trabalho ser publicado, como contribuição à formação de um entendimento jurisprudencial uno, evitando, destarte, que outras mães tenham de passar por tamanho sofrimento, percorrendo verdadeira via crucis, como fez esta apelante.

Assim, não só acompanho o lapidar voto, como recomendo a sua publicação.

SÚMULA : ACOLHERAM DOCUMENTO TRAZIDO NA APELAÇÃO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

PROJETOS DE LEIS

PROJETO DE LEI Nº, DE 2004
(Da Sra. Luciana Genro e do Sr. Dr. Pinotti)

Acrescenta inciso ao artigo 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 128.....

I -.....

II -.....

III – se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos (NR).”

Art.2º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Tradicionalmente tratadas como cidadãs de segunda classe, as mulheres enfrentam situação de injustiça e de discriminação em nossa sociedade, comprovada em fatos como: preconceitos, salários menores, jornadas sucessivas de trabalho, menores índices de escolaridade, agressões e violências, discriminação profissional, assédio direto e indireto, responsabilidade pelo

sustento de famílias, altas taxas de mortalidade materna, abuso sexual na infância/adolescência e grande carga de trabalho doméstico não reconhecido pelo sistema previdenciário. Delas se espera, ainda, que estejam sempre sexualmente disponíveis, não transmitam doenças, não engravidem com muita frequência, que alimentem, eduquem e limpem as crianças, as roupas e a casa.

Para um grande número de mulheres, a gestação, o parto e o puerpério ainda estão cercados por muitos riscos. Esta realidade ainda inclui o grande estresse e o drama pessoal da gravidez indesejada, o risco físico dos abortos clandestinos, das suas complicações, mutilação e morte. A taxa de mortalidade materna, no Brasil, por exemplo, ultrapassa muito o que poderia ser considerado razoável.

Estas são apenas ilustrações de como o processo de discriminação contra a mulher ainda continua com muita força, sem que a sociedade, muitas vezes, se dê conta de sua extensão e gravidade.

Hoje, entretanto, estamos agravando ainda mais a carga já insuportável da grande maioria das mulheres brasileiras ao impedir a interrupção da gravidez quando o feto, comprovadamente, padece de anencefalia, ou seja, não possui o cérebro desenvolvido.

A anencefalia é uma anomalia congênita do sistema nervoso central resultante da falha de fechamento do tubo neural entre o 23º e o 26º dia de gestação, incapacitando o concepto para a vida extra-uterina. Pela anomalia do cerebelo, não há controle de temperatura corpórea e da frequência respiratória, o que torna impossível a sobrevivência dessas crianças (Hunter, 1983).

Nos EUA a incidência de anencefalia é 1:1000 nascimentos. Na Irlanda e Países de Gales, 5 a 7:1000 nascimentos. Na França e no Japão, 0,1 a 0,6:1000 nascimentos. No Brasil, 1:1.600 (Gorlin et al., 2001; Ogata et al., 1992; Rotta et al., 1989).

Na maioria dos casos a anencefalia é do sexo feminino e de etiologia multifatorial decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais. Os fatores ambientais envolvidos estão relacionados à exposição materna no primeiro trimestre de gestação a produtos químicos (solventes orgânicos, etc), irradiações, ruptura da membrana amniótica (brida amniótica), hipertemia materna, diabetes materno, deficiência materna de ácido fólico, alcoolismo, tabagismo, fármacos como antidepressivos tricíclicos, antiácidos,

antidiarréicos, corticoesteróides, analgésicos, antieméticos, antibióticos, antiparasitários e antigripais (Ogata et al., 1992; Mutchinick et al., 1990; Sanford et al., 1992). A incidência de malformações do concepto em mães diabéticas é de 6 a 16 vezes maior do que na população geral.

Hoje em dia o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese ser método de diagnóstico mais citado (Cohen & Zapata, 1985).

O reconhecimento de concepto com anencefalia é imediato. O crânio está ausente ou bastante hipoplásico. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. A abóboda craniana é substituída por massa mole de coloração violácea e aspecto angiomatoso. O cérebro encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Os nervos cranianos são hipoplásicos. A hipófise está ausente ou vestigial, com neuro-hipófise hipoplásica. O hipotálamo está ausente na maioria dos casos, assim como as conexões entre adeno-hipófise e o sistema nervoso central (Ogata et al., 1992).

A confirmação diagnóstica é realizada pelo ultra-som, no qual não é visualizado o contorno ósseo da calota craniana do concepto. Esse diagnóstico pode ser realizado hoje a partir de 12 semanas de gestação (Brimdage, 2002; Ross & Elias, 1997).

No que diz respeito a prática da interrupção de gestação com fetos anencéfalos a Organização Mundial da Saúde publicou tabela que mostra os percentuais em que ocorrem em diferentes regiões e países do mundo. Nela, pode-se verificar a alta incidência do aborto induzido na prática de atendimentos desses casos.

Em países como a França, Suíça, Bélgica, Áustria, Israel e Rússia, a interrupção da gravidez ocorre quase sempre em 100% dos casos. Mesmo em países com extensa tradição católica, como Itália e Espanha, a interrupção da gravidez com fetos anencéfalos é realizada na imensa maioria dos casos: de 80% a 85%. No Reino Unido, Alemanha e Finlândia, as taxas aproximam-se a 90%.

Entendemos que, ao se diagnosticar um feto anencéfalo, deverá ser permitido ao casal decidir, de uma maneira totalmente informada e livre, sobre a interrupção ou o seguimento da gravidez. Essa opinião baseia-se nos seguintes fatos:

a) não há nenhuma possibilidade de sobrevivência prolongada para esse tipo de patologia;

b) a gravidez com anencéfalo traz à mãe maior probabilidade de doença hipertensiva específica da gravidez e polidramnio, além de causar, com grande frequência, um parto distócico pela própria condição de anencefalia;

c) com a metodologia propedêutica mais moderna, o diagnóstico da anencefalia pode ser realizado com total segurança, devendo ser obrigatória, antes da interrupção, uma segunda opinião de um obstetra experimentado.

Este projeto de lei tem o propósito de incluir, entre as causas que não incriminam a realização do aborto, no Código Penal, a situação da gravidez com feto anencéfalo.

Não queremos obrigar o casal à interromper a gravidez, mas apenas permitir que a decisão seja tomada por eles livremente, após todas as informações específicas do seu caso, com o cuidado de se exigir dois laudos independentes para que não paire nenhuma dúvida sobre o diagnóstico.

Evidente que, uma vez tornada lei essa possibilidade de interrupção, os serviços públicos deverão oferecê-la àqueles casais que a desejarem, cabendo aos médicos a possibilidade de alegarem objeção de consciência, mas cabendo ao serviço a obrigatoriedade do atendimento de acordo com desejo dos pais e o relatório feito pelos médicos especialistas. Tais detalhamentos, no entanto, podem ser feitos na regulamentação da lei, pelo órgão competente do Poder Executivo.

Sabemos que a questão envolve grande polêmica, por interferir com problemas sociais, religiosos, médicos e éticos. O aborto provocado, que não pode ser desvinculado do contexto da situação da mulher em nossa sociedade, é sem dúvida um dos mais complexos e controversos fenômenos sociais que a humanidade enfrenta.

Independentemente de qualquer conceito religioso, é indiscutível que o aborto provocado é uma agressão, é uma situação de violência que se faz sentir em diferentes níveis. Ninguém em sã consciência é a favor do aborto. Os médicos, formados em defesa da vida, e particularmente os ginecologistas, não podem senão abominar a própria idéia da interrupção da gravidez. Como então conciliar esta postura frente ao sofrimento e angústias de uma paciente gestante portadora de um feto anencéfalo cuja probabilidade de sobrevivência é nenhuma?

Afirmamos que equivale à pratica da tortura a exigência de que a mulher gestante suporte a situação de manter o feto anencéfalo até o fim do período gravídico. Além do mais, esta gestante estará submetida a um parto complicado, de alto risco, que envolve sofrimento e um esforço desgastante e infrutífero, sem contar as despesas ao casal e/ou ao sistema de saúde.

Todos esses motivos nos levam a apresentar este Projeto de Lei para o qual solicitamos a aprovação dos colegas, Deputados desta Casa, pois temos a firme convicção de que facultar ao casal a decisão de interromper a gravidez com feto anencéfalo é a melhor alternativa.

Sala das Sessões, em de de 2004.

Deputada Luciana Genro

Deputado Dr. Pinotti

Bibliografía referida

- Brimdage, S.C. Preconception. Health care. Am. Fam. Physician, 65:2507-2514, 2002.
- Cohen, T.R., Zapara, L. Diagnóstico prenatal de las malformaciones del sistema nervioso central por ultrasonido. Rev. Obstet. Ginecol. Venezuela, 45:131-141, 1985.
- Gorlin, R.J., Cohen Jr. M.M., Hennekam, R.C.M. Anencephaly. In Síndromes of the Head and Neck, 4th ed. Oxford: Oxford University Press, p. 704-707, 2001.
- Hunter, A.G.W., Brain and spinal cord. In: Stevenson, R.E., Hall, J.G., Goodman, R.M. editors. Human Malformations and Related Anomalies. New York: Oxford University Press: p. 109-137, 1983.
- Lausterslager, P.F.H., anencefalia: consideraciones bioéticas y jurídicas. Acta Biothica, 6:265-282, 2000.
- Mutchinick, O., Orozco, E., Lisker, R., Babinsky, V. Núñez, C. Factores de riesgo asociados a los defectos de cierre del tubo neural: exposición durante el primer trimestre de la gestación. Gac. Med. Mex., 126:227-234, 1990.
- Ogata, A.J.N., Camano, L., Brunoni, D. Perinatal factors associated with neural tube defects (anencephaly, spina bífida and encephalocele). Rec. Paul. Med., 110:147-151, 1992.
- Ross, H.L., Elias, L. Maternal serum screening for fetal genetic disorders. Obstet. Gynecol. Clin. North. Am., 24:33-47, 1997.
- Rotta, N.T., Vecino, M.C.A., Mello, L.L., Kersten, R.N., Silva, J.V.B., Malformações congênitas do sistema nervoso central: incidência de cinco anos no Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Ver. HCPA, 9:10-14, 1989.
- Sanford, M.K., Kissling, G.E., Houbert, P.E. Neural tube defect etiology: new evidence concerning maternal hyperthermia, health and diet. Dev. Med. Child. Neurol., 34:661-675, 1992.

PROJETO DE LEI Nº , DE 2007
(Da Sra. CIDA DIOGO)

Acrescenta inciso ao art. 128 do
Decreto - Lei 2848, de 07 de dezembro de
1940 - Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 128 do Decreto – Lei 2848, de 07 de
dezembro de 1940, Código Penal, fica acrescido do seguinte inciso III:

“Art. 128

Aborto Terapêutico

III – Houver evidência clínica embasada por técnica de
diagnóstico complementar de que o nascituro apresenta grave e incurável
anomalia, que implique na impossibilidade de vida extra uterina.”

Art. 2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Originalmente esta proposição foi iniciativa da Deputada Jandira
Feghali, tendo tramitado como PL 4403 de 2004, cuja reapresentação mantém
o texto de então.

O art. 128, do Código Penal, prevê dois casos em que o aborto não é considerado crime: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” e “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

Hoje é grande o clamor da sociedade no sentido de permitir o aborto nos casos de gravidez de feto anencéfalo. Mesmo sob a evidência científica de que o feto não terá vida extra uterina por mais de 48 horas as mulheres brasileiras são obrigadas a levar a termo a gestação de feto anencéfalo.

Na prática transforma uma fase de extrema felicidade na vida das mulheres num martírio psicológico ao se constatar que a gravidez não resultará no convívio com o filho. Sem contar que algumas mulheres desenvolvem no período da gestação algumas patologias como hipertensão arterial, anemia entre outras, que podem comprometer também seu estado físico.

Devemos dar a opção para que cada mulher possa decidir se terá ou não condições físicas e psicológicas para levar a termo a gravidez. Tal opção poderá significar, para muitas, condições psicológicas mais adequadas a uma nova tentativa. Lembro, ainda, que a alteração proposta não obriga nenhuma mulher a se submeter ao aborto terapêutico no caso em questão, apenas lhes dá esta opção. Acredito que negar-lhes esta opção é um retrocesso e aprofunda o abismo criado entre direitos de homens e mulheres. É papel do Congresso Nacional debater o assunto e aprovar uma legislação avançada, que responda aos verdadeiros anseios da sociedade brasileira.

Sala das Sessões, em de de 2007.

Deputada Cida Diogo
PT / RJ

PROJETO DE LEI Nº , DE 2005
(DO SR. TAKAYAMA)

Dispõe sobre os crimes de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável.

Art. 2º Provocar a gestante antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável em si mesma, ou consentir que outrem lha provoque:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposo e a gestante não observou o regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 3º Provocar antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável sem o consentimento da gestante:
Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

§1º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§2º No crime culposo, aumenta-se a pena de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à gestante, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

Art. 4º Provocar antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do art. 3º, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 5º As penas cominadas nos arts. 3º e 4º são aumentadas de um terço, se, em consequência da antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável ou dos meios empregados para provocá-la, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, sem prejuízo das penas correspondentes à violência; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte, sem prejuízo das penas correspondentes à violência.

Parágrafo único. Se a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável é praticada com intuito de lucro, aplica-se também multa.

Art. 6º O juiz pode reduzir as penas de um sexto a um terço se a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável é praticada por médico e a partir de laudo médico atestando a anencefalia ou a inviabilidade que atingiu o feto:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de qualquer dos crimes contra os costumes definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial do Código Penal e a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável é precedida de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Art. 7º Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, anencefálico ou inviável, durante o parto ou logo após:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Art. 8º Caberá prisão temporária, além dos casos previstos na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado no crime definido no art. 3º desta Lei.

Art. 9º Compete ao Tribunal do Júri, além das hipóteses previstas no art. 74, §1º do Código de Processo Penal, o julgamento dos crimes previstos nos arts. 2º, 3º, 4º e seu parágrafo único, 5º e seu parágrafo único, 6º e 7º desta Lei, consumados ou tentados.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

Existe grave lacuna em nosso Direito, considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto; são distintas as figuras da antecipação terapêutica de parto e do aborto, máxime quanto ao *elemento subjetivo*.

Quanto à própria fisiologia, a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou às mortes intra-uterinas, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto, o que é uma situação em tudo diversa daquela em que se “*provoca aborto*” com o fito de impedir o nascimento de um feto saudável.

A permanência de feto anômalo no útero da mãe, entretanto, não pode deixar de receber a devida tutela por parte do Legislador; a alegada dor, angústia, e frustração que pode invocar a gestante para “justificar” a expulsão do conceito não pode ser levada em conta quando se cuida de defender a integridade de uma **vida humana**, ainda que se trate de uma forma de vida precária – o papel sobretudo moralizante do Legislador deve ser o de tipificar a interrupção terapêutica da gravidez como delito autônomo do aborto previsto no Código Penal.

A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, vedando-se a interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal.

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, embora embrionária, usando-a como objeto, ou descartando-a como um *estorvo*. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal; não é desejo, portanto, de nosso Bendito Criador que a porção feminina de sua obra aborte ou antecipe o parto mediante alguma intervenção cirúrgica.

Nesse diapasão, procura o presente projeto abranger dentro da esfera da reprovação penal os delitos de antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos ou inviáveis. O projeto não se distancia dos parâmetros já definidos no Código Penal para o *aborto*, nos seus arts. 124 a

128, cuja estrutura é aproveitada na presente iniciativa, com apenas algumas adaptações pertinentes à matéria.

Dessarte cuida o art. 2º de tipificar a conduta de “*provocar a gestante antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável em si mesma, ou consentir que outrem lha provoque*”, o que reflete o espírito da redação do art. 124 do Código Penal. As diferenças se encontram na pena, que aqui é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, a mesma, portanto, cominada para a conduta do art. 4º, e na existência de um parágrafo único, que prevê a modalidade culposa, cominada com detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. A modalidade culposa exige que a gestante tenha deixado de observar o regime médico higiênico exigido pelo seu estado; esta disposição visa acima de tudo, evitar o excessivo rigor de penalizar a gestante pela perda não intencional do feto anencefálico ou inviável quando a mesma não teve nenhuma conduta irresponsável.

O art. 3º reproduz a dicção do art. 125 do Código Penal, punido o “*provocar antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável sem o consentimento da gestante*” – nota-se a necessidade urgente de punir quem pratica a interrupção terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável contra a vontade da gestante: se já não é possível enquadrar como “aborto” a conduta da mulher que interrompe a gestação, muito menos o seria usar da analogia para punir quem praticasse essa interrupção contra a vontade expressa ou tácita da gestante; ao permitir-se a uma gestante o “direito” de atentar contra a vida do feto anencefálico ou inviável nega-se a todas as demais o direito legítimo de prosseguir na gestação até o seu final, pois o falso entendimento de que o feto anencefálico ou inviável não é uma *pessoa* impediria a penalização de quem constrangesse a gestante a eliminá-lo.

O art. 3º ainda prevê, em seus §§1º e 2º, respectivamente, a modalidade culposa, que, por razões óbvias, não exige para configurar-se que a gestante tenha descuidado do regime médico-higiênico referido no parágrafo único do art. 2º, e o aumento de pena no caso do crime culposo nas hipóteses que especifica.

Já o art. 4º e seu parágrafo único cuidam de reprimir, nos moldes do art. 126 e seu parágrafo único do Código Penal, aquele que “*provocar antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável com o consentimento da gestante*”, cominando a mesma pena do art. 2º; é preciso fixar o entendimento que a gestante que consente na interrupção terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável e o agente que pratica a

interrupção são *co-réus*, devendo ser punidos com igual pena, ressalvados os casos particulares em que o juiz deva, em concreto, individualizar a resposta penal, como em face da reincidência, por exemplo.

O art. 5º repete o art. 127 do Código Penal, aumentando de um terço a pena dos crimes tipificados nos arts. 3º e 4º quando em consequência da antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável resulta lesão corporal de natureza grave, ou duplicando-as, se resulta a morte, em ambos os casos, sem prejuízo das penas correspondentes à violência. Existe o acréscimo do parágrafo único, que prevê a cumulação de multa, se os crimes definidos nos arts. 3º e 4º são cometidos com o intuito de lucro; é medida que vai diretamente aos anseios da sociedade de ver severamente punidos aqueles médicos aborteiros e “curiosas” que enriquecem cobrando pelos seus macabros serviços.

Prevê o art. 6º a hipótese de diminuição de um sexto a um terço da pena dos crimes previstos nos arts. 2º a 5º – e não de *isenção de pena*, erro em que infelizmente labora o art. 128 do Código Penal – quando a interrupção terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável é praticada por **médico**, e a anencefalia ou a inviabilidade é previamente atestada em laudo médico nos casos que abaixo especifica nos incisos I e II; se o crime é cometido sem laudo anterior, não incide a atenuante, ainda que cometido o delito por médico e presentes as circunstâncias dos incisos I e II, aplicando-se então a pena total.

O inciso II do art. 6º guarda uma diferença com o inciso II do art. 128 do Código Penal: enquanto este somente cuida do aborto cometido em face de gravidez resultante de **estupro**, o inciso II do art. 6º contempla a interrupção terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável quando a gestação resulta de **qualquer** dos crimes definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Geral do Código Penal – isto se justifica porque a literatura médica já verificou a ocorrência de gravidezes resultantes de *atentado violento ao pudor*, por exemplo, sem falar que também é possível que a mulher engravide em consequência da prática de *posse mediante fraude* (art. 215 CP), *sedução de menor* (art. 217 CP) ou *rapto* (arts. 219 a 222 CP) dentre outros, o que a lei penal não pode ignorar, visto que ali se trata de gravidezes igualmente resultantes de **crimes**, por isso que é de boa política criminal reconhecer a atenuante também nesses casos, por estarem presentes os elementos de ofensas a relevantes valores sociais e morais, que sempre devem ser considerados na diminuição das penas.

O art. 7º, a exemplo do delito de *infanticídio* previsto no art. 123 do Código Penal, prevê pena de reclusão (e não *detenção*) de 2 (dois) a 6 (seis) anos para a gestante que “*matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, anencefálico ou inviável, durante o parto ou logo após*”; a razão de ser deste dispositivo incide no fato de que se a antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos ou inviáveis não constitui *aborto*, também não configura o crime de *infanticídio* a conduta de esperar o nascimento do feto para matá-lo durante o parto ou logo após, daí a necessidade de incriminar-se esta prática sob a rubrica de norma especial.

O art. 8º inclui o delito do art. 3º no rol dos crimes suscetíveis de prisão temporária; com isto pretende o projeto assegurar a integridade da ordem pública, a esmerada aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal, retirando de circulação o agente criminoso envolvido em delito intrinsecamente grave.

Finalmente, o art. 9º incumbe ao Tribunal do Júri a competência para conhecer dos crimes previstos nos arts. 2º, 3º, 4º e seu parágrafo único, 5º e seu parágrafo único, 6º e 7º, consumados ou tentados, além daqueles já descritos no art. 74, §1º do Código de Processo Penal; sem assegurar taxativamente a competência processual mais severa, não seria possível impor ao agente causador do delito os rigores do julgamento perante o júri, apesar da semelhança de tipo entre os crimes de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável e os de aborto que constam do Código Penal; tal medida de nenhum modo contradiz o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d* da Constituição Federal, ao contrário, dá-lhe inteiro cumprimento, uma vez que os delitos definidos pelo presente projeto são, embora previstos em lei especial, *crimes contra a vida* na sua mais pura acepção e como tal devem ser perseguidos e punidos.

Contamos com a aprovação de nossos ilustres pares à iniciativa expressa com este projeto.

Sala das Sessões, em de maio de 2005.

Deputado **HIDEKAZU TAKAYAMA**



PMDB/PR



Fonte:

http://www.feminismo.org.br/livre/index.php?option=com_content&view=article&id=2443:senado-federal-faz-enguti-com-suasseus-internautas-sobre-aborto-de-anencefalo&catid=78:business-tech&Itemid=421. Acesso em: 27/10/2010



Fonte: [http:// biomepedia.wikispaces.com/anencefalia](http://biomepedia.wikispaces.com/anencefalia). Acesso em: 27/10/2010



Fonte: <http://blogdocoutinho.wordpress.com/2010/09/14/interrupção-de-gravidez-de-feto-anencefalo-e-autorizada/>. Acesso em: 27/10/2010