

PUC-SP – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

LUCIANA ROCHA SOARES

O ABORTO DO ANENCÉFALO

CAMPINAS – SÃO PAULO

2012

LUCIANA ROCHA SOARES

O ABORTO DO ANENCÉFALO

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como parte das exigências do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Direito Processual Penal, para a obtenção do título de Especialista.

Orientação: Professora Eloísa Arruda

CAMPINAS – SÃO PAULO

2012

LUCIANA ROCHA SOARES

O ABORTO DO ANENCÉFALO

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como parte das exigências do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Direito Processual Penal, para a obtenção do título de Especialista.

Orientação: Professora Eloísa Arruda

NOTA: _____

DATA: _____

RESUMO

O presente trabalho vem explorar os diversos aspectos do aborto de fetos anencéfalos, demonstrando os motivos pelos quais tal assunto é tão debatido durante a história. Serão abordadas primeiramente as temáticas envolvendo a vida, conceituando-a e determinando seu início. Após, inicia-se a análise do conceito morte e dos meios para sua determinação. Superado tais temas iniciais, será analisado o aborto comum, expondo seu histórico, tipos, sua criminalização e exceções previstas em lei. Finalmente, será exposta a temática do aborto do feto anencéfalo, iniciando tal exploração com a parte histórica, passando pela conceituação de anencefalia, os direitos fundamentais que entram em colisão quando da discussão sobre o aborto, a influência e opinião da religião e a recente decisão do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Aborto, anencefalia, direitos fundamentais.

ABSTRACT

The objective of this work is to explore the several aspects of the abortion of anencephalic fetuses, showing the reasons that make this subject so discussed during history. At first, different concepts will be presented to establish the beginning of life. Following, there will be an analysis of the concept of death and the means used to its declaration. The contextualization of the general abortion will include its history, types and legal aspects. After that, a short history on the abortion of anencephalic fetuses will be presented, along with medical characterization of anencephaly. It will be discussed the anencephaly that conflict regarding abortion, the influence and opinion of religion and the recent Supremo Tribunal Federal decision.

Keyword: abortion, anencephaly, anencephaly.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	7
2.	DIREITO À VIDA.....	8
2.1.	Direito à vida - conceito e aplicação.....	8
2.2.	Início da vida – teorias.....	11
2.3.	Morte – conceito e critérios para detecção.....	13
3.	O ABORTO	19
3.1.	O aborto durante a história.....	19
3.2.	Conceito e tipos de aborto.....	21
3.3.	Regulamentação e criminalização do aborto.....	27
4.	O ABORTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA.....	32
4.1.	Histórico do aborto dos portadores de deficiência	32
4.2.	Anencefalia: conceito	33
4.3.	O aborto do anencéfalo	36
5.	DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO	39
5.1.	Direito à Vida Intrauterina do Anencéfalo	39
5.2.	Direito à saúde.....	41
5.3.	O direito à liberdade de autonomia de reprodução	42
6.	O ABORTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA E A RELIGIÃO	44
7.	DECISÃO DO STF SOBRE O ABORTO DE ANENCÉFALOS E OS PROJETOS DE LEI SOBRE O TEMA.....	46
8.	CONCLUSÃO	57
	REFERÊNCIAS	58
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	58

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS	59
ANEXOS	62
ANEXO A: Resolução CFM 1989/ 2012	63
ANEXO B: Exposição de motivos da Resolução 1989/ 2012	67

1 INTRODUÇÃO

Vida. O bem e direito mais precioso protegido por nossa Constituição Federal. No entanto, será possível afirmar que a vida é um direito absoluto e intocável? Quais são os limites de tal direito frente a uma anomalia física que irá impossibilitar a vida extrauterina ou irá restringi-la a algumas horas ou dias?

Diante de tal panorama, o presente trabalho irá expor a discussão sobre a legalidade ou não do aborto do feto anencéfalo. Para a viabilização de tal análise, serão abordados o conceito e aplicação do direito à vida, as diversas teorias sobre o início e o término da vida, o histórico do aborto e sua criminalização, o aborto do anencéfalo durante a história, o conceito de anencefalia, os direitos fundamentais que entram em conflito frente à presente discussão, os reflexos da religião no conflito debatido e a decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou a legalidade da realização do aborto do feto anencéfalo.

A elaboração do presente trabalho ocorreu em meio a grandes discussões e divergências, o que culminou na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a manifestação do STF sobre o assunto de forma alguma encerrou ou inquietou o debate sobre o aborto do feto anencéfalo ou mesmo sobre o aborto em geral, dando um novo fôlego aos que defendem ferrenhamente a manutenção da vida.

2 DIREITO À VIDA

2.1 Direito à vida - conceito e aplicação

O Direito à vida é o bem jurídico mais importante protegido por nossa Constituição Federal, tendo, inclusive, status de direito fundamental. Para que qualquer indivíduo possa ter direitos e deveres, este deverá estar vivo, demonstrando que a existência da vida é origem incontestável da titularidade de quaisquer direitos. Assim, a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente em seu artigo 5º, “Caput”, o Direito à vida, não distinguindo o momento em que se inicia e se a mesma é intra ou extrauterina:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...) (BRASIL, 1988).

Frente a tal previsão constitucional, pode-se verificar que tal direito aplica-se a todos os indivíduos de forma completamente indistinta, abrangendo toda e qualquer forma de existência humana com capacidade de se desenvolver e nascer.

Diante disto, disserta Carlos Alberto Bittar que a vida é o bem e direito

(...) que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza, neste campo, um direito à vida e não um direito sobre a vida. Constitui-se direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige. Com isso, tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse direito eis que se não pode ceifar a vida humana, por

si ou por outrem, mesmo sob consentimento, porque se entende, universalmente, que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir missão própria da sociedade¹.

Assim, para a competente defesa e proteção à vida, o Brasil tornou-se signatário de inúmeros tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem* o direito à vida é protegido e garantido a todos de forma indistinta, conforme preceituado em seu artigo 3º:

“Artigo III: Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. (Brasília, 1998, p.3).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos** determina que a vida é um bem inerente e inseparável da pessoa humana, devendo o mesmo ser devidamente protegido pela legislação do país signatário:

“Artigo 6º: 1 - O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deve ser protegido pela lei: ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida” (BRASIL, 1992)*.

Apesar da “atual” preocupação do Brasil com a devida proteção à vida, tal direito nem sempre foi adequadamente previsto em constituições passadas.

¹ BITTAR, Carlos Alberto. “Os Direitos da Personalidade”. 3º Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 67.

* DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

** PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, **Decreto nº 592 - de 6 de julho de 1992**, in http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm. Último acesso: 04/10/2012.

Analisando a Constituição do Império (1824), claramente baseada nos preceitos pregados pelo Iluminismo, verifica-se que a mesma em momento algum previu expressamente a proteção ao direito à vida, priorizando a proteção dos direitos civis e políticos. A Constituição da República (1891) seguiu os passos de sua antecessora e não tutelou expressamente o direito à vida, preferindo a proteção dos direitos individuais.

No mesmo caminho seguiram as Constituições de 1934 e 1937, deixando de lado a tutela específica do direito à vida. Apenas em 1946 que o direito à vida foi previsto expressamente pela Constituição. Tal previsão foi mantida na Constituição seguinte (1967), mesmo sendo durante o regime militar.

Entretanto, mister destacar que foi somente com a nova Constituição (1988) que o Direito à Vida foi devidamente tutelado, dando ao mesmo status de direito fundamental.

Dessa frente, pode-se verificar que a preocupação do Brasil com a proteção ao direito à vida e com os demais direitos fundamentais é relativamente recente, sendo consolidada pela Constituição de 1988 e com a assinatura de inúmeros tratados de direitos humanos.

Ademais, além da Constituição Federal, o Código Penal Brasileiro também protege o Direito à Vida. Existem inúmeras figuras penais no Código que protegem o Direito à Vida, como o homicídio, o infanticídio, o aborto, (...).

Assim, como o direito à vida é o bem e direito mais importante ao ser humano, tanto a Constituição quanto o Código Penal devem protegê-la de todas as formas e em todas as suas etapas.

Apesar da plena proteção do direito à vida pela Constituição Federal, tal direito não pode ser considerado absoluto. Como qualquer outro direito, fundamental ou não, o direito à vida possui suas restrições, não podendo ser invocado em toda e qualquer situação. Assim, conforme será exposto em capítulo futuro, o Direito à Vida,

apesar de constitucionalmente previsto, poderá ser restringido, quando em conflito com outros direitos também tutelados pela nossa constituição.

2.2 Início da vida – teorias

As ciências médicas e biológicas possuem grande dificuldade para determinar com absoluta certeza o início da vida. Frente à enorme controvérsia envolvendo o tema, foram criadas inúmeras teses e teorias que determinam o momento do início da vida humana.

Faz-se necessário expor que a determinação do início da vida humana é de extrema importância, influenciando diretamente no início da proteção jurídica de tal bem e direito fundamental, bem como na forma e alcance de tal proteção.

Diante disto, passa-se a explorar algumas das teorias que abordam o momento do início da vida:

O entendimento predominante na atualidade é de que a vida humana inicia-se no momento da concepção. De acordo com tal teoria, com a ocorrência da fecundação, cria-se um novo ser, um ser humano que possui “em si o germe de todas as características do ser racional”². Assim, desde o momento da concepção há a existência de vida humana suscetível de digna e absoluta proteção.

Tal teoria é a adotada pela Igreja Católica, que defende ferrenhamente o momento da fecundação como o início da vida humana.

Existem também aqueles que defendem que o início da vida se dá quando da formação do genótipo, concedendo o status de ser vivo ao embrião a partir do início de seu processo evolutivo.

² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 160.

Assim, com a formação do genótipo e conseqüente início do processo evolutivo do embrião, afirma-se que a vida humana se iniciou, iniciando, também, a proteção absoluta de tal bem e direito fundamental.

Ademais, mister destacar que,

(...) dentro desta corrente, há os que sustentam que se trata de uma pessoa em potencial, e que – precisamente – de tal potencialidade deriva sua inviolabilidade, enquanto que outro grupo afirma que já é pessoa em ato, uma vez que durante o desenvolvimento somente completa suas potencialidades, presentes desde o início³.

Atualmente, verifica-se a existência de uma nova tese sobre o momento do início da vida. Esta teoria nova e revolucionária é a adotada para o desenvolvimento do presente trabalho, conforme poderá de verificar em seu ínterim.

Tal teoria defende que a vida começa com a formação dos rudimentos do sistema nervoso central, ou seja, quando “se inicia a translação de informação genética correspondente ao sistema nervoso central”⁴. É nesse momento que surgem “os rudimentos do que será o córtex cerebral”⁵.

Dessa frente, apenas com o aparecimento da linha primitiva ou sulco neural que “estariamos frente a um ser vivo que, além de sua composição, tem a pauta seletiva especificamente humana”⁶.

Assim, essa nova teoria supramencionada revoluciona o pensamento médico e biológico, trazendo um novo parâmetro para a determinação do início da vida humana. Diante disso, apenas com o surgimento do sulco neural é que se pode afirmar haver vida.

³ MARTINEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 1998. P. 77

⁴ MARTINEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 1998. P. 86

⁵ (Idem, ibidem, p.86)

⁶ (Idem, ibidem, p.86)

O posicionamento adotado pela legislação Brasileira com relação ao início da vida é o momento da concepção. Este pensamento é adotado por nosso ordenamento jurídico, pois o Brasil congregou a Convenção Americana de Direitos Humanos, que determina o início da vida em tal momento.

No entanto, mister apontar que tal proteção está suscetível à exceções, já que em determinados casos a legislação brasileira prevê a sobreposição de outros bens e direitos fundamentais sobre o direito à vida.

Dessa maneira, verifica-se que o momento do início da vida é amplamente discutido na seara médica e biológica, não havendo um consenso de qual teoria ou tese é a mais adequada. Essa incerteza quanto ao momento do início da vida repercute diretamente no ordenamento jurídico, que padece de um “conceito” adequado e suficiente para embasar a proteção do direito à vida daqueles que ainda não nasceram.

2.3 Morte – conceito e critérios para detecção

Não é apenas o momento do início da vida que é amplamente discutido pelas ciências médica e biológica. A morte e o momento em que ocorre são temas controversos e profundamente debatidos pelos cientistas, havendo diversos critérios para a sua determinação.

Frente a isso, para a comprovação do intenso debate sobre o momento da morte, faz-se necessária a exposição de alguns “conceitos de morte”. Senão vejamos:

mor.te

sf (lat morte) **1** Ato ou fato de morrer. **2** Fim da vida animal ou vegetal; termo da existência. **3** Pena capital. **4** Destruição, perda. **5** Pesar profundo. **6** Fim, termo. **7** *Mit* Divindade representada por um esqueleto humano armado de uma foice

e que a crendice popular supõe ceifeira de vidas. *M. agônica*: a que é precedida de agonia. *M. civil*: perda de todos os direitos e regalias civis. *M. da alma*: estado da alma perdida pelo pecado. *M.-do-diabo*: planta dipsácea (*Scabiosa succisa*). *M. eterna, Teol*: a do pecador condenado por toda a eternidade. *M.-luz*: o mesmo que *morte-cor*. *M. macaca*: morte desastrosa e inglória. *M. moral*: perda de todos os sentimentos de honra. *M. natural*: a) perda da vida por sentença judicial; b) morte por doença ou velhice. *M. súbita*: morte rápida e imprevista. *M. violenta*: a que é causada por desastre, homicídio ou suicídio. *De má morte*: de má índole; mau. *De morte*: a) mortal: *Ódio de morte*; b) danado, terrível, insuportável. *Entre a vida e a morte*: em perigo de vida. *Para a vida e para a morte*: para sempre. *Pensar na morte da bezerra*: ficar apreensivo; meditar tristemente. *Ter visto a morte*: haver escapado de grande perigo de vida”⁷.

(...) a vida equivale a um complexo conjunto de fenômenos bioquímicos que seguem leis fixas e cujo normal funcionamento se traduz em um equilíbrio biológico e físico-químico e numa constância de valores orgânicos. Quando a morte se produz, aquelas leis deixam de se cumprir e o corpo humano fica em estado inerte, sofrendo as influências de ordem física, química e microbiana do meio ambiente e inclusive de seu próprio meio interno.(...)”⁸.

“É difícil precisar o exato momento da morte porque ela não é um fato instantâneo, e sim uma sequência de fenômenos gradativamente processados nos vários órgãos e sistemas de manutenção da vida”⁹.

⁷ Dicionário Michaelis.

⁸ LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e Anencefalia – Direitos Fundamentais em Colisão. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 79.

⁹ FRANÇA. Genival Veloso de. Um conceito ético de morte. In: **Direito Médico**. 7. Ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 2001.

Assim, pode-se verificar que a morte não é um feito único, instantâneo e sim um processo que perdura no tempo, possuindo inúmeras fases e etapas. A vida não deixa simplesmente de existir, sendo um evento gradual, paulatino e moroso.

Antes de apontar os critérios modernos para a constatação do momento da morte, faz-se necessária a exposição de tais conceitos durante a história, para demonstrar a evolução e divergências de tais referências.

De acordo com Carolina Alves de Souza Lima, até meados do século passado, o critério para a determinação da morte de um indivíduo era a parada cardiorrespiratória. A morte somente seria constatada quando da parada total do pulmão e da circulação sanguínea.

No entanto, com a evolução da ciência e da tecnologia, criaram-se as técnicas de reanimação e os aparelhos para suprir as atividades cardíacas e pulmonares em indivíduos extremamente debilitados, fazendo com que tal critério mostrasse-se ineficaz e inseguro, deixando de ser utilizado por definitivo.

Com tal avanço das ciências médicas e biológicas, passou-se a utilizar o critério de morte encefálica, ou seja, a cessação das atividades cerebrais. Mesmo com a determinação da interrupção das atividades cerebrais, o indivíduo enfermo poderia ter suas atividades cardíaca e pulmonar mantidas de forma artificial. É neste momento que surge o termo “coma irreversível”.

Atualmente, o critério da morte encefálica continua a ser utilizado pelas ciências médicas. No entanto, novos métodos e protocolos foram criados para a sua verificação. Existem duas grandes linhas de pensamento que fundamentaram os protocolos utilizados hoje. Conforme Carolina Alves de Souza Lima (2009, p. 79/82) tais linhas são:

a) Americana (1968):

Primeiramente, foram estabelecidos os critérios para a detecção do coma irreversível. Posteriormente estabeleceu-se os termos para a

detecção da morte encefálica, definindo-a como “a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo as do tronco encefálico”¹⁰.

Para a devida constatação da interrupção de tais funções, poderiam ser utilizados todos os métodos disponíveis (clínicos e laboratoriais).

Ademais, mesmo que houvesse atividade celular elétrica em um grupo restrito de células, só seria considerada em real funcionamento se tal grupo agisse de forma direcionada e organizada.

b) Britânica (entre 1976 e 1979):

Tal linha de pensamento defendia que para a determinação da morte encefálica, bastava o diagnóstico clínico da morte irreversível do tronco encefálico.

Apesar destas diretrizes para a determinação da morte encefálica, atualmente não existe dentro da área médica e biológica unanimidade quanto ao método para a sua detecção, prolongando mais ainda a presente discussão.

Já no âmbito jurídico, a Lei 9.434/1997 trata rapidamente deste assunto, usando as ciências biológica e médica como base para a conceituação da morte.

A Lei supracitada aponta o Conselho Federal de Medicina como responsável por determinar os critérios clínicos e tecnológicos para a verificação da morte encefálica. Tais critérios estão previstos na Resolução 1.480/1997, que conceitua a morte encefálica como a parada total e irreversível das funções encefálicas, bem como do tronco encefálico.

Mister informar que, mesmo com a Resolução 1.480/1997, não há unanimidade quanto a aplicação de tais critérios para detectar a morte encefálica em crianças menores de 7 (sete) dias e prematuros.

¹⁰ RABELLO, Gétulio Daré. Coma e Estados Alterados de Consciência. Capítulo 7. In NITRINI, Ricardo; BACHESCH, Luiz Alberto (Orgs.). A Neurologia que todo médico deve saber. Capítulo 7.2.ed. São Paulo: Atheneu, 2003. p.167.

Também não há consenso quanto à utilização de tais critérios nos casos de bebês anencéfalos, já que para muitos médicos, juristas e doutrinadores, o anencéfalo é um natimorto, não havendo a necessidade de comprovar sua morte.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado disserta:

“Em situações como essa, o feto não pode ser considerado tecnicamente vivo, o que significa que não existe vida humana intrauterina a ser tutelada”¹¹.

Assim, a discussão sobre a aplicação ou não dos critérios para a detecção de morte encefálica nos casos de anencefalia passa pelo debate se o feto/nascituro portador de anencefalia possui ou não vida.

Antecipando a exposição de tal tema, mister destacar que o presente trabalho defende a posição de que o feto/nascituro portador de anencefalia possui vida, já que se partimos do pressuposto de que o feto/nascituro não possui vida, toda a discussão apresentada perde qualquer lógica e necessidade.

Entretanto, o debate referente à verificação de vida ou não nos fetos portadores de anencefalia será amplamente apresentado e discutido no decorrer do presente trabalho.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, 2006. p. 125-126.

3 O ABORTO

3.1 O aborto durante a história

O aborto é uma conduta praticada no mundo todo e durante toda a história. A ideia e debate sobre o aborto veem desde a época da antiga Grécia, momento no qual alguns filósofos defendiam sua realização (Hipócrates), enquanto outros acreditavam que sua prática era uma forma legítima e eficaz de estratégia política para controle de natalidade.

As mulheres desta época se utilizavam de chás, atualmente conhecidos como abortivos, para o controle do fluxo menstrual, sem saber, no entanto, a real consequência de utilizá-los.

A palavra aborto somente era utilizada quando da verificação da gravidez, que em razão da falta de tecnologia, era verificada no momento em que a barriga aparecia.

Com o desenvolvimento tecnológico e científico, iniciaram-se diversos estudos sobre a constituição biológica e a anatomia dos seres humanos, fazendo com que o conhecimento sobre a gravidez aumentasse. É neste momento que se inicia a diferenciação entre os métodos anticoncepcionais e o aborto.

Em 1789, impulsionada pela Revolução Francesa, diversas constituições começam a tratar mais profundamente sobre o controle de natalidade.

Posteriormente, durante o século XVIII, a reprodução passou a ser tratada como assunto de controle público, não atingindo, no entanto, os temas atinentes à responsabilidade pela gravidez e à criação dos filhos, que continuaram na esfera de responsabilidade da mulher.

Com a Revolução Industrial, houve um grande aumento demográfico, principalmente em razão da antecipação da idade para o matrimônio. Diante disto, o pastor evangélico Thomas Malthus publicou o livro “Ensaio sobre a população”, no qual sugeria à população mais pobre a redução do número de filhos (por meio do casamento tardio, abstinência sexual e atividade sexual mínima entre os casados, já que Thomas era contra a prática do aborto), para garantir um futuro sem dificuldades materiais de subsistência.

Entretanto, as ideias apresentadas por Thomas Malthus somente tomaram forças no século seguinte da publicação de sua obra, tendo a taxa de natalidade diminuída entre o final do século XIX e o início do século XX.

Após a revolução de 1917, a União Soviética legalizou a prática do aborto. Contudo, os fundamentos para tal legalização não estavam ligados ao direito de escolha da mulher/gestante, mas sim a um problema de saúde.

Diante disto, o aborto voltou a ser considerada uma prática criminosa em 1937, sendo excepcionada tal regra nos casos terapêuticos.

Na década de 1960, com o grande aumento dos movimentos em defesa das minorias (entre elas, as mulheres) e em busca de uma nova moralidade, a legalidade do aborto é posta em discussão novamente pelas feministas. É neste contexto mundial em que os EUA (22/01/1973) e diversos países europeus começam a discriminar a prática do aborto.

Na atualidade, a prática do aborto é discriminada em diversos países, como o Canadá, EUA, Espanha, Itália, Rússia, China, África do Sul, entre outros, mas criminalizada em outros tantos, como o Chile, Honduras, todos os países da América Latina.

Assim, verifica-se que o tema aborto já foi amplamente debatido durante a história, não tendo encerrado, no entanto, sua discussão.

3.2 Conceito e tipos de aborto

O aborto é um tema extremamente polêmico e complexo, sendo discutido há séculos.

Frente a isso, para que possamos explorar adequada e profundamente este tema, faz-se necessária a conceituação do aborto.

Etimologicamente, a palavra aborto advém da junção de “*ab*” (privação) e “*ortus*” (nascimento). Com base nisso, pode-se concluir que o aborto é a interrupção da gravidez, destruindo-se totalmente o fruto da concepção.

Essa interrupção pode ocorrer em diversas etapas da gravidez, interferindo diretamente na classificação do fruto da concepção. Se o aborto ocorrer nas primeiras 3 (três) semanas de gestação, o fruto da concepção é o ovo; se ocorrer entre a terceira semana e o terceiro mês de gestação, o fruto denomina-se embrião e se ocorrer após o terceiro mês de gestação, o fruto é chamado de feto.

Diante de tais informações, podemos iniciar a análise dos tipos de abortos existentes:

- a) Aborto natural: a gravidez é interrompida de forma espontânea, em razão de causas patológicas;
- b) Aborto acidental: a gravidez é interrompida por causas externas e traumáticas.
- c) Aborto criminoso: São as situações de aborto forçado ou voluntário, previstos no artigo 124 e seguintes do Código Penal, que serão largamente discutidas no desenrolar do presente trabalho.
- d) Aborto permitido ou terapêutico: São os casos dos abortos necessário (se não existir outra maneira de salvar a vida da gestante) e humanitário (nos casos de estupro, desde que autorizado pela gestante ou por seu representante legal, se a mesma for incapaz), previstos no artigo 128 do Código penal. Nestes casos o aborto não é considerado crime, já que o artigo 128 do Código Penal os define como excludentes da ilicitude.

De frente à exposição supra e para o maior entendimento do assunto, mister explorar mais profundamente o aborto permitido.

O aborto permitido, como anteriormente exposto, se subdivide em aborto necessário e aborto humanitário, sendo ambos excludentes de ilicitude previstos no artigo 128.

O primeiro tipo de aborto, o necessário, somente pode ser realizado quando não houver outra maneira ou meio de salvar a vida da gestante.

Com isso, fica evidente que para a realização de tal aborto, faz-se necessária a presença de dois requisitos cumulativos, quais sejam, a existência indubitável de **perigo fatal** (imediato ou não) à vida da gestante e da inexistência de quaisquer outros meios para conservá-la.

De acordo com Nelson Hungria,

O aborto necessário pode ser assim definido: é a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo, e inevitável por outro modo, à vida da gestante. O aborto necessário pode ser terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo). Durante a gravidez, apresenta-se as vezes, em razão do estado da mulher ou de alguma enfermidade intercorrente, seria e grave complicação mórbida, pondo em risco a vida da gestante¹².

Neste sentido, a escritora Carolina Alves:

A interrupção da gestação deve ser absolutamente necessária para evitar-se perigo fatal à gestante. Considera-se como perigo fatal o risco de morte da gestante, sendo insuficiente o perigo à sua saúde, mesmo que muito grave o que pode ser questionado, devido às consequências a futura qualidade de vida da mulher. Não é necessário que o perigo seja atual, bastando haver certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante. O próprio artigo 128 do Código penal não exige a atualidade. Por isso, alguns autores

¹² HUNGRIA, Nelson,. Comentários ao Código Penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1942. V.5, p. 493.

abordam o referido aborto como terapêutico, quando com fim curativo, e como profilático, quando com fim preventivo¹³.

No mesmo diapasão:

Duas são as situações em que a lei, considerando o aborto legal, torna lícita a prática do fato. O primeiro caso é do aborto necessário (ou terapêutico) que, no entender da doutrina, caracteriza espécie de estado de necessidade, em que se elimina a vida fetal em favor da vida da gestante. O dispositivo é necessário porque, na hipótese, é dispensada a necessidade da atualidade do perigo. Havendo perigo para a vida da gestante, aborto está autorizado. (...) ¹⁴

Assim, a avaliação da necessidade ou não da realização do aborto e a determinação do melhor momento para perpetrá-lo cabe única e exclusivamente ao médico que acompanha a gravidez. Nesse liame:

“(...)Em tal situação, o médico assistente é o árbitro a quem cabe decidir sobre a continuidade ou não do processo da prenhez.(...) ¹⁵”

Diante disso, verifica-se que no caso do aborto necessário (realizado para salvar a vida da gestante) há o conflito de 2 (dois) grandes e importantes direitos fundamentais, quais sejam: o direito à vida da gestante e o direito à vida do concepto.

Nesse caso, tanto a Constituição Federal como o Código Penal decidiram privilegiar o direito da gestante, fazendo que tal conduta seja protegida pela causa de exclusão de ilicitude do Estado de Necessidade, posto não haver outro meio de salvar a vida da gestante senão a interrupção da gravidez.

¹³ LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e Anencefalia – Direitos Fundamentais em Colisão. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 64.

¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini. Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999. p. 697.

¹⁵ HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1942. V.5, p. 493.

Assim, a autorização e o consentimento da gestante são dispensáveis para a realização do aborto necessário, já que incompatíveis com a urgência do Estado de Necessidade (manutenção da vida da gestante). Conforme opinião de Mirabete:

“Nos termos legais, dispensa-se o consentimento da gestante (...), pois o médico, (...), pode agir em favor de terceiro, no caso a gestante”¹⁶.

O Ilustre Cezar Roberto Bitencourt segue no mesmo caminho:

Na hipótese de perigo de vida iminente, é dispensável a concordância da gestante ou de seu representante legal (art. 146, parágrafo 3, do CP) até porque, para o aborto necessário, ao contrário do aborto humanitário, o texto legal não faz essa exigência, que seria restritiva da liberdade de agir e decidir. Nessa linha de orientação, sustentamos que o aborto necessário pode ser praticado mesmo contra a vontade da gestante. A intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto nos arts. 128, I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, parágrafo 3 (intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida). Ademais, tomando as cautelas devidas, agirá no estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, 1 Parte), pois, na condição de garantidor, não pode deixar perecer a vida da gestante¹⁷.

O segundo tipo de aborto permitido é o aborto humanitário, realizado quando a gravidez é resultado de estupro. Neste caso, só poderá ocorrer o aborto se houver o exposto consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando a mesma for incapaz.

O Ilustre Mirabete escreve:

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999, p 697.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 137.

O aborto autorizado, quando a gravidez resulta de estupro e há o consentimento da gestante ou de seu representante legal, é denominado na doutrina de aborto sentimental (ou ético, ou humanitário), identificando alguns casos especiais de estado de necessidade e outros de não exigibilidade de conduta diversa. Justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento¹⁸.

No caso do aborto humanitário, não há uma unanimidade entre os juristas sobre a sua natureza jurídica, entendendo alguns tratar-se de estado de necessidade, outros de exercício regular de direito e uns de inexigibilidade de conduta diversa.

O posicionamento adotado neste trabalho é de que a conduta do aborto humanitário é um exercício regular de direito, já que, no conflito entre o direito do conceito e o direito à liberdade reprodutiva da mulher, o ordenamento jurídico privilegia o segundo, frente à grande violência física e psicológica sofrida pela vítima do estupro.

Neste sentido:

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

Diante de uma gravidez resultante de um estupro, não é necessário que haja autorização judicial, processo criminal ou sentença condenatória, sendo preciso apenas de elementos robustos de convicção.

¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabrini. Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999, p 697.

¹⁹ HUNGRIA, Nelson,. Comentários ao Código Penal.4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. V.5. p312.

Ademais, mister destacar que a legislação pátria não estabelece limite temporal para a realização do aborto humanitário. No entanto, caso o aborto seja realizado em momento muito adiantado da gestação, tal conduta poderá acarretar sérios riscos à vida da gestante.

Com isso, importante apontar que o aborto necessário segue o intuito e posicionamento humanitário de nossa Carta Magna, valorizando e garantindo o cumprimento e proteção de inúmeros direitos fundamentais, entre eles o direito à saúde, à dignidade da pessoa humana e à liberdade de autonomia de reprodução.

Após a detalhada exposição dos tipos de aborto permitido, faz-se necessária a exposição dos tipos de aborto criminoso, que serão devidamente apresentados posteriormente no trabalho.

3.3 Regulamentação e criminalização do aborto

O aborto é um tema extremamente complexo e amplamente discutido no mundo todo. Cada país regulamenta tal conduta de uma forma, existindo diversos sistemas jurídicos para tanto. De acordo com a Ilustre Carolina Alves de Souza Lima (2009, p. 54/56), existem os seguintes sistemas:

- a) Sistema Restritivo: sistema jurídico que proíbe absolutamente a realização do aborto, excepcionando tal regra apenas nos casos de aborto terapêutico / necessário.

Este sistema é demasiadamente rigoroso, levando em consideração apenas o direito à vida, deixando de lado todos os direitos fundamentais em conflito.

- b) Sistema Permissivo: sistema jurídico que considera o aborto um direito da mulher, baseando-se unicamente no direito de autodeterminação da mulher.
- c) Sistema Intermediário: este sistema jurídico seria uma combinação dos sistemas restritivo e permissivo, ou seja, um meio termo entre os dois. Ele é composto de diversos critérios, fundamentos e sistemas, sendo o principal sistema o das indicações.

O sistema das indicações parte do pressuposto de que a prática do aborto é punível. No entanto, existem exceções que são taxativamente previstas pela legislação. Existem quatro possibilidades para a realização do aborto em tal sistema, sendo elas: indicação terapêutica / médica (há a autorização do aborto para evitar grave perigo a saúde ou vida da gestante); indicação ética (há a autorização do aborto nos casos de estupro, atentado violento ao pudor e reprodução assistida não autorizada); indicação eugênica (há a autorização do aborto quando existem riscos de graves anomalias genéticas ou defeitos físicos / psíquicos) e indicação econômico-social (há a autorização do aborto quando houver dificuldades financeiras e / ou sociais).

Conforme a exposição de tais sistemas jurídicos pode-se concluir que o sistema jurídico adotado pelo Brasil é o sistema restritivo; isto porque: o artigo 124 do Código Penal criminaliza a prática do aborto e o artigo 128 do mesmo codex prevê taxativamente as hipóteses em que o aborto pode ser realizado sem que haja a configuração de um crime.

Diante disto, passa-se a expor o tratamento despendido pelo Código Penal Brasileiro à prática do crime de aborto:

O crime de aborto é subdividido em 3 (três) artigos do Código Penal, quais sejam artigos 124, 125 e 126. O artigo 127 do Código Penal prevê a forma qualificada dos crimes previstos nos artigos 125 e 126.

Aborto Provocado pela Gestante ou com Seu Consentimento

Art. 124 - Provocar Aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.²⁰

Aborto Provocado por Terceiro

Art. 125 - Provocar Aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.²¹

Art. 126 - 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.²²

Forma Qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.²³

²⁰MIRABETE, Julio Fabbrini & outro. Código Penal Interpretado. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 987.

²¹MIRABETE, Julio Fabbrini & outro. Código Penal Interpretado. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 993.

²² MIRABETE, Julio Fabbrini & outro. Código Penal Interpretado. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 996.

²³MIRABETE, Julio Fabbrini & outro. Código Penal Interpretado. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 998.

Conforme se verifica, existem dois tipos de aborto: o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento e o aborto provocado por terceiro. O segundo tipo subdivide-se em aborto com e sem consentimento da gestante.

O aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (artigo 124), pune a conduta de provocar em si mesma o aborto (auto aborto) ou a conduta de consentir que outrem o realize.

As hipóteses de aborto previstas no artigo 124 do Código Penal são consideradas crimes próprios, posto ser a própria gestante o sujeito ativo de tal delito.

A pena prevista para as modalidades de aborto do artigo 124 é reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Já os artigos 125 e 126 do Código Penal preveem o aborto realizado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante.

No primeiro caso, não há a concordância e o consentimento da gestante para que o terceiro realize o aborto. Neste caso, a pena é de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Na segunda hipótese, exige-se o consentimento livre e espontâneo da gestante, autorizando, assim, a realização do aborto.

A punição prevista para o crime do artigo 126 é reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A legislação prevê ainda um aumento de pena quando da configuração da forma qualificada dos crimes de aborto. As penas dos artigos 125 e 126 são aumentadas de um terço, caso a gestante sofra lesão corporal grave quando da

realização do aborto. Se a gestante falecer em decorrência do aborto, tais penas são duplicadas.

Diante de todo o exposto, verifica-se que o Código Penal trata a conduta do aborto, em regra, como crime, dividindo-o em duas modalidades: o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento (artigo 124 do Código Penal) e o aborto provocado por terceiros (artigos 125 e 126 do Código Penal).

Entretanto, o próprio Código prevê duas hipóteses que excepcionam tal regra: o aborto necessário e o aborto humanitário, que são considerados excludentes de ilicitude, conforme determina o artigo 128 do mesmo codex.

Dessa frente, pode-se verificar que apesar da criminalização da conduta de aborto, o Código Penal inspirou-se no caráter humanitário de nossa Constituição Federal, determinando duas exceções a este crime.

Com a devida análise da regulamentação e criminalização do aborto, podemos caminhar para o tema central do presente trabalho: o aborto nos casos de anencefalia.

4 O ABORTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA

4.1 Histórico do aborto dos portadores de deficiência

O tema aborto tem sido discutido desde a antiguidade. No entanto, de acordo com a Ilustre escritora Anelise Tessaro (2006, p. 21), tal discussão não ficava restrita apenas aos casos dos fetos saudáveis e viáveis, mas também com relação aos fetos portadores de anomalias congênitas incompatíveis com a vida fora do útero.

Durante a antiguidade, por não possuírem tecnologia suficiente e adequada para a verificação de anomalias congênitas dentro do útero, não era possível realizar o atual aborto congênito. Assim, todos os procedimentos tomados com relação a isso eram realizados logo após o nascimento.

Isto pode ser verificado na Grécia Antiga: quando do nascimento de um bebê com alguma deformidade física, este era abandonado no alto de uma montanha.

Na mesma linha seguiam os Brâmanes, que abandonavam ou matavam os recém-nascidos que pareciam possuir má-índole.

Já os Espartanos, jogavam do Monte Tajeito os recém-nascidos que possuíssem alguma má-formação, posto considerarem que tais bebês eram inúteis e imprestáveis para a comunidade espartana.

No Brasil, os índios além de matarem o recém-nascido que possuísse alguma doença ou má-formação, matavam os seus gêmeos e os adultos que possuíssem doenças incuráveis.

Com o aparecimento do cristianismo, tais práticas foram sendo deixadas de lado, sendo substituídas pela ideia de que a vida é sagrada e intocável.

No entanto, durante o nazismo, a ideia de purificação da raça ariana e de eugenia tomaram proporções assustadoras, trazendo à tona atrocidades terríveis perpetradas na busca pela perfeição humana.

Assim, verifica-se que a discussão em torno das anomalias congênitas não é recente. Na realidade, o tempo nos mostra um amadurecimento do tema, que evoluiu juntamente com a tecnologia para a detecção de tais problemas já dentro do útero.

4.2 Anencefalia – conceito

A anencefalia é uma má-formação do encéfalo, que faz parte do sistema nervoso central, compreendendo o cérebro, o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano.

Os portadores de tal doença não possuem parte do sistema nervoso central, conservando apenas o tronco encefálico ou parte dele. Assim, ficam

totalmente prejudicadas as funções ligadas à consciência, cognição, comunicação, percepção e emoção.

Permanece apenas a função vital (sistema respiratório e cardíaco), e as reações reflexas (características do estado vegetativo), como a capacidade de controle de temperatura e os movimentos de sucção e deglutição.

Dessa frente, verifica-se que o recém-nascido portador de anencefalia jamais desenvolverá consciência, posto as incapacidades geradas pela falta de grande parte de seu sistema nervoso central, estando fadado à vida vegetativa.

No entanto, o que causa a má-formação do encéfalo?

De acordo com a escritora Carolina Alves de Souza Lima, conforme “estudos epidemiológicos, a malformação 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”²⁴.

Para José Luiz Dias Gherpelli,

A anencefalia resulta de uma falha no fechamento da porção anterior (cranial) do tubo neural. Assim, nos casos mais graves o defeito estende-se do nível da lamina terminal (local onde ocorre o fechamento do neuroporo anterior) até o forame magno (local onde se inicia o processo de fechamento da porção craniana do tubo neural). A malformação implica na ausência do desenvolvimento dos ossos do crânio, o que dá à criança fácies aberrante característica²⁵.

²⁴ LIMA, Carolina Alves de Souza Lima. Aborto e Anencefalia – Direitos Fundamentais em Colisão.

²⁵ GHERPELLI, José Luiz Dias. A Neurologia que Todo Médico Deve Saber. 2.ed. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 418.

Ademais, tal má-formação é letal. Quando os conceitos já não nascem mortos, os recém-nascidos possuem pouquíssimo tempo fora do útero. O prognóstico para tais bebês é um único: a deterioração da vida, culminando em sua morte.

Assim, com a devida conceituação da anencefalia, passa-se para a análise da aplicação dos critérios de detecção de morte encefálica aos portadores de anencefalia.

Conforme anteriormente exposto, não há um consenso para a aplicação dos critérios de detecção de morte encefálica em crianças menores de 7 (sete) dias e prematuros. Da mesma forma, não há um posicionamento claro e determinado para essa detecção nos casos de portadores de anencefalia.

No entanto, a questão mais contestável em tal discussão é se o portador de anencefalia possui ou não vida.

Para muitos cientistas e juristas, os recém-nascidos portadores de anencefalia são natimortos, não precisando, assim, de comprovação de sua morte.

Para corroborar com tal posicionamento, as disposições da Resolução 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina preveem que o momento da morte é o momento em que ocorre a morte cerebral, fazendo com o recém-nascido portador de anencefalia seja considerado um natimorto.

“CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial (...)”²⁶

No mesmo sentido vai a Resolução nº 1.949/2010 do Conselho Federal de Medicina, que entende desnecessária a aplicação dos critérios para a constatação da morte encefálica, já que o feto não possui grande parte de seu cérebro:

²⁶ RESOLUÇÃO CFM nº 1.480/97. Disponível em:

http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. Último acesso em 04/10/2012.

“**CONSIDERANDO** que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica”²⁷

O posicionamento adotado no presente trabalho vai na contramão das Resoluções do Conselho Federal de Medicina e de diversos médicos e juristas, já que defende que os portadores de anencefalia possuem sim vida. Senão vejamos:

Inicialmente, se os recém-nascidos portadores de anencefalia não possuíssem vida, totalmente descabida e sem fundamento jurídico a discussão da legalidade ou não/ criminalização ou não da realização do aborto em tais situações.

Ademais, mesmo com a inexistência de grande parte do sistema nervoso central, os anencéfalos possuem o tronco encefálico, ou parte dele, que garante ao recém-nascido doente as funções vegetativas expostas anteriormente.

Diante disso, fica evidente que equiparar o natimorto com a anencefalia é um grande equívoco, já que para a determinação da morte encefálica mister verificar a reversibilidade ou não do coma, a inexistência de quaisquer reflexos do tronco encefálico e a inexistência total de atividade cerebral cortical.

Ao contrário do natimorto, os portadores de anencefalia possuem, mesmo que por um curtíssimo período de tempo, o funcionamento do tronco encefálico, o que faz com que mantenha as funções vitais e reflexos vegetativos.

Frente a isto, pode-se concluir que: os portadores de anencefalia possuem sim vida, mesmo que esta seja intensamente precária. Assim, no próximo item do presente Capítulo iremos abordar detalhadamente a realização do aborto nesses casos.

²⁷ RESOLUÇÃO CFM nº 1949/2010 Publicada no D.O.U., 6 julho de 2010, seção I, p.85. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1949_2010.htm. Último acesso em 04/10/2012.

4.3 O aborto do anencéfalo

Com os avanços tecnológicos, é possível diagnosticar a anencefalia logo no início da gestação, por meio dos exames pré-natais. Com o diagnóstico de anencefalia “fechado”, é possível que a gestante escolha entre continuar com a gravidez ou interrompê-la.

Nos casos de anencefalia há a indicação para a realização do aborto eugênico, já que o feto é portador de doença que impossibilita a sua vida extrauterina.

Como a legislação pátria não prevê esse tipo de aborto faz-se necessária a autorização judicial para que o mesmo possa ser feito, através de alvará.

Assim, mesmo com o diagnóstico de anencefalia, a gestante terá que se dirigir ao judiciário e solicitar autorização para a realização do aborto, sob pena do mesmo ser considerado criminoso.

Na atualidade, com a fundamentação de que o aborto de fetos portadores de anomalia fetal grave estaria incluído entre os fatores para ensejar realização do aborto necessário (art. 128 do Código Penal), diversos alvarás foram concedidos à gestantes com gravidez de anencéfalos.

Com isso, não obstante a ausência de legislação sobre o assunto, o aborto de fetos anencéfalos deveria estar presente entre as hipóteses do aborto necessário, frente ao grave abalo emocional da gestante e da certeza da impossibilidade de vida extrauterina.

Segundo Anelise Tessaro (2006, p. 81), mesmo que não haja risco de vida iminente a gestante, a continuidade desta gravidez trará a gestante um imenso abalo mental, afetando gravemente seu psicológico.

Ademais, existe o risco em potencial no caso da gestante se socorrer de clínicas clandestinas de aborto, que poderão realizar tal procedimento sem nenhum tipo de preparo necessário, causando lesões, ou até mesmo a morte da gestante.

Neste sentido:

É necessário utilizar as técnicas disponíveis para estudo e diagnóstico de problemas no feto, dando as mães que se tornam verdadeiros 'caixões ambulantes', a possibilidade de decidir sobre a manutenção ou não da gravidez. (...) É tortura obrigar uma mãe, contra a sua vontade, a manter uma gravidez por vários meses se o resultado final for o óbito do nascituro²⁸.

Diante das ponderações supra-apresentadas, mister afirmar que o aborto nos casos de anencefalia fetal deve ser inserido no rol do artigo 128 do Código Penal, para que passe a compô-lo como mais uma das modalidades de aborto necessário, sendo considerado, assim, um excludente de ilicitude.

Com a inserção de tal aborto nas hipóteses de aborto necessário apontadas pelo artigo 128 do Código Penal Brasileiro, ficará a gestante dispensada de dirigir-se ao judiciário para requerer a autorização para efetuar-lo, bastando o diagnóstico do médico, atestando a existência da anencefalia.

²⁸ SUPPLY, Marta et al. Projeto de Lei 1.956/96 – Autoriza a interrupção da gestação nos casos previstos na presente lei. < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17451>>. Último acesso: 04/10/2012.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO

O tema discutido no presente trabalho gera grandes debates e discussões. Neste capítulo abordaremos um dos pontos discutidos: o conflito entre direitos fundamentais.

Quando falamos sobre aborto de feto anencéfalo, três grandes direitos fundamentais entram em colisão, quais sejam o direito à vida intrauterina do anencéfalo, o direito à saúde e o direito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher.

Iniciaremos pelo direito do nascituro: Do Direito à Vida Intrauterina do Anencéfalo.

5.1 Direito à Vida Intrauterina do Anencéfalo

Conforme a Constituição Federal, o nascituro é titular de diversos direitos, desde a sua concepção. O mais importante de tais direitos é o direito à vida.

Como anteriormente exposto, o feto portador de anencefalia, apesar de não possuir perspectiva de vida após o nascimento, é considerado um ser com vida. Assim, como qualquer outro feto vivo, o feto portador de anencefalia também possui direitos protegidos pela legislação pátria.

O direito fundamental vida é protegido por diversas legislações, que trazem proteção ampla e plena, bem como específica aos nascituros.

Primeiramente, nossa Constituição Federal, em seus artigos 3 e 5 apresenta o direito à vida como o mais importante dos direitos fundamentais:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(...)

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)²⁹

De forma mais específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê proteção ao direito à vida:

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. 35 ed. Editora Saraiva, 2005.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.³⁰

No entanto, o feto portador de anencefalia nunca apresentará qualquer tipo de consciência após o nascimento, não possuindo “competência biológica para adquirir consciência de si e do mundo e para se relacionar”³¹, estando fadado a uma vida vegetativa durante os breves momentos em que estiver vivo.

Assim, caso a gestante decida por dar continuidade à gravidez de um anencéfalo, e este nasça vivo, terá todos os direitos de um nascituro saudável, devendo ser tratado com dignidade, posto ser um atributo intrínseco a todo ser vivo.

Todavia, o nascituro portador de anencefalia não terá uma vida digna, já que terá uma vida breve e vegetativa, ou seja, precária.

Frente a tal situação, que os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher começam a conflitar com o direito à vida do nascituro.

5.2 Direito à saúde

Da mesma forma que o direito à vida, o direito à saúde também está previsto em nossa Constituição Federal, em seu artigo 6, como um direito social.

³⁰ BRASIL, BRASÍLIA, DF. Lei 8069 de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Último acesso: 04/10/2012.

³¹ LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e Anencefalia – Direitos Fundamentais em Colisão. 1. Ed. Curitiba:Juruá, 2009, p 107.

De acordo com a OMS (Organização Mundial da Saúde), a saúde é o “completo bem estar físico, psíquico e social”³², sendo um conceito amplo que abrange inúmeros aspectos do ser humano e de sua vida.

Diante de tal conceito, pode-se verificar que o direito à saúde também é amplo e abrangente, protegendo a saúde em si (bem jurídico), bem como assegurando e garantindo meios do Governo resguardá-lo.

Para a devida proteção da saúde da mulher nos casos do aborto do anencéfalo, além da legislação específica prevendo sua realização, mister a existência de políticas públicas e intervenção e colaboração do Estado, para que a mesma receba todo o apoio psicológico e médico para o procedimento.

No entanto, o principal ponto do direito à saúde nos casos de gestação de anencéfalos, são as consequências físicas, psicológicas e sociais que acompanham esta gravidez.

A continuidade desta gestação acarretará em grande sofrimento psicológico à gestante, bem como em seu convívio social.

Ademais, a não interrupção da gravidez do anencéfalo pode gerar graves e perigosos riscos à saúde da gestante, podendo levá-la a morte.

Dessa frente, a regulamentação do aborto nesses casos garantiria a proteção e resguardo do direito à saúde da mulher, evitando diversas consequências negativas e inevitáveis.

5.3 O direito à liberdade de autonomia de reprodução

³² LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e Anencefalia – Direitos Fundamentais em Colisão. 1. Ed. Curitiba:Juruá, 2009, p 108.

O direito à liberdade de autonomia reprodutiva liga-se diretamente ao direito à dignidade humana.

A dignidade é um direito intrínseco a todo e qualquer ser humano, sendo estes completamente indissociáveis, podendo ser verificada no reconhecimento e proteção dos demais direitos fundamentais, como o direito à liberdade de autonomia de reprodução.

Assim, o direito de decidir sobre a sua própria vida e seus diversos aspectos é uma forma importantíssima e fundamental de respeitar o direito à dignidade humana, bem como da autonomia de reprodução.

A gestante deve ter o direito de decidir se quer ou não prosseguir com uma gravidez que terá um único e desastroso final, que irá interferir com o seu psicológico e corpo de forma extremamente agressiva.

A proteção do direito à liberdade de autonomia de reprodução nos casos de anencefalia garantiria que a mulher decidisse pela interrupção da gestação, sem que tal conduta configurasse crime, bem como criaria meios para realizar a interrupção de forma correta.

A obrigatoriedade da manutenção de tal gravidez apenas leva em consideração apenas o direito à vida do feto, descartando por completo os direitos fundamentais da gestante.

Dessa frente, obrigar que uma mulher leve a diante uma gestação indesejada e perigosa em razão do diagnóstico de anencefalia ofende frontalmente o direito à liberdade de autonomia de reprodução, já que impede que a gestante decida sobre um importante aspecto de sua vida: sua reprodução.

6 O ABORTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA E A RELIGIÃO

O aborto, como anteriormente exposto, é um tema polêmico e muito debatido entre as ciências médicas e jurídicas.

No entanto, não são apenas essas áreas que se interessam sobre o tema. Tal assunto também é discutido pelas diversas religiões existentes. Senão vejamos:

A igreja católica sempre foi declaradamente contrária ao aborto, mesmo quando era realizado para salvar a vida da gestante. Esta contrariedade justificava-se no fato dos católicos acreditarem que a morte do feto anencéfalo sem a realização do batismo significaria a perdição de sua alma, que nunca chegaria ao Reino de Deus.

No entanto, a Igreja Católica mudou seu entendimento sobre o assunto, passando a aceitar a interrupção da gestação para salvar a vida da gestante (aborto necessário).

Mesmo com tal mudança de posicionamento, a igreja católica ainda repudia o aborto nos casos de anencefalia ou outra anomalia fetal fatal, posto acreditarem que a ciência ainda não é capaz de diagnosticar de forma precisa e absoluta tais doenças.

Na mesma linha de pensamento, os espíritas e os judeus apenas admitem a realização do aborto para salvar a vida da gestante, rechaçando a possibilidade do aborto nos casos de malformação fetal.

Constituindo uma pequena parcela, apenas os protestantes apoiam a realização do aborto de fetos portadores de malformações fatais.

Nesses casos, os protestantes analisam tal discussão com base em princípios humanitários e morais, não pensando apenas na vida do feto portador de anencefalia, mas também nas inúmeras consequências negativas que a manutenção de tal gravidez acarretará na gestante.

Frente a isto: verifica-se que o aborto de anencéfalo continua sendo fortemente repudiado pela maioria das comunidades religiosas, dificultando ainda mais a conscientização de que tal procedimento deve ser considerado licito e, por muitas vezes, necessário.

7 DECISÃO DO STF SOBRE O ABORTO DE ANENCÉFALOS E OS PROJETOS DE LEI SOBRE O TEMA

Diante do intenso debate sobre o aborto do anencéfalo, em junho de 2004 foi apresentada a ADPF nº 54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

O intuito desta ação era o reconhecimento do direito da gestante em interromper a gravidez no caso do feto ser portador de anencefalia, independentemente de pedido e autorização judicial, considerando tal conduta lícita.

As quatro teses arguidas pelos autores da ADPF nº 54 eram:

- 1) A interrupção voluntária de uma gravidez de feto anencéfalo não pode ser considerada aborto, já que para a realização do aborto, pressupõe-se a possibilidade de vida fora do útero da mãe. No caso de um feto anencéfalo, este não conseguirá sobreviver após o parto, não havendo, assim, a potencialidade de vida extrauterina;
- 2) No caso de tal conduta ser considerada aborto, esta hipótese está prevista no rol do artigo 128 do Código Penal, como uma excludente de ilicitude;

- 3) A interrupção da gestação em razão da anencefalia deve ser analisada com base no princípio da dignidade humana, o que faz com que o Código Penal não seja aplicado nesses casos;
- 4) A obrigação da gestante em manter a gestação de um feto anencéfalo colide frontalmente com dois direitos fundamentais da mulher: o direito à saúde e o direito à liberdade de autonomia de reprodução.

Diante das teses supra apresentadas, oito dos dez ministros do Supremo Tribunal Federal votaram pela constitucionalidade e legalidade da interrupção voluntária da gravidez, no caso de gestação de feto anencefálico.

Assim, o ministro Celso de Mello julgou totalmente procedente a ADPF 54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), ajuizada perante o STF pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

Conforme seu voto, o Ministro Celso de Mello comina interpretação de acordo com nossa Constituição Federal ao artigo 128 do Código Penal, reconhecendo que a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia não constitui crime.

No entanto, a interrupção desta gravidez está condicionada ao diagnóstico da anencefalia por médico habilitado.

Afirma, ainda, que a mulher possui o direito de optar pela manutenção ou não de uma gravidez de anencéfalo, tendo garantido seus direitos fundamentais à saúde, à liberdade de autonomia de reprodução e à dignidade humana.

Julgo integralmente procedente a ação, para confirmar o pleno direito da mulher gestante de interromper a gravidez de feto comprovadamente portador de anencefalia, dando interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, para que, sem redução de texto, seja declarada a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* (para todos) e efeito vinculante, de qualquer outra interpretação que obste a

realização voluntária de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico.

(...) esta malformação fetal seja diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado (...)

(...) O STF, no estágio em que já se acha este julgamento, está a reconhecer que a mulher, apoiada em razões fundadas nos seus direitos reprodutivos e protegida pela eficácia incontrastável dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, tem o direito insuprimível de optar pela antecipação terapêutica de parto nos casos de comprovada malformação fetal por anencefalia; ou então, legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada, o direito de manifestar sua liberdade individual, em clima da absoluta liberdade, pelo prosseguimento natural do processo fisiológico de gestação³³.

Na mesma linha seguiu o Ministro Marco Aurélio, que afirmou que a obrigatoriedade na manutenção da gravidez de um feto anencéfalo afronta os princípios fundamentais expressamente previstos em nossa Carta Magna.

Para o Ministro, é totalmente descabido a submissão dos direitos à saúde, à liberdade de autonomia de reprodução e à dignidade humana ao direito à vida de um feto que não possui nenhuma perspectiva de vida fora do útero materno.

³³ BRASIL, BRASÍLIA, DF. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello – ADPF 54. 12/04/2012.

Disponível em:

<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3085430/decano-vota-pela-descriminalizacao-da-interruptao-de-gravidez-de-feto-anencefalico>. Último acesso: 04/10/2012.

Frente a isso, concluiu seu voto sustentando a descriminalização do aborto nos casos de anencefalia.

Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. (...)

(...) A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher”³⁴.

Já a Ministra Rosa Weber, afirma que o que está em jogo:

(...) “é o direito da mãe de escolher se ela quer levar adiante uma gestação cujo fruto nascerá morto ou morrerá em curto espaço de tempo após o parto, sem desenvolver qualquer atividade cerebral, física, psíquica ou afetiva, própria do ser humano.”³⁵

Afirma que a criminalização da interrupção de tal gravidez afronta diversos princípios maiores do direito, impedindo a garantia e exercício dos seus direitos à dignidade humana, à saúde e liberdade de reprodução.

Expõe, ainda, que cabe à gestante a decisão de interromper ou não a gravidez de feto anencéfalo, garantindo e preservando seu direito de escolha.

Assim, conclui a Ministra Rosa Weber pela procedência da ADPF nº 54, afirmando que a interrupção da gestação de um feto anencéfalo não é uma conduta

³⁴ BRASIL, BRASÍLIA, DF. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello – relator, p. 76 e 79, 11/04/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Último acesso: 04/10/2012.

³⁵ BRASIL, BRASÍLIA, DF. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Voto da Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portaWeb/7/noticia/152638056660e79aa3422b3c20f803cb.html>. Último acesso: 04/10/2012.

típica e dever ser analisada de acordo com a Constituição Federal, aplicando-se seu perfil humanista.

A gestante deve ficar livre para optar sobre o futuro de sua gestação do feto anencéfalo. (...)

(...) Todos os caminhos, a meu juízo, conduzem à preservação da autonomia da gestante para escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos.

A postura contrária, a meu juízo, não se mostra sustentável, em nenhuma dessas perspectivas e à luz dos princípios maiores dos direitos, como o da dignidade da pessoa humana, consagrada em nossa Carta Maior, no seu artigo 1º, inciso III. Diante do exposto, voto pela procedência da presente ação, para dar interpretação conforme aos artigos 124 e 126 do Código Penal, excluindo, por incompatível com a nossa Lei Maior, a interpretação que entende a interrupção ou antecipação do parto, em caso de anencefalia comprovada, como crime de aborto³⁶.

A jurisprudência anterior à decisão proferida pelo STF seguia no mesmo sentido:

0005182-45.2012.8.19.0000 – Habeas Corpus – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Rel. Des. José Muiños Piñeiro Filho
Ação constitucional. Habeas corpus. Pedido de autorização para interrupção de gravidez. Diagnóstico de anencefalia fetal. Indeferimento pelo juízo impetrado, ao argumento de falta de amparo legal. Cabimento da ação constitucional. Possibilidade de restrição à liberdade de locomoção. Jurisprudência recente do supremo tribunal federal sobre

³⁶ BRASIL, BRASÍLIA, DF. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Voto da Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/7/noticia/152638056660e79aa3422b3c20f803cb.html>. Último acesso: 04/10/2012.

cabimento de habeas corpus. Interpretação restritiva do cabimento da ação constitucional.

Anteprojeto do código de processo penal. Restrição de 'lege ferenda'. Interpretação ampla do cabimento do writ para salvaguardar garantias constitucionais. Necessidade de afastamento da norma incriminadora. Risco à liberdade ambulatorial. Adequação da via eleita. Apontada ilegalidade diante da decisão fundamentada de forma insuficiente. Pós-positivismo. Aplicação de princípios, como decorrência da regra insculpida no artigo 4º da lei de introdução às normas de direito brasileiro (decreto-lei nº4657/42) e do princípio da inafastabilidade de apreciação da pretensão da requerente pelo poder judiciário (art.5º, xxxv da constituição do Brasil). Interpretação conforme a constituição (preâmbulo, artigos 1º, inciso iii; 3º, inciso i; 5º, caput e incisos iii e vi; 6º; 196; 226, §7º). Liminar parcialmente referendada pelo supremo tribunal federal na adpf nº 54 determinando a suspensão dos processos sobre o tema.

Artigo 5º, §3º da lei nº 9882/99. Urgência nas decisões envolvendo autorizações judiciais para interrupção de gestações de fetos anencéfalos. Princípios da razoabilidade e da efetividade da jurisdição. Breve resumo da Adpf nº 54/94. Considerações técnico-científicas sobre anencefalia. Nova redação do artigo 128 do Código Penal, proposta e já aprovada pela comissão – Julg.:13/03/2012 - Publ.: 02/04/2012 de juristas instituída pelo senado federal para elaboração de anteprojeto de Código Penal.

Definição médica de anencefalia. Referências históricas sobre o aborto. Aborto no direito comparado. Projetos de lei no brasil. Decisões judiciais sobre o tema. Precedentes deste egrégio tribunal de justiça. Diversidade de fundamentos para concessão do writ. Atipicidade da conduta. Equiparação da anencefalia ao conceito de morte encefálica para fins de transplante de órgãos (lei nº 9434/97). Divergência da literatura médica a respeito do tema, em razão do

funcionamento do tronco cerebral do feto anencéfalo. Incompatibilidade com o conceito de vida adotado pelo direito civil.

Insuficiência do fundamento. Atipicidade da conduta. Lições da doutrina. Analogia 'in bonam partem'. Artigo 128 do código penal. Causa supralegal de exclusão de ilicitude. Ponderação de interesses. Congruência do sistema jurídico. Aborto terapêutico e aborto sentimental. Prevalência do direito à integridade física, psíquica, moral e social da gestante que deve ser estendida à hipótese de anencefalia, porque inviável a vida extrauterina. Exculpantes penais. Inexigibilidade de conduta diversa. Princípio da dignidade humana.

Proibição de submissão a tortura, tratamento desumano ou degradante. Constrangimento ilegal caracterizado. Concessão da ordem³⁷.

Seguindo os mesmos fundamentos:

2003.059.05355 – HABEAS CORPUS DES. MARLY
MACEDONIO FRANCA – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO
DE JANEIRO

Julgamento: 16/12/2003 - QUINTA CAMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS

ABORTO AUTORIZACAO JUDICIAL DOENCA CONGENITA
INDEFERIMENTO ORDEM CONCEDIDA

"Habeas Corpus". Aborto. Feto anencefálico. Autorização judicial indeferida. Cabimento do "writ". Decisão judicial imparcial. Princípios da dignidade da pessoa humana, da

³⁷ *Habeas Corpus* 0005182-45.2012.8.19.000 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Relator Des. José Muiños Piñeiro Filho. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1216648/boletim-do-servico-de-difusao-47.pdf>. Último acesso: 04/10/2012.

razoabilidade e da lesividade. "Habeas Corpus" que merece conhecimento em razão da necessária celeridade e também pelo risco à locomoção da paciente advindo de eventual prática do ato sem autorização. A decisão judicial a ser proferida no presente não pode se fundar em valores éticos, religiosos, morais e afetivos - todos eminentemente pessoais, nem pode pretender retratar a decisão certa, porque impossível ao ser humano, pois a vida é assunto divino. Todavia, a decisão deve observar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade, buscando uma solução justa, o que significa permitir a gestante ter assegurado o direito de escolher entre interromper a gravidez ou levá-la a termo, para ver nascer e morrer o filho, que comprovadamente não tem como sobreviver, por padecer de anencefalia. Ademais, à luz do princípio da lesividade do bem jurídico tutelado, é possível admitir-se atipicidade do aborto, "in casu", pela inexistência de vida do feto anencefálico, mormente à luz do disposto no artigo 3.º, da Lei n. 9434/97, que dispõe ser possível o transplante apenas após a constatação de morte encefálica. Concessão da ordem. Ementário: 28/2004 - N. 04 - 22/09/2004 REV. DIREITO DO T.J.E.R.J., v. 63, p. 335.³⁸

Com a decisão do STF a respeito da legalidade da realização do aborto do feto anencéfalo, o Conselho Federal de Medicina publicou em 10 de maio deste ano a Resolução nº 1.989/2012.

Esta resolução apresenta os parâmetros para a realização do aborto, explicitando que tal prática não será considerada crime.

³⁸ *Habeas Corpus* 2003.059.05355 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Relator Des. Marly Macedonio Franca, 16/12/2003. In. Revista Jurídica – Serviço de Pesquisa Jurídica (SEAPE) – Anencefalia, p.9. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c2c9e62f-887a-438d-953b-a652fadf806a&groupId=10136. Último acesso: 04/10/2012.

A resolução nº 1.989/2012 (cópia da íntegra e da exposição de motivos anexas a partir da p. 62) também traz o procedimento a ser tomado pela gestante e pelo médico para a realização de tal procedimento, determinando ainda que não é mais necessária a autorização judicial para tanto.

O procedimento trazido na resolução determina que para a realização do aborto faz-se necessário diagnóstico inequívoco da anencefalia e que somente o médico poderá realizar e interpretar os exames, emitir laudo técnico sobre a doença e realizar o procedimento em si.

Para o devido diagnóstico da anencefalia, o médico deverá realizar uma ultrassonografia (a partir da 12ª semana de gestação), devendo conter fotos e um laudo atestando a existência da doença.

Após o diagnóstico, o médico deve prestar todos os esclarecimentos à gestante, que a partir daí poderá escolher manter ou interromper a gestação.

Frente a isso, verifica-se que a resolução supra citada veio para estipular os meios de diagnóstico e procedimentos para que o aborto seja realizado da maneira mais segura e adequada possível.

Ademais de Leis foram propostos, com o intuito de alterar o Código Penal, acrescentando o aborto nos casos de anencefalia no rol das excludentes de ilicitude do artigo 128.

O Projeto de Lei nº 4360/2004, elaborado pelo Deputado Dr. Pinotti propõe o acréscimo de um inciso ao artigo 128 do Código Penal, prevendo expressamente a exclusão da ilicitude da interrupção da gestação nos casos de anencefalia, desde que a anencefalia seja devidamente comprovada por dois médicos.

A justificativa deste projeto de lei é de que a obrigatoriedade da manutenção da gravidez nos casos de anencefalia é um fardo muito pesado para a gestante, que sofrerá grande desgaste psicológico, físico e social.

Este projeto de lei privilegia os direitos fundamentais da mulher, levando em consideração o fato do feto com anencefalia não tem chances de sobreviver fora do útero materno ou então viverá por brevíssimo período de tempo.

Há também o Projeto de Lei 4403/2004, apresentado pela Deputada Jandira Feghali e Outros.

Com o mesmo objetivo do Projeto de Lei 4360/2004, o projeto 4403/2004 também prevê a acrescimo do inciso III no artigo 128 do Código penal, inserindo mais uma hipótese de aborto terapêutico no rol das excludentes de ilicitude.

Neste caso, há a necessidade de evidências clínicas baseadas em técnicas de diagnóstico complementar para que o aborto seja realizado.

A justificativa deste projeto de lei baseia-se na possibilidade de optar ou não pela continuidade da gestação, devendo a gestante ponderar se terá ou não condições físicas e psicológicas para levar a termo a gravidez.

O terceiro e último projeto analisado é o Projeto de Lei do Senado 50/2011, elaborado pelo Senador Mozarildo Cavalcanti.

Este projeto prevê a inserção do inciso III no artigo 128 do Código Penal, que determina que o aborto realizado nos casos de anencefalia e com a devida concordância da gestante, não é crime.

A justificativa apresentada pelo projeto de lei é a impossível viabilidade do feto após o parto, que nunca terá experiências realmente humanas.

Todos os projetos de lei supra-apresentados possuem um mesmo intuito: a aplicação de um pensamento mais humanista e digno ao tema discutido, levando em conta não apenas o direito à vida do feto anencéfalo, mas também dos direitos fundamentais da gestante, que terá que manter uma gestação indesejada em razão da total inviabilidade do feto.

Frente a isso, verifica-se que a alteração do Código Penal se faz necessária e urgente, respeitando os preceitos e intuitos da Constituição Federal Brasileira, que prega o humanismo e dignidade da pessoa humana.

A alteração do Código Penal irá regulamentar uma prática que, na realidade, não é um crime, mas sim uma opção da gestante. Esta opção não pode ser negada à gestante de um feto anencéfalo, já que tal negativa iria violar frontalmente a garantia de seus direitos fundamentais.

8 CONCLUSÃO

Após a detalhada exposição sobre os diversos aspectos do aborto do anencéfalo, pode-se concluir que esse tema ainda não foi totalmente explorado.

Mesmo com a decisão do STF faz-se necessária a alteração do Código Penal para acrescentar o aborto de fetos anencéfalos no rol do artigo 128, fixando definitivamente tal conduta como uma modalidade de aborto necessário.

A obrigatoriedade da manutenção de uma gestação indesejada em razão da anencefalia configura em uma grave afronte aos direitos à saúde, à liberdade de autonomia de reprodução e à dignidade humana, já que expõe a gestante às inúmeras consequências negativas, afetando diretamente seu psicológico, seu corpo e o meio em que vive.

Frente a isso, verifica-se que o aborto nos casos de anencefalia adequa-se perfeitamente aos ideais pregados pela Constituição Federal e o Código Penal, já que busca a resposta mais humanitária dentro de um conflito de direitos fundamentais.

Conclui-se, assim, que o aborto do feto anencéfalo é lícito e eticamente correto, devendo estar previsto como uma das excludentes de ilicitude do artigo 128 do Código penal.

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida: alguns desafios**. Aparecida-SP: Ed Ideias e Letras; São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo, 2004, 276 p.
- BERLINGUER, Giovanni. **Bioética cotidiana**; tradução de Lavínia Bozzo Aguilhar Porciúncula - Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2004. 280 p.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. 35. ed. Editora Saraiva, 2005. 422 p.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais** - tradução Jefferson Luiz Camargo - 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 362 p.
- EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, 223p.
- FRANÇA. Genival Veloso de. Um conceito ético de morte. In: **Direito Médico**. 7. Ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 2001.
- GHERPELLI, José Luiz Dias. **A Neurologia que Todo Médico Deve Saber**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2003.
- HUNGRIA, Nelson, **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1942. V.5,
- LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia – Direitos Fundamentais em Colisão**. 1. ed. reedit. Curitiba: Juruá, 2009. 192 p.

MARTINEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 1998.

MATOS, Maurílio Castro de - **A criminalização do aborto em questão**. Biblioteca Nacional de Portugal – Monografia. Editora Almedina, 2010, 109p.

MIRABETE, Julio Fabbrini & outro. **Código Penal Interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 2930 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, 2006.

RABELLO, Gétulio Daré. **Coma e Estados Alterados de Consciência**. Capítulo 7. In NITRINI, Ricardo; BACHESCH, Luiz Alberto (Orgs.). *A Neurologia que todo médico deve saber*. Capítulo 7. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2003.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo: Descriminalização e avanços tecnológicos da medicina contemporânea** – 1. ed (ano 2002), 4 tiragem. Curitiba: Editora Juruá, 2006, 118 p.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

BRASIL, BRASÍLIA, DF. Lei 8069 de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Último acesso: 04/10/2012.

BRASIL. SUPLCY, Marta, et al. Projeto de Lei 1.956 de 1996. Autoriza a interrupção da gestação nos casos previstos na presente Lei. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17451>> Último acesso: 04/10/2012.

BRASIL, BRASÍLIA, DF. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello – ADPF 54. 12/04/2012. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3085430/decano-vota-pela-descriminalizacao-da-interrupcao-de-gravidez-de-feto-anencefalico>>. Último acesso: 04/10/2012.

BRASIL, BRASÍLIA, DF. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello – relator, p. 79, 11/04/2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Último acesso: 04/10/2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.480 de 1997. Determina os parâmetros e procedimentos para o diagnóstico de morte encefálica. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Último acesso: 04/10/2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1949 de 2010. Revoga a Resolução CFM nº 1.752/04 e justifica. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1949_2010.htm>. Último acesso: 04/10/2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1989 de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>. Último acesso: 04/10/2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, Brasília: 1998. Disponível em:

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Último acesso: 04/10/2012.

DICIONÁRIO MICHAELIS: Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Último acesso: 12/09/2012.

Habeas Corpus 0005182-45.2012.8.19.000 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Relator Des. José Muiños Piñeiro Filho. Disponível em:

<<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1216648/boletim-do-servico-de-difusao47.pdf>>. Último acesso: 04/10/2012.

Habeas Corpus 2003.059.05355 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Relator Des. Marly Macedonio Franca, 16/12/2003. In. Revista Jurídica – Serviço de Pesquisa Jurídica (SEAPE) – Anencefalia, p.9. Disponível em:

<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c2c9e62f-887a-438d-953b-a652fadf806a&groupId=10136>. Último acesso: 04/10/2012.

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1996, **Decreto nº 592 - de 6 de julho de 1992**. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Último acesso: 04/10/2012.

ANEXOS

ANEXO A

Resolução nº 1989 de 2012 do CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>.



RESOLUÇÃO CFM Nº 1.989/2012

(Publicada no D.O.U. de 14 de maio de 2012, Seção I, p. 308 e 309)

Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90, republicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173);

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*, de 17 de junho de 2004 (ADPF-54), e declarou a constitucionalidade da antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de feto anencéfalo, o que não caracteriza o aborto tipificado nos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal, nem se confunde com ele;

CONSIDERANDO que o pressuposto fático desse julgamento é o diagnóstico médico inequívoco de anencefalia;

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para o diagnóstico de anencefalia;

CONSIDERANDO que o diagnóstico de anencefalia é realizado por meio de exame ultrassonográfico;

CONSIDERANDO que é da exclusiva competência do médico a execução e a interpretação do exame ultrassonográfico em seres humanos, bem como a emissão do respectivo laudo, nos termos da Resolução CFM nº 1.361/92, de 9 de dezembro de 1992 (Publicada no D.O.U. de 14 de dezembro de 1992, Seção I, p. 17.186);

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo a eles zelar e trabalhar, com todos os meios a seu alcance, pelo prestígio e bom conceito da profissão e pelo perfeito desempenho ético dos profissionais que exercem a Medicina legalmente;

CONSIDERANDO que a meta de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e com o melhor de sua capacidade profissional;



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

CONSIDERANDO o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o artigo 5º, inciso III da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO o teor da exposição de motivos que acompanha esta resolução;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 10 de maio de 2012,

RESOLVE:

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

Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter:

I – duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável;

II – laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.

Art. 3º Concluído o diagnóstico de anencefalia, o médico deve prestar à gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, garantindo a ela o direito de decidir livremente sobre a conduta a ser adotada, sem impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão ou para limitá-la naquilo que decidir:

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

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

I – manter a gravidez;

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

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

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

§5º Tanto a gestante que optar pela manutenção da gravidez quanto a que optar por sua interrupção receberão, se assim o desejarem, assistência de equipe multiprofissional nos locais onde houver disponibilidade.

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



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

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

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

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

Parágrafo único. A paciente deve ser informada expressamente que a assistência preconcepcional tem por objetivo reduzir a recorrência da anencefalia.

Art. 6º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 10 de maio de 2012

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA

Presidente em exercício

HENRIQUE BATISTA E SILVA

Secretário-geral

ANEXO B**EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM Nº 1.989/2012**

Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>.



EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM Nº 1.989/2012

Há mais de 20 anos, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos é realizada no Brasil mediante autorização do Poder Judiciário ou do Ministério Público. Em 12 de abril de 2012, com a conclusão do julgamento da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*, de 17 de junho de 2004 (ADPF-54), o Supremo Tribunal Federal decidiu que, à luz da Constituição Federal, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos não tipifica o crime de aborto previsto no Código Penal e dispensa, assim, autorização prévia¹. Os ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes acompanharam o voto do relator, ministro Marco Aurélio, mas acrescentaram «condições de diagnóstico de anencefalia». Celso de Mello condicionou a interrupção da gravidez a que «esta malformação fetal fosse diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado», reconhecendo à gestante «o direito de submeter-se a tal procedimento, sem necessidade de prévia obtenção de autorização judicial ou permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado». Endossou, ainda, a proposta do ministro Gilmar Mendes «no sentido de que fosse solicitada ao Ministério da Saúde e ao Conselho Federal de Medicina a adoção de medidas que pudessem viabilizar a adoção desse procedimento». Prevaleceu, contudo, o entendimento majoritário de que essa matéria deveria ficar a cargo deste Conselho Federal de Medicina, sem prejuízo, na área de sua competência, da respectiva regulamentação do Ministério da Saúde.

A partir dessa decisão, a interrupção da gravidez saiu do âmbito de uma decisão jurídica ou estritamente judicial para tornar-se um protocolo dos programas de atenção à saúde da mulher, exigindo, deste Conselho, a definição dos critérios médicos para o diagnóstico dessa malformação fetal, bem como a criação de diretrizes específicas para a assistência médica à gestante.

Desde o início da discussão sobre a legalidade e a constitucionalidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, restou perceptível a impropriedade conceitual das expressões “aborto”, “aborto eugênico”, “aborto eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação” para designar a *antecipação terapêutica do parto* nesses casos. No Direito, em especial no Direito Penal, desde a década de 50 há uma lição de Nelson Hungria sobre situação equiparável, em que o conceito de aborto também foi afastado:

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*, de 17 de junho de 2004. Relator ministro Marco Aurélio, plenário, sessão extraordinária, julgada em 12 de abril de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico nº 79*, de 24 de abril de 2012: «Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Impedido o Senhor Ministro Dias Tóffoli.»



«No caso de gravidez extrauterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto»².

O relator da ADPF-54, ministro Marco Aurélio, que inclusive citou essa mesma lição, reafirmou a necessidade de se diferenciar, no âmbito jurídico-constitucional, o binômio *aborto* e *antecipação terapêutica do parto*:

«Para não haver dúvida, faz-se imprescindível que se delimite o objeto sob exame. Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40), que impeça a *antecipação terapêutica do parto* na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme a Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, *consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto*.

Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia».

No contexto jurídico, esse excerto demonstra que a *antecipação terapêutica do parto* não se confunde com o *aborto*. Além do mais, a interrupção da gravidez, nos casos de anencefalia, antecipa o momento oportuno do parto, referindo-se ao fim natural da gestação e não à sua temporalidade, contada em semanas na data em que ocorrer a interrupção.

A expressão não se sobrepõe à tradição da semiologia médica que classifica a interrupção da gravidez como aborto ou antecipação do parto, a depender da idade gestacional. Mas é

² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: artigos 121 a 136*. vol. V, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 297-8.



necessário manter a coerência da construção jurídica feita pela ADPF-54³ com a normatização deste Conselho Federal de Medicina. Mais do que questão de semântica ou de semiologia médica a se considerar, trata-se da necessidade de se manter a conformidade com o marco jurídico. Por essa razão, manteve-se, na epígrafe da resolução, a expressão *antecipação terapêutica do parto*, sem prejuízo de, também, se utilizar a expressão *interrupção da gravidez*.

A resolução não normatiza nem repete temas previamente regulamentados no Código de Ética Médica, limitando-se a seu objeto, ou seja, à definição de critérios com vistas ao diagnóstico da anencefalia para a antecipação terapêutica do parto, bem como a breves disposições complementares. Não tratou, por exemplo, da objeção de consciência, tema que desperta relevantes considerações éticas, filosóficas, jurídicas e religiosas, quer nos casos de aborto legal, quer nos casos de antecipação terapêutica do parto.

O silêncio não quer dizer indiferença, mas suficiência do Código de Ética Médica na regulação da matéria. No *Capítulo I, Princípios fundamentais*, a objeção de consciência foi inserida como um direito do médico: «VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente».

A relevância desta garantia levou o Código a repeti-la no *Capítulo II, Direitos dos Médicos*: «É direito do médico: (...) IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência».

Pelas mesmas razões, a resolução apenas reafirmou o respeito à autonomia da gestante na tomada da decisão quanto a manter ou interromper a gravidez. O Código de Ética Médica impôs ao médico o dever de respeitar a decisão do paciente em diversos dispositivos. No *Capítulo I, Princípios Fundamentais*, o respeito à autonomia do paciente foi assegurado no inciso XXI: «No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas».

³ BARROSO, Luís Roberto, advogado. Petição inicial da ADPF-54. In: *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*. Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia. Letras Livres: Brasília. 2004, p. 71-119: «43. Configurados o *fumus boni iuris* e o grave *periculum in mora*, a CNTS requer, com fulcro no art. 5º, *caput* e §3º da Lei nº 9.882/99, seja concedida medida liminar para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os dispositivos do Código Penal aqui indigitados, nos casos de *antecipação terapêutica do parto* de fetos anencefálicos. E que se reconheça, como consequência, o direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento aqui referido, e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia descrita na presente ação.» (itálico apostro na transcrição)



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

A autonomia da paciente foi uma das questões mais relevantes em toda a discussão empreendida no julgamento da ADPF-54. Tão relevante que justifica relembrar: *autonomia*, do grego *autos* (próprio), e *nomos* (regra, autoridade ou lei) foi originariamente utilizada para expressar o autogoverno das cidades-estados independentes. Na década de 70 – tomando-se como referência o *Relatório Belmont* – a autodeterminação incorporou-se definitivamente à medicina como um valor moral e jurídico da relação médico-paciente, atribuindo a esse – o paciente – o poder de tomar decisões sobre condutas inerentes a sua pessoa. O *Relatório Belmont*, publicado em 18 de abril de 1979, resumiu os trabalhos empreendidos pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, criada pela lei conhecida como *National Research Act (Pub. L. 93 348)*, de 12 de julho de 1974.⁴ Nela foram apresentados três dos quatro princípios bioéticos adotados universalmente: autonomia, beneficência e justiça. Respeito às pessoas (autonomia) e beneficência decorreram de propostas de H. Tristram Engelhardt; o filósofo Tom L. Beauchamp, que integrou a Comissão, propôs o princípio da justiça. O quarto princípio, a não maleficência (*primum non nocere*), surgiu no livro *Princípios de ética biomédica*, da autoria de Beauchamp e James F. Childress⁵.

O respeito às pessoas, como diretriz para o consentimento informado, não foi originariamente concebido como instrumento de proteção contra riscos, mas como garantia da *autonomia e da dignidade pessoal*. Tom L. Beauchamp relata que em um dos rascunhos do *Relatório Belmont*, o de 3 de junho de 1976, o princípio do respeito às pessoas foi apresentado como *princípio da autonomia*, denominação que acabou aprovada pela Comissão.

Michael S. Yesley, diretor do *staff* profissional da *National Commission*, encontrou uma forma de sistematizar o significado de cada princípio, pela qual o princípio do respeito às pessoas deveria ser observado nas diretrizes do consentimento informado; o da beneficência, nas diretrizes para a avaliação do risco e do benefício; o da justiça, nas diretrizes para a seleção de pessoas, de sujeitos para as pesquisas.

Assim, o respeito às pessoas é, também no Código de Ética Médica, imperativo para a obtenção do consentimento informado, exigência contida no *Capítulo IV – Direitos humanos*: «É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.» E, ainda, no *Capítulo V – Relação com pacientes e familiares*: «É vedado ao médico: Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte».

⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. USA. Federal Register/Vol. 44 nº 103/Pages 30644-30646/Friday, May 25, 1979/Notices.

⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS James F.; *Principles of biomedical ethics*. 2nd. New York: Oxford University Press; 1979. Há edição brasileira: *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola. 2002.



A resolução não avançou qualquer regulação sobre o sigilo médico. À medida que a decisão de interromper a gravidez nos casos de gestação de feto anencéfalo passou a ser questão restrita à relação médico-paciente, o sigilo se submete ao disposto no *Capítulo IX* do Código de Ética Médica. Sua quebra pode caracterizar, além de infração ética, crime tipificado no Código Penal.

Sobre a documentação a ser elaborada e inserida no prontuário da paciente, a resolução estabeleceu exigências. A primeira delas é a necessidade de duas fotografias do exame ultrassonográfico, que deve ser realizado, exclusivamente, por médico com capacitação para esse fim. Reafirmou-se, nos considerandos, o inteiro teor da Resolução CFM nº 1.361/92, de 9 de dezembro de 1992 (Publicada no D.O.U. de 14.12.92, Seção I, p. 17.186): «É da exclusiva competência do médico a execução e a interpretação do exame ultrassonográfico em seres humanos, assim como a emissão do respectivo laudo». Sobre o laudo, a resolução exige que seja emitido por, no mínimo, dois médicos. Além de instrumento do diagnóstico, as fotografias são, também, documentos médicos a serem preservados.

O requisito de pluralidade – laudo emitido por, no mínimo, dois médicos – não teve o objetivo de retirar a suficiência do diagnóstico feito por um só médico; antes, indica que o Conselho Federal de Medicina assegurou o direito a uma segunda opinião, nos termos do art. 39 do Código de Ética Médica. Essa exigência não afasta o direito de a própria paciente solicitar ou buscar outras opiniões ou, ainda, de ter acesso a uma junta médica. Por mais que haja segurança no diagnóstico de anencefalia realizado com a observância dos critérios estabelecidos – a resolução se refere a diagnóstico inequívoco –, esse é um direito inalienável da paciente.

Quanto à idade gestacional, a resolução estabelece que o diagnóstico inequívoco para a interrupção da gravidez só pode ser assegurado após a 12ª (décima segunda) semana de gestação. Essa limitação foi definida com base na *leges artis*. Se com a evolução das tecnologias médicas for possível, no futuro, obter o diagnóstico inequívoco de anencefalia com idade gestacional inferior, o Conselho poderá rever esse limite.

Ainda sobre os documentos, a resolução exige uma ata do procedimento. Essa formalidade foi inspirada naquela exigida pelo §1º do art. 10 da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar. O documento, obrigatoriamente escrito e assinado, deve conter todos os esclarecimentos necessários à tomada de decisão pela gestante, seguidos de seu consentimento.

A ata, as fotografias e o laudo do exame ultrassonográfico estão sujeitos às disposições constantes no *Capítulo X – Documentos médicos* do Código de Ética Médica e integram o prontuário da paciente.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Interrompida a gravidez, há justificada preocupação deste Conselho Federal com a recorrência de gestação de feto anencéfalo, que tem cerca de cinquenta vezes mais chances de ocorrer, se não forem adotados cuidados após a antecipação terapêutica do parto. Esses cuidados incluem a contracepção imediata e, ainda, a assistência preconcepcional que deve anteceder uma nova gestação.

Estudos indicam que o uso diário de cinco miligramas de ácido fólico, por pelo menos dois meses antes da gestação, reduz pela metade o risco de anencefalia. Por isso, a resolução determina que a paciente seja referenciada para um serviço que também lhe assegure cuidados preconcepcionais, evidentemente se ela os desejar.

Determina ainda que, havendo disponibilidade, seja prestada assistência multidisciplinar tanto à paciente que decidir interromper a gravidez quanto àquela que optar por sua continuidade. Sobre esta última, a resolução assegura que a ela seja prestada assistência pré-natal, não podendo haver qualquer diferenciação em razão da opção feita. Trata-se, contudo, de gravidez de alto risco, e a assistência médica deverá ser compatível com essa condição.

Por fim, a resolução é peremptória ao afirmar que a opção pela continuidade da gravidez não legitima o abandono da paciente a seu próprio destino, independentemente da viabilidade ou inviabilidade do feto.

São esses os motivos pelos quais o Conselho Federal de Medicina edita esta resolução.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA

Relator

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Relator

JOSÉ FERNANDO MAIA VINAGRE

Relator