

## **ABORTAMENTO DE FETO ANENCÉFALO: VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA OU RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?**

ABORTION OF ANENCEPHALIC FETUS: LIFE RIGHT VIOLATION OR RESPECT FOR THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY?

**Solange Clarett Cavalcante**

Aluna do Curso de Direito das Faculdades Integradas Icesp-Promove de Brasília; Graduada em Administração (1997); Especialista em Educação e Promoção da Saúde (2004); Especialista em Gestão Governamental e Políticas Públicas (2009).

**Resumo:** O presente artigo discute um tema bastante controverso em nossa sociedade: o aborto. Analisa a evolução histórica da criminalização da prática do aborto, sua tipificação, qualificadoras e o aborto legal previstos no Código Penal. Discute o conflito de dois princípios fundamentais amparados pela Carta Magna brasileira, que é o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana e a consequente primazia de um preceito sobre o outro. O objetivo principal é esclarecer os efeitos práticos nas esferas jurídica e médica da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF nº 54, que discutiu o aborto de feto anencéfalo. O estudo se baseou em pesquisa bibliográfica. Conclui-se que, segundo o entendimento do STF, não há violação do direito à vida, no caso de abortamento de feto anencéfalo, e que diante de um fato concreto não existe hierarquia entre os princípios constitucionais, havendo sempre a relativização de um em relação ao outro.

**Palavras-chave:** Aborto; Anencefalia; Dignidade da pessoa humana; Direito à vida; ADPF nº 54.

**Abstract:** The aim of this article is to discuss a very controversial issue in our society: Abortion. For this, first, it will be performed the historical evolution of the criminalization of abortion practice, its classification, qualifying and the planned legal abortion in the Criminal Code. Secondly, it will be analyzed and discussed the conflict of two fundamental principles protected by the Brazilian Constitution is the right to life and the principle of human dignity and the consequent primacy of a precept on the other. The main objective is to clarify the practical effects on legal and medical spheres of decision rendered by the Supreme Court through the ADPF nº 54 where they have discussed the termination of pregnancy in cases of anencephaly in the optical Fundamental Human Rights. This study was based on literature and deductive method. The conclusion is that, according to the opinion of the Supreme Court, there is no violation of the right to life, in the case of abortion anencephalic fetus, and that before a fact there is no hierarchy between the constitutional principles when there is the relativization of a relative another.

**Keywords:** Abortion; Anencephaly; Human dignity; Right to life; ADPF nº 54.

**Sumário:** Introdução. 1. Aborto. 1.1. Evolução histórica. 1.2. Tipificações penais do aborto. 1.2.1. Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. 1.2.2. Aborto provocado por terceiro não consentido. 1.2.3. Aborto provocado por terceiro consentido. 1.2.4. Aborto qualificado. 1.2.5. Aborto legal. 2. Anencefalia. 2.1. Direitos e garantias fundamentais que cercam a questão da anencefalia. 2.1.1. Direito à vida. 2.1.2. Dignidade da pessoa humana. 3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Considerações finais. Referências.

## Introdução

O aborto tem se mostrado um dos temas mais controversos e polêmicos da sociedade. Há aqueles que defendem a descriminalização total da conduta e os que lutam e almejam pela proibição incondicional e absoluta.

O Código Penal Brasileiro de 1940, recepcionado pela Carta Magna de 1988, foi elaborado com previsão de aplicação de penas para crimes de aborto, salvo os casos de estupro ou risco de vida para gestante com o consentimento da mãe (aborto necessário ou terapêutico). Não fez previsão ao aborto eugênico, ou seja, aquele realizado em fetos que apresentam alguma má formação ou deficiência, que se enquadram os casos de anencefalia.

O Supremo Tribunal Federal, no dia 12 de abril de 2012, julgou a procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (APDF nº 54), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para permitir que as gestantes de fetos anencefálicos tenham o direito de interromper a gravidez, dando interpretação conforme a Constituição Federal e os artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, para que, sem redução do texto, seja declarada a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que obste a realização voluntária do aborto de feto anencefálico.

O cerne da discussão reside no conflito entre os princípios constitucionais vigentes, principalmente no que tange aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana e a consequente primazia de um preceito sobre o outro. Neste diapasão, é importante lembrar que a Carta Magna garante a todos os seres humanos o direito à vida desde a concepção até a morte, independente de ser bem ou mal formados, sem distinção. Entretanto, por outro lado, a Constituição Federal considerou a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Diante deste quadro, a Suprema Corte questionou se o aborto anencefálico deveria continuar sendo tipificado como crime contra a vida pelo ordenamento vigente. Em seu julgado foi decidido que a grávida de feto anencefálico poderá optar por interromper a gestação com assistência médica. Desta forma, não é considerado crime, levando-se em consideração a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o referido artigo tem como problemática a seguinte questão: a interrupção de gestação de feto anencefálico, à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal, está de

acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana ou com o princípio do direito à vida?

Para tanto, a pesquisa se propõe a investigar o aborto de feto anencefálico e o ordenamento jurídico brasileiro, bem como os desdobramentos decorrentes da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/2004.

O objetivo geral do trabalho é analisar a questão da interrupção de gestação de feto anencefálico à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal que se posicionou em relação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Os objetivos específicos abordarão a evolução histórica e conceitual no que tange ao tratamento dado à problemática do aborto ao longo dos anos e, principalmente, a questão da interrupção de gestação de feto anencefálico à luz das normas e princípios fundamentais vigentes no ordenamento jurídico no que se refere, primordialmente, aos princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

O método utilizado foi o dedutivo, que é aquele que procede do geral para o particular, do princípio da consequência, da lei para a aplicação da teoria para o fato (Gil, 2008, p. 28). Desenvolve-se sobre a primazia de uma ampla pesquisa bibliográfica, que levanta os principais enfoques acerca do aborto anencefálico e a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Portanto, o estudo proposto é relevante para a sociedade ao apresentar um estudo acerca da legislação aplicada e o envolvimento no que tange os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à liberdade, dos princípios éticos que caminham ao lado da questão da vida e o seu sentido.

## 1. Aborto

Etimologicamente, aborto quer dizer privação do nascimento. Advém do latim *abortus*, que *ab* significa privação e *ortus*, nascimento.

Há dois aspectos para conceituar o aborto: o conceito segundo os critérios da medicina e o legal, segundo aos critérios da legislação vigente em nosso país.

O aspecto legal define como a ocorrência da interrupção da gestação, com a morte do feto, havendo ou não a expulsão do *produto*, em qualquer que seja o seu estado evolutivo.

Mirabete (2007, p. 262) define o aborto legal como sendo:

[...] a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas da gestação), embrião (de três semanas a três meses), ou feto (após meses), não implicando, necessariamente, sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Bitencourt (2012, p. 537), por sua vez, faz a seguinte conceituação: “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 intrauterina”.

Silva (2008, p. 10) apresenta o conceito segundo os critérios da Organização Mundial da Saúde, ou seja, o conceito médico:

A Organização Mundial da Saúde define abortamento como sendo a interrupção da gestação antes de 20-22 semanas ou com peso inferior a 500 gramas. Subclassifica ainda em precoce, quando ocorre até 12 semanas e tardio quando entre 12 e 20-22 semanas. Quando o tempo de gravidez é desconhecido deve-se considerar o peso ou ainda o limite de 16 cm de comprimento, aceito por alguns autores.

A Medicina, ao definir o aborto, estipulou um tempo limite para a ocorrência e, afirma que o aborto ocorre com a interrupção da gestação, com o óbito do feto ou embrião antes que este alcance a fase da viabilidade. Esta fase indica que o feto possui condições para a vida extrauterina.

## **1.1. Evolução histórica**

O ato de abortar é milenar e ocorre desde os primórdios da humanidade. Segundo Silva (2010, p. 16) “desde a antiguidade, têm-se notícias da prática do aborto ou do abandono de recém-nascidos portadores de anomalias físicas”.

No entanto o aborto, especificamente, é um dos crimes que se apresenta com grande diversidade repressiva determinada pelas modificações culturais ao longo do tempo.

Percebe-se nas legislações antigas que a prática do aborto não era considerada como crime. O feto era considerado como simples anexo ocasional do organismo materno cujo destino a mulher podia livremente decidir, salvo quando casada, devido à proeminência do direito marital.

O aborto foi tratado como conduta criminalizada pela primeira vez no Código de Hamurábi, 1700 a.C, que considerava o aborto como um crime contra os interesses do pai e do marido e também uma lesão contra a mulher (Papaleo, 2000).

Segundo Silva e Godoy (2006, p. 5), “no século XVIII, a maioria das legislações já equiparava o aborto ao homicídio”.

De acordo com Bayer (2010, p. 32 *apud* Viana, 2006), “a igreja, com o passar dos anos adotou a teoria concepcionista, abandonando a teoria do feto animado”.

Nas percepções históricas de Santo Agostinho e São Basílio, uma explicação sobre a teoria do feto animado em sua doutrina:

Na Idade Média, a punição do aborto generalizou-se. De acordo com Santo Agostinho, baseado na doutrina de Aristóteles, "o aborto só seria delito em se tratando de feto animado, o que ocorria quarenta ou oitenta dias após a concepção, conforme fosse do sexo masculino ou feminino". De outro lado, São Basílio não admitia qualquer distinção entre feto animado e inanimado, considerando o aborto provocado sempre como criminoso (Bruno, 1979, p. 157 *apud* Reis, 2007, p. 01).

Diante disto, observa-se que em determinado período histórico a igreja adotava a teoria do feto animado. Desta forma, o aborto não era repudiado. Porém, ao se adotar a teoria concepcionista, equipara-se o aborto ao homicídio cruel de pessoa indefesa e pune-se o agente de tal conduta delituosa com a pena de morte.

No Brasil, o regramento em relação ao aborto foi elucidado pela primeira vez com a promulgação do Código Criminal do Império, em 1830, no capítulo referente aos “Crimes contra a segurança da pessoa e da vida”. O artigo 199 e 200 do referido diploma legal definia o crime (Prado, 2005 *apud* Barcelos, 2012):

Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.  
Penas - de prisão com trabalho por um a cinco anos.  
Se este crime for cometido sem consentimento da mulher.  
Penas - dobradas.  
Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.  
Penas - de prisão com trabalho por dois a seis anos.  
Se este crime for cometido por médico, boticário, cirurgião, ou praticante de tais artes.  
Penas - dobradas (Brasil, 1830).

Bitencourt (2010, p. 158), em seus ensinamentos acerca desta parte da história esclarece que “o Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante”, e ainda punia o aborto realizado por médico.

Em 1890, o Código Penal da República, expandiu a imputabilidade nos crimes de aborto, derogando a legislação então vigente, prevendo a punição para a mulher que praticasse o auto aborto. Se o crime tivesse a finalidade de ocultar desonra própria, a pena era consideravelmente atenuada. O referido Código autorizava o aborto para salvar a vida da parturiente; nesse caso, punia eventual imperícia do médico ou parteira que, culposamente, causassem a morte da gestante (Bitencourt, 2010).

Rodrigues (2011, p. 24 *apud* Capez, 2010) especifica que o Código Penal Brasileiro aponta as modalidades do crime de aborto:

O Código Penal de 1940 especifica três espécies de aborto, quais sejam, aborto provocado, aborto sofrido e aborto consentido, na primeira situação a gestante dá causa a interrupção da gestação, na segunda é realizado por terceiro sem seu consentimento, e, por fim, na última hipótese existe a anuência da mulher.

Ensina Witt (2011, p 05) que Código de 1940 é a inspiração do Código Penal Italiano, trazendo a inclusão do crime de aborto no “Capítulo I – Dos crimes contra a Vida, afastando apenas a punibilidade do aborto necessário (se não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro”.

O atual Código Penal Brasileiro sofreu algumas alterações, tornando-se cada vez mais moderno para ser mais coerente com a realidade da sociedade atual.

## **1.2. Tipificações penais do aborto**

Na legislação atual, o Código Penal Brasileiro de 1940, tipifica o crime de aborto no Título – Dos Crimes contra a Pessoa – especificamente no capítulo I, dos crimes contra a vida, entre os artigos 124 a 126. E no artigo 128 aponta duas circunstâncias em que o aborto é considerado como ato lícito, ou seja, é permitido: quando necessário para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez for resultante de estupro.

A proteção dada nos artigos supramencionados diz respeito ao direito à vida do feto, a partir da concepção, não interessando o estágio da gravidez, pois, a vida para a legislação vigente começa na concepção.

Portanto, os crimes tipificados entre os artigos 124 e 126 tratam-se de crime doloso sendo necessário para sua configuração que o agente queira o resultado ou assuma o risco de produzi-lo.

A presente pesquisa pretende demonstrar as classificações referentes a este tipo de delito existente em no ordenamento jurídico brasileiro, as circunstâncias em que são considerados atos lícitos e, a aplicação do aborto eugênico de fetos anencefálicos.

### ***1.2.1. Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento***

O aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento vem disposto no artigo 124 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*: “Art. 124 Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção de 1 (um) e 3 (três) anos” (Brasil, 1940).

O Código Penal Brasileiro, no artigo 124, em sua primeira parte, trata do delito de autoaborto, aquele provocado pela própria gestante, causando a interrupção da gravidez. Na segunda parte, aquele provocado com o seu consentimento, chamado de aborto consentido. Considera ainda a participação de terceiros, em que o mesmo auxilia de forma secundária para a prática do delito, sendo este último definido como partícipe.

O bem jurídico tutelado nesta modalidade é a preservação da vida intrauterina. Ensina Grego (2009) que se trata da proteção do direito à vida do feto, ou seja, tutela-se o direito ao nascimento com vida.

Neste sentido, Mirabete (2009) ensina que o sujeito passivo é o feto, não importando em que fase de desenvolvimento se encontra. O sujeito secundário é o Estado, que tem o dever de proteger o direito à vida.

Na descrição do abortamento provocado por terceiro como o consentimento da gestante, além da proteção do direito à vida do nascituro é também consagrado à proteção do direito à vida e a integridade física e psíquica da mulher.

Assim, para o direito penal, a conduta do autoaborto e do aborto consentido, decorre de uma conduta dolosa, vontade livre e consciente de interromper a gravidez. Portanto, quando feito pela gestante com o desejo de impedir o nascimento do nascituro, refere-se ao dolo

direito e quando concede a prática por terceiro e esta assume o risco do aborto, refere-se ao dolo eventual.

### ***1.2.2. Aborto provocado por terceiro não consentido***

O dispositivo 125 do Código penal classifica a modalidade na sua forma mais grave do delito de aborto, em que a prática criminal ocorre sem o consentimento da gestante, *in verbis*: “Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos” (Brasil, 1940).

Assim, a gestante torna-se a vítima quando o agente provoca o aborto sem o seu consentimento, sendo considerada uma violência à própria gestante, além de infringirem o direito à vida intrauterina.

Ainda acerca do consentimento real ou da ausência de consentimento presumido, ensina Bitencourt (2010, p. 164), discorrendo acerca do delito tipificado no artigo 125 do Código Penal:

O aborto sem consentimento da gestante (art. 125) – aborto sofrido - [...] pode assumir duas formas: sem consentimento real ou ausência de consentimento presumido (não maior de 14 anos, alienada ou débil mental). Nessa modalidade de aborto, a ausência de consentimento constitui elemento negativo do tipo. Logo, se houver consentimento da gestante, afastará essa adequação típica. [...] Para provocar aborto sem consentimento da gestante não é necessário que seja mediante violência, fraude ou grave ameaça; basta a simulação ou mesmo dissimulação, ardil ou qualquer outra forma de burlar a atenção ou vigilância da gestante. Em outros termos, é suficiente que a gestante desconheça que nela está sendo praticado o aborto.

Também nessa modalidade, o bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro é a vida intrauterina, enquanto os sujeitos passivos nesta modalidade são: a gestante e o feto.

Ensina ainda Jesus (2009) que um delito pode ser cometido na forma dolosa, na forma direta ou eventual.

### ***1.2.3. Aborto provocado por terceiro consentido***

Neste tipo penal, a repreensão à conduta de provocar o aborto recebe menos rigor daquela prevista no artigo 125 porque aqui é consentida pela gestante, prevendo ainda sobre a capacidade desta para consentir. Caso a gestante não preencha este requisito o delito poderá ser enquadrado nas penas do artigo 125 do Código, *in verbis*:

Art. 126 Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (Brasil, 1940).

O consentimento da gestante deve perdurar durante todo o ato do terceiro e, caso ela venha a revogar seu consentimento durante a prática da conduta, o agente passará a responder pelo delito do artigo 125 do Código.

Segundo Prado (2011) somente o terceiro incorrerá pelo delito do artigo 126, enquanto que a gestante responderá pelo delito previsto no artigo 124 do Código Penal.

Segundo Jesus (2007), o agente responderá pelo delito do artigo 125, tendo, portanto, uma pena mais severa, mesmo que consentido pela gestante, sempre que provocar aborto em gestante menor de 14 anos, em pessoa alienada ou incapaz por doença mental, ou ainda se for provocado ou consentido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Vale ressaltar que nos casos acima descritos o consentimento torna-se inválido.

#### ***1.2.4. Aborto qualificado***

No artigo 127, o legislador institui as circunstâncias em que poderão qualificar os delitos praticados nos artigos 125 e 126, ambos do Código Penal, não sendo utilizado em caso de aborto consentido e autoaborto, pois não há possibilidade de punição nos casos de autolesão ou ato de matar-se.

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provoca-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte (BRASIL, 1940).

Neste sentido, Prado (2011, p. 126) explica que “o artigo 127 do Código Penal estabelece que as penas presentes nos artigos 125 e 126 serão aumentadas em um terço se, em decorrência do ato a mulher vier a sofrer lesão corporal grave, e serão duplicadas se a gestante vier a óbito”.

Junqueira (2012, p. 237) na situação do artigo 127 ensina que “trata-se de crime qualificado pelo resultado, preterdoloso (dolo em relação ao aborto e culpa em relação à morte ou lesão corporal grave causadas à gestante), a lesão corporal leve é absorvida”, sendo que nesse último caso responde apenas por aborto na sua modalidade simples.

Portanto, trata-se de crimes qualificados pelo resultado, ou seja, pela intenção do agente em provocar o aborto e ainda possuem um resultado acrescentado (morte e ou lesão corporal grave) forma culposa, gerando um agravamento da sanção penal.

Neste sentido Rodrigues (2012, p. 24 *apud* Capez, 2010, p. 156) ensina:

As majorantes aqui previstas são exclusivamente preterdolosas. Há um crime doloso (aborto) ligado a um resultado não querido (lesão corporal grave ou morte), nem mesmo eventualmente, mas imputável ao agente a título de culpa (se eram consequências previsíveis do aborto que se quis realizar e, por conseguinte, evitáveis). Trata-se, portanto, de resultados que sobrevêm preterdolosos; no caso o dolo do agente vai até a causação do aborto, mas não abrange a superveniente morte da gestante nem a lesão grave que nela sobrevenha.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, enquanto que na forma qualificada o sujeito passivo da relação dolo seria a feto (vida intrauterina) e na culpa, a própria gestante.

Outro ponto a se destacar, é que em havendo dolo no aborto e dolo na morte da gestante, tem-se como consequência jurídica, a responsabilização do agente por homicídio e aborto em concurso formal.

### ***1.2.5. Aborto legal***

No Brasil o aborto só é autorizado em três situações: quando existe risco para a vida da gestante; quando a gravidez resulta de violência sexual; e por último, o tema central da presente pesquisa, quando existe gravidez de feto anencéfalo. Primeiramente, serão abordadas as duas primeiras situações em que estão amparadas pelo Código Penal no artigo 128:

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

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

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, se seu representante legal (Brasil, 1940).

O presente dispositivo legal apresenta duas causas de excludente de ilicitude específica apontada pelo Código Penal: aborto necessário do artigo 128, I, e aborto humanitário (conhecido também com ético ou sentimental) apontado pelo código no artigo 128, II.

Neste sentido, ensina Mirabete (2009, p. 62-63) como sendo uma excludente de ilicitude específica, o ato do tipo permissivo.

No caso do aborto necessário, também conhecido como aborto terapêutico, que é aquele praticado quando não existir outro meio de salvar a vida da gestante, maior parte da doutrina o enquadraria no artigo 24 do Código Penal, como estado de necessidade, ou seja, no confronto vida da gestante e vida do feto, ambos são juridicamente protegidos, um deve prevalecer em detrimento ao outro, escolhendo a lei penal a vida da gestante em face à vida do feto (Mirabete, 2009, p. 62-63).

Diante do estado de necessidade, é importante destacar os requisitos do artigo 24 do Código Penal Brasileiro: “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” (Brasil, 1940).

Desta forma, observa-se que o direito entrega ao médico o poder de decidir se a continuidade da gravidez constitui perigo à vida da gestante, tendo liberdade para efetuarlo em casos afirmativos. “O legislador apresenta a vida da mãe como um bem maior, podendo assim o aborto ser efetuado para garantir a preservação de sua vida” (Jesus, 2007).

Para evitar qualquer dificuldade, o legislador pátrio deixou a possibilidade de o médico realizar o aborto se verificar ser este o único meio viável de salvar a vida da gestante.

Segundo Junqueira (2012, p. 238) “embora a lei restrinja a médico, não será punido, ainda diretamente praticado por terceiro, ou por enfermeiro, pois havendo estado de necessidade estes outros incluem-se”, portanto, todos estariam aparados pela excludente de ilicitude para esta finalidade.

O profissional médico encontra apoio no Código de Ética Médica. Em seu Capítulo IV que trata das vedações, o Art. 22, informa que é vedado ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo acerca do procedimento a ser realizado, **salvo**<sup>1</sup> em caso de risco iminente de morte.

Sendo assim, não podendo a gestante nem seu representante legal, opinar no momento, é reservado ao médico o direito de realizar o aborto, desde que a mulher se encontre em risco iminente de morte.

Quanto ao aborto humanitário ou ético (que parte da doutrina ainda denomina como “sentimental”), trata-se da segunda modalidade apontada no artigo 128, II do Código, com excludente de ilicitude. Esta modalidade é autorizada na gravidez decorrente de estupro e tem

---

<sup>1</sup> Grifo nosso.

como requisito fundamental o consentimento da gestante, ou sendo esta incapaz, a autorização do seu representante legal.

Entende-se que, no caso, há também, estado de necessidade ou causa de não exigibilidade de outra conduta diversa. Justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado.

Neste tipo de aborto permitido na legislação, a mulher que sofrer um estupro e deste crime resultar em uma gravidez indesejada, a mesma poderá se submeter ao aborto apenas mediante sua vontade, ou de seu representante legal, sendo necessário que o aborto seja praticado por médico, que deverá solicitar o consentimento escrito ou com testemunha (JESUS, 2007).

Nesse caso, para que não haja comprometimento para o médico é importante este, valer-se do Código de Ética Médica e dos meios a sua disposição para comprovação do estupro (inquérito policial, processo criminal, peças de informação, boletim de ocorrência, declarações da vítima e testemunhas). Na falta destes, deve certificar-se da ocorrência de delito sexual, não sendo exigida autorização judicial, audiência com o Ministério Público ou autoridade policial. Se o médico for levado a erro inevitável por parte da gestante ou de terceiro acerca da ocorrência de estupro inexistente, não responderá pelo crime de aborto (Jesus, 2007).

Nos casos em que o médico é induzido a erro pela gestante, constitui-se erro do tipo permissivo, que, se inevitável, exclui a culpa e o dolo daquele (Mirabete, 2007).

Em se tratando de estupro com violência ficta, previsto no artigo 224 do Código Penal, é indispensável a prova de menoridade da vítima ou da sua alienação, ou ainda da sua incapacidade por doença mental.

No aborto sentimental é revelado um conflito entre direitos fundamentais: de um lado a vida do concepto e do outro a autonomia reprodutiva da mulher estuprada, que sofreu a violência física e psíquica, além do vexame pessoal e social, o que representa sobremaneira ofensa a sua dignidade de pessoa humana.

Outra modalidade permissiva no ordenamento jurídico é o caso de aborto eugênico, não previsto na legislação, mas reconhecido como legítimo, ou seja, também como uma excludente de ilicitude específica e apontado como ato lícito pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Esta modalidade ocorre quando existe gravidez de feto anencéfalo, ressalva-se que não se trata de qualquer má formação do feto, somente em casos anencefalia, sendo necessário o preenchimento do requisito: pela vontade da própria gestante ou do representante legal.

O aborto eugênico, segundo Dip (1996, p. 4) “é o aborto fundado em indicações eugenésicas, equivalente a dizer, em indicações referentes à qualidade da vida”. A eugenia ocorre quando há comprovação de que o feto nascerá com má formação congênita.

No próximo capítulo abordaremos de forma mais aprofundada a respeito desta modalidade de aborto legal, do conceito de Anencéfalo e fundamentos jurídicos permissivos.

## 2. Anencefalia

A anencefalia é uma má formação congênita que acomete o embrião por volta da quarta semana de gestação. No Brasil, a ocorrência é de oito para cada dez mil nascimentos, colocando o país em quarto lugar no mundo de incidência de tal patologia.

Apesar de não se saber muito bem quais os fatores determinantes da anomalia, sabe-se que a utilização de ácido fólico nos dois meses que antecedem a gravidez e no primeiro mês de gestação é uma forma de prevenir pelo menos 50% da ocorrência da anomalia. O uso desse medicamento (um tipo de vitamina B) previne a má formação do tubo neural.

A anencefalia é a denominação utilizada para caracterizar uma má formação congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico (Cochard, 2003, p. 73/74 *apud* Silva 2010, p. 12).

Barroso (2012 *apud* Passos, 2012) informa que a anencefalia implica principalmente na falta de desenvolvimento dos hemisférios cerebrais e do hipotálamo e do desenvolvimento incompleto da glândula pituitária e a ausência completa ou parcial da abóbada craniana.

Segundo Gomes (2008, p. 1):

[...] De cada 10.000 nascimentos no Brasil, 8 são anencéfalos. A ciência médica afirma que em se tratando de um verdadeiro caso de anencefalia a vida do feto resulta totalmente inviabilizada. Não há que se falar em delito, portanto, no caso de aborto anencefálico. Não se trata de uma morte arbitrária (ou seja: não se trata de um resultado jurídico desarrazoado ou intolerável). Daí a conclusão de que esse fato é materialmente atípico.

Apesar de tudo, a medicina entende que o feto anencéfalo trata-se de um ser humano com vida, não obstante, seja uma malformação mortal, e a vida extrauterina é na maioria das vezes, dotada de curto lapso temporal (Lima, 2010).

Acerca deste conceito acerca do que seja a anencefalia, abordaremos os principais princípios que estão relacionados à legalidade do aborto de fetos de anencéfalos, considerando a intenção primordial que seria diminuir o risco à saúde da gestante, além de abreviar o sofrimento do próprio feto que venha a nascer, bem como da família deste.

## **2.1. Direitos e garantias fundamentais que cercam a questão da anencefalia**

Antes de se abordar especificamente os direitos humanos fundamentais, tais como o direito à vida, à dignidade da pessoa humana e demais direitos, é mister conceituar o gênero: Direitos Humanos Fundamentais.

Moraes (2007, p. 40), define direitos humanos fundamentais como:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Em síntese, direitos humanos fundamentais são proteções ao ser humano: proteção a sua vida, a sua dignidade, a sua saúde, como também são proteções contra abusos do Estado.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto constitucional o Título II que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e o Capítulo I que trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. O artigo 5º dispõe especificamente acerca dos direitos e deveres individuais que serão objeto de pesquisa do presente artigo.

Passa-se agora ao estudo específico desses direitos relacionados à permissiva do aborto em casos de fetos anencéfalos, quais sejam: direito à vida, direito à dignidade da pessoa humana, direito à saúde.

### **2.1.1. Direito à vida**

O direito à vida, contemplado pela Constituição Federal, é um importante direito fundamental, sendo que sem ele não há existência nem continuidade dos demais direitos.

No entanto, há uma controvérsia no ordenamento jurídico no que diz respeito ao momento em que se tutela este bem jurídico: se a partir da concepção ou a partir do nascimento com vida.

O atual Código Civil apresenta o momento em que se inicia a personalidade civil da pessoa. Podemos afirmar que é através da personalidade que o homem se torna sujeito detentor de direitos (Venosa, 2007).

Desta forma, o artigo 2º do referido Código prescreve: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Ainda, Segundo Venosa (2007, p. 134) “há várias disposições sobre o nascituro, embora não o conceba como personalidade, põe a salvo seus direitos”.

Portanto, sob a ótica da lei civil brasileira, considera-se o direito da personalidade a partir do nascimento, mas resguarda-se o direito do nascituro.

No ponto de vista jurídico-penal, a vida é tutelada desde concepção, momento que a conduta delitiva do aborto visa à vida do ser humano.

Versando acerca do tema, Diniz (2008, p. 20-21), aponta a oposição da Carta Magna:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto erga omnes, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. (...) garantindo está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétreia (art. 5º), que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar.

A inviolabilidade do direito à vida não é apenas assegurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas também por acordos internacionais a respeito de direitos humanos. O principal desses é o Pacto de San José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, que em seu artigo 4º assegura: “Art. 4º - Direito à Vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (Brasil, 1992).

O direito à vida, atualmente, é o princípio fundamental a ser seguido. É nele que se fundamenta a proibição da prática do aborto. Ninguém tem o direito de dispor da própria vida ou da vida de outrem, inclusive, a do feto (Silva, 2010).

Portanto, a prática do aborto, ressaltando os casos permissivos em lei, é uma afronta ao direito à vida. É um verdadeiro desrespeito com o direito do nascituro e conseqüente mente afeta a dignidade da pessoa humana.

### ***2.1.2. Dignidade da pessoa humana***

A Constituição Federal de 1988 é a primeira Constituição brasileira a tratar a respeito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que se encontra elencada no artigo 1º, inciso III, da Magna Carta:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (Brasil, 1988).

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido com um princípio fundamental da República Federativa do Brasil e não apenas um direito ou garantia fundamental. Sua essência faz parte dos fundamentos que constitui o Estado Democrático de direito.

Quando o legislador constituinte institui o princípio da dignidade da pessoa humana, se propugnou pela defesa da vida digna e para que o ser humano fosse visto como homem e não como coisa.

Moraes (2012, p. 60-61) explica que:

[...] a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo vulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Para a gestante, indivíduo que se encontra em condição peculiar, a continuação de uma gravidez de feto anencéfalo, pode de algum modo, ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, em relação à própria grávida. Sendo esse, inclusive o entendimento do Ex Ministro Joaquim Barbosa de Melo: “[...] A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana” (Barbosa *apud* Bento, 2006, p. 17).

Deste modo, a gestação de anencéfalo, quando não aceita e desejada pela mulher, impõe sofrimento a gestante e, até mesmo, rejeição ao feto. Isso porque a gestante pode perceber a gravidez como situação de estresse, uma vez que se tem consciência do nascimento de um bebê sem expectativa de vida extrauterina.

Ante o exposto, para o aborto de anencéfalo o Estado permite que a gestante faça a escolha, pois, argumenta que obrigá-la a prosseguir com uma gestação que causa tanto sofrimento estaria infligindo à dignidade da pessoa humana, física, moral e psicológica.

A seguir, será exposto o momento no ordenamento jurídico brasileiro que aborto de feto anencéfalo conquistou a autorização judicial para sua legalidade.

### **3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**

A ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é um instituto jurídico utilizado quando há o desrespeito a algum preceito fundamental garantido constitucionalmente, como por exemplo, a violação aos princípios da liberdade e dignidade, estando prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

O precedente que deu início à discussão judicial gerada pela propositura da ADPF nº 54, ocorreu em novembro de 2003, com a abertura do caso de uma jovem gestante de 18 anos, que ajuizou pedido de autorização de interrupção da gravidez em virtude de haver diagnóstico médico atestando que o feto era anencéfalo.

O ajuizamento deu-se na Comarca de Teresópolis – RJ. No entanto, o Juiz de primeira instância resolveu extinguir o processo sem resolução de mérito por entender que a hipótese suscitada não se encontrava descrita no Código Penal.

A Defensoria Pública apelou da decisão proferida, teve recurso provido e foi-lhe concedida medida liminar para o aborto do nascituro.

No entanto, devido a pedido de *Habeas Corpus* impetrado com a argumentação de que a decisão do TJ-RJ ofendia os artigos 3º, inciso IV, art. 5º e 227, da Carta Magna, assim como o artigo 2º do Código Civil e o artigo 128 do Código Penal, autorizando o crime de aborto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), concedeu medida liminar sustentando a decisão de autorização de aborto.

Em 17 de fevereiro do ano seguinte, julgou-se o *Habeas Corpus* citado acima, concedendo-se e, com decisão unânime, reformaram a decisão prolatada pelo Tribunal *a quo*, desautorizou-se o aborto.

Com entendimento contrário ao prolatado no acórdão acima, a ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero) impetrou no STF o *Habeas Corpus* nº 84.025-6, insistindo na necessidade de resguardar, tutelar a saúde física e mental da paciente, em reverência ao princípio da dignidade humana. O relator da causa foi o Ministro Joaquim Barbosa que, em seu pronunciamento, acompanhou a tendência hodierna das Cortes Supremas de empreenderem interpretações, que aproximam as normas à realidade, utilizando a ponderação de valores e a técnica da proporcionalidade.

A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva de liberdade, da intimidade e autonomia privada. Nesse caso, a eventual opção pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime. Entendo que não [...]” (Barbosa *apud* Bento, 2006, p. 17).

Porém, como o julgamento feito pelo STF realizado em março de 2004, o julgado foi prejudicado por perda de objeto, já que o filho da jovem que ajuizou a causa nasceu com vida em 27 de fevereiro de 2004, vindo a falecer logo após o nascimento.

Por entender que havia violação de preceito fundamental, em 17 de junho de 2004, foi proposta uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela CNTS, perante o Supremo Tribunal Federal, indicando como preceitos fundamentais ameaçados o artigo 1º, IV, (trata da dignidade da pessoa humana), o artigo 5º, II (trata da legalidade, liberdade de autonomia de vontade) e os artigos 6º, caput e 196 (trata do direito à saúde), todos da Constituição Federal, e, como ato do poder público causador da lesão, os artigos 124, 126, caput, e 128, I e II do Código Penal.

Tinha-se como objetivo principal declarar inconstitucional, com eficácia abrangente e efeito vinculante, o impedimento da antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de feto anencéfalo, tendo o diagnóstico realizado por médico habilitado, portanto sem a necessidade de prévio alvará judicial. Havia ainda, a solicitação de que se concedesse liminarmente medida cautelar para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais com vistas ao *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Vários interessados inscreveram-se para adentrar no feito, entre estes estava a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) na condição de *amicus curriae* (parte interessada).

A CNBB solicitou a revogação da liminar, sob o argumento de se tratar de tema de alta relevância, versando acerca do direito de nascer do feto portador de anencefalia e do temor de coisificação deste. Alegava também, que a decisão não poderia ser tomada pelo relator, monocraticamente, em um juízo sumário, pois este estava propenso a legislar positivamente. Esclareceu ainda, que os avanços da medicina não podem anular as concepções éticas e morais de uma sociedade e que o dever dos médicos é, acima de qualquer coisa, resguardar o direito à vida, e não eliminá-la (Brasil, 2004d).

No dia 24 de junho de 2004, o Ministro Marco Aurélio indeferiu o pedido da CNBB de ser incluída como parte interessada, alegando que:

[...] 2 – O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado a versar sobre aplicação, por analogia, da lei nº 9.868/99, que disciplina também o processo objetivo – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiro não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º da Lei 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal. 3 – Indefiro o pedido (BRASIL, 2004c).

Diante de tal pedido de liminar, no dia 01 de julho de 2004, assim se manifestou o relator do caso, o Ministro Marco Aurélio, que entendeu presentes os motivos ensejadores da concessão da liminar pleiteada, decidindo da seguinte maneira:

Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo

médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto (BRASIL, 2004a).

A Procuradoria Geral da República, na ocasião de sua manifestação processual, invocou a inadequação da via eleita, em razão da impossibilidade de atribuir nova interpretação aos dispositivos legais arrolados no artigo 128 do Código Penal, defendendo que se trata de *numerus clausus* de exclusão da ilicitude.

Quanto ao mérito, alegou que o direito à vida é posto como marco primeiro, no espaço dos direitos fundamentais, razão pela qual não poderá ser sacrificada em prol da dor temporal da gestante (Brasil, 2004a).

Em sessões de julgamento ocorridas nos meses de agosto e outubro de 2004 e em abril de 2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reuniu-se e apreciou questões de ordem relativa ao cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 e acerca da medida cautelar monocrática e liminarmente deferida pelo relator Ministro Marco Aurélio. Optando-se pela revogação da decisão do Doutro Ministro no concernente a permissão do aborto, e mantendo-se em relação à suspensão dos processos em curso, até a decisão final do Supremo Tribunal Federal que conheceu do cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e admitiu o ingresso de várias entidades como *amicus curiae*.

O julgamento dessas decisões se deu nos seguintes termos:

ADPF – ADEQUAÇÃO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – FETO ANENCÉFALO – POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada sequência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental (Brasil, 2004).

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – PROCESSOS EM CURSO – SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2004).

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – AFASTAMENTO – MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não

prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia (Brasil, 2004).

O relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello manteve seu entendimento esposado na mencionada liminar favorável concedida ao pleito da CNTS. O relator foi acompanhado pelos ministros Carlos Ayres Brito, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Votaram em sentido contrário os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Nelson Jobim e Carlos Velloso, resultando na revogação da liminar concedida anteriormente (Brasil, 2004a).

Em 11 de abril de 2012 reuniu-se o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgou-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 e, por maioria dos votos, declarou-se procedente o pedido veiculado na inicial autorizando a interrupção da gestação de feto anencéfalo.

Portanto, o mérito da ADPF nº 54 decido pela Suprema Corte, é que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo não é considerada uma conduta tipificada no Código Penal, e que a mulher passaria a ter o direito de escolha de interrupção da gravidez nestes casos.

Em decorrência de tal decisão o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.989/2012 que prediz que na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez. Para tanto, faz-se algumas exigências quanto ao diagnóstico que 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.

Diante do diagnóstico, a gestante pode optar por manter a gravidez ou interrompê-la, a qualquer tempo. Devendo o médico instruí-la dos riscos tanto da manutenção quanto da interrupção desta.

De acordo com o art. 4º da referida Resolução deverá ser 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. Determina também em seu parágrafo único que a ata, as fotografias e o laudo do exame atestando a anencefalia integram o prontuário da paciente.

Na exposição de motivos que levou a expedição da Resolução reforçou-se o direito do médico de recusar-se a realizar tal procedimento. No Capítulo I Princípios fundamentais do Código de Ética Médica inseriu a objeção de consciência como um direito do médico, este deverá exercer a profissão com autonomia de vontade não estando obrigado a prestar serviços que contrarie a suas convicções e consciência.

No Capítulo II, IX resguarda o direito do médico de não realizar atos que, embora permitidos por lei contrarie os ditames de sua consciência.

Sendo assim, em consonância com a ADF nº 54 do STF e com a resolução do CFM o médico está autorizado, pelo Estado e órgão que regulamenta sua profissão, a realizar o aborto no caso de feto anencéfalo respeitando os limites impostos, suas convicções e sua consciência.

## **Considerações finais**

Diante do exposto, tendo como ponto de partida a evolução histórica e conceitual da problemática do aborto, desde os primórdios até a contemporaneidade, imprescindível se faz conhecer este como um dos temas mais polêmicos da atualidade.

O advento de uma nova forma de sociedade, com o desenvolvimento das ciências biológicas, aliado ao aperfeiçoamento dos métodos diagnósticos da medicina fetal, possibilitou a constatação precoce de quaisquer tipos de patologias, inclusive aquelas incompatíveis com a vida.

No Brasil, a discussão acerca da prática abortiva teve destaque em decorrência da interposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) pela CNTS com o objetivo de permissão da antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico e que as gestantes em tal situação tenham o direito de interromper a gravidez sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

A argumentação em prol da descriminalização do aborto anencéfalo tem como principal alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana em relação à gestante, sopesando seu sofrimento decorrente desta situação.

De outro lado, coloca-se em pauta o princípio primado do direito à vida. A proibição do aborto anencéfalo encontra amparo na própria legislação, uma vez que a conduta não se

enquadra no rol dos casos de exclusão de ilicitude, como o aborto necessário e o abortamento realizado nos casos de estupro.

Trata-se de uma realidade penosa, pois a mãe carrega em seu ventre um ser humano desprovido de cérebro, cuja viabilidade extrauterina é praticamente nula, sendo irrefutável concluir que tal situação é permeada por dor e angústia, eis que as famílias acometidas por esta anomalia têm o conhecimento de que o (a) filho (a) poderá nascer e falecer em seguida ou, até mesmo, nem chegar ao momento do nascimento.

O Supremo Tribunal Federal, no dia 12 de abril de 2012, por maioria dos votos julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, declarando a inconstitucionalidade de interpretação segundo o qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal Brasileiro.

Nesse contexto, tornou-se inerente a expedição de uma norma reguladora acerca da problemática, com a consequente adequação da legislação à nova realidade social, de forma a resguardar ao máximo os interesses que se posicionam em dissonância.

Espera-se que esta pesquisa tenha contribuído para o enriquecimento do tema, que tratou do aborto de feto anencéfalo, e que novos pesquisadores possam se interessar pelo assunto e buscar este trabalho como fonte inicial do conhecimento.

## Referências

BARCELOS, Guilherme Rodrigues Carvalho. *Considerações acerca do aborto anencefálico no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17 (/revista/edições/2012), n. 3188 (/revista/edições/2012/3/24), 24 (/revista/edições/2012/3/24) mar. (revista/edições/2012/3) 2012 (/revista/edições/2012). Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/21355>>. Acesso em: 15 set. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

BAYER, Georgeana Darius Avila. *O aborto eugênico e a possível previsão legal*. Monografia. Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2010. Disponível em: <[http://busca.unisul.br/pdf/101417\\_Georgeana.pdf](http://busca.unisul.br/pdf/101417_Georgeana.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2015.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BENTO, Cíntia Kelly da Cruz. *A Análise da ADPF n. 54/2004 à luz da hermenêutica constitucional e da teoria dos princípios* (Trabalho de Conclusão de Curso). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), 2006.

BRASIL. *Código Criminal. Lei de 16 de Dezembro de 1830*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2015.

BRASIL. *Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Obra organizada por Rogério Cury; Coordenadores André Luiz Paes de Almeida, Alexandre Mazza – 5. Ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica de 1969*. Publicado no DOU em 9.11.1992. Obra organizada por Rogério Cury; Coordenadores André Luiz Paes de Almeida, Alexandre Mazza – 5. Ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Obra organizada por Rogério Cury; Coordenadores André Luiz Paes de Almeida, Alexandre Mazza – 5. Ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Brasília, 17 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=anencefalia&processo=54>>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF 54 - Distrito Federal.* Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF\\_54\\_DF\\_1279062025194.pdf?Signature=f%2BS%2BQw%2BToEXyRwO3qBKeVgWDRMA%3D&Expires=1415296364&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=63942a408a0ff9bab751e7caec31f7fa](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF_54_DF_1279062025194.pdf?Signature=f%2BS%2BQw%2BToEXyRwO3qBKeVgWDRMA%3D&Expires=1415296364&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=63942a408a0ff9bab751e7caec31f7fa)>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (Processo físico). 17 jun. 2004a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. CNTS pede ao STF que antecipação do parto de feto sem cérebro não seja caracterizada como aborto.* Notícias STF, 18 jun. 2004b. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62944&caixaBusca=N>>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ministro do STF permite antecipação de parto de feto sem cérebro.* Notícias STF, 01 jul. 2004c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63025&caixaBusca=N>>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. STF indefere ingresso da CNBB na ação que discute antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo.* Notícias STF, 24 jun. 2004d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62979&caixaBusca=N>>. Acesso em: 24 out. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIP, Ricardo Henry Marques. *Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar.* Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 85, v. 734, Fasc. Pen, p. 520, dez 1996. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9761-9760-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

GIL, Antônio Carlos. *Projetos de pesquisa*. São Paulo. Ed. Atlas, 2008.

GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, Vol. 2. 6. ed. Revista, ampliada e atualizada. Niterói: Impetus, 2009.

GODOY, Sandro Marcos; SILVA, Ariane Ragni Scardazzi. *Análise do aborto em caso de gravidez decorrente de estupro.* ETIC - Encontro De Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498, Vol. 2, N. 2, 2006. Disponível: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1180>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Aborto anencefálico. Direito não é religião.* Jus Navigandi. Teresina, ano 13, n. 1908, 21 set. 2008. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/11752/aborto-anencefalico> >. Acesso em: 21 mar. 2014.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. V II.28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. V II .29. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito Penal*. 12. Ed. rev. e atual. São Paulo, 2012.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2007.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas. 2009.
- MORAES. Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas. 2007.
- MORAES. Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas. 2012.
- PAPALEO, Celso Cezar. *Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.
- PASSOS, Danielle de Paula Maciel dos. *Interrupção da gravidez de feto anencéfalo: a preponderância dos direitos da gestante*. Jus Navigandi. Teresina, ano 17 (/revista/edicoes/2012), n. 3206 (/revista/edicoes/2012/4/11), 11 (revista/edicoes/2012/4/11 abr. (/revista/edicoes/2012/4) 2012 (/revista/edicoes/2012).Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/21486>>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. V.II. 9ª e.d. Revista, Atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- REIS, Adriana Teonorio Antunes. *Descriminalização do abortamento nos casos de fetos portadores de anencefalia*. Artigo científico. Jus Navigandi, Teresina, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10492>>. Acesso em: 14 mar. 2015.
- RODRIGUES, Daniel Candido. *Aborto e anencefalia*. Intertem@ s ISSN 1677-1281, v. 22, n. 22, 2012. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewPDFInterstitial/2807/2586>>. Acesso em: 18 mar. 2015.
- SILVA, Edilson Freire da. *Vida humana e o crime de abortamento*. Mestrado. Universidade Católica de São Paulo, SP, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136775.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2015.
- SILVA, Heidyda. *A Interrupção de gestação de fetos anencéfalos: Razões para a descriminalização à luz do direito Penal Mínimo*. Monografia. Universidade Federal Paraná. Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31408/M1400JU.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

WITT, Caroline Teles. *Interrupção da gestação de feto anencefálico: uma análise sócio-jurídica em face dos preceitos fundamentais do estado democrático de direito*. Artigo Científico. Faculdade de Direito – PUCRS, Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/caroline\\_witt.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/caroline_witt.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2015.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 16 de junho de 2015. Aprovado em 17 de setembro de 2017. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade da autora.