

---

## ABORTO DE FETO ANENCEFALO

*DEL COL, Karina Evelyn<sup>1</sup>*

*Juliana Caramigo Gennarini<sup>2</sup>*

**RESUMO:** Uma das questões mais intrigantes que o operador de direito tem enfrentado é a questão da possibilidade de aborto terapêutico para aquele feto portador de anomalia que condiz inviável a vida extrauterina. A questão é de fato tormentosa e discutível, e em casos como feto portador de anencefalia, a efetivação do direito a saúde e bem-estar da gestante parece insuscetível de compatibilização ao direito a vida do feto, levando uma profunda apreciação do Poder Judiciário para que assim possa evitar violar direitos constitucionais fundamentais do ser humano. Atualmente, este tema tem gerado grande polêmica, envolvendo questões sociais, morais e religiosos. O aborto de feto anencéfalo é discutido sobre vários aspectos e fundamentos, este trabalho buscar abordar várias destas questões, principalmente os aspectos jurídicos. Desta forma, o escopo deste estudo é definir o início da vida, e, a partir disto, comparar os direitos fundamentais descrito em nossa Constituição Federal, observando não somente a questão do feto portado de anencefalia, mas a saúde e direitos da gestante. Contudo uma breve análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, busca trazer opiniões e fundamentos obtidos pelos ministros, que determinará a forma como os juízes e tribunais devem decidir em relação ao aborto terapêutico.

**Palavras-chave:** Aborto; Anencefalia; Direito à vida; ADPF nº 54; Código Penal.

## INTRODUÇÃO

O primeiro direito que se tem conhecimento, é o direito a vida, condicionador a todos os demais. O direito a vida é constituído como “fonte primária dos outros bens jurídicos” (COUTINHO, 2010). Esse direito analisado, segundo Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, Centro Universitário UNIANCHIETA

<sup>2</sup> Advogada; Mestre em Direito Político e Econômico e especializada em Direito e Processo Penal pela Universidade Mackenzie; Professora de Direito e Processo Penal do Centro Universitário Padre Anchieta.

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviabilidade do direito à vida, à liberdade, etc.

O direito a vida é irrevogável por cláusula pétrea, tutelado sem período fixo, aprimorando-se conforme a evolução social e sua realidade. Neste sentido, a lei precisa-se adequar a mudanças sociais, visando à importância da dignidade da pessoa humana.

Tem-se determinado que o direito a vida e a personalidade civil começam com o nascimento e termina com a morte, desde que, o nascimento com vida se caracteriza com o ato de respirar.

Segundo o entendimento embriológico, a vida tem início com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, fusão dos gametas, resultando a formação de zigotos (ovo).

Após a fusão dos gametas, dá-se origem a um embrião determinado como zigoto, que contém todas as informações genéticas do indivíduo. Tais informações determinam as características físicas e biológicas e neste mesmo momento se identifica a anencefalia.

A anencefalia é uma má formação congênita, apresentada em bebês, podendo ser detectada através de ultrassonografia durante o início da gestação, é caracterizado como a ausência de cérebro total ou parcial. Apesar da carência de estruturas cerebrais, o anencéfalo em razão do tronco cerebral, preserva funções vegetativas, como chorar, respirar etc.

A grande discussão acerca da anencefalia aborda valores culturais e religiosos, caracterizando o ato do aborto como crime. A grande problematização da interrupção da gestação do feto anencéfalo é a influência que a igreja católica exerce sobre o tema. Sobretudo, os preceitos religiosos não são os únicos fatores determinantes, mas sim, a saúde tanto do feto como da gestante e a importância de saber separar a fé da razão.

O direito penal visa exclusivamente à proteção ao bem jurídico, neste caso a vida intrauterina, mas não somente a vida, mas, o bem jurídico mais importante, a vida da gestante, priorizando sua saúde mental e física.

## **1. CONCEITO SOBRE VIDA**

Partindo do princípio e da amplitude do conhecimento sobre o início da vida, onde existem vários conceitos e interpretações, o conceito de vida e seu momento exato quando se existe, é um dos critérios mais discutidos e difíceis de determinar, não somente no campo do

Direito, mas biológico, social, ético etc. Logo da necessidade de se conceituar o início da vida, e delimitar seu começo e fim, para que no campo jurídico houvesse a correta normatização dos crimes que contra ela atentam, procura-se basear-se nas ciências médicas as respostas para a temática.

Várias teorias são descritas a fim de determinar o conceito sobre vida e seu início, entre elas duas teorias se destacam, estas a teoria Concepcionalista e a teoria Naturalista.

A teoria Naturalista, afirma que a personalidade da pessoa tem início a partir do nascimento com vida. A teoria mais abordada e defendida é a Concepcionalista, defende que a vida tem início na fecundação, no encontro do óvulo com o espermatozoide, esta teoria é muito defendida pela igreja católica. A mesma teoria é defendida pelo ponto de vista medico e entendimento embriológico, que a vida tem início no momento da fecundação.

[...] e a fecundação que marca o início da Vida. Quando os 23 cromossomos masculinos dos espermatozoides se encontram com os 23 óvulos da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-los põe fim a vida (CHAVES, p. 16, 2000).

Desta forma está claro que a vida humana no sentido biológico começa a partir da fecundação, segundo Maria Helena Diniz:

“[...] a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da fecundação da pessoa, e juridicamente, desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide [...]”

O mesmo raciocínio é mantido por Mirabete (2012, p. 58):

“[...] a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do ovulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo [...] executando funções típicas de vida [...]”

Outra teoria define que o início da vida humana só começa a partir da nidação, ao ocorrer à fixação do embrião a parede uterina. Nesta nidação, em geral acontece de 5 a 15 dias após a fecundação. Essa teoria é bastante difundida e defendida, por pesquisadores de células-tronco (SILVA, 2010).

Existe ainda, uma terceira teoria, que afirma que a partir do momento em que se pode detectar atividade cerebral, com o surgimento de tecidos nervosos é quando há vida protegida constitucionalmente. Este conceito é o pensamento de um grupo de expressivos cientistas, principalmente neurologistas, que defendem que a vida começa junto com as primeiras formações cerebrais e terminações nervosas (ANDRADE, 2012).

Como se observa, não há um consenso comum sobre o início da vida, pois cada fundamentação é um entendimento próprio a respeito do tema, às vezes envolvendo temas religiosos, valores culturais etc.

Ademais, abordar o presente tema, significa que a reflexão deve passar pelo campo jurídico, ir além das referências jurídicas, dos valores culturais, pessoais e morais, pois, de qualquer forma devemos estabelecer arcos primordiais deste assunto, importante ter como fundamento os princípios estabelecidos em nossa Constituição Federal.

De fato, a vida humana começa no momento da fecundação, mas como juristas passaremos a classificar o início da vida a partir da nidação, no momento em que a vida humana se finda, assim considerando que termina no momento que não há mais impulsos cerebrais, nada mais lógico, considerar que a vida se inicia no momento em que as primeiras terminações nervosas do embrião são formadas, que ocorre por volta da segunda semana de gestação próximo ao momento da nidação (ANDRADE, 2012).

Estabelecido o momento do início da vida, temos que abordar o momento morte, sendo apresentado pela atividade cerebral inexistente. Morte juridicamente é a ausência de vida, sendo representado pela atividade cerebral e funções do cerebelo, sua inercia ou ausência identifica que não existe a vida em questão, sem atividade cerebral e sem vida não há do que se falar em personalidade ou expressão de identidade da pessoa. O diagnóstico de Anencefalia é, portanto, a morte constatada imediata ou iminente, tanto que é considerada em tratados médicos como uma deformação incompatível com a vida.

## 2. EVOLUÇÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, é importante mencionar um dos direitos fundamentais e mais importante, o direito a vida, resguardado no título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O denominado direito a vida é fonte primária de todos os outros bens jurídicos. É inviolável, não podendo ninguém ser privado arbitrariamente de sua vida sob pena de responsabilização criminal. Somente a partir da existência da vida é que o indivíduo passa a ser titular de todos os outros direitos, pois, seria em vão a proteção dos direitos fundamentais se não houvesse a vida humana (SILVA, 2010).

[...] os direitos humanos, como conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida (MORAIS, 2002, p.64).

O direito a vida é muito discutido, e o Brasil é signatários de alguns instrumentos normativos internacionais que dispõe sobre esta questão tão discutida. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos dos Homens são alguns tratados em que nosso país participa e discutem sobre o direito do nascituro oferecendo uma margem interpretativa acerca da polêmica questão e sobre os direitos dos embriões (PESSOA, 2014).

“a personalidade civil do homem começaria a partir da concepção sob o argumento de que, se o nascituro tem direitos, deve ser considerada pessoa, para ser sujeito de direitos e detentor de personalidade jurídica. Se assim não fosse, não haveria como fundamentar que o nascituro tenha direitos, sem ser considerado pessoa e mais, se há em nossa legislação a punição pelo aborto como crime contra a pessoa, não resta dúvida de que o nascituro, no Direito Brasileiro, é considerado como tal e tem personalidade civil (CHAVES, p. 18, 2000).

A constituição tutela o direito a vida sem estabelecer seu início e final, mas fixado pela legislação infraconstitucional, o direito á vida é defendido pelo poder judiciário desde sua fecundação.

Desta forma o legislador penal não poderia desqualificar o produto da concepção, antes mesmo do seu nascimento com vida a atribuir a condição de não pessoa. Pois a personalidade começa a partir do nascimento, mas, o direito a vida se estabelece a partir da concepção do indivíduo, parecendo óbvio este direito, um dos mais importantes, o direito a vida.

É necessário destacar aqui, que o conceito de direito à vida esta associada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a tutela aqui almejada não é apenas a proteção biológica, que se destaca pelo nascimento com respiração, mas sim uma real perspectiva de proteção ao indivíduo, ao referido bem jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana se propõe a importar-se com a vida digna, onde o ser humano não é tratado como coisa ou meio, nada mais é do que a qualidade intrínseca, sendo inalienável e irrenunciável, é elemento que qualifica o ser humano. Há de se dizer que seu conceito é amplo de entendimento, podemos observar vários entendimentos sobre a questão, devendo sempre ser analisado conforme o caso real.

A dignidade da pessoa humana esta compreendida como qualidade integrante do próprio ser humano, não podendo ser criada, concedida, retirada, não pode ser tratada como objeto, pois cada ser humano tem seu valor absoluto. A dignidade é inerente a natureza do homem, dependendo de acordo com sua cultura, sociedade, com cada valor individual.

Sendo assim, este é um princípio difícil de conceituar, é um valor abstrato, devendo ser analisado para cada caso real, obstante que a ciência é um poderoso auxiliar para o direito e para a vida do homem, a dignidade humana tem valor ético ao qual a pratica bioética esta obrigada a respeitar, sendo a vida não somente uma questão de sobrevivência, mas de vida com dignidade (DINIZ, 2006).

É no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se assim a dignidade como verdadeiro superprincípio (PIOVESAN, 2008).

A temática do aborto no campo ético e bastante polêmica, envolvendo opiniões diversas e aspectos de múltipla natureza, dilemas morais, culturais e sociais, questões que são

necessária cautela e discernimento, para que se encontre solução legal, legítima justa e compatível com a dignidade da pessoa humana.

### 3. ANENCEFALIA

O debate a cerca da anencefalia, veio com os avanços tecnológicos da medicina em detectar a doença ainda no início do desenvolvimento embrionário, não, mas somente ao nascimento, este avanço gerou muita polêmica e dúvida entre os doutrinadores, questionando a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como aborto, e outros tratando o mesmo como fato atípico.

Etimologicamente, a anencefalia significa sem encéfalo, sendo o encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso contido na caixa craniana, que se desenvolve no início da vida intrauterina. A anencefalia é definida na literatura médica como má formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação deixando o cérebro exposto, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro” a anomalia importa na existência de todas as funções superiores do sistema nervoso central- responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade (CAMARGO, 2007).

A anencefalia é um distúrbio de fechamento do tubo neural diagnosticável nas primeiras semanas de gestação. Por diversas razões, o tubo neural do feto não se fecha, deixando o cérebro exposto. O líquido amniótico gradativamente dissolve a massa encefálica, impedindo o desenvolvimento dos hemisférios cerebrais. Não há tratamento, cura ou qualquer possibilidade de sobrevivência de um feto com anencefalia. Em mais da metade dos casos, os fetos não resistem à gestação, e os poucos que alcançam o momento do parto sobrevivem minutos ou horas fora do útero (DINIZ, p. 647, 2008).

A ocorrência da anencefalia se dá na má formação do tubo neural no final da 3ª semana do desenvolvimento embrionário, é diagnosticada através do exame pré-natal, utilizado a partir do segundo trimestre de gestação, que permite um estudo morfológico mais

descritivo do feto. A má formação ocorre em uma a cada mil gestação e é letal em 100% dos casos (KAMUR, 2005).

A morte cerebral, portanto, passou a ser considerada o fim da vida, mesmo que outros órgãos vitais ainda estejam em funcionamento. A proteção à vida é dada tanto intrauterina como extrauterina, não havendo discriminação sobre os estágios de evolução do embrião ou feto, segundo artigo 5º, caput da Constituição Federal.

Sobre o mesmo tema a Convenção Americana de Direitos Humanos, já diz em seu art. 4º:

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

Portanto, independente das diferentes classificações sobre o início da vida, seu ciclo é protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Imperdoável é dizer que o feto não tem vida durante a gestação, é verdade dizer que se encontra interligado pela mãe, e o conceito de vida autônoma só se dará a partir do rompimento do cordão umbilical e início da respiração.

Há grande discussão a questão da anencefalia, se torna apenas um detalhe entre tantos outros argumentos mencionados neste artigo, o bem jurídico vida, é tutelado pela nossa Constituição Federal, mas também, envolvem grandes discussões e opiniões de diferentes culturas, principalmente a questão religiosa. Uma das mais seguidas religiões do mundo, o cristianismo, condena o aborto e qualquer estágio ou maneira circunstancial, acredita-se que Deus é o autor da vida, portanto todo ser humano tem o direito à vida desde sua concepção, pois o aborto é a morte do ser e ninguém a não ser o criador tem o direito de decidir quem vive e quem morre (OLIVEIRA, 2013).

Assim é considerado para muitas religiões, como Espiritas, Judeus, Islâmicos, entre outros que consideram a prática do aborto crime, nosso ordenamento ainda é conservador, possivelmente devido a grandes influências religiosas que sofremos, mesmo sendo um Estado laico, ainda observamos tal influências.

Mas observando a esfera penal, o ato pra ser considerado crime deve ser típico, antijurídico e que esteja descrito perfeitamente na área penal, devendo se observar o que se compõe o tipo penal (MIRABETE, 2010). Os elementos do fato típico são conduta, o



resultado, a relação de causalidade e a tipicidade, e caso não contenha nenhum desses elementos, não há do que se falar em crime, pois não é fato típico (MIRABETE, 2010).

Estando morto, excluída seria a adequação típica, e a atipicidade, pois, conforme analisemos perante o art. 17 do Código Penal Brasileiro, não há crime quando o material é improprio.

Desta forma, a interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia incompatível com a vida é constitucional e lícita, porem há quem entenda que além do material impróprio a interrupção da gravidez possa ser acobertada pelo estado de necessidade, uma excludente de antijuricidade prevista no art. 24 da parte Geral do Código Penal.

Art. 24 – considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

No caso da gestação do feto anencéfalo, poderá ocorrer complicações ou não em seu desenvolvimento materno, mas sempre haverá o risco de sua ocorrência, segundo Debora Diniz, aproximadamente 65% dos fetos anencéfalo morrem intra-útero e poucos sobrevivem após seu nascimento, tendo casos que morem logo após o parto.

Desta maneira, considerando os riscos e complicações da gestação e que não há qualquer possibilidade de gestação normal e sobrevida após o parto, a continuidade desta gestação torna-se um risco desnecessário, devendo não garantir somente a saúde da mãe, mas sua integridade física.

Devemos não apenas pensar no feto, mas também na gestante, os aspectos psicológicos que englobam o saber sobre a anencefalia, além de sua saúde. Muitos casos verifica-se que a ocorrência da anencefalia prejudica a saúde da gestante, no caso em que dê seguimento a gestação. Sub argumentação médica e no ponto de vista físico, a ocorrência da anencefalia pode aumentar significativamente o risco da gravidez e o parto para a gestante, existem várias complicações decorrentes a gestação e a saúde da mulher, um desses casos podemos mencionar o decúbito dorsal, a embolia de líquido amniótico, além de 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, não obstante no podemos não cogitar somente a vida do feto, a vida da gestante primeiramente é a mais importante (FRANCO, 2005).

Em nosso ordenamento jurídico ao punir o aborto, o legislador teve como bem jurídico-penal primordial a pessoa da mulher grávida, contudo o Código Penal puni a exposição da vida ou da saúde da mulher a risco, tendo incidentalmente a finalidade de proteger a vida do feto (DINIZ; RIBEIRO, 2004).

A saúde é um direito fundamental e tutelado pela nossa Constituição Federal, que não se limita apenas a saúde física, mas também a saúde psíquica da mulher, pois a gravidez não modifica apenas o corpo da mulher, mas seu psicológico também.

Analisando conjuntamente os artigos 125, 126 e 127, do nosso ordenamento jurídico Penal, concluímos que o aborto também é um crime contra a pessoa da mulher e conseqüentemente, contra a perspectiva de o feto se torne a condição de pessoa, por um lado ainda não podemos afirmar que o feto é pessoa que tenha o bem jurídico protegido contra o crime de aborto, porém esta conclusão reforma-se quando analisamos o artigo 128, quando o Código Penal isentou a pena aos casos de aborto, encontrando justificativas para a não punibilidade e manteve a proteção legal à vida e saúde da mulher.

[...] o código penal preserva a saúde mental da mulher, a incolumidade psíquica, que, tendo sido vítima da violência sexual, estaria sujeita a todas as possibilidades de distúrbios mentais, variando da neurastenia à depressão a ao estado puerperal [...] (DINIZ; RIBEIRO, p. 111, 2004).

O diagnóstico de anencefalia já demonstra a ser suficiente a criar transtornos psicológicos e de grave perturbação emocional na gestante, não somente a mulher, mas também a toda a família que a cerca e acompanha sua gravidez.

Porém, as novas técnicas médicas que proporcionam o descumprimento da anencefalia já nos primeiros meses de gestação, propõe para a mãe a possibilidade de escolher entre a opção de interromper sua gestação ou mantê-la até o nascimento de feto inviável. A escolha sobre manter a gestação até seu final pode gerar a opção de doação de órgãos a nascituros os crianças com deficiência, esta seria uma opção e escolha dos pais a fim de amenizar o sentimento de dor pela perda de um filho.

É importante ressaltar que a escolha da gestante em por fim a sua gravidez ou leva-la até o fim, não pode ser interposta por ninguém, muito menos pelo Estado, isto significa que cada mulher tem o direito a escolha, ao exercício do direito de liberdade e autonomia de vontade em querer interromper a gestação ou leva-la até a termo (FRANCO, 2005).

#### 4. ABORTO

O aborto pode ser considerado uns dos temas mais complexos e polêmicos discutidos hoje em dia, diversos enfoques de ideologias, conflitos entre pensamentos políticos e religiosos, fazem deste um dos temas mais difíceis a ser discutido em termos acadêmicos, sendo a paixão de ambos os polos uns dos maiores entraves em relação ao discurso científico.

Etimologicamente o termo aborto se origina do latim “abortus”, (morrer, perecer), ab significa privação, enquanto ortus se refere ao nascimento. Este termo vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes do seu termino normal, seja esta espontânea ou provocada (DINIZ, 2006).

O aborto nada mais é do que a destruição da vida, mesmo antes de seu início, que pode ocorrer em qualquer momento da gestação.

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses), ou o feto (após três meses), não implicando necessariamente na sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou ate mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixara de haver, de caso, o aborto (MIRABETE, 2010).

No Brasil, o aborto representa crime contra a vida, esta vida humana em formação, pois a vida se inicia no ventre na mulher, no ato da fecundação, violando o princípio fundamental do direito a vida, cláusula pétrea em nossa Constituição Federal, no entanto nem todo ato sobre aborto é ilícito, tipificando a ilicitude do ato.

Há várias modalidades de aborto descritas em nosso ordenamento jurídico e nem todas são classificadas como crimes.

Segundo José Henrique Peirangeli:

O aborto pode ser espontâneo ou natural, acidental ou provocado. Aborto espontâneo ou natural é aquele que ocorre tendo em vista as condições fisiológicas, particulares da gestante. Acidental, quando o aborto decorre de um acontecimento a que não falta um componente de azar, como atropelamento, queda etc. Provocado ou Delituoso, é a interrupção involuntária e maliciosa do processo conceptivo, por ato da mãe ou terceiro.

No prisma da lei, o aborto é classificado como legal, aquele em que a lei autoriza e criminoso, aquele que consiste na vedação da lei.

O aborto criminoso é uma ação livre, sua provocação pode ser de diversas formas, estas sejam por ação ou por omissão. É importante ressaltar que o aborto está ligada a causa e efeito, ou seja, que a morte do feto ocorra através de meios utilizados para praticar tal ato.

As normas penais que o criminalizam estão contidas nos artigos 124, 125, 126, 127 e 128 do Código Penal Brasileiro.

O aborto é criminoso apenas quando é provocado, por terceiro ou autoaborto, quando há a finalidade de interromper a gravidez e eliminar o produto da concepção. É importante salientar que o aborto espontâneo não é crime, pois não houve a intenção da interrupção da gestação, não há dolo sobre o ato inexistente a conduta (DINIZ, 2006).

Para uma análise determinante sobre o aborto e para que se configure ou não o crime, é preciso que haja vários fatores, entre eles o fator da gravidez. Para que se configure o crime de aborto é necessário que haja a gravidez, e sua existência deve ser devidamente comprovada pelos meios legais admissíveis, descartando o ato de crime se houver meros indícios, outro fator importante que não deve ser esquecido é o dolo, que consiste na intenção de praticar o ato, provocar a morte do produto da concepção, este o dolo direto, e assumir o risco do resultado previsto, este o dolo eventual e conseqüentemente a morte do concepto (DINIZ, 2006).

Além desses fatos mencionados, é necessário o emprego de técnicas abortivas, várias são suas modalidades, desde diretas, que se opera diretamente no útero materno, indiretas quando se opera agentes químicos entre outras modalidades.

As modalidades criminosas podem ser verificadas desde o artigo 124 aos 127 do Código Penal, e são penalizadas de acordo com cada conduta descrita no artigo correspondente.

Podemos verificar a prática do aborto provocada pela própria gestante, descrita como autoaborto ou com seu consentimento, prevista no artigo 124 do Código Penal, este é um crime especial, pois é dito como mão própria, sua conduta só pode ser realizada pela gestante, com a intenção da morte do concepto.

Porém, a prática do aborto não necessariamente é realizada somente pela gestante, podemos verificar que terceiros podem realizar tal procedimento, e conforme estabelecido no

artigo 125 do Código Penal, o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante é umas das formas mais grave, pois neste caso a gestante se torna vítima do fato criminoso, e tal ato pode assumir duas formas, estas sem o consentimento real, ou ausência de consentimento presumido.

Já a prática de aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante, este descrito no artigo 126 do Código Penal, presumisse que ambos praticam crimes autônomos, o terceiro, aquele que pratica as manobras abortivas ou causa efetivamente o aborto, podendo causar incolumidade físico-mental da gestante e até mesmo sua vida em risco, será punido com pena mais severa (MIRABETTE, 2012). Teoricamente, ambos os agentes que cometem o crime, deveriam responder por ele, mas o código deixa bem claro que suas penas são diferentes, criando um delito autônomo com pena diferenciada e mais grave para terceiro que pratica o ato de aborto. Portanto aquela gestante que consentindo com a prática do aborto, incide no art. 124 do Código Penal, enquanto o terceiro que o pratica incide no art. 126 do mesmo Código. Ressalta saber, que o partícipe, aquele que instiga o ato, incide na pena prevista no artigo 124 do Código Penal Brasileiro, mas, aquele que pratica se figura no próprio art. 126, mencionado acima, com pena mais severa.

A prática qualificada é provocada pelo resultado criminoso, e apresentam duas causas de aumento de pena, estas quando houver lesão corporal de natureza grave ou morte. Este resultado obtido não deve ser desejado pelo agente para a qualificação do crime, nem mesmo eventualmente, pois caso ocorra, responderá por crime de homicídio e de lesão corporal, em concurso com o aborto. Portanto este crime é preterdoloso, quando o agente não quer o resultado obtido.

Mas, nem todo o aborto no Brasil é considerado ato ilícito contra a vida, segundo artigo 128 do Código Penal, existem duas modalidades que afastam a penalidade e podem ser praticados diante do estado de necessidade.

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; Há duas espécies de aborto legal. Ambas são causas especiais de exclusão da ilicitude: I) – Aborto necessário possui dois requisitos: a) deve ser praticado por médico; b) não haver outro meio para salvar a vida da gestante.

Com a alteração do art. 128, passa-se a prever que a prática do aborto, são causas de excludente de criminalidade e indica ausência de culpabilidade e punibilidade, a conduta é perdoável e autorizada a prática se houver risco a vida e saúde da gestante, ou quando a gestação for resultante de estupro ou violação da dignidade pessoal (MIRABETE, 2012).

O aborto necessário, terapêutico ou profilático, estaria justificado para salvar a vida da gestante, caracterizando como estado de necessidade é a prática lícita e irrenunciável frente à vida da gestante e do feto. É correto afirmar que no confronto entre a vida do feto e da gestante, ambos juridicamente protegidos por lei, devem permanecer um em detrimento do outro, escolhendo a lei penal sobre a vida da gestante em face a do feto. O estado de necessidade se aplica tanto aos médicos como a terceiros que estiverem na eminência de perigo à vida da gestante, o aborto pode ser praticado com ou sem o consentimento da mesma, este caso pode ser verificado conforme o inciso II do artigo 128 do Código Penal (MIRABETE, 2012).

Ainda no mesmo inciso, o aborto sentimental ou emocional é a autorização do aborto quando a gravidez é resultado de estupro, neste contexto, entende-se que não há estado de necessidade ou causa de não exigibilidade da conduta, pois, a mulher não é obrigada a gerar em seu ventre indesejado de coito violento. Único requisito importante que difere do aborto necessário é que a gestante tem que estar ciente do procedimento, e estar de acordo com tal ato.

Caso o médico for induzido a erro por parte da gestante ou por terceiro sobre a ocorrência do estupro, este não será penalizado.

O aborto eugênico ou eugenésico é aquele executado ante a suspeita de anomalias ou má formação congênita, entendido como sem excludente de criminalidade condena o nascimento do feto com anomalias que podem ser hereditárias por herança dos pais, ou por doenças e deformidades. Muito discutidas, e com varias opiniões opostas sobre este método, este aborto é o mais comentado pela jurisprudência.

Esta é a grande questão sobre o aborto de feto anencéfalo, pois muitos doutrinadores defendem a posição da gestante em relação ao aborto eugênico, ao escolherem a vida da gestante como principal fundamento, defendendo a sua liberdade de escolha, da legalidade, da saúde psicológica e da dignidade da pessoa humana.

## **5. ARGUIÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54 (ADPF N º 54)**

Dentro desta proposta de analisar vários aspectos da legalização do aborto, grandes juristas discutem que seria necessária a reforma na legislação penal de 1940, buscando uma visão mais moderna e desapegada de prismas éticos e valores morais, e a não abordagem do que seria a anencefalia.

É evidente que o código de 1940, nesta época, era inexistente qualquer checagem da saúde fetal, ou qualquer conhecimento que detectaria a ocorrência da anomalia fetal, os conhecimentos médicos eram precários comparados ao avanço tecnológico que a medicina contemporânea incorporou aos diagnósticos e tratamentos referentes à medicina fetal (TESSARO, 2005).

Atualmente o processo jurídico, sobre a revisão do aspecto de aborto de feto anencéfalo, vem sendo muito discutido, não somente no âmbito jurídico, mas também ético e moral, pois é um tema que devemos ser cautelosos, pois, abrange vários conceitos éticos da sociedade, e sua moralidade divide muitas opiniões.

Para a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que consiste em uma das maiores instituições no que tange as decisões proferidas sobre o aborto de feto anencéfalo. O posicionamento da corte de São Paulo demonstra indicar uma evolução no pensamento jurídico no sentido de entender o aborto do feto anencéfalo como um tratamento terapêutico, prometendo dar fim a angustia da gestante e de seus familiares. Porém o tribunal de São Paulo ainda divide-se em autorizar e indeferir os pedidos de autorização de aborto de feto anencéfalo.

As propostas legislativas entre elas a mais importante a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 54, indicando como preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, a legalidade, liberdade da autonomia de vontade e o direito a saúde, todos da Constituição Federal, e os artigos 124 a 128 do Código Penal, que considerava a anencefalia a inviabilidade do feto e a antecipação do parto terapêutico é declarar constitucional e não impedir a interrupção terapêutica do parto nos casos de feto portador de anencefalia.

Esta decisão de autorização do aborto para feto anencéfalo causou um grande impacto à sociedade, com opiniões em todas as classes sociais e profissionais, tanto descontentes como favoráveis.

Dentro dos preceitos de proteção a vida, descritas em nossa Constituição Federal/88, a interrupção da gravidez em casos do feto portador da anomalia não considera crime, sendo impossível obrigar a gestante a manter sua gravidez mesmo sabendo que seu feto seja inviável, neste contexto em que os votos foram fundamentados para a favor da interrupção.

O pedido de cautelar, baseia-se fundamentado nos preceitos fundamentais, presentes na dignidade da pessoa humana, liberdade, autonomia de vontade e direito a saúde, todos voltados para a gestante, condizendo com a existência do direito e a existência de grave perigo.

Alguns meses após a discussão a possibilidade da interrupção da gravidez de anencéfalo, a ADPF nº 54 foi aprovada por sete votos a quatro. Foi afastado um dos maiores obstáculos para o reconhecimento constitucional da interrupção da gravidez por feto anencéfalo, entendendo por interpretação diversa da Constituição o conceito de vida, de liberdade e autonomia de vontade.

A grande mudança em nosso ordenamento jurídico veio através dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal que disponham sobre o assunto após um longo período de debates.

O ministro Dias Tofoli, se declarou impedido ante mesmo do julgamento, pois, anteriormente em seu cargo de advogado da união já se declarava a favor da interrupção de anencéfalo, o primeiro a relatar sua opinião foi o Ministro Marco Aurélio, que proferiu sua decisão favorável, após ler seu relatório e justificou sua posição afirmando que a gestação de um feto anencéfalo é prejudicial à saúde de gestante e somente a ela cabe à decisão de interrupção ou não da gravidez. Ressalta ainda que um feto sem a potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que consequentemente protege a vida.

A Ministra Rosa Weber também foi a favor, relatou que a manutenção da gravidez viola o direito fundamental da gestante, já que nesses casos não há direito á vida, ainda defendeu que a interrupção da gravidez nestes casos não deve ser classificada como aborto.

O Ministro Joaquim Barbosa não fez leitura dos seus votos, mas se declarou a favor da interrupção por feto anencéfalo.



O Ministro Luiz Fux, relatou que após receber carta de um casal residente do Rio de Janeiro, se comoveu a ler que a gestante narrava sua “dor” a ser obrigada a gestar um feto portador de anencefalia por nove meses, Fux disse que, no lugar dos sonhos a gestante velaria seu feto por nove meses. Ainda ressaltou que não seria justo condenar uma mulher à prisão por decidir interromper sua gestação de um feto inviável. Atualmente o aborto é legal quando a gestação é oriunda de estupro ou coloca em risco a saúde da gestante, fora estas situações a mulher pode ser tipificada em nosso ordenamento jurídico.

Cármen Lúcia foi à quinta ministra a proferir seu voto e enfatizou que, o STF não estava decidindo permitir o aborto, segundo ela a decisão não foi fácil e sim trágica.

O Ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro voto contrario ao aborto, afirmando que o legislativo já teve tempo para dispor sobre tal questão, mas até o momento não tinha se pronunciado. Para Lewandowski uma decisão favorável faria com que retrocede-se aos tempo da Idade Média, em que aquelas crianças tidas como fracas eram sacrificadas, e favorecer o aborto seria o começo para a interrupção de várias gestações.

No segundo dia de sessão o Ministro Carlos Ayres Britto, foi o primeiro a proferir o seu voto e, conseqüentemente, seguindo a maioria da corte indagou a favor da interrupção de feto portador de anencefalia.

Justificou sua decisão baseando-se que em caso de feto portador de anencefalia, o que se carrega no ventre é um feto natimorto, pois se condiz inviável com a vida extrauterina. Reforçou ainda, que nenhuma mulher será obrigada a interromper a gravidez de feto anencéfalo, será de sua livre escolha levar ou não até o fim a gestação.

O Ministro Gilmar Mendes votou a favor da decisão, lembrando que este caso se assemelha ao aborto em caso de estupro, autorizado por lei.

O último o voto a favor foi relatado pelo Ministro Celso de Melo que se opôs favorável à interrupção da gravidez em caso de anencefalia, e justificou que a decisão não pode ser uma questão baseada e discutida através da fé e razão, segundo ele a presente discussão não deve ser reconhecida como uma disputa entre Estado e Igreja, entre fé e razão, entre os princípios jurídicos e ideológicos.

Por último, o presidente do STF, iniciou seu discurso relatando que este foi o mais importante julgamento na historia da corte, ressaltou a importância de definir a anencefalia e

falou sobre a matança dos fetos anencéfalos, e finalizou que o feto portador desta anomalia tem vida, ainda que breve, mas protegida constitucionalmente.

Contudo a antecipação do parto de feto portador de anencefalia passa a ser voluntária, à escolha da gestante, ao se manifestar sobre a interrupção ao levar a gestação até seu final. A gestante que optar pela interrupção da gravidez poderá solicitar serviço gratuito pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sem necessidade de autorização judicial, desde que comprovado tal anomalia.

Portanto, cabe a mulher, e não ao Estado em decidir sobre a interrupção da gravidez, e esta levava em conta suas necessidades e direitos a respeito do aborto.

## CONCLUSÃO

O presente estudo destinou-se a pesquisar o conceito de anencefalia, que é uma doença que atinge cerca de 1 a 1000 bebês, e sua ocorrência ainda é desconhecida biologicamente, e conseqüentemente à polêmica questão sobre o aborto de feto portador desta anomalia, que é precedido pela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde.

É de certo, que o Sistema Jurídico Brasileiro ainda tem controversas sobre a questão da definição de vida, pois levando em consideração nossa Constituição em seu artigo 5º, quando apregoa que a vida é um direito fundamental e inviolável no contexto jurídico, o aborto é entendido como a interrupção da gestação e conseqüentemente a morte do feto, classificando em nosso Código Penal como crime a prática de tal ato, este sendo voluntário ou intencionalmente.

Para nosso Direito Penal a vida se inicia no momento da fecundação, mas existem vários conceitos sobre seu início, o que foi demonstrado nesse trabalho, sendo assim, por não ter definido o conceito de vida, promulgou-se a Lei 9.434/97, a Lei de Transplantes, a qual adota para fins de doação de órgão o critério neurológico para a fixação da morte.

O direito a vida está tutelado em nossa Constituição Federal/88, e é considerado o mais importante e maior de todos os direitos, desta forma, desde a concepção a vida é protegida, não dando ninguém o direito de escolha entre a vida ou a morte. Este é um direito

inviolável e indivisível, porém, não é um direito absoluto, podendo ser sobreposto por outro direito.

A autorização do feto anencéfalo reavivou discussões jurídicas, éticas, religiosas e morais, travadas recentemente após a decisão da ADPF nº 54, gerando esta polêmica questão. Alguns juristas defendem que o início da personalidade civil apenas se dá após o nascimento com vida e outros defendem que a vida está presente desde sua fecundação, contudo, após anos de análises e discussões e com a recente decisão do STF, ainda vimos diante dos conflitos de interesses sobre o direito à vida do feto e direito à vida da gestante, este englobando os direitos fundamentais à liberdade, a autonomia de vontade e direito à saúde.

Portanto, o aborto nos casos de feto portador de anencefalia, não pode ser caracterizado pelo ordenamento jurídico. Sendo a vida o bem jurídico tutelado e, se onde há cessação da atividade cerebral não há vida, não há objeto jurídico a ser tutelado, não há crime. Como tal, não pode existir a responsabilidade penal.

## **BIBLIOGRAFIA**

ANDRADE, Ana Marisa Carvalho de. Considerações jurídicas acerca do início da vida humana. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3221, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21637>. Acesso em: 24 junho de 2014

CAMARGO, Marcelo Novelino. Leituras complementares de constitucional. Salvador: Jus Podivm, 2007, p.159.

CHAVES, Benedita Inêz Lopez. A tutela jurídica do nascituro. São Paulo: Ltr, 2000.

COUTINHO, Livia Maria Torres. Aborto de feto anencéfalo: inconstitucionalidade da legalização. Universidade Veiga de Almeida, Cabo Frio, 2010.

DINIZ, Debora; VÉLEZ, Ana C. G. Aborto na suprema corte: o caso da anencefalia no Brasil. Estudos Feministas, Florianópolis, 16 (2): 440, p. 647. Maio/Agosto de 2008.

DINIZ, Debora; RIBEIRO, Diaulas Costas. Aborto por Anomalia Fetal. Brasília: Letras Livres, 2004.

---

DINIZ, Maria Helena Apud, Quando começa a vida? Revista Jurídica, Consulex, nº 225, 31 de maio de 2006 p.14

DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do Biodireito. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia Breves considerações Médicas, Bioéticas, Jurídicas e Jurídico Penal. Revista dos Tribunais, vol. 833, pg. 399. Março de 2005.

KUMAR, Vinay; ABBAS, Abel K; et al. Patologia: base patológicas das doenças. 7º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MORAIS, Jospe Luis Bolzan de. Caderno de Direito Constitucional. Disponível em [http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg\\_BOLZAN\\_COMPLETO.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_BOLZAN_COMPLETO.pdf). Acesso em 04 de abril de 2014.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato. Manual de direito penal: parte geral. Volume 01. Ed. 26º. São Paulo. Editora Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato. Manual de direito penal: parte especial. Volume 2. Ed. 29º. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Adalberto Jorge de. A legalidade do aborto. ICE – Instituto Cuiabano de Ensino Curso de Pós-Graduação em Direito Público, Cuiabá-MT, 2013.

PESSOA. João Felipe S. O projeto de legalização do aborto no Brasil contrariando dispositivo constitucional que protege a vida. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29133/o-projeto-de-legalizacao-do-aborto-no-brasil-contrariando-dispositivo-constitucional-que-protege-a-vida>. Acesso em 27 de junho de 2014.

PIOVESAN. Flávia. Direitos Humanos: e o direito constitucional internacional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA. Sidney Moura. Aborto do feto anencéfalo: Direito ou Crime?. Monografia apresentada no curso de especialização de Direito penal e Processual Penal. Fortaleza Ceará, 2010.

---

TESSARO. Anelise. Aborto Seletivo: Descriminalização & Avanços Tecnológicos da Medicina Contemporânea. 1ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2002.