

CENTRO UNIVERSITÁRIO METODISTA DO IPA  
CURSO DE DIREITO

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DA  
INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE FETO ANENCÉFALO:  
UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GESTANTE**

GABRIELA JUNGES PINTO

PORTO ALEGRE

2011

**GABRIELA JUNGES PINTO**

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DA  
INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE FETO ANENCÉFALO:  
UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GESTANTE**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito do Centro  
Universitário Metodista IPA como requisito  
parcial para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito.**

**Orientador: Prof. Ms. Ricardo J. Gloeckner**

PORTO ALEGRE

2011

GABRIELA JUNGES PINTO

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DA  
INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE FETO ANENCÉFALO:  
UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GESTANTE**

O presente Trabalho de Conclusão de Curso submetido à banca examinadora integrada pelos professores abaixo firmados foi julgado e aprovado para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA.

Porto Alegre, 08 de junho de 2011.

---

Prof. Ricardo J. Gloeckner

---

Professor

---

Professor

---

Professor

Dedico meu trabalho, com todo carinho, à memória do meu avô Edi, à minha avó Sibila, à minha mãe Lourdes e ao meu pai Walter.

## Agradeço

a Deus, por iluminar meu caminho, guiando às escolhas certas;

à minha mãe Lourdes, cujas palavras sempre foram meu conforto e incentivo nas horas mais difíceis;

ao meu pai Walter, que depositou confiança em mim, dando-me a carinhosa estabilidade para que eu chegasse até aqui;

à minha madrastra Léia, que me deu incentivo para persistir nos meus objetivos;

à memória do meu avô Edi, cuja lembrança guardo com carinho;

em especial à minha avó e amiga Sibila que, em todos os momentos, esteve presente, proporcionando meu bem-estar, me colocando em suas orações e me guiando com a sua doce sabedoria;

ao meu orientador, Mestre Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner, pela excelente orientação e por todo o tempo que dispensou para me auxiliar;

aos meus professores do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA, que compartilharam diariamente seus conhecimentos e contribuíram para minha formação profissional;

Em especial, quero agradecer às professoras Virgínia Feix, Gracy Keim e Eneida Menna Barreto por compartilharem seu vasto conhecimento e assim, enriquecendo o meu trabalho.

E finalmente, agradeço aos meus colegas de curso, colegas de trabalho e em especial aos amigos, pelo apoio e compreensão nos momentos de dedicação exclusiva aos estudos.

A todos, muito obrigada!

“É a vida que faz o direito e não o direito que faz a vida”

Fernando Porfírio

## RESUMO

Este trabalho trata da possibilidade de escolha da gestante, em antecipar o parto, quando constatado, por meio de exames médicos, que o feto é portador de anencefalia, anomalia grave, em que a criança não terá expectativa de vida plena. Diante do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, se encontra o devido suporte para que haja a descriminalização, caso a gestante opte por interromper a gravidez.

**Palavras Chave:** Aborto; Anencefalia; Direito à saúde.

**ABSTRACT**

This work relates to the possibility of choosing that the pregnant woman has of anticipating delivery when found, through medical examinations, that the fetus is a carrier of anencephaly, a serious anomaly that causes non fully life expectancy in the baby. Towards the right for healthcare, the right to liberty in its largest sense, the right to preserve the autonomy of the will, the legality and, above all, the dignity of the human being, there is the reason for the support of decriminalisation, if the pregnant woman chooses to end the pregnancy.

**Keywords:** Abortion, Anencephaly; right to healthcare.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO:</b> .....	10
<b>1. TRATAMENTO JURÍDICO PENAL DO ABORTO</b> .....	12
1.1 ABORTO E A TIPICIDADE NO CÓDIGO PENAL .....	12
1.1.1 <b>Conceitos de aborto</b> .....	12
1.1.2 <b>Tipificação no Código Penal</b> .....	15
1.2 BEM JURÍDICO TUTELADO .....	18
1.3 CONSUMAÇÃO E FUNDAMENTO DO CRIME DE ABORTO .....	21
1.3.1 <b>Natureza jurídica: excludentes de ilicitude</b> .....	23
1.4 ABORTO DO FETO ANENCÉFALO .....	25
<b>2. FUNDAMENTOS DA GESTANTE E DO ABORTO ANENCÉFALO</b> .....	29
2.1 DEFINIÇÃO BIOMÉDICA DA ANENCEFALIA .....	29
2.1.1 <b>O sistema nervoso central</b> .....	29
2.1.2 <b>A anencefalia</b> .....	30
2.2 O DIREITO À VIDA DO FETO E OS POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS .....	32
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GESTANTE .....	36
2.3.1 <b>Princípio da dignidade da pessoa humana</b> .....	38
2.3.2 <b>Direito à saúde e danos psíquicos à gestante</b> .....	40
2.4 INTERRUPÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	42
<b>3. DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO</b> .....	46
3.1 PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO .....	46
3.2 DECISÕES E FUNDAMENTOS DOS ACÓRDÃOS .....	52
3.3 REDUÇÃO DE DANOS E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ANENCÉFALO .....	56
<b>CONCLUSÃO:</b> .....	60
<b>REFERÊNCIAS:</b> .....	62
<b>ANEXOS:</b> .....	68



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade abordar a questão da anencefalia e a problemática pertinente a essa patologia. Sendo a anencefalia uma anomalia diagnosticável, caracterizada pela malformação fetal do cérebro, caso venha a ocorrer a cessação da gravidez, a ilicitude de conduta tem sido uma questão polêmica.

Para proceder à abordagem do tema, será feita uma análise da interrupção da gestação, tendo como causa excludente a ilicitude, sob a perspectiva jurídico-constitucional. O estudo versará, também, sobre o entendimento da conduta, vista como atípica, não havendo, dessa forma, crime. Ademais, este estudo estará fundamentado pelos aportes da ética, da saúde pública, da sociologia, da psicologia e da medicina fetal, que hoje permite verificar, em nível de absoluta certeza, a anencefalia, em tempo precoce.

Para analisar a possibilidade de ser ilícita a atitude de interromper a gravidez que apresenta tal diagnóstico, é preciso saber se essa vida encefálica é protegida pela Constituição e qual a intensidade dessa proteção, identificando o início e o término da vida. Embora a resposta para esse questionamento não esteja na lei, sabe-se que o direito à vida se encontra em vários diplomas legais, principalmente, na Constituição Federal, garantindo a inviolabilidade desse direito a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

No que diz respeito ao aborto eugênico, que não é objeto do presente trabalho, é importante ressaltar que caracteriza, também, uma modalidade de aborto, o qual é realizado para evitar o nascimento de criança portadora de anomalia física ou mental, ou seja, a possibilidade de vida extra-uterina desse feto será igual a um bebê normal.

A anencefalia é um caso de eugenia física que implica malformação estrutural e ausência de regiões nobres do cérebro. Assim, o tema está configurado na hipótese: o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e a sua vida extra-uterina é inviável, segundo comprovação médico-pericial.

Este tema polêmico gera controvérsia em vários aspectos, como éticos, jurídicos, religiosos, entre outros. Juridicamente, o tema envolve uma hipótese de ponderação de valores constitucionais, em que é buscado um ponto de equilíbrio, devido à preocupação para com a vida do embrião. Por outro lado, não parece correto ignorar o que está definido/deliberado na Constituição Federal, tendo em vista a abrangência do tema, o qual se relaciona, também, com o direito à saúde, o direito à liberdade em seu sentido maior, o direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.

## 1. TRATAMENTO JURÍDICO PENAL DO ABORTO

O primeiro capítulo trata do aborto, em específico: conceitos, tipos de aborto, atual situação do crime de aborto no Brasil, formas de consumação, tipos definidos no Direito, questão qualificadora e as excludentes de ilicitude. Entendendo melhor a conduta do aborto, verifica-se então, a importância do bem jurídico tutelado, que é a vida do feto ou embrião, direito este que deve acompanhar os direitos fundamentais da existência humana: liberdade e autonomia.

### 1.1 O ABORTO E A TIPICIDADE NO CÓDIGO PENAL

É importante verificar, em primeiro lugar, os diferentes tipos de conceito, para a definição de aborto, e, após, conhecer sua classificação doutrinária. A seguir, no estudo, serão explicitadas as modalidades de tipificação do crime de aborto e as excludentes de ilicitude, trazidas no Código Penal vigente.

#### 1.1.1 Conceitos de aborto

A palavra aborto transmite a idéia de interrupção da gravidez e morte do feto. No sentido etimológico, aborto advém do latim, *abórtus*, que significa privação do nascimento.<sup>1</sup>

Houaiss conceitua aborto da seguinte forma: “aborto é a expulsão provocada ou consentida do produto da concepção, com o propósito de obstar que ele venha a ter qualquer possibilidade de vida extra-uterina”.<sup>2</sup>

Embora a expressão aborto seja mais utilizada, inclusive pelo Código Penal, em suas disposições incriminadoras, a palavra abortamento tem maior significado técnico, uma vez que indica a conduta de abortar.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S.; FRANCO, F.M. de M. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

<sup>2</sup> HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S.; FRANCO, F.M. de M. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

<sup>3</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte Especial, 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 115.

Para o Ministério da Saúde: “considera-se abortamento a interrupção da gravidez até 22 semanas ou se a idade gestacional for desconhecida, com o produto da concepção pesando menos de 500 gramas ou medindo menos de 16 centímetros”.<sup>4</sup>

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), abortamento é “morte ou expulsão do feto espontânea, ou induzida antes da 22<sup>a</sup> à 28<sup>a</sup> semana de gestação, dependendo da legislação do país”.<sup>5</sup>

Mirabete conceitua que: “aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”. Observa o autor, que o aborto não implica necessariamente a sua expulsão, tendo em vista que o produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou ainda a gestante vir a morrer antes de sua expulsão. Vê-se, então, que, mesmo com estes fatos, haverá a ocorrência do aborto.<sup>6</sup>

O Código Penal brasileiro não contempla uma definição exata do termo aborto, limitando-se a mencioná-lo na forma neutra de “provocar aborto”. Nesse sentido, o direito penal protege a vida humana, a partir de sua concepção até o parto, e a destruição dessa vida, durante o período gestacional, configura crime de aborto, que pode ou não ser criminoso.<sup>7</sup>

Os doutrinadores usam a seguinte classificação para o processo de fertilização: ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três

---

<sup>4</sup> BRASIL, MINISTÉRIO DE SAÚDE. **Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher.** Área técnica de Saúde da Mulher. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/parto\\_aborto\\_puerperio.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/parto_aborto_puerperio.pdf)> Acesso em: 30 de out. 2010.

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Manual para professores de enfermagem e obstétrica.** Aborto Incompleto. Educação para uma maternidade segura. Módulos de Educação. Biblioteca da OMS: 2005. Disponível em <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2005/9248546668\\_6\\_por.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2005/9248546668_6_por.pdf)> Acesso em 30 de out. 2010.

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** Parte especial. 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57.

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 159.

meses), feto (três meses de gravidez). A lei, ao não fazer essa distinção, configura crime de aborto, qualquer que seja o tempo, entre a concepção e o início do parto.<sup>8</sup>

Segundo Bitencourt “aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intra-uterina”.<sup>9</sup> Bitencourt ainda enriquece seu texto ao citar Aníbal Bruno: “provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente (*sic*) morte do feto”.<sup>10</sup>

Na definição de Fernando Capez, “considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente (*sic*) destruição do produto da concepção”.<sup>11</sup>

Existem diversos tipos de aborto, e, doutrinariamente, segundo Fernando Capez, classificam-se da seguinte forma: a) aborto espontâneo ou natural: interrupção da gravidez, oriunda de causas patológicas, que ocorre de maneira espontânea (não há crime); b) aborto acidental: cessação da gravidez por conta de causas exteriores e traumáticas, como quedas, choques (não há crime); c) aborto criminoso: interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto ou embrião (previsto nos artigos 124 a 127 do Código Penal); d) aborto legal ou permitido: (excludentes previstas no artigo 128 do Código Penal); e) aborto econômico social: praticado por razões de incapacidade financeira para sustento de vida futura, (é crime de acordo com a legislação); f) aborto eugênico: praticado em face de riscos de que o feto nasça com anomalia física ou mental (crime não acolhido pela legislação como excludente); g) aborto *honoris causa*: realizado para interromper a gravidez *extra matrimonium*. (é crime de acordo com a legislação).<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 159.

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, apud BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**, p. 160.

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 108.

<sup>12</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 36.

Para que o aborto seja configurado como crime, a gravidez deve estar em curso e é indispensável que o feto esteja vivo. Após iniciado o parto, a supressão da vida constitui “homicídio”, salvo se ocorrer o “infanticídio”<sup>13</sup>, que é figura privilegiada do homicídio.<sup>14</sup>

### 1.1.2 Tipificação no Código Penal

Bitencourt ao referir a questão histórica do aborto, remete ao Código Criminal do Império de 1830, que não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante, apenas criminalizava o “aborto consentido” e o “aborto sofrido”. A punição era somente imposta a terceiros e não à gestante. O aborto praticado pela gestante passou a ser criminalizado no Código Penal de 1940, o qual também autorizava o aborto para salvar a vida da parturiente e, nesse caso, punia eventual imperícia do médico ou parteira que, culposamente, causassem a morte da gestante.<sup>15</sup>

No Brasil, a matéria sobre o aborto vigora no Código Penal, editado em 1940, em que o legislador optou pela criminalização do aborto nos seguintes artigos: 124, 125, 126 e 127 do Código Penal.<sup>16</sup>

As modalidades tipificadas são: aborto provocado (artigo 124 do CP), aborto sofrido (artigo 125 do CP) e aborto consentido (art. 126 do CP), e também, a forma qualificada (art. 127 do CP).<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> No homicídio e no infanticídio, há a proteção da vida humana, porém, no infanticídio, em particular, protege-se a vida do nascente e do recém nascido, onde o sujeito do pólo passivo somente pode ser o filho e o sujeito do pólo ativo somente pode ser a mãe, a qual realiza o crime por estar no estado puerperal, durante ou logo após o parto. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 138.

<sup>14</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. 8.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, aput BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**, p. 159.

<sup>15</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.

<sup>16</sup> Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção de um a três anos. Art. 125. Provocar aborto, sem consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126. Provocar o aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos”. Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de 1/3 [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. BRASIL. Decreto-lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código penal brasileiro**, 11. ed. Verbo Jurídico, 2010.

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157.



O artigo 124 do Código Penal traz duas formas de aborto criminoso: o aborto provocado pela gestante, chamado crime de “autoaborto”, aquele que somente pode ser praticado pela mulher grávida e o aborto praticado com o consentimento da gestante, previsto na 2ª figura do mesmo artigo, quando refere: “(...) ou consentir que outrem lhe provoque”. Nesse caso, outra pessoa participa, praticando atividade acessória, limitando-se a instigar, induzir ou auxiliar a gestante, tanto a praticar o autoaborto, como consentir que um terceiro lhe provoque. Importante observar que, para este terceiro, o Código Penal prevê uma modalidade especial de crime, o artigo 126, conforme será visto mais adiante.<sup>18</sup>

O Concurso de pessoas pode realizar-se por meio da coautoria e da participação. Co-autor é quem executa, juntamente com outras pessoas, as quais praticam atividade que contribui para a realização do delito.<sup>19</sup> O artigo 124 do Código Penal, pode realizar-se apenas por meio da participação: quando, por exemplo, a gestante se deixa induzir, permitindo a um terceiro o ato de provocar-lhe o aborto. Jamais poderá haver coautoria, uma vez que, por se tratar de crime de mão própria, o ato permissivo é personalíssimo e só cabe à mulher.<sup>20</sup>

No artigo 125 do Código Penal, o aborto é provocado por terceiro e sofrido pela gestante sem o seu consentimento. Por exemplo: o sujeito que emprega doses de substância abortiva em sua sopa.<sup>21</sup>

No artigo 126, *caput*, do Código Penal, o aborto é provocado por terceiro, com o consentimento da gestante, fato que gera dois crimes: para a gestante, que consentiu e responderá pelo artigo 124 e outro para o terceiro, que praticou os atos executórios e que responderá pelo artigo 126. Nesta tipificação, é possível o

---

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 116/117.

<sup>19</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte especial. 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 231/232.

<sup>20</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 116/117.

<sup>21</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118.

concurso de agentes, pois há o auxílio à conduta do terceiro, que provoca o aborto.<sup>22</sup>

Há duas formas qualificadas que são aplicáveis exclusivamente aos crimes descritos nos artigos 125 e 126, do Código Penal, excluindo-se o auto-aborto e o aborto consentido, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro não pune a autolesão, nem o ato de se matar. São elas: a) aumenta-se 1/3 (um terço), se, em consequência do fato ou dos meios empregados para a provocação, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave; b) duplica-se a pena se, por qualquer dessas causas, ocorrer a morte, consoante refere o artigo 127 do Código Penal.<sup>23</sup>

Pune-se primeiro o delito, a título de dolo (aborto) e, depois, a título de culpa, o resultado qualificador, que pode ser lesão corporal de natureza grave ou morte. Se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofrer lesão corporal de natureza leve, o sujeito responde por aborto, não sendo aplicada a forma qualificada, uma vez que a lesão leve constitui resultado natural da prática abortiva, e o Código Penal pune somente a ofensa corporal desnecessária e grave.<sup>24</sup>

O aborto é punível unicamente a título de dolo eventual, ou seja, ter a vontade de interromper a gravidez e estar consciente de causar a morte do produto da concepção. Não existe aborto culposo. O dolo pode ser direto, quando há firme determinação do agente de coibir a gestação, acarretando a morte do feto ou dolo eventual, quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado. No aborto qualificado pelo resultado (artigo 127 do Código Penal), o crime é preterdoloso, ou seja, há dolo no antecedente (aborto) e culpa no consequente (lesão grave ou morte).<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119.

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121.

<sup>24</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte especial, 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 123.

<sup>25</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte especial, 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 119.

O aborto é considerado crime material, uma vez que as figuras típicas descrevem a conduta de provocar o delito, como sendo a morte do feto. É delito instantâneo, pois a consumação ocorre em um único momento, não tendo continuidade a lesão do bem jurídico. É crime de dano e não de perigo, uma vez que se conclui com a efetiva lesão do objeto jurídico. É de forma livre, pois pode ser executado por qualquer procedimento, ação ou omissão, físico, químico, mecânico, material ou moral. Não importa qual seja o expediente utilizado, é imprescindível a sua idoneidade à produção do resultado. Sendo o meio empregado inteiramente ineficaz, como por exemplo, a aplicação de injeção sem efeito abortivo, haverá crime impossível.<sup>26</sup>

## 1.2 BEM JURÍDICO TUTELADO

O bem jurídico a ser tutelado é o direito à vida do feto. Nesse sentido, torna-se importante a preservação da vida humana, tendo em vista que, desde a concepção (fecundação do óvulo), existe um ser que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela atividade cardíaca, executando funções típicas de vida. Porém, além do direito à vida do produto da concepção, também a mulher gestante deve ter seu direito à vida protegido, bem como sua integridade corporal.<sup>27</sup>

Hoje, no Brasil, a legislação considera como “pessoa” o “embrião ou feto”, pois o Código Penal traz o crime de aborto no título dos crimes contra a pessoa. Desse modo, se o feto é pessoa e sendo aceito como bem jurídico tutelado, lhe é

---

<sup>26</sup> [...] qualquer meio comissivo ou omissivo, material ou psíquico, integra a conduta típica. Os meios podem ser químicos, como fósforo, arsênio, mercúrio [substâncias inorgânicas], quinina, ópio, pituitrina, etc. [substâncias orgânicas]. Não possuem função abortiva específica, atuando por meio de intoxicação. Há processos físicos que podem ser mecânicos, térmicos e elétricos. Os mecânicos podem ser diretos e indiretos. Diretos são os que agem por meio de pressão sobre o útero através das paredes abdominais, por traumatismos vaginais [irritações e tamponamento], por traumatismo do colo do útero [dilatação pelo espelho, pela laminaria, pelo dedo], e por traumatismo do ovo [punção, deslocamento e curetagem]. Indiretos são os que atuam à distância do aparelho genital, como as sangrias, banhos, escalda-pés, quedas e exercícios exagerados. Dentre os térmicos, são citados o emprego de bolsas de água quente, cataplasmas de linhaça e bolsa de gelo na parede do abdômen. O meio elétrico atua através de corrente farádica ou galvânica, banhos elétricos, etc. Por último, há processos psíquicos, como o susto, sugestão, terror, choque moral, etc. JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte especial, 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 116/117.

<sup>27</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte especial. 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57.

assegurado o direito à vida, assim como a gestante, cujo direito fundamental é atestado, conforme a Constituição Federal de 1988.<sup>28</sup>

Por outro lado, Bitencourt entende que não consiste em crime contra a pessoa, visto que o feto ou embrião não é pessoa e tampouco mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, uma vez que possui vida própria e, por isso, recebe tratamento autônomo da ordem jurídica.<sup>29</sup>

As pesquisas médicas têm-se utilizado de diferentes conceitos científicos para definir o início da vida. Essas correntes defendem que: a) a vida começa com a fertilização; b) a vida começa com a implantação do embrião no útero; c) a vida começa com a presença de atividade cerebral d) a vida começa com o nascimento com vida do embrião.<sup>30</sup>

Portanto, independente da corrente defendida, no que concerne à aceitação de o embrião ou feto ser considerado pessoa ou não, como também a questão relacionada ao momento do início da vida humana, o que se tem por meta é a proteção de um ser humano futuro. Assim, entende-se que, não sendo interrompido o processo de formação do embrião ou feto, o resultado da gestação é uma pessoa humana.

Atualmente, a personalidade é vista como a capacidade abstrata para possuir direitos e contrair obrigações na ordem civil, sendo indissociável da pessoa humana. A personalidade jurídica se dá com o nascimento com vida. Antes desse momento o nascituro não tem personalidade jurídica, somente natureza humana, razão pela qual recebe proteção jurídica, pelo artigo 2º do Código Civil, que refere: “A

---

<sup>28</sup> ANDRES, Mari Oni da Silva. **Descriminalização do aborto no Brasil: a sociedade está preparada?** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 59, 2007, Porto Alegre: AMP/RS; FMP/RS, p. 118/120.

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 158.

<sup>30</sup> ANDRES, Mari Oni da Silva. **Descriminalização do aborto no Brasil: a sociedade está preparada?** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 59, 2007, Porto Alegre: AMP/RS; FMP/RS, p. 120.

personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro”.<sup>31</sup>

Venosa, ao comentar o artigo 2º do Código Civil, explica que “o fato do nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa do direito”.<sup>32</sup>

Segundo Kant, filósofo prussiano do século XVIII, as pessoas não devem ser vistas como um meio para que outros consigam atingir seus fins. Fazendo uma analogia das palavras de Kant com a questão estudada neste trabalho, pode-se observar que o embrião é anulado e desconsiderado como pessoa, sendo utilizado para atingir os fins almejados pela mãe, e, assim, prevalecendo sua liberdade. Como já é sabido, o nascituro tem proteção legal indispensável, com base na acepção de que ali existe vida humana. O nascimento com vida caracteriza-se pelo fato de o nascituro respirar. Desde a concepção o nascituro tem os seus direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, com a condição de que nasça com vida.<sup>33</sup>

Contudo, a Constituição Federal não faz qualquer menção expressa à proteção da vida humana desde a concepção. A Carta Magna também eleva, na mesma categoria, tanto o direito à vida, como o direito à liberdade.<sup>34</sup>

Verifica-se então, que o conflito reside na dificuldade de conciliar a vida com a liberdade, diante da necessidade de eleger quem irá exercer a primazia. É nesse ponto que, para sanar tal antagonismo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado de forma especial.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> JUNIOR, N. N. e NERY, R. M. A. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 8/9.

<sup>32</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte geral. 2. ed. Coleção direito civil. Vol 1. São Paulo: Atlas, 2002, p. 160.

<sup>33</sup> Cf. KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Lisboa: ed. 70, 1986..

<sup>34</sup> TESSARO, Anelise. **O debate sobre a descriminalização do aborto**. Revista brasileira de ciências criminais. IBCCRIM: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>35</sup> ANDRES, Mari Oni da Silva. **Descriminalização do aborto no Brasil: a sociedade está preparada?** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 59. Porto Alegre: AMP/RS, 2007, FMP/RS, p. 122/123.

O princípio da dignidade da pessoa humana só é alcançado quando o homem tiver uma existência que lhe permita a plena fruição de seus direitos fundamentais. Portanto, o direito à vida não pode ser analisado isoladamente, mas em conexão com todos os outros que lhe são facultados pela sua própria condição, entre eles: educação, saúde, segurança, justiça e liberdade.<sup>36</sup>

Nesse passo, convém lembrar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual refere que violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa, não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência em todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.<sup>37</sup>

O direito à vida também está previsto em diversos tratados nos quais o Brasil se encontra diretamente ligado, como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592/92, e dispõe no artigo 6º a seguinte tradução: “Todo ser humano tem inerente direito à vida. Este direito deve ser legalmente protegido. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua vida”; e também na Convenção Americana sobre os Direitos do Homem (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678/92 (lei no Brasil) e dispõe no artigo 1.2 a seguinte tradução: “Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

### 1.3 CONSUMAÇÃO E FUNDAMENTO DO CRIME DE ABORTO

A origem da vida humana, no organismo materno, dá-se com a fecundação, isto é, a fertilização do óvulo pelo espermatozóide. A partir daí, no lugar do óvulo, surge o embrião, um ser dotado de vida. Nesse momento, o óvulo fecundado ainda não se fixou na parede do útero e, portanto, ainda não iniciou o seu

---

<sup>36</sup> ANDRES, Mari Oni da Silva. **Descriminalização do aborto no Brasil: a sociedade está preparada?** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 59. Porto Alegre: AMP/RS, 2007, FMP/RS, p. 124.

<sup>37</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 451.

desenvolvimento, podendo, por isso haver o aborto, que se consume com a interrupção da gravidez e a consequente morte do feto.<sup>38</sup>

Observa-se que, para a configuração de crime de aborto, não é suficiente a simples expulsão prematura do feto ou a mera interrupção do processo de gestação, é indispensável que aconteça também, a morte do feto. Somente com este fato é que o crime se confirma, não importando se a morte ocorreu no ventre ou fora dele.<sup>39</sup>

O objeto material do delito é o direito à vida do feto, portanto, só há crime quando o aborto é provocado, sendo necessário que o agente queira o resultado ou assumo o risco de produzi-lo. No entanto, é imprescindível que haja uma prova de que o feto estava vivo no momento da ação. Por ser um crime material, admite a figura da “tentativa”<sup>40</sup>, desde que não ocorra a interrupção da gravidez com a morte do feto por circunstâncias alheias à vontade do agente. Nesse sentido, refere Bitencourt, sobre o fundamento da não punibilidade da tentativa:

Por política criminal, sustenta-se a impunibilidade da tentativa do auto-aborto (*sic*), pois o ordenamento jurídico brasileiro não pune a autolesão. No entanto, o Código Penal não consagra essa impunibilidade. E, ademais, a tentativa de auto-aborto (*sic*) está mais para a desistência voluntária ou arrependimento eficaz do que propriamente para tentativa punível, que o próprio Código Penal declara impuníveis, igualmente por razões de política criminal, quais sejam para estimular o agente a não prosseguir no objetivo de consumir o crime. Por outro lado, eventuais lesões que possam decorrer da tentativa de auto-aborto (*sic*) e que poderiam constituir crime em si mesmo, são impuníveis.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113.

<sup>39</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2008, p. 140.

<sup>40</sup> Na tentativa, existe um caminho a ser percorrido entre o momento da idéia de sua realização até aquele momento em que ocorre a consumação. A esse caminho se dá o nome “*inter criminis*”, que é composto de uma fase interna [cogitação] e de uma fase externa [atos preparatórios, atos de execução e consumação] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte especial. 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 156.

<sup>41</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2008, p. 166.



Poderá tipificar o “crime impossível”<sup>42</sup>, quando houver manobras abortivas em mulher que não está grávida ou também, no caso de o feto já estar morto antes da prática dos atos abortivos.<sup>43</sup>

### 1.3.1 Natureza jurídica: excludente de ilicitude

O legislador do Código Penal, que vigora no artigo 128 e incisos, excluiu a punibilidade do médico nos casos de aborto necessário e aborto sentimental, conforme segue:

Art.128. Não se pune o aborto praticado por médico:  
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;  
II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.<sup>44</sup>

O artigo 128, inciso primeiro, se refere ao aborto necessário, também chamado de aborto terapêutico, que é realizado pelo médico, caso este procedimento seja o único meio de salvar a vida da gestante. Mesmo que não represente perigo imediato, basta a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante. Cabe ao médico, então, decidir sobre a realização do aborto, a fim de ser preservado o bem jurídico que a lei considera mais importante – a vida da mãe, em prejuízo do bem menor – a vida intra-uterina.<sup>45</sup>

O artigo 128, inciso segundo, se refere ao aborto sentimental, também chamado de aborto ético ou aborto humanitário. É autorizado quando a gravidez é consequência do crime de estupro. O consentimento da gestante ou de seu

---

<sup>42</sup> Crime impossível está tipificado no artigo 17 do Código Penal e refere o seguinte: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio, ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”. Há, portanto, duas espécies diferentes de crime impossível, em que de forma alguma o agente conseguiria chegar à consumação, motivo pelo qual a lei deixa de responsabilizá-lo pelos atos praticados. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, Parte especial**. 26º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 165.

<sup>43</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2008, p. 166.

<sup>44</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código penal brasileiro**. 11. ed. Verbo Jurídico 2010.

<sup>45</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte especial. 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 62/63.



representante legal deve ser obtido por escrito ou na presença de testemunhas idôneas, como garantia para o próprio médico.<sup>46</sup>

Para que o médico pratique o aborto não há necessidade que haja sentença condenatória contra o autor do estupro, como também de autorização judicial. O médico deve se submeter apenas ao Código de Ética Médica, admitindo como prova elementos sérios a respeito da ocorrência do estupro, como o boletim de ocorrência, declarações, atestados, etc.<sup>47</sup>

No aborto necessário, caso a provocação tenha sido feita por uma enfermeira, esta será favorecida por estar em estado de necessidade, previsto pelo artigo 24 do Código Penal, e não pelo artigo 128. No aborto sentimental a enfermeira responderá pelo delito, uma vez que a norma permissiva faz referência expressa à qualidade do sujeito que pode ser favorecido: o médico.<sup>48</sup>

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.<sup>49</sup>

Com relação à excludente do aborto, em caso de estupro, o projeto de lei nº 1.763/2007 tem por finalidade incentivar as mulheres, vítimas dessa violência, a não realizarem o aborto, oferecendo-lhes, assistência social, psicológica e exame pré-natal. Além disso, recebem orientação e encaminhamento à Defensoria Pública, visando à futura adoção, se assim for a vontade. De outra forma, é concedido o registro do recém nascido, assumindo o pátrio poder, mais o benefício de um salário mínimo até que a criança atinja a idade de 18 anos (dezoito anos).<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2008, p. 171.

<sup>47</sup> No âmbito do Sistema Único de Saúde [SUS], a Portaria nº 1.508, de 1º/09/2005, do Ministério da Saúde, disciplina o procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez na hipótese de aborto sentimental ou humanitário.

<sup>48</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Pena**. Parte especial. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 124.

<sup>49</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código penal brasileiro**. 11. ed. Verbo Jurídico 2010.

<sup>50</sup> **Projeto de Lei nº 1.742/2007**. Dispõe sobre a assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=490988>> Acesso em: 14 de maio de 2011.

Segundo defensores, o projeto acima referido visa preservar o direito à vida. Houve, porém, inúmeras críticas à medida, muitas delas, vindas de instituições e associações, por considerarem um retrocesso ao direito da mulher.<sup>51</sup>

#### 1.4 ABORTO DO FETO ANENCÉFALO

Atualmente, parte da doutrina entende que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta atípica da gestante e do médico. Outra parte pugna pelo direito do nascituro e entende que o feto anencéfalo tem direito à vida e à proteção do Direito Penal. Como não há especificidade na previsão legal, a lei é interpretada conforme a Constituição Federal, sustentando a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, que englobam todos os direitos fundamentais: direito à saúde, direito à liberdade e direito à autonomia da vontade.

Há casos em que a doutrina procura legitimar essa espécie de abortamento, valendo-se de um contorcionismo jurídico alcançado pela interpretação sistemática com a Lei 9.434/97 (Lei de Transplante de Órgãos), que determina o momento da morte com a cessação da atividade encefálica. Ora, se a cessação da atividade cerebral é caso de morte (não vida), feto anencéfalo não tem vida intra-uterina, logo, não morre juridicamente (não se mata aquilo que jamais viveu para o direito). A operação terapêutica caminha, desse modo, para a atipicidade, conforme referem Rogério Sanches Cunha e Luiz Flavio Gomes.<sup>52</sup>

Segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM), a morte encefálica atesta a total impossibilidade de vida do indivíduo. “Se assim não fosse, não seria lícito retirar um coração pulsante de um indivíduo com encéfalo para transplante”.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> CESARE, Paulo Henrique Hachich de. **Projeto de Lei nº 1.763/2007 ["bolsa estupro"]**. **Outra abordagem**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1717, 14 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11049>> Acesso em: 14 de maio de 2011.

<sup>52</sup> GOMES, Luiz Flávio e CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**. Parte especial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

<sup>53</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA [CFM]. **Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez**. Artigo publicado em 01 de junho de 2006. Conselho Federal de Medicina. Disponível em <[http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20275&catid=46:artigos&Itemid=18](http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20275&catid=46:artigos&Itemid=18)> Acesso em: 01 de nov. 2010.

Nesse sentido, a afirmação do médico Marco Antonio Becker, Secretário do Conselho Federal de Medicina, porta-voz de especialistas da área médica, ao dizer que a mãe, quando pede para retirar o feto portador de anencefalia, não configura propriamente aborto, pois o feto, conceitualmente, não tem vida. Portanto, essa interrupção de gravidez se revela atípica e sequer pode ser tachada como aborto, criminoso ou não. Conclui o médico, que não há porque adicionar outra excludente ao artigo 128, do Código Penal, pois o ordenamento jurídico já autoriza o médico a retirar o feto anencéfalo, quando pedido pela gestante, sem que isso ocorra infração penal ou ética, repetindo que: “se não há vida, não há que se falar em aborto”.<sup>54</sup>

Em 17 de junho de 2004, houve a propositura da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>55</sup> (ADPF), nº 54, pelo Conselho Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com relação ao direito da gestante sustar a gravidez do feto anencéfalo. O ministro Marco Aurélio despachou liminar, concedendo o direito de interrupção da gravidez, sem autorização judicial, tendo a decisão logo sido cassada, devido às inúmeras pressões políticas e sociais, inclusive, do então procurador-geral da República, Claudio Fonteles. A ADPF nº 54 foi considerada um marco, por ter reavivado, na sociedade civil, um amplo debate sobre o aborto. A mobilização de diversos setores da sociedade, a partir da apresentação da ADPF, bem como a polêmica gerada por diferentes opiniões sobre o tema, acabou por criar no judiciário do país uma expectativa de novos rumos a serem traçados diante da criminalização do aborto.<sup>56</sup>

Em 18 de agosto de 2004, em Brasília, a Ordem dos Advogados do Brasil, (OAB), decidiu, por maioria de votos, que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não é considerada prática abortiva. A matéria foi examinada por 81

---

<sup>54</sup> BECKER, Marco Antonio. **Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez**, in Revista Medicina do Conselho Federal de Medicina, n. 155, maio/julho, 2005, p. 12.

<sup>55</sup> A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é mecanismo de natureza constitucional que tem por objetivo buscar solução para a violação de um direito fundamental, que está ocorrendo em razão da ausência de norma jurídica que viabiliza seu exercício. Encontra-se assento constitucional no art. 102, §1º da Magna Carta. Acerca do procedimento e demais informações sobre este instrumento jurídico encontram-se presentes na Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)> Acesso em: 23 de abr. 2011.

<sup>56</sup> ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O direito fundamental do feto anencefálico. Uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Jus Navigandi, Teresina, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10488>>. Acesso em: 30 out 2010.

advogados que compõe o Conselho. A supremacia dos conselheiros deliberou com base no voto do relator da matéria da entidade, o conselheiro federal pela Bahia, Arx Tourinho. Segundo Tourinho, só pode existir aborto se houver possibilidade de vida do feto, concluindo que:

“a liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana, se manifesta pelo direito de a gestante interromper, sempre que assim desejar, uma gravidez, onde em gestação se ache um feto anencéfalo, porque o Direito não é, nem pode ser estático, não é e nem pode, ser contemplativo de uma realidade que passou, ignorando os avanços da ciência”.<sup>57</sup>

Apesar de os neonatos anencéfalos possuírem expectativa de vida reduzida, não é sempre possível definir a iminência do óbito. Além disso, existem dissonâncias sobre a questão de risco de vida para a gestante, havendo afirmações de que a gestação de concepto anencéfalo é idêntica à gestação de feto saudável.<sup>58</sup> Há ainda outro contraponto à alusão de “inviabilidade extra-uterina”:

Na Itália, o Comitê Nacional para a Bioética divulga o registro de um caso único, em todo o mundo, de sobrevivência até 14 meses e dois casos de sobrevivência de 7 e 10 meses, sem que tenham recorrido à ventilação mecânica. Nos EUA, o caso do bebê K tornou-se mundialmente reconhecido pelo fato de a mãe ter adquirido da Suprema Corte o direito de manter a ventilação mecânica de seu filho anencéfalo, o qual sobreviveu por 30 meses.<sup>59</sup>

No Brasil, fala-se em casos de neonatos anencéfalos que sobreviveram por até três meses, porém não há referências substanciais sobre tais fatos. Apesar do exposto, a afirmação mais correta é que a anencefalia está associada a uma não vida, como refere a Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos em seu voto:

[...] a anencefalia é anomalia que torna incompatível a vida do feto destituído de encéfalo, dependente tão só da permanência no ventre materno, assim mesmo, em 50% dos casos, a morte ocorre antes de

---

<sup>57</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL [OAB]. **Interrupção de gestação de feto anencéfalo não é aborto**. Agosto/2004. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=2528>> Acesso em: 01 de nov. 2010.

<sup>58</sup> BECKER, Marco Antonio. **Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez**, in Revista Medicina do Conselho Federal de Medicina, n. 155, maio/julho, 2005, p. 12.

<sup>59</sup> TERRUEL, Suelen Chirieleison. **Anencefalia Fetal: Causas, Consequências e Possibilidade de Abortamento**, publicado em 15/03/2008, disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/1101/1/O-Aborto-De-FetosAnencefalos/pagina1.html>> Acesso em: 01 de nov. 2010.

decorrido o tempo gestacional. A morte é certa, não há possibilidade alguma de vida extra-uterina.<sup>60</sup>

A questão envolve a ética e a moralidade. Deve-se procurar atender às necessidades e anseios maternos, num ato de respeito à autonomia e à dignidade da mulher, frente à dignidade e direitos de um ser em formação. É o que é denominado colisão de direitos fundamentais. Por isso, observando o conflito de direitos, é preciso considerar o peso relativo de cada um. Assim, prevalecem no conflito pelo direito à vida aqueles que já possuem a sua plenitude – a mulher gestante – contra a expectativa de vida do feto.

---

<sup>60</sup> PORTO ALEGRE. 3. Câmara criminal. **Apelação crime n. 70011918026**. Relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre, 09 de junho de 2005. Disponível em anexo n. 05.

## **2. FUNDAMENTOS DA GESTANTE E DO ABORTO ANENCÉFALO**

O segundo capítulo abordará conceitos da medicina fetal, da anencefalia, bem como as apreciações favoráveis para a interrupção da gravidez. Ademais, examinar-se-á os aspectos que se relacionam diretamente com a gestante, no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, assegurados na Constituição Federal: direito à vida, direito à liberdade, direito à saúde, direito à segurança, entre outros.

Serão contemplados alguns aspectos que fazem parte da ampla discussão sobre o aborto e o valor da vida do feto, tanto no âmbito social e valorativo-moral, quanto no jurídico. Assim, discute-se a questão do feto, desde a concepção, ser ou não pessoa, determinando o momento, a partir do qual passou a ter os direitos defendidos, bem como identificar outros direitos envolvidos, quando uma mulher opta pela interrupção da gestação.

### **2.1 DEFINIÇÃO BIOMÉDICA DA ANENCEFALIA**

A fim de facilitar o entendimento dos termos jurídicos que fundamentaram decisões judiciais a respeito dos pedidos de autorização de interrupção de gravidez, no caso de diagnóstico de anencefalia, torna-se importante um esclarecimento, acerca da organização e funcionamento do sistema nervoso central, bem como as definições da anencefalia.

#### **2.1.1 O Sistema Nervoso Central**

O sistema nervoso central dos seres humanos é constituído pelo encéfalo, porção superior encerrada dentro do crânio, e pela medula, porção inferior, alongada e cilíndrica, que se localiza dentro da coluna vertebral. O encéfalo é subdividido em três estruturas: o cérebro, o cerebelo e o tronco encefálico. O cérebro é formado pelo telencéfalo, responsável pelas funções sensitivas e conscientes e pelo diencéfalo, responsável, prioritariamente, pela condução dos impulsos nervosos às regiões apropriadas do cérebro, onde serão processados (tálamo) e pela integração das atividades dos órgãos viscerais, assim como para a homeostase corporal

(hipotálamo). Já o cerebelo está relacionado basicamente com a motricidade. O tronco encefálico é constituído por três estruturas fundamentais (mesencéfalo, ponte e bulbo) e é um importante sítio das funções vegetativas do organismo que, apesar de ser bastante primitivo sob o ponto de vista evolutivo, é o mais importante, funcionalmente, uma vez que é o responsável pelas funções vitais do corpo e onde se localiza o centro respiratório e cardíaco.<sup>61</sup>

### 2.1.2 A anencefalia

Literalmente, a definição de anencefalia significa ausência do cérebro. Esta expressão não é apropriada, pois não se trata especificamente de ausência de cérebro, mas sim da inexistência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo (uma parte remanescente do cérebro fica exposta, não protegida ou coberta por ossos ou pele). Diante da falta de nomenclatura que melhor represente a patologia, tem-se utilizado expressões como: “anencefalia”, “anencéfalo” ou “anencefálico”, ainda que, se constate a limitação dos termos para exprimir, com precisão, a deformidade fetal.<sup>62</sup>

Segundo médicos pesquisadores do *National Institute of Neurological Disorders and Stroke*, a anencefalia recebe a seguinte definição científica:

Anencefalia é um defeito no tubo neural (uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula, e/ou suas coberturas protetivas). O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3ª e 4ª semanas de gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. A anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com esta disfunção nascem sem testa (a parte da frente do cérebro) e sem um cerebrum (área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação). A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente e incapaz de sentir dor. Embora alguns indivíduos com anencefalia talvez venham a nascer com um tronco rudimentar de cérebro, a falta de um cerebrum em funcionamento permanente deixa fora de

---

<sup>61</sup> FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos et all. **Análise teórico-reflexiva sobre decisões judiciais do TJRS em relação ao aborto de fetos anencéfalos**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n.1, jan/jun. 2008. p. 46.

<sup>62</sup> FERNANDES, Máira Costa. **Interrupção da Gravidez de Feto Anencéfalo: Uma análise Constitucional**. Artigo publicado no Mundo Jurídico [www.mundojuridico.adv.br] em 14/03/2007. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=887](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=887)> Acesso em: 09 de abril de 2011.



alcance qualquer ganho de consciência. Ações de reflexo tais como respiração, audição ou trato podem talvez se manifestar. A causa da anencefalia é desconhecida. Embora se acredite que a dieta da gestante e a ingestão de vitaminas possam caracterizar uma resposta, cientistas acreditam que há muitos fatores envolvidos.<sup>63</sup>

Outra definição menciona a anencefalia como, essencialmente, uma anomalia congênita, caracterizada pela malformação do tubo neural, entre o décimo sexto e o vigésimo sexto dia de gestação, na qual se verifica a ausência total ou parcial dos hemisférios cerebrais e dos tecidos cranianos que os encerram, com a presença do tronco encefálico e de porções variáveis do diencéfalo.<sup>64</sup>

Alberto Silva Franco (2005, p. 402), descreve a anencefalia como:

[...] ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria de cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência de hemisférios cerebrais e pela exposição exterior do tecido nervoso hemorrágico e fibrótico. [...] a falta de hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, com estruturas faciais alteradas, que dão ao anencéfalo uma aparência grotesca, e anormalidades nas vértebras cervicais. Os olhos podem parecer, de modo geral, normais, mas o nervo ótico, se existente, não se estende até o cérebro. Bem por isso tem o feto anencéfalo a aparência de uma rã na medida em que é totalmente carente da calota craniana e da cobertura das estruturas neurológicas restantes, com uma protusão dos olhos secundada pela ausência do osso frontal que conforma a parte superior da órbita craniana.<sup>65</sup>

Consta na petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, da autoria do Professor Luís Roberto Barroso, o seguinte ponto de vista:

a anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a

---

<sup>63</sup> BRAGANÇA, Bruna Alves dos Santos. **A Descriminalização do aborto do feto anencefálico como garantia aos direitos fundamentais da gestante**. Revista da AJURIS, n. 113, março de 2009, Porto Alegre: Associação dos juizes do Rio Grande do Sul, p. 398/399 aput NATIONAL INSTITUTE OF NEUROLOGICAL DISORDERS AND STROKE. **Anencephaly Information**. Tradução do autor. Disponível em: < <http://www.anencephaly.net/anencephaly.html>>

<sup>64</sup> Comitato Nazionale per La Bioetica. **Il neonato anencefálico y La donazione di organi**. 21 jn. 1996. Disponível em < <http://www.providaanapolis.org.br/cnbital.pdf>>. Acesso em: 09 de abril de 2011.

<sup>65</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídicas-penais**. Revista dos Tribunais, ano 94, v. 833, março de 2005, p. 402.



gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduos do tronco encefálico.<sup>66</sup>

Como se pode observar, as definições de anencefalia se apresentam de forma bastante variada, tendo em vista que a anomalia possui diferentes estágios de desenvolvimento e, conseqüentemente, não é possível o estabelecimento de uma definição específica, pois depende muito de cada caso.

## 2.2 O DIREITO À VIDA E OS POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS

A discussão quanto à possibilidade de aborto pressupõe divergências que refletem a preocupação em saber se o feto é pessoa com direito à vida desde a concepção, se, em algum momento da gravidez tornar-se-á uma pessoa, ou somente ao nascer, ou ainda se o feto sendo já pessoa, seu direito à vida pode ser comparado a algum direito da gestante.

O feto anencéfalo tem “desenvolvimento defeituoso congênito do cérebro”, como visto no conceito de anencefalia (item 2.1.2), havendo “incompatibilidade com a vida extra-uterina”. Esta afirmação tem sido utilizada como argumento para solicitar a permissão judicial do aborto. O que é alegado, em tal situação, é a expectativa de vida da criança, portadora de anencefalia, referindo o parecer, comprovado pela medicina, que, em 95% dos casos, limita-se à primeira semana de vida, e o restante nas duas a três semanas que seguem, salvo casos excepcionais de sobrevivência por alguns meses.<sup>67</sup>

Cada paciente anencéfalo tem sua particularidade, em relação ao tempo de vida. Cerca de 1% dos nascidos com vida sobrevive em torno de três meses; ocasionalmente estima-se sobrevida de sete a doze meses; e já houve casos mais longos, em que a sobrevida se estendeu em um ano e dois meses. A mais longa

---

<sup>66</sup> A petição inicial faz referência a Richard E. Behman, Robert M. Kiegman e Hal B. Jenson, Nelson/Tratado de Pediatria, Ed. Guanabara Koogan, 2002, p. 1777. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Deferimento de pedido de medida cautelar. ADPF nº 54.** Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio.

<sup>67</sup> CASELA, Erasmo Barbante. **Morte encefálica e neonatos como doadores de órgãos.** Pediatria. São Paulo: Departamento de Pediatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, v. 25, p. 188.

sobrevida de paciente anencéfalo foi de um ano e oito meses, uma menina chamada Marcela. No 4º mês de gestação foi diagnosticada a anencefalia e o médico informou à mãe que o bebê teria pouco tempo de sobrevida. Após um ano, Marcela foi submetida a diversos exames e os médicos constataram que realmente era um caso típico de anencefalia.<sup>68</sup>

Com relação ao caso de Marcela, refere o ginecologista Thomaz Gollop, professor da Universidade de São Paulo e diretor do Instituto de Medicina Fetal Genética Humana, que respeita a posição da mãe, mas é uma situação dramática. Apesar de não ter cérebro, o bebê ainda tem tronco cerebral responsável por controlar as funções mais básicas do corpo humano, como o batimento cardíaco e a respiração. É possível mantê-la viva por semanas, assim como mantemos vegetativa a vida de alguém que sofre morte cerebral.<sup>69</sup>

Lenise Garcia, professora da Universidade de Brasília, assinala que há uma comparação entre paciente com morte cerebral e o paciente anencéfalo. Nesse sentido, chama atenção para o equívoco, dizendo que a morte cerebral ocorre quando uma pessoa está ligada a um aparelho de respiração, pois não respira por conta própria e o anencéfalo não apresenta esse tipo de problema, uma vez que respira sozinho, embora com dificuldade.<sup>70</sup>

Em contrapartida, surgem os princípios da Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplante de Órgãos), a qual determina que o momento da morte acontece com a cessação da atividade encefálica.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Apresentação didática sobre anencefalia elaborada por Lenise Garcia, especialista em microbiologia e professora da Universidade de Brasília. Disponível em:

Parte 1 - <<http://www.youtube.com/watch?v=WnTeZbi8QzA>>

Parte 2 - <<http://www.youtube.com/watch?v=Tg8zJtHdtdo>>

Parte 3 - <[http://www.youtube.com/watch?v=Pni\\_uCdRTi8](http://www.youtube.com/watch?v=Pni_uCdRTi8)> Acesso em: 10 de abril de 2011.

<sup>69</sup> NOTÍCIA. 1ª vez que um grupo de médicos analisa caso em que é debatido no STF. Por Simone Iwasso e Fabiane Leite. Disponível em:

<[http://www.ccr.org.br/a\\_noticias\\_detalhes.asp?cod\\_noticias=4041](http://www.ccr.org.br/a_noticias_detalhes.asp?cod_noticias=4041)> Acesso em: 10 de abril de 2011.

<sup>70</sup> GARCIA, Lenise. Especialista em Microbiologia e professora da Universidade de Brasília.

**Apresentação didática sobre anencefalia.** Disponível em:

Parte 1 - <<http://www.youtube.com/watch?v=WnTeZbi8QzA>>

Parte 2 - <<http://www.youtube.com/watch?v=Tg8zJtHdtdo>>

Parte 3 - <[http://www.youtube.com/watch?v=Pni\\_uCdRTi8](http://www.youtube.com/watch?v=Pni_uCdRTi8)> Acesso em: 10 de abril de 2011.

<sup>71</sup> PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei n. 9.434/97.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm)> Acesso em: 24 de maio de 2011.

O julgamento da ADPF nº 54, teve como objetivo, em síntese, desautorizar a punição criminal em sede de aborto de feto anencéfalo, porquanto haveria tão somente a antecipação terapêutica do parto, visto que o feto portador de anencefalia não tem qualquer perspectiva de vida extra-uterina. Por isso, sendo inviável a sua sobrevivência, não estaria esse feto protegido pela legislação penal.<sup>72</sup>

Atualmente, a maioria dos juízes de 1º grau, do Estado do Rio Grande do Sul, julga os pedidos de autorização judicial para interrupção de gravidez de feto anencéfalo, com base no seguinte: 1) que o Código Penal brasileiro não autoriza a prática de nenhuma forma de aborto, a não ser àquelas excludentes, em que tratamos no item 1.3.1, do presente trabalho (se não há outro meio de salvar a vida da gestante e se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal); 2) que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, assegura, entre outros, o direito à vida (bem maior); e artigo 227, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e com absoluta prioridade, o direito à vida, dentre outros; 3) que o Código Civil, em seu artigo 2º põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro e, por evidente, o bem maior que é a vida; 4) alegam, os juízes, a ausência de normatização sobre o assunto, explicando que isso inviabiliza o Poder Judiciário de emitir alvará de autorização para interrupção da gravidez, bem como, não há, na legislação brasileira, qualquer comando autorizando o juiz a se investir de poderes para mandar interromper gravidez indesejada, subtraindo a vida de uma criança; 5) que nenhum dos princípios constitucionais de proteção à vida, à dignidade da pessoa humana, de respeito pela vida humana, respaldam a interrupção da gravidez, pois todos eles determinam a preservação da vida.<sup>73</sup>

Já em sede de Apelação, a decisão da maioria dos desembargadores é favorável. Concedendo a expedição de alvará, com máxima urgência, os

---

<sup>72</sup> ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O direito fundamental do feto anencefálico. Uma análise do processo e julgamento da Arguição (sic) de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Jus Navigandi, Teresina, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10488>>. Acesso em: 30 de out. 2010.

<sup>73</sup> PORTO ALEGRE. 1 Vara do Juri.2. Juizado. **Sentença n. 001/2.09.0067665-6.** Juíza Prolocutora: Dra. Rosane Ramos de Oliveira Michels, 11 de agosto de 2009. Disponível em anexo n. 02.

magistrados autorizam a antecipação do parto, tendo em vista que a anencefalia é uma doença que, cientificamente, comprova a morte intrauterina em 65% dos casos e, se houver nascimento, a sobrevivência não ultrapassa algumas horas.<sup>74</sup>

É referido ainda, nas decisões de 2º grau, do Estado do Rio Grande do Sul, que o vigente Código Penal brasileiro, elaborado em 1940, encontra-se defasado em relação às informações e recursos médicos atuais, uma vez que, à época de sua elaboração, não havia os recursos tecnológicos da medicina, disponíveis, atualmente, e capazes de detectar com precisão casos de feto anencéfalo. Essa constatação do desenvolvimento científico prova que o direito não é algo estático, mas sim uma ciência evolutiva, que deve se adequar à realidade.<sup>75</sup>

O disposto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal sustenta-se também, ao levar em consideração que a imposição à gestante de carregar em seu ventre, durante nove meses, um filho que não terá possibilidade de sobrevivência, implica-lhe amargura e demasiado sofrimento psicológico, violando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.<sup>76</sup>

Em uma analogia com a gravidez extrauterina, que pode ser vista como patologia, constata-se que a interrupção da gestação não é considerada crime de aborto, de acordo com o entendimento de Néelson Hungria:

O feto expulso (para que se caracterize 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 [...]<sup>77</sup>

Assunto controverso, objeto de pesquisas científicas e discussões acadêmicas a anencefalia, sob o ponto de vista jurídico, apresenta uma gama de indagações.

---

<sup>74</sup> PORTO ALEGRE. 3. Câmara criminal. **Apelação crime n. 70010680270**. Relator: José Antônio Cidade Pitrez, 20 de fevereiro de 2003. Disponível em anexo n. 04.

<sup>75</sup> SANTA MARIA. 1. Câmara criminal. **Apelação crime n. 70021944020**. Relatores: Marco Antonio Ribeiro de Oliveira e Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, 28 de novembro de 2007. Disponível em anexo n. 06.

<sup>76</sup> PORTO ALEGRE. 3. Câmara criminal. **Apelação crime n. 70011918026**. Relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre, 09 de junho de 2005. Disponível em anexo n. 05.

<sup>77</sup> HUNGRIA. Néelson. **Comentários do Código Penal**. Volume V, 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 297-298.

Segundo alguns julgamentos, antecipar o término da gestação de fetos anencéfalos é considerado terapêutico e poderia ser efetuado sem acarretar transtorno legal, levando-se em conta as características que distinguem os nascituros anencéfalos de outros embriões humanos. Outro fator importante, que influencia a decisão de interromper a gravidez, é o direito de escolha dos pais, principalmente o da mãe. E, para aqueles que defendem que a gravidez deva ser levada a termo, mesmo a de um nascituro anencéfalo, baseiam sua argumentação na sacralidade da vida.

### 2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GESTANTE

A Constituição Federal surge como instrumento para consolidar um estado do bem-estar social. Refere o legislador, no artigo 5º, Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) o seguinte:

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 [...]<sup>78</sup>

O artigo acima protege o indivíduo em seus direitos fundamentais, no entanto, é preciso ter ponderação, encontrando um ponto de equilíbrio na tomada de decisão quando o assunto for anencefalia. Assim, a manutenção de uma gravidez não desejada viola os direitos fundamentais da gestante, resultando em um conflito entre os direitos da mulher e os interesses do embrião/feto. Quanto a isso, Miguel Reale Jr. refere:

a vida da mãe tem maior valor que a vida do feto, pois é de interesse social a sua sobrevivência. Sob o aspecto existencial torna-se o problema indiscutível. A gestante tem autonomia, é um ser que se afirmou no mundo, estabelecendo com as demais relações que a fazem partícipe da comunidade. É ela um ser autônomo, que se afirmou pessoal e socialmente, agindo sobre o mundo de modo independente [...]. O feto, por outro lado, “não se fez ao mundo, não determinou sua própria situação, não alcançando a liberdade, que é o elemento distintivo do homem.”<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil brasileiro**, 9. ed. Verbo Jurídico, 2010.

<sup>79</sup> REALE JUNIOR, MIGUEL. **Teoria do delito**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 257.

Portanto, o Código Penal vigente, ao atribuir o direito à vida do nascituro um valor menor do que à vida do homem já nascido, torna incompatível a interpretação constitucional que garante a todos o direito à vida.<sup>80</sup>

É importante referir que o legislador constituinte não realizou a hierarquização dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais estão situados em um mesmo patamar, não havendo, em nível constitucional, nenhum tipo de superposição ou de graduação de um em relação ao outro. O norte de interpretação, de maior hierarquia axiológico-valorativa para a concretização dos direitos fundamentais, é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual será tratado no próximo item (2.3.1).<sup>81</sup>

Voltando a tratar dos direitos fundamentais que dizem respeito à gestante, o legislador assegura o direito à liberdade, o qual é compreendido pela autonomia da mulher em relação ao seu próprio corpo, cabendo somente a ela decidir sobre o momento em que exercerá a maternidade.<sup>82</sup>

A autonomia, segundo Kant, é a autodeterminação do ser humano frente ao mundo, e postula que “ser autônomo significa seguir uma lei moral de tal forma que sua ação individual possa ser tomada como uma máxima universal”. A autonomia, nesse sentido, é autocracia, uma vez que a razão, por sua livre vontade, estabelece para si as leis que inspiram e regulam seus atos.<sup>83</sup>

Por esse viés, forçar a mulher a manter a gestação de feto anencéfalo contra a sua vontade é uma manifesta afronta ao seu direito de integridade física, já que representa verdadeira ameaça à sua vida e um desrespeito à sua autonomia

---

<sup>80</sup> TESSARO, Anelise. **O debate sobre a descriminalização do aborto**. Revista brasileira de ciências criminais. IBCCrim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, 2008, p. 53/54.

<sup>81</sup> TESSARO, Anelise. **O debate sobre a descriminalização do aborto**. Revista brasileira de ciências criminais. IBCCrim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, 2008, p. 53/54.

<sup>82</sup> TESSARO, Anelise. **O debate sobre a descriminalização do aborto**. Revista brasileira de ciências criminais. IBCCrim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, 2008, p. 55.

<sup>83</sup> Cf. KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Lisboa: Edições 70, 1986..

reprodutiva e aos seus direitos sobre o próprio corpo.<sup>84</sup> Da mesma forma, o direito à saúde é atingido, pois a gestante sofre abalos psíquicos em razão da obrigação legislativa de levar a termo uma gestação indesejada. É o que motiva um grande número de mulheres a se submeterem ao aborto clandestino, realizado, na maioria das vezes, sem as condições adequadas de segurança e higiene, colocando em risco a saúde e a própria vida.<sup>85</sup> Também constitui uma violação à integridade humana da gestante (protegida pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal)<sup>86</sup>, que terá sua imagem abalada e sua moral afetada pelo constrangimento da situação desconfortável, perante a sociedade, seja no ambiente de trabalho ou no familiar.

### 2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

É importante referir que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, que são comumente utilizadas como sinônimos possuem distinta significação. A diferença está em suas especificidades: direitos humanos são de caráter internacional, enquanto direitos fundamentais têm caráter constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet, assinala:

[...] o termo os “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>87</sup>

A dificuldade em estabelecer os limites do conceito sobre a dignidade da pessoa humana encontra-se na própria noção de vida digna, que não é apenas o

---

<sup>84</sup> FERNANDES, Maíra Costa. **Interrupção da Gravidez de Feto Anencéfalo: Uma análise Constitucional**. Artigo publicado no Mundo Jurídico [<http://www.mundojuridico.adv.br>] em 14/03/2007. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=887](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=887)> Acesso em: 09 de abril de 2011.

<sup>85</sup> TESSARO, Anelise. **O debate sobre a descriminalização do aborto**. Revista brasileira de ciências criminais. IBCCrim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, 2008, p. 58.

<sup>86</sup> Art. 5º. inc. X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 9. ed. Verbo Jurídico, 2010.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35/36.



direito à vida e à liberdade. Ter uma vida digna expressa também o asseguramento do instrumental necessário para o exercício pleno de todos os direitos fundamentais. Instrumental este que o Estado tem a atribuição de fornecer através do acesso à educação, à saúde, à segurança, à justiça, entre outros direitos verdadeiramente humanos, e que, somente desse modo é que a pessoa alcançará a plenitude da cidadania.<sup>88</sup>

Portanto, proibir uma mulher de interromper a gravidez de feto anencéfalo viola diversos preceitos fundamentais, entre eles, o da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da CF)<sup>89</sup>. Tal princípio é conceituado por Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>90</sup>

Vê-se, então, que o princípio de dignidade da pessoa humana é a fonte da qual irradiam os valores norteadores da formação dos preceitos relacionados às categorias de direitos fundamentais, notadamente os chamados direitos civis, dentre os quais se inserem os direitos à vida, à integridade física e psíquica ao próprio corpo. Impor à mulher a continuidade da gestação de um feto anencéfalo é uma afronta do Estado a todos esses princípios, os quais, o próprio Estado deveria assegurar.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> ANDRES, Mari Oni da Silva. **Descriminalização do aborto no Brasil: a sociedade está preparada?** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 59, 2007, Porto Alegre: AMP/RS; FMP/RS, p. 124.

<sup>89</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 9. ed. Verbo Jurídico, 2010. Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] inc. III – a dignidade da pessoa humana.[...].

<sup>90</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

<sup>91</sup> BRAGANÇA, Bruna Alves dos Santos. **A Descriminalização do aborto do feto anencefálico como garantia aos direitos fundamentais da gestante**. Revista da AJURIS, n. 113, março de 2009, Porto Alegre: Associação dos juízes do Rio Grande do Sul, p. 400/401.



### 2.3.2 Direito à saúde e dos danos psíquicos à gestante

No Brasil, o direito à saúde está fixado entre os direitos e garantias fundamentais, da Constituição Federal de 1988, nos artigos 196 e 197. Esta garantia está definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), a qual refere: “saúde é um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não consiste apenas na ausência da doença ou enfermidade”.<sup>92</sup>

O conceito da Organização Mundial da Saúde (OMS) propicia um entendimento mais abrangente a respeito do significado de saúde. A partir dessa noção, verifica-se que saúde se torna um objetivo de qualidade de vida, que depende de direitos inerentes às pessoas humanas, bem como do ambiente em que elas vivem. Esta concepção está traduzida na Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo 25:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e têm direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou em outros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade.<sup>93</sup>

Germano Schwartz (2001) entende a saúde como um processo sistêmico, interdependente de fatores relacionados à preservação da vida do indivíduo e do meio orgânico ou inorgânico no qual vive. No que diz respeito à saúde, refere a obrigação do governo brasileiro em garantir mudanças efetivas, para que haja melhoria nas condições da a saúde, como também esta seja reflexo e instrumento de justiça social.<sup>94</sup>

Como visto acima, a saúde representa um esforço no sentido de atingir um estado de bem-estar, de equilíbrio entre o ser e o ambiente. Desse modo, além da

---

<sup>92</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **A Constituição da Organização Mundial da Saúde**, [OMS/WHO]. Disponível em <<http://www.who.int/es/>> Acesso em: 30 de out. de 2010. Preâmbulo do Ato Fundador da OMS, assinado por 61 Estados, dentre os quais, o Brasil.

<sup>93</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em <<http://www.abert.org.br/site/images/stories/pdf/DeclaracaoUniversaldoDireitodoHomem.pdf>> Acesso em: 10 de abril de 2011.

<sup>94</sup> SCHWARTZ, Germano André. **Direito à saúde**. Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 223.

ausência da doença, são necessários cuidados com o corpo e a mente, e cada ser humano deve ter a possibilidade de dispor dos meios indispensáveis para sua efetivação.

De acordo com Sueli Dallari (1988), o estado completo de bem-estar não existe. Essa pesquisadora, no entanto, afirma que a saúde deve ser entendida como a busca constante desse estado e que essa procura se caracteriza pelo equilíbrio instável entre a liberdade e a igualdade.<sup>95</sup>

Se forem direcionados os aspectos referidos acima para a problemática da gestante de feto anencéfalo, percebe-se que há probabilidade de perigo, em relação à sua saúde e à sua vida. Sabe-se também, que, raras vezes a morte do feto ocorre ainda no útero da mulher, no entanto, caso venha a acontecer, o atendimento médico torna-se uma urgência, pois há possibilidade de hemorragia e de deslocamento da placenta, entre outras complicações.

O acompanhamento médico, nesse tipo de gravidez, deve ser feito no pré e pós-parto e deve ser tão cuidadoso quanto uma gestação de feto saudável. Com esse diagnóstico, a mulher tem 25% de chance de contrair doença hipertensiva na gravidez e, uma vez elevada a pressão arterial, a paciente pode apresentar pré-eclampsia<sup>96</sup> e eclampsia<sup>97</sup>. Segundo Thomaz Gollop: “Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida [...] há inúmeras complicações em uma gestação cujo resultado é um feto sem nenhuma perspectiva de sobrevivida.”<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde**. Rev. Saúde Pública [online]. 1988, vol.22, n.1, p. 57/63. ISSN 0034-8910.

<sup>96</sup> “Síndrome multimistêmica, caracterizada por hipertensão e proteinúria [excesso de proteína na urina], após 20 semanas de gravidez, em mulheres com pressão arterial normal previamente”[**STEDMAN**, Thomas Lathrop. Dicionário Médico. *Medicina e Saúde*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 1996.].

<sup>97</sup> “É definida como a presença de convulsão em mulheres com pré-eclampsia” [**STEDMAN**, Thomas Lathrop. Dicionário Médico. *Medicina e Saúde*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 1996.].

<sup>98</sup> GOLLOP, Thomaz Rafael. **Riscos Graves à Saúde da Mulher**. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Disponível em: <[http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade\\_final.pdf](http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf)>. Acesso em: 09 de abril de 2011.

Um fato importante a considerar em relação a essas questões da anencefalia é o vultoso número de mulheres que vem a falecer em decorrência da prática de abortamento inseguro.<sup>99</sup> Além do risco de vida e riscos com a saúde, a mulher grávida sofre danos psíquicos, ao receber a notícia de que o feto gerado em seu ventre sofre de malformação cerebral irreversível, que não tem perspectiva favorável de sobrevivência, dano psíquico que se agrava, mediante a proibição da interrupção desta gravidez. É um momento de incomensurável sofrimento, em uma fase que deveria ser prazerosa com planos para o nascimento. Obrigá-la a carregar em seu ventre, um ser morto, porque deixará de existir se dela desconectado, constitui ainda uma ofensa à sua dignidade de mulher, de mãe, de pessoa humana.<sup>100</sup>

#### 2.4 INTERRUPTÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 não tratou expressamente da problemática do aborto voluntário, tanto para autorizá-lo, como para proibi-lo. Mas isso não impede que o tema seja discutido constitucionalmente, tendo em vista que a matéria está fortemente impregnada de conteúdo constitucional, na medida em que envolve o

---

<sup>99</sup> Segundo a OMS, o abortamento inseguro é aquele procedimento realizado para interromper uma gravidez indesejada, praticado por pessoas sem a necessária qualificação ou aquele que é realizado em um ambiente sem as mínimas condições de segurança médica, ou ambos [Organização Mundial de Saúde. Aborto sem riscos: guia técnico e políticas para sistemas de saúde. Genebra. OMS, 2003].

<sup>100</sup> O relato foi feito por uma juíza de direito brasileira sobre os agravos psíquicos sofridos por gestante portadora de feto anencéfalo e, publicado no editorial do **Boletim do IBCCRIM** [n. 145, Dez. 2004] é extremamente expressivo e merece parcial transcrição: “Sou mãe [ou fui] de um bebê com esta deformidade. Consultei sobre o assunto o médico que acompanhava a gestação e ele deu uma resposta desconcertante: “Se você quiser abortar, indico-lhe um aborteiro porque sou um parteiro”. Isso me deu uma enorme sensação de culpa; me senti uma assassina e levei a gravidez a termo. Foram os piores anos da minha vida, pois uma das coisas mais importantes desde período é o vínculo de amor e carinho que nós estabelecemos com o ser que está ali dentro de nós. Só a mãe sabe como é esse sentimento. Durante os sete meses restantes, vivi brigando com tal sentimento que teimava em não ser indiferente, pois imaginava que, se conseguisse não estabelecer o vínculo, sofreria menos. Foi uma experiência que nenhuma mãe deseja viver”. [...] “Minha filha tinha um rosto lindo, mas faltava o osso que reveste o cérebro. A anencefalia. Os pediatras aconselharam não alimentá-la para que o tempo de vida não se prolongasse” [...] “Não tive condições psicológicas de cuidar de minha filha; ela viveu cinco dias porque minha sogra desobedeceu à recomendação médica e a alimentava. Entretanto, segundo me informou, era visível o desconforto da criança que não tinha ânimo nem para chorar; esboçava uma gesticulação intermitente e desconexa. Aí se foram as duas primeiras oportunidades de ter um filho. Insisti numa terceira gravidez” [...] “e nesta não conseguia acreditar que tudo estava bem e, novamente, me esforcei para não amar tanto o meu filho. Não comprei fralda; não fiz enxoval e nunca me dirigi ao feto com medo de mais uma perda. Eu sabia que não suportaria. Graças a Deus, tudo deu certo” [...] “Por tudo isso que acabo de testemunhar – e é a primeira vez que tenho coragem de ter um filho saudável – com vida – pois não se pode falar em vida do anencéfalo. Que vida? Somente intra-uterina”.

manejo de princípios e valores de máxima importância. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, consoantes o art. 5º, §1º da Constituição Federal.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello refere que:

violar um princípio é mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa, não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade.<sup>101</sup>

Na democracia brasileira, há um espaço para que o povo decida sobre questões controvertidas, porém este campo não é de alcance indefinido, estando limitado pela Constituição Federal, notadamente pelos direitos fundamentais, os quais a própria Constituição dá a garantia.

A gestante, ao exercer o seu direito de escolha, optando pela antecipação terapêutica, faz uso, na sua plenitude, do princípio de extração constitucional, da liberdade e da autonomia da vontade. Desse modo, impor-lhe o dever de acolher em seu útero, até o termo da gravidez, um feto, cuja perspectiva de sobrevivência é nula, constitui cerceamento brutal e flagrante àquele princípio, como refere o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal:

[...] para qualquer pessoa nessa situação, ficar a (*sic*) mercê da permissão do Estado para livrar-se de semelhante sofrimento resulta, para dizer o mínimo, em clara violência às vertentes da dignidade humana – física moral e psicológica [...] não se pode aquiescer à ignomínia de considerar-se a gestante a suportar meses a fio de desespero e impotência, em frontal desrespeito à liberdade e à autonomia da vontade, direitos básicos, imprescindíveis, consagrados em toda sociedade que se afirme democrática.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 451.

<sup>102</sup> O Min. Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, na Arguição (*sic*) de Descumprimento de Preceito Fundamental [ADPF] n. 54, formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, concedeu, no dia 1º de julho de 2004, liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno, com duplo efeito: sobrestar os processos e decisões não transitadas em julgado relativas à prática do delito de aborto, em razão da anencefalia e conceder a gestante o direito de optar pela submissão à operação terapêutica de parto de feto anencéfalo, a partir de laudo médico confirmatório dessa anomalia.

Porém, a dignidade da pessoa humana também diz respeito à vida intrauterina, à qual também é protegida pela Constituição Federal, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido.

Sustenta-se que a proteção conferida à vida do nascituro não é uniforme durante a gestação, pelo contrário, a tutela aumenta na medida em que o embrião se desenvolve, até se tornar um feto com possibilidade de vida extrauterina. O tempo de gestação tem, portanto, relevância, de acordo com o nível de proteção constitucional atribuído à vida pré-natal. Assim, a ideia de que o cuidado dispensado à vida do nascituro não é equivalente àquele proporcionado após o nascimento, já está presente no ordenamento jurídico. Um exemplo é o aborto espontâneo: por mais que se trate de um fato extremamente doloroso para a maioria das famílias, o evento não costuma representar sofrimento comparável à perda de um filho já nascido, pois a percepção geral é a de que a vida vale muito mais depois do nascimento.<sup>103</sup>

Para Ronald Dworkin (2003), o nascituro embora já possua vida, não é ainda pessoa. Sustenta, também, que a questão da personalidade do feto não é problema essencial, quando se discute aborto.<sup>104</sup>

Apesar de uma parte de indivíduos considerarem que o aborto não é nunca ou quase nunca moralmente permissível, opinam que a lei deveria deixar às mulheres o poder da decisão de praticá-lo, ou não. As argumentações usadas nesses casos baseiam-se no princípio de que o Estado e a Igreja devem ser separados; outras fundamentam sua tolerância na ideia de que o aborto compete ao foro íntimo da pessoa, sobre o qual o governo não pode interferir. Grande parte dos extremamente conservadores ao aborto acredita que o governo deve proibi-lo, mas mesmo estes, em algumas circunstâncias, abrem exceções, como nos casos em que a gestação coloca a em risco a vida da mãe ou quando a gestação é resultado de um estupro. Portanto o direito à vida não se apresenta de forma tão absoluta

---

<sup>103</sup> SARMENTO, Daniel. Mestre e Doutor em Direito Constitucional da UERJ, Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ [Graduação, Mestrado e Doutorado] e da EMERJ, Procurador Regional da República. **Legalização do Aborto e Constituição**.

<sup>104</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 63.

entre as opiniões conservadoras. Vê-se que a perda da harmonia familiar, com consequências que podem acarretar problemas graves para a mulher e para a família, também é aceito como justificativa para o aborto, quando diagnosticadas anomalias fetais graves, que tornem a perspectiva de vida do feto inviável.

Dworkin conclui que: “a verdade é que a opinião liberal, como a conservadora, pressupõe que a vida humana tem algum valor intrínseco, de modo que é um erro pôr fim a uma vida, mesmo quando não estão em jogo os interesses de ninguém.”<sup>105</sup>

Assim, o eixo central para discutir as divergentes posições sobre o aborto seria entender que, todas elas, atribuem à vida humana um valor intrínseco.

---

<sup>105</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 47.

### 3. DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Este capítulo versará sobre a descriminalização do aborto, a partir da ótica do princípio da secularização. Este princípio reconhece a constante mutação da sociedade, salientando que as leis devem acompanhar essa alteração. Desse modo, as modificações pertinentes ao crescimento das sociedades na modernidade, desenvolvimento da racionalidade capitalista, crescimento da civilização urbana, entre outras transformações, são desencadeadas pelo aparecimento de novas realidades, levando em consideração a separação entre a moral e o direito. O estudo aproveitará o apanhado de decisões, que estão sendo tomadas nos tribunais superiores, diante dos pedidos das gestantes, bem como os embasamentos doutrinários, que sustentam as referidas decisões.

#### 3.1 PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO

Segundo Fernando Catroga, a partir da década de 1960, surgiram teorias que tentaram explicar a secularização. Essa temática despertou o interesse de pensadores de diversas áreas do saber, que, teorizando sobre o assunto, relacionavam o conceito com a modernidade e seus modos de entender o mundo e a vida nos países ocidentais cristianizados. Para Catroga:

Há múltiplos sentidos de secularização. Situando-nos, sobretudo no domínio das ciências sociais, é possível apresentar cinco significados fundamentais: eclipse do sagrado, autonomia do profano, privatização da religião, retrocesso das crenças e práticas religiosas, mundanização das próprias Igrejas.<sup>106</sup>

Segundo Giacomo Marramao, citado por Fernando Catroga, a secularização é “uma das expressões-chave do debate político, ético e filosófico contemporâneo”<sup>107</sup> O termo secularização já aparecia nos escritos neo-testamentários sob o aspecto

---

<sup>106</sup> CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 08.

<sup>107</sup> CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006, *apud* MARRAMAIO, Giacomo. Cielo e terra. Genealogia de La secolarizzazione, Roma-Barri, Laterza, 1994, p. 47/48.

“*saeculum*” (de *secus* ou *sexus*). De acordo com alguns estudiosos, a origem da palavra ainda requer novas explorações possíveis da linguagem, em particular as existentes entre sexo, geração, idade do homem, tempo de governo, duração da vida, período da vida, período máximo de cem anos, etc.<sup>108</sup>

Segundo Karel Dobbelaere, também citado por Fernando Catroga, uma das acepções de secularização é o distanciamento dos fatores sociais e das tradições religiosas.<sup>109</sup>

De acordo com Luigi Ferrajoli, o princípio da secularização é a ideia de que inexistente uma conexão entre o direito e a moral. O direito não tem a missão de reproduzir elementos da moral ou de outro sistema de valor ético-político. Refere que há uma posição dos católicos que acreditam que, se o comportamento é imoral, deve ser também proibido pelo direito e, se é um pecado, é obrigatório que seja tratado como crime. Essa tese, segundo o autor, não é e nem deve ser para o direito razão suficiente para que justifique tal proibição jurídica.<sup>110</sup>

Segundo Zaffaroni, citado por Salo de Carvalho, o princípio da secularização é um princípio metajurídico, de legitimidade externa do direito penal, cuja caracterização é dada, fundamentalmente, pela adoção de formas republicanas de governo. Com o processo da separação entre o direito e a moral, coube ao direito penal a proibição, a comprovação e a repressão de condutas lesivas a bens jurídicos concretos. Dessa maneira, excluiu-se a possibilidade de atuar como instrumento de reforço da moral, segundo o princípio garantidor da dignidade da pessoa humana, que propicia o pluralismo e resguarda determinada esfera da pessoa, na qual é ilícito proibir, julgar, punir: a esfera do pensamento, das ideias, das paixões e das convicções.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 48.

<sup>109</sup> CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 274.

<sup>110</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr e outros. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 683/684.

<sup>111</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3. ed. rev. atual. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 157 *apud* ZAFFARONI, Sistemas Penales y Derechos Humanos, p. 27.



A invocação do respeito pela liberdade religiosa, a separação das Igrejas e do Estado<sup>112</sup>, para um ponto de vista neutro, contribuiu para o conceito de secularização. O primeiro grande momento, dessa nova ordem, se deu com a Revolução Francesa<sup>113</sup>, devido à consolidação de diversos processos revolucionários, como “O Contrato Social” (1762), o qual legitimou o Estado da sociedade, estabelecendo regras para a convivência social, principal matriz teórica moderna, ao afirmar a necessidade da pena.<sup>114</sup>

Diante de divergência entre a normatividade, em nível constitucional, e a sua não efetividade, nasce no campo penal o garantismo, teoria de Luigi Ferrajoli,

como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultado e alimentado, quase sempre em nome da defesa do Estado de direito e do ordenamento democrático.<sup>115</sup>

Ferrajoli refere que a teoria geral garantista possui elementos que não valem apenas para o direito penal, mas também para a legitimação da justiça e a garantia da legalidade dos direitos fundamentais, do direito civil, constitucional, etc. São eles: a) o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; b) a divergência entre a validade e vigência produzida pelos desníveis das normas e certo grau irredutível de legitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; c) a distinção entre o ponto de vista ético-político e o ponto de vista jurídico, e a conexa divergência entre justiça e a validade; d) a autonomia e a prevalência do poder público, em certo grau irredutível de legitimidade política.<sup>116</sup>

Portanto, a Constituição funciona dentro da teoria do garantismo, como base instituidora e limitadora de regras, mediante obrigações e vedações das matérias de

---

<sup>112</sup> A separação das Igrejas e do Estado constitui um avanço fundamental, não implica a proibição do reconhecimento do papel público das religiões, nem impede formas de colaboração entre o Estado e as Igrejas [...] as religiões podem contribuir positivamente com seus recursos simbólicos e a sua capacidade superior de ‘articular nossa sensibilidade moral’ [Jürgen Habermas]. CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 09.

<sup>113</sup> CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 48/49.

<sup>114</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3.ed. rev. atual. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 118.

<sup>115</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr e outros. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 683/684.

<sup>116</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr e outros. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 685.

competência e os critérios de decisão, que condicionam todo o ordenamento jurídico, que o autor chama de “modelo de Estado nascido com as modernas Constituições”.<sup>117</sup>

Esse modelo de Estado se caracteriza pelo Princípio da Legalidade, o qual determina que o funcionamento dos poderes do Estado devem agir para a manutenção e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, através do estabelecimento de limites, no próprio texto constitucional, implicando vedações legais de lesão àqueles direitos, na obrigação de satisfação dos direitos sociais e, ainda proteção de poderes aos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.<sup>118</sup>

Entende-se que deve haver o reconhecimento do sistema jurídico e do sistema de governo, os quais na criação da Carta Magna foram estabelecidos para serem formadores de um Estado Democrático de Direito.<sup>119</sup>

Ressalta Ferrajoli que os Estados Modernos, antes de serem considerados Estados Democráticos já eram Estados de Direito e estes estabeleciam regras sobre o limite dos poderes, sendo que a primeira regra enunciava que nem tudo se pode decidir, ou não decidir, nem mesmo pela maioria, ao contrário do pensamento que tudo deva ser decidido por maioria. De acordo com a teoria do garantismo, o Estado deve criar garantias liberais negativas, que vedam qualquer ato atentatório à vida, à liberdade, etc; e sociais positivas, que lançam contra o Estado, obrigações como a

---

<sup>117</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr e outros. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 687.

<sup>118</sup> “O princípio de mera legalidade se limita precisamente a exigir que o exercício de qualquer poder tenha como fonte a lei como condição formal de legitimidade; o princípio de estrita legalidade exige, ao contrário, dessa mesma lei, que condicione a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído a determinados conteúdos substanciais. No direito penal, onde o direito formal em jogo é a imunidade do cidadão a proibições e punições arbitrárias, estes conteúdos substanciais têm sido individualizados na enumeração exaustiva das hipóteses de delito, que comporta de um lado a referência empírica aos três elementos constitutivos expressos pelas garantias penais e, por outro, a sua verificação e falsificação nas formas expressas pelas garantias processuais. Nos outros setores do ordenamento, os direitos fundamentais objeto de tutela são diferenciados; mas mesmo estes, se garantidos constitucionalmente, se configuram vínculos de validade para a legalidade ordinária, a qual, por isso, resulta igualmente caracterizável como estrita legalidade. Em quaisquer que sejam, coincide com a sua legitimação formal, enquanto estrita legalidade, subordinando todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos de direitos fundamentais, coincide com a sua legitimação substancial.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr e outros. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 688.

<sup>119</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 9 ed. Verbo Jurídico, 2010, caput do art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

possibilidade de educação, alimentação, habitação, etc.. Assevera Ferrajoli que: “nem por contrato um homem pode ser obrigado a privar-se da vida ou das liberdades fundamentais, reconhecidas como direitos personalíssimos”.<sup>120</sup>

Na obra, *Crítica e Crise*, Reinhardt Koselleck se refere ao processo de secularização, quando a ordem política, que o Estado produziu ao pacificar o espaço devastado pelas guerras civis religiosas, criou a condição necessária ao desenvolvimento do mundo moral. Assim, naquele momento, os indivíduos se desvincularam da religião, aperfeiçoando-se moralmente tendo possibilidade de saber, efetivamente, o que é bom e o que é mau para si. Essa circunstância propiciou outra visão da vida e os indivíduos entraram em contradição com o Estado, o qual se vê obrigado a aceitar o processo moral.<sup>121</sup>

O Ministro Marco Aurélio, em julho de 2004, após analisar a ADPF nº 54, despachou liminarmente, concedendo às mulheres que estivessem gestando fetos anencéfalos, o direito de interromper a gravidez, sem a necessidade de autorização judicial. A partir desse dia, até a cassação dessa autorização, em 20 de outubro de 2004, houve inúmeras pressões políticas e sociais. O STF afastou um dos maiores obstáculos ao reconhecimento da constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo, quando entendeu que a hipótese não era da atuação como de um legislador positivo, mas de interrupção conforme a Constituição.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr e outros. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 689.

<sup>121</sup> KOSELLECK, Reinhardt. **Crítica e Crise**. Uma contribuição à patogênese do mundo burgês. Tradução do original alemão. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Univeridade do Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 15/16.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Deferimento de pedido de medida cautelar. ADPF nº 54**. Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio.

A argumentação a respeito da autorização do Ministro Marco Aurélio seguiu uma lógica de ponderação e balanceamento entre o valor da vida do feto e da vida da gestante. Para alguns, o tema aborda uma questão individual e, para outros, trata de uma questão moral e religiosa sobre a origem da vida, dois extremos que assinalam posições conservadoras, moderadas e liberais, em face de princípios constitucionais consagrados.<sup>123</sup>

Manifestou-se contrariamente ao pedido, o Procurador-Geral da República, Claudio Fonteles, em defesa do direito à vida do feto, que considerou como primazia jurídica desde a concepção. Referiu que o aborto é permitido para salvar a vida da gestante, como também nos casos de vítima de estupro, tendo em vista a previsão no Código Penal. Ademais, Fonteles refere que o feto seria potencialmente pessoa, com direitos e interesses a serem protegidos pelo Estado.<sup>124</sup>

Declararam-se contrários ao pedido, os Ministros Eros Grau, Carlos Velloso e Cezar Peluso, tendo este último salientado que:

(...) a vida intra-uterina é também um valor constitucional. Está na lógica, portanto, da Constituição que a ofensa a este valor possa ser atingida pela estratégia normativa da criminalização, porque se trata do valor mais importante do Ordenamento jurídico, que é a vida. Não vejo, portanto, nenhuma desproporcionalidade entre o meio normativo e o objetivo visado. E mais! Isto não é sem conseqüências (*sic*) do ponto de vista prático, porque o nascimento com vida tem gravíssimas conseqüências (*sic*), no mínimo de ordem patrimonial e de sucessão, gravíssimas conseqüências (*sic*), que não podem ser desconsideradas sob fundamentos, a meu ver, menos consistentes. (Ministro Cezar Peluso)<sup>125</sup>

Com isso, o plenário cassou a decisão e optou por realizar consulta pública para colher informações que ilustrassem a análise do mérito em suas raízes morais e éticas. Sendo assim, houve a valoração de que o direito à vida enquadra-se entre aqueles direitos aos quais se garante contra qualquer ato atentatório que lhe retire

---

<sup>123</sup> RIBEIRO, F. R. G. **Sentidos da vida na controvérsia moral sobre o abortamento induzido: o caso da anencefalia**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2008. Disponível em: < [http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST23/Flavia\\_Regina\\_Guedes\\_Ribeiro\\_23.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST23/Flavia_Regina_Guedes_Ribeiro_23.pdf)> Acesso em: 25/05/2011.

<sup>124</sup> RIBEIRO, F. R. G. **Sentidos da vida na controvérsia moral sobre o abortamento induzido: o caso da anencefalia**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2008. Disponível em: < [http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST23/Flavia\\_Regina\\_Guedes\\_Ribeiro\\_23.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST23/Flavia_Regina_Guedes_Ribeiro_23.pdf)> Acesso em: 25/05/2011.

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Deferimento de pedido de medida cautelar. ADPF nº 54**. Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio.

tal *status*, sendo indiscutível essa garantia por se tratar de um direito fundamental, tendo em vista que “os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a todos em igual medida”.<sup>126</sup>

É evidente a pluralidade das concepções morais que consideram a existência da proteção da vida humana, no entanto, em nenhum momento, nas argumentações da ADPF nº 54, foi observado o Princípio da Secularização, analisado anteriormente neste capítulo, que é o processo da separação entre o direito e a moral, o qual garante ao indivíduo determinada liberdade, que o Estado não pode penetrar, ou seja, na esfera da vida privada, da intimidade, da liberdade de pensamento, da liberdade de culto, da liberdade de associação política, etc.<sup>127</sup>

Portanto, verifica-se que a repressão penal ao aborto, apenas convalida esquemas, grupos religiosos, moralistas do controle estatal, isto é, esquemas de “poder”, em detrimento dos interesses individuais legítimos.<sup>128</sup>

### 3.2 DECISÕES E FUNDAMENTOS DOS ACÓRDÃOS

A maioria das decisões em primeiro grau, do Estado do Rio Grande do Sul, não autoriza a prática da antecipação da gravidez de feto anencéfalo. As razões para o indeferimento da liminar sustentam a falta de normatização sobre o assunto e o direito à vida do nascituro, mesmo que esta seja por pouco tempo, como está previsto na Constituição. Em determinados casos, o julgador faz uma análise referindo que o Código Penal é claro quando afirma que, somente nos casos de risco de vida à gestante e no caso de estupro, o aborto é permitido, não podendo haver exceções de qualquer interpretação, tendo em vista que o aborto é uma das categorias de crime contra a vida.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr e outros. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 727.

<sup>127</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3. ed. rev. atual. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 123.

<sup>128</sup> FARIAS, Angela Simões de. **Uma proposta para a descriminalização do aborto**. BOLETIM IBCCrim N. 40, p. 4. Abril, 1996.

<sup>129</sup> PORTO ALEGRE. 1º Vara Criminal, Pedido de autorização judicial para a interrupção da gravidez. **Sentença nº 001/209.0067665-6**. Juíza de Direito Rosane Ramos de Oliveira Michels. Porto Alegre, 11 de agosto de 2009. Acesso em: 14/05/2011.

Ainda em primeiro grau, muitos juristas decidem o pedido da antecipação do parto de feto anencéfalo e julgam como se estivessem diante da eugenia (anomalias como Síndrome de Down), referindo que esse procedimento da medicina e da tecnologia tem a finalidade de melhorar a raça humana e aduzem, inclusive, que nenhum princípio constitucional respalda o pedido.<sup>130</sup>

Nas solicitações para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), em que o entendimento já foi pacificado, as decisões versam pela autorização da antecipação de parto, quando é o caso de feto anencéfalo. Em contrapartida, em outras situações, como nesta decisão, o relator defende que:

Em primeiro lugar, é preciso considerar que, por ocasião da elaboração e da promulgação do Código Penal, em 1940, não dispunha a Medicina, ainda rústica e incipiente, dos recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outras anomalias fetais, indicativas de morte logo após o parto ou de irrecuperáveis seqüelas(sic) físicas ou mentais. Em outras palavras, naqueles tempos já remotos, era preciso esperar o nascimento da criança para constatar a perfeita sanidade ou a eventual deficiência em maior ou menor grau. Por óbvio, a lei não poderia prever uma situação inexistente na realidade e incluí-la entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto.<sup>131</sup>

Nesse mesmo acórdão, na continuação do voto do revisor, verifica-se outra forma de compreensão da matéria, por parte do intérprete, que é a criação de outras categorias não previstas legalmente. Nesse sentido, o magistrado sob uma interpretação mais contemporânea da norma, fomenta proteção do aborto eugênico, apesar de ele mesmo reconhecer que não há tutela jurídica para esse tipo de aborto:

Hoje, como é amplamente difundido, com os avanços tecnológicos aplicados à Medicina e, no caso particular, à Obstetrícia, e com a evolução das pesquisas médicas em geral, a situação muda de figura, não sendo desarrazoado supor que, havendo tal possibilidade na época em que foi elaborado o Código Penal também isentasse de pena o chamado aborto eugênico, como é conhecida a interrupção da gestação na hipótese

---

<sup>130</sup> PORTO ALEGRE. 1º Vara Criminal, Pedido de autorização judicial para a interrupção da gravidez. **Sentença nº 001/209.0067665-6**. Juíza de Direito Rosane Ramos de Oliveira Michels. Porto Alegre, 11 de agosto de 2009. Acesso em: 14/05/2011.

<sup>131</sup> SANTA MARIA. Câmara Criminal, 1. Pedido de autorização judicial para interrupção da gravidez. Feto anencéfalo. Documentos médicos comprobatórios. Difícil possibilidade de vida extra-uterina. Exclusão da ilicitude. Aplicação do art. 128, inc. I do Código Penal, por analogia "*in bonam partem*". **Apelação crime n. 70021944020**. Relator: Marco Antonio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, 28 de novembro de 2007.



vertente, o que se extrai da própria *mens legis* do referido preceito da lei penal.<sup>132</sup>

Há outros casos em que o intérprete concorda e aceita que o nascituro anencéfalo constitua um ente morto (um cadáver). O aborto, então, não é entendido como crime, já que seria a mera expulsão de um ente sem vida. Nesse caso, basta a comprovação da existência de anencefalia para ensejar o provimento do pedido de autorização de interrupção da gestação, conforme demonstra o acórdão:

Em que pese não estar o aborto eugenésico incluído no art. 128 do Código Penal, como mais uma indicação de causa excludente de ilicitude, tal circunstância não impede a sua realização quando se está a tratar de caso de malformação fetal, especialmente a anencefalia, pois esta acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra-uterina(*sic*) e implica gravidez de alto risco.<sup>133</sup>

Uma vez que o feto não apresenta os requisitos necessários para o diagnóstico da morte encefálica, nos moldes do Conselho Federal de Medicina, Resolução n. 1.408/97, ele é um ser vivo, um nascituro. Nesse sentido:

Já para os opositores, os opositores, o anencéfalo seria um ser vivo, porque a Lei de Transplantes (Lei nº 9434/97) não utiliza a expressão “morte cerebral”, o que daria a entender que a simples parada de funcionamento do cérebro seria um sinal suficiente de morte. A lei fala em “morte encefálica”, o que significa que todo o encéfalo (incluindo o tronco cerebral) deve parar de funcionar para que um paciente seja considerado morto e, assim, a sua retirada da barriga da gestante constituiria, em tese, crime de aborto.<sup>134</sup>

Verifica-se que raras são as vezes em que o judiciário prioriza os interesses da gestante. O Código Penal descriminaliza o aborto, no caso de risco de vida da mãe, mas no caso de gestante, com feto anencéfalo, não resta demonstrado esse

---

<sup>132</sup> SANTA MARIA. Câmara Criminal, 1. Pedido de autorização judicial para interrupção da gravidez. Feto anencéfalo. Documentos médicos comprobatórios. Difícil possibilidade de vida extra-uterina(*sic*). Exclusão da ilicitude. Aplicação do art. 128, inc. I do Código Penal, por analogia “*in bonam partem*”. **Apelação crime n. 70021944020**. Relator: Marco Antonio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, 28 de novembro de 2007.

<sup>133</sup> PORTO ALEGRE. Câmara Criminal, 3. Apelação crime. Autorização judicial para aborto eugenésico. Anencefalia do feto. Impossibilidade de sobrevivência após o nascimento. Prolongamento da gestação a implicar sério risco de vida à gestante. Cunho terapêutico da intervenção. **Apelação crime n. 70005037072**, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Porto Alegre, 12 de setembro de 2002.

<sup>134</sup> SANTA MARIA. Câmara Criminal, 1. Pedido de autorização judicial para interrupção da gravidez. Feto anencéfalo. Documentos médicos comprobatórios. Difícil possibilidade de vida extra-uterina(*sic*). Exclusão da ilicitude. Aplicação do art. 128, inc. I do Código Penal, por analogia “*in bonam partem*”. **Apelação crime n. 70021944020**. Relator: Marco Antonio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, 28 de novembro de 2007.

risco, então, para a maioria dos juristas, basta comprovação da inviabilidade do feto. Há um julgado que serviu de parâmetro para outras decisões, concluindo, no entanto, que a gravidez de um feto anencéfalo acarreta sérios riscos à gestante, como segue:

É de se deferir tal autorização, ainda que o caso não se enquadre nas hipóteses previstas no art. 128, do CP. A vida da gestante corre sério risco, levando a gravidez a termo, além do que é nula a possibilidade do conceito sobreviver, tendo em vista a anencefalia diagnosticada.<sup>135</sup>

Associado ao risco para a gestante é levado em conta também o sofrimento psicológico da mesma. Como o nascituro anencéfalo é considerado como algo morto, isto é considerado como um peso a ser carregado pela mãe, entendendo o judiciário, em determinados momentos, que seria um ato de heroísmo conceber uma criança com esta malformação, como refere na decisão:

Não se pode exigir da gestante que prossiga carregando a morte já que a vida é impossível, comprovado cientificamente que se o feto não morrer no ventre ao longo dos 09 meses, inexoravelmente, desaparecerá no momento de nascer ou poucos minutos, no máximo pouquíssimas horas, jamais tendo ultrapassado na literatura médica 12 horas.<sup>136</sup>

Os argumentos acima são ratificados na doutrina de Guilherme Nucci (2009), quando refere que a curta expectativa de vida do futuro recém-nascido não deve servir de justificativa para o aborto. Uma vez que a própria lei considera cessada a vida, tão logo ocorra a morte encefálica, a ausência de cérebro pode ser motivo consistente para a realização do aborto, por ser inviável a vida autônoma fora do útero materno.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> PORTO ALEGRE. Câmara Criminal, 2. Mandado de segurança. Autorização judicial para a interrupção terapêutica da gravidez [fetotomia]. **Mandado de segurança nº 70005577424**. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 20 de fevereiro de 2003.

<sup>136</sup> PORTO ALEGRE. Câmara Criminal, 3. Apelação – aborto de feto anencéfalo e anacrânico – indeferimento – inexistência de disposição expressa – causa supra-legal de inexigibilidade de outra conduta – anencefalia – impossibilidade de vida apelação – antecipação de parto de feto anencéfalo e anacrânico – liminar de suspensão dos processos em andamento garantindo direito da gestante – demais disposições da lei 9.882/99 – artigo 11 – maioria de 2/3 – relevância do tema – inexistência de disposição expressa. **Apelação crime nº 70011918026**. Relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre, 09 de junho de 2005.

<sup>137</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 429.



Devem ser levados em consideração os diferentes entendimentos com relação à vida do nascituro com anencefalia. Há diversos entendimentos, como no voto da Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos:

anencefalia é anomalia que torna incompatível a vida do feto destruído de encéfalo, dependente tão só da permanência no ventre materno, assim mesmo, em 50% dos casos, a morte ocorre antes de decorrido o tempo gestacional. A morte é certa, não há possibilidade alguma de vida extra-uterina.<sup>138</sup>

Portanto, conclui-se que, apesar da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não ser permitida no ordenamento jurídico brasileiro, o procedimento está sendo aceito em diversas decisões judiciais e, na maioria dos casos, é considerado como superior o direito de escolha da mãe de levar a termo ou não a gestação, sem que sofram qualquer tipo de punição pelo ato.

### 3.3 REDUÇÃO DE DANOS E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ANENCÉFALO

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS)<sup>139</sup>, o aborto é a quarta causa de morte materna no país, atingindo principalmente as mulheres de baixa renda. Estima-se que no Brasil são realizados dois abortos clandestinos por minuto, sem assistência médica, sem condições técnicas e de higiene adequadas, podendo ocasionar a infertilidade, a morte da gestante, bem como outras graves consequências físicas e psíquicas.<sup>140</sup>

<sup>138</sup> PORTO ALEGRE. Câmara Criminal, 3. Apelação – aborto de feto anencéfalo e anacrânico – indeferimento – inexistência de disposição expressa – causa supra-legal de inexigibilidade de outra conduta – anencefalia – impossibilidade de vida apelação – antecipação de parto de feto anencéfalo e anacrânico – liminar de suspensão dos processos em andamento garantindo direito da gestante – demais disposições da lei 9.882/99 – artigo 11 – maioria de 2/3 – relevância do tema – inexistência de disposição expressa. **Apelação crime nº 70011918026**. Relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre, 09 de junho de 2005.

<sup>139</sup> GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008. Disponível em: <[http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/330\\_aborto\\_e\\_religi%C3%A3o\\_nos\\_tribunais\\_brasileiros.pdf](http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/330_aborto_e_religi%C3%A3o_nos_tribunais_brasileiros.pdf)> Acesso em: 14/05/2011.

<sup>140</sup> Em uma operação nesta manhã, a Polícia fechou uma clínica clandestina que realizava cerca de cem abortos por mês na Avenida Otávio Rocha, no centro de Porto Alegre. Pelo menos seis pessoas que estavam no local no momento do flagrante foram presas e estão sendo identificadas [...]. ZERO HORA. **Polícia fecha clínica clandestina que realizava abortos no centro de Porto Alegre**. Notícia publicada em 13 de abril, 2011. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&section=Geral&newsID=a3273434.xml>> Acesso em: 23 de abril de 2011.

No Brasil, o acesso judiciário ainda é dificultoso para pleitear a autorização da interrupção de gravidez de feto anencéfalo, o que acaba “empurrando” as mulheres para a clandestinidade.<sup>141</sup> Quando diagnosticada a anomalia, a gestante sofre uma perturbação emocional que atinge também seu núcleo familiar. A depressão é comum e a frustração traz uma infinita tristeza pela gestação de um filho que não viverá, estando o seu direito à saúde violado e conseqüentemente, também, a sua dignidade pessoal, ou seja, é uma lesão à sua integridade moral.<sup>142</sup>

A descriminalização do aborto é uma opção legislativa que provoca debates intensos à medida que envolve valores morais, sociais, políticos e religiosos, por isso é comum a formação de grupos que se mobilizam acerca destes valores e colocam em conflito, como já apontado, dois direitos fundamentais: o direito à vida do feto e o direito à autonomia da mulher.<sup>143</sup>

Ante tal problemática, observa-se que o Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário) é responsável por atender às diversas demandas relativas à questão social que o aborto suscita, seja discutindo propostas de ampliação ou restrição da legislação penal, oferecendo os serviços de aborto legal nos casos previstos em lei ou manifestando-se jurisdicionalmente em situações concretas.<sup>144</sup>

Eticamente o Estado não deveria usar a lei penal para exigir nenhum nascimento. É como se o corpo da mulher estivesse a serviço do Estado e do interesse social. Gestar e ter filhos deveria ser uma opção individual, pois a responsabilidade, após o nascimento, em muitos casos, é somente da mulher, que não conta, muitas vezes, nem com o pai que proporcionou a concepção. Portanto,

---

<sup>141</sup> Dossiê Aborto: **Mortes Preveníveis e Evitáveis**. Belo Horizonte: Rede Feminina de saúde, 2005. Disponível em: <[http://abenfo.redesindical.com.br/arqs/outros/105\\_aborto\\_e\\_mortes\\_preveniveis.pdf](http://abenfo.redesindical.com.br/arqs/outros/105_aborto_e_mortes_preveniveis.pdf)> Acesso em: 14 de maio de 2011.

<sup>142</sup> GONÇALVES, Tamara Amoroso, Coord.; Lapa, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008. Disponível em: <[http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/330\\_aborto\\_e\\_religi%C3%A3o\\_nos\\_tribunais\\_brasileiros.pdf](http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/330_aborto_e_religi%C3%A3o_nos_tribunais_brasileiros.pdf)> Acesso em: 14 de maio de 2011.

<sup>143</sup> GONÇALVES, Tamara Amoroso, Coord.; Lapa, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008. Disponível em: <[http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/330\\_aborto\\_e\\_religi%C3%A3o\\_nos\\_tribunais\\_brasileiros.pdf](http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/330_aborto_e_religi%C3%A3o_nos_tribunais_brasileiros.pdf)> Acesso em: 14 de maio de 2011.

<sup>144</sup> GONÇALVES, Tamara Amoroso, Coord.; Lapa, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008. Disponível em: <[http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/330\\_aborto\\_e\\_religi%C3%A3o\\_nos\\_tribunais\\_brasileiros.pdf](http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/330_aborto_e_religi%C3%A3o_nos_tribunais_brasileiros.pdf)> Acesso em: 14 de maio de 2011.

deve ser dado à mulher o direito de decidir de acordo com as suas circunstâncias, pela opção reprodutiva.<sup>145</sup>

Nesse sentido, a Constituição Federal enuncia no parágrafo 7º, do artigo 226 que: “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal [...]”.<sup>146</sup>

Portanto, verifica-se que o aborto é um problema de saúde pública e a criminalização não está evitando a prática, mas sim, causando milhares de mortes e sequelas físicas e psíquicas para as mulheres. É preciso fazer algo na produção legislativa e no âmbito das políticas públicas, tendo em vista que o Brasil ratificou tratados e convenções internacionais de direitos humanos, incorporando ao sistema constitucional, assumindo assim, o compromisso de garantir às mulheres, uma assistência plena à sua saúde sexual e reprodutiva.<sup>147</sup>

O que se busca não é a interrupção da gravidez de um feto malformado, mas sim um procedimento terapêutico que minimize o sofrimento da gestante, ao ser comprovada a impossibilidade de vida extrauterina, do filho que carrega em seu ventre, em razão das graves consequências que traz para a sua saúde.<sup>148</sup>

É importante finalizar, referindo que o direito à saúde é um direito de solidariedade, é uma preocupação social, ou seja, um elemento da cidadania, conforme prevê o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, essencial

---

<sup>145</sup> FARIAS, Angela Simões de. **Uma proposta para a descriminalização do aborto**. BOLETIM IBCCrim N. 40, p. 4. Abril, 1996.

<sup>146</sup> Art. 226, §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 9 ed. Verbo Jurídico, 2010.

<sup>147</sup> TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos**. Revista brasileira de ciências criminais. IBCCRIM: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, 2007, p. 31/32.

<sup>148</sup> TESSARO, Anelise. **O debate sobre a descriminalização do aborto**. Revista brasileira de ciências criminais. IBCCrim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, 2008, p. 67.

para uma isonomia inerente a todos os cidadãos, um dos mais completos direitos que goza o homem.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> SCHWARTZ, Germano André; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A Tutela Antecipada no Direito à saúde**. A aplicabilidade da Teoria Sistêmica (De acordo com a lei n. 10.444/02). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 85/90.

## CONCLUSÃO

A descriminalização do abortamento, no caso de feto anencéfalo, é um caso polêmico, pois a discussão está diretamente relacionada ao direito à vida, garantia prevista constitucionalmente. Contudo, para fins de preservação da integridade física e psicológica da vítima, a legislação admite o abortamento em caso de estupro, pois o feto foi concebido por meio de violência. É justamente neste ponto que se identifica que, por óbvio, em 1940 o legislador só não incluiu o caso da anencefalia como excludente de ilicitude. Naquela época, não havia possibilidade de diagnosticar a saúde de uma criança, estando ela ainda no ventre materno, tendo em vista que a gravidez do feto anencéfalo, além de não ter expectativa mínima de vida plena, também fere o estado emocional e psicológico da gestante.

Diante do exposto, se pergunta: onde mais encontramos relevância para que esse direito ainda não tenha sido concedido às mulheres? Os princípios religiosos têm um grande peso, tendo em vista que o aborto é como um ato pecaminoso contra a vida. Porém se deve pontuar que, nem todo o pecado é tratado como crime, e, para o direito, isso não representa uma razão suficiente para que tal proibição se justifique.

Ao falar em religião, se destaca a importância do Princípio da Secularização que remete à época em que o homem sentiu a necessidade de autoafirmação como indivíduo livre. Universalizando a razão, as relações de caráter teológico foram preteridas, dando lugar às racionalidades universais: a moral e o direito e a sua autonomia.

Deve haver o reconhecimento de que o mundo está sempre em constante mutação, ou seja, a sociedade em que vivemos hoje não é a mesma de ontem. Felizmente os direitos constitucionais estão sendo, cada vez mais, o objeto de garantia daquilo que é do indivíduo por direito: os direitos fundamentais. O exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são valores supremos assegurados constitucionalmente e, da mesma forma, devem ser garantidos.

Por óbvio, decidir sobre a interrupção gestacional de um feto, portador de tal anomalia não é algo fácil, mas sim, uma decisão árdua a ser tomada. Particularmente, entende-se que, se a decisão tomada for pela interrupção da gravidez, não deve ser considerada como crime. Verifica-se que essa resolução é natural do ser humano, o qual deve ter o direito de não querer mais sofrer, pois o sofrimento começa desde quando se sabe do fato. E o término do sofrimento? Isso ninguém sabe, pois depende de cada pessoa. Então pergunta-se: será que o Estado pode obrigar a um sofrimento, com base em todos os estudos da Medicina Fetal que hoje já é sabido a não-vida do feto após o parto e até mesmo antes dele? Será que é necessário obrigar uma mãe a tomar conhecimento e cultivar o afeto de um filho que não tem expectativa de sobrevivência?

A mulher que optar em permanecer gestando feto anencéfalo durante os nove meses, passar pelo trabalho de parto, tomar conhecimento da sua prole no estado em que se encontra, sabendo da não expectativa de vida, obviamente sofrerá muito. Deve-se entender, no entanto, que esta foi a sua escolha, estando ciente e disposta a passar por todas as consequências. Contudo, não são todas as mulheres que escolheriam passar pelo sofrimento dos nove meses em tal situação, motivo pelo qual deve ser garantido o direito de escolha. Não há nada mais digno que essa gestante possa optar pela antecipação do parto, com segurança e apoio especializado a fim de que ela, dignamente, tente mais uma vez ser mãe.

Além do direito de escolha, deve ser preservado o direito à saúde da gestante, garantia definida pela Organização Mundial de Saúde como: “um completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doenças. Desse modo, percebe-se a necessidade de descriminalizar o aborto e dar assistência integral à mulher, tornando o abortamento lícito e seguro, a fim de protegê-la de riscos e danos que possam causar à sua saúde.

A conclusão a que se chega é de que a moral e a racionalidade indicam que é preciso reformar a lei, sem negligenciar a proteção da vida pré-natal, pois a punição do aborto não impede que seja realizado. Manter a criminalização significa fechar os olhos para a realidade, que demonstra grave violação aos direitos fundamentais das mulheres.

## REFERÊNCIAS

- ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O direito fundamental do feto anencefálico. Uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Jus Navigandi, Teresina, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10488>>. Acesso 30/10/2010.
- ANDRES, Mari Oni da Silva. **Descriminalização do aborto no Brasil: a sociedade está preparada?** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 59, 2007, Porto Alegre: AMP/RS; FMP/RS.
- PORTO ALEGRE. 1 Vara do Juri.2. Juizado. **Sentença n. 001/2.08.0059722-3.** Juíza Prolatadora: Dra. Rosane Ramos de Oliveira Michels, 08 de outubro de 2008. Disponível em anexo n. 01.
- PORTO ALEGRE. 1 Vara do Juri.2. Juizado. **Sentença n. 001/2.09.0067665-6.** Juíza Prolatadora: Dra. Rosane Ramos de Oliveira Michels, 11 de agosto de 2009. Disponível em anexo n. 02.
- PORTO ALEGRE. 2. Câmara criminal. **Mandado de Segurança n. 70005577424.** Relator: Newton Brasil de Leão, 14 de abril de 2005. Disponível em anexo n. 03.
- PORTO ALEGRE. 3. Câmara criminal. **Apelação crime n. 70010680270.** Relator: José Antônio Cidade Pitrez, 20 de fevereiro de 2003. Disponível em anexo n. 04.
- PORTO ALEGRE. 3. Câmara criminal. **Apelação crime n. 70011918026.** Relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre, 09 de junho de 2005. Disponível em anexo n. 05.
- PORTO ALEGRE. 3. Câmara criminal. **Apelação crime n. 70026983445.** Relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre, 30 de outubro de 2008. Disponível em anexo n. 07.
- BARSTED, Leila Linhares e HERMANN, Jacqueline. **As mulheres e os Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: CEPIA, 2001.
- BECKER, Marco Antonio. **Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez,** in Revista Medicina do Conselho Federal de Medicina, n. 155, maio/julho, 2005.
- BITTAR, Carlos Bianca. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para cursos de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRAGANÇA, Bruna Alves dos Santos. **A Descriminalização do aborto do feto anencefálico como garantia aos direitos fundamentais da gestante.** Revista da AJURIS, n. 113, março de 2009, Porto Alegre: Associação dos juizes do Rio Grande do Sul.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 9ª ed. Verbo Jurídico, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Deferimento de pedido de medida cautelar. ADPF nº 54**. Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio.

BRASIL. Decreto-lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código penal brasileiro**, 11ª ed. Verbo Jurídico 2010.

BRASIL. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil brasileiro**, 9ª ed. Verbo Jurídico, 2010.

BRASIL, MINISTÉRIO DE SAÚDE. Secretaria de Políticas da Saúde. Área técnica de Saúde da Mulher. **Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/parto\\_aborto\\_puerperio.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/parto_aborto_puerperio.pdf)> Acesso em: 30/10/2010.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CADERNOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL E CIÊNCIA POLÍTICA, n. 24, IBDC: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, São Paulo: Revista dos Tribunais.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte especial**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3. ed. rev. atual. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: Secularização, Laicidade e Religião Civil**. Coimbra: Almedina, 2006.

CAVALCANTE, Alcilene e XAVIER, Dulce. **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006.

CASELA, Erasmo Barbante. **Morte encefálica e neonatos como doadores de órgãos**. Pediatria. São Paulo: Departamento de Pediatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, v. 25.

CERVO, Amado L. e BERVIAN, Pedro A. **Metodologia Científica: para uso dos estudantes universitários**. 3. ed., São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983.

CESARE, Paulo Henrique Hachich de. **Projeto de Lei nº 1.763/2007 ("bolsa estupro")**. Outra abordagem. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1717, 14 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11049>>. Acesso em: 14/05/2011.

CHAUÍ, Marilena. **Repressão Sexual: essa nossa (des)conhecida**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

CONSELHO FERERAL DE MEDICINA (CFM). **Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez**. Artigo datado em 01/06/2006. Disponível em



<[http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20275&catid=46:artigos&Itemid=18](http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20275&catid=46:artigos&Itemid=18) > Acesso em: 01/11/2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde**. Rev. Saúde Pública [online]. 1988, vol.22, n.1, pp. 57-63. ISSN 0034-8910.

EMMERICK, Rulian. **Aborto: (Des)criminalização, direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Angela Simões de. **Uma proposta para a descriminalização do aborto**. BOLETIM IBCCrim N. 40, p. 4. Abril, 1996.

FAÚNDES, Aníbal, BARZELATTO, José. **O drama do aborto: em busca de um consenso**. Campinas: Komedi, 2004.

FEBRASGO (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia), Rio de Janeiro. 2006. Disponível em <[www.febasgo.org.br/](http://www.febasgo.org.br/)> Acesso em: 30/10/2010.

FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos et all. **Análise teórico-reflexiva sobre decisões judiciais do TJRS em relação so aborto de fetos anencéfalos**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n.1, jan/jun. 2008. p. 41/59.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr e outros. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

FERNANDES, Maíra Costa. **Interrupção da Gravidez de Feto Anencéfalo: Uma análise Constitucional**. Artigo publicado no Mundo Jurídico (<http://www.mundojuridico.adv.br>) em 14/03/2007. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=887](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=887)> Acesso em: 09/04/2011.

FRANCO, Alberto Silva. **Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídicas-penais**. Revista dos Tribunais, ano 94, v. 833, março de 2005.

GOLLOP, Thomaz Rafael. **Riscos Graves à Saúde da Mulher**. Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Disponível em: <[http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade\\_final.pdf](http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf)>. Acesso em: 09/04/2011.

GOMES, Luiz Flávio e CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**. Parte especial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Tamara Amoroso; LAPA, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008. Disponível em: <[http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/330\\_aborto\\_e\\_religi%C3%A3o\\_nos\\_tribunais\\_brasileiros.pdf](http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/330_aborto_e_religi%C3%A3o_nos_tribunais_brasileiros.pdf)> Acesso em: 14/05/2011.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários do Código Penal**. arts. 121 a 136. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S.; FRANCO, F.M. de M. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte especial. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

JUNIOR, N. N. e NERY, R. M. A. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Lisboa: ed. 70, 1986.

KOSELLECK, Reinhardt. **Crítica e Crise**. Uma contribuição à patogênese do mundo burgês. Tradução do original alemão. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Univeridade do Rio de Janeiro: Contraponto.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2003.

MANUAL DE REDAÇÃO ACADÊMICA: Estrutura, normas e métodos. Adaptação para o Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA. Porto Alegre, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

MEZZARROBA, Orides e MONTEIRO, Claudia Servilha. **Metodologia da Pesquisa**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte especial. 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES. Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NISCHIDA, Silvia M. **Organização e funções do sistema nervoso**. Curso de Ciências Biológicas 2010. Disciplina de Fisiologia Comparada. Disponível em: <[http://www.ibb.unesp.br/departamentos/Fisiologia/material\\_didatico/profa\\_silvia/WEB\\_Fisio\\_Comparada/aulas/Aula4e5\\_Cap\\_4\\_%20Evolucao\\_%20SN.pdf](http://www.ibb.unesp.br/departamentos/Fisiologia/material_didatico/profa_silvia/WEB_Fisio_Comparada/aulas/Aula4e5_Cap_4_%20Evolucao_%20SN.pdf)> Acesso em: 09/04/2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal, Parte geral e especial**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). **Interrupção de gestação de feto anencéfalo não é aborto**. Disponível em <<http://www.oab.org.br>> Acesso 01/11/2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **A Constituição da Organização Mundial da Saúde** (OMS/WHO). Disponível em <<http://www.who.int/es/>> Acesso em: 30/10/2010.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei n. 9.434/97**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá

outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm)> Acesso em: 24/05/2011.

REALE JUNIOR, MIGUEL. **Teoria do delito**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIBEIRO, F. R. G. **Sentidos da vida na controvérsia moral sobre o abortamento induzido: o caso da anencefalia**. Dissertação. Pontifca Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2008. Disponível em: <[http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST23/Flavia\\_Regina\\_Guedes\\_Ribeiro\\_23.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST23/Flavia_Regina_Guedes_Ribeiro_23.pdf)> Acesso em: 25/05/2011.

SANTA MARIA. 1. Câmara criminal. **Apelação crime n. 70021944020**. Relatores: Marco Antonio Ribeiro de Oliveira e Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, 28 de novembro de 2007. Disponível em anexo n. 06

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Mestre e Doutor em Direito Constitucional da UERJ, Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ (Graduação, Mestrado e Doutorado) e da EMERJ, Procurador Regional da República. **Legalização do Aborto e Constituição**.

SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde. **Efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SCHWARTZ, Germano André. **Direito à saúde**. Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SCHWARTZ, Germano André; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A Tutela Antecipada no Direito à saúde**. A aplicabilidade da Teoria Sistêmica (De acordo com a lei n. 10.444/02). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

STEDMAN, Thomas Lathrop. Dicionário Médico. **Medicina e Saúde**. 25. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 1996.

TEIXEIRA, Marilda Fonseca. **A anencefalia frente as decisões do tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul: um estudo jurisprudencial**. Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário Metodista do IPA, Porto Alegre, 2008.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos**. Revista brasileira de ciências criminais. IBCCRIM: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, 2007.

TESSARO, Anelise. **O debate sobre a descriminalização do aborto**. Revista brasileira de ciências criminais. IBCCrim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte geral. 2. Ed. Coleção direito civil. vol.1. São Paulo: Atlas, 2002.

ZERO HORA. **Polícia fecha clínica clandestina que realizava abortos no centro de Porto Alegre**. Notícia publicada em 13 de abril, 2011. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&section=Geral&newSID=a3273434.xml>> Acesso em: 23/04/2011.

## **ANEXOS**

ANEXO N. 01 - Sentença

ANEXO N. 02 - Sentença

ANEXO N. 03 - Acórdão

ANEXO N. 04 - Acórdão

ANEXO N. 05 - Acórdão

ANEXO N. 06 - Acórdão

ANEXO N. 07 – Acórdão

# **ANEXO 01**

**1ª VARA DO JÚRI**  
**2º JUIZADO**

PROCESSO Nº 001/2.08.0059722-3

PARTES: VANESSA RAMOS DE MOURA

JUIZ PROLATOR: DRA. ROSANE RAMOS DE OLIVEIRA MICHELS

DATA: 08/10/2008

VISTOS OS AUTOS

VANESSA RAMOS DE MOURA, qualificada nos autos, interpôs o presente pedido de autorização judicial para interrupção de gravidez (fls. 02/18).

Aduziu que se encontra grávida de feto com diagnóstico de má-formação congênita, denominada de Síndrome de Edwards, a qual é incurável e sem tratamento, acostando documentos, bem como relatório firmado por médicos do Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Fundamentou o pedido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Pede a expedição de alvará judicial autorizando a interrupção da gravidez, bem como o benefício da AJG.

Determinada a complementação de relatório médico (fls. 28), veio aos autos relatório de fls. 30.

Com vista dos autos, o órgão ministerial manifestou-se pela concessão do alvará postulado (fls. 32/38), anexando vários documentos (fls. 39/66).

**É O RELATÓRIO,**  
**DECIDO.**

A matéria sobre aborto é regulada no Título I, “Dos Crimes Contra a Pessoa”, mais especificamente no artigo 124 e seguintes do Código Penal.

Inexiste no ordenamento jurídico Pátrio autorização para a prática do aborto pretendido pela requerente.

Aliás, o nosso Código Penal não autoriza a prática de nenhuma forma de aborto, limitando-se a ressalvar no artigo 128 que não é punido:

I. Quando não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II. Quando a gravidez resultar de estupro, e o aborto é consentido pela gestante, ou pelo representante legal, quando incapaz.

Quanto a esta última hipótese, a jurisprudência estendeu a justificativa legal para os casos de atentado violento ao pudor, quando resultar gravidez.

Há, portanto, em tais hipóteses excludente de antijuridicidade.

Muito embora existam decisões que admitem a prática do aborto por interpretação extensiva do artigo 128, I do Código Penal, não só quando indispensável para salvar a vida da gestante, mas quando necessário para preservar-lhe a saúde psíquica, não compartilho de tal entendimento.

Ademais, não é o caso, posto que nenhum laudo psicológico ou psiquiátrico instruiu o pedido.

Entendo que a fundamentação do pedido por má-formação congênita do feto, sem perigo de vida real e iminente para a gestante requerente, não serve para lastrear o deferimento do chamado aborto eugênico.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, assegura, entre outros, o direito à vida, bem maior.

Na mesma senda, o artigo 227 da Constituição estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, dentre outros. Além disto, o Código Civil, em seu artigo 2º, põe à salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro e, por evidente, o bem maior que é a vida.

Não se desconhece as legislações estrangeiras, os projetos de lei que tramitam no Brasil e os alvarás judiciais que já autorizam a prática do aborto em caso de anomalia fetal, comprovada pelos exames diagnósticos pré-natais. Estes propiciaram o retorno de teorias eugenistas e de discussões a respeito do momento em que tem início a vida, de modo a possibilitar a interferência e a interrupção da vida humana.



O aborto por razões de anomalia fetal nada mais é do que uma interrupção seletiva da gravidez, envolvendo questões morais, éticas, médicas, jurídicas, religiosas e filosóficas.

Há ausência de normatização sobre o assunto. A indefinição dos casos em que a prática do aborto eugênico deva ser permitida, inviabiliza o Poder Judiciário de emitir alvará de autorização para interrupção da gravidez.

Adoto entendimento da teoria concepcionista, segundo a qual a partir da fecundação o ser em gestação já encerra as características e os Direitos inerentes à pessoa humana.

Não vislumbro fundamento ético- jurídico que autorize a eliminação de uma vida, ainda que de um ser com anomalia. *Ad argumentandum*, generalizando a autorização de aborto por má-formação congênita, anomalias como a Síndrome de Down, também seriam motivo para interrupção da gestação, consolidando a utilização da medicina e da tecnologia para o fim de se melhorar a raça humana.

O relatório de fls. 30 menciona de forma genérica que há risco potencial para a saúde materna decorrente de aumento de líquido amniótico, sem declarar especificamente que o aborto se faz necessário para salvar a vida da gestante. A assertiva feita é hipotética de que uma ruptura uterina com hemorragia interna “poderia colocar a paciente em risco de morte”.

Enfim, não há nos autos elementos suficientes para embasar a pretensão inicial. Tampouco, há na legislação brasileira qualquer comando autorizando ao juiz investir-se de poderes para mandar interromper gravidez indesejada, suprimindo a vida de uma criança.

O poder que me foi conferido pelo estado para julgar, não autoriza, em absoluto, determinar a interrupção de gravidez, eliminando a vida de um ser indefeso.

Nenhum dos princípios Constitucionais arguidos respalda o pedido.

Contrariamente, os princípios constitucionais de proteção à vida, à dignidade da pessoa humana, de respeito pela vida humana, todos atuais e vigentes determinam a preservação da vida.

E é justamente com base nesses princípios e em observância à lei que INDEFIRO o pedido de autorização para a interrupção da gravidez, formulado por Vanessa Ramos de Moura, ante sua impossibilidade jurídica.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Com o trânsito em julgado, archive-se.

Porto Alegre, 08 de outubro de 2008.

Rosane Ramos de Oliveira Michels

Juíza de Direito

## **ANEXO 02**

1ª VARA DO JÚRI

2º JUIZADO

PROCESSO Nº 001/2.09.0067665-6

PARTES: ROSELI FÁTIMA DOS SANTOS

VALDEMIR TEIXEIRA DE BITTENCOURT

JUÍZA PROLATORA: DRA. ROSANE RAMOS DE OLIVEIRA MICHELS

DATA: 11/08/2009

VISTOS OS AUTOS

**ROSELI FÁTIMA DOS SANTOS** e **VALDEMIR TEIXEIRA DE BITTENCOURT**, qualificados nos autos, interpuseram o presente pedido de autorização judicial para interrupção de gravidez, em 06/08/2009.

Aduziram que a autora se encontra grávida de feto desprovido de tubo neural, caracterizando o diagnóstico de anencefalia, quadro este, segundo a autora, incompatível com a vida, acostando documentos. Fundamentam seu pedido na preservação da vida e da saúde físico-mental da gestante. Postulam a expedição de alvará judicial autorizando a interrupção da gravidez, bem como o benefício da AJG.

Com vista dos autos, o órgão ministerial manifestou-se pela concessão do alvará postulado, em 07/08/2009.

**É O RELATÓRIO,  
DECIDO.**

A matéria sobre aborto é regulada no Título I, “Dos Crimes Contra a Pessoa”, mais especificamente no artigo 124 e seguintes do Código Penal.

Inexiste, no ordenamento jurídico Pátrio, autorização para a prática do aborto pretendido pela requerente.

Aliás, o nosso Código Penal não autoriza a prática de nenhuma forma de aborto, limitando-se a ressalvar no artigo 128 que não é punido:

- I. Quando não há outro meio de salvar a vida da gestante;
- II. Quando a gravidez resultar de estupro, e o aborto é consentido pela gestante, ou pelo representante legal, quando incapaz.

Quanto a esta última hipótese, a jurisprudência estendeu a justificativa legal aos casos de atentado violento ao pudor, quando resultar gravidez.

Há, portanto, em tais hipóteses, excludente de antijuridicidade.

Muito embora existam decisões que admitem a prática do aborto por interpretação extensiva do artigo 128, inciso I, do Código Penal, não só quando indispensável para

salvar a vida da gestante, mas quando necessário para preservar-lhe a saúde psíquica, não compartilho de tal entendimento.

Ademais, não é o caso, posto que nenhum laudo psicológico ou psiquiátrico instruiu o pedido.

Entendo que a fundamentação do pedido por má-formação congênita do feto, sem perigo de vida real e iminente para a gestante requerente, não serve para lastrear o deferimento do chamado aborto eugênico.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, assegura, entre outros, o direito à vida, bem maior.

Na mesma senda, o artigo 227 da Constituição estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, dentre outros. Além disto, o Código Civil, em seu artigo 2º, põe à salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro e, por evidente, o bem maior que é a vida.

Não se desconhecem as legislações estrangeiras, os projetos de lei que tramitam no Brasil e os alvarás judiciais que já autorizam a prática do aborto em caso de anomalia fetal, comprovada pelos exames diagnósticos pré-natais. Estes propiciaram o retorno de teorias eugenistas e de discussões a respeito do momento em que tem início a vida, de modo a possibilitar a interferência e a interrupção da vida humana.

O aborto por razões de anomalia fetal nada mais é do que uma interrupção seletiva da gravidez, envolvendo questões morais, éticas, médicas, jurídicas, religiosas e filosóficas.

Há ausência de normatização sobre o assunto. A indefinição dos casos em que a prática do aborto eugênico deva ser permitida, inviabiliza o Poder Judiciário de emitir alvará de autorização para interrupção da gravidez.

Adoto entendimento da teoria concepcionista, segundo a qual, a partir da fecundação, o ser em gestação já encerra as características e os direitos inerentes à pessoa humana.

Não vislumbro fundamento ético-jurídico que autorize a eliminação de uma vida, ainda que de um ser com anomalia. *Ad argumentandum*, generalizando a autorização de aborto por má-formação congênita, anomalias como a Síndrome de Down, também seriam motivo para interrupção da gestação, consolidando a utilização da medicina e da tecnologia para o fim de se melhorar a raça humana.

Não há, nos autos, elementos suficientes a embasar a pretensão inicial, eis que inexistente diagnóstico apontando risco real para a saúde materna, de modo a justificar a imprescindibilidade do aborto para salvar a vida da gestante.

Da mesma forma, não há, na legislação brasileira, qualquer comando autorizando ao juiz investir-se de poderes para mandar interromper gravidez indesejada, subtraindo a vida de uma criança.

O poder que me foi conferido pelo Estado para julgar não autoriza, em absoluto, determinar a interrupção de gravidez, eliminando a vida de um ser indefeso.

Nenhum dos princípios Constitucionais arguidos respalda o pedido.

Contrariamente, os princípios constitucionais de proteção à vida, à dignidade da pessoa humana, de respeito pela vida humana, todos atuais e vigentes determinam a preservação da vida.

E é justamente com base nesses princípios e em observância à lei que **INDEFIRO** o pedido de autorização para a interrupção da gravidez, ante sua impossibilidade jurídica. Outrossim, diante dos documentos acostados, DEFIRO o benefício da AJG.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Com o trânsito em julgado, archive-se.

Porto Alegre, 11 de agosto de 2009.

Rosane Ramos de Oliveira Michels,  
Juíza de Direito

## **ANEXO 03**

**MANDADO DE SEGURANÇA.**

**AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A INTERRUPTÃO TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ (fetotomia).**

É de se deferir tal autorização, ainda que o caso não se enquadre nas hipóteses previstas pelo artigo 128, do CP.

A vida da gestante corre sério risco, levando a gravidez a termo, além do que é nula a possibilidade do concepto sobreviver, tendo em vista a anencefalia diagnosticada.

**SEGURANÇA CONCEDIDA.**

MANDADO DE SEGURANÇA

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70005577424

PORTO ALEGRE

ALINE VIEIRA DE AGUIAR

IMPETRANTE

CARLOS EDUARDO SILVA DE OLIVEIRA

IMPETRANTE

JUIZA DE DIREITO DA 2 VARA DO JURI DA COMARCA DE PORTO ALEGRE

COATORA

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em conceder a segurança.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores Antônio Carlos Netto Mangabeira e Délio Spalding de Almeida Wedy.

Porto Alegre, 20 de fevereiro de 2003.

**DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ,**  
Relator.



## RELATÓRIO

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (RELATOR) – Eminentes Colegas: ALINE VIEIRA DE AGUIAR e CARLOS EDUARDO SILVA DE OLIVEIRA, devidamente qualificados, por seu procurador, impetraram mandado de segurança contra ato da Dra. Juíza de Direito da 2ª Vara do Júri da comarca de Porto Alegre.

Alegam que a primeira impetrante está na 19ª (décima nona) semana de gestação, constatando-se que o feto sofre de grave deformidade, denominada anencefalia, diagnosticada tanto pelos médicos do Hospital de Clínicas como por peritos do DML, sendo necessária a interrupção da gravidez, tendo em vista o risco de vida que a gestante corre.

Aduzem que o feto, se nascer, nascerá morto, devendo ser preservada a vida da gestante, que possui marido e filhos para criar.

Acrescentam que adotaram a via do mandado de segurança tendo em vista a urgência da medida reclamada, que não pode esperar o normal trâmite do recurso de apelação que interpuseram, quanto ao indeferimento do pedido de autorização para a prática abortiva.

A ordem impetrada foi concedida liminarmente, pela decisão de fls. 55 e 55 v, com a expedição do respectivo alvará de autorização.

A digna autoridade apontada como coatora informou que os autos do pedido formulado pelos impetrantes foram remetidos a este Tribunal (fl. 59).

Colheu-se parecer escrito da Douta Procuradoria de Justiça, no rumo da concessão da ordem, com a manutenção da liminar deferida, pois a grave malformação congênita diagnosticada acarreta risco de vida à gestante, acaso não interrompida a gravidez, tornando, ainda, inviável a sobrevivência do feto.

Após, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

## VOTO

**DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (RELATOR)** - Eminentes Colegas: Adianto que concedo a segurança impetrada, ratificando a liminar de fls. 55 e 55 v, a qual foi deferida apesar do contido no artigo 5º -I, da Lei nº 1.533/51, pois o caso sob exame reclama urgência e não podia esperar o trâmite normal do recurso de apelação, também manifestada pelos ora impetrantes, visto que o decurso do tempo acarretaria o aumento do risco de vida da gestante, com a vênia da digna autoridade apontada como coatora.

Está retratado nos autos que a impetrante Aline teve constatado que estava gerando um filho com anencefalia, conforme relatório médico do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (fls. 10/11), em razão de ecografia por ela realizada (fls. 12/14).

Postularam autorização judicial para interromper a gravidez mas, apesar de confirmado o diagnóstico por peritos do DML (fls. 30/31), a digna autoridade apontada como coatora indeferiu o pleito.

Esclarecem os peritos que a anencefalia caracteriza-se pela ausência da calota craniana e pela circunstância dos hemisférios cerebrais serem rudimentares ou ausentes, sendo considerada condição letal, autorizadora da interrupção médica da gestação (fl. 31).

O feto torna-se incompatível para a vida, após o nascimento, tendo um péssimo prognóstico, pois não sobreviveria mais do que poucas horas após o parto, além do que gera risco à vida da gestante, visto que o parto de um portador de acrania é difícil, podendo a gestação, inclusive, prolongar-se por período superior a um ano.

Deve ser salientado, ainda, que os recursos de que são dotados os aparelhos de ecografia modernos tornam praticamente nula a possibilidade de um erro no diagnóstico, além do que quanto mais cedo for interrompida a gravidez menor o risco sofrido pela gestante, ante o afastamento dos fatores que o agravariam no momento do parto.

Nestes termos, a interrupção da gravidez se impunha, pois a morte do concepto é inequívoca e a cessação da gravidez trará benefícios para a gestante.

Corroborando o afirmado pelos médicos, vê-se na obra "Obstetrícia", de Jorge de Rezende, 3ª edição, 1974, Editora Guanabara-Koogan, páginas 805/807, que a anencefalia é uma anomalia do sistema nervoso central, que se

caracteriza pela ausência da abóbada craniana e massa encefálica reduzida a vestígios da substância cerebral, sendo que freqüentemente a gravidez não alcança o termo, podendo tornar-se trabalhosa a extração do feto, que não sobrevive, atingindo excepcionalmente dois a três dias de vida.

É verdade que, em tese, o caso concreto não se enquadra nas hipóteses do artigo 128, do CP. Todavia, o parecer médico aponta que o risco da gestante é grande, levando a termo a gravidez, com a periclitacão de sua vida, além de que nula a possibilidade do concepto sobreviver.

**Imperativa a interrupção da gestação, pois, se conduzida a termo, a retirada do feto será laboriosa e de alto risco para a gestante, que poderá morrer no ato.**

A jurisprudência desta Corte vem admitindo a interrupção da gravidez, em casos assemelhados, como se constata do agravo nº 70.002.099.836, relatado pelo Des. Carlos Cini Marchionatti, perante a Câmara Criminal de Férias, em sessão de 09 de março de 2001 e da apelação nº 70.005.037.072, da lavra do Des. José Antônio Hirt Preiss, julgada na sessão de 12 de setembro de 2002, da egrégia 3ª Câmara Criminal.

O colendo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em lapidar aresto, admitiu a postulação da interrupção da gravidez, no caso de constatação de má formação do feto, ante o diagnóstico de acrania fetal, com previsão de óbito intra-uterino ou no período neonatal, apesar de não se achar entre as causas autorizadas do aborto, dispostas no artigo 128, do CP, pois a lei deve se adaptar ao avanço tecnológico da medicina, que antecipa a situação do feto (Apelação nº 0264255-3, 3ª Câmara Cível, relatada pelo Dr. Duarte de Paula).

Assim já me pronunciei perante este órgão fracionário, quando do julgamento da apelação nº 70.005.148.135, em sessão de 07 de novembro de 2002.

Diante do exposto, concedo a segurança impetrada, ratificando a liminar de fls. 55/55 v, que autorizou a interrupção terapêutica da gravidez de Aline, pelos motivos ali expostos.

É o voto.

**DES. ANTÔNIO CARLOS NETTO MANGABEIRA – De acordo.**

**DES. DÉLIO SPALDING DE ALMEIDA WEDY – De acordo.**

Mandado de Segurança nº 70 005 577 424, de Porto Alegre: “  
CONCEDERAM A SEGURANÇA. UNÂNIME”

## **ANEXO 04**

APELAÇÃO CRIME	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
Nº 70010680270	COMARCA DE PORTO ALEGRE
GABRIELA DE ÁVILA ZANOTELLI	APELANTE
DAVID PAGNUSSAT ZANOTELLI	APELANTE
MINISTÉRIO PÚBLICO	APELADO

## ACÓRDÃO

Acordam, os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, em, ratificando a liminar, dar provimento ao apelo, para autorizar a interrupção da gestação de Gabriela de Ávila Zanotelli.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Desembargadores JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS, e ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS.

Porto Alegre, 14 de abril de 2005.

**DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO,**  
Presidente - Relator.

## RELATÓRIO

1. Cuida-se de apelação, interposta por GABRIELA DE ÁVILA ZANOTELLI e DAVID PAGNUSSAT ZANOTELLI, buscando a reforma da sentença da Juíza de Direito da 2ª Vara do Júri da Comarca de Porto Alegre, que julgou improcedente o pedido de antecipação terapêutica de parto, fundamentando tratar-se de pleito juridicamente impossível, forte no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicado.

Sustenta, em suma, que, estando a recorrente grávida há mais de 22 semanas, restou diagnosticada a ausência de calota craniana e tecido encefálico (anencefalia) do feto, problemas esses que não só o levarão à morte intra-uterina

(65% dos casos), ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto, bem como poderão gerar danos à saúde e à vida da gestante, além de insuportável pressão psicológica e sofrimento.

Em decisão monocrática, o então Desembargador Plantonista, Dr. Antônio Carlos Netto Mangabeira, concedeu o alvará requerido, autorizando a requerente a realizar a antecipação de parto.

O Ministério Público, neste grau, opina pelo provimento do apelo, para que seja autorizado o aborto eugenésico.

É o relatório.

## VOTOS

### DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO (RELATOR)

2. Registro, de início, que a liminar, na espécie, revestiu-se de caráter satisfativo, porquanto exaurido seu objeto, na medida em que já realizada a interrupção da gestação.

Em vista da natureza satisfativa da medida deferida, força é ratificá-la, pelos mesmos argumentos expendidos quando da concessão *in limine*, até mesmo para evitar inútil tautologia.

Do despacho das fls. 83/87, pois, transcrevo:

*“O caso sob exame reclama máxima urgência, não podendo aguardar o trâmite normal do recurso de apelação, uma vez que entendo que o decurso do tempo acarretará o aumento do risco de vida da gestante, razão pela qual, com fundamento no poder geral de cautela, concedo a expedição do competente alvará judicial, autorizando os recorrentes a realizar a devida antecipação do parto, pelos motivos que ora seguem.*

*A apelante Gabriela de Ávila Zanotelli, quando se encontrava na 22ª (vigésima segunda) semana de gestação, postulou, juntamente*

com seu marido David Pagnussat Zanotelli, a antecipação de parto, por motivo de o feto apresentar anomalia gravíssima, caracterizada como anencefalia (ausência de calota craniana e tecido encefálico), patologia essa que restou devidamente comprovada através dos exames acostados aos autos (fls. 25/27; 30/32), bem como pelos atestados emitidos por médicos habilitados, os quais informam que a gestante apresenta gravidez anencefálica, **incompatível com a vida extra uterina** (fls. 33,34,37).

Muito embora não exista norma específica autorizadora para o caso em análise (aborto eugênico), o qual não se enquadra nas hipóteses do artigo 128, do Código Penal, que permitem a prática de aborto somente nos casos de gravidez resultante de estupro (aborto sentimental), ou quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto terapêutico), a jurisprudência moderna vem admitindo a interrupção da gravidez, no caso de constatação de má formação do feto, com o diagnóstico de anencefalia - doença hoje cientificamente comprovada e que, em 65% (sessenta e cinco por cento) dos casos, implica na morte intra-uterina, e, caso venha a nascer a criança, **a sobrevivida não ultrapassa algumas horas.**

Isso porque, se entende que o Código Penal, cuja edição data de 1940, foi elaborado em uma época na qual não se tinham os recursos tecnológicos da medicina atualmente disponíveis, capazes de detectar, com precisão, que o feto seria fatalmente degenerado. E considerando que o direito não é algo estático, inerte, mas sim uma ciência evolutiva, a qual deve se adequar à realidade, juízes dos mais diversos Estados brasileiros têm autorizado a interrupção da gravidez, nos casos assemelhados, sob o entendimento de não ser justo obrigar uma mãe a gestar um 'amontoado de células humanas sem expectativa de vida'.

Nesse sentido:

'ABORTO - Autorização judicial - Gravidez - Interrupção - Má formação congênita. Afigura-se admissível a



*postulação em juízo de pedido pretendendo a interrupção de gravidez, no caso de se constatar a má-formação do feto, diagnosticada a ausência de calota craniana ou acrania fetal, com previsão de óbito intra-uterino ou no período neonatal. **Apesar de não se achar prevista dentre as causas autorizadas do aborto, dispostas no artigo 128, do Código Penal, a má-formação congênita, exige a situação anômala específica a adequação da lei ao avanço tecnológico da medicina que antecipa a situação do feto'** (TAMG, Apelação Crime nº 264.255-3, Rel. Juiz Duarte de Paula, DJMG 22.12.1998).*

*Concebe-se, ainda, que apenas o apego a questões religiosas pode sustentar o contrário, visto que a imposição à gestante de carregar em seu ventre durante nove meses um filho que não terá qualquer possibilidade de sobrevivência implica-lhe amargura e demasiado sofrimento psicológico, o que viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da CF.*

*A jurisprudência reflete tal posicionamento:*

*'ABORTO - Solicitação de autorização judicial para interrupção da gravidez em decorrência de má-formação congênita do feto comprovada cabalmente por laudos médicos - **Admissibilidade como forma de se evitar a amargura e o sofrimento psicológico da mãe que, de antemão, sabe que o filho não terá qualquer possibilidade de sobrevivência'** (TJSP, Mandado de Segurança nº 309.340-3/5, Rel. Des. David Haddad, julgado em 22.05.2000).*

*Não destoam a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:*

*'MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A INTERRUPÇÃO TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ (fetotomia). É de se deferir tal autorização, ainda que o caso não se enquadre nas hipóteses previstas pelo artigo 128, do Código Penal. A vida da gestante corre sério risco, levando a gravidez a termo, além do que é nula a possibilidade do conceito sobreviver, tendo em vista a anencefalia diagnosticada. SEGURANÇA CONCEDIDA.'* (TJRS, Mandado de Segurança nº 70005577424, Rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez, julgado em 20.02.2003).

*No caso em tela, reitera-se, os recorrentes comprovaram, mediante a inserção de exames e atestados médicos, que após o parto, o feto não tem chances de sobreviver, em decorrência da ausência de calota craniana e tecido encefálico.*

*Diante de tais evidências e comprovações médicas, não considero razoável obrigar a mãe, ciente da total impossibilidade de sobrevivência de seu filho, carregue durante nove meses um filho que, comprovadamente, não possui qualquer aptidão mental. Logo, a concessão da medida apenas antecipará algo que, futuramente, tem-se como certo: a morte do recém-nascido.*

*Por outro lado, insta ressaltar que a morte humana, nos termos do artigo 3º, 'caput' da Lei nº 9.434/97, é definida como a 'morte encefálica', conceito esse que possibilita aos médicos a retirada de órgãos e tecidos do corpo para transplante. Por conseguinte, é possível deduzir que se a vida humana só é possível se houver vida cerebral, não pode mais ser objeto de proteção penal um feto sem cérebro, porque não dispõe de vida humana.*

*Postas tais considerações, concedo o alvará requerido, cuja expedição determino, autorizando os requerentes a realizar a devida antecipação de parto”.*

3. Ratificando, dessarte, a liminar concedida, dou provimento ao apelo, para autorizar a interrupção da gestação da apelante Gabriela.

**DES. JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS (REVISOR)** - De acordo.

**DESA. ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS** - De acordo.

Julgadora de 1º Grau: Dra. Laís Ethel Corrêa Pias.

## **ANEXO 05**

**APELAÇÃO – ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO E ANACRÂNICO – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA – CAUSA SUPRA-LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA – ANENCEFALIA – IMPOSSIBILIDADE DE VIDA APELAÇÃO – ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE FETO ANENCEFÁLICO E ANACRÂNICO – LIMINAR DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM ANDAMENTO GARANTINDO DIREITO DA GESTANTE – DEMAIS DISPOSIÇÕES DA LEI 9.882/99 – ARTIGO 11 – MAIORIA DE 2/3 – RELEVÂNCIA DO TEMA – INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA – CAUSA SUPRA-LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA – ANENCEFALIA – IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA.**

O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os abortos eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto extra-uterina. Embora não incluída a antecipação de parto de fetos anencéfalos nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, o embasamento pela possibilidade esteia-se em causa supra-legal autônoma de exclusão da culpabilidade por *inexigível outra conduta*. O “aborto eugênico” decorre de anomalia comprometedor da higidez mental e física do feto que tem possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade, o que não é o caso presente, atestada a impossibilidade de sobrevivência sem o fluido do corpo materno.

Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a “vida” e não a “falsa vida”, legitimada a pretensão da mulher de antecipar o parto de feto com tal anomalia que o torna incompatível com a vida. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno. Não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe que tem garantido o direito à dignidade. Não há confronto no caso concreto com o direito à vida porque a morte é certa e o feto só sobrevive às custas do organismo materno.

Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade (genérica) de natureza supra-legal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento.

**PROVIDO.**

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70011918026

COMARCA DE PORTO ALEGRE

M.C.A.S.

APELANTE

..

M.P.

APELADO

..

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, dar provimento ao apelo defensivo, autorizando a paciente a interromper a gravidez de feto anencéfalo com a condição de ser praticado por médico, vencido o Presidente que suspendia o processo nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. DANÚBIO EDON FRANCO (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO.**

Porto Alegre, 09 de junho de 2005.

**DESA. ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS,**  
Relatora.

## RELATÓRIO

### DESA. ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS (RELATORA):

Trata-se de Apelação-Crime interposta por **MILLA CARLA AMARAL DA SILVA**, contra a sentença que julgou improcedente o pedido de autorização para interrupção de gestação, por entender tratar-se de pedido impossível – artigo 267, inciso VI, do CPC, subsidiariamente aplicado.

Em suas razões, busca a reforma da decisão, tendo em vista que o prolongamento da gravidez compromete a integridade físico-psicológica da apelante, argumentando que quanto ao mérito há demonstração, através de prova técnica, que a gravidez da requerente recebeu diagnóstico de feto apresentando anencefalia, além de não possuir a formação dos ossos da cabeça, alteração do desenvolvimento fetal incompatível com a vida pós-parto.

Na mesma linha do parecer de folha 33, o Ministério Público de primeiro grau manifesta-se pela concessão da autorização.

Nesta instância, o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Paulo Fernando dos Santos Vidal, ofereceu parecer escrito, opinando pelo provimento da apelação (folha 36/38).

É o relatório.

## VOTOS

### DESA. ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS (RELATORA):

**MILLA CARLA AMARAL DA SILVA** ingressou com pedido de AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ junto à 2ª Vara do Júri de Porto Alegre, julgada improcedente a ação pela Drª Juíza de Direito em declarar extinta a ação penal, com fundamento no artigo 267, VI do CPC *que entendeu que se trata de aborto eugenésico não amparado nas disposições legais de exceção referendadas no artigo 128, I e II do CP, do aborto necessário e do sentimental ou humanitário. Prossegue a decisão no sentido de que: "Não há como conferir legitimidade ao aborto de feto portador de anencefalia porque ilegal e ilegítima a interrupção da gravidez nestes casos, não se configurando a excludente de ilicitude das exceções legais, embora reconheça o juiz, que há discussões para a alteração, ainda não aprovada. O Código de 1969, ampliava os casos de licitude, mas também não chegou a ser aprovado".*

**1- Há uma questão preliminar a ser examinada sobre a "suspensão dos processos e decisões em andamento", na forma do artigo 5º da Lei 9.882/99, deferida em liminar monocrática pelo Ministro Marco Aurélio de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54-8, interposta pela Confederação dos Trabalhadores em Saúde juntamente com o reconhecimento do *direito constitucional das mulheres grávidas de em antecipar a operação, de parto, comprovado tratar-se de fetos anencéfalos interrompendo, garantindo seus direitos constitucionais.***

**A liminar foi concedida em razão do recesso do mês de julho/04. Na sessão seguinte, houve por maioria, revogação da segunda parte da liminar, mantida pelo STF a primeira parte de *sobrestar processos e decisões não transitadas em julgado que tivessem como tema o direito das mulheres grávidas de fetos anencéfalos em submeter-se a interrupção de gravidez.***

A liminar que suspende os processos em tramitação no país tem efeito *erga omnes*, segundo o que preceitua o artigo 5º da Lei 9882/99 se proferida por maioria absoluta dos Ministros.

Ocorre que, como se vislumbra da ata de julgamento do Supremo Tribunal Federal, a *liminar suspendendo as ações não foi referendada*, ao que se depreende da ata, por maioria absoluta. Os Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso e Eros Grau, não a admitiram a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Outros três Ministros, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence se manifestaram favoráveis a manutenção da liminar concedida. Não se tem clareza, mas do contexto vislumbra-se que somente quatro Ministros, cinco se o Presidente também votou pela cassação da liminar, deixaram de referendar a decisão do Ministro Marco Aurélio. A ata, inclusive, registra “por maioria” “e não por maioria absoluta”, decorrendo daí que não há vedação para que se aprecie a questão posta no juízo ordinário.

A verdade é que a Confederação que argüiu o Descumprimento de Preceito Fundamental, ao contrário de obter uma posição definitiva sobre a matéria por entender que se trata de uma antecipação de parto de anencéfalos e, portanto, não haveria lesão a direitos fundamentais, nem afronta à legislação penal, artigo 124, 125 ou a dispositivos penais, de certa forma teria criado um obstáculo legal com a suspensão de parte da liminar do Ministro Marco Aurélio. Contudo, do exame da ata não se evidenciou que a suspensão dos processos em andamento tenha sido por maioria absoluta.

Mesmo que a liminar parcialmente mantida pudesse ter o voto de 2/3, o que não está consignado na ata, o artigo 11 da Lei 9.882/99, prevê, como se trata de excepcional interesse da sociedade, que poderão ser limitado os efeitos ao trânsito em julgado ou fixado o momento de tal eficácia, aí sim, com efeito vinculante. Como se vê, em nenhuma das sessões foi determinada a eficácia, logo, não me parece que ao examinar a questão de relevância para os direitos da gestante esteja sendo afrontada a necessária vinculação.

Por essas considerações estaria conhecendo a matéria e superando a incidência do sobrestamento sobre todos os processos, nos termos do artigo 5º da Lei 9.882.

## 2- Mérito



2.1. A sentença indeferitória da Dr<sup>a</sup> Juíza de Direito da 2<sup>a</sup> Vara do Júri, embasa-se na *estrita legalidade das disposições vigentes do artigo 128, I e II do CP, que afastam a ilicitude, tão somente nos casos de aborto necessário (quando é a única forma de salvar a vida da mãe) e o humanitário, (este se a gravidez é decorrente de estupro ou atentado violento ao pudor) não comportando, extensão analógica aos casos de anencefalia.*

Contudo, a ausência de lei expressa, não significa que não possa o Judiciário, face o caso concreto comprovada a excepcionalidade, embasando-se em outros dispositivos, mesmo em princípios constitucionais ou supra-legais como a inexigibilidade de outra conduta, entender que é possível antecipar o parto em casos expressos de anencéfalos. Presente para tanto os direitos da gestante como pessoa e sua dignidade como ser a quem a natureza dotou da função de preservar a espécie, mas que certa a morte poderia, em tese, antecipar o parto, sem que com isto a viole e os profissionais de saúde dispositivos constitucionais e penais vigentes.

2.2. A interrupção da gestação de fetos anencefálicos, deixa-se claro, não corresponde, rigorosamente, ao “aborto eugênico“, que ocorre quando constatada anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de sobrevivência pós-parto, não importa se curta ou longa é interrompida a gravidez.

Neste caso, conforme a maioria dos doutrinadores há aborto que é realizado atendendo o impacto emocional, psicológico da mãe e familiares, significativo, mas não superior à perspectiva de vida do recém nascido, embora com deformidades. Ontologicamente, a eugenia trata da reprodução e do aperfeiçoamento da raça, portanto, a interrupção da gravidez para “preservar a qualidade de vida do ser“, não encontra, por ora sustentação em causa legal, princípio vigente a permitir que o juiz proveja a espécie.

Até mesmo para embasar-se em causas supra-legais, necessário analisar-se o caso específico e concreto com todas as provas científicas, médicas e de outros profissionais (psiquiatras, psicólogos), avaliando os bens em jogo e a hierarquia deles. O caso presente, a meu ver, contudo, não corresponde ao aborto eugenésico, propriamente dito.

3. Anencefalia é anomalia que torna incompatível a vida do feto destituído de encéfalo, dependente tão só da permanência no ventre materno, assim

mesmo, em 50% dos casos, a morte ocorre antes de decorrido o tempo gestacional. A morte é certa, não há possibilidade alguma de vida extra-uterina.

A legislação Penal, especificamente nos artigos 124 e seguintes protege a **vida** ao penalizar o aborto, prevendo os dois casos de exceção no artigo 128, condicionado à prática (interrupção de gravidez) à realização por médico. São casos legais que excluem a ilicitude. A redação do *caput*, embora imprópria como registram os doutrinadores, Magalhães Noronha, Mirabete, Guilherme de Souza Nucci e outros, são excludente da ilicitude, e não exclusão da culpabilidade. A redação da forma como verbalizada é imprópria ao dispor: “**Não se pune o aborto praticado por médico; I - se não há outro meio de salvar a gestante; e II - se a gravidez resulta de estupro, precedido do consentimento da gestante**”.

4. A interrupção da gravidez de fetos anencefálicos não se embasa na excludente da ilicitude por não estar prevista no dispositivo, acima referido, portanto, não autorizada pela lei penal positiva e legislada. Não se pode olvidar que a evolução da sociedade é dinâmica e o direito deve acompanhar os avanços que criam novas relações jurídicas entre os cidadãos e instituições e o avanço tecnológico e científico que nos últimos 50 anos, atropelou concepções antigas e, mesmo que não inverta os bens e valores fundamentais permite se vislumbre, em casos concretos causas supra-legais que tornam obsoletas, concepções da época do Código Penal: 1940.

A meu sentir, comprovada a anomalia do feto, para efeitos de interrupção da gestação ante os avanços fantásticos da medicina e da tecnologia aplicada nas últimas décadas, admiráveis em todos os sentidos passou a desvendar o ser humano, detectando não só as alterações no feto, mas estabelecendo com *segurança a possibilidade de vida pós-parto*, e, em outros casos, a *total incompatibilidade com esta*, ou seja: a morte do feto tão logo expulso do corpo materno voluntária ou involuntariamente.

Na segunda opção, quando há impossibilidade total com a vida, tem-se entendido que legitimado “o médico a proceder à operação cirúrgica de antecipação do parto, embasando-se a autorização não na lei expressa, mas em causa supra-legal, princípio de direito que independe da lei que seria a dignidade da mulher, sua higidez mental e psíquica, excluindo eventual tipificação por ausência de culpabilidade”.

4.1. O juiz, reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, face ao caso concreto, tendo em mente que a norma penal vigente protege a “vida” e não a “falsa vida”, poderá dentro de sua livre convicção, entender que inexigível da mulher outra conduta que não seja a interrupção da gravidez, buscando para tanto o atendimento médico especializado, único autorizado a proceder à cirurgia de antecipação do parto.

Não se pode exigir da gestante que prossiga carregando a morte já que a vida é impossível, comprovado cientificamente, que se o feto não morrer no ventre ao longo dos 09 meses, inexoravelmente, desaparecerá no momento de nascer ou poucos minutos, no máximo pouquíssimas horas, jamais tendo ultrapassado na literatura médica 12 horas. (Comentários do artigo 128 CP - Guilherme Souza Nucci, pág. 427).

4.2. O caso presente é de feto anencefálico, anomalia que pela ausência de encéfalo torna incompatível a vida, conforme certificado pela médica folha 15, Dr<sup>a</sup>. Maria Eliane Paulino de Oliveira que atende a paciente na Policlínica Militar de Porto Alegre, atestado fornecido após a realização de três ecografias que também acompanham o processo. Nem mesmo perspectiva de curta vida existe, uma vez que ao nascer, apenas apresentará sinais vitais que cessarão, imediatamente, no máximo, se sobreviver de algumas horas decorre do reflexo remanescente da atividade físico-química dos órgãos do ser quando dentro do ventre, mas sem vida autônoma.

Acrescente-se que além de não possuir cérebro, o feto sequer tem qualquer ossatura do crânio, o que demonstra a total incompatibilidade com a vida, e os sinais vitais existentes são, exclusivamente, por encontrar-se no útero materno recebendo o fluido necessário para manter os batimentos cardíacos com eventual crescimento.

4.3. Assim, sem antecipar posição jurídica definitiva, mas inclinando a admitir o que foi examinado e deferido na liminar pelo Ministro Marco Aurélio, embora respeitados os doutrinadores da lavra de Magalhães Noronha, Frederico Marques e, modernamente a de Guilherme de Souza Nucci, que rejeitam “a *legitimação do aborto de fetos com anomalias monstruosas, com curta expectativa de vida*”, e daqueles em sentido contrário, como Alberto da Silva Franco que entendem configurar o *aborto eugênico* uma *excludente de ilicitude*, reserva-se ao

exame de caso concreto que venham a ser postos ao Tribunal, peço vênua para transcrever o que diz Souza Nucci. “in Comentários ao Código Penal – pág. 429 edição 2003” que bem responde às ansiedades e perplexidade do tema: *“a curta expectativa de vida do futuro recém nascido também não deve servir de justificativa como aborto, uma vez que não se aceita no Brasil a eutanásia, vale dizer, quem está desenganado não pode ser morto por terceiros, que terminarão praticando homicídio (ainda que privilegiado. Entretanto, se os médicos atestarem que o feto é verdadeiramente inviável, vale dizer, é anencéfalo (falta-lhe cérebro, por exemplo), não se cuida de “vida” própria, mas de um ser que sobrevive à custa do organismo materno, uma vez que a própria lei considera cessada a vida tão logo ocorra a morte encefálica. Assim, a ausência de cérebro pode ser motivo mais que suficiente para a realização do aborto, que não é baseado porém em características monstruosas do ser em gestação, e sim em sua completa inviabilidade como pessoa, com vida autônoma fora do útero materno”. (Grifo meu).*

5. Conclui-se que: comprovado que a mulher está grávida de feto anencefálico, como no presente, realizadas três ecografias, acrescidas dos relatórios médicos atestando a total incompatibilidade com a vida, independe de norma legal positiva a autorização de operação para antecipar o parto, evita-se o prolongamento do sofrimento físico, psíquico e emocional da mãe, consciente ela de que traz no ventre não a vida querida e desejada, mas a morte inevitável. Neste caso, a meu sentir, inexigível outra conduta da gestante, tanto para ela que consente com o abreviamento da gestação, inexistindo ilícito para o médico que procede a cirurgia, respaldado nas comprovações exaustivas da condição de anencéfalo do feto, cabendo reconhecer-se que não configura o crime dos artigos 124 e 125 do CP, judicial excluindo-se a culpabilidade (sentido amplo).

5.1. “O direito não pode exigir das pessoas, cidadãos comportamentos heróicos, logo, a lei penal não deve ser aplicada, cegamente, sem análise minuciosa do caso concreto”, desconhecendo a dinâmica do processo civilizatório que se reflete no direito. Sendo o feto incompatível com a vida autônoma, a interrupção da gravidez não configura a meu sentir uma sentença de morte ao nascituro, não havendo afronta ao valor vida, protegido na Constituição Federal e na legislação Penal.

Certamente a Constituição e as leis ordinárias não admitem a pena de morte, porém, salvo princípios teológicos abstratos de cada um, não sendo o Estado Brasileiro religioso, mas laico, não pode o direito ficar insensível à evolução da sociedade, da ciência e os padrões comportamentais e de relacionamento delas decorrentes.

O caso sob apreciação é excepcional pelas suas características e, mesmo não estando apoiado nos dispositivos penais vigentes (artigo 128, I, II do CP) tem embasamento na causa supra-legal de inexigibilidade de outra conduta, exatamente, por que nem o direito, tampouco a lei positiva podem exigir heroísmo das pessoas a ponto de violar sua higidez mental e psíquica e a própria dignidade humana, no caso da gestante.

Ante o exposto, é de prover-se o apelo, autorizando a paciente **MILLA CARLA AMARAL DA SILVA** a interromper a gravidez de feto anencéfalo com a condição de ser praticado por médico, implicitamente em estabelecimento hospitalar.

Expeça-se o competente alvará para autorizar a antecipação de operação de feto anencéfalo.

**APELO DEFENSIVO PROVIDO.**

**DES. DANÚBIO EDON FRANCO (PRESIDENTE E REVISOR):**

1. Com a vênia da eminente Relatora, tenho que há questão prejudicial ao exame do mérito recursal, porquanto, em decisão proferida em 20 de outubro de 2.004, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, impetrada pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS, aquela Corte referendou a primeira parte da liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, em 01 de julho de 2004, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões sobre o tema, não transitadas em julgado, vencido o Senhor Ministro Cezar Peluso e, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os Senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Assim, tenho que imperativo o sobrestamento de todos os feitos que envolvam a matéria posta, sejam de natureza cível ou criminal, determinação que, aliás, decorre da própria lei regente – n.º 9.882/99 –, em seu art. 5º, § 3º.

O voto, então, é pela suspensão do processo até apreciação do mérito da ação constitucional pelo Pretório Excelso, ou decisão modificativa da orientação por aquela lançada.

**DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO** – Acompanho integralmente o voto da eminente Relatora.

**DES. DANÚBIO EDON FRANCO** - Presidente - Apelação Crime nº 70011918026, Comarca de Porto Alegre: **"POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, AUTORIZANDO A PACIENTE A INTERROMPER A GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO COM A CONDIÇÃO DE SER PRATICADO POR MÉDICO, VENCIDO O PRESIDENTE QUE SUSPENDIA O PROCESSO NOS TERMOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL".**

Julgador(a) de 1º Grau: LAIS ETHEL CORREA PIAS

## **ANEXO 06**

**PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. FETO ANENCÉFALO. DOCUMENTOS MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. DIFÍCIL POSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA. EXCLUSÃO DA ILICITUDE. APLICAÇÃO DO ART. 128, I, DO CP, POR ANALOGIA *IN BONAM PARTEM*.**

Considerando-se que, por ocasião da promulgação do vigente Código Penal, em 1940, não existiam os recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outras anomalias fetais, inclusive com a certeza de morte do nascituro, e que, portanto, a lei não poderia incluir o aborto eugênico entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto, impõe-se uma atualização do pensamento em torno da matéria, uma vez que o Direito não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, indiferente aos avanços tecnológicos e à evolução social.

Ademais, a jurisprudência atual tem feito uma interpretação extensiva do art. 128, I, daquele diploma, admitindo a exclusão da ilicitude do aborto, não só quando é feito para salvar a vida da gestante, mas quando é necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica.

Diante da moléstia apontada no feto, pode-se vislumbrar na continuação da gestação sério risco para a saúde mental da gestante, o que inclui a situação na hipótese de aborto terapêutico previsto naquele dispositivo.

**Apelo ministerial improvido, por maioria.**

APELAÇÃO CRIME

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70021944020

COMARCA DE SANTA MARIA

M.P.

APELANTE

..  
S.D.V.

APELADO

..

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, vencido o Relator, em negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor **DES. MARCEL ESQUIVEL HOPPE**.

Porto Alegre, 28 de novembro de 2007.



**DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA,**  
Presidente e Relator.

**DES. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS,**  
Revisor e Redator.

## **RELATÓRIO**

### **DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE E RELATOR)**

SIMONE DIAS VARGAS, através de advogados, perante a 1.<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca de Santa Maria, requereu autorização judicial para interrupção da gravidez, alegando que o feto tem anencefalia e, assim, não seria justo expor a gestante ao sofrimento de carregar um ser sem vida até o fim da gestação (fls. 02/09).

O Ministério Público opinou desfavoravelmente à realização do aborto (fls. 20/22).

Sentenciando o feito, o juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido, para autorizar a autora a realizar o aborto (fls. 23/28).

Inconformado, o Ministério Público interpôs apelação, pedindo a concessão de efeito suspensivo (fl. 29), tendo o magistrado *a quo* atribuído efeito suspensivo ao recurso pelo prazo de 30 dias (fls. 30/31).

Em razões, o recorrente postulou o provimento do apelo, para que seja cassada a autorização para realização do aborto (fls. 32/36).

Foram oferecidas contra-razões, requerendo a reconsideração da decisão que atribuiu efeito suspensivo à apelação (fls. 40/50).

O pedido de reconsideração foi indeferido pelo juiz de primeira instância (fl. 51).

O Procurador de Justiça, Dr. Sérgio Guimarães Britto, opinou pelo provimento ao recurso, inclusive juntando documentos (fls. 54/92).

É o relatório.

## VOTOS

### **DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE E RELATOR)**

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, razões pelas quais é conhecido.

Preliminarmente, saliento que está em julgamento no Supremo Tribunal Federal a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que pretende que seja declarado atípico o aborto de bebês anencéfalos.

Em consulta pelo site do STF, verifiquei que, embora o mérito da ação ainda não tenha sido julgado, o Pleno daquele tribunal, na sessão que apreciou a concessão da liminar pelo Relator, Min. Marco Aurélio, deliberou que “(...) *prossequindo no julgamento, o tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o senhor ministro Cezar Peluso (...)*”.

Com efeito, o art. 5.º, § 3.º, da Lei 9.882/99, que disciplina o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, dispõe que “*a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada*”.

No entanto, vejo que a discussão no Supremo Tribunal Federal refere-se ao direito abstrato de realização de aborto em feto anencefalo e, assim, é perfeitamente possível a espera pela prestação jurisdicional.

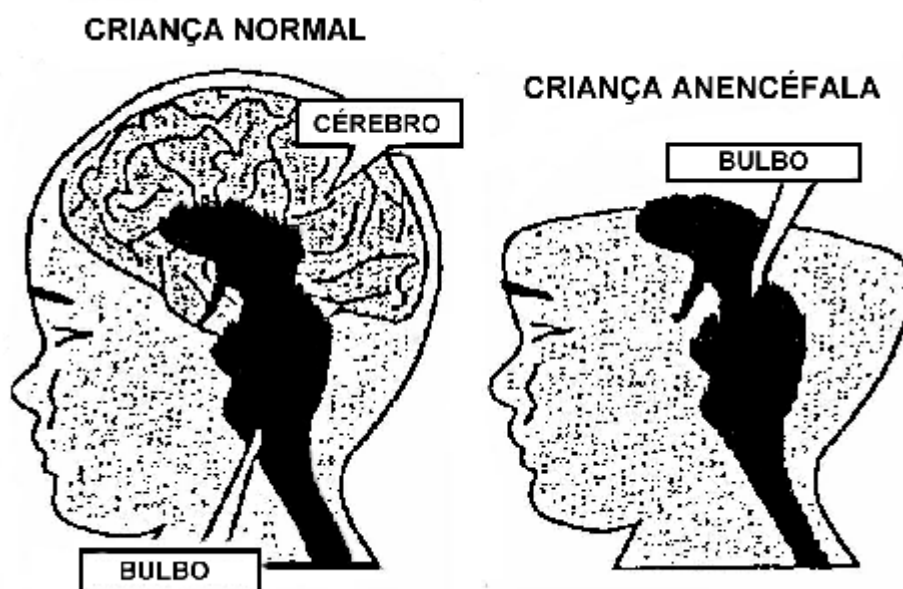
Todavia, na hipótese, caso a decisão acerca da legalidade ou não do abortamento demore, o feto nascerá sem que a Justiça se pronuncie.

Destarte, por mais que haja determinação do Pretório Excelso no sentido de que os processos e as decisões judiciais sobre o tema sejam suspensos, não há como deixar para depois a solução da questão, porque o processo perderá seu objeto.

No mérito, porém, tenho que a pretensão do Ministério Público, no sentido de cassar a autorização judicial concedida pelo juiz de primeiro grau para abortamento de feto anencefalo, merece guarida.

Literalmente, anencefalia significa falta do encéfalo. Porém, segundo os especialistas<sup>150</sup>, essa definição é falha, uma vez que o encéfalo compreende, além do cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral. Os bebês anencéfalos, embora não tenham cérebro, ou boa parte dele, têm o tronco cerebral funcionando. O tronco cerebral é constituído principalmente pelo bulbo, que é um alongamento da medula espinhal. Ele controla importantes funções do nosso organismo, dentre elas: respiração, ritmo dos batimentos cardíacos e certos atos reflexos (como a deglutição, o vômito, a tosse e o piscar dos olhos).

Para melhor ilustrar a questão:



A anencefalia, para os defensores do aborto, seria equiparada à ausência de vida no bebê e, em tal caso, o aborto não seria aborto. Seria uma mera expulsão de um ente não-vivo (um cadáver) ou não-humano (uma coisa), cuja presença serviria apenas para incomodar a gestante.

Já para os opositores, o anencéfalo seria um ser vivo, porque a Lei dos Transplantes (Lei 9.434/97) não utiliza a expressão "morte cerebral", o que daria a entender que a simples parada de funcionamento do cérebro seria um sinal suficiente de morte. A lei sempre fala em "morte encefálica", o que significa que todo o encéfalo (incluindo aí o tronco cerebral) deve parar de funcionar para que um paciente seja considerado morto e, assim, a sua retirada da barriga da gestante constituiria, em tese, crime de aborto.

<sup>150</sup> Texto e ilustração extraídos do link: <http://www.providaanapolis.org.br/quemeoan.htm>

Pois bem.

Na hipótese, conforme diagnosticaram os médicos subscritores do relatório de ultra-sonografia obstétrica do Hospital Universitário de Santa Maria, não foi visualizada estrutura óssea da calota craniana do bebê (fl. 12), ou seja, estamos diante de feto anencéfalo.

No entanto, não encontro no ordenamento jurídico autorização para a prática do aborto pretendido pela requerente.

Com efeito, a Lei dos Transplantes (Lei 9.434/97) não utiliza a expressão "morte cerebral", o que daria a entender que a simples parada de funcionamento do cérebro seria um sinal suficiente de morte.

Aquela lei sempre fala em "morte encefálica", o que significa que todo o encéfalo (incluindo aí o tronco cerebral) deve parar de funcionar para que o paciente seja considerado morto, ou seja, na hipótese, o aborto não estaria autorizado, por se tratar de bebê com ausência de cérebro.

Também no Código Penal não há autorização para tal prática.

O art. 128 do Estatuto Repressivo estabelece não ser punível o aborto praticado por médico "se não há outro meio para salvar a vida da gestante" ou "se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

No caso, porém, a gravidez não resultou de estupro e nenhum perigo de vida para a gestante, ocasionado pela gravidez, foi demonstrado.

Por fim, na perspectiva constitucional, a palavra, como já referi anteriormente, está com o Supremo Tribunal Federal, sendo que a decisão na ADPF n.º 54 é aguardada ansiosamente por todos.

Desse modo, na falta de autorização do ordenamento jurídico pátrio para a prática de aborto do bebê anencéfalo, deve ser provido o apelo ministerial, para cassar a licença concedida pelo juiz de primeiro grau, pois o anencéfalo não pode ser considerado "ser morto", sendo que a provocação de sua morte, se feita antes do nascimento, pode configurar crime de aborto, e se feita depois do nascimento, homicídio ou infanticídio.

Nesse sentido já decidiu recentemente esta Câmara:

*“HABEAS CORPUS. ANENCEFALIA. ANTECIPAÇÃO DE PARTO. ABORTO. Pedido indeferido em primeiro grau. Admissão do 'habeas corpus' em função de precedente do STJ. Ausência de previsão legal. Risco de vida para a gestante não demonstrado. Eventual abalo psicológico não se constitui em excludente da criminalidade. ORDEM DENEGADA. POR MAIORIA.” (Habeas Corpus Nº 70020596730, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 25/07/2007)*

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

*“HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO.*

*DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.*

*1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.*

*2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.*

*3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado.*

*As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.*

*4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.*

*5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente,*

*manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.”*

*(HC 32159/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17.02.2004, DJ 22.03.2004 p. 339)*

Por fim, saliento que o efeito suspensivo concedido à apelação (30 dias) acabaria em 18/11/07 (fls. 30/31). Todavia, com esse julgamento, ainda que ocorrido após os 30 dias estabelecidos, cassando a autorização concedida pelo magistrado, fica sem sentido a determinação do juiz *a quo*.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para cassar a autorização de aborto concedida pelo magistrado de primeiro grau.

#### **DES. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS (REVISOR E REDATOR)**

A questão posta nos presentes autos – pedido de autorização judicial para interrupção de gravidez de feto anencéfalo – tem aportado com frequência a este Tribunal, e julgo poder afirmar com segurança que, em nenhuma outra questão de direito, grassa tanta dissensão entre os magistrados, assim como entre os membros do Ministério Público, mesmo porque a matéria, além de seu conteúdo jurídico, é permeada por fatores emocionais e por conceitos filosóficos, morais e sobretudo religiosos.

De minha parte, com todo o respeito ao posicionamento do eminente Relator, como de resto às respeitabilíssimas opiniões que abonam seu entendimento, tenho decidido em sentido contrário, ou seja, pelo deferimento do pedido, exatamente como decidiu, no caso vertente, o ilustre julgador *a quo*.

É óbvio que, do ponto de vista estritamente legal, o pedido não encontra respaldo, não havendo qualquer preceito normativo que o preveja.

Não obstante, tenho que é cabível seu deferimento, pelas razões que expus no julgamento da Apelação nº 70006088090, cuja ementa me abstenho de transcrever neste voto, eis que já transcrita na peça vestibular do presente pedido e nas contra-razões de apelação.

Minha posição a respeito do *thema decidendum* repousa em dois fundamentos, que tentarei sintetizar aqui, reproduzindo em parte o que sustentei por ocasião daquele julgamento.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que, por ocasião da elaboração e da promulgação do Código Penal, em 1940, não dispunha a Medicina, ainda rústica e incipiente, dos recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outras anomalias fetais, indicativas de morte logo após o parto ou de irrecuperáveis seqüelas físicas ou mentais. Em outras palavras, naqueles tempos já remotos, era preciso esperar o nascimento da criança para constatar a perfeita sanidade ou a eventual deficiência em maior ou menor grau. Por óbvio, a lei não poderia prever uma situação inexistente na realidade e incluí-la entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto.

Hoje, como é amplamente difundido, com os avanços tecnológicos aplicados à Medicina e, no caso particular, à Obstetrícia, e com a evolução das pesquisas médicas em geral, a situação muda de figura, não sendo desarrazoado supor que, havendo tal possibilidade na época em que foi elaborado, o Código Penal também isentasse de pena o chamado aborto eugênico, como é conhecida a interrupção da gestação na hipótese vertente, o que se extrai da própria *mens legis* do referido preceito da lei penal.

Tal circunstância, por si só, autoriza uma atualização do pensamento em torno da matéria, eis que o Direito, como se sabe, não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, mas necessita acompanhar a evolução social, sob pena de perder o prestígio e o sentido, tornando-se antes um estorvo desprezado pela sociedade do que um efetivo instrumento de concretização da paz social.

Em segundo lugar, a jurisprudência, sensível à realidade da vida e suas constantes mudanças, como não poderia deixar de ser, tem feito uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, do estatuto repressivo, admitindo o aborto, não só quando indispensável para salvar a vida da gestante, mas quando necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica. E penso que não merece qualquer reparo tal orientação jurisprudencial, uma vez que aplica a analogia *in bonam partem*, admissível em matéria penal, já que não está criando nenhuma figura típica, nem enquadrando analogicamente uma conduta em tipo penal não a preveja estritamente, mas apenas estendendo uma causa de isenção da punibilidade a uma situação assemelhada à que a lei descreve.

Por derradeiro, apenas para não deixar passar *in albis*, não me impressiona a argumentação tecida pelo douto Procurador de Justiça com base no



caso da menina anencéfala que vai resistindo há cerca de um ano, contra a previsão dos médicos, que inclusive teriam aconselhado sua genitora a interromper a gravidez.

A atitude dessa mãe, negando-se ao aborto, aparentemente calcada em profunda espiritualidade, é exemplo de amor, de nobreza de sentimentos e de desprendimento e, por isso mesmo, merecedora da maior admiração.

Tal não significa, porém, que outra mulher, despida talvez da mesma fortaleza moral ou que não tenha quem sabe a mesma rede de apoio, seja obrigada a seguir-lhe o exemplo, com todas as conseqüências desse pesadíssimo encargo.

Por tais razões, com a vênia dos que pensam diferentemente e já se pronunciaram no presente feito, não vejo razão jurídica relevante para desacolher a pretensão formulada, o que equivaleria a impor à requerente um árduo sofrimento, coisa que não se inclui entre as funções do Direito, salvo como retribuição pela prática delituosa.

Em face do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao apelo.

É o voto.

**DES. MARCEL ESQUIVEL HOPPE** – De acordo com o Des. Manuel José Martinez Lucas.

**DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA** - Presidente - Apelação Crime nº 70021944020, Comarca de Santa Maria: "POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL."

Julgador(a) de 1º Grau: ULYSSES FONSECA LOUZADA



## **ANEXO 07**

**APELAÇÃO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – FETO MALFORMADO – SINDROME DE EDWARDS – GESTAÇÃO DE 32 SEMANAS – INDUÇÃO DE PARTO.**

1- Excepcionalmente esta Câmara entendeu admissível a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, sem perspectiva de vida fora do útero materno, comprovado à saciedade com exames especializados. Justificada pela presença da excludente supra legal da culpabilidade, não se podendo obrigar a mãe, a prosseguir com a gravidez da qual não resulte o nascimento com vida.

2- No caso, a gestante encontra-se em com 32 ou 33 semanas de gravidez, sendo possível pela técnica utilizada: indução do parto, que a criança nasça viva, eis que possível nesta fase de desenvolvimento, portanto, impossível a autorização de prática de aborto.

3- A questão é mais médica porque dentro de algumas semanas, tenham os médicos que realizar o procedimento caso não ocorra o parto normal, comum nos casos da Síndrome de Edwards.

4- A autorização de interrupção no caso seria o verdadeiro aborto eugênico, este sim vedado pelos critérios legais e éticos.

**NEGA-SE PROVIMENTO.**

**APELAÇÃO CRIME**

**TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL**

**Nº 70026983445**

**COMARCA DE PORTO ALEGRE**

**VANESSA RAMOS DE MOURA**

**APELANTE**

**MINISTERIO PUBLICO**

**APELADO**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. VLADIMIR GIACOMUZZI (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO.**

Porto Alegre, 30 de outubro de 2008.

**DES.<sup>a</sup> ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS,**  
Relatora.

## **RELATÓRIO**

### **DES.<sup>a</sup> ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS (RELATORA):**

VANESSA RAMOS DE MOURA ajuizou pedido de autorização para interrupção da gravidez, aduzindo que o feto possui várias mal-formações incompatíveis com a vida extra-uterina (folhas 02/18).

Juntou documentos comprovando o fato (folhas 23/27 e 29).

Em 08 de outubro de 2008, sobreveio a sentença que indeferiu o pleito, aduzindo que não se trata dos casos legais que permitem a interrupção de gravidez, portanto, pedido juridicamente impossível (folhas 67/70).

A requerente apelou. Em suas razões alega que não há possibilidade de vida extra-uterina, bem como risco à integridade física e psicológica da gestante. Por fim, sustenta possibilidade jurídica do pedido, forte no artigo 128, inciso i, do Código Penal (folhas 72/88).

O agente ministerial manifestou-se pelo provimento do apelo (folhas 89/91).

Em parecer escrito, o Procurador de Justiça, Dr. Paulo Fernando dos Santos Vidal, opinou pelo provimento do apelo (folhas 94/102).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES.<sup>a</sup> ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS (RELATORA):**

VANESSA RAMOS DE MOURA apelou da sentença da MMa. Dra. Rosane de Oliveira Michels que ante o pedido para interromper a gravidez, por

constatada a Síndrome de Edwards no feto, indeferiu (fl. 69) entendendo que não há risco para a paciente, a síndrome apresentada não se trata de fetos anencéfalos, portanto não teria o poder legal de mandar interromper a gravidez indesejada, suprimindo a vida da criança.

Esta Câmara em sua parcial composição tem entendido que além dos casos legais previstos que excluem “a pena”, artigo 128, inciso I e II do Código Penal, excepcionalmente, pode ocorrer outros em que presente causa supra-legal de exclusão da culpabilidade, quando o feto não tem qualquer possibilidade de vida fora do útero materno. Exemplo que mais ocorrem são dos fetos anencéfalos. Ainda, mesmo estes quando comprovado cientificamente e, ainda no início da gravidez.

A matéria, como se sabe está sendo debatida pelo STF que tem realizado inúmeras audiências públicas, provocadas por uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental em que a parte é a Confederação de Trabalhadores em Saúde.

Algumas vezes esta Câmara entendeu que não se podia exigir da gestante, ciente que o feto morreria ao nascer mantivesse por longos nove meses a gestação, causando-lhe sofrimento atroz e desnecessário.

Este, contudo, não é o caso dos autos.

Primeiramente, verifico que VANESSA submeteu-se a exame no Hospital das Clínicas (fl. 23) e a Ecografia obstétrica demonstrou:

*Feto polimalformado: onfalocele (intestinos para fora do abdome, ventrículos cerebrais dilatados e doença cardíaca grave, defeito do septo átrio ventricular completo) assimetria das quatro câmaras cardíacas e cavalgamento da aorta). Caso investigado pela genética médica e diagnosticou MALFORMAÇÃO CROMOSSÔMICA. TRISSOMIA DO 18 OU **SINDROME DE EDWARDS**.*

O que se vê é que sem dúvida a criança, se nascer viva, pois é muito comum a morte intra-uterina, não terá condições de sobrevivência por muito tempo. O risco materno é genérico.

O que é importante; a técnica médica utilizada para interromper a gravidez **é simular o parto normal**.

Ora, pela técnica médica utilizada, haveria interrupção da gravidez e abortamento se o procedimento fosse realizado antes dos sete meses.

No caso, no entanto, pelo que se vê do Relatório dos médicos, Drs. José Antonio Magalhães e Dra Helena José Silva, quando foi examinada em 26 de agosto de 2008, a gestação era compatível com **24 semanas, aproximadamente seis meses**. Decorridos dois meses do exame, atualmente, **a gestante encontra-se com 32 ou 33 semanas, por volta de 08 meses de gravidez**. Até mesmo um leigo sabe que perfeitamente possível a sobrevivência após **sete meses** com segurança se as condições da criança forem boas ou regulares.

Ora, como a gravidez é compatível com 08 meses, sendo a técnica induzir o parto precoce pergunta-se: se a criança nascer viva, o que é perfeitamente possível, por força da autorização judicial irão tirar sua vida? Evidente que não. Jamais qualquer médico faria tal e muito menos a gestante, embora a criança não tenha chances de vida senão poucos dias.

Ora, me parece que sequer se trata, no avançado da gestação, de questão legal ou supra legal, mas assunto médico. Os médicos têm condições de avaliar se a mãe corre algum risco iminente ou urgente que indique a indução do parto e, se induzido a criança nascer viva, evidente que esta deve ser preservada, até que o óbito ocorra naturalmente.

Sem dúvida dentro de 04 semanas, face o conhecimento científico sobre a Síndrome, trazido aos autos no sentido de que pode atrasar o parto ou a criança não nascer naturalmente, serão os médicos obrigados a induzir o procedimento, o que a critério de sua avaliação médica podem perfeitamente fazê-lo aos 08 meses de gravidez, sem que se constitua aborto, se razões existirem para a antecipação e com inúmeras chances de que a criança nasça viva.

Estou negando provimento ao apelo porque sequer é razoável autorizar a interrupção da gravidez com a morte do feto se pode nascer vivo, face o estágio da gravidez.

**NEGA-SE PROVIMENTO.**

**DES. VLADIMIR GIACOMUZZI (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo.**

**DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO - De acordo.**

**DES. VLADIMIR GIACOMUZZI** - Presidente - Apelação Crime nº 70026983445, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO".

Julgador(a) de 1º Grau: ROSANE RAMOS DE OLIVEIRA MICHELS