



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MATHEUS SILVA BRITTO**

**DISCIPLINA JURÍDICA DA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA  
DO PARTO DE FETOS PORTADORES DE ANENCEFALIA:  
UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF 54**

Salvador  
2012

**MATHEUS SILVA BRITTO**

**DISCIPLINA JURÍDICA DA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA  
DO PARTO DE FETOS PORTADORES DE ANENCEFALIA:  
UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF 54**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professora Ana Thereza Meirelles

Salvador  
2012

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**MATHEUS SILVA BRITTO**

**DISCIPLINA JURÍDICA DA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA  
DO PARTO DE FETOS PORTADORES DE ANENCEFALIA:  
UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF 54**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2012

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar e analisar o julgamento realizado no Supremo Tribunal Federal da ADPF 54, que foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, tendo como representante o Dr. Luís Roberto Barroso, onde o entendimento majoritário dos Ministros foi pela procedência do pedido veiculado na ADPF 54, possibilitando desta forma, a antecipação do parto de fetos anencéfalos, se assim for à vontade da gestante, sem que esta antecipação terapêutica do parto seja caracterizada como o tipo de aborto do Código Penal, sob o fundamento que aborto é crime contra a vida e o feto anencéfalo para a maioria dos Ministros é um natimorto, desta forma não haveria vida a se proteger, assim não existiria a possibilidade da caracterização do aborto. Ocorre que esta decisão que adotou a teoria da atipicidade nos casos de antecipação do parto de feto anencéfalo é altamente questionável, tendo em vista que o feto anencéfalo é biologicamente vivo, portanto a conduta da antecipação não poderia ser considerada atípica, pois para o tipo penal do aborto a potencialidade de vida não é requisito para sua caracterização. O Supremo Tribunal Federal ao permitir a antecipação do parto de feto portador de anencefalia não se preocupou com os reflexos e conflitos jurídicos e sociais que a conduta poderia ter, tais como, efeitos sucessórios e penais, desta forma, a análise do tema e do julgamento da ADPF 54 é de fundamental importância para obter-se soluções para os problemas gerados pela própria decisão.

**Palavras-chave:** anencefalia; feto; ADPF 54; atipicidade; STF.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
des.	desembargador
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	8
<b>2 VIDA E ANENCEFALIA</b>	11
2.1 VIDA PARA O DIREITO BRASILEIRO	11
2.2 INÍCIO DA VIDA	12
<b>2.2.1 Principais Teorias acerca do início da vida</b>	13
2.2.1.1 Teoria concepcionista	13
2.2.1.2 Teorias genético-desenvolvimentistas	14
2.2.1.3 Teoria da pessoa humana em potencial	15
<b>2.2.2 Principais Teorias acerca da aquisição da personalidade</b>	16
2.2.2.1 Teoria da personalidade condicional	16
2.2.2.2 Teoria natalista	17
2.2.2.3 Teoria da vida viável	17
2.3 TÉRMINO DA VIDA	18
2.4 ANENCEFALIA E SEUS ASPECTOS	19
<b>2.4.1 Resolução 1989/12 CFM</b>	22
<b>3 O ABORTO NO CÓDIGO PENAL</b>	26
3.1 CONCEITO	26
3.2 BEM JURÍDICO TUTELADO	27
3.3 TIPOS PENAIIS	28
<b>3.3.1 Aborto do anencéfalo como atípico</b>	31
<b>3.3.2 Aborto do anencéfalo como excludente de ilicitude</b>	37
<b>3.3.3 Aborto do anencéfalo como excludente de culpabilidade</b>	42
<b>4 JULGAMENTO DA ADPF 54 NO STF</b>	46
4.1 ALGUNS VOTOS	47
<b>4.1.1 Voto do Ministro Marco Aurélio</b>	47
<b>4.1.2 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski</b>	51
<b>4.1.3 Voto do Ministro Gilmar Mendes</b>	54
<b>4.1.4 Voto do Ministro Luis Fux</b>	56
<b>4.1.5 Voto do Ministro Cezar Peluso</b>	60
4.2 A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE FETOS ANENCÉFALOS À LUZ DO STF	63

4.3 A TEORIA DA ATIPICIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA	66
<b>5 PRINCIPAIS EFEITOS DECORRENTES DA ANTECIPAÇÃO</b>	69
5.1 QUESTÕES SUCESSÓRIAS	69
5.2 ABORTO EUGÊNICO	72
5.3 EUTANÁSIA E DISTANÁSIA	75
5.4 OUTRAS PATOLOGIAS	78
<b>6 CONCLUSÃO</b>	83
<b>REFERÊNCIAS</b>	88

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade vive um processo de evolução constante através dos avanços tecnológicos, desta maneira, cabe ao Estado, regulador do comportamento social, através do direito, adequar-se e acompanhar esta evolução.

O legislador não pode abster-se diante dos avanços científicos, sob o risco das lacunas geradas por esta inatividade provocarem uma instabilidade jurídica e conseqüentemente social, o que acaba por gerar um sentimento de insegurança e injustiça na comunidade como um todo.

Diante do exposto acima, faz-se necessário o estudo de diversos temas não pacificados entre a doutrina e jurisprudência, a fim de se obter a segurança jurídica tão almejada por todos.

O tema a ser abordado na presente monografia é a “Disciplina Jurídica da antecipação terapêutica do parto de fetos portadores de anencefalia: uma análise do julgamento da ADPF 54”, que se caracteriza como um tema atrativo diante dos diversos debates que envolvem o assunto.

O tema é complexo e delicado principalmente por se tratar de uma divergência que envolve os conceitos de vida e morte, sendo o fim da vida definido pelo legislador na Lei de transplantes como a morte encefálica, o que de fato foi uma inovação para a época, tendo em vista a superação do conceito de morte pela análise da parada cardiorrespiratória.

Desta forma uma análise a priori da problemática da interrupção dos fetos anencéfalos pode, de forma inicial, levar a pensar que, como o conceito de morte adotado pela Lei de Transplantes, a Lei 9434/97, se caracterizou como a morte encefálica e o feto anencéfalo não possui o encéfalo, presumir-se-á, que este já se encontra morto e não possui vida.

Desta maneira, imaginando que o feto anencéfalo não possui vida, a interrupção da gestação, teoricamente, não se enquadraria no tipo penal aborto do Código Penal no Capítulo dos Crimes Contra a Vida.



Anencefalia é caracterizada pelo feto que é privado de encéfalo de forma total ou parcial. Alguns autores, conceituam a anencefalia sempre chamando a atenção para o fato de que o feto não tem vida extra-uterina, desta maneira, não sobreviverão após o parto, por não possuírem de forma total ou parcial o encéfalo em razão de uma má formação congênita.

Com o intuito de solucionar a problemática da legalidade ou ilegalidade da antecipação do parto de fetos anencéfalos a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, tendo como representante o Dr. Luís Roberto Barroso, ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse e firmasse um posicionamento acerca da possibilidade da conduta da interrupção do parto.

A ADPF 54 foi fundamentada através da teoria de que a hipótese de antecipação do parto de feto portador de anencefalia não pode ser configurada como aborto, tendo em vista que o aborto seria um crime contra vida, não estando configurada a referida interrupção em nenhuma hipótese dos artigos do Código Penal, além da necessidade da observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assegurado pela Constituição Federal de 1988, no caso concreto, com intuito de restasse descaracterizada a pertinência do tipo penal aborto.

Diante da proposta da ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal, como órgão legítimo para a análise do controle concentrado de constitucionalidade, posicionou-se favoravelmente acerca da interrupção do parto do feto anencéfalo, produzindo efeitos reflexos em diversos ramos jurídicos e sociais.

A antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidez de feto anencéfalo é por diversas vezes conflitado com o tema aborto, o que gera uma dificuldade maior em obter um consenso em relação a sua legalização, pois envolve o conflito entre o direito à vida e os princípios da dignidade da pessoa humana, à liberdade e principalmente proteção à vida da mulher.

Diante da exposição do tema, surge o grande problema central que envolve o mesmo, o problema é: a antecipação do parto de feto portador de anencefalia deve ser considerada como fato atípico conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54?

O posicionamento do STF, diante da ADPF 54, acerca da antecipação dos fetos anencéfalos não pacificou por completo o tema, pois para parte da doutrina, esta matéria não deveria ter sido tratada pelo STF e sim pelo Congresso Nacional.

Os valores religiosos, sociais, morais, políticos, entre outros, que envolvem o assunto, juntamente com a perspectiva da polêmica jurídica, tendo em vista o entendimento não pacificado sobre o tema são ingredientes que tornam a análise da antecipação terapêutica do parto de fetos portadores de anencefalia muito interessante e merecedor de uma análise cuidadosa e pesquisa mais aprofundada diante de um tema tão rico.

O fato da disciplina envolver conceitos de vida e de morte gera, por consequência, um grande interesse social, principalmente daqueles que estão diretamente envolvidos, como são os casos das gestantes, dos maridos, dos avôs e de todos os familiares em geral, que acompanham o processo da gravidez e que tem a saúde psicológica desgastada, para que após 9 (nove) meses de espera e sofrimento, a gestação seja infrutífera.

A análise do tema deve ser feita a partir da proteção à “mulher mãe”, que se apega ao feto, que ama o feto, porém ao final, só resta à mãe, sofrer com a perda, que desde o início da gestação era inevitável.

A paixão pelo tema vai além da mera análise da anencefalia e sua interrupção ou aborto, pois a desvinculação da conduta do aborto em face dos fetos portadores de anencefalia traz consigo efeitos e consequências que vão além do caso concreto e atingem a sociedade e o seu interesse como um todo.

## 2. VIDA E ANENCEFALIA

A vida é o bem mais precioso do ser humano, como não poderia ser diferente, a Constituição Federal, em seu art. 5º, no caput, assegura direito à vida, caracterizando o referido direito como fundamental e acima de tudo um direito basilar e soberano.

Qualquer tentativa de conceituar vida é complicada, tendo em vista que o conceito é muito amplo e admite muitas definições. A Biologia é a matéria que se propõe a estudar os aspectos relacionados à vida, geralmente são utilizadas classificações e características para definir-se o que se encaixa no seu conceito.

### 2.1 VIDA PARA O DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente importa-se salientar a dificuldade em se obter o conceito adequado do que de fato seria a vida, busca-se utilizar conceitos advindos da vontade do legislador brasileiro e da própria doutrina para fins de estudo e pesquisa.

[...] para o Direito; vida, com as conotações e especificidades da área propriamente jurídica, é um bem a ser protegido pela normação da conduta humana e assim, a Constituição consagra a garantia à “inviolabilidade do direito à vida” (art. 5.º, *caput*). (GARCIA, 2004, p.162)

No direito Civil não existe um conceito claro do que seria vida, mas o art. 2º do Código Civil de 2002 determina que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Ressalte-se que o Código Civil de 2002 dispõe sobre a aquisição de personalidade e não do conceito de vida ou o exato momento em que a mesma se inicia.

No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2007, p. 81).

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008), o fato do ar atmosférico entrar e permanecer nos pulmões é o que caracteriza o início da

personalidade, portanto, conclui-se que, se o sujeito respirar, mesmo que por poucos segundos, então nasceu com vida e adquiriu a personalidade civil.

Desta maneira pode-se afirmar que a partir do nascimento o sujeito tem aptidão genérica, podendo titularizar direitos e contrair obrigações, o que acarreta na possibilidade do sujeito praticar negócios jurídicos. Cabe ressaltar que o sujeito de direito poderá ser pessoa natural ou jurídica.

O direito à vida é tratado com grande destaque pelo legislador brasileiro, observa-se a fundo esta importância com relação à vida, quando é analisada a possibilidade de pena de morte no Brasil, que em regra é vedada, conforme art. 5º da Constituição Federal do Brasil, inciso XLVII, alínea a, com a exceção autorizada em caso de guerra declarada, ratificando o que já era proposto no Código Penal Brasileiro de 1940.

O referido Código Penal traz a preservação da vida com papel de destaque, pode-se comprovar esta afirmação com a simples análise do Título I – Dos Crimes contra as pessoas, dos crimes em espécie, em seu capítulo I, que se caracteriza como “Dos crimes contra a vida”, certamente o bem jurídico mais importante do sistema jurídico como um todo, que é tutelado através da criminalização do Homicídio, encontra-se no Artigo 121 do CP, do Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Suicídio, encontra-se no Artigo 122 do CP, do Infanticídio, encontra-se no Artigo 123 do CP e o Aborto, encontra-se nos Artigos 124 a 128.

Ademais, cumpre ressaltar que para evitar confusões acerca do tema e para o mesmo ser mais bem compreendido, faz-se necessária as distinções entre as Teoria acerca do início da vida e as teorias acerca do início da aquisição de personalidade, a qual o Código Civil se refere.

## 2.2 INÍCIO DA VIDA

Com relação ao início da vida, observa-se que esta é uma das questões mais importantes para a Bioética, pode-se perceber que esta indagação traz diversas e notórias consequências jurídicas.

Diante da explanação das teorias acerca do tema existem diversos fatores além dos meramente biológicos, que ensejam vários tipos de embate, sejam econômicos, morais, científicos, onde a adoção da positivação, ou seja, a adoção expressa de uma das teorias acerca do início da vida no ordenamento jurídico brasileiro tem seu sustentáculo visivelmente ameaçado diante do progresso científico.

## **2.2.1 Principais Teorias acerca do início da vida**

São inúmeras as teorias existentes acerca do início da vida, Fernanda dos Santos Sousa (2009), destaca: a teoria concepcionista, as teorias genético-desenvolvimentistas e a teoria da pessoa humana em potencial.

### **2.2.1.1 Teoria Conceptionista**

Segundo Sousa (2009, p.62) a teoria concepcionista traz o ideal de que a vida é constatada a partir da fecundação do óvulo com espermatozóide, que tem como consequência formação do ovo ou zigoto, desta maneira, pode-se concluir que a aquisição de personalidade jurídica para esta teoria está condicionada à concepção, portanto a partir desta, existirá a vida e conseqüentemente o indivíduo será detentor de direitos, pois se há vida, há direitos.

Com relação ao zigoto, continua Sousa (2009, p.62), este é detentor de reais características do humano, mesmo sendo unicelular, já possui grupo sanguíneo, sexo, cor da pele e olhos e até patologias que somente irão se manifestar futuramente, possuindo sempre o mesmo genoma da pessoa até a sua morte, ou seja, desde a fusão entre os 23 cromossomos do pai e os 23 cromossomos da mãe, a informação genética daquele indivíduo está definida.

Ao que parece a teoria concepcionista é basilar para a fundamentação da criminalização do aborto, que é considerado crime contra a pessoa, porém cabe-se a ressalva que apesar de aparentemente adotar a teoria concepcionista, o Código Penal faz uma clara distinção entre o nascido e o nascituro na determinação das

penas para quem comete o crime de aborto, que são menores do que as penas para quem comete o crime de homicídio.

Fernanda dos Santos Sousa (2009) define os conceitos de fertilização e concepção, pois apesar de serem conceitos parecidos, não se caracterizam como idênticos, tendo em vista que a fertilização se caracteriza pelo o exato momento em que o espermatozóide consegue atravessar a zona pelúcida do ovócito, sendo que aproximadamente depois de 12 horas é que de fato ocorre a concepção, que seria a fusão entre os pronúcleos masculinos e femininos, com 23 cromossomos cada, compondo a carga genética de 46 cromossomos do zigoto, onde a partir deste momento, pode-se observar uma vida humana que é geneticamente distinta dos seus genitores.

#### 2.2.1.2 Teorias genético-desenvolvimentistas

As teorias genético-desenvolvimentistas, segundo Sousa (2009), são classificadas através de determinados momentos onde se estabelecem como início da vida a escolha de fases consideradas mais importantes para o desenvolvimento embrionário, por este motivo, na medida em que o embrião vai se desenvolvendo surgem várias teorias para determinar a fase de início da vida, entre elas, as de maiores destaque são: teoria da nidação do ovo, a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervosa central, a teoria do pré-embrião e a teoria da pessoa humana em potencial.

A teoria da nidação é explicada por Sousa (2009) sendo determinado o início da vida como o momento em que o ovo é fixado no útero materno, desta forma, enquanto não ocorrer a nidação não se pode falar em vida e sim em um amontoado de células, ressalte-se que para esta teoria a mulher somente poderá ser considerada grávida a partir da nidação.

Para os adeptos da teoria da nidação uma das consequências práticas no que tange ao início da vida ser caracterizado pelo momento da nidação é que os *embriões in vitro* não possuem vida, logo, enquanto o embrião *in vitro* não estiver implantado no útero da mulher e devidamente nidado, não há de se falar em vida intra-uterina e nem em gravidez.

A teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso, segundo Ricardo Ferreira Damião Junior (2010, p. 45), determina o início da vida a partir dos primeiros sinais de atividade elétrica cerebral, que geralmente ocorrem na oitava semana de evolução embrionária, os adeptos a esta teoria começaram a sustentar que somente poderá se afirmar um início de vida a partir da verificação da emissão de impulsos elétricos cerebrais e se baseiam no conceito de morte através da cessação das atividades cerebrais para estabelecer um momento para o início da vida.

A teoria do pré-embrião, segundo Damião (2010, p.42) entende que o início da vida humana está condicionada ao 14º dia de desenvolvimento do embrião após a concepção, para seus adeptos não existe até o décimo quarto dia não há que se falar em vida, pois só após este tempo que aparece a linha primitiva do zigoto.

Como resultado dessa teoria, o embrião pode ser instrumentalizado. Assim, aqueles que detiveram a sua propriedade poderão utilizá-los na prática de pesquisas científicas, experimentação ou transplante de tecidos, produção de embriões em excesso por meio da fertilização *in vitro* para comercialização no mercado da bioengenharia, além de outras experimentações com as mais diversas finalidades, dentre elas aplicação na indústria cosmética e até mesmo experimentações para desenvolver seres humanos com melhor desempenho e estética. (SOUSA, 2009, p. 73)

Conforme observado acima, em verdade a teoria do pré-embrião não é embasada simplesmente por estudos biológicos, pode-se afirmar que existem outros tipos de interesse, como o financeiro, para conseguir através desta teoria acerca do início da vida a autorização para utilização de embriões humanos em experimentos científicos através do argumento que até o 14º dia após a concepção, o embrião não tem caráter humano, não podendo ser considerado pessoa, só restando-lhe o rótulo de coisa ou bem.

### 2.2.1.3 Teoria da pessoa humana em potencial

A teoria da pessoa humana em potencial entende que o embrião não é caracterizado como pessoa humana, mas também não pode ser caracterizado como coisa ou mero aglomerado de células ou conjunto desorganizado de células. Segundo Sousa (2009, p. 74) para a teoria da pessoa humana em potencial, a não caracterização como ser humano do embrião é justificado pelo fato do mesmo não ser dotado de personalidade, razão pela qual não poderá exercer direitos e contrair

obrigações, em contrapartida, o embrião não poderá ser considerado como mero conjunto desorganizado de células, porque em verdade o embrião é uma pessoa humana em potencial, tendo em vista que, características relacionadas a pessoa humana como consciência e inteligência já se encontram inerentes ao embrião desde o momento de sua concepção.

## **2.2.2 Principais Teorias acerca da aquisição da personalidade**

Segundo Gagliano e Pamplona (2008, p. 80) a personalidade jurídica seria a aptidão genérica para ser titular de direitos e contrair obrigações, caracterizando-se a personalidade jurídica como atributo necessário para ser um sujeito de direito.

Com relação à personalidade, verifica-se na doutrina uma divergência na definição do momento de sua aquisição, desta maneira, por consequência, visualiza-se a produção inúmeras teorias, tais como, a teoria da personalidade condicional, teoria natalista e a teoria da vida viável.

### **2.2.2.1 Teoria da personalidade condicional**

A Teoria da Personalidade Condicional, para Gustavo Tepedino (2007), consiste no entendimento que desde a concepção a personalidade civil já é garantida ao sujeito, porém esta garantia está condicionada ao nascimento com vida, ou seja, se o nascituro tem aquisição de personalidade jurídica, o mesmo é portador de direitos, então os adeptos desta teoria entendem que o nascituro é sujeito de direitos, porém sob uma condição resolutiva, que seria o nascimento com vida, portanto na hipótese de não se verificar nascimento com vida não haverá personalidade, ressalte-se que a teoria põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

Segundo Gagliano e Pamplona (2008, p. 83):

É de observar, outroassim, que essa personalidade confere aptidão apenas para a titularidade de direitos da personalidade (sem conteúdo patrimonial), a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida (condição suspensiva).



Gagliano e Pamplona (2008, p. 84) ainda advertem que, independente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, seria um absurdo e de uma total desproporção resguardar direitos desde a concepção à vida intrauterina sem necessariamente garantir a proteção deste nascituro, para que o mesmo possa gozar e usufruir de tais direitos quando nascer.

#### 2.2.2.2 Teoria natalista

A Teoria natalista defende a idéia da aquisição da personalidade jurídica a partir do nascimento, esta personalidade estaria condicionada ao nascimento com vida.

Para o conselho Nacional de Saúde em sua Resolução 01 (1988, p.3), o “nascimento vivo — é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta.”

Para Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 94), “o conceito de personalidade está umbilicadamente ligado ao de pessoa, ou seja, adquire personalidade. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade”.

Esta é a teoria acerca do início da vida que é adotada pelo Código Civil de 2002, conforme art. 2º, que determina a aquisição da personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, segundo entendimento de Maria Helena Diniz (2011b), onde a referida autora afirma que o Código Civil adotou como critério para adquirir a personalidade jurídica o nascimento com vida, independentemente de o recém-nascido falecer logo depois, lembra ainda a retro mencionada autora que a lei tutela desde a concepção os direitos do nascituro.

#### 2.2.2.3 Teoria da vida viável

A partir desta teoria, segundo Damião (2010, p. 66), a aquisição da personalidade estaria vinculada a pressupostos além da respiração, pois “além de respirar, o feto após nascer deveria apresentar forma humana e, ainda, que seja viável, não sendo

suficiente o mero inflar dos pulmões com ar atmosférico; seria necessário que o recém-nascido tenha condições de sobreviver”, desta maneira pode-se concluir que para esta teoria a simples existência não garante ao indivíduo a personalidade, mas condiciona a mesma a possibilidade do indivíduo poder exercer seus próprios direitos advindos da personalidade.

### 2.3 TÉRMINO DA VIDA

A personalidade jurídica tem início a partir do nascimento com vida e conseqüentemente tem seu término com a morte.

Como a determinação do momento do início de proteção da vida é fundamental e basilar para a estruturação do direito, de igual importância se faz a determinação do término da vida, ou seja, a determinação do exato momento da morte, porém como ocorre com a determinação do início da vida, determinar o exato momento da morte não é uma questão pacificada e incontroversa no meio jurídico.

A parada do sistema cardiorrespiratório com a cessação das funções vitais indica o falecimento do indivíduo. Tal aferição, permeada de dificuldades técnicas, deverá ser feita por médico, com base em seus conhecimentos clínicos e de tanatologia. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2007, p. 132).

Segundo Maria Helena Diniz (2011c, p. 373, 374):

A noção comum de morte tem sido a ocorrência de parada cardíaca prolongada e a ausência de respiração, ou seja, a cessação total e permanente das funções vitais, mas, para efeito de transplante, tem a lei considerado a morte encefálica, mesmo que os demais órgãos estejam em pleno funcionamento, ainda que ativados por drogas. Assim sendo, não se aguarda a parada cardiorrespiratória e a conseqüente autólise dos órgãos, bastando a ocorrência de dano encefálico de natureza irreversível que impeça a manutenção das funções vitais, devendo empregar-se os recursos de terapia intensiva para garantir a perfusão dos demais órgãos durante um período que possibilite sua utilização em transfusão.

Desta maneira pode-se entender que, de acordo com o entendimento moderno acerca do término da vida, a morte será constatada com a paralisação da atividade cerebral, portanto com a “morte cerebral”, pode-se determinar de forma médica e jurídica que o sujeito faleceu.

Além do conceito médico jurídico, existem outros tipos de conceitos, mas que não serão adotados como referência para nosso estudo, alguns exemplos são os religiosos, psicológicos e filosóficos.

Faz-se importante salientar que, independente do conceito a ser adotado acerca do término da vida, o que parece ter entendimento cristalino na doutrina é que a morte da pessoa natural acaba com seu ciclo da personalidade civil, portanto, pode-se afirmar que a personalidade jurídica durará enquanto a vida existir, deste modo enquanto viver o homem goza de personalidade.

Contudo, após a morte existe uma espécie de reflexo dos direitos da personalidade, perante o sujeito, assim como o nascituro tem perspectiva de direitos desde a concepção, conforme entendimento da maior parte da doutrina e inclusive como de Casabona e Queiroz (2004), que entendem que ao ser humano, mesmo estando no próprio ventre da gestante, bastando-lhe ser concebido, já lhe é garantido a tutela jurídica, que é caracterizado por alguns doutrinadores como uma personalidade pré-natal.

Por outro viés ao falecido é garantido a proteção do nome, da honra, da imagem, do cumprimento da vontade manifestada em vida através de testamento, dentre outros direitos.

Segundo Pablo Stolze e Pamplona Filho (2004, p. 125):

A morte deverá ser atestada por profissional de Medicina, ressalvada a possibilidade de duas testemunhas o fazerem se faltar o especialista, sendo o fato levado a registro, nos termos dos arts. 77 à 88 da Lei de Registros Públicos.

Gagliano e Pamplona Filho (2007) destacam vários efeitos da morte tais como: a extinção do poder de familiar, o término do vínculo conjugal, a abertura da sucessão e a extinção do contrato personalíssimo.

## 2.4 ANENCEFALIA E SEUS ASPESCTOS

A anencefalia é conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro” e é caracterizada pela má-formação fetal congênita, o feto é “privado de cérebro” ou de parte significativa dele, em linguagem técnica, a anencefalia pode ser caracterizada,

segundo autores como Maria Helena Diniz (2011) e Luís Roberto Barroso (2007) pelo defeito do fechamento do tubo neural durante o processo de gravidez, não possui uma parte do sistema nervoso central, de modo que o feto não apresente hemisférios cerebrais e o córtex.

Carolina Alves de Souza Lima (2010) ressalta a complexidade do desenvolvimento embriológico e justifica a isso o não incomum desenvolvimento anormal da espécie humana.

O encéfalo para Lima (2010, p.76) pode ser caracterizado pela “parte do sistema nervoso central, contida na cavidade do crânio e que abrange o cérebro, o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquino”.

Apesar de carecer de grande parte do sistema nervoso central, o anencéfalo possui, por preservar o tronco encefálico, ou parte dele, suas funções vitais, assim como o sistema respiratório e o cardíaco e também é capaz de realizar movimentos de sugação e deglutição, porém como ressalta Carolina, estas reações são exclusivamente reflexas e típicas do estado vegetativo.

Maria Helena Diniz (2011c, p. 388) traz um conceito perfeito acerca do tema como analisado abaixo:

Mas que seria o anencéfalo? Este pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela de tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais; logo, o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.

Segundo entendimento de Luis Roberto Barroso (2007, p.3):

A anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal.

Diante da explanação sobre anencefalia, conclui-se que o feto, pelo fato de ser anencéfalo está impossibilitado de ter uma vida plena fora do útero da mulher, como mencionado por Luis Roberto Barroso (2007, p.3) “como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica”, o que

resta nos casos dos anencéfalos que sobrevivem ao parto é somente o aguardo da morte para o sujeito.

Em verdade, o feto, por não ter as funções superiores do sistema nervoso central, encontra-se incapacitado de ter qualquer tipo de relação lógica e vínculo afetivo com as pessoas que estão em sua volta, segundo o próprio Barroso (2007).

Para Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 76):

A malformação o incapacita para as funções relacionadas à consciência e à capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade. Ele não apresenta qualquer grau de consciência e, por isso, jamais compartilhará da experiência humana. No entanto, apesar de toda precariedade e enfermidade da sua vida, para as ciências médicas, ele é um ser humano vivo.

A partir da brilhante explanação da autora acerca do tema, pode-se afirmar que de fato o feto anencéfalo não possui consciência e só age por extinto natural, esta situação é mais evidente quando comparada a própria situação de uma pessoa em estado vegetativo.

Diante desta justificativa se afirma que o feto com anencefalia jamais compartilhará da experiência humana, porém cumpre ressaltar que de fato para a medicina mesmo diante de todo estado precário, ele ainda pode ser considerado um ser vivo.

Com relação ao tempo de sobrevivência do anencéfalo Carolina Alves de Souza Lima (2010) afirma que a grande maioria dos conceptos nascem mortos e o restante normalmente sobrevivem por poucas horas ou dias, porém existem alguns registros de sobrevivência durante meses, mas o que não se discute é que diante do nascimento com vida do anencéfalo o prognóstico é certo, pois irá ocorrer a deteriorização do organismo até seu perecimento por conta da evidente irreversibilidade do quadro que torna a manutenção da vida extra-uterina praticamente impossível.

Luis Roberto Barroso (2007) afirma que aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterino.

### 2.4.1 Resolução 1989/12 CFM

O Conselho Federal de Medicina, após o julgamento da ADPF 54, editou uma resolução que objetiva regulamentar e normatizar as condutas dos médicos em face das mulheres que possuem uma gestação de feto anencéfalo.

A Resolução 1.989/2012 foi solicitada de forma expressa no voto do Ministro Gilmar Mendes, a fim de que se fixe a necessidade de um diagnóstico preciso para a realização da antecipação terapêutica do parto, expressão adotada pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA  
 RESOLUÇÃO CFM Nº 1.989, DE 10 DE MAIO DE 2012  
 Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mai. 2012. Seção I, p.308-309  
 Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências.  
 [...]  
 CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 17 de junho de 2004 (ADPF-54), e declarou a constitucionalidade da antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de feto anencéfalo, o que não caracteriza o aborto tipificado nos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal, nem se confunde com ele;  
 CONSIDERANDO que o pressuposto fático desse julgamento é o diagnóstico médico inequívoco de anencefalia;  
 CONSIDERANDO que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para o diagnóstico de anencefalia;

A Resolução define o exame da ultrassonografia como meio ideal para o diagnóstico da anencefalia como se percebe abaixo: “CONSIDERANDO que o diagnóstico de anencefalia é realizado por meio de exame ultrassonográfico;”

A Resolução também estabelece que é de competência exclusiva do médico a execução e a análise do exame de ultrassonografia.

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

A Resolução caracteriza os Conselhos de Medicina como os julgadores e disciplinadores da classe médica, mas o que se observa é que a autarquia está visivelmente disciplinando matéria que caberia exclusivamente ao Congresso Nacional legislar sobre este assunto.

Ressalte-se que a Resolução, na exposição dos fatos (2012, p.4), justifica a mesma afirmando que, a partir da decisão da ADPF 54, a interrupção da gravidez saiu da análise da esfera estritamente jurídica para fazer parte dos programas de atenção à saúde da mulher, o que exige do Conselho que sejam estipulados critérios para que seja diagnosticada a anencefalia e para que a mulher receba o devido tratamento e assistência médica.

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

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

O Conselho Federal de Medicina se baseia no princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III da CF e a garantia dada pela CF acerca da não submissão de ninguém à tortura e nem a tratamento desumano, artigo 5º, inciso III, como meios de fundamentar a resolução.

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

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

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

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

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

No parágrafo 1º da Resolução 1989/12 a CFM estipula que em caso de diagnóstico de anencefalia no feto, encontra-se autorizada a interrupção da gestação independente de autorização judicial. “Art. 1º Na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez.”

Apesar de o CFM exigir o laudo de dois médicos no inciso II do art. 2º da Resolução, na sua explicação de motivos (2012, p. 8), a autarquia esclarece que esta opção em nada corresponde a ineficiência do exame ultrassonográfico e do próprio diagnóstico de um só médico, mas que o CFM assegurou a gestante o direito de uma segunda opinião médica conforme o art. 39 do Código de Ética de medicina.

Saliente-se que o inciso II do art. 2º ainda traz a exigência de que os dois médicos sejam capacitados para o diagnóstico, porém não estabelece os critérios para que seja identificado o médico capacitado do incapacitado, ademais, diante desta omissão, presumi-se que qualquer médico poderá ser capaz para a realização da ultrassonografia e diagnóstico da patologia.

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

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

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

No art. 3º da Resolução fica estabelecido que o médico ficará responsável por esclarecer todas as dúvidas da gestante, sendo garantido a mesma o livre consentimento, ficando o médico impossibilitado de induzir a mulher a tomar qualquer decisão, mas o mesmo fica responsável por informá-la e orientá-la acerca da consequência de sua decisão.

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

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

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

I - manter a gravidez;

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

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

Salienta-se que, independentemente da escolha da mulher, a mesma possui o direito de acompanhamento da gestante pela equipe multiprofissional nos locais onde este serviço estiver disponível.

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

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

A antecipação terapêutica do parto deverá ser realizada em hospital que tenha estrutura apta as necessidades que a gestante possa necessitar em face de eventuais complicações, ademais, o art. 4º estabelece como pressuposto para



realização do procedimento o consentimento da gestante e/ou de seu representante legal, não estabelecendo o consentimento do cônjuge, que também é parte interessada no caso, para a continuidade do procedimento de interrupção terapêutica do parto.

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

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

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

Ao final no art. 5º fica determinado como dever do médico a necessária informação à paciente acerca dos riscos de uma nova gestação de feto anencéfalo, cabendo ao médico indicá-la a programas de planejamento familiar.

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

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

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

Cabe ressaltar que, diferentemente do que ocorreu na resolução 1480/97, que obteve sua produção indicada pela Lei 9.434/97, Lei dos Transplantes, que passou pelo crivo do Congresso Nacional, a Resolução 1.989/12 foi fruto da orientação do Ministro Gilmar Mendes de forma expressa no seu voto no julgamento da ADPF 54, desta maneira percebe-se a ocorrência de uma influência do Judiciário, através do STF na atuação administrativa na autarquia do Conselho Federal de Medicina, diferente do que ocorreu na resolução 1480/97, que foi indicada pela Lei 9.434/97 com o intuito de regular pelo Conselho federal de Medicina os critérios de diagnóstico da morte encefálica.

### 3 O ABORTO NO CÓDIGO PENAL

O aborto é um tema polêmico, o clamor social em favor da “defesa da vida” diante das situações que conflitam a vida e a morte pode ser claramente comprovado e obviamente esperado para uma sociedade onde os valores, morais, sociais e principalmente religiosos estão enraizados no ser íntimo de cada um dos nossos integrantes.

O aborto é tema de grande divergência inclusive no que tange às disciplinas que se propõem a estudá-lo, pesquisadores da Ciência Médica e do Direito apresentam diferentes conceitos acerca do assunto.

Para o Ministério da Saúde (2001, p.147): “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”.

A partir do conceito acima exposto pode-se afirmar que o conceito utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro para definição de aborto tem seus limites definidos de formas diferentes como se observa a seguir.

#### 3.1 CONCEITO

O Código Penal não tem um conceito exato acerca do aborto, limitando-se a mencioná-lo na expressão “provocar aborto”, deixando a definição do conceito a cargo da doutrina e jurisprudência.

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. “É a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intra-uterina.” Segundo Aníbal Bruno, “provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto”. (BRUNO apud BITENCOURT, 2008, p. 135).

Desta maneira, pode-se observar diante da definição de aborto acima mencionada que o seu conceito envolve uma série de especificidades e poderá a depender de cada caso ser inserida na sua respectiva espécie.

### 3.2 BEM JURÍDICO TUTELADO

O bem jurídico tutelado no crime de aborto é a vida do feto, esta tutela é importantíssima para garantir-se o crescimento do feto, que, em verdade, é vida humana em desenvolvimento.

De uma forma geral, entende-se que o feto pode ser considerado “pessoa” em formação, em potência, como entende Bitencourt (2008), apesar de o próprio Código Penal incluir o delito de aborto no Capítulo I do título I, correspondente aos crimes contra a vida.

Vale ressaltar que de igual forma o aborto tem como bem juridicamente protegido a vida da mulher gestante e sua integridade corporal, esta tutela é claramente comprovada nos casos de aborto terapêutico.

Cezar Roberto Bitencourt (2008) salienta que nos casos em que o tipo penal é caracterizado pela provocação de terceiros, o crime de aborto tende a não só proteger a vida do feto, mas também a própria incolumidade da gestante.

Outro aspecto de suma importância tratado por Rogério Greco (2011) acerca do bem jurídico tutelado é que para o referido autor o bem jurídico tutelado no crime de aborto é a vida humana em desenvolvimento, ou seja, a vida intrauterina.

O entendimento de que o embrião é considerado “pessoa”, pois o crime de aborto está no título dos crimes contra a pessoa não é pacificado, Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 134) entende que:

O bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção –feto ou embrião– não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica.

Diante desse conceito adotado pelo autor acima, pode-se perceber a ocorrência de uma ponderação, tendo em vista que o embrião não pode ser considerado pessoa, mas também não poderá ser considerado como esperança de vida ou simples parte do organismo materno, desta forma o conceito ainda traz uma questão importante acerca do feto que é a vida própria e o autônomo tratamento da ordem jurídica, o que demonstra toda a preocupação do legislador em face do embrião.

Desta forma, resta evidente que a definição do exato momento da vida, sendo esta caracterizada de fato como pessoa, já se mostra como um paradigma que não necessariamente deverá ser enfrentado pelos doutrinadores e legisladores no momento da definição de entendimentos acerca do tema, tendo em vista que o importante, independentemente do início da vida ser determinado pela concepção ou somente no nascimento, é que se determine o momento em que deverá ocorrer o início da tutela e a proteção jurídica, independente de se tratar de uma pessoa propriamente dita ou uma pessoa em desenvolvimento, pois desta forma pode-se identificar, por exemplo, o embrião como detentor de direitos independente de ser necessariamente uma pessoa.

Assim sendo, cabe ao legislador e doutrinadores de forma primária a determinação do início da proteção jurídica em face do tema, não necessitando para que ocorra esta fixação uma conceituação concreta do que é a “vida”, a “pessoa” e outros demais conceitos que até hoje não se demonstram pacificados.

### 3.3 TIPOS PENAIIS

Segundo Greco (2009, p. 243) as espécies de aborto podem ser classificadas de uma forma geral como: a) natural ou espontâneo b) provocado, assumindo a sua forma culposa ou dolosa.

Ocorre o chamado aborto natural ou espontâneo quando a interrupção da gravidez é oriunda de causas patológicas, que ocorre de maneira espontânea, quando o próprio organismo materno se encarrega de expulsar o produto da concepção, com relação à análise diante de uma perspectiva do direito penal, neste caso, o crime não está caracterizado, portanto não há crime, desta maneira, para fins deste estudo, a espécie de aborto a qual nos interessa é o aborto provocado.

O aborto provocado é dividido entre as categorias dolosas e culposas, alguns autores classificam o aborto culposo como acidental.

As espécies dolosas segundo Greco (2009, p. 243) são previstas entre os artigos 124, 125 e 126 do Código Penal e são correspondentemente: o autoaborto, que se caracteriza pelo aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, o

aborto provocado por terceiro, que se caracteriza pelo não consentimento da gestante e o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante.

**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

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

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro**

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Com relação ao aborto culposo ou acidental, não existe previsão legal para esta modalidade, ocorre à cessação da gravidez por conta de causas exteriores e traumáticas, como quedas, choques e é considerado um indiferente penal.

Apesar da figura do aborto, muitas vezes, somente estar vinculada ao ato que é punido pelo direito penal, o código penal brasileiro em seu artigo 128 traz a figura do aborto legal, ou seja, o aborto que pode ser realizado por autorização expressa da lei penal.

Existem duas modalidades que o artigo 128, do Código Penal de 1940, possibilita que seja realizado o aborto legal: a) aborto terapêutico, que visa resguardar a vida da gestante; e b) aborto sentimental ou humanitário, quando a gravidez for resultado de violência sexual.

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

**Aborto necessário**

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

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

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

O aborto terapêutico, também conhecido como necessário, é a primeira hipótese de aborto legal e trata de uma causa de justificação correspondente ao estado de necessidade da gestante, Rogério Greco (2011, p.237) traz um entendimento perfeito acerca do tema:

Não há como deixar de lado o raciocínio relativo ao estado de necessidade no chamado aborto necessário. Isso porque, segundo se deduz da redação do inciso I do art. 128 do código Penal, entre a vida da gestante e a vida do feto, a lei optou por aquela. No caso, ambos os bens (vida da gestante e vida do feto) são juridicamente protegidos. Um deve perecer para que o outro subsista. A lei penal, portanto, escolheu a vida da gestante ao invés da vida do feto.

Desta forma resta evidente que o aborto terapêutico se caracteriza por uma ponderação a luz do caso concreto onde o direito a vida da mulher está em choque com o direito a vida do feto, o que permite a interrupção da gestação em prol da própria vida da mulher, por expressa determinação da lei penal.

Com relação ao aborto terapêutico Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 64) entende que:

A interrupção da gestação deve ser absolutamente necessária para evitar-se perigo fatal à gestante. Considera-se perigo fatal o risco de morte da gestante, sendo insuficiente o perigo à sua saúde, mesmo que muito grave, o que pode ser questionado, devido as consequências à futura qualidade de vida da mulher. Não é necessário que o perigo seja atual, bastando haver certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante.

Desta forma para a realização do aborto terapêutico não poderá existir outro meio para salvar a vida da mulher se não a própria realização da antecipação do parto, ressalte-se ainda que diante desta situação não se considera necessário o consentimento da mulher para que ocorra o aborto, em verdade, cabe somente ao médico decidir e optar pela realização do mesmo.

A segunda hipótese prevista no artigo 128 do Código Penal é o aborto sentimental ou humanitário, em verdade, a polêmica que se vislumbra no aborto legal, tem seus holofotes concentrados nesta segunda hipótese, que garante à mulher a possibilidade de realizar o aborto em caso de estupro.

Em verdade, a questão aí está muito aquém do caso em que se trata de preservar a vida da mulher. Dificilmente se poderia reduzir a hipótese a um estado de necessidade. Mas por razões de ordem ética ou emocional que o legislador considerou extremamente ponderáveis têm introduzido essa discriminante em algumas legislações, atitude incentivada por episódios graves que realmente reclamavam medidas de exceção. (BRUNO apud GRECO, 2011, p.236).

O tipo de aborto acima apresentado, aparentemente, repercute maior curiosidade e discussões entre todos as outras espécies do aborto, tendo em vista que a saúde, pelo menos física, da mulher, no caso concreto encontra-se em segundo plano, enquanto a preservação da saúde psíquica da gestante ganha lugar de destaque e diante de uma ponderação do caso concreto, a saúde emocional prevalece em função da clara expectativa de vida do feto.

Bitencourt (2009, p. 147) entende que faz-se necessário o preenchimento de dois requisitos para a realização do aborto sentimental, o primeiro é a gravidez resultante de estupro e o segundo é o prévio consentimento da gestante.

Carolina Alves de Souza Lima (2010) ressalta as razões históricas e éticas como fundamento para a permissão do aborto humanitário.

A referida autora trata ainda da natureza do aborto sentimental, que não possui doutrina pacificada acerca do tema.

Alguns entendem tratar-se de exercício regular de direito; outros, de estado de necessidade; e outros, ainda, de exigibilidade de conduta diversa. Entendemos tratar-se de exercício regular de direito, causa de exclusão de ilicitude, porque diante do conflito entre direitos fundamentais – o direito a vida do conceito versus o direito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher – o ordenamento jurídico privilegiou o direito de escolha da mulher, em decorrência da violência física ou psíquica por ela sofrida. (LIMA, 2010, p. 67).

Ressalte-se que para a realização do aborto sentimental, segundo Carolina (2010) não se faz necessária autorização judicial ou existência de sentença judicial condenatória pelo crime de estupro, somente são necessários os elementos de convicção acerca do crime, que poderá ser formado a partir de boletim de ocorrência, testemunhas e declaração da vítima.

### **3.3.1 Aborto do anencéfalo como atípico**

A questão é atual e ao mesmo tempo muito polêmica, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54, posicionaram-se a favor do entendimento de que o aborto do feto com anencefalia é considerado fato atípico, teoria adotada inclusive pelo relator da ADPF, o Ministro Marco Aurélio.

Inicialmente, faz-se necessária a definição do que seria um fato típico no sistema penal brasileiro para que ocorra a compreensão exata acerca do entendimento dos doutrinadores, como Luís Barroso (2007), que são adeptos da Teoria da Atipicidade nos casos de interrupção de gestação de fetos anencéfalos.

Saliente-se que o presente trabalho se propõe a analisar o julgamento da ADPF 54, desta maneira o conceito de tipicidade utilizado por Barroso na sua inicial foi um conceito de tipicidade clássica, que se contrapõe, por exemplo, ao que trás Zaffaroni

(2010, p. 392) quando demonstra o panorama das distintas posições acerca da tipicidade, classificando a tipicidade como um indício também da antijuridicidade e também na chamada tipicidade conglobante, conceituada por Zaffaroni (2010, p.396) como “um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que aparentemente estão proibidas”.

Ressalte-se que a análise do trabalho não adentrou em outras classificações de tipicidade além do conceito clássico, tendo em vista que, nenhum voto do julgamento da ADPF 54 adentrou o mérito de se discutir se a teoria adequada da tipicidade necessariamente deveria ser a clássica ou não.

Desta maneira, já feita as ressalvas iniciais, o entendimento de Paulo Queiroz (2006, p.150), é que será conduta típica aquela que se ajuste conforme a descrição contida no ordenamento jurídico penal incriminador, desta forma, se considera atípico o fato que não encontre ajustamento típico, como é o caso do aborto culposo, ficando prejudicada a análise dos demais elementos que constituem o crime como a antijuridicidade e a culpabilidade.

Acerca das causas de exclusão de ilicitude Greco (2008, p.316) afirma que:

o agente que pratica uma conduta típica a regra será que também seja uma conduta antijurídica. Contudo há ações típicas que, na precisa lição de Aníbal Bruno, pela posição particular em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face do Direito como lícitas.

O pensamento de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta atípica da gestante e do médico é das mais interessantes, pois é utilizado o conceito de morte da Lei 9434/97, Lei dos Transplantes, com o entendimento relativamente moderno acerca do término da vida, a morte será constatada com a paralisação da atividade cerebral, portanto, com a “morte cerebral”, independentemente do funcionamento de outros órgãos pode-se determinar de forma médica e jurídica que o sujeito faleceu.

Ressalte-se que o fato da Lei 9434/97 ter determinado qual seria o momento da morte para fins de transplantes não pacificou as discussões acerca do tema, conforme se percebe no entendimento de Maluf (2010, p.139)

A polêmica da interrupção da gestação de fetos anencéfalos encontrará solução aceitável após a unificação dos critérios e conceitos médicos e jurídicos para a definição a definição do momento da morte. Atualmente, a falta desse consenso gera controvérsias nas interpretações jurídicas. Conforme a Lei nº 9.434/97, nos casos de transplante de órgãos o critério



utilizado é a morte cerebral, enquanto nos casos de crimes contra a vida o critério utilizado em sua magnitude é a morte encefálica.

Ocorre que com o conceito popular do feto anencéfalo, como privado totalmente ou parcialmente do cérebro e o conceito mais técnico sendo caracterizado como uma deficiência onde o feto não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e uma parcela de tronco encefálico, que lhe impossibilita possuir uma afetividade, emotividade e de ter uma vida extra-uterina ao se juntar ao conceito de morte adotada por nossa legislação, gera para parte da doutrina, como Bitencourt (2008) e Barroso (2007) uma conclusão inevitável acerca dos fetos que sofrem de anencefalia, que seria o fato de os mesmos possuírem uma “não vida”, pois estando de acordo que a decretação da morte do homem é caracterizada pela morte cerebral e que justamente a principal característica do anencéfalo é de fato a falta de componentes essenciais para o funcionamento do cérebro, pode-se concluir que este “ser”, que não se enquadra como pessoa, já se encontra morto.

Fernando Capez também defende a atipicidade da antecipação do parto de feto anencéfalo, por conta de não haver bem jurídico-penal a ser tutelado em face do feto por compará-lo a um morto encefálico, como se observa a seguir:

Aliás, no que toca ao abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, entendemos que não existe crime, ante a inexistência de bem jurídico. O encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não pode se falar em vida. A Lei n. 9.434/97, de 4-2-1997, em seu art. 3º, permite a retirada *post mortem* de tecidos e órgãos do corpo humano depois de diagnosticada a morte encefálica. Ora, isso significa que, sem atividade encefálica, não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a supressão da vida intra-uterina. Fato atípico, portanto. (CAPEZ, 2008, p. 138).

Para Diaulas Costa Ribeiro (2003, p.99) a conduta do aborto somente alcançará o feto que apresente aptidão para atingir o status de pessoa, desta forma, pode-se concluir que um feto anencéfalo que para alguns não é detentor de vida, não poderia sofrer um aborto, pois lhe falta a exigência do tipo penal do aborto, qual seja, a aptidão ao status de pessoa, para que o feto adquira através do nascimento todos os atributos da personalidade.

O bem jurídico protegido pelo Código penal no crime de aborto não é a energia do feto, fruto exclusivo da fusão genética parental que se chama vida. O código não protege nem uma unidade nem uma identidade genética nova, assim como não protege o ato santificado da fecundação. Isso significa que só a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa tipificará

o crime de aborto. Significa ainda que apenas o feto com capacidade fisiológica de ser pessoa pode também ser sujeito passivo do crime de aborto. E ser pessoa depende apenas do decurso do prazo de maturidade que se cumpre a cada instante da gestação e de um parto sem fatalidade. (RIBEIRO, 2003, p. 99).

Segundo Diaulas (2003, p. 100) é possível ocorrer a falta de maturidade que por consequência gerará a incapacidade do feto, podendo este defeito de imaturidade ser curado pelo próprio decurso do tempo, porém também existirão fetos com defeitos insanáveis onde nem mesmo o tempo corrigirá a capacidade do feto, diante desses casos, o feto portador de uma anomalia que o impossibilite de obter uma vida extrauterina viável não poderá ser sujeito passivo do crime de aborto, pois não apresenta aptidão para obter “status de pessoa”.

Debora Diniz (2003) traz uma forma inteligente de raciocínio acerca dos reais direitos que os fetos possuem, tendo em vista que a autora tenta romper a idéia, regra geral, de que o feto por ser pessoa deveria ser também sujeito de direitos e proteções sociais e por isso a prática do aborto poderia ser entendida como atentado ao direito à vida, como se observa a seguir:

Este argumento pode ser organizado na forma de um silogismo, o que facilita sua compreensão:

1- Os fetos são pessoas;

2- As pessoas têm direito à vida;

Conclusão – Os fetos são pessoas e têm direito à vida.

Este é um silogismo simples que qualquer um, partindo do pressuposto do status moral do feto como pessoa, e sob uma ordem constitucional que institui o direito à vida como um bem alienável reconheceria como verdadeiro.

(...)

Muito embora o silogismo seja coerente com o argumento que o fundamenta – a idéia de que os fetos são pessoas-, ele parte de um pressuposto que não se aplica às situações de aborto por anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina: o pressuposto da existência da vida. (DINIZ, 2003, p. 72)

Pode-se perceber de forma mais clara a intenção do que Diniz (2003) pretende demonstrar quando posteriormente a autora trata a vida como um a priori da definição de pessoa, sendo pessoa aquela capaz de viver a vida e concluindo que o que não tem vida ou pelo menos potencialidade de vida considera-se como se coisa fosse.

A definição inicial do silogismo, os fetos são pessoas, fundamenta-se em uma representação anterior do que seja pessoa: pessoa é tudo aquilo que não é coisa, e que é capaz de viver a vida. Vida é um a priori da definição de pessoa, especialmente sobre o debate sobre a moralidade do aborto. É preciso a existência de um indivíduo vivo (caso dos indivíduos adultos) ou de um indivíduo vivo em potencial (caso dos fetos) para que se possa, por

um ato de fé, reconhecer o status moral de pessoa aos indivíduos adultos e aos fetos. Na ausência da vida ou na ausência na potencialidade da vida, não há pessoa, apenas coisa e, o mais importante: o princípio do direito à vida perde o objeto de proteção que é a vida própria. (DINIZ, 2003, p. 73 e 74).

Desta forma, como demonstrado acima, Diniz (2003) foca no seu principal argumento de proteção e direito à vida, que justificaria a atipicidade do aborto em face dos anencéfalos, pois somente pessoas vivas ou pelo menos com a expectativa de vida e de poder viver a vida poderiam ser detentoras do próprio direito à vida, assim, um feto anencéfalo, que não possui potencialidade de viver fora do útero materno deve ser considerado um feto sem vida, inabilitado deste direito, pelo simples fato de não poder sobreviver em potência fora do útero materno.

Diante da conclusão Diniz (2003, p.77) propõe um novo silogismo.

Uma vez revisto, o novo silogismo seria, então:

1- Somente alguém vivo ou potencialmente vivo é pessoa e tem direito à vida;

2- O feto inviável não tem potencialidade de viver;

Conclusão – O feto inviável não é pessoa e não tem direito à vida.

Ressalte-se que este entendimento já foi utilizado como fundamento pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Habeas Corpus 84.025/RJ, no qual estabeleceu em seu voto que:

O feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor da tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou a sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal. (BARBOSA, julgamento do HC 84.025/RJ).

No mesmo diapasão, Anelise Tessaro (2008, p.86) entende que a interrupção da gravidez nas hipóteses em que o feto possui anomalia incompatível com a vida não caracterizaria o aborto e sim uma simples antecipação do parto, tendo em vista que a morte do feto se caracteriza como um fato natural e inevitável, considerando-se a causa da morte a própria anomalia e não a antecipação do parto.

Diaulas Ribeiro (2003) discorre sobre a anencefalia considerando a referida anomalia como a mais comum em matéria de má formação congênita que causa inviabilidade extraordinária, onde diante de uma situação de feto inviável não há interesse jurídico-penal em saber se o feto possui vida e sim se o feto possui vida após o parto, não podendo relacionar o crime de aborto a qualquer vida.

Bitencourt (2008) também defende a inexistência da vida em feto anencéfalo e promove o seguinte questionamento: “que crime cometeria quem, expelido o feto anencefálico, lhe deferisse um tiro destroçando-lhe?” e a resposta para seu questionamento vem adiante:

Na hipótese de feto anencefálico, não há que se falar em vida, e sem vida não pode se falar em homicídio do “feto expelido”. Estar-se-ia, portanto, diante de um crime de homicídio impossível, por absoluta impropriedade do objeto. *Mutatis mutandis*, pelas mesmas razões, reconhecendo-se que, pelo menos no Brasil, a morte legal (Lei n. 9.434/97) é a “morte cerebral”, a expulsão voluntária antecipada do feto anencefálico não constitui aborto, criminoso ou não. Trata-se em verdade, de comportamento atípico, ante a ausência de elementares típicas do crime de aborto. BITENCOURT (2008 p.152)

Franco (2005) também se posiciona a favor da teoria da atipicidade nos casos de interrupção da gestação em casos de fetos anencéfalos, para o referido autor, a Medicina atual proporciona diagnósticos absolutos para os casos de anencefalia através da utilização de métodos propedêuticos complementares.

Barroso (2007), advogado da causa na ADPF 54, defende que a antecipação do parto de fetos anencéfalos não pode ser comparado ao aborto, pois não existe potencialidade de vida extrauterina, chegando a comparar o feto anencéfalo a um morto cerebral.

Franco (2005) traz a idéia de que o feto que não pode obter uma independente qualidade de vida extra-uterina não poderá ser detentor do próprio direito à vida, desta maneira a antecipação do parto não corresponderia ao crime de aborto.

Ricardo Ferreira Damião Junior (2010, p.116) trata do tema do anencéfalo de forma clara ao identificar que de fato existe vida no feto, porém somente com base na vida intrauterina o crime do aborto não pode ser configurado, sendo necessário para sua configuração a potencialidade da vida extrauterina.

Ressalte-se que seguindo esta linha de entendimento acerca da atipicidade da conduta no caso de antecipação do parto de feto anencéfalo, para a maioria dos Ministros do STF, este fundamento se demonstrou o mais coerente e correto para justificar seus votos, consolidando o entendimento acerca da atipicidade do fato no julgamento, desta forma, vários Ministros votaram a favor da ADPF 54 utilizando este argumento, tais como o próprio relator, Ilustríssimo Ministro Marco Aurélio, o Ministro Joaquim Barbosa, Ayres Britto, dentre outros.

### 3.3.2 Aborto do anencéfalo como excludente de ilicitude

A exclusão de ilicitude ocorre quando o Estado através de previsão legal estipula causas de justificação para o cometimento do fato que, normalmente sem esta justificativa, se enquadraria como crime.

Segundo Cláudio Brandão:

Quando o Estado avocou para si o monopólio do jus puniendi, ele passou também a ter o dever de tutelar os bens jurídicos. Por isso, a aplicação e execução, bem como o processo criminal, são monopolizados pelo Estado. Não obstante, em determinados casos excepcionais, o Estado concede ao particular a tutela de bens jurídicos. Nesses ditos casos, o particular age por permissão do Estado, visto que realiza um dever deste último: a tutela dos bens jurídicos. Esses casos excepcionais têm o condão de excluir a antijuridicidade da ação, isto é, têm o condão de excluir o desvalor que qualificaria o fato como contrário ao direito. Assim, quando o sujeito age dentro dos limites da exclusão da antijuridicidade, sua ação será sempre lícita, sempre conforme o Direito. (BRANDÃO, 2010, p. 203).

As hipóteses gerais excludentes de ilicitude estão previstas nos art. 23, 24 e 25 na parte geral do Código Penal.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

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.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

As excludentes de ilicitude no que tangem de forma específica ao crime de aborto estão estipuladas no art. 128, nos incisos I e II do Código Penal.

No inciso I do art. 128 do CP encontra-se previsto o aborto necessário ou terapêutico, conceituado por Bitencourt (2018, p.149) como ocorridos em nome da saúde materna, ou seja, a interrupção ocorre com o intuito de salvar a vida da gestante.

No inciso II do art. 128 do CP se encontra positivada a segunda hipótese de excludente de ilicitude no que tange o crime de aborto que se caracteriza pelo aborto sentimental ou humanitário que garante à mulher a possibilidade de realizar o aborto em caso de estupro, em face da preservação da dignidade da mulher e de sua saúde psíquica, onde se pretende preservar a mulher diante de um abalo emocional tão grande como ocorre em casos de agressão sexual, desta forma não seria justo a vítima ser obrigada a dar continuidade com uma gestação oriunda de uma experiência tão traumática.

O Direito brasileiro é estruturado pelo princípio basilar da Legalidade, principalmente no que tange o direito penal, que não admite analogia de tipos como forma de enquadrar dadas situações em determinados tipos penais e assim acabar por criar novos tipos, salvo se for para próprio benefício do réu, caracterizado pelo que se conhece como analogia *bonam parte*.

Apesar da estrutura do Princípio da legalidade como sustentáculo para nosso ordenamento jurídico e própria vedação a analogia para prejudicar o réu, Fernando Capez possui o seguinte entendimento:

Embora a lei só fale na gravidez resultante de estupro, admite-se também no caso de ela resultar de práticas libidinosas diversas, aplicando-se, segundo a doutrina e jurisprudência, a analogia em *bonam partem*, pois não há que se duvidar que o atentado violento ao pudor é um crime tão repugnante e odioso quanto o estupro, não se podendo à mulher, nesses casos, que suporte uma gravidez involuntária. (CAPEZ, 2008, p. 136).

Apesar de se saber que o crime de atentado violento ao pudor foi englobado pelo novo conceito de estupro trazido pelo legislador, o que realmente interessa acerca da análise do que Capez entende é que a exclusão de ilicitude em face do aborto do inciso II do art. 128 do CP poderá ser utilizada de forma analógica em outras situações em que a dignidade sexual da mulher for violada e como fruto deste ato ocorra à gestação.

No que tange as excludentes gerais, tratadas no art. 23 do CP/40, não poderão ser todas as possibilidades utilizadas como meios de excluir a ilicitude da conduta do aborto.

No que tange a excludente contida no art. 23, inciso II cominado com o art. 25 do Código Penal, que versam sobre a legítima defesa, esta não poderá ser alegada como meio de excludente de ilicitude para os crimes de aborto, porque como bem

define Cláudio Brandão (2007, p. 117). “A idéia de legítima defesa se baseia na repulsa de uma agressão. Assim a idéia de legítima defesa é um contra-ataque, é uma reação.” Desta maneira, não há como existir esta defesa, este contra-ataque através da prática do aborto, assim sendo, resta impossibilitada a exclusão da ilicitude por legítima defesa em casos de estupro, porque a mesma se demonstra inviável diante da prática da retro mencionada conduta.

A excludente de ilicitude contida no art. 23, inciso III, em sua primeira parte, a qual se refere à exclusão por estrito cumprimento do dever legal também não pode ser arguida como meio de excluir a ilicitude nos casos de estupro, tendo em vista que, conforme conceitua Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 264):

O estrito cumprimento de dever legal constitui justificação exclusiva do funcionário público: compreende hipóteses de intervenção do funcionário público na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens superiores da administração pública, que podem determinar a realização justificada de tipos legais, como coação, privação de liberdade, violação de domicílio, lesão corporal etc.

Desta maneira, diante da compreensão trazida no conceito acima ilustrado, resta evidente que é impossível a utilização do estrito cumprimento do dever legal como argumento para não constituir o crime de aborto, pois sua realização é incompatível com conceito da excludente de ilicitude em questão.

Diferentemente das demais excludentes de ilicitude constantes no art. 23 do CP, o estado de necessidade, art. 23, inciso I e o exercício regular de direito, estabelecido no art. 23 na segunda parte do inciso III, poderão a depender da teoria adotada excluir a ilicitude do ato praticado.

Com relação ao estado de necessidade, cumpre salientar que toda gestação em si representa uma possibilidade de risco à saúde da mulher, alguns autores, a exemplo de Barroso na inicial da ADPF 54, entendem que a gestação de feto anencéfalo representa maior risco de vida da própria gestante.

O fato é que o estado de necessidade como excludente de ilicitude necessariamente implica em risco de vida da gestante de forma imediata ou pelo menos iminente, desta maneira, somente o fundamento de que as gestações de fetos anencéfalos implicam maiores riscos a saúde da mulher não caracteriza a excludente de ilicitude, fazendo-se necessária a real comprovação de risco à vida da gestante.

Carolina Alves de Souza Lima (2011) trabalha com a idéia de que o aborto de feto anencéfalo pode ser caracterizado como sentimental, já que a simples gravidez de feto portador de anencefalia não caracteriza necessariamente uma situação de perigo ou risco à vida da mulher

Não se trata de estado de necessidade, porque não se vislumbra, nos casos de aborto sentimental, nenhuma situação de perigo atual, elemento indispensável para configurar esta excludente de ilicitude. (LIMA, 2011, p.67).

Assim, pode-se concluir que para Lima a simples suposição de que a gravidez de anencéfalo gerará possíveis danos e riscos à vida e à saúde da mulher seria em verdade uma forma grosseira de se tentar admitir um estado de necessidade que na realidade não existe.

Com relação à excludente de ilicitude referente ao exercício regular de direito, Lima (2011) defende que o próprio ordenamento privilegiou o direito de escolha da mulher em face da violência psíquica ou até mesmo física que ela sofreu.

Entendemos tratar-se de exercício regular de direito, causa de exclusão da ilicitude, porque diante do conflito de direitos fundamentais – o direito à vida do conceito versus o direito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher – o ordenamento jurídico privilegiou o direito de escolha da mulher, em decorrência da violência física ou psíquica por ela sofrida. (LIMA, 2011, p. 67).

Lima (2011, p.175) ainda entende que a permissão para que haja a antecipação do parto em casos de anencefalia se encontra como excludente de ilicitude na hipótese do exercício regular de direito, sendo estas as suas últimas palavras na obra:

A permissão do aborto nos casos de anencefalia, desde que haja o consentimento da gestante, enquadra-se em uma hipótese de exercício regular de direito, causa de excludente de ilicitude, conforme inc. III do art. 23 do Código Penal. O aborto do anencéfalo configura direito constitucional de toda mulher que se encontra nessa particular situação. Por isso, a penalização é de flagrante inconstitucionalidade, por violar os princípios de interpretação constitucional dos direitos fundamentais, em especial o princípio da proporcionalidade.

Ressalte-se que muitos autores que defendem a antecipação do parto de feto anencéfalo como conduta atípica, utilizam argumentos que direcionam a antecipação como se excludente de ilicitude fosse, um exemplo é Luís Roberto Barroso (2007) na inicial da ADPF 54, que apesar de ser a favor da teoria da atipicidade, admite que, caso a sua teoria não seja aceita, deverá a antecipação do parto de anencéfalos ser autorizada como uma excludente de ilicitude, baseado na



adaptação que o legislador deve fazer diante da realidade social além da própria interpretação evolutiva do Direito.

Bittencourt (2008, p.147) entende que a falta de um inciso III com o objetivo de excluir a ilicitude do aborto de feto anencéfalo é justificado pelo período em que a lei penal foi constituída, ou seja, para o referido autor, na época da criação do Código Penal não existiam tecnologias que possibilitassem o diagnóstico de inexistência da vida nos fetos anencéfalos, como ocorre nos dias atuais, desta maneira seria inviável criar-se uma excludente de ilicitude acerca da situação em 1940, porém, na atualidade, esta situação seria possível.

Inclusive há de se ressaltar a existência de algumas propostas no Congresso Nacional a fim de que se incluam novas hipóteses de excludentes de ilicitude para o crime de aborto.

Dentre as propostas para a inclusão de um novo inciso ao art. 128 do CP, a que talvez chame mais a atenção no que tange ao aspecto específico da anencefalia é o Projeto Lei nº 50 (2011), de iniciativa do Senador Mozarildo Cavalcanti, como se observa a seguir:

Art. 128. [...]

III – se o feto apresenta anencefalia, diagnosticada por dois médicos que não integrem a equipe responsável pela realização do aborto, e o procedimento é precedido de consentimento por escrito da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso III, o diagnóstico de anencefalia atenderá aos critérios técnicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Como se observa no trecho acima, a PL nº 50 tem como objetivo caracterizar, através de um novo inciso III a art. 128, o aborto de anencéfalo como uma nova hipótese de excludente de ilicitude, porém para tanto, além do consentimento por escrito da gestante, a anencefalia deverá ser atestada, implicando em sua impossibilidade de vida extrauterina, por dois médicos que não deverão integrar a equipe que realizará o aborto.

### 3.3.3 Aborto do anencéfalo como excludente de culpabilidade

A culpabilidade pode ser caracterizada, segundo Greco (2008, p. 381), como “o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Nas lições de Welzel, a “culpabilidade” é a “reprovabilidade” da configuração da vontade”.

O aborto é crime instituído pela própria legislação penal e como qualquer outro crime, para que o mesmo seja caracterizado, faz-se necessária a caracterização da ação típica, antijurídica e culpável.

No que tange aos elementos constitutivos do crime Cláudio Brandão (2007, p.131) tece os seguintes esclarecimentos acerca do tema:

Tanto a antijuridicidade quanto a tipicidade referem-se ao fato do homem, são, portanto, juízos que se fazem sobre o fato. A culpabilidade, por sua vez, não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre o fato, mas um juízo sobre o autor do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

Desta maneira, pode-se entender a culpabilidade analisada sobre o prisma do próprio autor do fato, que de forma espontânea e livre decidiu se comportar de forma contrária ao próprio ordenamento jurídico.

Assim sendo, não resta configurado o juízo de reprovabilidade social quando do indivíduo não se poderia esperar outra conduta, ou seja, quando ocorre uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, existe em verdade uma excludente de culpabilidade.

Existem exclusões legais e supralegais da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, sendo que o Código Penal prevê as hipóteses legais de exclusão de culpabilidade tais como a coação irresistível e a obediência hierárquica.

Com relação à inexigibilidade de conduta diversa como causa supra legal de exclusão de culpabilidade, Greco (2008, p.421) conceitua que, “causas supralegais de exclusão da culpabilidade são aquelas que, embora não estejam previstas expressamente em algum texto legal, são aplicadas em virtude dos princípios informadores do ordenamento jurídico.”

Com relação ao aborto do feto anencéfalo, alguns autores, como Bitencourt (2008), entendem que este ato deve ser considerado por conta da inexigibilidade da conduta diversa como uma excludente de culpabilidade.

Com efeito, quando uma gestante de posse de laudo médico assegurando-lhe que o feto que está em seu ventre não tem cérebro e não lhe resta nenhuma possibilidade de vida extra-uterina, quem poderá, afinal, nas circunstâncias, censurá-la por buscar o abortamento? Com que autoridade moral o estado poderá exigir desta gestante que aguarde o ciclo biológico, mantendo em seu ventre um ser inanimado, que, quando a natureza resolver expeli-lo, não terá alternativa senão pranteá-lo, enterrá-lo ou cremá-lo?! (BITENCOURT, 2008, p.154)

No trecho acima se percebe o fundamento utilizado por Bitencourt para tentar sustentar a sua teoria através da impossibilidade de se exigir da gestante uma conduta diversa da do próprio aborto.

Continua o renomado autor:

A inexigibilidade de conduta diversa, nessa hipótese deve ser aceita como uma excludente da culpabilidade. Assim, as circunstâncias especiais e complexas que envolvem o fato em exame não podem ser esquecidas. Enfim – na hipótese de anencefalia -, não se pode reprovar o abortamento que a gestante possa pretender, pois, à evidência, outra não se pode exigir de uma aflita e desesperada gestante. Seria social e juridicamente inadmissível, além de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, exigir que a gestante, contra a sua vontade, levasse a termo uma gravidez nessas circunstâncias. (BITENCOURT, 2008, p.154)

Pode-se entender a partir do raciocínio acima de Bitencourt que, diante da situação vivida pela gestante e com base no princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode observar nenhum tipo de reprovabilidade social, diante da antecipação do parto do anencéfalo, por conta dos fundamentos da impossibilidade da vida extrauterina do feto e por se considerar desumano à mulher a continuidade da própria gestação com a conseqüente morte de seu filho.

Nucci (2008, p.609) compartilha deste posicionamento acerca da exclusão de culpabilidade nos casos do aborto de feto anencéfalo a partir da inexigibilidade de conduta diversa diante do caso concreto, segundo o qual, a partir da análise de decisões judiciais, teria dois enfoques, sendo o primeiro da gestante, que não suportaria carregar em seu ventre um feto com sua vida inviável e o segundo enfoque seria o do médico que através do seu julgamento com intuito de salvar a genitora do terrível abalo psicológico a mulher vem sofrendo.

Ocorre que, no que tange ao fundamento dos abalos psicológicos, Nucci (2008, p.609) se demonstra descrente na possibilidade da utilização desta justificativa.

Abalos psicológicos não podem ser causa para a interrupção da gestação, mesmo porque a medicina evolui a passos largos dia após dia, o que significa que a perspectiva de vida e cura pode alterar-se a qualquer instante. A inexigibilidade da conduta diversa é uma causa suprallegal de exclusão de culpabilidade, que admitimos presente em nosso ordenamento, embora, em muitos casos não estejam presentes seus requisitos.

Bitencourt (2008, p. 154) encerra a sua explanação acerca do tema do aborto do feto anencéfalo como excludente de culpabilidade com o seguinte posicionamento:

Exigir que a gestante leve a termo sua gravidez, em situação de reconhecida anencefalia, constitui inquestionavelmente, uma força brutal de submetê-lo a odioso “tratamento desumano”, em flagrante violação ao disposto no art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual, ninguém será submetido a tratamento desumano.

Ocorre que, na contramão do entendimento de inexigibilidade da conduta diversa nos casos de aborto de fetos anencéfalos, onde se sustenta basicamente através da presunção da dor psicológica da mulher e na impossibilidade da existência da reprovabilidade em face de seu ato, existe um depoimento de uma mulher, a Sra. Mônica Torres Lopes Sanches, que deu a luz a uma bebê anencéfala, Giovanna Lopes Sanches, que sobreviveu fora do útero materno por 6 horas e 45 minutos, porém segundo a mãe, “nasceu viva e por todo este tempo, respirou sem a ajuda de aparelhos e chorou ao nascer”, sendo uma cidadã brasileira, pois obteve sua certidão de nascimento e de óbito, tendo a bebê, segundo sua mãe, “nascido viva, respirado sozinha e veio á óbito naturalmente”.

Sinto-me profundamente desrespeitada como mãe quando ouço que uma criança como a minha filha, não tem direito à vida e tê-la protegida pelas leis que regem o meu país. Não admito que se menospreze a importância da vida da minha filha como se faz. Se estiverem preocupados com o emocional das mães, pensem não só nas mães que rejeitam este filho “imperfeito”, mas também nas mães que os acolheram como príncipes de suas vidas. E desta forma, fica impossível eu não sofrer profundamente ao ouvir que vocês até aceitam que eu leve a gestação até o fim, mas que minha filha não tem o direito de viver o tempo que não sabemos também se ainda teremos para viver. É como se dissessem que respeitam a minha opção de fingir que sou mãe. Sofro ao ouvir que “o que se tem no ventre materno é algo que nunca chegará a alguém”, “O útero materno é um casulo e o feto, uma crisálida que não chegará a ser uma borboleta. Tem o direito de nascer para morrer?” (Ayres Britto – O Globo 21/10/04). A constituição do meu país “abraça” a dignidade humana da minha filha e a coloca como cidadã que nasceu viva respirou sozinha e veio a óbito naturalmente. Com isso teve direito a certidões de nascimento e óbito e enterro digno como toda mãe deseja para um filho morto. Sofro ao ler em dicionários que anencéfalo é um monstro caracterizado pela ausência de cérebro. Minha filha não nasceu um monstro. Pelo contrario um bebê lindo

que carregava características nossas como qualquer outro bebê. Também sofro ao ouvir mentiras tendenciosas como dizer que o bebê que nasce assim não tem vida. Quem não tem vida chora? Alguém sem cérebro chora? Não me sinto no direito de julgar aqueles pais que tomaram decisão diferente, pois agem como um homem que por desespero atente contra a vida do assassino de um ente querido. Entendo seus motivos,mas não posso concordar com seus atos. Se eu concordasse com esta liberação, estaria aceitando que a vida da Giovanna é uma verdade relativa. A um interesse meu de passar ou não por um sofrimento. Se não quero passar por ele, então ela não tem vida. Se aceito, tem vida. Tem vida e pronto. Ponto incontestável na minha experiência de mãe que a vi respirar espontaneamente como qualquer outro bebê. O governo deveria sim, dar todo o apoio físico e psicológico para esta mulher, para que assim como comigo, o que fique, não seja a dor de ter matado um filho, mas uma dor conformada, pois a protegi enquanto a vida lhe foi possível. (SANCHES, 2008, depoimento acerca de sua filha com anencefalia).

O posicionamento da Sra. Mônica é interessante, pois através deste, ela pretende trazer um posicionamento de proteção não só para as mães que nas palavras da mesma “rejeitam seu filho “imperfeito”, mas também a preocupação e o respeito também devem estar voltados para as mulheres que os “acolheram como príncipes de suas vidas”.

Ademais, percebe-se diante do depoimento, a real possibilidade da existência do juízo de reprovabilidade social diante da conduta de antecipação do parto de fetos anencéfalos, considerando que, de fato esta situação poderá não afastar a inexigibilidade de conduta diversa e conseqüentemente não excluirá a culpabilidade nos casos de antecipação do parto de fetos anencéfalos.

#### 4 JULGAMENTO DA ADPF 54 NO STF

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 garantiu o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da antecipação do parto de feto anencéfalo, se assim for à vontade da gestante, porém este julgamento foi envolto de manifestações e protestos. A análise dos votos dos Ministros neste julgamento é muito importante, tendo em vista que a aprovação da antecipação do parto não foi unânime e nem todos os Ministros que votaram a favor ou contra utilizaram as mesmas teorias para justificarem seus votos, desta maneira, para o melhor entendimento do tema, é de suma importância o estudo das teorias que justificaram os entendimentos dos Ministros, que, por maioria dos votos (8 x 2) julgaram procedente o pedido veiculado na ADPF 54. Saliente-se que o Ministro Dias Toffoli se declarou impedido para votar, porque já havia participado do processo ainda como Advogado-Geral da União e ter emitido parecer favorável à procedência da proposta da ADPF 54.

A ADPF 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, tendo como representante o Dr. Luís Roberto Barroso, que, em petição inicial, explanou a sua teoria de que a hipótese de antecipação do parto de feto portador de anencefalia não pode ser configurada como aborto, tendo em vista que o aborto seria um crime contra vida, não estando configurada a referida interrupção em nenhuma hipótese dos artigos do Código Penal, além da necessidade da observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assegurado pela Constituição Federal de 1988, no caso concreto, com intuito de ocorrer uma flexibilização da aplicação das normas do Código Penal no caso concreto.

Conforme esclarecimento de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 407), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um instituto novo no direito brasileiro, sendo introduzido pelo ordenamento pela CF/88, cabendo sua competência para julgamento exclusiva do STF para a presente ação.

## 4.1 ALGUNS VOTOS

Ressalte-se que, apesar de ser de excepcional importância o estudo dos votos proferidos pelos Ministros no julgamento da ADPF 54, a análise do presente estudo será focada em alguns votos, considerando as principais e diferentes motivações que fundamentaram o resultado final do julgamento.

### 4.1.1 Voto do Ministro Marco Aurélio

O primeiro dos votos a ser analisado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 é o do Relator, Ministro Marco Aurélio, que julgou procedente o pedido feito pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para a possibilidade de antecipação do parto de fetos anencéfalos através da declaração de 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 brasileiro.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio trouxe dois dados acerca da anencefalia no Brasil, que, segundo o mesmo, são de grande relevância para o tema, o primeiro é que até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça autorizaram mais de três mil interrupções do parto de fetos portadores de anencefalia, usando da justificativa da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o segundo dado é o de que o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos portadores de anencefalia, ficando somente atrás do Chile, México e Paraguai, existindo aproximadamente um caso a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Nacional de Saúde que foram confirmadas em audiência pública.

Inicialmente o Ministro tratou de não deixar dúvidas sobre o objetivo da ADPF 54, que não se tratava de uma tentativa de descriminalização do crime de aborto, já que aborto é crime contra vida, e não se confunde com a interrupção da gestação de fetos portadores de anencefalia, a justificativa do Ministro Marco Aurélio é baseada pela não potencialidade de vida por parte do anencéfalo, caracterizando o mesmo como um natimorto cerebral, conceito utilizado pelo Conselho Federal de Medicina,

pois o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa, sendo a sua principal característica a morte segura já que inexiste cura para a referida má formação, já que o fato de respirar e ter batimento cardíaco não afastam o diagnóstico de morte cerebral.

O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. (STF, 2012d, p.17)

O Ministro continua sua justificativa ressaltando que o direito à vida não é absoluto perante a Constituição Federal, podendo ser relativizada nos casos de guerra declarada e também sofre relativização no Código penal que prevê a excludente de ilicitude o aborto humanitário ou ético, que permite o aborto nos casos de estupro mesmo quando o feto se caracterize como sadio, ressalta Marco Aurélio que não concorda com o entendimento de direito à vida do feto anencéfalo, porém, mesmo que se conceba esse direito, seria um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral que possui uma anomalia sem cura e fatal e que não tem vida em potencial a um feto saudável, não se igualando aquele a este.

Conforme visualiza-se no trecho retirado diretamente do seu voto o Ministro Marco Aurélio traz um referencial absoluto em relação ao anencéfalo (2012, p. 49) baseando-se no entendimento do Dr. José Aristodemo Pinotti: “O feto anencéfalo, sem cérebro, não tem potencialidade de vida. Hoje, é consensual, no Brasil e no mundo, que a morte se diagnostica pela morte cerebral. Quem não tem cérebro, não tem vida”.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida. (STF, 2012d, p.30)

Trazendo ainda a perspectiva de que em 100% dos casos a anencefalia é letal quando ocorre o diagnóstico correto, não podendo haver a confusão de meroencefalia com anencefalia, não podendo haver para ser considerado anencéfalo: hemisférios cerebrais, calota craniana, cerebelo e tronco cerebral bem formado.



Com relação aos direitos da mulher que se contrapõem ao direito da preservação do feto anencéfalo, baseando-se em depoimentos e dados médicos da Organização Mundial de Saúde e do Comitê da Associação de Ginecologia e Obstetrícia Americana trazidos em audiência pública, o Ministro afirma que, apesar de toda gestação trazer certo risco a estrutura física da mulher, pode-se concluir que a gestação de feto anencéfalo envolve maiores riscos a saúde da mulher, o que também é defendido pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO.

Segundo relatado, nesse tipo de gestação, é comum a apresentação fetal anômala – pélvico transverso, de face e oblíquos – ante a dificuldade de insinuação do polo fetal no estreito inferior da bacia. Isso ocorre porque a cabeça do feto portador de anencefalia não consegue se “encaixar” de maneira adequada na pélvis, o que importa em um trabalho de parto mais prolongado, doloroso, levando, comumente, à realização de cesariana. Em 50% dos casos, a poli-hidrâmnio, ou aumento do líquido amniótico, está ligada à anencefalia, tendo em vista a maior dificuldade de deglutição do feto portador de referida anomalia, situação que também pode conduzir à hipertensão, ao trabalho de parto prematuro, à hemorragia pós-parto e ao prolapso de cordão.

[...]

Outros fatores associados à gestação de feto anencéfalo são doença hipertensiva específica de gravidez (DHEG) – que compromete o bem estar físico da gestante –, maior incidência de hipertensão, diabetes, aumento de cerca de 58% de partos prematuros, elevação em 22% do número de casos de gravidez prolongada. (STF, 2012d, p.39)

No que tange ao aspecto psíquico da mulher, diante dos depoimentos de mulheres que tiveram uma gestação com feto portador de anencefalia e de médicos em audiência pública, o Ministro entende que o dano à mulher é evidente, reproduzindo para fundamentar seu entendimento parte do depoimento do Dr. Talvane Marins de Moraes, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria, que afirma que a mulher pode desenvolver um quadro de depressão, transtorno, podendo chegar a um caso grave de tentativa de suicídio como uma maneira de autoextermínio.

Desta maneira o Ministro chega à conclusão que obrigar a mulher a manter esse tipo de gestação significa colocá-la em uma espécie de “cárcere privado em seu próprio corpo”, sendo classificada por estudiosos como tortura o ato de compelir a mulher a continuar com a gestação de anencéfalo, cabendo a mulher e não ao Estado, em seu íntimo, a decisão de dar continuidade a referida gestação ou não, ou seja somente a ela cabe o direito de escolha, cabendo ao Estado dar o apoio médico e psicológico a esta mulher, independente de sua decisão.

Conclui o Ministro Marco Aurélio afirmando que “a incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher” e, por mais que se entenda que o feto anencéfalo é detentor de vida, o que o Ministro veemente não concorda, em uma ponderação de bens e interesses os direitos das mulheres se sobreporiam aos dos fetos portadores de anencefalia.

Ressalte-se que o Ministro Marco Aurélio se preocupou de tratar em seu voto outros aspectos como não haver no Código Penal a menção de anencefalia como uma das hipóteses de interrupção de gravidez, que segundo o mesmo, seria justificada pelo fato do atual Código Penal de 1940 ter sido editado nas décadas de 30 e 40 onde a medicina da época não detinha os recursos necessários para a identificação da mencionada anomalia, porém, o Ministro lembrou que mesmo aquela época o direito à vida já estava relativizado para os casos de gravidez advinda de estupro, mesmo com o feto saudável, em detrimento da saúde mental da mulher.

Outro aspecto tratado no voto foi o reforço ao caráter laico do Estado brasileiro, que está previsto na Constituição Federal de 1988, onde o Ministro lembrou que os aspectos religiosos não poderiam influenciar as decisões estatais, tendo em vista a neutralidade do Estado diante dos aspectos religiosos.

Em seu voto o Ministro também afastou a possibilidade de doação dos órgãos dos fetos anencéfalos, que era uma das argumentações utilizadas pela defesa em favor dos fetos portadores da referida anomalia, através dos argumentos de que não seria possível a manutenção da gestação com o único intuito de viabilizar a doação dos órgãos do feto, pois esta situação poderia coisificar e transformar em objeto a gestante e obviamente feriria a sua dignidade e de que seria praticamente impossível nos casos de anencefalia se aproveitar os órgãos do feto, tendo em vista que este comumente é portador de outras anomalias e possuir também órgãos menores do que aos de fetos saudáveis.

#### 4.1.2 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O voto em questão a ser analisado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 é o do Ministro Ricardo Lewandowski, que divergiu do relator, Ministro Marco Aurélio, e foi o primeiro a julgar improcedente o pedido feito pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para a possibilidade de antecipação do parto de fetos anencéfalos.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski inicia sua justificativa argumentando que o legislador considerou o aborto de fetos mal formados como imputáveis penalmente, tendo em vista as duas únicas hipóteses autorizadas em legislação para a realização do aborto, são os casos do aborto terapêutico, que segundo o Ministro caracteriza-se como único jeito de salvar a vida da gestante e o aborto sentimental, que é permitido em gestações que são advindas de estupro.

Continua o Ministro rechaçando a argumentação de que não existiam meios médicos adequados para diagnosticar anomalias fetais a época da edição do Código Penal brasileiro de 1940, tendo em vista que vários exames que possibilitam a identificação destas patologias já estavam à disposição da Medicina desde longas datas, um exemplo destes procedimentos que o Ministro cita é o exame de líquido amniótico.

O Ministro Ricardo Lewandowski entende que, se a possibilidade da interrupção da gestação de fetos anencéfalos fosse de interesse e vontade soberana do povo, caberia aos parlamentares do Congresso Nacional alterar a legislação criminal vigente para permitir outros tipos de aborto, como o dos fetos anencéfalos, como sendo uma das hipóteses de aborto isenta de qualquer tipo de punição.

Continua sua tese afirmando que a competência do STF, assim como as demais Cortes Constitucionais, é de exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento às normas em desacordo com a Carta Magna, sendo que esta intervenção deve ser filtrada pelo Princípio da Intervenção Mínima, onde qualquer excesso de atuação além das permitidas poderia se caracterizar como uma real conduta de usurpação de poderes que foi atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos parlamentares do Congresso Nacional.

Nessa mesma direção, o já mencionado Paulo Bonavides, forte no magistério da Corte Constitucional alemã, adverte “que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição”. Logo depois acrescenta: “Não deve por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois ‘isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional’. (STF, 2012e, p.12)

Sendo assim, não seria permitido aos membros do STF se passarem por legisladores positivos e criarem novas normas legais, como se fossem parlamentares eleitos pelo povo, pois aos membros do Poder Judiciário faltam o caráter legitimador do voto popular para realizar inovações no ordenamento jurídico.

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem. (STF, 2012e, p.13)

Outro aspecto abordado em seu voto foi o envolvimento do tema com o Princípio da Proteção a vida, abraçado pela CF/88 no artigo 5º, *caput*, e em diversos tratados internacionais que foram subscritos pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos humanos, em seu artigo 4º e 1º, desta forma, para o Ministro, uma decisão favorável sobre a possibilidade de interrupção da gestação de fetos portadores de anencefalia teria o condão de em tese tornar lícita a antecipação do parto de qualquer gestação que tenha um embrião com nenhuma ou pelo menos pouca expectativa de vida extra-uterina.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, em sua Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênitas, existem cerca de centenas de anomalias cromossômicas e deformidades onde as chances de sobrevivência extra-uterina do feto são nulas ou muito pequenas.

O Ministro citou o Dr. Rodolfo Acatuassú Nunes, ouvido em audiência pública, que informou a existência de inúmeras doenças, as quais exigem uma compreensão de seus pais bastante inexorável da morte, quais sejam: acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18.

O médico ainda faz um questionamento do por que da escolha da anencefalia para a antecipação da morte, não se esperando o parto normal, já que como mencionado anteriormente existem inúmeras anomalias que as chances de sobrevivência são impossíveis ou muito difíceis, tendo este questionamento consequências ao pensar do Ministro Ricardo em uma possibilidade para que as gestações que possuam fetos portadores patologias, que levem à diminuição da sua expectativa de vida também, também possam servir de justificativa para pleitear sua interrupção.

É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina. (STF, 2012e, p.16)

Segundo notícia retirada do próprio site do STF o voto de Lewandowski destaca a existência de diversos dispositivos legais em vigor que resguardam a vida intra-uterina sobretudo o Código Civil de 2002, que, no artigo 2º, estabelece que a lei ponha a salvo, “desde a concepção”, os direitos do nascituro, que para o Ministro, desta forma, mesmo sendo liberado o aborto de feto anencéfalo, por meio da decisão proferida da ADPF 54, tais normas que defendem o nascituro, por uma questão de coerência deveriam ser consideradas inconstitucionais ou merecer interpretação conforme a Constituição.

O Ministro ainda informa que os parlamentares do Congresso Nacional não estão inertes a respeito do tema, tendo em vista que existem pelo menos dois projetos de lei com objeto de normatizar o assunto, o primeiro deles é o PL nº 4403/2004, de autoria da Deputada Jandira Feghali, que tem como objetivo o acréscimo de um inciso ao artigo 128 do Código Penal atual, que seria segundo a ementa, “isentar de pena a prática de “aborto terapêutico” em caso de anomalia do feto, incluindo o feto anencéfalo, que implique a impossibilidade de vida extra-uterina”, e encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados. O segundo projeto de lei acerca do tema, o PL nº 50 (2011), de iniciativa do Senador Mozarildo Cavalcanti, também tem como objetivo adicionar um inciso no artigo 128 do CP, como se observa a seguir:

Art. 128. [...]

III – se o feto apresenta anencefalia, diagnosticada por dois médicos que não integrem a equipe responsável pela realização do aborto, e o

procedimento é precedido de consentimento por escrito da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso III, o diagnóstico de anencefalia atenderá aos critérios técnicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

O Ministro Lewandowski finaliza seu voto afirmando que autora ao requerer que o STF interprete extensivamente as duas hipóteses restritivas de direito com a referida ADPF, em verdade pretende que o Supremo Tribunal Federal autorize o aborto terapêutico, através de uma norma abstrata, nos casos de suposta anencefalia fetal, ou seja, o que pretenderia a parte autora é que o STF usurpe poderes que pela Carta Magna são privativos do Congresso Nacional, por estas razões o Ministro julga o pedido improcedente.

#### **4.1.3 Voto do Ministro Gilmar Mendes**

O Ministro Gilmar Mendes foi o sétimo a votar à ADPF 54 e julgou procedente o pedido feito pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para a possibilidade de antecipação do parto de fetos anencéfalos.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes entende que a regra do Código Penal é a vedação do aborto, porém o mesmo afirma que o aborto, na situação dos fetos anencéfalos, está abrangido por uma excludente de ilicitude, que já se encontra estabelecida pelo Código Penal de 1940.

O Ministro continuou sua justificativa afirmando que a hipótese em questão é compreendida como excludente de ilicitude, tendo em vista o perigo à saúde da mãe, e que já encontra-se compreendida entre as excludentes de ilicitude, ou seja, quando o aborto não é punido, pelo atual Código penal brasileiro nas duas situações: a primeira delas é o aborto terapêutico ou necessário, quando não há outro meio de salvar a gestante e quando a gestação é resultado de estupro, onde o legislador ponderou os princípios envolvidos e acima de tudo a saúde psíquica da mulher e deixou a seu livre arbítrio, a sua vontade, a possibilidade da realização do aborto ou a continuidade da gestação.

Gilmar Mendes entende que somente não existe a autorização expressa do aborto em casos de anencefalia em razão da época que foi editado o Código Penal, pois

segundo o Ministro, seria impossível e inimaginável que em 1940, tendo em vista as limitações técnicas existentes da época, que o legislador pudesse positivar esta possibilidade de aborto e deu continuidade afirmando que nos dias atuais o diagnóstico da anencefalia fetal é relativamente simples de ser atestado, o que caracterizaria uma omissão legislativa a não inclusão desta hipótese de excludente de ilicitude, o que não estaria de acordo com o Código penal e principalmente a Constituição Federal.

A omissão legislativa ofende a mulher em diversos aspectos como à sua integridade física e psíquica, ao seu direito da autonomia da vontade, direito de privacidade, direito de intimidade, desta maneira cabe a cada mulher decidir qual caminho seguir, cabendo ao Estado disciplinar, de forma cautelosa, a situação relativa ao diagnóstico do feto anencéfalo, tendo em vista que a realização deste aborto está condicionado à realização do referido exame.

O Ministro se preocupou em ressaltar a importância da regulamentação adequada, pelas autoridades competentes, acerca do procedimento de reconhecimento da anencefalia fetal, sugerindo inclusive, que enquanto estivesse pendente esta regulamentação, a anencefalia deveria ser atestada por no mínimo dois médicos através de laudos referentes a exames seguros e atuais, que de fato possam confirmar a referida anomalia fetal.

O Ministro ainda afirmou que o Brasil já possui medidas de prevenção e não só de interrupção da gravidez, afirmando que foi homologada pelo Ministro da Saúde uma resolução que atribui ao Ministério a responsabilidade de promover ações para prevenção da anencefalia, disponibilizando inclusive ácido fólico na rede básica de saúde, para todas as mulheres durante o período pré-gestacional e gestacional, com o intuito de prevenir os fetos de malformações.

Desta forma, concluiu o Ministro Gilmar Mendes pela procedência do pedido da CNTS, para que não seja punido o aborto praticado por médico, com o respectivo consentimento da gestante, se o feto for diagnosticado como anencéfalo.

#### 4.1.4 Voto do Ministro Luis Fux

O voto que passará a ser estudado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 é o do Ministro Luis Fux, que entendeu como correta a decisão a favor do que foi pedido pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde com relação à autorização para a antecipação do parto de fetos anencéfalos.

Em seu voto, o Ministro Luis Fux inicia fazendo referência a uma situação entre duas mulheres grávidas à espera dos seus respectivos partos, porém a primeira se encontra alegre e contente com seu filho ainda em seu ventre enquanto a segunda diferentemente da primeira demonstrava agonia e tristeza justificada pela gestação infrutífera e a longa espera e tormento de uma mãe que tinha a ciência da situação acerca da anencefalia de seu filho e que nada poderia fazer para reverter aquela situação a não ser esperar.

Primavera de 1980. Jovens casais aguardam na fila do Hospital São José, Rio de Janeiro, o momento sublime do parto. Ali, sonhos se multiplicam na imaginação das mulheres que estão prestes a dar à luz. A figura do filho amado crescendo, se desenvolvendo e preenchendo a vida daqueles que o esperam é o que certamente ocorre àquelas gestantes. Em contraste, chamava a atenção de todos uma jovem moça, que também aguardava na mesma fila, em copioso pranto, juntamente com o seu marido. A comoção se justificava: no lugar de sonhos cultivados, esta gestante assistiu durante nove meses ao funeral de seu filho. O pequeno caixão branco por ela encomendado era o símbolo de um ritual tão triste quanto severo com uma mulher que, em verdade, jamais conseguirá ser mãe do filho que gestava. (STF, 2012c, p.1)

Continua o Ministro trazendo dados acerca dos fetos com anencefalia no país, podendo ser constatado pelos referidos dados que o Brasil só perde nos índices de ocorrências para Chile, México e Paraguai o que acaba por gerar inúmeros pedidos de interrupção da gravidez por todo o Brasil, fazendo-se necessária o posicionamento do Supremo Tribunal de Federal para que ocorra uma manifestação definitiva acerca do tema.

Para servir de sustentáculo para a sua fundamentação se fez necessário a conceituação de vários elementos do direito, a começar pela Bioética, sendo conceituada como uma ética voltada para a preservação da vida em geral em face do desenvolvimento científico.



A anencefalia é definida pelo Ministro através do auxílio de conceitos trazidos pela National Institute of Neurological Disorders and Stroke (Instituto Nacional de Distúrbios Neurológicos e Derrame), desta forma, Fux lembra que o tema já havia chegado ao Supremo Tribunal Federal através de Habeas Corpus 84.025-6/RJ que tinha por objeto o pedido de antecipação do parto de feto com anencefalia, porém o writ restou prejudicado em face da ocorrência do parto anterior ao julgamento e a consequente morte do anencéfalo após 7 minutos do nascimento.

O voto traz uma perspectiva interessante acerca do significado da postura minimalista do Judiciário, não pretendendo atuar como se legislador fosse, porém tenta de forma eficiente eliminar o pluralismo de entendimentos que envolvem o debate em se tratando da matéria, buscando a compreensão, sob o fundamento da primazia da dignidade da pessoa humana à ligação ao questionamento de qual seria o tipo de pessoa que se quer ser e qual o tipo de sociedade que se pretende construir.

Faz-se a ressalva que o princípio da dignidade da pessoa humana apesar de ser de caráter essencial para uma construção social adequada, este como todos os outros princípios poderão em dado momento sofrer uma mitigação em face de um determinado caso concreto, são os casos de aborto em caso de riscos para a gestante e até para justificar a eutanásia a fim de se preservar a dignidade com o encurtamento da vida para combater dores muito fortes.

O Ministro tem o cuidado de demonstrar os índices e dados coletados a fim de se apontar a média de vida de um anencéfalo.

Lastimavelmente, são poucos os casos em que o infante anencefálico sobrevive por um considerável período fora do útero materno. Estudos feitos a partir de dados coligidos entre agosto de 2000 e julho de 2010 no Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher (CAISM/Unicamp) indicaram que 94% dos recém-nascidos com essa deformidade (já excluídos os que sequer sobreviveram até o parto) faleceram nas primeiras 24 horas após o nascimento; destes, 67% morreram na primeira hora. A média de vida calculada foi de 51 (cinquenta e um) minutos. (STF, 2012c, p.5)

Neste momento do voto ocorrem inúmeras ressalvas tais como os meios seguros de detecção de anencefalia durante a gestação, podendo ser utilizado inclusive a ultrassonografia como método eficaz para a verificação da referida anomalia, também há de se ressaltar a atenção dada pelo Ministro ao afirmar que diante dos recursos tecnológicos atuais a anencefalia de fato é uma doença considerada

irreversível, onde todos os estudos atuais fundamentam esta premissa diante da impossibilidade de cura da doença.

A partir deste momento são feitas 3 (três) conclusões acerca do tema. A primeira refere-se á impossibilidade de vida contínua do anencéfalo fora do útero materno. A segunda é caracterizada pela facilidade do diagnóstico da referida doença através de técnicas altamente comuns e disponíveis a quaisquer profissionais de saúde. A terceira é caracterizada pela impossibilidade de cura, ao menos nos dias atuais, desta deficiência que atinge o tubo neural, o que se justifica pela expectativa curtíssima do tempo de vida do anencéfalo.

Desta forma o Ministro Fux inicia a sua análise do caso concreto com o foco nas mulheres que passam ou passaram pela situação de ter uma gestação de feto anencéfalo afirmando que impedir a interrupção da gravidez diante do caso concreto equivaleria à tortura o que de forma evidente é vedada pela Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 5º, III.

Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta complementamente qualquer possibilidade de haver consciência. [...] Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura. (STF, 2012c, p.2)

O entendimento do Ministro Luiz Fux foi exemplar, a afirmação de a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura, foi de rara felicidade, pois o Ministro conseguiu traduzir em palavras o sentimento de milhares de mulheres, as quais estavam presas e reféns a um Judiciário ineficaz e carentes de um mínimo de tutela digna possível.

A vinculação da não interrupção da gravidez do anencéfalo à semelhança de uma tortura tem fundamento científico demonstrado através de dados colhidos pela Comissão de Ética em Pesquisa do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (CAPPesq), os quais demonstram que de fato a interrupção da gravidez deverá gerar uma sensação de sofrimento amenizado à mulher.

Em pesquisa avaliada e aprovada pela Comissão de Ética em Pesquisa do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (CAPPesq), com base em análises, feitas por profissionais especializados, de gestantes com diagnóstico de malformação fetal letal, constatou-se que a maioria das mulheres (60%) afirmou que certo tempo após a interrupção não se importava em falar da gravidez, do bebê ou do

procedimento realizado, bem como que aconselhariam outras gestantes na mesma situação a interromper a gravidez. No que atine à culpa pelo ato realizado, a pesquisa demonstrou que 91,4% das mulheres relataram que interromperiam novamente a gestação acaso se defrontassem com situação idêntica no futuro. (STF, 2012c, p.8)

A pesquisa demonstra através de relatos de forma clara e evidente que casais que optam pela interrupção conseguem dar continuidade a suas vidas e o sentimento é realmente minimizado a medida que o tempo vai passando, desta forma é feita a afirmação que se levada a gestação até seus últimos momentos contra a vontade da gestante, esta poderá sofrer danos psicológicos irreparáveis, porém, caso exista a possibilidade de interrupção desta gravidez, a vontade da mulher seria soberana o que levaria a uma diminuição dos danos sofridos pela mesma e uma real sensação de auto-controle.

O Ministro apresenta dados e argumentos que convencem acerca dos perigos gerados à mulher em uma gestação de feto acometido pela anencefalia, logo admite a possibilidade da antecipação do parto em razão do risco de vida à mulher, se assim for de sua vontade, tendo em vista a ponderação, já que nenhum princípio é absoluto, do caso concreto e utilizando-se da proporcionalidade de forma essencial como norte a ser analisado diante de cada caso, todas estas medidas tem como principal objetivo impedir o excesso do julgador.

Diante deste contexto o voto traz a perspectiva do Direito Penal à Constituição Federal o qual, como qualquer outro ramo do direito, deve obediência diante dos ditames aos quais à Carta Magna se refere.

Ocorre neste momento o acolhimento de algumas premissas para o entendimento do tema. A primeira consiste na questão da reserva legal e liberdade de conformação do legislador, a segunda trata do garantismo e a terceira trata sobre o dever de proteção do Estado.

O Excelentíssimo Ministro faz menção ao novo projeto do Código Penal onde se pretende adicionar uma nova hipótese de aborto permitido, nos casos em que há uma irreversível anomalia ao feto atestada por dois médicos que o tornem inviável, sendo assim conclui de forma atual e correta ao atuar no caso de omissão legislativa como se o legislador tivesse conhecido do caso em questão.

A lacuna normativa atual não deve conduzir à incriminação da conduta, sendo o caso de recurso à equidade integrativa, de que tratou Aristóteles na sua “Ética a Nicômaco”, para permitir o preenchimento da omissão

legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido do caso em questão. Causa espécie, ainda, o fato de o legislador ter previsto, no art. 128, II, do atual Código, a permissão do aborto sentimental, hipótese de estado de necessidade exculpante em caso de estupro, na qual se admite a supressão da vida de um feto sadio como forma de tutelar a saúde psíquica da mulher. Portanto, caso o diagnóstico de anencefalia durante a gestação fosse possível à época, teria o legislador previsto também essa hipótese de permissão do aborto, sob pena de incidir em grave desproporcionalidade. (STF, 2012c, p.15)

Assim caracteriza como de extrema desproporcionalidade em relação à interrupção da gravidez por uma gestante de um feto anencéfalo a aplicação de alguma pena ou punição, trazendo o entendimento que ainda que não se trilhe o caminho da exclusão da antijuridicidade da conduta, outros dispositivos do próprio Código penal poderiam ser utilizados para excluir a punibilidade do caso concreto, como seria o caso do próprio perdão judicial, que extingue a punibilidade da pessoa quando as consequências do delito são tão graves que a incidência de alguma punição se torna desnecessária.

Terminando seu voto afirmando que a interrupção da gravidez se evidencia como matéria de saúde pública, que diante da situação complicada o papel do Estado será de dar o apoio a mulher e não tornar aquela situação ainda mais lastimável, pois se diferente fosse, o que aconteceria no caso concreto seria o punir pelo punir e lembrando que a interpretação conforme a Constituição do Artigo 128 do Código Penal, para não reconhecer configurado o crime de aborto nos casos da interpretação voluntária da gestação com anencefalia, não impõe que as mulheres de fato devam realizar o aborto, mas somente garante a aquelas que optarem por tal prática, por não conseguirem gerar um nascituro com a morte anunciada, a não responsabilidade penal por seus atos.

#### **4.1.5 Voto do Ministro Cezar Peluso**

O Ministro Cezar Peluso foi o último a proferir o voto acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.

Em seu voto Peluso entendeu pelo julgamento improcedente acerca do pedido feito pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para a possibilidade de antecipação do parto de fetos anencéfalos.

O entendimento do Ministro se baseou na perspectiva de que o anencéfalo não pode ser considerado só por conta da sua anomalia como um ser morto, entendendo o Ministro que o anencéfalo morre, desta maneira se morre era porque vivo anteriormente se encontrava.

A vida não é um conceito artificial criado pelo ordenamento jurídico para efeitos operacionais. A vida e a morte são fenômenos pré-jurídicos das quais o direito se apropria para determinado fim.

[...]

O anencéfalo morre. E só pode morrer porque está vivo. Não é possível pensar-se em morte de algo que não está vivo. (STF, 2012a).

O Ministro faz questão de ressaltar que inexistente igualdade entre o objeto da ADPF 54, que discute a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, com a discussão acerca do uso das células tronco embrionárias em pesquisas, pois para Peluso, nos casos dos embriões não existia processo vital, porém a sua concepção acerca do anencéfalo é de que o feto é portador de vida e portanto o Estado deve proporcionar toda cooperação possível para que seus direitos sejam tutelados.

Peluso ainda faz um alerta acerca da teoria de que o anencéfalo não possui vida, sendo considerado um natimorto, pois, para o mesmo, diante desta premissa e através de algumas adaptações, poder-se-ia tentar justificar inclusive o homicídio de um bebê anencéfalo.

Em seu ânimo, a proposta seria idêntica: para resguardar alguns supostos direitos superiores da mãe – como saúde psíquica e liberdade pessoal – seria legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencéfalo porque em um ou outro caso, muda só o momento de execução, não o ato de extermínio nem os pretextos para praticá-lo. (STF, 2012a)

Para Peluso o estudo do caso dos fetos anencéfalos deve ser feito com “cautela redobrada”, por conta da não pacificação dos conceitos, da facilidade do diagnósticos e os dissensos existentes em torno da matéria.

Baseando-se no conceito de aborto, o presidente do Supremo Tribunal Federal entende que, para que se possa constituir o crime, basta-se somente a eliminação da vida, independentemente de sua probabilidade ou potencialidade de viver uma vida extrauterina, ou seja, o direito do feto independe do tempo de vida que já possua, independente da expectativa e potencialidade de vida daquele feto, porque a lei não

estabelece este critério de potencialidade de vida como critério de caracterização do crime.

Desta maneira, segundo entendimento do Ministro, caracteriza-se como crime vedado pelo próprio ordenamento jurídico o aborto de feto anencéfalo, ademais o próprio princípio da legalidade e a cláusula geral de liberdade devem ser limitados por conta das leis já existentes, concluindo que, para os casos em que o ordenamento jurídico tipifica condutas como crime, não há, a seu ver, espaço de liberdade jurídica, não podendo ocorrer nenhum “malabarismo hermenêutico” que lhe o faça concluir de forma diferente.

A ação de limitação intencional de vida intra-uterina, suposto acometida esta de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo, a meu sentir, com o devido respeito, malabarismo hermenêutico ou ginástica de dialética capaz de conduzir-me a conclusão diversa. Do ponto de vista jurídico, para que o aborto possa ser considerado crime, basta a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou extra-uterina. O aborto do feto anencéfalo é conduta vedada de forma frontal pela ordem jurídica. O princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade são limitados pela existência das leis, e, nos casos tipificados como crime, não há espaço de liberdade jurídica. (STF, 2012a).

Segundo informação retirada do site do STF acerca do voto de Peluso:

Os apelos para a liberdade e autonomia pessoais são “de todo inócuos” e “atentam contra a própria ideia de um mundo diverso e plural”. A discriminação que reduz o feto “à condição de lixo”, a seu ver, “em nada difere do racismo, do sexismo e do especismo”. Todos esses casos retratam, de acordo com o voto, “a absurda defesa e absolvição da superioridade de alguns sobre outros”. (STF, 2012a).

Assim sendo, compreende-se que Peluso defende uma igualdade entre os seres vivos, não podendo ocorrer uma superioridade de uns perante outros, ainda relacionando a discriminação que reduz o feto à condição de lixo ao sexismo ou até mesmo ao próprio racismo, onde de forma mais evidente se observa um ideal irracional de que alguns são superiores a outros.

Entende Peluso que a ADPF 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde teve como objetivo burlar a má vontade do Legislativo em regulamentar a questão.

Na parte final de seu voto, o Presidente do STF salientou que não cabe a Suprema Corte atuar como se legislador positivo fosse, somente cabendo sua atuação na omissão da lei, através de uma atuação negativa, sendo o Congresso Nacional,

através dos representantes do povo, o órgão legitimado para incluir o caso dos anencéfalos como uma excludente de ilicitude do art. 124 do Código Penal, sendo assim, se o Congresso não o faz cabe a população através de meios lícitos de pressão se organizar e lhe demandarem uma atualização legislativa.

#### 4.2 A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE FETOS ANENCÉFALOS À LUZ DO STF

A partir da análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, pode-se afirmar que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi favorável à possibilidade da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, se assim for à vontade da gestante.

O julgamento foi envolto de muita comoção social e o fundamento majoritário para possibilitar à mulher a antecipação do parto foi por conta da atipicidade de sua conduta, neste caso, a partir desta decisão as mulheres estariam respaldadas e inclusive seus médicos para a prática da antecipação do parto sem a perspectiva de nenhuma sanção penal para o fato em face de sua atipicidade.

O julgamento que teve como resultado o provimento o pedido da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, sendo oito votos a favor e dois contra (Ministro Ricardo Lewandowski e o Ministro Cezar Peluso), além da declaração de impedimento para votar do Ministro Dias Toffoli por ter participado do processo ainda como Advogado-Geral da União e ter emitido parecer favorável à procedência da proposta da ADPF 54.

Como regra geral, dos oito votos favoráveis na DPPF 54, sete Ministros adotaram a teoria da atipicidade como fundamento de suas decisões, a exceção ficou por conta do Ministro Gilmar Mendes que entendeu que a antecipação do parto de feto anencéfalo não se constitui crime, pois a hipótese em questão é compreendida como excludente de ilicitude, tendo em vista o perigo à saúde da mãe e já encontra-se compreendida entre as excludentes de ilicitude.

A teoria da atipicidade em questão foi inicialmente proposta na própria petição inicial da ADPF 54 e foi de igual maneira aderida pelo seu relator, o Sr. Ministro Marco Aurélio, e posteriormente pelos Ministros(as) Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Celso de Mello.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal ao adotar a teoria da atipicidade para possibilitar a antecipação do parto do feto portador de anencefalia, entendeu que diante desta conduta não restará configurado o crime de aborto, porque o referido crime tem como característica principal a interrupção da vida, que, por sua vez, para a maioria dos Ministros, a anomalia representada pela anencefalia não se compatibiliza com a idéia de vida que o próprio direito pretende tutelar, pois a vida que se busca tutelar seria a em potencial.

Esta conclusão acerca da atipicidade fica ainda mais evidente quando se retira trechos marcantes dos votos dos Ministros no julgamento da ADPF 54 que entenderam pela interrupção do parto como atípicos:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida. (GLOBO, AURÉLIO, 2012).

É de se reconhecer que merecem endosso as opiniões que expressam não caber anencefalia no conceito de aborto. O crime de aborto quer dizer a interrupção da vida e, por tudo o que foi debatido nesta ação, a anencefalia não é compatível com essas características que consubstanciam a idéia de vida para o direito. (GLOBO, WEBER, 2012)

Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta complementamente qualquer possibilidade de haver consciência. [...] Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura. (GLOBO, FUX, 2012)

Não é escolha fácil. É escolha trágica. Sempre é escolha do possível dentro de uma situação extremamente difícil. Por isso, acho que todas as opções são de dor. Exatamente fundado na dignidade da vida neste caso acho que esta interrupção não é criminalizável. (GLOBO, LÚCIA, 2012)

O feto anencéfalo é um crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta porque não alçará voo jamais. [...] Não se pode tipificar esse direito de escolha [da mulher] como caracterizador do aborto proibido pelo Código Penal. [...] Levantar esse martírio às últimas consequências contra a vontade da mulher equivale a tortura, a martírio cruel. [...] É preferível arrancar essa plantinha ainda tenra do chão do útero do que vê-la precipitar no abismo da sepultura. (GLOBO, BRITTO, 2012).

O crime de aborto pressupõe gravidez em curso e que o feto esteja vivo. E mais, a morte do feto vivo tem que ser resultado direto e imediato das manobras abortivas. [...] A interrupção da gravidez em decorrência da



anencefalia não satisfaz esses elementos. [...] A interrupção da gravidez é atípica e não pode ser taxada de aborto, criminoso ou não. (GLOBO, MELO, 2012)

O ponto chave para a teoria da atipicidade adotada pelo STF encontra-se caracterizado por dois sustentáculos.

O primeiro encontra-se no conceito de morte adotado pela Lei 9434/97, Lei dos Transplantes, considerando-se o momento da morte a partir da morte cerebral/encefálica, ou seja, só há de se considerar morto de fato e juridicamente, inclusive sendo permitido o transplante de órgãos e tecidos, aquele que estiver com a morte cerebral decretada. Desta maneira, pelo posicionamento do STF, o feto que não possui encéfalo, pode ser considerado natimorto cerebral, sendo inclusive o conceito utilizado pelo Conselho Federal de Medicina, pois o anencéfalo por não possuir a atividade encefálica naturalmente não possuirá bem jurídico-penal a ser tutelado.

O segundo sustentáculo encontra-se na tutela à vida que se pretende proteger no crime de aborto, entendendo a maioria dos Ministros do STF que não deveria ser protegida o simples conceito de vida biológica, mas o que se pretende proteger no crime de aborto seria a vida em potencial, a vida extrauterina.

Ressalte-se que ao STF decidir acerca da ADPF 54, o Supremo Tribunal correria/correu evidente risco de caracterização de uma postura de ativismo judicial. Paulo Branco (2011, p.392) define este como: “costuma-se usar o termo ativismo em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, especial no que tange a opções morais e políticas.”

Desta forma, compreende-se que a teoria da atipicidade foi adotada pelo STF, porque, se a decisão fosse baseada e fundamentada numa excludente de ilicitude não prevista, estaria evidente a ocorrência de uma intervenção direta por parte da Suprema Corte no âmbito do Poder Legislativo.

### 4.3 A TEORIA DA ATIPICIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA

A teoria da atipicidade nos casos da antecipação do parto de fetos portadores de anencefalia apesar de ter sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal e obter diversos seguidores na doutrina, tais como Bitencourt (2008), Capez (2008), é passível de diversas críticas.

Inicialmente faz-se necessário o questionamento acerca do anencéfalo possuir vida ou não, pois um dos fundamentos utilizados por quem defende a linha da atipicidade é que o feto portador de anencefalia é um natimorto, sendo assim, não haveria como ocorrer o crime do aborto sem necessariamente existir uma vida.

Segundo Capez (2008 p. 138): “Ora, isso significa que, sem atividade encefálica, não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a supressão da vida intra-uterina. Fato atípico, portanto.”

Seguindo um entendimento completamente diferente acerca da situação do feto anencéfalo, Lima (2010, p.77) entende que “apesar de toda a precariedade e enfermidade da sua vida, para as ciências médicas, ele é um ser vivo”.

Ademais, Lima (2010, p.172) termina seu trabalho enumerando várias conclusões dentre elas a que “o anencéfalo não pode ser comparado ao natimorto, uma vez que preserva o funcionamento do tronco encefálico, o que lhe permite manter suas funções vitais vegetativas”.

Diante desta perspectiva, pode-se afirmar que apesar do anencéfalo não possuir uma potencialidade de vida, mesmo sendo esta precária, não há dúvidas de que do ponto de vista biológico o anencéfalo é vivo.

Sendo assim, diante da existência de vida no feto portador de anencefalia, pode-se afirmar que a conduta do aborto não poderia ser configurada em face da impossibilidade de vida em potencial do feto? Este é inclusive o questionamento feito pelo Ministro Cezar Peluso que, em seu voto, no julgamento da ADPF 54, na crítica feita à teoria da atipicidade da conduta na interrupção do parto de feto portador de anencefalia.

Ocorre que, conforme voto e entendimento de Cezar Peluso, a crítica feita à teoria da atipicidade da conduta em face da interrupção do parto do feto anencéfalo, tendo

como justificativa a não potencialidade de vida do feto é que segundo o que a lei estipula, não se faz necessário o critério da potencialidade de vida extrauterina para a constituição do crime, mas somente necessita a eliminação de uma vida intrauterina para o crime de aborto restar configurado, pois a lei não estabelece o critério de potencialidade como caracterizador do crime.

Assim sendo, basta-se a interrupção de uma vida intrauterina, seja ela potencial ou não, para a caracterização do crime de aborto.

Ocorre que outro fundamento utilizado pelos defensores da teoria da atipicidade é que o feto anencéfalo, em verdade, deverá ser considerado morto para todos os efeitos jurídicos com base no próprio conceito de morte adotado pela Lei de Transplantes, Lei 9.434/97, que permite a retirada de tecidos e órgãos do corpo humano depois de constatada a morte encefálica.

Ocorre que, conforme entendimento do Dr. Celso M. Terra da Divisão de Pediatria do Hospital Universitário da U.S.P, o anencéfalo não poderia ter automaticamente sua morte encefálica decretada em face da continuidade da atividade do tronco encefálico, possibilitando aos anencéfalos a manutenção do estado vegetativo.

A nomenclatura MORTE ENCEFÁLICA tem sido preferida ao termo MORTE CEREBRAL, uma vez que para o diagnóstico clínico, existe necessidade de cessação das atividades do córtex e necessariamente, do tronco cerebral. Havendo qualquer sinal de persistência de atividade do tronco encefálico, não existe MORTE ENCEFÁLICA, portanto, o indivíduo não pode ser considerado morto. Como exemplos desta situação, podemos citar os anencéfalos, o estado vegetativo persistente. (TERRA, 1994, p.103)

Segundo Lima (2010, p.89):

[...] apesar da ausência de quase todo o encéfalo, o anencéfalo é um ser vivo. A presença do tronco encefálico permite que as funções vegetativas sejam preservadas. Segundo Maria Auxiliadora Minahim, é a presença dessas funções, ou de algumas delas, que marca a diferença entre morte encefálica e anencefalia. Um ser desprovido de encéfalo, com certeza, não poderia sobreviver ou mesmo existir. No entanto, não é o caso do anencéfalo. Ele sobrevive por curto período de tempo, na maioria dos casos, porque preserva o tronco encefálico ou parte dele.

Ademais, resta saber se existe de fato a possibilidade de ser aplicado aos anencéfalos o conceito de morte como perda irreversível das funções encefálicas adotado pela Lei de transplantes, tendo em vista que a Resolução 1480/97 do Conselho Federal de Medicina permite o entendimento de que não é possível se

aplicar os conceitos de morte encefálica aos recém-nascidos com idade inferior a sete dias, conforme se observa a seguir:

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas
- d) acima de 2 anos - 6 horas

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

Perceba-se que em seu Art. 5º a Resolução 1480/97 do Conselho Federal de Medicina define que as duas avaliações necessárias para a caracterização da morte encefálica serão a partir de 7 dias a 2 meses incompletos, ou seja, a própria resolução deixou de forma expressa a impossibilidade de se aplicar o conceito da morte encefálica aos fetos e crianças de até 7 dias de vida.

Ademais, percebe-se a exigência no Art. 6º de exames complementares para a constatação da morte encefálica, tal como o exame que demonstra a ausência de atividade elétrica encefálica, que por razões técnicas se demonstram impossíveis de serem realizados em um feto, assim resta-se prejudicado qualquer diagnóstico de morte encefálica ao anencéfalo.

Desta maneira, encontra-se evidente que caracterizar a antecipação do feto anencéfalo como conduta atípica é altamente questionável, tendo em vista que, não há a exigência da potencialidade de vida no tipo penal do aborto para sua caracterização, ademais resta esclarecido que a utilização dos critérios de morte encefálica, estabelecidos pela Resolução 1480/97, não são aplicáveis aos fetos anencéfalos, por conta da inviabilidade técnica para o preenchimento dos requisitos estabelecidos na Resolução.

## 5 PRINCIPAIS EFEITOS DECORRENTES DA ANTECIPAÇÃO

Com a expressa autorização da realização da interrupção do parto no caso dos fetos portadores de anencefalia através do julgamento da ADPF 54, esta prática encontra respaldo para sua realização, ocorre que, diante da realização ou da não realização da antecipação do parto de fetos anencéfalos, existirão consequências e efeitos decorrentes destas atitudes.

Estes efeitos podem ser visualizados diante de inúmeras esferas do direito, como por exemplo, o patrimonial e o sucessório, porém não há, neste trabalho, pretensão de esgotar todas as consequências e efeitos decorrentes da antecipação.

### 5.1 QUESTÕES SUCESSÓRIAS

A antecipação do parto de fetos anencéfalos envolve, de forma primordial, intensa influência no que tange as consequências sucessórias.

Segundo as sábias palavras de Maria Helena Diniz (2011a, p.25), “o termo sucessão indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de outra pessoa.”

Ressalte-se que para uma pessoa inserir-se na titularidade que lhe advém de outra pessoa, faz-se necessária a ela a capacidade para suceder, que não pode ser confundida com capacidade civil, segundo Diniz (2011a, p.60):

É preciso não confundir a capacidade para suceder com a capacidade civil nem com a capacidade para ter direito à sucessão. A capacidade civil é a aptidão que tem uma pessoa para exercer, por si, os atos da vida civil; é o poder de ação no mundo jurídico. A legitimação ou capacidade sucessória é a aptidão específica da pessoa para receber os bens deixados pelo de cujus, ou melhor, é a qualidade virtual de suceder na herança deixada pelo de cujus.

Os efeitos sucessórios podem ser vistos de forma mais evidente quando se ocorre à apuração da capacidade sucessória, segundo Diniz (2011a, p. 61) na ocorrência de dois pressupostos, sendo o primeiro a morte do de cujus, pois é a partir deste momento em que a propriedade e posse da herança se transmitem aos herdeiros

legítimos e testamentários e o segundo pressuposto seria a sobrevivência do sucessor.

A principal consequência da antecipação do parto de feto anencéfalo se demonstra no panorama deste segundo pressuposto que trata sobre a sobrevivência do sucessor, pois Diniz (2011a, p. 61) ressalta que o pressuposto é a “sobrevivência do sucessor, ainda que por fração ínfima de tempo, dado que a herança não se transmite ao nada”.

O nosso ordenamento jurídico trata da capacidade sucessória do nascituro através do Código Civil em seu art. 1.798 “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”

Desta maneira o Código direciona a legitimidade para a sucessão dos nascituros simplesmente condicionada a concepção destes.

Carlos Roberto Gonçalves (2009, p.50) traz o entendimento de que “no direito sucessório vigora o princípio de que todas as pessoas têm legitimação para suceder, exceto aquelas afastadas pela lei.”

Assim sendo, como não existe nenhuma regra que afaste o nascituro para suceder a herança, muito pelo contrário, o art. 1.798 do CC/02 garante este direito ao nascituro a partir de sua concepção, questiona-se o seguinte, o anencéfalo teria capacidade sucessória?

Apesar dos doutrinadores que adotam a teoria da atipicidade entenderem que o anencéfalo já se encontra morto, apesar desta conclusão ser um pouco precipitada, sabe-se que biologicamente o anencéfalo se constitui como um ser vivo que foi obviamente concebido e que mantém suas funções vegetativas em funcionamento.

Assim sendo o anencéfalo se adéqua perfeitamente no que se visualiza no art. 1.798 do CC/02, assim como qualquer outro nascituro.

Desta maneira, ao anencéfalo quanto a qualquer outro nascituro lhe é garantido o direito sucessório, conforme art. 1798 do CC/02, porém fica a eficácia da vocação hereditária do nascituro condicionada ao seu nascimento com vida, conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p.51).

A regra geral segundo a qual só têm legitimação para suceder as pessoas nascidas por ocasião da abertura da sucessão encontra exceção no caso do nascituro. De acordo com o sistema adotado pelo Código Civil acerca do

começo da personalidade natural (art. 2º), tem-se o nascimento com vida como marco inicial da personalidade. Respeitando-se, porém, os direitos do nascituro, desde a concepção, pois desde esse momento já começa a formação do novo ser.

Os nascituros podem ser, assim, chamados a suceder tanto na sucessão legítima quanto na testamentária, ficando a eficácia da vocação dependente do seu nascimento.

Assim sendo, nascendo com vida conforme entendimento de Diniz (2011a p. 62), será deferida a sucessão com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir do falecimento do autor da herança.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008), o fato do ar atmosférico entrar e permanecer nos pulmões é o que caracteriza o início da personalidade, portanto, conclui-se que se o sujeito respirar, mesmo que por poucos segundos, então nasceu com vida e adquiriu a personalidade civil.

Diante do conceito de início da vida e aquisição da personalidade civil de Cristiano Chaves, encontra-se evidente a possibilidade da própria aquisição da personalidade civil pelo feto anencéfalo, pois este, ao nascer pode chorar, respirar e manter funções vegetativas.

No caso do feto não nascer ou nascer morto Carlos Roberto Gonçalves (2009, p.52) entende que neste caso não haverá aquisição de direitos em relação ao feto e será como se ele nunca tivesse existido.

Saliente-se que existem precedentes acerca da comprovação da vida no anencéfalo através da certidão de nascimento e da certidão de óbito que se deu 6 horas e 45 minutos após o nascimento da menina Giovanna Lopes Sanches, como se observa no relato de sua mãe Mônica Torres.

Ora, só pode ter certidão de óbito, quem comprovadamente nasceu, mas morreu e se morreu era, porque se encontrava anteriormente viva.

Ademais, os fetos anencéfalos podem nascer e respirar, viverem algumas horas e depois morrerem, desta forma, a aquisição de personalidade resta evidente de acordo com o Código Civil.

Assim conclui-se que de fato o anencéfalo pode ter a capacidade sucessória plena condicionada ao seu nascimento com vida.

Ressalte-se que a possibilidade do anencéfalo suceder é matéria de suma importância, pois, por exemplo, em um caso prático onde a gestante esteja em união

estável e seu companheiro falece, segundo o Código Civil a divisão da sucessão se daria da seguinte forma:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança

Perceba-se a discrepância com que o legislador tratou a companheira em face do cônjuge, alguns doutrinadores entendem que este dispositivo é merecedor de inúmeras críticas, caso de Carlos Roberto Gonçalves (2009 p. 173), mas para o caso prático do anencéfalo se conclui que, conforme Diniz (2011a, p. 166) se a companheira (gestante), concorre com o seu próprio filho (anencéfalo), fará jus a mulher uma quota parte equivalente a que couber a seu filho, caso ele nasça vivo, independentemente de sua potencialidade de vida, porém caso se considere o anencéfalo como morto e impossibilitado de suceder mesmo podendo chorar e respirar por certo período, a mulher (gestante) concorrendo com outros parentes sucessíveis (ascendentes ou colaterais) somente lhe tocará 1/3 da herança.

## 5.2 ABORTO EUGÊNICO

A expressão “eugenia” é normalmente interligada às práticas nazistas realizadas na Europa sob o fundamento do aprimoramento da espécie ariana e por conta deste passado obscuro é normalmente carregada de uma forte rejeição social.

A expressão eugenia é um dos termos mais carregados de rejeição emocional e tal se deve, fundamentalmente, às práticas eugênicas utilizadas pelo nazismo na Europa, por meio das leis de higiene racial, e pelas leis de esterilização obrigatória aplicadas em deficientes mentais e criminosos nos Estados Unidos, além de uma ativa política americana de controle de migração majoritariamente baseada em políticas eugênicas. A partir desses incidentes, o termo eugenia passou a ser compreendido em um sentido quase que exclusivamente pejorativo, muitas vezes equiparado vulgarmente ao racismo. (LIMA, 2010, p. 97)

No que tange à indicação eugênica do aborto, Lima (2010, 96) traz a concepção de que o aborto eugenésico se caracteriza pela autorização da sua prática quando



existem riscos de que o feto oriundo da concepção seja portador de graves anomalias genéticas ou de outros defeitos físicos ou psíquicos que foram originados durante a gestação.

Diante da análise acima, pode-se afirmar que a priori o aborto de feto anencéfalo é de fato eugênico, porém existe uma forte discussão na doutrina acerca da caracterização do aborto eugênico ou não nos casos da interrupção da gestação de feto anencéfalo.

De acordo com o entendimento de Maria Helena Diniz (2011c, p. 70) “há quem ache que a malformação grave e incurável deve ser eliminada a qualquer preço, porque a sociedade tem o direito de ser constituída por pessoas sadias e capazes.”

Continua Maria Helena Diniz (2011c, p.71) afirmando que “o aborto eugênico não seria, na verdade, uma prática em favor da criança, pois apenas resolve o problema dos pais”.

De acordo ainda com o que pensa Maria Helena Diniz (2011c, p. 75) a interrupção seletiva do parto nos casos de anencefalia não deveria se caracterizar como legal em face do princípio à dignidade da pessoa humana.

Para que interromper gravidez de anencéfalo ou de qualquer feto portador de moléstia grave e incurável? Ninguém é tão desprezível, inútil ou insignificante que mereça ter sua morte decretada, por meio de interrupção da gestação, uma vez que a natureza é sábia e se encarregará de seu destino se não tiver condições de vida autônoma extrauterina. (DINIZ, 2011c, p. 80)

Para os doutrinadores que entendem que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se caracteriza como eugênico, são utilizados os seguintes argumentos como se visualiza a seguir.

Para Diaulas (2003, p.108) a concepção que denominar de eugênica o aborto de fetos anencéfalos encontra-se totalmente não fundamentada, pois a preocupação da interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia em nada tem haver com questões eugênicas, porém o foco encontra-se na gestante, na sua saúde física e psíquica.

Débora Diniz (2003, p. 59) fundamenta de forma esclarecedora o motivo da não utilização do termo aborto eugênico nos casos de antecipação do parto de fetos anencéfalos:

O primeiro mal-entendido é o que supõe haver uma semelhança entre o extermínio nazista e o aborto por anomalia fetal, tal como discutido nos últimos trinta anos. Diferentemente do passado, quando o correto seria falar em aborto eugênico, pois as mulheres eram forçadas a abortar por razões raciais, éticas ou religiosas, hoje, o pressuposto ético do aborto por anomalia fetal é o da autonomia reprodutiva, ou seja, a decisão sobre o aborto é de caráter estritamente individual e não deve haver qualquer tipo de constrangimento em torno dela.

Saliente-se que Debora Diniz (2003, p. 60) aceita o fundamento daqueles que atribuem ao aborto por anomalia fetal como eugênico em face de sua etimologia, como uma simples seleção ou escolha, nesta perspectiva não seria equivocado, por exemplo, a introdução da antecipação do parto de feto anencéfalo como eugênico, tendo em vista a mera etimologia da palavra eugenia que nos traz a idéia de seleção.

Bitencourt (2008, p. 149) apresenta um quadro baseado em uma doutrina especializada na área médica para a classificação do aborto:

1. Interrupção eugênica da gestação (IEG), que 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. Comumente sugere o tipo praticado pela medicina nazista, quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negra.
2. Interrupção terapêutica da gestação (ITG), que são os casos 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 tecnológico experimentado pela Medicina, são cada vez mais raros os abortos inscritos nesta tipologia.
3. Interrupção seletiva da gestação (ISG), que são os casos de abortos ocorridos em nome de anomalias fetais, em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões no feto, apresentando patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, com é o caso da anencefalia.

Percebe-se diante do estudo da classificação acima que a interrupção de partos de fetos anencéfalos não se classificaria como interrupção eugênica da gestação, pois para sua caracterização faz-se necessário a presença de valores racistas, religiosos como fundamento da própria interrupção, porém se utilizada à expressão eugenia voltada para sua forma etimológica que se refere a um tipo de seleção, pode-se ser considerado a antecipação do parto de fetos anencéfalos como eugênico etimologicamente enquadrado na terceira classificação como interrupção seletiva da gestação.

Salienta-se ainda que diante da decisão da ADPF 54, o STF entendeu que a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos é uma conduta atípica, desta maneira, de acordo com este entendimento compartilhado por Capez (2008, p. 37)

como o aborto eugenésico, eugênico ou piedoso é aquele feito para impedir que o feto nasça com deformidades e não é permitido pela legislação brasileira, caracterizando-se de fato como crime de aborto e no que tange ao abortamento do feto anencéfalo não há que se falar de crime, diante da atipicidade da conduta, também não haverá de se falar em eugenia na antecipação do parto de fetos portadores de anencefalia.

### 5.3 EUTANÁSIA E DISTANÁSIA

O termo eutanásia é enraizado de um diverso e elevado contra-senso social, segundo Maria Fátima Freire de Sá (2001, p. 66), a eutanásia pode ser caracterizada como a morte de uma pessoa que se encontra em grave estado de saúde, sem perspectiva de melhora, produzida por outra pessoa com a necessidade do consentimento da acamada.

A eutanásia segundo Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 177) é tradicionalmente compreendida como boa morte e afirma que a abordagem do tema envolve a participação de diversas áreas do saber como a religiosa, médica, filosófica o que conseqüentemente dificulta um conceito que abrange todas as visões e entendimentos destas áreas do saber.

Pode-se afirmar que existe a eutanásia positiva e negativa, segundo Maria Fátima Freire de Sá (2001, p. 67):

A intenção de realizar a eutanásia pode gerar uma ação, daí tem-se “eutanásia ativa”, ou uma omissão, ou seja, a não realização de ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância – “eutanásia passiva” ou ortotanásia. Em outras palavras, a eutanásia ativa seria uma proposta de promover a morte mais cedo daquela que se espera, por motivo de compaixão, ante o sofrimento insuportável.

Segundo entendimento de Elias Farah (2011, p. 134) a eutanásia é chamada de homicídio piedoso e segundo o autor é ato que raramente fica sujeito a severidade da lei, sendo os tribunais tendenciosos a tolerar este ato sobre o prisma da piedade e compaixão, justificando o estabelecimento da eutanásia como homicídio como forma de proteção e para que a eutanásia não seja utilizada para fins escrupulosos

de meios ilícitos como a comercialização ou tráfico de órgãos para fins de transplante.

Desta maneira compreende-se que a eutanásia seria um crime humanitário contra a vida, necessitando obviamente da existência da vida para que a eutanásia seja configurada, desta maneira Maria Auxiliadora Minahim (2005, p.182) traz o seguinte entendimento acerca do conceito de morte encefálica adotada pela Lei de Transplantes e aos indivíduos acometidos por esta:

No Brasil, tal conceito foi introduzido com a primeira lei de transplantes de órgãos, Lei 5.479, de 1968, e permanece na Lei 9.434/97, com alterações impostas pela Lei 10.211/20001. No que tange ao paciente nesta situação, embora possam ser feitas restrições ao critério de morte encefálica, o desligamento de aparelhos não configura o homicídio ou eutanásia, porque o bem jurídico vida já não existe ou, ao menos, não existe na forma convencionada.

Desta forma, pode-se compreender que no que tange a pacientes com morte anencefálica não há como haver a configuração da eutanásia, tendo em vista a inexistência de vida perante o ordenamento jurídico brasileiro.

O Conselho Federal de Medicina editou a resolução 1.805/2006 que versa sobre a ortotanásia permitindo ao médico que se limite ou até mesmo suspenda meios que prolonguem a vida do doente em fase terminal, em estado grave e sem possibilidade de cura, conforme art. 1º da mencionada resolução, sendo obviamente respeitada a vontade da pessoa doente ou de seu representante legal.

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

[...]

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

CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

[...]

CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 9/11/2006, RESOLVE:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

Cabe ao médico esclarecer todas as dúvidas do paciente e de seu representante legal, acerca das modalidades terapêuticas de cada caso.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.  
[...]

Estão garantidos aos pacientes todos os cuidados necessários para que seus sintomas, dores e desconfortos sejam aliviados inclusive sendo assegurado ao paciente o próprio direito de alta hospitalar.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Diante desta resolução feita pelo CFM o Ministério Público Federal, em 2007, ajuizou uma Ação Civil Pública com o intuito de impedir a regulamentação da ortotonásia e conseguiu a suspensão da resolução até o ano de 2010, quando juiz Roberto Luis Luchi Demo através de sentença considerou improcedente o pedido do Ministério Público Federal de decretação de nulidade da sua Resolução nº 1.805/2006, deixando a resolução de ficar suspensa.

Segundo Farah (2011, p.135) os requisitos para configuração da eutanásia são:

Estudiosos da eutanásia formulam os requisitos ou as condições para a configuração da prática eutanásica: (a) que a morte seja, direta ou indiretamente, provocada, por ação positiva ou comissiva por terceiro identificado; (b) que haja revelação explícita do objeto de acarretar o encurtamento da vida do paciente, inspirado em reconhecimento e desinteressado sentimento de piedade, compaixão e humanismo; (c) que haja comprovação, por qualquer modo idôneo, que o paciente esteja cometido de moléstia incurável, sem perspectiva de cura, em faces dos recursos disponíveis da medicina; e (d) que o paciente esteja, mediante diagnóstico definitivo e confiável, em efetivo estado terminal, padecendo de insuportável sofrimento, com profunda violência contra sua dignidade.

Conclui-se que a eutanásia deve ser praticada através de ação de terceiro, devendo haver o respectivo consentimento do paciente em estado terminal, sem perspectiva de cura e com o principal fundamento na dignidade da pessoa humana onde o encurtamento da sua vida é mais benéfico do que a própria situação de sofrimento que aquele paciente vive.

Com relação à distanásia, Léo Pessini (1996, p. 1) define que:

Trata-se, assim, de um neologismo, uma palavra nova, de origem grega. O prefixo grego *dis* tem o significado de "afastamento", portanto a distanásia significa prolongamento exagerado da morte de um paciente. O termo

também pode ser empregado como sinônimo de tratamento inútil. Trata-se da atitude médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submeto-o a grande sofrimento. Nesta conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer.

Desta maneira, pode-se observar que diferentemente do que ocorre na eutanásia, que seria o abreviamento da vida, o que ocorre na distanásia é o prolongamento da morte através de meios que afrontam a própria idéia de dignidade da pessoa humana.

Farah (2011, p. 151) entende que a distanásia pode ser conceituada como ação médica através de procedimentos pelos quais o processo de agonia do paciente é estendido, independentemente dos efeitos se tornarem dolorosos ou atrozes.

Diante desta análise, perante a teoria adotada pelo STF no julgamento da ADPF 54 acerca da atipicidade da conduta da interrupção do parto de feto anencéfalo, tendo em vista a inexistência de vida no feto, teoricamente não há como o feto anencéfalo sofrer qualquer tipo de eutanásia ou distanásia, pois inexiste o bem jurídico vida.

Ocorre que como foi visto no caso da menina Geovanna, através do depoimento de sua mãe Mônica Torres (2008), um anencéfalo pode nascer e como foi o caso da menina, obter certidão de nascimento e do próprio óbito, diante desta situação só pode morrer quem tem vida, assim uma abreviação de vida do bebê anencéfalo, atendendo aos requisitos da eutanásia poderá sim configurá-la, da mesma forma ocorrerá com a distanásia em caso de prolongamento da morte do anencéfalo através de meios inúteis ou fúteis.

Deste modo, pode-se afirmar que a decisão do STF, diante da sua fundamentação através da teoria da atipicidade, possibilita através deste precedente, que um bebê anencéfalo que nasceu e respirou sofra condutas tipicamente de eutanásia ou distanásia, sem, no entanto, restar configurada a prática das mesmas.

#### 5.4 OUTRAS PATOLOGIAS

O que se busca compreender e também é fruto de muitos questionamentos é a justificativa que se dá para a ênfase e evidência tão grande da anencefalia nos dias atuais em face de inúmeras outras patologias.

Este argumento do por que da escolha da anencefalia na ADPF 54 foi utilizado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, utilizando como fundamento o também questionamento do Dr. Rodolfo Acatuassú Nunes:

Nessa linha, o Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema, assentou o seguinte: “A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18. São todas afecções congênicas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte. Por que foi escolhida a anencefalia para provocar-se a antecipação da morte, ainda no ventre materno, não se esperando o nascimento natural? (STF, 2012b, p. 16)

A possível justificativa acerca da escolha da anencefalia na ADPF 54 pode ser esclarecida no debate feito pelo Conselho regional de Medicina (2004, p. 18) onde se colocou diversos dados que podem de certa maneira justificar o objeto da ADPF 54 acerca da anencefalia.

O que este primeiro dado nos mostra é que a anencefalia não foi a única má-formação incompatível com a vida que fundamentou a jurisprudência brasileira. Estima-se que 55% e 65% dos casos correspondam à anencefalia, e esta foi uma das razões para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ter sido exclusivamente sobre anencefalia.

Desta forma, como se observa no trecho acima, pode-se afirmar que a escolha exclusiva da anencefalia como objeto da ADPF 54 possui razões científicas, as quais, os dados acima demonstram que de todos os casos de anomalias que eram discutidas na justiça à época entre 55% e 65% eram casos de anencefalia.

Ademais, a anencefalia é uma anomalia chocante, que meche com o psicológico da gestante e envolve uma série de princípios, como por exemplo, o da Dignidade da gestante e Direito à vida ao feto.

No debate do Conselho regional de Medicina (2004, p. 18), ainda se salienta que a morte do anencéfalo é certa, sendo que, aproximadamente 60% dos fetos morrem no útero da mulher e aos que sobrevivem ao parto resistem pouco tempo, podendo ser minutos ou horas, não existindo qualquer forma de tratamento ou cirurgia que reverta o quadro da anencefalia.

Ressalte-se que outra razão para o ajuizamento da ADPF 54 foi, como dito no Debate do Conselho regional de Medicina (2004, p. 19) a imparcialidade de alguns juízes e promotores, por mais que esses fossem minoria, justificando suas decisões negativas com documentos religiosos, como o *Evangelium Vitae*, o que sem dúvida pôs em dúvida o caráter laico do Estado brasileiro.

Ademais, faz-se necessário a análise da seguinte hipótese, sendo a antecipação do parto de feto anencéfalo permitida pelo Supremo Tribunal Federal sob o argumento da impossibilidade da vida extrauterina, seria permitida a antecipação do parto sob o argumento de que o feto é portador de outras patologias que impossibilitem a potencialidade de vida extrauterina do mesmo?

Do ponto de vista de Tessaro (2008, p. 76) esta situação é possivelmente passível de ocorrer, desta maneira ela propõe uma antecipação seletiva do parto, que em nada se assemelha com o aborto, tendo em vista que no aborto há uma vida fetal, enquanto que na antecipação seletiva do parto o feto não terá possibilidade de vida extrauterina.

Para Diniz (2003, p. 66) as razões e fundamentos utilizados pelos juízes brasileiros que negaram o pedido da interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida foram amparadas basicamente em 3 (três) argumentos. O primeiro é que o aborto voluntário é tratado como crime pelo Código Penal e o aborto por anomalia fetal incompatível com a vida não é tratado como no referido código como uma excludente de ilicitude. O segundo argumento utilizado é o reconhecimento do status de feto como pessoa, tendo por consequência a inalienabilidade do direito à vida. O terceiro argumento se ampara na classificação do aborto de feto com anomalia incompatível com a vida como eugênico.

Ocorre que mesmo diante de todas estas supostas razões para negar o pedido de interrupção do parto de fetos portadores de anencefalia Diniz (2003, p. 79) entende que estes argumentos não se aplicam as situações de antecipação terapêutica do parto, caracterizado como procedimento que antecipa o parto em face de uma inviabilidade fetal.

Tessaro (2008, p. 89) ainda traça o entendimento de que apesar de nos dias atuais o alvará judicial para interromper a gestação de feto inviável é de essencial



necessidade para que a antecipação do parto ocorra nos moldes da justiça, salvo nos casos de feto anencéfalo por força do julgamento da ADPF 54, uma vez que não existe, apesar de já haver projeto de lei, legislação expressa que exclua a ilicitude na interrupção da gravidez por anomalia fetal incompatível com a vida, quando este projeto for aprovado, sendo alterado o art. 128 do Código Penal, por via de consequência as autorizações judiciais não serão mais necessárias para a realização da interrupção.

Entendendo de forma diferente Diaulas Costa Ribeiro (2003, p. 121) entende que “a interrupção voluntária da gravidez de feto inviável nunca esteve e não está proibida no sistema constitucional brasileiro”. Diaulas (2003, p. 121) se baseia na idéia de atipicidade, já que para a referida autora “o feto inviável não é suporte fático do crime de aborto”, porém a autora admite que existem decisões judiciais acerca do tema com fundamento para procedência da antecipação dos partos de fetos inviáveis nas excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Segundo Diaulas (2003), mesmo admitindo que a interrupção da gravidez de feto inviável não constitua crime e nem está proibida no sistema brasileiro, neste caso o questionamento acerca da permissão da antecipação do parto de fetos inviáveis perde um pouco o seu objeto, tendo em vista que, como esta prática não constitui crime e nem está proibida no ordenamento jurídico a mesma não precisaria de autorização judicial para sua realização, cabendo segundo Diaulas (2003, p.130) ao Ministério Público afirmar o desinteresse da instituição na persecução nestes tipos de interrupções de gestações.

Portanto, o Ministério Público pode, nos casos da antecipação terapêutica do parto, antecipar sua posição institucional para afirmar a inexistência de interesse público na persecução das ações ou omissões desenvolvidas para assegurar a vontade da mãe no sentido de interromper a gravidez de um feto inviável.

Saliente-se que o anteprojeto do novo Código Penal já coloca como hipótese de excludente de ilicitude, no art. 128, III, para que não seja caracterizado o crime de aborto, os casos em que o feto padecer de graves ou incuráveis anomalias que inviabilizam a vida extrauterina, devendo esta inviabilização ser atestada por dois médicos

Ressalte-se que, apesar de existir o anteprojeto do novo Código Penal e vários Projetos de Lei que versam sobre o tema, o mais prudente é almejar a interrupção

do parto de fetos inviáveis, portadores de outras patologias que não sejam a anencefalia, através de uma autorização judicial, já que de fato, por enquanto, não existe nenhuma excludente de ilicitude expressa que ampare a referida antecipação, deste modo o julgamento da ADPF 54 pode ser utilizado como fundamento e precedente para que se alcance a decisão favorável do juiz acerca da antecipação do parto de feto portador de outras patologias que o tornem inviável.

## 6 CONCLUSÃO

O grande problema acerca da antecipação do parto de feto portador de anencefalia a luz da análise do julgamento da ADPF 54 é se deve ser de fato considerado como atípico a interrupção da gestação do feto anencéfalo conforme entendimento formulado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 54.

A teoria da atipicidade em face da antecipação do parto de fetos anencéfalos se baseia no conceito adotado na Lei de Transplantes, onde se adota o momento da morte com a própria morte encefálica.

Desta forma, a partir da análise do tema, pode-se chegar à conclusão que o anencéfalo não pode ser considerado um natimorto, assim não é correta a afirmação que a interrupção da gestação não caracterizaria o tipo penal do aborto, pois o feto é de fato biologicamente vivo.

Ademais, apesar do crime de aborto ser contra a vida, não necessariamente esta vida deverá ser em potencial, o conceito de aborto só se refere à interrupção da vida, logo, se este crime está relacionado a algum tipo de vida, esta deverá ser voltada para a vida intrauterina e não extrauterina, não necessitando que a criança nasça e sobreviva por tempo indeterminado para que se constitua o crime de aborto.

O anencéfalo é um ser biologicamente vivo e isto é inquestionável, em verdade, o que se chama de anencéfalo deveria ser chamado de meroanencéfalo, pois o que se chama clinicamente de anencefalia, não é a total ausência de encéfalo, pois a anencefalia clínica é caracterizada pelo defeito no fechamento craniano do tubo neural, faltam-lhe os hemisférios cerebrais, porém possuindo uma parcela, mesmo que primitiva, do tronco encefálico, sendo este último que permite que o feto mantenha suas atividades vegetativas em funcionamento e torna possível um nascimento com vida.

Diante das próprias dificuldades jurídicas e até mesmo médicas em distinguir a anencefalia e a meroanencefalia para efeitos deste trabalho de pesquisa as duas patologias foram adotadas como sinônimas.

A Lei 9.434/97 define a morte como perda irreversível do encéfalo podendo ser detectada através de exames clínicos e complementares, ocorre que a definição destes exames para que a morte encefálica seja diagnosticada são específicos não havendo a possibilidade de serem feitos diversos exames no útero da mulher, desta maneira, entende-se inviável o diagnóstico da morte encefálica ao feto no ambiente uterino, assim não se deve aplicar o conceito de morte encefálica para os fetos anencéfalos.

Desta forma, encontra-se evidente que a atuação e julgamento da ADPF 54 pelo STF não foi realizada da forma mais adequada, pois se entende que os Ministros do Supremo Tribunal Federal ao receberem a ADPF 54, levaram em consideração os princípios, a saúde da psíquica da mulher, a dignidade da gestante, a autonomia de reprodução, que de fato deveriam ser levados em consideração, mas ao analisarem o caso do anencéfalo, tentaram achar uma maneira de possibilitar a antecipação do parto dos fetos sem necessariamente adentrarem no ativismo judicial.

Em verdade os Ministros deveriam enfrentar de fato de que o feto anencéfalo é um ser vivo e que a conduta da interrupção de sua gestação de fato se caracteriza como típica, perante o conceito de tipicidade clássica adotada por Barroso na inicial da ADPF 54.

Diante desta evidente conduta antijurídica, seria cabível a interpretação da interrupção através de uma analogia com uma excludente já existente no ordenamento jurídico, art. 128, II do CP, referente à gestação advinda do crime de estupro, poderia ocorrer à interpretação baseada na excludente geral do estado de necessidade, art. 23, inciso I do CP e poderia ocorrer à interpretação baseada no exercício regular de direito, que também se caracteriza como uma excludente de ilicitude situada no art. 23, III do CP.

No que tange a definição da conduta como antijurídica baseada em uma analogia a excludente de ilicitude já estabelecida no código penal, mas especificamente no seu art. 128, inciso II, que trata sobre a possibilidade do aborto nos casos em que a gestação for oriunda de um estupro, esta poderia ser uma das justificativas dos Ministros do STF no julgamento da ADPF 54, porém os mesmos enfrentariam duras e incontáveis críticas dos que não são favoráveis ao ativismo judicial.

A justificativa para tal analogia se baseia na própria escolha do ordenamento jurídico ao colocar a vontade e dignidade da mulher em lugar privilegiado em face do feto independente de o mesmo se encontrar saudável ou não, desta maneira, os Ministros poderiam realizar uma analogia in bonam partem entre a antecipação do parto de feto anencéfalo e o próprio aborto decorrente do crime de estupro com o intuito de excluir a ilicitude da conduta, porém esta situação colocaria a atuação do Supremo Tribunal Federal como próprio legislador positivo, pois ocorreria um ativismo judicial ao se fazer esta analogia, tendo em vista que seria evidente que o rol de excludentes de antijuridicidade seria ampliado sem que o Congresso Nacional aprovasse esta mudança.

No que tange a definição da conduta como antijurídica baseada na excludente geral de estado de necessidade, localizada no art. 23, inciso I do CP, utilizada inclusive pelo Ministro Gilmar Mendes no seu voto na ADPF 54, esta poderia ser alegada, tendo em vista que, conforme ficou demonstrada em audiência pública, apesar de toda gravidez por em risco a saúde da mulher, entende-se que de fato o risco à saúde física da mulher é maior nos casos de gestações de fetos anencéfalos, além do mais, deve-se levar também em consideração a saúde psíquica da mulher que fica evidentemente desestruturada e abalada diante de uma gravidez, podendo inclusive chegar a um ponto de tentar um suicídio como uma forma de auto-extermínio.

A última possibilidade de justificar a antecipação do parto de fetos anencéfalos, caracterizando-se esta como a mais coerente, seria enquadrar esta situação na excludente geral de exercício regular de direito, expressamente localizada no art. 23, inciso III do Código Penal.

Diante desta excludente de ilicitude, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana da mulher e em face da própria escolha do ordenamento jurídico que privilegia a escolha da mulher nos casos de violência física ou psíquica por ela sofrida, além de que a penalização pelo aborto do feto anencéfalo se caracterizaria como uma evidente violação a diversos direitos fundamentais como o próprio princípio da proporcionalidade.

A situação da antecipação do parto dos fetos anencéfalos não foi analisada de forma correta pelo STF, porém esta situação não retira a culpa do próprio Congresso

Nacional, tendo em vista que caberia ao Legislativo se movimentar no intuito da produção e aprovação de Leis para que não fosse necessária uma intervenção do Poder Judiciário na esfera Legislativa.

Entende-se que o fato de caber ao Congresso Nacional legislar sobre o tema não retira as críticas feitas ao julgamento da ADPF 54 pelo STF, tendo em vista que evidentemente a atipicidade não é caracterizada nos casos de antecipação do parto de feto anencéfalo, sendo assim, o mais coerente para os Ministros do STF justificarem seus votos, seria a utilização de uma das excludentes de ilicitude apresentadas nesta conclusão, em especial a excludente geral de exercício regular de direito, pois é a que apresenta sustentáculo mais forte em sua fundamentação.

Saliente-se que já existem diversos projetos de lei que objetivam a inserção de um novo inciso III no art. 128 do CP, como por exemplo o PL nº 50 do Senado que pretende adicionar uma nova excludente de ilicitude voltada para os casos dos fetos anencéfalos.

Ademais, até mesmo o anteprojeto do novo Código Penal apresenta como uma de suas hipóteses de excludente de ilicitude para os casos de aborto a comprovação da anencefalia ou anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina do feto.

Desta maneira, a única coisa que falta no Congresso Nacional é a coragem e a vontade para encarar e decidir, trazendo segurança jurídica, aos casos dos fetos portadores de anencefalia e das demais patologias que impeçam a vida extrauterina do feto.

Ademais, embora a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela inaplicabilidade do crime de aborto à antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, de fato beneficiando as gestantes e as poupando de terríveis sofrimentos, por outro lado a decisão trouxe consigo inúmeros questionamentos não solucionados, por exemplo, no âmbito do direito sucessório, caso o anencéfalo de fato nasça, no âmbito penal, não podendo ocorrer à caracterização de homicídio de um bebê anencéfalo, no âmbito da bioética com a possível aplicação da eutanásia e/ou distanásia no bebê anencéfalo, além da questão mais importante da decisão que é à força de um precedente do Supremo Tribunal Federal em face de outras gestações que possuam um feto com anomalias que o impeçam de obter uma vida

extrauterina em potencial para que seja requerida a antecipação terapêutica do parto.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição.

**Panptica**, Vitória, ano 1, n. 7, mar. – abr., 2007, p. 1-37. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 12 maio 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial.8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.2.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**: parte especial.9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.2.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.Em busca de um conceito fugidio – o Ativismo Judicial. FELLET, André (Coord.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, P. 387-403.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral.2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.1.

\_\_\_\_\_. Teoria Jurídica do Crime .2d. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.Disponível em:<[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L\\_10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L_10406.htm)>. Acesso em: 19 out 2012

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988, DF, Disponívelem:<[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 maio 2012

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Decreto- Lei n2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponívelem:<[www.planalto.gov.br/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 20 out 2012.

\_\_\_\_\_.Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1480/97**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm) >. Acesso em: 25 maio 2012.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1805/2006. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm). Acesso em: 16 out. 2012

\_\_\_\_\_.Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1989/2012**. Disponível em: < <http://febrasgo.org.br/docs/resolucao.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm) >. Acesso em: 15 maio 2012.



\_\_\_\_\_. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 maio 2012.

\_\_\_\_\_. **Parto, aborto e puerpério**. Ministério da Saúde. Brasília, DF, 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: 01 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Senado nº 50**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=99165](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165)>. Acesso em: 30 maio 2012.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 01** de 1988. Conselho Nacional de Saúde. Brasília, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/r01-88.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Cezar Peluso na ADPF 54**. Relator: Marco Aurélio Mendes de Farias Melo. Julgado em 11 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204873&caixaBusca=N>. e <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881> Acesso em: 09 de out. 2012a.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 54**. Relator: Marco Aurélio Mendes de Farias Melo. Julgado em 11 abr. 2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863)>. Acesso em: 25 maio. 2012.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro LuisFux na ADPF 54**. Relator: Marco Aurélio Mendes de Farias Melo. Julgado em 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 07ago. 2012.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 54**. Relator: Marco Aurélio Mendes de Farias Melo. Julgado em 11 abr. 2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2012.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowskina ADPF 54**. Relator: Marco Aurélio Mendes de Farias Melo. Julgado em 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

CUNHA, Dirley Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

DAMIÃO, Ricardo Ferreira Júnior. **Material Genético Humano: aspectos jurídicos sobre a sua disponibilização**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DINIZ, Debora e RIBEIRO, Diaulas Costa. O Aborto por Anomalia Fetal e a Eugenia. **Abortopor Anomalia Fetal**. 1. ed. Brasília: Letras Livres, 2004. p. 58 – 106.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. ed. 25. São Paulo: Saraiva, 2011a, v.6.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b, v.1.

\_\_\_\_\_. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011c.

FARAH, Elias. Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia – Reflexões básicas em face da ciência médica e do direito -**Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 28. p.131 – 202.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria geral**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. **Anencefalia, breves considerações medicas, biomédicas, jurídicas e jurídico-penais**. RT 833/399. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: A dignidade da pessoa humana A ética da responsabilidade**. Maria Garcia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GLOBO. **Veja como votaram os Ministros do STF sobre aborto de feto sem cérebro**. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>. Acesso em: 10 out.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 7.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, v.1.

\_\_\_\_\_. **Curso Direito Penal**: parte especial. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, v.2.

\_\_\_\_\_. **Curso Direito Penal**: parte especial. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, v.2.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PESSINI, Leo. **Distanásia: Até quando investir sem agredir?**. Revista Bioética, São Paulo, ed. 1, v. 4, 1996. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/394/357](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394/357). Acessado em: 23 out. 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.1.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Antecipação Terapêutica do Parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil**. in: Aborto por Anomalia Fetal. Brasília: Editora Letras Livres, 2003.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional**.3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.1-34.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer – eutanásia, suicídio assistido**.1. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SOUSA, Fernanda dos Santos. **Células-Tronco Embrionárias**: Aspectos éticos e jurídicos da utilização de embriões em pesquisas. São Paulo: All Print Editora, 2009.

TERRA, Celso. **Morte Encefálica: Análise**. Revista **Pediatria, São Paulo**, 16(3), 1994. Disponível em: <http://www.pediatrinsaopaulo.usp.br/upload/pdf/163.pdf>. Acesso em: 19 out. 2012.

TORRES, Mônica. **O testemunho de Mônica, mãe de Giovanna**, anencéfala. 2008. Disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/giovanna.htm>. Acesso em: 18 out 2012.

TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8ed. São Paulo: Revista dos Tribunais v.1.