

FACULDADE NOSSA SENHORA APARECIDA

FRANCYENE RAMALHO

VISÃO DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

APARECIDA DE GOIÂNIA

2017

FRANCYENE RAMALHO

VISÃO DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Monografia apresentada à Banca Examinadora
Faculdade Nossa senhora Aparecida – FANAP,
como exigência parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientado: Prof. Dr José Izecias.

APARECIDA DE GOIÂNIA

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

FRANCYENE RAMALHO

VISÃO DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Aparecida de Goiânia, _____/_____/2017.

Banca Examinadora:

.....
Orientador Prof.Doutor José Izecias .

.....
Prof. (Titulação e nome do professor) .

.....
Prof. (Titulação e nome do professor)

APARECIDA DE GOIÂNIA

2017

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que contribuíram direta ou indiretamente em minha formação acadêmica e, especialmente, aos meus pais que foram companheiros de todas as horas.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor José Izecias pela orientação e apoio.

A todos que contribuíram no decorrer desta longa jornada, em primeiro lugar, a Deus por ter me dado sabedoria para chegar até aqui, a quem devo minha vida. A minha família que sempre me apoiou nos estudos e nas escolhas tomadas. Aos meus colegas pelo companheirismo e disponibilidade com que me auxiliaram em vários momentos. E aos professores que me ajudaram nessa caminhada.

Muito obrigada a todos!

EPÍGRAFE

'Que se os seus esforços desafiarem as impossibilidades lembre-se de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível'.

(Charles Chaplin)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo demonstrar os princípios primordiais para compreensão da temática do aborto, sendo eles o princípio do direito à vida e a dignidade da pessoa humana. A pesquisa busca, de forma geral, apresentar uma análise do que dispõe o ordenamento jurídico a respeito do aborto, suas modalidades lícitas e ilícitas no Brasil. O trabalho aborda, também, suas evoluções desde o código penal do império até o atual código penal em vigor, e busca demonstrar principalmente a conquista nos tribunais a respeito da legalização do aborto de anencéfalos. Vale destacar que as tratativas sobre o assunto geram diversas polêmicas, pois o tema é de extrema complexidade. É necessário que se faça uma análise de como ele é visto no ordenamento jurídico brasileiro, priorizando a legislação, as principais doutrinas e os julgados dos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; modalidades; anencéfalos; jurisprudência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. O DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	10
1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA	10
1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	12
1.3 GARANTIAS AO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	14
2. CONTEXTO HISTÓRICO E MODALIDADES DE ABORTO	17
2.1 CONCEITUAÇÃO DA TEMÁTICA	17
2.2 HISTÓRICO DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ...	19
2.3 ABORTOS CRIMINOSOS	20
2.4 HIPÓTESES DE ABORTO LEGAL NO BRASIL.....	24
3. INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ EM CASOS DE ANENCEFALIA	30
3.1 ANENCEFALIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
3.2 ANÁLISE SOBRE O JULGAMENTO DA ADPF N° 54.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS.....	39

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo uma análise da temática do aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Inicia-se a tratativa, no primeiro capítulo, com a apresentação dos princípios de maior relevância presentes na legislação, sendo eles o direito à vida, como direito fundamental do ser humano e constitui-se como o direito mais importante de todos, pois os demais direitos assegurados pelo ordenamento jurídico dependem dele para se concretizarem. A Constituição Federal brasileira de 1988, no capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em seu artigo 5º, *caput*, inicia a garantia dos direitos fundamentais pela vida, como espécie de guia aos demais.

Outro princípio extremamente relevante que se apresenta nesse primeiro momento é o da dignidade da pessoa humana, sendo recepcionado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, também caracterizado como um dos fundamentos da República. Trata-se de valor supremo no ordenamento jurídico brasileiro, considerado um dos princípios de maior relevância, em especial por englobar um conjunto de direitos e garantias fundamentais contidos na Carta Magna, tendo início no direito à vida, chegando até ao direito de realização plena do cidadão.

No segundo capítulo trata-se a temática do aborto e como ele é visto diante do ordenamento jurídico brasileiro, definindo-o pela interrupção da gravidez, ou seja, a privação do nascimento com a retirada prematura do feto ou embrião do útero materno.

Essa ação poderá ocorrer de forma provocada ou espontânea, caracterizando na maioria dos casos como uma violação ao atual Código Penal Brasileiro. Demonstra-se, também, quais as ressalvas que são permitidas no ordenamento jurídico pátrio. É relatado no trabalho, ainda, a evolução de seus precedentes históricos, em que se aborda como começou a tipificação do delito, desde o Código Penal do Império.

Por fim, no último capítulo, discorre-se sobre a grande polêmica que perdurou por anos nos tribunais, causando inúmeras inseguranças jurídicas nas decisões, que

é a autorização de aborto em casos de anencefalia. O presente trabalho traz o conceito do feto anencéfalo, e qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), após a propositura da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conhecida como ADPF n° 54. O julgado caracteriza a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, que passa a se caracterizar como a terceira modalidade legal de aborto no Brasil.

CAPÍTULO 1

O DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para o desenvolvimento da pesquisa em relação ao aborto, necessário se faz um melhor estudo sobre o direito fundamental à vida, como prescreve o ordenamento jurídico, inerente ao tema a ser tratado. Da mesma forma, o princípio da dignidade da pessoa humana também receberá especial atenção nesse capítulo.

1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

O direito à vida é um direito fundamental do ser humano e constitui-se como o direito mais importante de todos, pois os demais direitos assegurados pelo ordenamento jurídico dependem dele para se concretizarem. A Constituição Federal brasileira de 1988, no capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em seu artigo 5º, *caput*, inicia a garantia dos direitos fundamentais pela vida, como espécie de guia aos demais, se referindo a todos os brasileiros e estrangeiros que residem no Brasil, da seguinte forma:

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

Na Carta Magna, o texto demonstra claramente a sua intenção de frisar a inviolabilidade do direito à vida, principalmente por ser tratar de um direito fundamental. Sem o direito à vida seria impossível que os demais direitos assegurados pela Constituição Federal brasileira se materializem. O direito a vida é a premissa dos direitos criados pelo constituinte brasileiro, não faria nenhum sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. Dessa forma, é de extrema importância ressaltar a posição que a referida norma jurídica ocupa no ordenamento brasileiro, a qual devem se submeter todas as demais leis.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais previstos no artigo 5º, em referência, são chamados de “cláusulas pétreas” o que significa uma verdadeira rigidez no texto constitucional. Implica dizer que se encontra devidamente consolidado, não sendo possível alterações ou inovações em seu texto conforme tendências sociais e políticas, dentre outras, nem mesmo por emenda constitucional.

Tal condição impõe ao Estado o dever de assegurar o direito à vida, protegendo de forma geral, inclusive a vida uterina. Nesses termos, cabe ao Estado assegurar esse duplo entendimento, sendo o primeiro relacionado ao direito de permanecer vivo, e o segundo, o de poder usufruir de uma vida digna e de qualidade, não apenas uma mera sobrevivência.

Um importante instrumento internacional que aborda o direito à vida, essencial para uma compreensão do tema, é a Convenção Americana dos Direitos Humanos, conhecida como o Pacto de San José Da Costa Rica, acordo assinado no ano de 1969, que o Brasil é signatário desde 25 de setembro de 1992. Em seu artigo 4º, no item 1, ele prescreve que “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”.

Percebe-se claramente que o direito à vida é um direito fundamental do ser humano assegurado pela Convenção Americana dos Direitos Humanos e pela Constituição Federal do país. Com base nessa Convenção em que o Brasil é signatário, é possível afirmar que a vida deve sempre ser protegida desde a concepção. Implica dizer que a proteção começa a partir do momento que se inicia a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando no zigoto, sendo nessa fase que gera toda a identidade genética de um novo ser. Vale destacar que para biólogos a vida começa exatamente nessa fase conhecida como nidificação, tornando esse o momento em que se inicia a gestação.

Reconhecendo que a vida começa na concepção, o atual Código Civil em harmonia com a Constituição Federal Brasileira, protege de forma geral todas as formas de vida, inclusive a uterina. Desta forma, o artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 vem afirmar que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A personalidade começa com o nascimento, mas a lei civil deixa a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, nesse sentido é notável que o nascituro é titular de direitos personalíssimos como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal, o direito a alimentos dentre diversos outros. Dessa forma, todo o afronto à vida do embrião significa uma violação ao direito fundamental assegurado pelo ordenamento jurídico ao nascituro. Por essa razão o atual Código Penal brasileiro prevê penalidade para aqueles que atentarem contra a vida do embrião, com penas que vão de 01 (um) a 10 (dez) anos de prisão.

O crime de aborto está previsto no Título I da Parte Especial do Código Penal, que trata dos Crimes Contra a Pessoa, que em seu primeiro capítulo remete aos Crimes Contra a Vida. Nele há a demonstração de forma clara que a lei brasileira reconhece o embrião como uma pessoa que possui vida, punindo aquele que atentar contra ela.

1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este importante princípio está recepcionado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, também caracterizado como um dos fundamentos da República. Trata-se de valor supremo no ordenamento jurídico brasileiro, considerado um dos princípios de maior relevância, em especial por englobar um conjunto de direitos e garantias fundamentais contidos na carta magna, tendo início no direito à vida, chegando até ao direito de realização plena do cidadão. Pode se dizer que os demais princípios e normas constitucionais existentes são guiados por este princípio, confirmando sua relevância na Carta Magna do País.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, assim dispõe sobre o referido fundamento: “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: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

Desta forma a carta magna mostra a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, compondo-o como um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito. Essa experiência constitucional do Brasil traz consigo, da Independência até o ano de 1988, a tristeza da história do

desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Com falta de efetividade das constituições que foram criadas, havendo diversas violações da legalidade constitucional.

A ilegitimidade antecessora efetivou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para todos. Viciada pelos privilégios individualistas, produziu uma sociedade com deficiência em vários aspectos, principalmente em adquirir oportunidades de uma vida digna.

Com essa carência, necessariamente as Constituições Brasileiras no decorrer dos anos foram avançando quanto à necessidade de se assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana em seu texto constitucional. Na carta de 1934 ela foi elevada pela primeira vez a princípio jurídico, sendo posteriormente incorporado na Constituição de 1988, a princípio jurídico fundamental.

Os acontecimentos internos e externos do país, associado a um conjunto de lutas sociais, contribuíram para tal ocorrência. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta cada vez mais as decisões judiciais, o que permite perceber uma evolução no ordenamento jurídico, em direção ao respeito aos direitos assegurados da pessoa humana.

A Constituição em si deixou de conceituar a dignidade, transformando o princípio em norma aberta, como afirmam doutrinadores constitucionalistas, e a positivou como direito fundamental. Dessa forma não é nada fácil conceituar ou definir o que realmente seja este princípio. Apesar de toda a sua importância para o ser humano, e sua relevância para um sistema normativo, pode-se dizer que a dificuldade está relacionada à sua profundidade e amplitude. Contudo, o autor Alexandre de Moraes (2014, p.34), em seu livro de Direito Constitucional, procura trazer a seguinte definição sobre o princípio:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade 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 invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mais sempre sem

menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

A partir das palavras do autor, é notável que o princípio da dignidade da pessoa humana preocupa-se com a busca de uma vida digna às personalidades humanas, afirmando que a dignidade trata de um valor moral e espiritual inerente à pessoa, sendo um direito inviolável e inalienável do ser humano, e essencial para à felicidade.

José Cretella Júnior (1997,p.139), em sua obra Comentários a Constituição Brasileira de 1988, também apresenta uma definição a este importante princípio, quando assim o descreve:

O ser humano, o homem, seja de qual origem for, sem discriminação de raça, sexo, religião, convicção política ou filosófica tem direito a ser tratado pelos semelhantes como pessoa humana, fundando-se o atual Estado de direito, em vários atributos entre os quais se inclui a " dignidade " do homem repelindo assim como aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que atente contra esse apanágio do homem.

Segundo Cretella, o princípio deverá alcançar a todos sem distinção alguma, independentemente de sua origem, fundando-se em um Estado de Direito. Dentre os diversos atributos da pessoa humana, dessa forma, vale ressaltar a extrema importância que é a sua dignidade, direito irrenunciável de todos os homens.

1.3 GARANTIAS AO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir do momento em que o embrião fecundado está presente no ventre materno, é possível ter a conclusão conforme o ponto de vista jurídico do termo nascituro, ou seja, é aquele que possui o direito à vida e todos os direitos inerentes a ela. O nascituro deverá ter suas necessidades atendidas, conforme lhe é resguardado, para o desenvolvimento digno do embrião é necessário que os direitos assegurados pela norma jurídica sejam impostos de forma eficiente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 7º, traz informações sobre os direitos resguardados:

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

Conforme o artigo mencionado, verifica-se a necessidade primeiramente do direito à vida ser inteiramente protegido e posteriormente assegurar a dignidade da pessoa humana a todos, dessa forma, necessário se faz um cuidado especial para aqueles que ainda estão por vir, devendo ser garantido principalmente ao nascituro os direitos básicos inerentes a uma vida digna, na forma como se encontra no art. 8º do ECA:

É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

O ECA também assegura diversas garantias a gestante, normatizando direitos para que haja um nascimento saudável da criança, sendo assim, preservando a base para o prosseguimento do embrião, tornando a dignidade um dos requisitos primordiais para o desenvolvimento e assim conseqüentemente um nascimento com uma vida digna.

Vale ressaltar que o princípio a dignidade da pessoa humana deverá defender toda forma de vida humana existente. O nascituro, por possuir os direitos garantidos no ordenamento jurídico e pela defesa da teoria da concepção, deve ser visto e amplamente protegido como um ser humano independentemente de ainda estar no ventre da mãe.

É constitucionalmente garantido ao nascituro ter sua vida e dignidade protegida pelo simples fato de pertencer a espécie humana, impondo as leis que regulamentam o princípio da dignidade da pessoa humana estabelecer limites a qualquer afronta aos direitos previstos ao nascituro

Conforme o ordenamento jurídico, o embrião possui seus direitos protegidos por diversas áreas da legislação brasileira, sendo resguardado tanto pelo Código Penal, como na legislação Civil. Na norma penal fala sobre a tutela a vida daquele que vai nascer, punindo quem atentar contra esse direito resguardado ao nascituro, tipificado na legislação penalista como aborto; e no Código Civil, encontra-se o

direito do nascituro representado pela mãe, tendo direito tanto a alimentos quanto a herança.

Dessa forma, verifica-se que é de suma importância o estudo acerca dos princípios constitucionais que garantam o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, pois os princípios tratam-se de um importante instrumento de todo o sistema normativo, são os alicerces sobre os quais se constrói o Ordenamento Jurídico. Nesse sentido é impossível falar sobre a polêmica da legalização do aborto, quais as formas permitidas na lei brasileira, sem antes mencionar a importância de tais princípios.

CAPÍTULO 2

CONTEXTO HISTÓRICO E MODALIDADES DE ABORTO

Para o avanço da pesquisa e construção do conhecimento jurídico em relação ao aborto, necessário se faz um melhor estudo sobre o conceito que os doutrinadores utilizam sobre o polêmico tema aborto, sua evolução no decorrer dos anos no ordenamento jurídico, quais são as hipóteses legais e ilegais no Código Penal Brasileiro.

2.1 CONCEITUAÇÃO DA TEMÁTICA

O aborto define-se pela interrupção da gravidez, ou seja, a privação do nascimento com a retirada prematura do feto ou embrião do útero materno. Essa ação poderá ocorrer de forma provocada ou espontânea, caracterizando na maioria dos casos como uma violação ao atual Código Penal Brasileiro, porém há ressalvas que são permitidas no ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, quando ocorrido de forma criminosa é considerado um crime contra a vida, tipificado do artigo 124 ao 127. Para a caracterização do delito não importa se a gravidez ocorreu de forma natural ou por inseminação artificial.

A todo momento é possível identificar que o sistema normativo brasileiro se fecha para qualquer tentativa de legalização ao aborto. Além do código penal taxar o aborto provocado, ocorrido de forma criminosa como ato ilícito, a lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688, de 3 de outubro de 1941), em seu artigo 20, traz um dispositivo repressivo sobre o tema. Nesse sentido, há uma punição para qualquer prática de anúncios que influencie de alguma forma o delito ou anunciar algum processo, objeto ou substância com a finalidade de provocar o aborto. Trata-se de uma medida de caráter preventivo, com a finalidade de evitar qualquer tipo de publicidade que possa despertar o interesse nas gestantes ou em terceiros de cometer o fato criminoso.

A interrupção da gravidez é um assunto extremamente polêmico, ao tratar sobre esse tema surgem diversas indagações, pois existem pessoas que são a favor da descriminalização do aborto, e alegam que as mulheres precisam tomar suas próprias decisões relacionado com liberdade de decidir sobre o próprio corpo, inclusive apoiam políticas públicas que atendam e ofereçam todo o amparo necessário para aquelas mulheres que por alguma razão pessoal desejam interromper a gravidez, o assunto atualmente vem sendo frequentemente discutido com essas atuais manifestações feministas, onde diversas mulheres alegam que se houvesse a legalização do aborto, o índice de mortes de mulheres gestantes em clínicas clandestinas seriam grandemente reduzidos. Já por outro lado existem pessoas que são totalmente contra o aborto por razões legais ou até mesmo por argumentos religiosos.

As doutrinas atuais classificam o aborto de diversas formas, no primeiro caso tem-se o aborto natural que é a interrupção espontânea da gravidez, normalmente a causa desse aborto é gerada por problemas de saúde da gestante, tratando-se de um indifferente penal. A doutrina também visualiza o aborto acidental, que decorre de quedas e traumatismos, ou seja, acidentes que resultem na morte do feto, em regra trata-se de fato atípico. Ainda é possível se falar do aborto criminoso, considerado assunto mais polêmico, que se encontra previsto no artigo 124 ao 127 do Código Penal, com destaque também para o aborto legal ou permitido, que é a hipótese do artigo 128 do Código Penal.

Na longa lista das hipóteses ou possibilidades surge também o aborto miserável ou econômico-social, como aquele praticado por razões de miséria, insuficiência financeira de sustentar uma nova vida, em que essa conduta não exige o agente de pena, com base na legislação pátria. E por fim o aborto eugenésico ou eugênico, que é um assunto também polêmico atualmente nos tribunais, uma vez praticado quando comprovado indícios de que o feto nasça com determinadas anomalias físicas ou psíquicas, no caso a exculpante não é acolhida pela lei brasileira.

O ponto de partida, na compreensão do tema, é detectar qual o momento exato que surge a vida para fins de proteção por meio da lei penal. O contexto é

apreciado por Rogério Greco (2008, p. 240), em sua obra Curso de Direito Penal, parte especial, onde ensina sobre esse momento:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (quatorze) dias após a fecundação.

Rogério Greco afirma que enquanto não houver a fase da nidação não existirá a proteção por intermédio da lei penal, pois alega que somente após esse momento é que a vida terá relevância para o ordenamento jurídico.

2.2 HISTÓRICO DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Por muitos anos o crime de aborto não existiu na legislação brasileira, pois o Estado considerava a mulher como detentora do próprio corpo, podendo dispor deste da forma que lhe for cômodo, nesse sentido, poderia interromper a gravidez a qualquer momento sem que lhe fosse atribuída qualquer punição.

Após a instituição do Código Penal do Império, no ano de 1930, a prática abortiva começou a ser pautada como ato criminoso contra a segurança das pessoas e da vida. O crime de aborto estava presente nos artigos 199 e 200, nesses dispositivos estavam presentes dois tipos de figura criminosa, representados pelo aborto sofrido e pelo aborto consentido, não se prevendo nenhuma punição para o aborto provocado. O referido Código do Império trazia em seus artigos a pena da seguinte forma:

Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado anterior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada. Pena: Prisão com trabalho de 1 a 5 anos se o crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada. Penas dobradas.

O artigo 199 do referido código penal do império, desta forma, só estabelecia punição para o aborteiro, com a pena de 1 (um) a 5 (cinco) anos, no caso do fato criminoso ocorrer sem o consentimento da gestante, dobra-se a pena. Nota-se que o artigo não traz sanção nenhuma para a gestante que praticar o auto aborto.

Art. 200. Fornecer, com o consentimento de causa, drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Pena: Prisão com trabalho de 2 a 6 anos. Se esse crime for cometido por médico, boticário ou cirurgião ou ainda praticantes de tais artes. Penas: dobradas.

Nesse artigo, o código Imperial trazia que qualquer meio utilizado para a prática abortiva, com o consentimento de causa, sofreria punição de 2 (dois) a 6 (seis) anos de pena. Se o crime fosse cometido por médico ou praticantes de tais artes a punição seria dobrada.

Nota-se que o Código Penal do Império, datado de 1930, em nenhum momento previa nada sobre o crime de aborto quando praticado pela própria gestante, apenas imputava a conduta de terceiros que praticassem o ato, com ou sem consentimento da gestante. Em 1890 nasce um novo código penal, onde já se prevê o crime praticado pela gestante. O referido Código Penal do Império trazia o delito, com destaque a seguir, da seguinte forma prescrita em seu art. 300:

Provocar aborto haja ou não a expulsão do produto da concepção. No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos. No segundo caso: pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano. § 1º Se em consequência do aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher. Pena de prisão de 6 a 24 anos. §2º Se o aborto foi provocado por médico, parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina. Pena a mesma procedente estabelecida e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão. Art. 301 Provocar aborto com anuência e acordo da gestante. Pena prisão celular de 1 a 5 anos. Parágrafo único: Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esses meios; com redução da terça parte se o crime foi cometido para ocultar desonra própria.

Observa-se a importância do Código Penal Imperial com a instituição de dois relevantes artigos, pois foi a partir desta norma que houve a criminalização do auto aborto no Brasil. Contudo, somente com o atual Código Penal, de 1940, que houve a tipificação do crime de aborto, nas modalidades provocado, sofrido e consentido. Dessa forma, verifica-se que houve diversas alterações na tipificação do aborto, no ordenamento jurídico brasileiro, no decorrer dos anos. O fato é uma demonstração clara da necessidade de se acompanhar os avanços científicos e tecnológicos da sociedade, por que tais mudanças são inevitáveis, sendo assim as normas devem alcançar esse avanço. Dessa forma, e dever do Estado se adequar as novidades que surgem no decorrer das necessidades e evoluções humanas.

2.3 ABORTOS CRIMINOSOS

O primeiro tipo de aborto criminoso elencado pelo código penal é o aborto provocado pela gestante, ou com o seu consentimento, que se encontra previsto no artigo 124, estabelecendo que “provocar aborto em si mesma ou consentir que

outrem lho provoque. Pena: detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”. O artigo traz duas formas de aborto criminoso, expressos pelo auto aborto e o aborto praticado por terceiro, porém com o consentimento da gestante.

Pela doutrina dominante trata-se de um crime próprio, em que se admite o concurso de agentes, inclusive na condição de coautor. Um ilustrativo exemplo seria o cônjuge e a gestante, de forma conjunta, realizarem práticas que resultem no aborto, nesse caso, porém, o cônjuge terá pena diferenciada com base em outro artigo. A conduta típica do ilícito penal é a mulher grávida praticar o resultado abortivo, por intermédio de meios executivos mecânicos, físicos ou químicos, que o provoquem, mediante ação ou omissão, causando o fato em si própria. Rogério Sanches (2016, p.97), em sua obra Manual de Direito Penal, parte especial, afirma que não haverá o crime previsto no artigo 124 do Código Penal quando “inexiste o crime nas manobras abortivas realizadas pela mulher que erroneamente acredita estar grávida (delito putativo ou de alucinação). Diga-se o mesmo quando o feto já estiver morto”.

Conforme Sanches, não haverá o delito se a mulher erroneamente acreditar na hipótese de uma possível gestação, mas que na verdade é apenas um equívoco ou alucinação. Da mesma forma, também não haverá crime quando o feto já estiver morto, por outro motivo adverso das manobras realizadas para praticar o aborto.

O aborto só será punível a título de dolo, ou seja, se realmente existir a vontade de interromper a gravidez ou consentir para que tal ato ocorra. A modalidade culposa não é punível, entretanto, caso ocorra a provocação culposamente por terceiro, responderá este pelo crime de lesão corporal gravíssima. O fato ocorre nos casos em que a lesão corporal seja dolosa e o abortamento de forma culposa, ou seja, o terceiro tem a vontade de lesionar a gestante, mas não provocar o aborto. Por se tratar de um crime plurissubsistente, em que a tentativa é totalmente admissível para o ordenamento jurídico brasileiro. Tem-se como exemplo o caso de realizar manobras abortivas e mesmo assim o feto ser expulso com vida, sobrevivendo, o que implicaria em tentativa. Por fim, em relação ao tema em apreço, a ação penal será pública incondicionada.

O segundo tipo de aborto descrito no Código Penal está previsto no artigo 125, que se refere ao aborto provocado por terceiro, sem a anuência ou qualquer

conhecimento da gestante. No caso o referido artigo traz que “provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos”. Essa forma de aborto refere-se a modalidade mais grave do crime, em virtude da pena cominada. Não será admitido nenhum benefício elencado pela lei 9.099/95, o sujeito ativo do crime poderá ser qualquer pessoa, por ser tratar de crime comum, também é possível o concurso de agentes, portanto, neste crime existirá duas vítimas expressas pela gestante e pelo embrião, onde o último é representado pelo feto ou óvulo.

A conduta do crime será a interrupção da gravidez de forma intencional, com o resultado da destruição do produto da concepção. Não será punido o terceiro que praticar manobras abortivas em mulher que erroneamente supõe estar grávida, de forma que o crime será impossível nessa hipótese. A consumação do fato ocorrerá com a privação do nascimento, sendo o crime material. Ressalte-se que é admitido tentativa por se tratar de delito plurissubsistente, ocorrendo quando o fato almejado pelo autor não for alcançado por circunstâncias alheias à sua vontade. Por fim a ação será também pública incondicionada.

O terceiro tipo de aborto previsto no Código Penal é o do artigo 126, que a lei prescreve como aquele provocado por terceiro, com o consentimento da gestante. Nesse caso o dispositivo traz que: “provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”. O dispositivo pune o terceiro e a mulher grávida por consentir em tal ato, no caso descrito há concurso de agentes, tornando-se possível nas duas formas, participação e coautoria.

O artigo 126, em seu parágrafo único, também traz uma importantíssima informação sobre a aplicabilidade da lei em casos mais complexos. O dispositivo descreve da seguinte maneira: “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”. O parágrafo mete aplicar a pena do artigo 125, que é de 3 (três) a 10 (dez) anos nos casos descritos, ficando a gestante isenta da pena.

A conduta do crime previsto no artigo 126, *caput*, é ocasionar a ação ou omissão com o consentimento válido da gestante. Entretanto, se a gestante desistir de prosseguir com o ato criminoso, responderá por aborto não consentido o terceiro

que insistir em dar continuidade a ação, sendo assim a gestante, diante do arrependimento ineficaz, responderá pelo artigo 124 do Código Penal. Nesse contexto não caberá aplicação do dispositivo 15, também do Código Penal, que está relacionada ao arrependimento eficaz e a desistência voluntária, porém, a pena poderá ser atenuada com base no artigo 66 do Código Penal Brasileiro.

A consumação do crime se dá através da interrupção provocada da gravidez, e como nos demais artigos sobre o aborto, a tentativa da prática abortiva é totalmente possível no ordenamento jurídico brasileiro, e a ação também será pública incondicionada como nos demais artigos.

O último artigo elencado pelo Código Penal sobre aborto criminoso, por fim, se encontra no artigo 127, e está relacionado ao aumento de pena dos artigos anteriores, possuindo o título de aborto majorado pelo resultado, cujas textuais a seguir são:

As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de 1/3 (um terço), se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

O crime de aborto será majorado se, em consequência do aborto ou das práticas abortivas, resultar para a gestante lesão de natureza grave, previsto no artigo 129, §§ 1º e 2º, do Código Penal. Também concorre para o mesmo crime se, por qualquer prática utilizada para o aborto ou meios empregados para este fim, lhe sobrevier a morte. Compreende-se que, através da redação do artigo, as causas de aumento de pena somente se aplicam aos crimes definidos nos artigos 125 e 126. Por outro lado, o mesmo não se aplicará a majoração em relação ao crime do artigo 124, uma vez que o direito penal brasileiro não pune a autolesão nem o ato de suicídio. Pelo contexto, se a gestante chegar a óbito o crime será extinto.

Em qualquer dos casos estará presente a figura do preterdolo, onde o agente assume ou tem a intenção no resultado mais grave do ato. Nessa hipótese o agente responderá pelos dois delitos, aborto e lesões corporais ou homicídio, de acordo com o caso, sendo assim será concurso formal com base no artigo 70 do Código Penal.

Para que se utilize a majorante do artigo 127 do CP não é indispensável que o aborto se concretize. Apenas será necessário que a gestante sofra lesão grave ou

que venha a óbito, sendo assim, essa conclusão é propriamente do texto da lei que estabelece o aumento da pena quando resultam lesões graves ou a morte decorrente do aborto ou dos meios empregados para concluí-lo. Diante da situação descrita, surge a indagação se o agente responderá por tentativa de aborto qualificado? Poderia ser uma exceção à regra onde não cabe a tentativa em crime preterdoloso? Capez (2008, p. 211), em sua obra Manual de Direito Penal, na parte especial entende que:

Nessa hipótese, deve o sujeito responder por aborto qualificado consumado, pouco importando que o abortamento não se tenha efetivado, aliás, como acontece no latrocínio, o qual se reputa consumado com a morte da vítima, independente de o roubo consumir-se. Não cabe mesmo falar em tentativa de crime preterdoloso, pois neste o resultado agravador não é querido, sendo impossível o agente tentar produzir algo que não quis: ou crime é preterdoloso consumado ou não é preterdoloso.

O doutrinador leciona que é impossível o agente produzir algo sem a devida intenção, o que remete à hipótese em que o sujeito irá responder por aborto qualificado consumado. Contudo, os autores Frederico Marques, Mirabete e Pierangeli se posicionam de outra forma, entendendo que apesar do crime ser preterdoloso, haverá possivelmente a tentativa quando a parte frustrada da infração é a dolosa. Nos casos de abortos majorados pelo resultado, fica inviável a tentativa, quando não se produz na vítima os resultados com aumento de pena. Se ocorrer qualquer dos resultados majorantes, sem a interrupção da gravidez, em que o aborto não se concretizou por circunstâncias alheias a vontade do agente, o caso implicará em aplicação da pena aumentada pelo ato da lesão corporal grave ou morte culposa da gestante.

2.4 HIPÓTESES DE ABORTO LEGAL NO BRASIL

O artigo 128, e seus incisos do Código Penal, elenca as duas modalidades em que não se pune o aborto no Brasil, sendo elas:

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 preenchido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O dispositivo fala em seu primeiro inciso sobre o aborto necessário, também conhecido por aborto terapêutico ou profilático, em que se utiliza doutrinariamente das três nomenclaturas. Essa hipótese de aborto trata de uma causa de justificação

correspondente ao estado de necessidade, não sendo necessário que o perigo seja atual, bastando à certeza de que o desenvolvimento da gravidez acarrete o óbito da gestante. Rogério Greco (2008, p. 252), em sua obra Curso de direito penal, parte especial, afirma que:

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.

Greco afirma em sua obra que o Código penal brasileiro em relação ao aborto necessário optou por resguardar a vida da gestante, ao invés do feto. Em casos de aborto necessário, obrigatoriamente se faz o preenchimento de três requisitos, dentre eles o primeiro é o aborto praticado por médico, em que não é obrigatório que seja um ginecologista-obstetrícia, podendo ser um médico de qualquer área, mas que esteja habilitado para tal ação. Se houver a necessidade de realização do aborto por pessoa sem a devida habilitação profissional, apesar de ser um fato típico, o agente que praticar a ação estará amparado pela discriminante do estado de necessidade, com base no artigo 24 Código Penal, aplicando-se a mesma solução se a própria gestante pratica o aborto instigada pela intenção de salvar a própria vida.

O segundo requisito é o perigo de vida da gestante, onde não basta que o perigo seja só para a saúde. E, por fim, o terceiro e último requisito é a impossibilidade do uso de outro meio para salvar a vida da gestante, de forma que nesse requisito o médico não poderá escolher o meio mais favorável, pois se houver outra forma, que não a interrupção da gravidez para salvar a vida da gestante, o agente responderá pelo delito.

Para as doutrinas dominantes entende-se que não há necessidade do expreso consentimento da gestante para realização do aborto. Basta a necessidade de que o profissional entenda que o ato é indispensável, naquele determinado momento. Vale ressaltar ser desnecessário, ainda, autorização judicial.

É possível identificar diversos casos em que a gestante precisa invocar o judiciário para que o seu apelo pela vida seja acatado, como no caso da ementa desse julgado de 2012.

RECURSO INOMINADO. INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ. ABORTO TERAPÊUTICO. Pedido indeferido em primeiro grau. Risco de vida para a

gestante não demonstrado. Eventual abalo psicológico não se constitui em excludente da criminalidade. RECURSO IMPROVIDO. UNÂNIME. (Petição Nº 70047133657, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 01/03/2012). TJ-RS - Petição PET 70047133657 RS (TJ-RS). Data de publicação: 07/05/2012.

O relatório constarecurso inominado, autuado como 'petição', interposto em favor da gestante com pedido liminar de antecipação da tutela, diante da decisão do Juiz de Direito da Vara Judicial da Comarca de Tapera, que indeferiu pedido liminar de interrupção de gravidez.

Relata que demonstrada a necessidade de se submeter a esse procedimento, conforme se depreende nos laudos médicos, nota-se que a gestante demonstrou em juízo diversas provas, nas quais eram suficientes para acatar o pedido. Descreve a decisão interlocutória que indeferiu a liminar, da qual se verifica que gestante, há praticamente três meses, submeteu-se a exame de ecografia que concluiu pela existência de displasia renal multicística direita, apresentando rim direito com múltiplos cistos e parênquima renal displásico e agenesia (ausência) do rim esquerdo. Foi diagnosticado que devido o quadro renal, não existe produção de líquido amniótico pelos rins fetais, causando sérios riscos ao feto, não havendo possibilidade de tratamento antes ou pós-natal, tornando o quadro incompatível com a vida.

sendo que só agora (quase três meses depois, quando a gestação, então, já se encontra no final, pois com aproximadamente 34 semanas -22 da época do exame, mais ou quase três meses desde lá transcorridos) decidiu pela interrupção da gravidez, buscando, tal autorização via judicial.

A Defesa alega que, em decorrência da urgência do pedido postulado, que o presente recurso seja decidido de forma monocrática, face o grande risco que corre a gestante, principalmente pelo avançado estado de gravidez. Argumenta que a agravante está tendo que optar entre sua saúde e a vida do feto que carrega no seu ventre, que não tem nenhuma chance de sobreviver ao parto.

Refere que os documentos não deixam nenhuma dúvida quanto à inviabilidade da vida extrauterina, já sabendo a agravante que seu filho, assim que nascer irá morrer sufocado, pois os pulmões não irão funcionar. Por fim, aponta que o perigo de dano se vislumbra na medida em que estará materializado prejuízo irreparável à agravante, pois corre risco iminente à saúde, tanto do ponto de vista

físico como emocional, e em sua dignidade, em caso de não lhe ser deferida a antecipação de tutela para autorização para interrupção de sua gravidez, com a máxima urgência.

Trouxe cópia de peças, postulando concessão liminar da antecipação da tutela para que seja expedido alvará judicial para interrupção da gravidez.

O presente feito foi distribuído ao Des. AlzirFelippeSchmitz, no sentido de que a questão a ser resolvida neste agravo de instrumento não é da competência do tribunal, dessa forma, determinou a redistribuição dos autos para avaliação do pedido por uma das Câmaras integrantes do primeiro ou segundo Grupos Criminais.

A liminar foi indeferida, em 14 de fevereiro de 2012, a Procuradora de Justiça Irene Soares Quadros, manifestou-se no sentido de que, face à impossibilidade de alvará, seja deferido aos pais o direito de decidirem a respeito da interrupção ou não da gestação.

O segundo inciso fala sobre o aborto sentimental, também chamado de aborto humanitário ou ético, como sendo aquele aborto resultante de estupro. Se o inciso I, do artigo 128, traz o aborto necessário como uma preocupação em resguardar a vida da gestante; o inciso II, do mesmo artigo, consiste em que nada justificaria impor-se à vítima de abuso sexual, onde teve a sua honra ofendida, manter uma gestação que lhe fosse odiosa, sempre lembrando um acontecimento ruim em sua vida.

Nelson Hungria (1979, p. 312) explica tal incidente em sua obra, Comentários ao Código Penal, ensinando que “costuma-se chamá-lo aborto sentimental: nada justificaria que se obrigue a mulher a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará, perpetuamente, o horrível episódio da violência sofrida”. Nesse sentido Hungria explica o significado da terminologia aborto sentimental, pois notavelmente existe um sentimento da mulher envolvido com a gestação indesejada, onde o autor afirma que nada justifica manter uma gestação resultante de um atentado sexual, pois lhe traria eternas recordações ruins.

A exclusão do crime dependerá de três condições, onde a primeira implica que o aborto deverá ser praticado pelo médico, uma vez que se realizado por pessoa sem habilitação legal, haverá o crime, não se ajustando a qualquer causa legal de justificação da determinada ação. Não existindo situação de perigo para a vida da gestante, diferentemente do inciso I, parece incabível o estado de

necessidade ou qualquer outra discriminante. Se a gestante realizar o aborto conforme as circunstâncias, pode caracterizar hipótese de ilegitimidade de conduta diversa, ou seja, causa suprallegal de exclusão de culpabilidade.

A segunda condição é que a gravidez seja resultante de abuso sexual, nesse caso o aborto só será permitido em face de prévio consentimento da gestante. Se ela for incapaz, pelos motivos de menoridade ou possuir alguma doença mental ou outros fatores que a torne incapaz, necessariamente o seu representante legal deverá consentir para que haja o aborto. O médico irá avaliar os meios à sua disposição para a comprovação do estupro ou atentado violento ao pudor, será avaliado inquérito policial, processo criminal, peças de informação dentre outros.

E por fim a terceira condição é o prévio consentimento da gestante ou seu representante legal, esse consentimento deverá ser de preferência através de um boletim de ocorrências, se possível com testemunhas. Para a realização desse aborto não são necessárias sentenças condenatórias do crime de estupro ou autorização judicial. José Henrique Pierangeli(2007, p. 121-122), em sua obra Manual do Direito Penal Brasileiro, esclarece o assunto da seguinte maneira:

É momento de lembrar que o médico, para realizar o aborto sentimental, não necessita da comprovação de uma sentença condenatória contra o autor do crime de estupro, nem mesmo se exige autorização judicial. Submete-se o facultativo apenas e tão somente ao Código de Ética Médica, mas ele deve, por cautela, se cercar de certidões e cópias de boletins de ocorrência policial, declarações, atestados etc. Atente-se que, se o médico for induzido a erro pela gestante ou terceiro, e se o aborto estiver justificado pelas circunstâncias que o levaram ao erro, haverá erro de tipo. Tratando-se de estupro de menor de 14 anos, quando a violência se presume, basta, para satisfazer a cautela, a prova da menoridade.

Pierangeli entende que dispensa a comprovação de sentença condenatória contra o autor do crime, para a realização do aborto resultante de estupro, e também não será exigida autorização judicial. Basta que haja prova contundente, através de exames, que houve a existência do delito sexual. Mas por cautela ao Código de Ética Médica aconselha o profissional que é importante que se atente a boletins de ocorrência policial ou declarações, atestados etc.

Diante de todo o contexto apresentado, sobre os tipos de interrupção da gravidez, as formas legais como também as formastipificadas como fato criminoso, foi apresentado também como ocorreu toda a evolução da tipificação do aborto no ordenamento jurídico brasileiro desde o primeiro Código Penal. Com todo esse

exposto apresentado é impossível não falar sobre um dos temas de maior polêmica quando o assunto é aborto, sendo assim, é também de extrema relevância dessa pesquisa entender o que é anencefalia e quais os posicionamentos dos tribunais perante ao assunto do feto que não possui expectativa de vida. É considerado o crime de aborto a interrupção da gravidez de feto anencefálo? Trata-se de um assunto muito recorrente que vai ser tratado no próximo capítulo, pois por muito tempo os tribunais conflitaram bastante sobre o tema, fazendo com que reinasse por um longo período a insegurança jurídica.

CAPÍTULO 3

INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ EM CASOS DE ANENCEFALIA

A importância dessa abordagem é demonstrar apelo à solidariedade para com as gestantes de fetos anencefálicos, enfatizar a valorização da vida da mulher em vitimá-la frente ao sofrimento de gestar um feto inviável, sem expectativa de vida. Tem o propósito também de alertar sobre a postura política feminista, de defesa do direito de escolha em casos específicos, e a afirmação da anteposição da vida da gestante em relação à vida do feto, e por fim expor o posicionamento dos tribunais antes e após a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, com suas repercussões.

3.1 ANENCEFALIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Esse tema desperta na doutrina, na jurisprudência e na sociedade em geral importante discussão quando se envolve feto anencéfalo, isto é, o embrião, feto ou recém-nascido, que, por malformação congênita, deixa de possuir uma parte do sistema nervoso central. De forma geral é a má formação ou a ausência do cérebro ou parte dele. A expectativa de vida nesses casos é de curto prazo, havendo sobrevivência apenas de alguns dias fora do útero materno. Não há tratamento, cura ou qualquer possibilidade de sobrevivência de um feto diagnosticado com anencefalia.

Os índices de anencefaliacostumam ocorrer com maior frequência em fetos do sexo feminino e em gestantes nos extremos da faixa reprodutiva, ou seja, grávidas muito jovens ou com idades altamente avançadas.

Durante anos, discutiu-se sobre a legalização do aborto na hipótese de feto anencéfalo, havia diversos conflitos entre os tribunais o que refletia na insegurança jurídica. A confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 17 de junho de 2004, propôs uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54) buscando a aplicação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, no que se refere ao feto anencéfalo.

Na prática muitos juízes, antes do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, utilizavam de alguns pressupostos para permitir essa modalidade de abortamento. Primeiramente deveria observar se somente as anomalias que inviabiliza a vida extrauterina seriam argumentos capazes de motivar a autorização. O segundo pressuposto era se a anomalia estava devidamente atestada em perícia médica. E por fim, o terceiro pressuposto era a prova do dano psicológico da gestante. Dessa forma o juiz analisava os três pressupostos para assim se posicionar e decidir perante ao caso.

Aproximadamente oito anos depois, a discussão chegou aos Tribunais Superiores. Vale ressaltar que em 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal se posicionou por maioria, nos termos do relator, Ministro Marco Aurélio, que propôs declarar a inconstitucionalidade da perspectiva, segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é norma tipificada nos artigos 124, 126, 128, I e II. Por oito votos a dois, a maioria dos ministros acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio.

Além do relator, votaram pela descriminalização do aborto de anencéfalos os ministros Rosa Weber; Joaquim Barbosa; Luiz Fux; Cármen Lúcia; Ayres Britto; Gilmar Mendes e Celso de Mello. Para sete, dos dez ministros que participaram do julgamento, não se trata de aborto porque não há a possibilidade de vida do feto fora do útero.

Nesse sentido a gestante poderá, se for de sua vontade, após diagnosticada a anencefalia, submeter-se a interrupção da gravidez, sem que tal ação seja considerada como um fato delituoso. Em seu voto, o ministro Marco Aurélio de forma indireta alega que anencefalia e vida são termos incompatíveis, ou seja, trata-se de extrema incompatibilidade um termo perante ao outro uma vez que se contrapõem. O ministro ainda afirma que existe no caso um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais, já que inexistente qualquer possibilidade de o feto sem o sistema nervoso central ou parte dele sobreviver fora do útero materno.

O que estava em jogo, disse o Ministro Relator, é saber se a mulher que interrompe a gravidez de feto em caso de anencefalia tem de ser presa. Os ministros por maioria decidiram que não. Nos termos do julgado, “conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem chance nenhuma de vida fora do útero materno. Trata-se,

na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por grandes especialistas, de um *natimorto cerebral*".

O ministro Gilmar Mendes votou pela descriminalização do aborto em casos de anencefalia, porém, afirma que se trata de aborto. Para Gilmar Mendes, o aborto de feto anencéfalo pode se encaixar nas hipóteses de exceção previstas no Código Penal, em que o aborto não é tipificado como crime, como nos casos do artigo 128 do referido código, que são as hipóteses de estupro e risco de vida para a gestante.

Os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram contra a ação. Lewandowski argumentou que o tema é assunto para o poder Legislativo, não para o Supremo Tribunal Federal. Já o ministro Cezar Peluso considerou que não se pode admitir que o feto anencéfalo não tenha vida. Já que "a vida e a morte são fenômenos pré-jurídicos dos quais o direito se apropria para determinados fins. Dessa forma, ele afirma que a Corte não tem competência para decidir sobre tal assunto, e que apesar de toda a evolução médica em resultados de diversos exames, ainda se trata se fato receoso se pautar apenas por diagnósticos para obstruir com uma vida.

Diante do sofrimento da gestante portadora de feto anencéfalo, Peluso alega que "o sofrimento não degrada a condição humana, mas é inerente à condição humana". Para ele, "o sofrimento" que a ordem jurídica tem o dever de impedir "é o ato antijurídico". Ele chamou a atenção para o perigo da proliferação de abortos permitidos a partir de diagnósticos falsos ou imprecisos de anencefalia, deficiência que — apesar de todo o progresso da ciência médica — ainda é objeto de controvérsias.

Segundo Peluso o feto está sendo reduzido, no fim das contas, à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada, de nenhum ângulo, a menor consideração ética ou jurídica, nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica e ética que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humanas.

O ministro Dias Toffoli alegou impedimento por ter trabalhado no parecer da Advocacia-Geral da União em favor da ação na época em que era o advogado-geral.

Logo após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Federal de Medicina publicou as diretrizes para o aborto em situações de anencefalia. O texto prevê que necessariamente devem ser feitos exames de ultrassonografia a partir da décima segunda semana de gravidez, sendo este o período tecnicamente em que o feto já se encontra em estágio suficiente para detectar a anomalia.

O diagnóstico da anencefalia terá um laudo que obrigatoriamente deverá ser assinado por dois médicos. A gestante será informada sobre o resultado e tem liberdade de optar livremente por antecipar o parto, que é a prática da interrupção da gravidez, ou manter a gestação.

Conforme é defendido por Luiz Flávio Gomes (2010, p. 557) o fato é materialmente atípico, pois nesses casos a interrupção da vida intrauterina não é arbitrária, mas sim baseada no fato de que, confirmado cientificamente de que a vida intrauterina será inviável, deve-se priorizar os interesses relativos à saúde, a dignidade e à liberdade de escolha em termos legais da mãe.

Outra vertente importante a ser destacada, entretanto, diz respeito a como os tribunais atualmente se posicionam em relação a interrupção da gravidez, nos casos de gestação de anencéfalos, e como era antes da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54) e do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, como se transcreve na ementa a seguir.

HABEAS CORPUS. FETO ANENCEFÁLICO. ABORTO EUGENÉSICO. PEDIDO DOS IMPETRANTES PARA QUE SEJA RECONHECIDO O DIREITO DO PACIENTE (NASCITURO) À COMPLETA GESTAÇÃO. SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. ESCLARECIMENTO DA GESTANTE DE QUE NÃO MAIS PRETENDEREALIZAR O ABORTAMENTO. ULTERIOR PETIÇÃO DOS IMPETRANTES NA QUAL PUGNAM PELA PREJUDICIALIDADE DO HABEAS CORPUS, ANTE O TRANSCURSO DO PRAZO DO ALVARÁ JUDICIAL. WRIT PREJUDICADO. 1. Na hipótese, o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Santa Adélia/SP proferiu, em 09/02/2011, sentença por meio da qual autorizou Gestante a submeter-se "aos procedimentos médicos necessários para a antecipação/interrupção do parto". Tal autorização ocorreu após a realização de exames pré-natal e de ultrassom, em hospital público municipal, que constataram a "má formação fetal do crânio, denominada pela medicina como anencefalia". 2. Levado em mesa para julgamento na sessão do dia 7 de junho de 2011, esta Turma, à unanimidade, entendeu por bem converter o feito em diligência, para que a Gestante fosse ouvida sobre seu desejo de proceder à intervenção cirúrgica, ou se teria dela desistido. Em juízo, no dia 9 de junho de 2011, esclareceu a Grávida que desistiu do procedimento. 3. Outrossim, conforme esclarecem os Impetrantes, em petição na qual posteriormente pugnam pela prejudicialidade do writ, a interrupção do parto fora autorizada por intermédio de alvará judicial expedido em 10 de fevereiro de 2011, cuja

validade era de 120 dias. Ultrapassado tal prazo, resta configurada a ulterior ausência de interesse na tramitação do presente writ. 4. Habeas corpus prejudicado, cassando a liminar anteriormente deferida. (STJ - HABEAS CORPUS HC 205386 SP 2011/0097544-9 STJ).

Nesse sentido verifica-se que, como já mencionado, a gestante possui o livre consentimento por optar ou não em manter a gestação depois de comprovado a anencefalia. No primeiro momento, como demonstra a jurisprudência, o juiz autorizou a gestante a submeter-se aos procedimentos médicos necessários para interrupção da gravidez. O fato é que depois do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação a anencefalia os tribunais vem sendo unânimes em suas decisões.

No segundo momento, quando levado em mesa para o julgamento, a turma por unanimidade decide por bem que é necessário ouvir a gestante antes de julgar a sentença, ou seja, entendeu como necessidade converter o feito em diligência, para que a gestante fosse ouvida sobre seu desejo de proceder à intervenção cirúrgica, ou se teria dela desistido. A gestante em juízo opta por não realizar o procedimento, tornando o habeas corpus prejudicado, convertendo a liminar anteriormente em cassada. Segue a ementa do julgado em apreço.

EMENTA AÇÃO CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. DIAGNÓSTICO DE ANENCEFALIA FETAL. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO IMPETRADO, AO ARGUMENTO DE FALTA DE AMPARO LEGAL. CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE CABIMENTO DE HABEAS CORPUS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL. ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RESTRIÇÃO DE LEGE FERENDA. INTERPRETAÇÃO AMPLA DO CABIMENTO DO WRIT PARA SALVAGUARDAR GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA NORMA INCRIMINADORA. RISCO À LIBERDADE AMBULATORIAL. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APONTADA ILEGALIDADE DIANTE DA DECISÃO FUNDAMENTADA DE FORMA INSUFICIENTE. PÓS-POSITIVISMO. APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS, COMO DECORRÊNCIA DA REGRA INSCULPIDA NO ARTIGO 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO BRASILEIRO (DECRETO-LEI Nº 4657 /42) E DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DE APRECIÇÃO DA PRETENSÃO DA REQUERENTE PELO PODER JUDICIÁRIO (ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO (PREÂMBULO, ARTIGOS 1º, INCISO III; 3º, INCISO I; 5º, CAPUT E INCISOS III E VI; 6º; 196; 226, § 7º). LIMINAR PARCIALMENTE REFERENDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF Nº 54 DETERMINANDO A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS SOBRE O TEMA. ARTIGO 5º, § 3º DA LEI Nº 9882 /99. URGÊNCIA NAS DECISÕES ENVOLVENDO AUTORIZAÇÕES JUDICIAIS PARA INTERRUÇÃO DE GESTAÇÕES DE FETOS ANENCÉFALOS. PRINCÍPIOS DA

RAZOABILIDADE E DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO. BREVE RESUMO DA ADPF Nº 54/94. CONSIDERAÇÕES TÉCNICO-CIENTÍFICAS SOBRE ANENCEFALIA. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO DE PENAL, PROPOSTA E JÁ APROVADA PELA COMISSÃO DE JURISTAS INSTITUÍDA PELO SENADO FEDERAL PARA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. DENIFICAÇÃO MÉDICA DE ANENCEFALIA. REFERÊNCIAS HISTÓRICAS SOBRE O ABORTO. ABORTO NO DIREITO COMPARADO. PROJETOS DE LEI NO BRASIL. DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA. PRECEDENTES [...].TJ-RJ - HABEAS CORPUS HC 00051824520128190000 RJ 0005182-45.2012.8.19.0000 (TJ-RJ). Data de publicação: 28/05/2012.

No caso dos presentes autos, como já estudado, essa jurisprudência reflete a polêmica que envolve a antecipação do parto, quando comprovado a anencefalia do feto, objeto da ADPF nº 54 em trâmite no Supremo Tribunal Federal desde 2004. Nesse sentido a liberdade física da gestante está sendo ameaçada, e o juízo impetrado negou-lhe, em verdade, a pretendida declaração de afastamento da norma incriminadora do artigo 124 do Código Penal. Tendo inclusive, externado seu entendimento sobre a tipicidade, decisão impugnada, baseada estritamente na interpretação literal da regra do Direito Penal, que afasta a sanção para alguns outros, é extremamente o que empresta e caracteriza o alegado constrangimento ilegal, claramente no que se refere a dignidade da pessoa humana.

Ainda inexistente legislação específica relacionado ao tema, remetendo ao judiciário a árdua tarefa de se posicionar e decidir sobre a questão, baseando-se em análises dos julgados já produzidos de diversos tribunais do país. A jurisprudência nos Tribunais Superiores é carente, visto que os casos que lá chegaram restaram, em sua maioria, prejudicados pela perda de objeto.

3.2 ANÁLISE SOBRE O JULGAMENTO DA ADPF Nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde no Supremo Tribunal Federal, que diante dos votos julgou procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria tipificada no Código Penal. Busca-se uma leitura moral do ordenamento jurídico.

Sendo assim, procura-se articular a temática e a importância da ADPF n. 54, cuja proposta de leitura moral pode ser um referencial teórico importante para

compreender o sistema de uma sociedade e como funciona, voltadas para a proteção de direitos de gestantes de fetos anencéfalos. Pretende-se demonstrar que, no julgamento da ADPF N° 54, o Supremo Tribunal Federal conseguiu justificar de forma coerente, e julgar de uma maneira plausível, que a vida da gestante merece ser valorizada, nesse sentido ele tem livre liberdade de escolha. Segue ementa da citada arguição.

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. **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. **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. STF – QUESTÃO DE ORDEM. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL ADPF DF (STF).
Data de publicação: 30/08/2007.

Na ADPF 54 transcrita, a decisão demonstra que o STF atuou como legislador positivo, isto porque o Código Penal apenas prevê duas formas que descriminaliza o aborto, nos termos do seu artigo 128.

A decisão proferida na ADPF 54 acrescentou nova modalidade que exclui a hipótese de crime de aborto, qual seja, quando se tratar de feto anencéfalo. Claramente, o foro adequado para a análise da questão é o Congresso Nacional que, por alguma razão, omitiu-se na apreciação da matéria. E a inércia do órgão de representação democrática permite a intervenção judicial, pois a proteção de direitos fundamentais é tarefa indispensável do Estado, a exigir a tutela estatal, nos termos do que preconiza o artigo 5ª, inciso XXXV, da Constituição.

Não se trata de uma obrigação ou dever da mulher de interromper a gestação. O Supremo Tribunal Federal apenas autoriza e faculta a prática da interrupção da gravidez em prol da sua dignidade e a fim de minorar seu sofrimento,

diante de gerar um filho por todo o período da gravidez, ciente que o feto não terá viabilidade.

A partir da decisão, portanto, caberá ao SUS promover a política pública de saúde adequada (com apoio psicológico e obstétrico), orientando a mulher grávida de feto anencéfalo, para que tenha a liberdade, a coragem e a sabedoria de adotar uma decisão que melhor se ajuste ao seu sofrimento e à sua situação particular.

A decisão manifestada pelo STF decorre da impossibilidade de proteger-se deficientemente a mulher. Vale dizer, não pode o Estado deixar de tutelar determinado titular de direito fundamental, sob pena de violar o princípio da vedação de proteção insuficiente, decorrente da cláusula, implícita ao princípio da proporcionalidade. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu como acerto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a pesquisa desenvolvida é possível afirmar que o aborto, fora das modalidades legais, fere o principal direito fundamental garantido pela Carta Magna, que sustenta o direito à vida e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

O ordenamento jurídico brasileiro demonstra claramente sua intenção, através de diversos instrumentos normativos, em relação a importância e proteção do bem jurídico maior representado pela vida. Dessa forma, ele se fecha a todo momento para qualquer tentativa da descriminalização do aborto. Apesar de haver diversas leis no sentido que garanta ao ser humano o direito de permanecer vivo, surgem diversas tentativas através de movimentos feministas para que haja a legalização do aborto.

A interrupção da gravidez de forma provocada ilicitamente é uma realidade social. O ato praticado à margem da lei coloca em risco as mulheres que se sujeitam a esse procedimento de forma clandestina, ocorrendo na maioria dos casos com mulheres sem suporte socioeconômico e psicológico, o que não isenta ou até mesmo atenua a pena.

Sem dúvidas, o aborto provocado é o resultado de uma gravidez indesejada. Por isso o planejamento familiar apresenta-se como uma das alternativas capazes de diminuir o número de abortos e mortes em decorrência dele. Outra alternativa seria a adoção de políticas públicas que divulguem a necessidade de se prevenir, com a utilização de métodos anticoncepcionais, disponibilizados de forma gratuita e com mais frequência, principalmente para adolescentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> acesso em 21 de jul. de 2017.

BRASIL. Código Penal do Império, 1830. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> acesso em 21 de jul. de 2017.

BRASIL. Código Penal do Império, 1890. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> acesso em 21 de jul. de 2017.

BRASIL. Código Penal, 1940 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso em 21 de jul. de 2017.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em 21 de jul. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF N°54/DF. Partes: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, Luís Roberto Barroso, Presidente da República, Advogado-Geral da União. Relator. Min Marco Aurélio. Julgado 30/08/2007. JusBrasil.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF N°54/DF. Partes: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, Luís Roberto Barroso, Presidente da República, Advogado-Geral da União. Relator. Min Marco Aurélio. Julgado 12/04/2012. JusBrasil.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Segunda Câmara Criminal. Interrupção da Gravidez. Habeas Corpus HC N° 00051824520128190000 RJ 0005182-45.2012.8.19.0000. Impetrante: DR. Nilsomaro de Souza Rodrigues Paciente: Jaqueline Alves de Lima. Relator: Des. José MuinosPineiro Filho. Julgado em 13/03/2012. JusBrasil.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Terceira Câmara Criminal. Interrupção de Gravidez. Petição PET N° 70047133657 RS. Agravante: DorianeSchaferValiati e Márcio Luiz Valiat. Agravado A.J. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Julgado em 28/05/2012. JusBrasil.

CAPEZ, Fernando. Direito Penal: parte especial. 4. São Paulo : Ed. Saraiva, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários a Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

- DAMÁSIO, E. De Jesus. Direito Penal: parte especial. São Paulo Ed. Saraiva, 2007
- FARHAT, R. Aborto. Revista Saúde Brasil – Publicação do Ministério da Saúde, Brasília: n. 104, jan. 2005. Disponível em:<<http://www.portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/>> Acesso em 17 set. 2017.
- GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material. Revista dos Tribunais, n. 854, dez. 2006.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial: Rio de Janeiro Ed. Impetus, 2008.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal: parte especial: São Paulo: Forence, 1979.
- MIRABETTE, JulioFabrini. Manual de direito penal: parte especial: São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado.10 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.
- PRADO, Danda. Que é aborto. São Paulo: Editora Brasiliense,1985.
- SANCHES, Rogério Cunha. Manual de direito penal: parte especial: São Paulo: Ed jus PODIVM, 2016.
- STOLZE, Pablo Gagliano. Novo Curso de Direito Civil: parte geral: São Paulo: Ed Saraiva, 2015.