

**PROCESSUS FACULDADE DE DIREITO
MARÍLIA DE SIQUEIRA BATISTA**

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO
DE FETO ANENCÉFALO**

BRASÍLIA

2014

MARÍLIA DE SIQUEIRA BATISTA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO
DE FETO ANENCÉFALO**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito da Processus
Faculdade de Direito.

Orientadora: Prof.^a Claudia Tereza
Sales Duarte.

BRASÍLIA

2014

Dedico este trabalho

Ao meu esposo Leandro pelo companheirismo e apoio, as horas que perdeu estudando comigo para me ajudar a entender as matérias;

À minha mãe Maria, pelo exemplo de força e determinação;

Ao meu filho Marcelo, que é o maior incentivo que tenho para buscar evoluir como pessoa.

Agradeço a Deus pela saúde e por ter colocado pessoas especiais a minha volta que me ajudaram a aproveitar as oportunidades que se apresentaram na minha vida.

“Devemos gerar coragem igual ao tamanho das dificuldades que enfrentamos”.

(Dalai Lama)

RESUMO

Esta monografia estuda a descriminalização do aborto de feto anencéfalo, decorrente da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 54. O principal objetivo é concluir pela existência ou ausência de motivos para a lei obrigar a mulher a manter a gestação, quando o feto for anencéfalo. Para tanto, concentra esforços em estudar o direito à vida, o início da vida, a dignidade da pessoa humana e os direitos reprodutivos; o aborto, seu conceito e o que o torna criminoso ou permitido no Brasil; e, por fim, a anencefalia, seu conceito e sua relação com o aborto, a vida e a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: aborto, anencefalia, vida, crime, descriminalização.

ABSTRACT

This monograph studies the decriminalization of abortion of anencephalic fetus, consequence of decision of the Supreme Federal Court on judgment ADPF 54. The main objective is to establish the existence of absence of reasons for the law compelling a woman to keep the pregnancy, when the fetus is anencephalic. For this, it focuses efforts on studying the right to life, the beginning of life, the dignity of the human person and reproductive rights, the abortion, its concept and what reasons makes it criminal or allowed in Brazil and finally the anencephaly, its concept and its relation to abortion, life and dignity of the human person.

KEYWORDS: abortion, anencephaly, life, crime, decriminalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. A VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	4
1.1. O direito à vida	4
1.1.1. O início da vida	8
1.2. O princípio da dignidade humana	13
1.3. Direitos reprodutivos.....	15
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABORTO	17
2.1. Conceito de aborto	17
2.2. Noções históricas.....	17
2.3. Aborto no Brasil	21
2.3.1. Aborto criminoso.....	21
2.3.2. Aborto legal e as excludentes de ilicitude especiais	24
2.3.3. O bem jurídico protegido pelo crime de aborto.....	25
2.4. Classificação da interrupção da gravidez pela doutrina médica	26
3. A ANENCEFALIA	28
3.1. Conceito.....	28
3.2. O aborto e a anencefalia.....	30
3.2.1. A ADPF 54 e o posicionamento final do STF.....	30
3.2.2. O PLS 236/12.....	32
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

INTRODUÇÃO

No Brasil, a lei não permite a interrupção não espontânea da gravidez, e a considera crime de aborto que pune a gestante que provoca ou consente e o médico ou terceira pessoa que a realiza. As únicas exceções expressas na lei que excluem o crime de aborto são em casos de gravidez decorrente de estupro e quando há perigo à vida ou à saúde da gestante.

Quando o feto era anencéfalo e possuía pouca ou nula chance de viver após o parto, a interrupção da gravidez dependia de autorização judicial. Mesmo com a urgência do pedido, não raro a gestante, quando conseguia a autorização do Poder Judiciário para interromper a gravidez, a gestação já havia findado, e o sofrimento para a gestante era enorme.

Para solucionar esse tema tão polêmico, o Supremo Tribunal Federal decidiu descriminalizar a interrupção da gestação no caso de feto anencéfalo, que será o tema principal a ser abordado nesta monografia.

É de grande importância o estudo da anencefalia, suas causas, consequências e possibilidade de cura, mas principalmente a capacidade de uma gestação de anencéfalo gerar uma criança com vida. Trata-se de um tema polêmico, pois é necessário avaliar se há vida potencial em um feto anencéfalo, para que seja justo considerar crime de aborto a interrupção da gravidez em tal circunstância.

Na discussão desse tema, há um conflito aparente de direitos fundamentais que envolve a vida, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a saúde, a autodeterminação e os direitos reprodutivos e sexuais femininos. Há um confronto entre os interesses da mulher, que quer ter sua dignidade respeitada, e da sociedade, que quer proteger o direito à vida, seja dos que já nasceram, seja dos que estão para nascer, independentemente da viabilidade de sobrevivência.

É grande a importância do assunto, tanto para a sociedade em geral, quanto para a sociedade acadêmica e para o Direito, pelo que merece o trabalho e a dedicação necessários à elaboração de um trabalho de conclusão de curso de bacharelado em Direito.

Toda a discussão desta monografia se desenrola em torno do seguinte problema: a existência ou ausência de motivos para a lei obrigar a mulher a manter a gestação, quando o feto for anencéfalo.

O principal objetivo desta monografia é analisar os fundamentos que justificaram a descriminalização do aborto de feto anencéfalo. Para isso é necessário estudar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana; o aborto, seu conceito e o que o torna criminoso ou permitido no Brasil; e, por fim, a anencefalia, seu conceito e sua relação com o aborto, a vida e a dignidade da pessoa humana.

A elaboração desta monografia, com o intuito de resolver o problema proposto e concluir os objetivos sugeridos, se constituirá em três capítulos. O primeiro capítulo estudará os principais direitos em conflito quando se discute a interrupção de uma gravidez: o direito à vida, e a vida começa, o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos reprodutivos. O segundo capítulo dissertará sobre o aborto, seu conceito, noções históricas e a situação jurídica do crime de aborto perante a legislação brasileira. Por último, o terceiro capítulo descreve a anencefalia e analisa o julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADPF 54, que descriminalizou a interrupção da gravidez de anencéfalos, bem como do PLS 236/12, ainda em andamento, que altera o Código Penal Brasileiro, inclusive em relação ao crime de aborto.

Esta monografia utilizará a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica, que será utilizada em todos os capítulos, se dará com a análise da literatura já publicada, a partir de livros e dicionários, impressa ou eletronicamente. A pesquisa documental, nos dois primeiros capítulos, se consistirá na legislação brasileira, em vigor ou sem vigência, bem como nas resoluções do Conselho Federal de Medicina. No terceiro capítulo, a pesquisa documental se fundará basicamente nas notas taquigráficas da Audiência Pública ocorrida no plenário do Supremo Tribunal Federal, como parte do processo da ADPF 54, no voto do Ministro Marco Aurélio e no inteiro teor do acórdão do STF, na ocasião do julgamento da ADPF 54, bem como no parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Direito Penal do Senado Federal sobre

o PLS 236/12. Em todos os casos, a pesquisa documental será feita em documentos obtidos eletronicamente. O método utilizado nesta monografia será o hipotético-dedutivo.

1. A VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1. O direito à vida

Inicialmente, cabe considerar que a tarefa de conceituar a vida não é fácil, e requer um raciocínio filosófico e metafísico que não é o objetivo deste trabalho. Mas é possível partir da premissa que a vida é o que faz do homem um indivíduo e, mais que isso, uma pessoa.¹ Mas, para não deixar totalmente vazio o lugar de um conceito de vida, apresenta-se dissertação de Daury Fabríz: “a vida é a manifestação e fonte de esperança de toda a humanidade, [...] algo que não nos pertence, pertencendo à própria natureza [...], devendo ser encarada não apenas como um simples direito”.²

O homem não pode gozar dos demais direitos, como a liberdade, a propriedade, a saúde, a integridade física, o bem-estar e a intimidade, sem possuir vida. Nesse sentido, José Afonso da Silva ressalta que a vida “constitui fonte primária de todos os outros bens jurídicos”³ e Daury Fabríz completa que “a vida, antes de ser um direito, é pressuposto e fundamento maior de todos os demais direitos”.⁴

Direitos fundamentais e direitos humanos são terminologias utilizadas por muitos autores como sinônimas, mas muitos as diferenciam. Em qualquer caso, a vida é um direito incluído tanto no grupo dos direitos fundamentais quanto no grupo dos direitos humanos. Segundo Fabríz:

Os direitos fundamentais apresentam-se como gênero, do qual os direitos humanos são espécie. Direitos fundamentais, referindo-se àqueles direitos básicos do cidadão diante do Estado [...]. A expressão direitos humanos demonstra ser mais adequada quando nos referimos a certos direitos, inerentes ao próprio homem, compreendido esse em sentido universal.⁵

A vida é um direito estendido a todos os indivíduos, independentemente de se tratar de idoso, criança, nascituro, portador de anomalias físicas ou psíquicas, alguém que esteja em coma ou cujo estado

¹ SICHES, 2012, p.197.

² FABRIZ, 1999, p.209.

³ SILVA, 2012, p.198.

⁴ FABRIZ, 2003, p.267.

⁵ *Ibiden*, p.231.

vital esteja mantido por processo mecânico.⁶ Maria Helena Diniz, nesse pensamento, defende os direitos do nascituro: “se não se pode negar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, com maior razão ao embrião e ao nascituro”.⁷

Decorrem diretamente do direito à vida o direito à existência, o direito de nascer e o direito de continuar vivo. José Afonso da Silva conceitua o direito à existência:

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte.⁸

Decorre do direito à vida e à existência a tipificação penal dos crimes contra a vida, que são o homicídio, o induzimento, auxílio ou instigação a suicídio, o infanticídio e o aborto. Nos crimes de homicídio e infanticídio, a lei protege a vida das pessoas, com a proibição de matar. A lei demonstra a não aceitação do suicídio, ao proteger a vida da pessoa contra si mesma. Não se pune o suicídio, nem a sua tentativa, mas quem induz, auxilia ou instiga alguém a fazê-lo comete crime contra a vida dessa pessoa. No crime de aborto, protege-se a vida intrauterina, a vida do feto, antes do nascimento.

O direito à vida, além de direito humano e direito fundamental, é também um direito da personalidade⁹, e tem como características ser indisponível, inalienável, irrenunciável, imprescritível, impenhorável e vitalício.¹⁰ Portanto, o direito à vida não pode ser renunciado pelo seu titular, isto é, o suicídio não é permitido. A lei penal não pune o suicídio, nem a sua tentativa, por decorrência do princípio do direito penal denominado alteridade. Esse princípio, segundo Cleber Masson, proíbe a incriminação de condutas “moralmente censuráveis, incapazes de invadir o patrimônio jurídico alheio. Em síntese, ninguém pode ser punido por causar mal apenas a si próprio”.¹¹

⁶ BITTAR, 1989, p.65-66.

⁷ DINIZ, 2002, p.22.

⁸ SILVA, 2012, p.198.

⁹ GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2009, p.136.

¹⁰ *Ibidem*, 2009, p.144-150.

¹¹ MASSON, 2013, p.38.

A lei penal prevê a existência de excludentes de ilicitude¹², causas que excluem o crime quando presentes, e podem ser decorrentes do direito à vida ou, em certos casos, podem caracterizar exceções ao direito à vida.

Na legítima defesa¹³, a lei permite que a vítima de uma agressão injusta, atual ou iminente, contra sua vida se defenda do agressor, utilizando-se moderadamente dos meios necessários. É uma maneira que a lei criou para o indivíduo proteger a própria vida, sendo-lhe permitido, inclusive, retirar a vida do agressor, sem ser responsabilizado penalmente por isso, consistindo numa verdadeira exceção ao direito à vida.

Da mesma forma, a lei permite que quem esteja em estado de necessidade¹⁴ possa retirar a vida de outrem para salvar de perigo atual a própria vida, se o perigo não foi provocado por sua vontade, nem podia de outro modo evitar.

A lei exclui a culpabilidade de quem pratica crime sob coação moral irresistível¹⁵, e não pune quem agride a vida de outrem sob a ameaça da própria vida ou de terceiro, de forma que não consiga resistir à coação.

Outra consequência direta do direito à vida é a vedação à pena de morte, garantida pela Constituição brasileira. Mas a própria Constituição ressalva essa garantia, quando em tempo de guerra, e consiste em uma exceção ao direito à vida de quem é condenado à pena de morte.

A pena de morte é prevista no Código Penal Militar¹⁶, devendo ser executada por fuzilamento. A pena de morte é cominada apenas para os crimes militares praticados em tempo de guerra, como exemplo a traição, a espionagem, o motim e a revolta. Quem executa a pena de morte, participando do pelotão de fuzilamento, está retirando a vida de alguém, mas sob a proteção de uma excludente de ilicitude denominada estrito cumprimento do dever legal¹⁷, também prevista no Código Penal Militar. É de se ressaltar, contudo, que se trata de uma única exceção, pois apenas em

¹² BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. Art. 23.

¹³ *Ibidem*, Art. 25.

¹⁴ *Ibidem*, Art. 24.

¹⁵ *Ibidem*, Art. 22.

¹⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.001*, de 21 de outubro de 1969: Código Penal Militar.

¹⁷ *Ibidem*, Art. 42, III.

caso de pena de morte o estrito cumprimento do dever legal pode ser arguido para justificar um crime contra a vida, pois, ninguém tem o dever legal de tirar a vida de outrem. Ademais, se uma lei criasse um dever em tal sentido, seria flagrantemente inconstitucional.

Herkenhoff, ao dissertar sobre o direito à vida e a existência da pena de morte em diversos países, afirma que:

Em diferentes graus, entendem as culturas que a vida do indivíduo possa ser sacrificada, em face do interesse da Pátria, do Estado, de valores transcendentais, ou da coletividade.¹⁸

Ainda há uma última excludente de ilicitude denominada exercício regular de direito¹⁹, mas que não permite agressão ao direito à vida, haja vista que a ninguém é dado o direito de retirar a vida de outrem.

Decorre do direito à vida a regra contida no art. 15 do Código Civil Brasileiro, pelo qual “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.²⁰ Entretanto, a V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal relativiza o direito à vida quando em contraposição ao direito à liberdade de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal. *Ipsis litteris*, o Enunciado nº 403 do CJF:

Art. 15: O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.²¹

Percebe-se, portanto, que o direito à vida é um direito sem o qual o indivíduo não pode gozar dos demais direitos fundamentais, mas pode ser relativizado quando em confronto com o direito à vida de outro indivíduo, notadamente pelos institutos da legítima defesa, do estado de necessidade e da pena de morte, em caso de crime militar em tempo de guerra.

¹⁸ HERKENHOFF, 1998, p.114.

¹⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. Art. 22, III.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Art. 15.

²¹ AGUIAR JR., *V Jornada de Direito Civil*, 2012, p.69.

Em se tratando de vida intrauterina, a proteção consiste na vedação legal ao aborto, com suas exceções, excludentes de ilicitude específicas, que serão estudadas no capítulo seguinte desta monografia. Outro tema que envolve a proteção ao direito à vida é a proibição à eutanásia, também conhecido homicídio piedoso. José Afonso da Silva cita o conceito que faz Remo Pannain sobre a eutanásia:

Morte que alguém provoca em outra pessoa já em estado agônico ou pré-agônico, com o fim de liberá-la de gravíssimo sofrimento, em consequência de doença tida como incurável, ou muito penosa, ou tormentosa.²²

Conclui-se então que, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à vida não é um direito absoluto, pois pode ser relativizado quando em confronto com outros direitos fundamentais do indivíduo, principalmente, quando o objeto de confronto é também o direito à vida de outro indivíduo.

1.1.1. O início da vida

O ponto inicial para se considerar a proteção ao direito à vida é a definição de quando se dá o início da vida, bem como o seu termo.

O Direito Civil trata do início da personalidade jurídica, a capacidade de direito, de ser sujeito de direitos e obrigações. O Código Civil define que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”²³ Para se analisar tal norma, é mister definir o que se entende por nascimento com vida, nascituro e concepção.

Nascimento pode ser conceituado como o “instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório”²⁴, isto é, no momento em que o indivíduo respira pela primeira vez, há nascimento com vida. Nascituro é o ser existente desde a concepção, mas que ainda não nasceu. Nas palavras de Limongi França, nascituro é “o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno”.²⁵ Concepção é o momento, após a fecundação, em que ocorre a implantação ou nidação do embrião no endométrio, a parede do útero materno²⁶.

²² PANNAIN, Remo, “Omicídio”. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1965 apud SILVA, 2012, p.202.

²³ BRASIL. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Art. 2º.

²⁴ GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2009, p.81.

²⁵ AMARAL, 2000, p.217.

²⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p.16.

Ainda que Código Civil defina quando começa a personalidade jurídica, os doutrinadores divergem sobre a interpretação da norma, divergência que se constitui em três principais correntes.

Venosa defende que o Código Civil adotou a teoria natalista, a interpretação literal da norma, em que a personalidade é adquirida com o nascimento com vida e o nascituro tem apenas expectativa de direito.²⁷ Para esta teoria, o nascituro não é pessoa.

Para a teoria concepcionista, a personalidade é adquirida desde a concepção, quando o seu produto já é considerado pessoa, haja vista a última parte da norma do Código Civil, quando afirma que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Para esta teoria, o nascituro é considerado pessoa. A teoria concepcionista foi adotada pelo Direito Civil francês.²⁸

A teoria da personalidade condicional considera o nascituro possuidor de direitos sob condição suspensiva. Nesse sentido Arnaldo Wald ensina:

A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver.²⁹

Por outro lado, o início da personalidade jurídica, quando o indivíduo se torna pessoa, não é o mesmo que o início da vida. A vida de um indivíduo é algo mais abrangente que sua personalidade jurídica, sua capacidade para exercer, ainda mais que, sem vida, não é possível gozar qualquer outro direito. No mesmo sentido, Flávia Piovesan disserta sobre os direitos do nascituro:

Os direitos do nascituro que a norma se refere são, sobretudo, os direitos patrimoniais[...], ou ainda alguns direitos não patrimoniais, como o de figurar como sujeito ativo e passivo de obrigações. [...] Assim, não se trata propriamente de reconhecer ao nascituro personalidade civil, com todas as suas conseqüências jurídicas.³⁰

Maria Helena Diniz, com a finalidade de diferenciar os direitos do nascituro dos direitos da pessoa, divide a personalidade jurídica em formal e material:

Na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica

²⁷ VENOSA, 2001, p.142.

²⁸ *Ibidem*, p.142.

²⁹ WALD, 1995, p.120.

³⁰ PIOVESAN, 2012, p.344.

material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.³¹

O que se pode extrair da norma do Código Civil sobre o início da personalidade é que o nascituro, independentemente de ter ou não personalidade jurídica, de ser ou não pessoa, possui direito à vida, isto é, a vida do nascituro está resguardada desde a concepção. Da mesma forma, Pablo Stolze rejeita qualquer entendimento contrário ao afirmar que:

Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina se não se autorizasse a proteção desse nascituro – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir tais direitos.³²

Para entender melhor quando se inicia a vida, é importante identificar o momento em que a vida acaba, isto é, quando há a morte. Vida e morte são conceitos que se excluem mutuamente, assim como os estados de estar vivo e estar morto, e há estado intermediário como meio vivo ou meio morto. Para Knigth, a morte não é a ausência de vida, mas sim sua interrupção definitiva. Só se pode falar em morte onde deixou de haver vida.³³

O item mais importante para se definir a transição entre a vida e a morte é o ponto de não-retorno³⁴, aquele em que a transição se torna irreversível, isto é, após esse ponto, não é mais possível ao indivíduo voltar a viver. A doutrina médica, ao longo dos anos e com a evolução da ciência e tecnologia, o ponto de não-retorno, ou seja, o momento em que se atesta a morte de um indivíduo, sofreu alterações.

O Código Civil define que a existência da pessoa natural termina com a morte.³⁵ Pablo Stolze ensina que a morte, que deve ser atestada por médico, em geral, se verifica quando da “parada do sistema cardiorrespiratório e a cessação das funções vitais”.³⁶ Nesse ponto, verifica-se uma analogia entre o nascimento com vida (instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório) e a morte (instante em que finda o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório).

Mas em 1997, foi publicada a Lei 9.434/97, que regulamentou a disposição gratuita de órgãos, tecidos e partes do corpo humano *post mortem*, para fins de transplante e tratamento. Esta lei definiu um critério

³¹ DINIZ, 1999, p.9.

³² GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2009, p.84.

³³ Knigth apud GOMES, 2004, p.69.

³⁴ GOMES, 2004, p.72.

³⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Art. 6º.

³⁶ GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2009, p.125.

diferente para caracterizar o fim da vida: a morte encefálica. O Conselho Federal de Medicina, a quem cabe definir os critérios clínicos e tecnológicos para diagnosticar a morte encefálica³⁷, editou a Resolução 1.480/97, a qual define que a morte encefálica apenas será caracterizada quando decorrente de processo irreversível³⁸.

Em decorrência desta lei, o Conselho Federal de Medicina determinou que “a data e hora registradas na Declaração de Óbito serão as mesmas da determinação de morte encefálica”³⁹ e considerou “legal e ética a suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando determinada a morte encefálica”.⁴⁰

A parada do sistema cardiorrespiratório se dá quando finda as funções vitais de respiração e circulação, o que causa, inapelavelmente, após tempo suficiente, a morte do cérebro.⁴¹ Para Gomes, “a morte cerebral sempre foi o marco mais importante, apenas era anunciada pela parada cardiorrespiratória.”⁴²

Assim, com o fim da vida sendo determinado com a morte encefálica, surge o questionamento se a vida não surgiria com o início das atividades encefálicas?

Delton Croce classifica a morte em várias modalidades⁴³. A morte anatômica ocorre quando findam todas as funções vitais do organismo. A morte histológica, decorrente da morte anatômica, não é instantânea, e ocorre com a morte paulatina das células e tecidos do corpo. A morte aparente ocorre quando o indivíduo se assemelha incrivelmente ao morto, mas está vivo, situação que pode durar horas e, por vezes, um médico já atestou o óbito.

A morte, para a doutrina médica, pode ter vários estágios. Delton Croce descreve esses estágios⁴⁴. A morte relativa ocorre quando o indivíduo jaz como morto por decorrência de parada cardíaca, mas que pode ser reavivado se submetido em tempo hábil à massagem cardíaca. A morte intermédia, admitida apenas por alguns autores, é um estágio inicial da morte definitiva e ocorre entre a morte relativa e a morte real, quando o indivíduo se percebe como que saído de seu corpo, flutuando no espaço, sentindo como se morto estivesse, mas, socorrido adequadamente em tempo hábil, pode

³⁷ BRASIL. *Lei n° 9.434*, de 4 de fevereiro de 1997. Art. 3°

³⁸ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM n° 1.480/97*. Art. 3°.

³⁹ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM n° 1.826/2007*. Art. 2°.

⁴⁰ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM n° 1.826/2007*. Art. 1°.

⁴¹ GOMES, 2004, p.73.

⁴² *Ibidem*, p.72-73.

⁴³ CROCE, 1998, p.348-349.

⁴⁴ *Ibidem*, p.349-350.

retornar à consciência física e à vida. Por último, a morte real é aquela definitiva, absoluta e irreversível.

Se a doutrina médica admite vários estágios da morte, não seria possível se admitir que o início da vida também tenha vários estágios ou vários momentos? Nesse ponto há várias teorias sobre o momento inicial da vida.

A teoria geneticista, focada na existência de um código genético definido, define a existência do ser humano desde a concepção.⁴⁵ Os desenvolvimentistas defendem que o início da vida se dá quando o novo ser adquire certo grau de desenvolvimento, mas se dividem quanto a esse momento. Para uns, a vida se inicia na nidação; para outros, com a formação do córtex cerebral; ou, ainda, com o nascimento.

França argumenta que a proteção jurídica ao embrião, ao feto e ao nascituro decorre da potencialidade efetiva de, futuramente, vir a ser pessoa.⁴⁶ Os embriões e fetos nidados no ventre materno tem potencialidade efetiva de nascerem com vida, diferentemente do que ocorre com o embrião congelado, fecundado seja *in vitro* seja *in corpore*. Por esse argumento, o embrião congelado, que tem apenas potencialidade virtual de se tornar pessoa, caso venha a ser implantado em útero materno, não goza da mesma proteção jurídica do nascituro.⁴⁷

A Lei de biossegurança, Lei n° 11.105/05, regula a utilização de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia. A lei permite, nesse caso, a utilização dos embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos.⁴⁸ A lei considera que os embriões inviáveis e os não utilizados em três anos perdem a potencialidade efetiva de se tornar pessoa, e relativiza o direito à vida em face do direito à pesquisa científica e à saúde das demais pessoas que podem ser beneficiárias das terapias com células-tronco.

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI 3.510-DF, e declarou constitucional a n° Lei 11.105/05. Para o STF, a pesquisa com células-tronco embrionárias, na forma permitida pela lei de biossegurança, não viola o direito à vida, e não caracteriza aborto.

Em outro contexto, urge o questionamento se o uso da anticoncepção de emergência, também conhecida como pílula do dia seguinte viola o direito à vida. A anticoncepção de emergência é definido como “um método anticonceptivo que pode evitar a gravidez após a relação

⁴⁵ FRANÇA, 2001, p.233.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 233.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 233.

⁴⁸ BRASIL. Lei n° 11.105, de 24 de março de 2005. Art. 5°.

sexual”⁴⁹, enquanto a maioria dos demais métodos anticoncepcionais previnem a gravidez antes ou durante a relação sexual. A anticoncepção de emergência atua impedindo a fecundação, sempre antes da nidação, e não impede a implantação, caso a fecundação ocorra, motivo pelo qual não é considerada método abortivo.⁵⁰ Assim, não violação ao direito à vida, haja vista que a ação ocorre antes da concepção. Desde 2006, a anticoncepção de emergência é aceita pelo Conselho Federal de Medicina como método alternativo para a prevenção da gravidez⁵¹. A pílula do dia seguinte é uma medicação aprovada pela Anvisa e sua aquisição é disponível mediante receita médica⁵².

O que se conclui é que a vida se inicia na fecundação, mas o direito à vida deve ser garantido quando houver potencialidade efetiva de nascimento, o que ocorre com a concepção. No caso de fecundação *in vitro*, a lei protege o embrião viável por três anos, enquanto há uma potencialidade de implantação no ventre materno.

Um problema surge quando o questionamento sobre a potencialidade efetiva de nascimento com vida decorre do diagnóstico, após a concepção, de uma enfermidade, deficiência ou má-formação fetal.

1.2. O princípio da dignidade humana

A dignidade da pessoa humana é um preceito de difícil, quiçá impossível, definição, pois engloba um amplo conjunto de valores e possui contornos imprecisos. Uma simples definição de dignidade humana poderia relativizá-la ou limitar sua amplitude. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet destaca o seguinte:

Costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-la de maneira fixista [...].⁵³

A dignidade da pessoa humana é o maior dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro, previsto no art. 1º da Constituição Brasileira como fundamento da República Federativa do Brasil⁵⁴. A dignidade humana é um princípio “de valor pré-constituente e de hierarquia

⁴⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p.7.

⁵⁰ *Ibidem*, p.12-13.

⁵¹ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.811/2006*. Art. 1º.

⁵² MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p.17.

⁵³ SARLET, 1998, p.103.

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 1º, III.

supraconstitucional”⁵⁵, e decorre do direito natural, defendido pelos jusnaturalistas.

A dignidade da pessoa humana é o “princípio-matriz de todos os direitos fundamentais”⁵⁶, e está elevada a um status tal que “é sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais”⁵⁷. O valor da pessoa humana, núcleo da dignidade humana, é o “valor-fonte de todos os valores”⁵⁸, “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”⁵⁹.

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana é tal que está inerente ao próprio direito à vida, o qual “vai além da simples existência física”⁶⁰ para assegurar o direito a uma existência digna, finalidade da ordem econômica expressa pelo art. 170 da Carta de 1988. Assim, pode-se compreender o direito à vida como o direito de estar vivo somado ao direito a uma vida digna.

Na Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de princípio fundamental e fundamento da República, é encontrada, ainda que implicitamente, em todo o texto constitucional. É objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.⁶¹ Entre os princípios que regem o Estado brasileiro nas relações internacionais se inclui “prevalência dos direitos humanos”.⁶² Os direitos da pessoa humana estão entre os princípios sensíveis, aqueles cuja violação permitem à união intervir nos Estados, no Distrito Federal e nos municípios localizados em territórios federais⁶³. Os direitos e garantias fundamentais não podem ser abolidos da Constituição, por serem cláusulas pétreas⁶⁴.

⁵⁵ MENDES, COELHO & BRANCO, 2009, p.173.

⁵⁶ LENZA, 2009, p.675.

⁵⁷ MENDES, COELHO & BRANCO, 2009, p.174.

⁵⁸ REALE, 2002, p.377.

⁵⁹ SILVA, 2012, p.105.

⁶⁰ MAGALHÃES, 2000, p.189.

⁶¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 3º, IV.

⁶² *Ibidem*, Art. 4º, II.

⁶³ *Ibidem*, Art. 34, VII, b.

⁶⁴ *Ibidem*, Art. 60, §4º, IV.

A IV Jornada de Direito Civil considerou que os direitos da personalidade são expressões da dignidade da pessoa humana. Nas mesmas palavras, o enunciado n° 274 do Conselho da Justiça Federal:

Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.⁶⁵

Ainda que, em sua essência, a dignidade da pessoa humana seja um princípio superior aos demais princípios, não é considerada por todos os doutrinadores um princípio absoluto. Robert Alexy entende que nenhum princípio é absoluto, nem mesmo a dignidade da pessoa humana, segundo sua lei da ponderação. Nas palavras de Alexy, “o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana”.⁶⁶

Por outro lado, há autores que consideram a dignidade humana um princípio absoluto. O entendimento de Daury Fabríz, “se a vida é o pressuposto fundamental, premissa maior, a dignidade se absolutiza em razão de uma vida que somente é significativa, se digna”.⁶⁷

Independente da absolutização da dignidade da pessoa humana, é evidente a sua importância como instrumento norteador da identificação do conteúdo dos demais princípios e normas Constitucionais. Nesse sentido, Daury Fabríz ressalta que “o princípio da dignidade da pessoa humana manifesta-se como instrumento abalizador dos demais princípios e direitos compreendidos como superiores”.⁶⁸

1.3. Direitos reprodutivos

Os direitos reprodutivos, nas palavras de Flávia Piovesan, “correspondem ao conjunto dos direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”⁶⁹, um conceito que compreende “meios, tanto para o controle da natalidade quanto para a

⁶⁵ AGUIAR JR., *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*, 2012, p.45.

⁶⁶ ALEXY, 2011, p.112-113.

⁶⁷ FABRIZ, 2003, p.276.

⁶⁸ *Ibidem*, p.276.

⁶⁹ PIOVESAN, 2012, p.328.

procriação sem riscos para a saúde”.⁷⁰ Gozar a mulher de direitos reprodutivos é “ter em mãos o controle do seu próprio corpo, da fecundidade e saúde”.⁷¹ Tais direitos são “centrados na busca da igualdade”⁷² e decorrem da ideia de “liberdade reprodutiva”.⁷³

A vida sexual tem muitas consequências, a gravidez, a criação dos filhos, doenças sexualmente transmissíveis, por exemplo. A mulher tem a tarefa, às vezes exclusiva, de arcar com essas consequências e o peso de preveni-las, principalmente quanto à prática contraceptiva. A constatação desses fatos comprova a situação de vulnerabilidade da mulher, que consiste numa inclinação da balança do gênero, uma real desigualdade. Para que seja alcançada uma igualdade real, os direitos reprodutivos da mulher devem ser reconhecidos como fundamentais.

O não reconhecimento à mulher de seus direitos reprodutivos, ou acesso maculado com coerção, discriminação ou violência fere a dignidade humana da mulher, o seu direito à liberdade e à igualdade. Qualquer impossibilidade de acesso da mulher à concepção, ao parto, à contracepção ou ao aborto a remete para um lugar de submissão.⁷⁴

Os direitos reprodutivos devem ser exercidos livres de coerção, discriminação e violência, como um direito fundamental, como descreve a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, ocorrida no Cairo, Egito, em 1994, ratificada por 184 países.⁷⁵ Segundo Flávia Piovesan, a Conferência do Cairo, não reconheceu o aborto como método de planejamento familiar, mas como um problema de saúde pública.⁷⁶

⁷⁰ PIOVESAN, 2012, p.328.

⁷¹ ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, 1994, p.9.

⁷² *Ibidem*, p.9.

⁷³ *Ibidem*, p.9.

⁷⁴ *Ibidem*, p.10.

⁷⁵ PIOVESAN, 2012, p.330.

⁷⁶ *Ibidem*, p.331.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABORTO

2.1. Conceito de aborto

O aborto, “uma das palavras mais explosivas, mais carregadas de tabus e preconceitos de nossa linguagem cotidiana”⁷⁷, é comumente conhecido como a interrupção da gestação antes de seu fim natural. A palavra aborto é originária “do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer)”.⁷⁸ Seu “significado etimológico é ‘retirar algo de onde está sendo cultivado’, de modo que o prefixo *ab* seria entendido como tirar, enquanto que *hortus*, jardim cercado”.⁷⁹

A palavra aborto é utilizada tanto para denotar um ato quanto um resultado. No primeiro caso, aborto é sinônimo de abortamento, a ação do verbo abortar, e significa “a expulsão natural ou provocada de um embrião ou de um feto antes da data de viabilidade”⁸⁰ ou “a expulsão de um feto ou embrião por morte fetal, antes do tempo e sem condições de vitalidade fora do útero materno”⁸¹. No último caso, aborto significa “o produto dessa expulsão”⁸², isto é, o produto do abortamento.

O verbo abortar pode ser utilizado de forma específica para a interrupção da gestação, ao indicar a ação de “expulsar, espontânea ou voluntariamente, um feto ou embrião, antes do tempo e sem condições de vitalidade”⁸³, mas também pode indicar genericamente as ações de “frustrar, malograr”⁸⁴, “não ter êxito ou fracassar”⁸⁵.

2.2. Noções históricas

O aborto sempre foi uma prática comum na história da humanidade, presente em todos os povos e épocas. O aborto ficou oculto nas

⁷⁷ PRADO, 1995, p.9.

⁷⁸ DINIZ, 2002, p.30.

⁷⁹ FÜHRER & FÜHRER, 2008, p.224.

⁸⁰ -ABORTO. In: *DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa*, 2008-2013.

⁸¹ -ABORTO. In: RODRIGUES & NUNO, 2005, p.3.

⁸² - ABORTO. In: *DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa*, Op. cit.

⁸³ -ABORTAR. In: *DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa*, Op. cit.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ -ABORTAR. In: RODRIGUES & NUNO, 2005, p.3.

legislações de muitas culturas, mas, em outras, o aborto era objeto de punição, mas branda ou mais severa, a depender da sociedade e da época.

Desde a antiguidade, a interrupção da gravidez, o aborto, já encontrava punição, ainda que não considerado o aborto em si mesmo, mas apenas o aborto decorrente de uma agressão física.

Na antiga Babilônia, por volta do século XVIII a.C., o Código de Hammurabi estabelecia punição para a interrupção da gravidez decorrente de agressão física contra uma gestante. O Código de Hammurabi não punia o autoaborto, o aborto não decorrente de agressão ou quando a gestante fosse filha ou escrava do agressor.⁸⁶

210º - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto.

211º - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.

212º - Se a filha de um liberto aborta por pancada de alguém, este deverá pagar cinco siclos.

213º - Se essa mulher morre, ele deverá pagar meia mina.

214º - Se ele espanca a serva de alguém e esta aborta, ele deverá pagar dois siclos.

215º - Se esta serva morre, ele deverá pagar um terço de mina.⁸⁷

Por outro lado, os Assírios, muito mais severos, aproximadamente na mesma época, em 1800 a.C., puniam o autoaborto com a pena de empalamento da mulher.⁸⁸ Percebe-se que duas sociedades que viveram aproximadamente na mesma época visualizavam a interrupção da gravidez de forma diferente.

Na Grécia Antiga e na Roma Antiga, o feto era considerado como parte integrante da mãe, que podia livremente dispor de seu próprio corpo, motivo pelo qual o aborto não era punido.⁸⁹ Por outro lado, considerava-se que o marido possuía direito à prole, o que tornava o aborto da mulher casada uma ofensa ao marido, restando apenas à mulher solteira o direito ao aborto.⁹⁰ Platão e Aristóteles, filósofos gregos, eram favoráveis ao aborto. “O primeiro aconselhava o aborto para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, e o segundo preconizava o aborto em

⁸⁶ FÜHRER & FÜHRER, 2008, p.223.

⁸⁷ ALBERGARIA, 2012, p.44-45.

⁸⁸ FÜHRER & FÜHRER. 2008, p.223.

⁸⁹ DINIZ, 2002, p.35-36.

⁹⁰ *Ibiden*, p.36.

relação a toda mulher que concebesse depois dos quarenta anos”.⁹¹ Enquanto isso, Hipócrates, o pai da medicina, considerava dever de ofício dos médicos o seguinte juramento: “[...] a nenhuma mulher darei substância abortiva[...]”⁹².

Em Roma, a Lei das Doze Tábuas e as leis da República não faziam menção ao aborto⁹³, mas Tábua Quarta permitia ao pai “matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos”.⁹⁴ Posteriormente, as leis de Cornélio previam castigo às pessoas que preparavam e usavam venenos, inclusive poções amorosas e abortivas, que eram punidas com trabalho forçado, confisco de bens, deportação ou até a pena capital.⁹⁵ No reinado do império do Lúcio Septímio Severo, no século II, o aborto passou a ser punido por analogia às leis que puniam o envenenamento.⁹⁶ Mais tarde, no século VI, o Breviário de Alarico ou *Lex Romana Visigothorum*, durante o reinado de Alarico II, o autoaborto era crime punido com escravidão.⁹⁷

Com o Cristianismo, surgiu a reprovação social do aborto, por vezes considerado conduta análoga ao homicídio e punido com a mesma pena.⁹⁸

Na Idade Média, com o Direito Canônico e o poder da Igreja Católica, chegou-se ao entendimento que o feto possuía alma, que surgia com o desenvolvimento do feto.⁹⁹ O problema era identificar o instante em que surgia a alma no feto e diferenciar o feto animado do inanimado, que não era tema pacífico entre os autores.¹⁰⁰ Segundo Nelson Hungria, “para o direito canônico, o que importava era a perda da alma do nascituro, que morria sem batismo”.¹⁰¹ Na Alemanha do século XVI, o aborto era equiparado ao homicídio, e na França medieval, punido com pena de morte.¹⁰²

⁹¹ HUNGRIA, 1955, p.263.

⁹² GOMES, 2004, p.414.

⁹³ DINIZ, 2002, p.36.

⁹⁴ ALBERGARIA, 2012, 89.

⁹⁵ DINIZ, 2002, p.36.

⁹⁶ FÜHRER & FÜHRER, 2008, p.224.

⁹⁷ *Ibidem*, p.224.

⁹⁸ DINIZ, 2002, p. 36.

⁹⁹ FÜHRER & FÜHRER. 2008, p.224.

¹⁰⁰ DINIZ, 2002, p.36.

¹⁰¹ HUNGRIA, 1955, p.265.

¹⁰² DINIZ, 2002, p.36-37.

Na Itália e na Áustria do século XVIII, pela primeira vez, o aborto foi considerado crime contra a vida do feto.¹⁰³ Em 1869, o papa Pio IX acabou com a diferença entre vítimas animadas e inanimadas, ou seja, entre homicídio e aborto.¹⁰⁴ Com o Iluminismo, houve novamente a separação entre os crimes de aborto e homicídio, sendo as penas do aborto abrandadas.¹⁰⁵ Por fim, no século XX, houve um movimento forte de grupos feministas pela legalização do aborto.¹⁰⁶

Em meados do século XX, a criminalização do aborto era generalizada entre todos os povos civilizados, qualquer que fosse a fase da gestação. Não passou de efêmera e deplorável a experiência, em alguns países, de permitir tal prática.¹⁰⁷ São exemplos o Código soviético de 1926, que permitia o aborto, desde que praticado por pessoa habilitada e em condições higiênicas, isto é, protegia-se a saúde da gestante, não o feto¹⁰⁸. Mas a lei só viveu dez anos. Outro exemplo foi o Código uruguaio, de 1933, que só punia o aborto não consentido pela gestante, mas que, como o código soviético, também teve vigência curta: apenas três anos.¹⁰⁹

A motivação do aborto pode decorrer de várias questões como, por exemplo, questões de ordem social, econômica, sentimental, eugênica e terapêutica. Outros exemplos de causas motivadoras do aborto citados por Gomes são esconder gravidez de mulheres solteiras ou adúlteras, impedir que adolescentes cheguem à mesa de parto, o desconhecimento, a falta de acesso ou a falha de métodos anticoncepcionais e a falta de planejamento familiar adequado.¹¹⁰ Para Gomes, “o aborto é provocado para resolver problemas individuais relacionados com essas situações”.¹¹¹

¹⁰³ DINIZ, 2002, p.37.

¹⁰⁴ DINIZ, 2002, p.224.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.224.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.224.

¹⁰⁷ HUNGRIA, 1955, p.266.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.266-267.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.267.

¹¹⁰ GOMES, 2004, p.410.

¹¹¹ *Ibidem*, p.410.

2.3. Aborto no Brasil

A interrupção não espontânea da gravidez sempre foi considerada crime de aborto no Brasil, desde o primeiro código penal brasileiro, o Código Criminal do Império.

2.3.1. Aborto criminoso

No Código Criminal de 1830, o aborto era considerado crime contra a segurança individual¹¹², crime contra a segurança da pessoa e vida¹¹³ e crime de infanticídio¹¹⁴. O crime de aborto era previsto no art. 199, cuja literalidade se segue:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente **com consentimento da mulher** pejada.
Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.
Se este crime fôr commettido **sem consentimento da mulher** pejada.
Penas - dobradas.¹¹⁵ [grifo acrescido]

Observa-se que o Código Criminal de 1830 apenas considera sujeito ativo do crime de aborto a terceira pessoa que provoca a interrupção da gravidez. A conduta da gestante, seja por consentir, seja por provocar o aborto em si mesma, não era considerada crime, ou seja, era fato atípico. A única diferença observada na punição do aborto era a presença ou ausência de consentimento da gestante. O referido código não trazia causas justificantes ou excludentes de ilicitude específicas para o crime de aborto.

Sessenta anos após, o Código Criminal de 1830 foi substituído pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, de 1890, que manteve o crime de aborto um crime contra a segurança da pessoa e vida¹¹⁶, mas deixou de considerar o aborto uma espécie de crime de infanticídio¹¹⁷.

O Código Penal de 1890 trouxe algumas modificações no crime de aborto. Primeiramente, diferenciou as penas do aborto para casos em que haja ou não a expulsão do feto. Outra alteração foi a previsão de

¹¹² BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*: Código Criminal do Império do Brazil. Título II.

¹¹³ *Ibidem*. Título II. Capítulo I.

¹¹⁴ *Ibidem*. Título II. Capítulo I. Secção II.

¹¹⁵ *Ibidem*. Art. 199.

¹¹⁶ BRASIL. *Decreto n. 847*: de 11 de outubro de 1890: Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Título X.

¹¹⁷ *Ibidem*. Título X. Capítulos II e IV.

pena mais grave quando a gestante morrer em decorrência do aborto. Mas a principal novidade foi a criminalização do aborto praticado pela própria gestante, com uma redução de pena, se o crime tiver como motivo a ocultação de desonra própria. Ainda assim, o referido código não punia a gestante que consentia com o aborto provocado por terceiro. As condutas tipificadas e as penas são previstas nos art. 300 a 301 do referido código:

Art. 300. **Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:**

No primeiro caso: – pena de prisão cellullar por dous a seis annos.

No segundo caso: – pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno.

§ 1º **Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:**

Pena – de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena – de prissão cellullar por um a cinco annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com reduccão da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonna propria.¹¹⁸ [grifo acrescido]

Pela primeira vez, o Código Penal de 1890 previu uma causa justificante para a interrupção não espontânea da gestação. A existência dessa excludente de ilicitude específica para o crime de aborto pode ser inferida do art. 302, que cita a figura do aborto legal ou aborto necessário, aquele que, segundo Bitencourt, é aquele realizado “para salvar a vida da parturiente”¹¹⁹. Segue a literalidade do referido artigo:

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando **o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel**, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

¹¹⁸ BRASIL. *Decreto n. 847*: de 11 de outubro de 1890: Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Art. 300/301.

¹¹⁹ BITENCOURT, 2012, p.162.

Pena – de prisão celluar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condemnação.¹²⁰ [grifo acrescido]

Nos meados do século XX, em 1940, foi aprovado um novo Código Penal, que está em vigor até hoje. O Código Penal de 1940 manteve a criminalização do aborto, e o inseriu no título dos crimes contra a pessoa¹²¹ e no capítulo dos crimes contra a vida¹²².

O Código Penal tipificou o aborto de três formas distintas. Primeiramente, pune a gestante pelo aborto provocado, seja o autoaborto, praticado pela própria gestante, ou pelo consentimento da gestante para que um terceiro provoque o aborto. Tal conduta é descrita no art. 124 do referido Código: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.”¹²³

A segunda espécie de aborto criminalizada no Código Penal foi o aborto sofrido, aquele provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, previsto no art. 125 do Código Penal: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.”¹²⁴

Por último, o Código Penal puniu o aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante, previsto no art. 126: “Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.”¹²⁵

Para efeitos de punição do crime de aborto, o Código Penal não considera válido o consentimento da gestante que não possui mais de 14 anos, ou que é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Para tais casos, aplica-se a pena prevista para o aborto praticado sem o consentimento da gestante¹²⁶.

¹²⁰ BRASIL. *Decreto n. 847*: de 11 de outubro de 1890: Código Penal dos Estados Unidos do Brazil., Art. 302.

¹²¹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. Título I.

¹²² *Ibidem*. Título I. Capítulo I.

¹²³ *Ibidem*. Art. 124.

¹²⁴ *Ibidem*. Art. 125.

¹²⁵ *Ibidem*. Art. 126.

¹²⁶ *Ibidem*. Art. 126, parágrafo único.

2.3.2. Aborto legal e as excludentes de ilicitude especiais

O atual Código Penal também previu circunstâncias em que o aborto não é punido. São duas as causas excludentes de ilicitude específicas para o crime de aborto. Primeiramente, deixa de considerar ilícito o aborto necessário ou terapêutico, aquele em que a interrupção da gravidez é necessária para salvar a vida da gestante, desde que praticado por médico. Bitencourt justifica que o aborto terapêutico constitui autêntico estado de necessidade, e se caracteriza quando a gestação trazer perigo de vida à gestante e não houver outro meio para salvá-la, a não ser a sua interrupção¹²⁷. O aborto necessário é previsto no art. 128, I, do Código Penal: “Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante.”¹²⁸

No caso do aborto necessário, o médico que pratica o aborto para salvar a vida da gestante não pode ser punido, haja vista a autorização do art. 128, I, do CP. Além desta causa justificante específica, em qualquer situação que o médico que pratica uma intervenção médica para salvar o paciente de um perigo que não provocou nem podia evitar. Esta excludente de ilicitude é o estado de necessidade, prevista no art. 24, do Código Penal, que se aplica aos crimes em geral, inclusive ao crime de aborto.

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.¹²⁹

O aborto necessário, praticado pelo médico, não pode ser punido mesmo que realizado contra a vontade da gestante ou de seus responsáveis legais, caso incapaz. Em primeiro lugar, o art. 128, I, do CP, que prevê a causa justificante específica não faz tal exigência. Por último, o Código Penal, em seu art. 146, §3º, I, autoriza a intervenção médica não autorizada pelo paciente ou seu responsável legal, quando justificada por iminente perigo de vida.

¹²⁷ BITENCOURT, 2012, p.172.

¹²⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. Art. 128, I.

¹²⁹ *Ibidem*. Art. 24.

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

[...]

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.¹³⁰

A segunda causa justificante específica prevista no Código Penal de 1940 é o aborto humanitário, ético ou sentimental. Prevista no art. 128, II, do CP, exclui a ilicitude da conduta do médico que interrompe a gestação, consentida pela gestante ou por responsável legal, quando a gravidez for resultante de crime estupro.

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

[...]

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.¹³¹

Em ambas as causas especiais de exclusão de ilicitude da interrupção da gravidez, seja o aborto necessário ou o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, não é necessária autorização judicial.

2.3.3. O bem jurídico protegido pelo crime de aborto

De plano, verifica-se que o crime de aborto está inserido no título dos crimes contra a pessoa e no capítulo dos crimes contra a vida. Logo, pela interpretação sistemática do Código Penal, a pessoa e a vida são bens jurídicos tutelados no crime de aborto.

Bitencourt ressalta que “o bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente, não se trate de crime contra a pessoa.”¹³² O mesmo renomado penalista considera que a proteção é dada não à pessoa humana em si, mas à sua formação embrionária.¹³³

O bem jurídico tutelado é a vida intrauterina, isto é, com uma delimitação temporal, desde a concepção até antes do parto.

¹³⁰ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. Art. 146, §3º, I.

¹³¹ *Ibidem*. Art. 128, II.

¹³² BITENCOURT, 2012, p.163.

¹³³ *Ibidem*, p.163.

2.4. Classificação da interrupção da gravidez pela doutrina médica

É interessante analisar a classificação dos tipos de aborto elaborada pelos doutrinadores da área médica, que leva em consideração a motivação e justificativa para a interrupção da gravidez. Essa classificação ajuda bastante aos doutrinadores penalistas para fazerem a abordagem jurídica com mais conhecimento.

Para a referida classificação, elaborada por Diniz & Almeida¹³⁴, há quatro grandes tipos de aborto:

1. **Interrupção eugênica da gestação (IEG):** são os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos, etc. [...] Regra geral, a IEG processa-se contra a vontade da gestante, sendo esta obrigada a abortar;

2. **Interrupção terapêutica da gestação (ITG):** são os casos de aborto ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante. Hoje em dia, em face do avanço científico e tecnológico ocorrido na medicina, os casos de ITG são cada vez em menor número, sendo raras as situações terapêuticas que exigem tal procedimento;

3. **Interrupção seletiva da gestação (ISG):** são os casos de aborto ocorridos em nome de anomalias fetais, isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões fetais. Em geral, os casos que justificam as solicitações de ISG são de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina [...];

4. **Interrupção voluntária da gestação (IVG):** são os casos de aborto ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, isto é, situações em que se interrompe a gestação porque a mulher ou o casal não mais deseja a gravidez, seja ela fruto de um estupro ou de uma relação consensual. [grifo acrescido]

Em nosso Direito Penal, apenas a interrupção eugênica da gestação (IEG) está totalmente proibida, o que seria não apenas um crime contra a vida do feto, mas um crime contra a humanidade em si. Mas vejamos que a interrupção terapêutica da gestação (ITG) é permitida pelo art. 128, I, do Código Penal, a Interrupção seletiva da gestação (ISG), em casos de feto anencéfalos, foi grandemente discutida doutrinária e judicialmente, resultando no julgamento da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal, que será objeto de estudo do capítulo seguinte, e, por fim, a interrupção

¹³⁴ DINIZ & ALMEIDA, 1998, p.126-127.

voluntária da gestação (IVG) é permitida em casos de a gestação ser decorrente de crime de estupro, conforme preceitua o art. 128, II, do Código Penal.

3. A ANENCEFALIA

3.1. Conceito

Anencefalia é uma palavra derivada da palavra encéfalo, com o prefixo grego de negação “a”. No dicionário Priberam, anencefalia significa uma “malformação que consiste na ausência de cérebro ou de parte dele”¹³⁵. Mas, na verdade, a anencefalia se refere ao encéfalo e não apenas ao cérebro.

O Doutor Heverton Neves Pettersen, médico da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, explica o que significa a anencefalia:

O encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo – representado na imagem – e pelo tronco cerebral. Então, o termo anencefalia – é fácil de entender – seria a não-formação completa do encéfalo; ou seja, para o diagnóstico de anencefalia precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar.¹³⁶

Na morte encefálica, o indivíduo possui um encéfalo formado, mas não há mais atividade cerebral, e, juridicamente e tecnicamente, é considerado morto. O feto anencéfalo nem chega a iniciar a atividade cerebral. O Dr. Pettersen o considera “um natimorto neurológico. Do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central”¹³⁷. A expressão “natimorto cerebral” é utilizada também pelo Dr. Gollop¹³⁸.

Segundo o médico Dr. Pettersen, durante o desenvolvimento do feto, a embriogênese, cada órgão tem seu tempo de desenvolvimento, isto é, se o tecido cerebral ou encefálico não surgiu naquele exato momento, não formará mais adequadamente a partir daí¹³⁹. Portanto, após diagnosticada a anencefalia, não é mais possível o surgimento de massa encefálica, ou seja, o diagnóstico, feito corretamente, é irreversível.

O Dr. Salmo Raskin, médico da Sociedade Brasileira de Genética Médica, descreve que, teoricamente, a anencefalia é determinada

¹³⁵ -anencefalia. In: *DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa*, 2008-2013.

¹³⁶ PETERSEN, Heverton Neves. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Audiência Pública, 2008, 24.

¹³⁷ *Ibidem*, p.30.

¹³⁸ GOLLOP, Thomaz Rafael. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Op. cit., p.97.

¹³⁹ PETERSEN, Op. cit., p.32.

no vigésimo quarto dia após a fecundação, mas não há tecnologia para diagnosticá-la *in vivo*¹⁴⁰. O Dr. Pettersen explica que com nove semanas de gestação, a anencefalia já pode ser diagnosticada, mas com os aparelhos comuns de ultra-som, o diagnóstico pode ser feito facilmente com dez ou onze semanas, e certamente no primeiro trimestre de gestação¹⁴¹.

Em quase metade dos fetos anencéfalos, a anencefalia está acompanhada de outras malformações, como defeitos costovertebrais, fendas orais, malformações cardíacas, renais e da parede abdominal¹⁴².

Para o Dr. José Aristodemo Pinotti¹⁴³, deputado federal e médico membro Academia Brasileira de Medicina, e para o Dr. Thomaz Rafael Gollop¹⁴⁴, médico da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, na Medicina Fetal, hoje, existem dois diagnósticos de certeza, diagnósticos indiscutíveis: o óbito fetal e a anencefalia. Isto significa que o diagnóstico de anencefalia não é de evidência, mas de certeza. E o prognóstico também é de certeza. Segundo descreve o Dr. Pinotti, “havendo um diagnóstico de certeza de anencefalia, não há nenhuma presunção de vida pós-parto. [...] Um feto anencéfalo não tem cérebro, não tem potencialidade de vida”¹⁴⁵.

O Dr. Gollop explica a diferença entre vida de relação e vida vegetativa. O sistema nervoso é dividido em somático e visceral. O primeiro é responsável pela vida de relação, que caracteriza a capacidade de interpretação de informação. Sem o sistema nervoso somático, a pessoa tem apenas vida vegetativa. Com o funcionamento apenas do sistema nervoso visceral, a pessoa respira, tem batimentos cardíacos, mas não possui sentimentos e nem processa informações, ou seja, tem apenas vida vegetativa¹⁴⁶.

¹⁴⁰ RASKIN, Salmo. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Audiência Pública, 2008, p.56-57.

¹⁴¹ PETERSEN, Heverton Neves. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, op. cit., p.35.

¹⁴² RASKIN, op. cit., p.60.

¹⁴³ PINOTTI, José Aristodemo. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, op. cit., p.71.

¹⁴⁴ GOLLOP, Thomaz Rafael. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, op. cit., 97.

¹⁴⁵ PINOTTI, op. cit., p.71-72/74-75.

¹⁴⁶ GOLLOP, op. Cit., p.95.

Para o Dr. Gollop, mais da metade dos fetos anencéfalos morrem dentro do útero.¹⁴⁷ Dos anencéfalos que alcançam sobrevivência após o parto, todos tem apenas vida vegetativa¹⁴⁸.

Em casos de merocrania¹⁴⁹, meroacrania ou meroencefalia¹⁵⁰, há um defeito menos acentuado na formação do sistema nervoso que o caracterizado pela anencefalia. Mesmos nestes casos, não há atividade no sistema nervoso somático, e pode haver uma sobrevivência maior, mas que não passa de vida vegetativa.

3.2. O aborto e a anencefalia

3.2.1. A ADPF 54 e o posicionamento final do STF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, seguindo o voto do Relator Ministro Marco Aurélio Mello, declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro¹⁵¹.

O julgamento da ADPF 54 se fundou, basicamente, no conflito entre direitos fundamentais, de um lado, os direitos do feto anencéfalo e, de outro, os direitos da mulher, não conflito real, mas aparente. No conflito entre o direito (hipotético) à vida e à incolumidade física do feto anencéfalo e o direito à dignidade da pessoa humana e demais direitos básicos da mulher, o Supremo Tribunal Federal fez um juízo de ponderação, no qual prevaleceram os direitos da mulher em detrimento dos direitos do feto anencéfalo¹⁵².

¹⁴⁷ GOLLOP, Thomaz Rafael. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Audiência Pública, 2008, p.97.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.97.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.94/95.

¹⁵⁰ PETERSEN, Heverton Neves. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, op. cit., p.32.

¹⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Inteiro Teor do Acórdão, 2013, p.1.

¹⁵² MELLO, Marco Aurélio Melo. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Inteiro Teor do Acórdão, 2013, p.69.

O STF considerou que a laicidade do Estado, insculpida na Constituição de 1988, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, bem como garante que dogmas religiosos determinem o conteúdo de atos estatais¹⁵³. Portanto, nas palavras do ministro Marco Aurelio, a liberdade religiosa e o Estado laico significam que:

As religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.¹⁵⁴

Em relação ao feto anencéfalo, o Supremo Tribunal Federal considerou que não há vida, nem ao menos em potencial, mas morte certa, haja vista que o anencéfalo nunca se tornará uma pessoa¹⁵⁵, pelo que não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos¹⁵⁶. Por não haver vida em potencial, o anencéfalo é considerado um natimorto, pelo que não pode se caracterizar a interrupção de sua gravidez o aborto eugênico, aquele praticado pelos nazistas¹⁵⁷.

Conclui o STF que o aborto é um crime contra a vida, contra a vida em potencial, o que não é o caso dos fetos anencéfalos. Portanto, o feto anencéfalo, considerado juridicamente morto, não goza de proteção jurídica, muito menos da proteção jurídico-penal. Assim, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não pode configurar crime contra a vida, crime de aborto, sendo conduta atípica¹⁵⁸.

É interessante observar alguns argumentos utilizados para defender a interrupção da gravidez de feto anencéfalo podem ser usados para defender também a interrupção voluntária da gestação. Um exemplo pode ser visto nas palavras do Ministro Relator da ADPF 54:

Vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no

¹⁵³ MELLO, Marco Aurélio Melo. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Inteiro Teor do Acórdão, 2013, p.44.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.45.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.50.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.60.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p.53.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.60/61.

exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante¹⁵⁹.

Alguns setores da sociedade consideram que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é moralmente reprovável. Por outro lado, o ministro Marco Aurelio afirma:

Essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal¹⁶⁰.

O STF conclui que a mulher gestante de feto anencéfalo tem o direito de se manifestar livremente sobre a interrupção da gravidez, sem o temor de se tornar ré em eventual ação penal por crime de aborto¹⁶¹.

Durante a audiência pública ocorrida no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 2008, o Dr. Pinotti apresentou argumentos que demonstram que a criminalização do aborto de anencéfalo fere a dignidade da mulher, a qual, impedida de interromper a gravidez, tem um sofrimento psicológico enorme:

A gravidez do feto anencéfalo é uma gravidez de altíssimo risco. [...] Ou elas levam essa gravidez até o fim sem querer levá-la - ao invés de preparar o berço, preparam o enterro -, ou se submetem a um aborto ilegal o qual as criminaliza e oferece um risco enorme de vida e de saúde também¹⁶².

Após todos esses argumentos, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 54, descriminalizou a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

3.2.2. O PLS 236/12

O PLS 236/12¹⁶³, de autoria do Senador José Sarney, é um projeto de lei que reforma o Código Penal Brasileiro. Em tramitação no Senado desde 2012, o projeto foi aprovado em 17 de dezembro de 2013 na Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, e tem por

¹⁵⁹ MELLO, Marco Aurélio Melo. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Inteiro Teor do Acórdão, 2013, p.66.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.69.

¹⁶¹ *Ibidem*, p.69.

¹⁶² PINOTTI, José Aristodemo. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, op. cit., p.73-74.

¹⁶³ SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Direito Penal. *Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236*, de 2012, p.1.

relator foi o Senador Pedro Taques. Atualmente, o projeto tramita na Comissão de Constituição, sob a relatoria do Senador Vital do Rêgo.

Ao PLS 236/12, foram anexadas 147 proposições legislativas que versão sobre Direito Penal, entre as quais o PLS 50/11¹⁶⁴, de autoria do Senador Mozarildo Cavalcante, e o PLS 287/2012¹⁶⁵, de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves. Estes dois projetos tratam do crime de aborto em casos de gravidez de fetos anencéfalos.

De um lado, o PLS 50/11, que já havia sido aprovado pela Comissão de Direitos Humanos do Senado, inclui o aborto de anencéfalos entre as causas de exclusão do crime de aborto, e está em total sincronia com o PLS 236/12¹⁶⁶.

De outro, o PLS 287/12, que nunca havia sido apreciado por qualquer comissão, criminaliza de forma autônoma o aborto de anencéfalos e vai de encontro ao espírito da reforma e contra a tendência da jurisprudência pátria, pelo foi deixado de lado¹⁶⁷.

Em relação ao crime de aborto, o PLS 236/12 propõe o aumento das causas justificantes do crime de aborto, acrescentando três hipóteses: quando a gravidez resulta do emprego não consentido de técnicas de reprodução assistida; quando for comprovada a anencefalia ou o feto padecer graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestados por dois médicos; ou se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou o psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade¹⁶⁸.

A alteração mais importante feita ao PLS 236/12 pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Direito Penal foi a supressão da hipótese de exclusão de crime no aborto voluntário praticado no primeiro trimestre

¹⁶⁴ SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Direito Penal. *Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012*, p.5-6.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p.19-20.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.48/78.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.48/78.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.157-158.

de gestação. A justificativa foi a inconstitucionalidade do dispositivo por violação ao direito à vida do feto¹⁶⁹.

O PLS 236/12, em relação à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, está no mesmo sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54, que considerou inconstitucional a interpretação que a considera crime de aborto. O PLS é ainda mais amplo que a decisão do STF, descriminalizando a interrupção da gravidez não apenas quando o feto for anencéfalo, mas também quando o feto padecer de outra doença grave e incurável que impossibilite a vida extrauterina diversa da anencefalia.

¹⁶⁹ SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Direito Penal. *Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236*, de 2012, p.157-158.

CONCLUSÃO

A interrupção espontânea da gravidez não é permitida pela lei brasileira, ato considerado crime de aborto. O Código Penal brasileiro apenas permite a interrupção da gestação quando a gravidez for decorrente de estupro ou a vida ou a saúde da gestante correr perigo. Assim é a legislação brasileira, sem permissão para interromper a gravidez em casos que o feto sofre de anencefalia.

No julgamento da ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal alterou a interpretação da lei para permitir a interrupção da gravidez quando o feto for anencéfalo. Esta monografia se dedicou a estudar os fundamentos que justificaram a descriminalização do aborto de feto anencéfalo, na tentativa de encontrar a existência ou ausência de motivos para a lei obrigar a mulher a manter a gestação, quando o feto for anencéfalo.

A vida é um direito humano, fundamental e irrenunciável, sem o qual o indivíduo não pode gozar dos demais direitos fundamentais. Do direito à vida decorrem diretamente o direito à existência, o direito de nascer e o direito de continuar vivo.

É consequência do direito à vida a tipificação penal dos crimes contra a vida, entre eles o crime de aborto, que protege a vida intrauterina. O direito à vida não é absoluto e pode ser relativizado quando em confronto com o direito à vida ou até outros direitos de outro indivíduo. É possível exemplificar a relativização do direito à vida pelos institutos da legítima defesa, estado de necessidade, coação moral irresistível, permissão da pena de morte em tempo de guerra, permissão do aborto quando há risco de vida ou à saúde da gestante ou quando a gravidez decorrer de estupro.

O Código Civil protege os direitos do nascituro, notadamente o direito à vida, desde a concepção, quando a vida começa, até o nascimento, quando o nascituro se torna pessoa e pode gozar direitos. O Supremo Tribunal Federal, quando julgou improcedente a ADI 3510-DF e declarou constitucional a lei de biossegurança, fundamentou a permissão para pesquisa com células-tronco embrionárias na ausência de potencial de uma

célula-tronco embrionária um dia vir a se tornar pessoa. Isto é, o direito à vida do nascituro pode ser relativizado em face de outros direitos quando ele não tiver potencial de nascimento com vida.

A anencefalia é uma malformação fetal que consiste na não formação completa do encéfalo, na qual o feto não possui os hemisférios cerebrais, o cerebelo, mas apenas um tronco cerebral rudimentar. Em comparação com a morte encefálica, na qual o indivíduo possui um encéfalo formado, mas cessou a atividade cerebral, o feto anencéfalo nem chega a iniciar a atividade cerebral.

A anencefalia, após diagnosticada corretamente, é irreversível e a consequência única possível é a morte. Pela ausência de atividade cerebral, o feto anencéfalo é associado ao natimorto, chamado por especialistas de natimorto neurológico ou cerebral. Não há potencialidade de vida em um feto anencéfalo. Menos da metade dos fetos anencéfalos nascem “vivos”, mas sem atividade cerebral, isto é, a “vida” é apenas vida vegetativa, a mesma “vida” dos mortos encefálicos.

A dignidade da pessoa humana, princípio-matriz de todos os direitos fundamentais e instrumento abalizador dos demais princípios e direitos fundamentais, tem uma importância que vai além da simples existência física, e assegura o direito a uma existência digna. Nesse ponto, deve-se sempre levar em conta a dignidade da gestante obrigada a manter uma gestação de feto anencéfalo, sem potencialidade de vida, sob a pena de responder a ação penal pela prática de crime de aborto.

Os direitos reprodutivos da mulher incluem o direito ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana e a procriação sem riscos para a saúde e devem ser exercidos livres de coerção. Fica óbvio concluir que a gestante impedida de interromper uma gestação de feto portador de anencefalia, cuja única consequência será a morte do feto, em uma gravidez de alto-risco, não tem seus direitos reprodutivos preservados.

A própria lei penal, quando permitiu o aborto voluntário quando a gravidez for resultante de estupro, relativizou o direito à vida do feto saudável e com potencialidade de vida. Por que coagir a mulher a manter uma gestação cujo feto nunca chegará a viver?

Em um conflito entre o direito hipotético à vida do feto anencéfalo e o direito à dignidade humana, os direitos reprodutivos da mulher, e considerando todos os fundamentos acima expostos, devem prevalecer os direitos da mulher.

O PLS 236/12, projeto de lei que cria o novo Código Penal Brasileiro, vem sendo apreciado no Senado Federal com parecer favorável para incluir no Código Penal Brasileiro a descriminalização do aborto de feto anencéfalo. Apesar de ainda não ter sido aprovado, trata-se de um fato que demonstra o sentido no qual caminha a vontade da população brasileira.

A conclusão alcançada nesta monografia é a mesma a que chegou o Supremo Tribunal Federal na ocasião do Julgamento da ADPF 54, levando em consideração os fundamentos acima apresentados, que não há motivos para lei considerar crime a interrupção da gravidez quando o feto for anencéfalo, isto é, sem potencialidade de vida. Portanto, a lei não pode ser interpretada de forma a obrigar a mulher a manter uma gestação de feto anencéfalo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado (coord.). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: CJF, 2012. 135p.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado (org.). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília, CJF: 2012. 388p.
- ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 230p.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA, 1994.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 510p.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out. 1988. D.O.U. 5. Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 out. 2013.
- _____. *Decreto n. 847: de 11 de outubro de 1890: Código Penal dos Estados Unidos do Brazil*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 20 abr. 2013.
- _____. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969: Código Penal Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 07 out. 2013.
- _____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 21 abr. 2013.
- _____. *Lei de 16 de dezembro de 1830: Código Criminal do Império do Brazil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.
- _____. *Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. D.O.U. 5 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 16 out. 2013.
- _____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil*. D.O.U. 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 11 out. 2013.
- _____. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

- CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM n° 1.480/97*. D.O.U. 21 ago. 1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm>. Acesso em 16 out. 2013.
- _____. *Resolução CFM n° 1.811/2006*. D.O.U. 17 jan. 2007. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1811_2006.htm>. Acesso em 21 out. 2013.
- _____. *Resolução CFM n° 1.826/2007*. D.O.U. 06 dez. 2007. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2007/1826_2007.htm>. Acesso em 16 out. 2013.
- CROCE, Delton. *Manual de medicina legal*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa*, 2008-2013. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo>>. Acesso em: 03 mar. 2014.
- DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos de. *Bioética e aborto*. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Coord.) *Iniciação à Bioética*. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1998. 125-137.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva 1999.
- _____. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. 840p.
- FABRIZ, Dauri Cesar. *A Estética do Direito*. Belo Horizonte: Del REy, 1999. 248p.
- _____. *Bioética e Direitos Fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 398p.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001. 579p.
- FREITAS, Patrícia Marques. *Os fetos anencéfalos e a Constituição Federal de 1988*. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2011. 135p.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume I: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 499p.
- GOMES, Hélio [atualizador: Hygino Hercules]. *Medicina Legal*. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. 566p.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos Humanos: uma ideia, muitas vozes*. Aparecida/SP: Santuário, 1998.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V Arts. 121 a 136. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 926p.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, t. I.
- MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, parte geral, v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486p.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. *Anticoncepção de Emergência: perguntas e respostas para profissionais de saúde*. Brasília:

- Ministério da Saúde, 2005. 20 p. color. (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno nº 3).
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 510p.
- PRADO, Danda. *O que é aborto*. 4. ed. São Paulo: brasiliense, 1995. (Coleção Primeiros passos; 126) 89p.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. 391p.
- RODRIGUES, Diego; NUNO, Fernando (coord.). *Dicionário Larousse da Língua Portuguesa Míni*. 1. ed. São Paulo: Larousse do Brasil, 2005, 837p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Direito Penal. *Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, e proposições Anexadas*. Relator: Senador Pedro Taques. Brasília: 17 dez 2013. Acesso em 11 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, 928p.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Inteiro Teor do Acórdão. Brasília, 12 de abril de 2013. Acesso em 03 mar. 2014. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/acordao-ADPF-54.pdf>>, 433p.
- _____. _____. _____. Audiência Pública. Brasília, 28 ago. 2008. Acesso em 03 mar. 2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf>.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil* (parte geral). São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.
- WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.