



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

NATÁLIA FERNANDA RODRIGUES ASSIS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO EM CASOS DE
MICROCEFALIA**

BACHARELADO
EM
DIREITO

CARATINGA – MG
2019

NATÁLIA FERNANDA RODRIGUES ASSIS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO EM CASOS DE
MICROCEFALIA**

Projeto de Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica I, requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

CARATINGA – MG

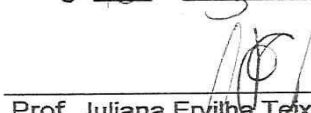
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

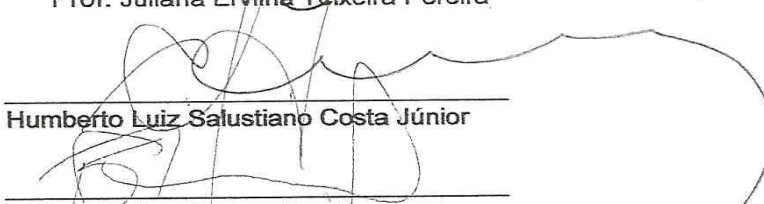
Trabalho de Conclusão de Curso **A inconstitucionalidade do aborto em casos de microcefalia**, elaborado **Natália Fernanda Rodrigues Assis** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

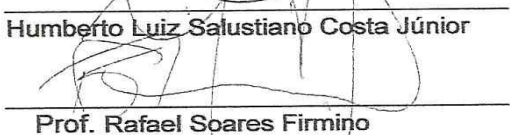
Caratinga 6 de Dezembro 2019



Prof. Juliana Ervilha Teixeira Pereira



Prof. Humberto Luiz Salustiano Costa Júnior



Prof. Rafael Soares Firmino

Dedico primeiramente a Deus, pois sem ele eu não teria forças para essa jornada, a minha mãe por cada oração feita em meu nome, ao meu pai, padrasto, meus tios, meu namorado, enfim, toda minha família, e amigos que me apoiaram e não mediram esforços para que eu chegasse até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades, e por me achar merecedora delas, a Nossa senhora de Aparecida por sempre me guardar e acalmar meu coração, aos meus pais pelo amor, orações, incentivo e apoio. Ao meu namorado por sempre estar ao meu lado me dando forças e apoio, aos meus tios que acreditaram em meu sonho me ajudando a torná-los cada dia mais possível, a minha orientadora Juliana Ervilha e demais professores pelos conhecimentos que me foram compartilhados nessa jornada. Enfim a todos que contribuíram para esse momento de conquista em minha vida, obrigada a todos!

*“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu,
mas pensar o que ninguém pensou sobre aquilo
que todo mundo vê.”*

(Arthur Schopenhauer)

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF-54- ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

CF- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CP- CODIGO PENAL

ART- ARTIGO

ADPF- ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

ECA – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

SUS- SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

CM- CENTIMETRO

TRF- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

STF- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SP- SÃO PAULO

LANCE- LABORATÓRIO NACIONAL DE CÉLULAS TRONCO

IDOR- INSTITUTO D'OR DE PESQUISA E ENSINO

SINAN NET- SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE AGRAVOS DE NOTIFICAÇÃO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	09
CAPÍTULO I - DEFINIÇÃO DE PESSOA	11
1.1 - Quando O Feto é Considerado Pessoa	12
1.2 - Nascituro.....	13
1.3 - Direito À Vida.....	14
1.4 - Proteção Da Criança e Do Adolescente	17
CAPÍTULO II - CRIMES DE ABORTO.....	20
2.1 - Espécies De Aborto.....	21
2.1.1 - Auto Aborto E Aborto Consentido	21
2.1.2 - Aborto Provocado Por Terceiro	21
2.1.3 - Aborto Necessário.....	22
2.1.4 - Aborto Eugênico.....	23
2.2 - Dos Crimes De Aborto E Sua Exclusão.....	24
CAPÍTULO III – ABORTO EM CASOS DE MICROCEFALIA.....	27
3.1- Causas Da Microcefalia	28
3.2 - Microcefalia E Seus Efeitos Sociais E Biológicos No Brasil.....	30
3.3 - Inconstitucionalidade Da Autonomia Da Mulher Em Relação Ao Aborto Do Feto Microcéfalo	30
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS.....	33
ANEXOS	37

RESUMO

A presente monografia é referente a inconstitucionalidade do aborto em casos de microcefalia, o tema central foi idealizado em relação ao direito a vida, direcionado para a condição do nascituro, pois o ato de abortar recai diretamente sobre esse sujeito. O nascituro é resguardado no direito civil brasileiro, devido a sua expectativa de vida, alguns direitos pairam sobre o feto, e diante dessa proteção e perspectiva de direitos, o nascituro com microcefalia goza dos mesmos benefícios. A presente pesquisa destacou a definição de pessoa, valorização do direito a vida, a proteção ao nascituro, perpassando pela tipificação do crime de aborto e os métodos de aborto, e por fim a microcefalia não é condição passível de aborto. Ao final de todo estudo e tempo gasto na pesquisa sobre microcefalia, aborto e inconstitucionalidade do ato citado, há uma reflexão qual a real reação nos tribunais, sendo que a vida é e continua sendo um direito e uma garantia.

PALAVRAS-CHAVES: Aborto. Microcefalia. Anencefalia. Descriminalização. Direito a vida.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso é uma pesquisa doutrinária e bibliográfica sobre a inconstitucionalidade do aborto em casos de microcefalia, o surto do zika Vírus em 2015 resultou na concepção de fetos microcefálicos, pois há uma ligação direta entre o vírus citado e a condição do desenvolvimento da microcefalia.

Esse tema foi pensado diante do crescimento do número de gestações com o diagnóstico de microcefalia em 2015, entendendo que o aborto é qualificado como crime contra a vida e punível, e porque não trabalhar o crime de aborto devido a condição de microcefalia do feto.

Diante da questão que fomentou o presente trabalho cabe uma análise mais aprofundada sobre qual a definição de pessoa abordada pela doutrina, à relevância primordial do direito a vida e o nascituro, que nesse ponto é o destinatário da possibilidade do direito à vida.

O trabalho também aborda anencefalia, condição que possibilita o aborto e que foi discutida na ADPF 54, vale ressaltar que a anencefalia é uma condição mais grave para o nascituro, o qual a perspectiva de vida não ultrapassa alguns meses, mesmo nessa condição é uma vida, passível de proteção, sem que haja fatores externos que ponderem sobre o fim da gestação.

A pergunta que fomentou o desenvolvimento do trabalho: É se seria possível a constitucionalização aborto em casos de portadores da microcefalia e se essa constitucionalização estaria de acordo com o nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse mesmo sentido BRANCO dispôs que:

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outubro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente a sua capacidade relevância, é superior a todo outubro interesse. (...) o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1968, explica que “o direito à vida é inerente a pessoa humana” e que “este direito deverá ser protegido pela Lei”, além de dispor que “ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”. Nessa diretriz, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, entende “por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade” (atr. 1°), assevera que “os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente a vida.”¹

¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10° edição, Saraiva, São Paulo/SP, 2015, pag. 255-256.

A vida é uma garantia fundamental, fica explícito após ênfase de BRANCO que a constitucionalidade do aborto nos casos de microcefalia seria uma afronta a Constituição Federal de 1988.

No mesmo sentido cabe uma explanação sobre o crime de aborto, como é qualificado e quais os tipos de aborto que são conhecidos no direito brasileiro, pois ao final será demonstrado o impacto da microcefalia e a sociedade, para enfim pontuar qual a proeminência da preservação da possibilidade de vida de um nascituro microcéfalo.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Aborto é a configuração de uma interrupção durante período da gestação que gera por consequência a morte do feto que se encontrava presente e saudável no ventre de sua mãe. Existem várias modalidades que configuram o aborto, previstas nos artigos 124 a 128 do Código Penal.

Nas palavras de PRADO o aborto “consiste em dar morte ao embrião ou fetos humanos, seja no claustro materno, seja provocado por sua expulsão prematura. Nessa última hipótese, exige-se a falta de viabilidade e de maturidade do feto expulso”.²

A microcefalia é uma doença que não tem cura, mas existem tratamentos eficazes com resultados positivos aos seus portadores.

A gravidade da condição dessa anomalia varia de pessoa para pessoa, na maioria dos casos está ligada a um atraso neurológico, mental, psíquico e motor, por isso é de importância ressaltar que o tratamento tem maior eficácia quando iniciado de imediato, a criança com microcefalia é um ser humano dotado de direitos como qualquer outra pessoa, seja ela portadora de alguma anomalia ou não, onde existe vida existirá direitos.

VARELLA explana sobre a microcefalia como:

Microcefalia é uma condição neurológica rara que se caracteriza por anormalidades no crescimento do cérebro dentro da caixa craniana. Em geral, ela ocorre quando os ossos do crânio se fundem prematuramente e não deixam espaço para que o cérebro cresça sem que haja compressão das suas estruturas. A alteração pode ser congênita ou manifestar-se após o nascimento associada a outros fatores de risco (doença secundária). Algumas crianças portadoras de microcefalia têm inteligência e desenvolvimento normais apesar de a circunferência do crânio ser menor do que as estabelecidas nas tabelas de referência para sua idade e sexo.³

Se tratando do tema aborto em casos de crianças portadoras da anomalia aos portadores da microcefalia é de suma importância menção da anencefalia, essa doença em comum com a microcefalia não tem cura, nas palavras de AURELIO a anencefalia “consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo

² PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial. 14^o. ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2015. Pag. 664.

³ VARELLA, Drauzio. Microcefalia. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/microcefalia/>>. Acesso em: 13 de nov. 2019

neural durante a formação embrionária”.⁴

Diante todo narrado é de suma importância perguntar: É compatível com o ordenamento constitucional brasileiro a descriminalização do aborto em casos de microcéfalos?

Diante o desenvolver do trabalho, foi possível chegar a hipótese que: Não, a descriminalização do aborto nos casos de portadores de microcefalia não é compatível com o ordenamento brasileiro, do contrario seria uma violação ao direito a vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal, considerado um direito fundamental garantidos a todos como o Direito a vida.

Enfatiza MORAIS que:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurar-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto a sua subsistência.⁵

A vida é uma garantia de direito fundamental, Crianças portadora da microcefalia possuem expectativa de vida e existem tratamentos que melhoram seu desenvolvimento, a constitucionalização do aborto seria uma afronta ao direito a vida e negar o direito de viver resguardado na Constituição Federal.

⁴ AURÉLIO, Marco, ministro (relator). Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-54. Pag. 46. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf> > Acesso em: 13 de nov. 2019.

⁵ MORAIS, Alexandre, Direito Constitucional, Atlas, 2012 – 28º ed., pag. 34, 2012, São Paulo/SP

CAPÍTULO I - DEFINIÇÃO DE PESSOA

A definição de pessoa é um tema que sempre será de suma importância no ramo do Direito, as leis foram criadas por pessoas e para as pessoas, a partir de necessidades surgidas ao longo dos tempos para que ficasse mais explícito o certo e o errado, da diferença entre vida e morte e quais consequências que podem eventualmente surgir por consequência de ações. Do momento em que vida se inicia até o momento em que termina, somos todos sujeitos de direitos e deveres e todos esses momentos podem trazer direitos de natureza civil, constitucional e penal. Segundo DINIZ⁶.

Descreve DINIZ o conceito de pessoa como pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito⁷.

O Código Civil de 2002 dispõe “Artigo 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”⁸ Portanto, para ter direitos e deveres é necessário somente a existência, sendo assim quando nasce uma criança e está nasce com vida e está viva ela como qualquer outro tem direitos e deveres perante a sociedade.

Enfatiza Goffredo TELLES Júnior que:

Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.⁹

Os Direitos da personalidade são de existência própria e garantidos a todas as pessoas de maneira igual, como forma de defender o bem primordial dado pela natureza.

⁶ DINIZ, Angela de Lourdes. Criminalização do Aborto em Feto Portador de Microcefalia. 2018. 43 f. Dissertação (Trabalho de Conclusão de Curso), Faculdade de Direito, Doctum, Caratinga, 2018.

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. V.1, 18 ed, Saraiva: São Paulo, 2002. (p.116).

⁸ Código Civil Brasileiro. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 07 de SET. de 2019

⁹ PAIVA, J.A. Almeida. A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida. Consultor Jurídico. Ano 24/11/2003. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-nov-24/personalidade_civil_comec_a_nascimento_vida> Acesso em: 07 de SET. 2019

1.1 - QUANDO O FETO É CONSIDERADO PESSOA

De acordo com o artigo 2º do Código Civil, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” A partir do momento em que nasce uma criança, e seguidamente respira, os direitos jurídicos da pessoa passam a existir sobre ela. Enquanto a criança é um embrião na barriga da mãe, ele é um nascituro, não sendo considerado como pessoa até o nascimento, porém o ordenamento jurídico protege esse feto, com expectativa de que vai nascer e será uma pessoa.

O nascituro é uma existência intrauterina, pois ainda se encontra no ventre da mãe, mas esse não deve ser confundido com o natimorto, que é quando uma criança já nasce sem vida.

O Código Penal protege o feto do aborto nos seus artigos 124 a 128, com exceção dos casos de estupro, casos onde não existe outra forma de salvar a vida da gestante e em casos de anencefalia.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.”

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.¹⁰

O feto portador de microcefalia é um nascituro possuidor dos mesmos direitos como qualquer outro, nascendo-o com vida será considerado pessoa, uma pessoa sujeita de direitos e deveres. Portanto sendo ele também amparado pela lei enquanto nascituro e também após nascer como os demais nascidos.

¹⁰ Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 07 de SET. 2019

1.2 - NASCITURO

De acordo com MENDONÇA, nascituro significa aquele que há de nascer, é o bebê que ainda se encontra dentro do útero da mãe, que ainda irá nascer.¹¹

Segundo dispõem o Código Civil de 2002 “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”¹². Portanto o feto tem seus direitos protegidos, sejam eles patrimoniais e materiais desde que concebido.

Maria Helena Diniz defende que o feto mesmo estando em forma de vida intrauterina, ele tem personalidade jurídica formal, portanto direitos da personalidade serão alcançados após nascimento.

Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estendo concebido, ainda que não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.¹³

O nascituro não é considerado pessoa, como já mencionado nesse capítulo, o feto só é considerado pessoa após seu nascimento com vida. Mas como há essa expectativa de que ele irá nascer com vida é preciso que haja essa proteção destinada a eles.

Enfatiza o autor SEMIÃO sobre o direito do nascituro:

Os direitos do nascituro, para não afrontarem o caráter universal dos direitos do nascido, para não contradizerem a 1ª parte do Artigo 2º do C., e para protegerem seus prováveis interesses durante o período da gestação, restringem-se e limitam-se àqueles que são especificadamente previstos na lei. É a taxatividade dos direitos do nascituro.¹⁴

Existe também o ponto de vista médico relacionado à questão do aborto, onde algumas considerações são apontadas.

¹¹ MENDONÇA, Leonardo Araújo Porto de. Dos direitos do nascituro e do embrião no Direito Brasileiro. In: Jus Brasil, 18 de Abril de 2016. Disponível em: <<https://leonardoapmendonca.jusbrasil.com.br/artigos/325703422/dos-direitos-do-nascituro-e-do-embriao-no-direito-brasileiro>> acesso em 16 de outubro de 2019.

¹²Código Civil Brasileiro. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 de outubro de 2019.

¹³ Maria Helena Diniz citada por Juliana Simão da Silva e Fernando Silveira de Melo Plentz Miranda na Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 2 – nº 1 – 2011, p.10

¹⁴ SEMIÃO, Sergio Abdalla. Os Direitos Do Nascituro: Aspectos Cíveis, Criminais E Do Biodireito. 2 ed. Ver., e atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Do ponto de vista médico, aborto é a interrupção da gravidez até 20ª ou 22ª semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou ainda, alguns consideram quando o feto mede até 16,5 cm. Este conceito foi formulado baseado na viabilidade fetal extra-uterina e é mundialmente aceito pela literatura médica.¹⁵

Diante exposto para os médicos dependendo das semanas de gestação e do quanto mede o feto de vida intrauterina, pode se ter o aborto, visto que:

Trata-se, pois, da interrupção do processo gestacional antes que a vida fora do útero seja biologicamente viável, antes do desenvolvimento completo ou ao menos viável, do nascituro, resultando, por consequência na morte deste.¹⁶

Do ponto de vista jurídico e médico se confundem, pois cada um faz suas considerações relacionadas ao tema, diante desse impasse, há a necessidade de se recorrer ao princípio fundamental, que é o direito à vida.

1.3 - DIREITO À VIDA

A vida é um direito irrenunciável, uma das garantias mais proeminentes da Constituição Federal, recebendo proteção da Carta Magna, Código Civil e do Código Penal. Devendo ela sempre ser considerada como um bem principal, sendo sempre mantida em quaisquer hipóteses e situação. O artigo 5º da CF/88 dispõem que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.¹⁷

Discorre MORAIS que:

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biólogo a vida se inicia com a fecundação do ovulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a anidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Luziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está

¹⁵ Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3405&tipo=PARECER&>. Acesso em 28 de setembro. de 2019.

¹⁶ ROSA, Emanuel Motta. O crime de aborto e o tratamento penal. In: Jusbrasil, 13 de set. de 2014. Disponível em: <<https://emanuelmotta.jusbrasil.com.br/artigos/139263291/o-crime-de-aborto-e-o-tratamento-penal>>. Acesso em 28 de setembro. de 2019.

¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 03 de outubro 2019.

englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina.¹⁸

Para ele do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Ressaltando que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina, no caso o nascituro.

Os sujeitos centrais da presente pesquisa são: anencéfalos e microcéfalos.

É de suma importância menção á anencefalia neste capítulo. Esta é uma doença que não tem cura, ocorre uma má formação por defeito do fechamento neural que ocorre durante o período de gestação, não tendo o feto hemisférios cerebrais que são responsáveis por controlar os lados direito e esquerdo do corpo e a ausência do córtex, “50% das mortes em casos de anencefalia são provocadas ainda na vida intrauterina. Dos que nascem com vida, 99% morrem logo após o parto e o restante pode sobreviver por dias, ou poucos meses”.¹⁹

Segundo o Ministério da Saúde ²⁰A microcefalia é uma doença que não tem cura, isso porque o fator que impede o desenvolvimento cerebral, que é a união precoce dos ossos que formam o crânio do bebê não pode ser descolado. Isso pode acontecer em três diferentes estágios, no início da gestação, onde as consequências são mais graves porque o cérebro menos se desenvolve, no final da gestação ou após o nascimento da criança onde as consequências são menos graves.

De acordo com o Ministério da Saúde:

Microcefalia é uma malformação congênita em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada. Essa malformação pode ser efeito de uma série de fatores de diferentes origens, como substâncias químicas e infecciosas, além de bactérias, vírus e radiação.

A Organização Mundial da Saúde padroniza as definições segundo os seguintes pontos de corte para determinar os níveis de microcefalia:

microcefalia: recém-nascidos com um perímetro cefálico inferior a 2 desvios-padrão, ou seja, mais de 2 desvios-padrão abaixo da média para idade gestacional e sexo; microcefalia grave: recém-nascidos com um perímetro cefálico inferior a 3 desvios-padrão, ou seja, mais de 3 desvios-padrão abaixo da média para idade gestacional e sexo.²¹

¹⁸ MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. Atlas, 2012 – 28ª ed., pag. 35, 2012, São Paulo/SP.

¹⁹ CHAGAS, Angela. Anencefalia: quanto tempo é possível sobreviver sem cérebro?. In: Terra, [20??]. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/educacao/voce-sabia/anencefalia-quanto-tempo-e-possivel-sobreviver-sem-cerebro, a5fa00beca2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> acesso em 03 de outubro de 2019.

²⁰ Microcefalia: causas, sintomas, tratamento e prevenção. In: Ministério da Saúde, 20[?]. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>> acesso em 16 de outubro de 2019.

²¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Microcefalia: causas, sintomas, tratamento e prevenção. Brasília, DF, 20[?]. Disponível em: <http://portalsms.saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>> acesso em maio de 2019.

Após a breve exposição sobre anencefalia e a microcefalia, cabe demonstrar que juridicamente temos a ADPF 54 que se discutia interrupção de forma terapêutica durante a gestação de fetos anencefálicos, no qual foi aprovada a inconstitucionalidade dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal como solicitado em sua inicial. A ADPF 54 não faz menção à interrupção terapêutica durante a gestação de fetos microcéfalos.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.²²

Dito isto, a ADPF 54 não se relaciona com o tema abordado no trabalho, visto que microcefalia e anencefalia são doenças diferentes, a referida ADPF é direcionada somente no segundo caso, não tendo relação devido diferenciação.

O nascituro é um feto em formação com expectativa de vida humana sobre ele, possuindo direito a vida assim como os demais com mesmo título que nasceram, nega-lhes isso seria ir contra a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

O professor Washington de Barros Monteiro, com a experiência de um grande civilista esclarece: "Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salva guarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se soba dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade."²³

Neste sentido, BRANCO defende que o direito à vida foi proclamado pela Constituição e que por isso não faria sentido declarar um direito sem resguardar antes o direito à vida que é um direito primordial.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Voto da Min. Carmem Lúcia. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.11/04/2012a. Informativo do STF n. 661. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>> acesso em 01 de outubro de 2019.

²³ PAIVA, J.A. Almeida. A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida. Consultor Jurídico. Ano 23/11/2003. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2003-nov-24/personalidade_civil_omema_nascimento_vida> Acesso em: 10 de outubro de 2019.

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente a sua capacidade relevância, é superior a todo outro interesse. (...) o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1968, explica que “o direito à vida é inerente a pessoa humana” e que “este direito deverá ser protegido pela Lei”, além de dispor que “ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”. Nessa diretriz, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, entende “por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade” (atr. 1º), assevera que “os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente a vida.”²⁴

TAVARES aborda o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõem sobre o direito à proteção, à vida e à saúde das crianças e adolescentes através de políticas que proporcionem o nascimento em condição dignas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 7º estabelece: “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 adio e harmonioso, em condições dignas de existência”. A criança e o adolescente, como qualquer outro ser humano, gozam da proteção à vida é receita constitucional explícito. Contudo, o que torna o dispositivo de interesse para meditação mais ampla é a imposição de políticas “que permitam o nascimento” sadio e harmonioso. Aqui, o objeto da tutela jurídica é, pois, o próprio ser em concepção²⁵

Portanto o nascimento com vida é o marco inicial da personalidade, surgindo os direitos do nascituro com a concepção e ainda que este venha a falecer, seus direitos consideram-se adquiridos e protegidos.

O Direito a vida é uma das garantias mais importantes da Constituição, um direito fundamental para todos os cidadãos de forma respeitada e adquirida.

1.4 - PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal 1988 assegura à criança e ao adolescente em seu artigo 227, o princípio de proteção, onde dispõem que é dever da família, sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, o direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissão, a cultura, a dignidade, ao respeito entre demais outros como colocá-lo a salvo de toda forma negligência,

²⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição, Saraiva, São Paulo/SP, 2015, pag. 255-256.

²⁵ ALENCAR, Paula Gabriella Ribeiro Dorigatti. O direito à vida. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17585&revista_caderno=9> Acesso em: 07 de setembro 2019.

discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²⁶

O Estatuto da Criança e do Adolescente também resguarda os direitos da criança e adolescente nos seus artigos 7º e 8º que põem a salvo que a é obrigação do estado de prover um desenvolvimento digno e sadio ao nascituro e de direito adquirido da mãe o atendimento de pré-natal e Peri natal para acompanhamento da saúde do seu filho.

Art. 7º 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.

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e Peri natal.²⁷

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 discorre sobre a responsabilidade elencada entre a família e o Estado no dever de proteger e assegurar proteção as crianças e adolescentes, De acordo com o Código Civil a personalidade civil começa do nascimento com vida, mas a lei coloca a salva desde a concepção os direitos do nascituro sendo disposto também em seu “Art. 3º—São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.²⁸

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²⁹

²⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 10 de novembro de 2019.

²⁷ Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10619249/artigo-7-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990> > Acesso em 10 de novembro de 2019.

²⁸ Código Civil Brasileiro. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em:10 de novembro de 2019.

²⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 10 de novembro de 2019.

²⁹ Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10619249/artigo-7-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990> > Acesso em 10 de novembro de 2019.

A Constituição menciona o dever da família, da sociedade e do estado para com a criança e ao adolescente, em relação ao tema abordado iremos apoiar no direito à saúde, no artigo 196 a carta magna a saúde é dever do Estado, e nesse ponto nós apoiamos a proteção que a gestante tem direito, pois o Sistema Único de Saúde (lei N° 11.634/2007) tem o dever de assistir a gestante e viabilizar tudo que for necessário para o nascimento com vida, independentemente de o feto ser anencéfalo ou microcéfalo.

Nesse ponto percebemos o quanto o direito à vida é valoroso, pois se a família não assegura os mínimos direitos, a sociedade é chamada para prover, e se a sociedade não atender, cabe o Estado assegurar tudo o que couber para promover o direito à vida.

CAPÍTULO II - CRIMES DE ABORTO

O Código Penal trata em seus artigos 124 a 128 dos casos de aborto, no Brasil a legislação é rigorosa quando se trata em meios de proteção a vida, existem várias maneiras de praticar, dentre essas formas é possível classificar como aborto natural ou espontâneo, aborto eugênico ou eugenésico, aborto social ou econômico e o aborto provocado conhecido como culposo.

As formas de praticar aborto podem ser variadas, mas segundo PRADO esses são os três principais:

Químicos ou bioquímicos: são meios internos, ou seja, introduzidos no organismo da gestante estimulam as contrações dirigidas à expulsão do produto da concepção. Físicos: podem ser mecânicos, térmicos ou elétricos. Os meios mecânicos se dividem em diretos (atuam diretamente sobre o aparelho genital - como a curetagem e a sucção uterina, punção, a microcesária etc.). Ou indiretos. Psíquicos: consistem em sustos, sugestões choques morais, provocação de terror etc.³⁰

De acordo com o Código Penal aborto é considerado crime quando provocado pela gestante ou por terceiros com ou sem o seu consentimento.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
 Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
 Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro
 Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.
 Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.³¹

Quando existir a prática do aborto, existirão vestígios desse crime, por isso é importante o exame pericial e caso não haja mais vestígios por decorrência de ter desaparecido, é necessário um exame de corpo de delito para constatação.

O aborto é crime que deixa vestígios, sendo indispensável à comprovação de sua existência material por meio de exame de corpo de delito. Não sendo possível o exame pericial direto, por terem desaparecido vestígios, a prova testemunhal ou documental poderá suprir-lhes a falta, ressalvando-se que a palavra da gestante ao basta, por si só, para tal finalidade.³²

³⁰ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial. 14^a.ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2015. Pag.672

³¹Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2019.

³² MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial. 22^a. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004. Pag.95.

2.1 - Espécies De Aborto

2.1.1 - Auto Aborto e Aborto Consentido

O artigo 124 do Código Penal fala sobre o auto aborto onde a praticante do ato é a própria gestante. CAPEZ dispõem que: é a própria mulher quem executa a ação material, ou seja, ela própria emprega os meios ou manobra abortiva em si mesma.³³

Enfatiza MIRABETE que:

Auto aborto trata-se de crime especial, só podendo praticá-lo a mulher gestante. O aborto consentido, em que a agente é incriminada por “consentir que outrem o provoque (o aborto). No caso, a gestante não pratica o aborto em si mesma, mas consente que o agente o realize.”³⁴

O aborto consentido está previsto também no Código Penal artigo 126, ocorre quando a gestante permite a prática de aborto por meio de outra pessoa em si mesma, que outra pessoa o provoque. Nessa modalidade ela não provoca o aborto, porém da permissão a outros, assim, o consentimento da gestante nessa modalidade é imprescindível.

2.1.2 - Aborto Provocado Por Terceiro

O Código Penal trata do aborto em seus artigos 125 e 126:

Aborto provocado por terceiro

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

Pena – reclusão, de três a dez anos.

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

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.³⁵

O que tem que se observar é que se a gestante consente com o crime ela se enquadra no artigo 124, que diz: “Aborto provocado pela gestante ou com seu

³³ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal parte especial. Volume 2, 7. Ed. Ver., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p.118-119.

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial. 22ª. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004. Pag. 96

³⁵ Código penal. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.138 p.

consentimento: Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos.”³⁶

2.1.3 - Aborto Necessário

No Brasil o aborto é considerado uma violação da lei, o Código Penal, dispõe algumas situações que estão elencadas em seu artigo 128 sendo elas as modalidades de aborto necessário e aborto humanitário, casos onde são permitidas o fim da vida intrauterina.

O aborto necessário é permitido em casos onde a gestação coloca em risco a vida da mãe gestante não havendo outra maneira de salvá-la a não ser o meio de retirar o feto. É de importância mencionar que casos onde exista a possibilidade de entre o feto e a mãe, existe o dever legal do médico sempre optar pela da mãe, entendendo-se que a possibilidade de existir não sobrepõe a de uma vida já existente.

O aborto humanitário se encaixa nos casos em que a gestação surgiu na forma de crime de estupro. Assim deixando à escolha da mãe a opção de ter a criança ou a interrupção. Levando em consideração que a mulher nesse caso foi vítima perante circunstâncias da concepção e pensando na integridade psíquica da gestante diante toda uma futura situação que virá a ter.

O TRF entende que as vítimas de estupro têm o direito do aborto, e com a opção de serem feitos na unidade do SUS independentemente de um registro policial da prática do ato.³⁷

Nesse sentido BARROSO enfatiza sobre essa decisão do STF sobre o aborto ser permitido até os três primeiros meses de gestação que:

Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um.³⁸

³⁶ Código penal. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.138 p.

³⁷ Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Vítimas de estupro têm direito a fazer aborto pelo SUS independente de registro policial. In Jusbrasil, 19 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/noticias/2425183/vitimas-de-estupro-tem-direito-a-fazer-aborto-pelo-sus-independente-de-registro-policial>> . Acesso em 25 de outubro de 2019.

³⁸ LICIA, Brenda. Aborto: em quais situações a lei admite?: Entenda como o mundo jurídico compreende o aborto e em quais casos a legislação tolera tal crime. In: Jusbrasil, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em:

Essa decisão de certa forma cria um precedente para que outros julgamentos sejam semelhantes em processos de aborto.

2.1.4 - Aborto Eugênico

O aborto eugênico é um assunto muito complexo e discutido no ordenamento jurídico, onde o aborto se constitui com a interrupção da gravidez nos casos em que há suspeita de que a criança venha a nascer com defeitos físicos, mentais ou anomalias, sendo considerada uma técnica artificial de seleção humana.

O que muito se leva em conta nesse aborto é o que aconteceu na Alemanha, a busca pela raça perfeita, onde os fundamentos para esse aborto seriam seletivos, por isso muito discutido no ordenamento jurídico.

Em 2004, teve uma propositura de uma ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54 pelo Conselho Nacional dos Trabalhadores na Saúde, sobre a interrupção da gestação pelo feto ser portador de anencefalia, onde tal aborto é considerado eugênico.

Aborto eugênico é aquele que se fundamenta em indicações referentes à qualidade de vida, sendo comprovada a eugenia quando da certeza de que o feto nascerá com má-formação congênita, na qual se inclui a anencefalia. A anencefalia não é apenas uma má-formação física, mas a inexistência de órgão crucial para o anencéfalo: o cérebro, cuja existência e funcionamento é fundamental para a viabilidade da vida extrauterina. É uma má-formação irreversível e grave, à qual, na esmagadora maioria das vezes, o feto não sobrevive e, se sobreviver, terá total dependência dos outros.³⁹

Existem mais casos onde a justiça autoriza o aborto como o que aconteceu em São Paulo, “A Justiça autorizou o aborto de um feto com uma anomalia rara conhecida como síndrome de Edwards em Assis(SP). A decisão foi divulgada [...] pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o processo corre em segredo de justiça”.⁴⁰

O que é observado, é que a casos em que o feto apresenta doença em que

<<https://brendaliciaalmeida.jusbrasil.com.br/artigos/550495186/aborto-em-quais-situacoes-a-lei-admite?ref=feed>> Acesso no dia 25 de outubro de 2019.

³⁹ ZAVAN, Leonardo. Aborto eugênico: anencefalia. In: JUS.COM.BR, outubro. de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61545/aborto-eugenico-anencefalia>> acesso em 25 de setembro de 2019.

⁴⁰ Justiça autoriza aborto de feto com síndrome rara em Assis: Gestante solicitou interrupção da gravidez; feto tem síndrome de Edwards. Juiz diz que doença traz disfunção incompatível com a vida extrauterina. In: G1, 22 de novembro de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2016/11/justica-autoriza-aborto-de-feto-com-sindrome-rara-em-assis.html>> acesso em 20 de setembro de 2019.

não há expectativa de vida.

O Ministro Gilmar Mendes votou pela procedência da ADPF 54, onde seu entendimento é que não se deve punir o aborto quando praticado por médico, com consentimento da gestante, se o feto é anencéfalo, pois também é aborto necessário com direito ao livre arbítrio da mãe decidir a interrupção.

2.2 - Dos Crimes De Aborto E Sua Exclusão

De acordo o caso publicado no Jornal Estado de Minas Gerais, conta a história de uma universitária de 37 anos, que se passava por enfermeira e participava de esquemas de abortos, onde no período de 03 anos, foi realizado mais de 200 do procedimento, os mesmos eram feitos mediante pagamentos que variavam entre os valores de R\$ 3.000,00 a R\$ 8.000,00 mil, dependendo do estágio do período de gestação.⁴¹

Segundo Estado de Minas a universitária possui grande conhecimento sobre medicamentos, alguns deles de uso veterinário, o trabalho era praticado em horário comercial em 24 hotéis diversos da capital mineira.⁴²

Ainda de acordo com Jornal Estado de Minas, a estudante foi presa em flagrante, durante o atendimento a duas clientes, que estavam prestes a tomar o medicamento injetável para expelir o feto em suas respectivas residências, as gestantes foram ouvidas e logo liberadas, pois o Código Penal não pune o ato preparatório.⁴³

Nas palavras do Jornal Estado de Minas foi encontrado na casa da estudante, muitos medicamentos e dinheiro em espécie, onde foi possível identificar mais de 25 mulheres que teve os serviços prestados, todas foram intimadas e qualificadas a depor. Sendo provado que fizeram o procedimento, as mulheres, estarão enquadradas no artigo 126 do Código Penal, com pena de 1 a 4 anos. Por sua vez,

⁴¹ ESTADO DE MINAS. Mulher presa por esquema de aborto em hotéis de BH medicava gestantes com remédio de vaca. In: Estado de Minas Gerais, 06 de outubro. de 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/10/06/interna_gerais,1090709/mulher-presa-por-esquema-de-aborto-em-hotéis-de-bh-medicava-gestantes.shtml> acesso em 15 de outubro de 2019.

⁴² ESTADO DE MINAS. Mulher presa por esquema de aborto em hotéis de BH medicava gestantes com remédio de vaca. In: Estado de Minas Gerais, 06 de outubro. de 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/10/06/interna_gerais,1090709/mulher-presa-por-esquema-de-aborto-em-hotéis-de-bh-medicava-gestantes.shtml> acesso em 15 de outubro de 2019.

⁴³ ESTADO DE MINAS. Mulher presa por esquema de aborto em hotéis de BH medicava gestantes com remédio de vaca. In: Estado de Minas Gerais, 06 de outubro. de 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/10/06/interna_gerais,1090709/mulher-presa-por-esquema-de-aborto-em-hotéis-de-bh-medicava-gestantes.shtml> acesso em 15 de outubro de 2019.

quem cometeu o aborto com consentimento, está enquadrado no mesmo artigo, além de ter sido enquadrada no artigo 273, referente a depósito de medicamento de uso proibido, com pena prevista de 10 a 15 anos e multa.⁴⁴

Após explanação do caso anterior, serão abordados dados estatísticos sobre o referido tema:

Segundo entrevista publicada pela Datafolha na data do dia 11 de janeiro de presente ano de 2019, aponta-se que “41% dos brasileiros são contrários a qualquer tipo de aborto e que a prática deveria ser totalmente proibida.”⁴⁵

Na pesquisa supracitada foram ouvidas 2.077 pessoas de idades superior a 16 anos, realizada em 130 cidades distribuídas em todas as regiões do país, tendo nível de confiança de 95% e de erro entre 2 pontos percentuais para baixo e para cima.

Sendo dispostas também opiniões acerca do referido tema:

Para 4 em cada 10 entrevistados, o aborto deve ser totalmente proibido, mesmo que a mulher corra risco de morrer ou tenha sido vítima de estupro. Para 34%, a lei deve continuar como é hoje, e 16% consideram que o aborto deve ser permitido em mais situações. Ainda entre os entrevistados, 6% responderam que deve ser permitido em qualquer situação.⁴⁶

Pode-se afirmar que, em razão do caso apresentado é de fácil percepção a falta de rigidez de leis nas práticas dos crimes de aborto, isso porque a praticante do crime no caso supracitado Luciane Fernandes Ferreira enquadrada no artigo 126 do Código Penal pode ter como pena detenção de 1 a 4 anos, porém a pena maior não foi pela prática do crime de aborto, e sim por fazer uso de medicamentos de uso proibido com pena de 10 a 15 anos conforme disposto no artigo 273 do Código Penal. A pena da prática do ato criminoso evitando o nascimento de uma futura vida cuja direito é irrenunciável foi menor do que o crime da prática de uso medicinal de medicamento proibido.

⁴⁴ ESTADO DE MINAS. Mulher presa por esquema de aborto em hotéis de BH medicava gestantes com remédio de vaca. In: Estado de Minas Gerais, 06 de outubro. de 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/10/06/interna_gerais,1090709/mulher-presa-por-esquema-de-aborto-em-hotéis-de-bh-medicava-gestantes.shtml> acesso em 15 de outubro de 2019.

⁴⁵ G1. 41% dos brasileiros são contra qualquer tipo de aborto, diz Datafolha. In: G1, 11 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/01/11/41-dos-brasileiros-sao-contra-qualquer-tipo-de-aborto-diz-datafolha.ghtml>> acesso em 14 de outubro de 2019.

⁴⁶BOND, Letycia. Mulheres que fizeram aborto relatam momentos de medo e desespero. In: Agencia Brasil, 03 de agosto de 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2018-08/mulheres-que-fizeram-aborto-relatam-momentos-de-medo-e-desespero>> acesso em 14 de outubro de 2019.

CAPÍTULO III – ABORTO EM CASOS DE MICROCEFALIA

É de suma importância iniciarmos esse tópico com aprofundamentos e esclarecimentos sobre a doença microcefalia, sendo colocados pontos importantes ainda não informados ao decorrer do trabalho. Diante exposto é indispensável uma visão breve e esclarecida da Organização Mundial da Saúde:

Microcefalia é uma malformação congênita em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada. Essa malformação pode ser efeito de uma série de fatores de diferentes origens, como substâncias químicas e infecciosas, além de bactérias, vírus e radiação.⁴⁷

Enfatiza brevemente a Doutora Pediatra BELTRAME: Os ossos da cabeça, que ao nascimento estão separados, se unem muito cedo, impedindo que o cérebro cresça e desenvolva suas capacidades normalmente.⁴⁸ Ocorrendo o efeito supracitado o cérebro pouco se desenvolve e o bebê que nasce com essa anomalia tem prejuízo no desenvolvimento mental em comparação com as outras crianças da mesma idade.

Segundo o Ministério da Saúde, a microcefalia não tem cura, porém existem tratamentos com intuito de melhorar o desenvolvimento dos portadores, o recomendado é que sejam inseridas no Programa de Estimulação Precoce, o quanto mais rápido essa inserção melhor para criança, o recomendado é entre nascimento e os três anos de idade, essas idades são as mais importantes porque é considerado o período em que o cérebro se desenvolve de forma mais rápida.⁴⁹

A estimulação precoce tem como objetivo maximizar o potencial de cada criança, englobando o crescimento físico e a maturação neurológica, comportamental, cognitiva, social e afetiva, que podem ser prejudicados pela microcefalia.⁵⁰

A constitucionalização do aborto na referida doença seria um equívoco, um exemplo real desse erro equivocado seria a Ana Victoria Lago, de 17 anos, mesmo

⁴⁷ Microcefalia: causas, sintomas, tratamento e prevenção. In: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: <<http://saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia#oque>> acesso em 23 de outubro de 2019.

⁴⁸ BELTRAME, Beatriz. Entenda o que é a microcefalia e quais são as consequências para o bebê. Tua Saúde, CRM PR – 14218, Paraná, em 1993. Disponível em: <<https://www.tuasauade.com/microcefalia/>> acesso em 18 de outubro de 2019.

⁴⁹ Microcefalia: causas, sintomas, tratamento e prevenção. In: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: <<http://saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>> acesso em 23 de outubro de 2019.

⁵⁰ Microcefalia: causas, sintomas, tratamento e prevenção. In: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: <<http://saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>> acesso em 23 de outubro de 2019.

antes da repercussão e conhecimento populacional da microcefalia, a adolescente já possuía a doença e mostra como é possível ter uma vida feliz como de outras jovens da sua idade, mesmo com limitações, além de seus amigos e da irmã mais nova também portadora da doença ela frequenta uma escola e possui sonhos e metas a realizar.

De acordo com BESSA, Ana Victoria se tornou uma modelo "É meu sonho", realizando seu sonho que carrega desde criança, suas limitações não a impediram de ser feliz e correr atrás daquilo o almejava e prova como é possível superar as barreiras da doença.⁵¹

Conforme dispõem BESSA, a mãe Viviane Lima relatou:

Naquela época não se tinha esse entendimento, eu não sabia o que era microcefalia, então eu tinha que esperar para ver o que seria. Quando ela nasceu, o neurologista chegou e disse: 'ela realmente tem microcefalia, ela não vai andar e não vai falar.'⁵²

Ainda de acordo com BESSA, sobre a segunda filha também portadora microcefalia teve novamente essa experiência." Disseram que ela não teria 24 horas de vida, e hoje ela tá aí, com 15 anos".⁵³

Portanto fica claro que existem métodos (tratamentos) para que essas crianças consigam elevar seu potencial minimizando as sequelas da doença, a microcefalia não as impede de nascer e viver mesmo com presença de limitações, não as impedem de serem felizes assim como muitas outras crianças diagnosticadas com doenças distintas que superam expectativas e possui uma vida longa e cheia de experiências.

3.1 - Causas da microcefalia

51 BESSA, Indiara. Jovem com microcefalia estreia como modelo: 'Céu é o limite', diz mãe. Ana Victória, de 17 anos, é contratada de agência manauara. História da jovem ficou conhecida após mãe criar grupo de apoio na web. In: G1 AM, 14 de fevereiro de 2017.

52 BESSA, Indiara. Jovem com microcefalia estreia como modelo: 'Céu é o limite', diz mãe. Ana Victória, de 17 anos, é contratada de agência manauara. História da jovem ficou conhecida após mãe criar grupo de apoio na web. In: G1 AM, 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/02/jovem-com-microcefalia-estrela-como-modelo-ceu-e-o-limite-diz-mae.html>> acesso em 23 de outubro de 2019.

53 BESSA, Indiara. Jovem com microcefalia estreia como modelo: 'Céu é o limite', diz mãe. Ana Victória, de 17 anos, é contratada de agência manauara. História da jovem ficou conhecida após mãe criar grupo de apoio na web. In: G1 AM, 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/02/jovem-com-microcefalia-estrela-como-modelo-ceu-e-o-limite-diz-mae.html>> acesso em 23 de outubro de 2019.

Existem várias possibilidades de causas para a microcefalia, assim também como vários fatores que influenciam seu desenvolvimento, acredita-se que infecções como dengue e febre Chikungunya durante período de gestação pode ser uma das principais causas do alastramento da doença.

Segundo a pediatra BELTRAME a doença pode ser causada por:

As causas da microcefalia podem incluir doenças genéticas ou infecciosas, exposição a substâncias tóxicas ou desnutrição. Algumas situações que podem provocar microcefalia podem ser:

- Infecções como rubéola, citomegalovírus e toxoplasmose;
- Zika durante a gravidez, especialmente no primeiro trimestre de gestação.
- Consumo de cigarro, álcool ou drogas como cocaína e heroína durante a gravidez;
- Síndrome de Rett;
- Envenenamento por mercúrio ou cobre;
- Meningite;
- Desnutrição;
- HIV materno;
- Doenças metabólicas na mãe como fenilcetonúria;
- Exposição à radiação durante a gestação;
- Uso de medicamentos contra epilepsia, hepatite ou câncer, nos primeiros 3 meses de gravidez.⁵⁴

Ministério da saúde confirmou no ano de 2015 no Nordeste do Brasil a relação entre zika vírus e os casos da doença microcefalia tendo como principal transmissor o mosquito *Aedes aegypti*.

O Ministério da Saúde confirmou a relação entre o zika vírus e o surto de casos de microcefalia no nordeste do país em 2015. A febre zika, ou simplesmente zika vírus, é uma infecção causada pelo vírus ZIKV, transmitida pelo mosquito *Aedes aegypti*, mesmo transmissor da dengue e da febre Chikungunya. Cada vez mais estudos tentam esclarecer a relação entre esses dois quadros.⁵⁵

Após melhor entendimento sobre as causas, entende-se que o surto ocorrido no referido ano, teve como responsável pelo alastramento o zika vírus, mas essa doença também pode ser congênita.

Em novembro de 2016, pesquisadores perceberam que a microcefalia causada pelo zika vírus não é apenas no nascimento. Alguns bebês de

⁵⁴ BELTRAME, Beatriz. Entenda o que é a microcefalia e quais são as consequências para o bebê. Tua Saúde, CRM PR – 14218, Paraná, em 1993. Disponível em: <<https://www.tuasaude.com/microcefalia/>> acesso e: 23 de outubro de 2019.

⁵⁵ GUERREIRO, Marília M. Escrito por redação Minha Vida. Microcefalia: Tratamentos e Causas. Minha Vida. Disponível em: Acesso em: 18 de outubro de 2019

Pernambuco que nasceram com a síndrome de zika congênita identificadas em exames, mas sem alterações no tamanho do crânio, acabaram por desenvolver gradualmente a microcefalia posteriormente.⁵⁶

Conforme explanado, existem casos de crianças que nascem com a síndrome de zika congênita, nesses casos inexistem alterações no tamanho do crânio da criança, quanto antes tratamento e descobrimento da doença melhores resultados aos portadores, portanto a doença não deve ser interpretada somente pelo crânio do bebê ser menor que o normal a idade que se encontra, é importante fazer os pré-natais e consultas de forma regular e constante mesmo após nascimento para melhor prevenção e um rápido diagnóstico para que o estado não se agrave e torne uma futura microcefalia.

3.2 - Microcefalia e seus efeitos sociais e biológicos no Brasil

Os efeitos sociais causados pela microcefalia para ser notado é necessário um olhar voltado a vida dessas famílias, começando com a observação da região onde o surto ocorreu com mais força, com maior numeração dos casos da doença.

Entre 2015 e 2018, o Nordeste concentrou 88,4% dos casos de microcefalia, doença que causa uma malformação congênita em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada, analisou o Laboratório Nacional de Células Tronco (Lance), do IDOR. No mesmo período, por outro lado, segundo dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan Net), a região era a terceira em número de casos reportados de zika. Diante disso, um dos focos da pesquisa foram as mulheres grávidas, e percebeu-se que a combinação da toxina e do vírus acelera a degeneração das células do cérebro.⁵⁷

Conforme demonstrado acima, o local em que se localiza maior número registrado da doença são áreas de pessoas mais humildes que se encontram em situações precárias, de famílias que necessitam de melhores infraestrutura.

⁵⁶ GUERREIRO, Marília M. Escrito por redação Minha Vida. Microcefalia: Tratamentos e Causas. Minha Vida. Disponível em: Acesso em: 18 de outubro de 2019

⁵⁷ D'ELIA, Rafaela. Estudo identifica fator ambiental evitável que intensificou efeitos da zika, como microcefalia: Bactéria presente na água é um dos fatores que acelerou morte de células cerebrais, segundo cientistas; Nordeste teve 88,7% dos casos de malformação congênita associados ao vírus. In: O GLOBO, 03 de set. de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/estudo-identifica-fator-ambiental-evitavel-que-intensificou-efeitos-da-zika-como-microcefalia-23922891>> acesso em 23 de outubro de 2019.

3.3 - Inconstitucionalidade da autonomia da mulher em relação ao aborto do feto microcéfalo.

De acordo com PEREIRA, no que se refere a autonomia da mulher existe um conflito entre direitos fundamentais, direito a vida x direito à liberdade, nesses casos é importante levar em consideração que os benefícios alcançados devem ser superiores aos maléficos provocados por ela.⁵⁸

Enfatiza PEREIRA, portanto no caso em que essa autonomia da mulher, ou seja, o direito à liberdade se sobreponha ao direito a vida, provocar o aborto pela liberdade da mulher causaria como consequência a morte de um feto. A morte seria o resultado pela saúde psicológica e a vida digna da mulher. Portanto não existiria uma restrição de direito do feto, mas sim uma extinção sumaria deles, a vida é um direito primordial e fundamental, e sem a vida se torna impossível de usufruir dos demais direitos.⁵⁹

Como já mencionado há leis proibindo a prática do aborto, sendo importante frisar que a mulher exerce autonomia sendo livre de engravidar e fazer tratamentos para uma melhor facilidade no processo, como também Acesso fácil de prevenções para evitar uma futura indesejada gestação, inexistindo proibição referente esse caso, facilidade na compra de preservativos assim como Acesso grátis através de Unidades de Saúde, portanto toda mulher possui autonomia no que refere sua vida, decidir se quer ou não ter filhos e quantos ter é um direito que não permite qualquer forma de intervenção. Mas no que envolve outra vida concebida de forma voluntaria a intervenção se torna indispensável.

Fechando o assunto aqui elencado, a mulher possui sim autonomia, liberdade no que se refere sua vida, desde que não ultrapasse o direito à vida uma das garantias mais proeminentes da Constituição Federal.

⁵⁸ PEREIRA, Viviana Morais. aborto de fetos com microcefalia: análise sobre a (in)constitucionalidade de sua descriminalização. 2018. 27 f. dissertação (trabalho de conclusão de curso), unifacex, natal-rn, 2018.

⁵⁹ PEREIRA, Viviana Morais. aborto de fetos com microcefalia: análise sobre a (in)constitucionalidade de sua descriminalização. 2018. 27 f. dissertação (trabalho de conclusão de curso), unifacex, natal-rn, 2018.

CONCLUSÃO

Concluimos que o aborto nesse caso específico é tipificado como crime contra a vida, pois o nascituro ainda em condição de vida intrauterina é passível de direitos, devido a possibilidade de nascer e viver, e em se tratando de um nascituro com microcefalia os mesmos direitos recai sobre ele.

A microcefalia é uma condição que pode retardar o desenvolvimento neurológico, mas isso não impede que um nascituro microcéfalo goze de uma vida com dignidade, pois a Constituição Federal de 1988 afirma que cabe a família, a sociedade e ao Estado promover o direito a vida, igualdade e liberdade, e o Estado é o principal nessa responsabilidade, pois cabe ao Estado promover meios para uma gestação de qualidade, tratamento digno e assistência, isso não seria diferente para uma gestante com o diagnóstico fetal de microcefalia, pois o Estado deve prover e proteger a vida.

Conforme o exposto durante toda a obra há uma primordial atenção e valorização do direito a vida, sendo que os atos que atentam contra a vida são puníveis pelo Estado, e na seara do direito civil a concepção é ponto de partida para obtenção de direitos, o feto microcéfalo é o sujeito dessa obtenção de direitos, cabe então punir todo aquele que atente contra.

Mesmo havendo um certo retardo no desenvolvimento neurológico o tratamento iniciado desde cedo, é de grande valia, pois estimula um crescimento sem grandes sequelas, possibilitando uma vida plena na sua diferença, pois estamos numa sociedade que caminha para um Estado Democrático de Direito, e não cabe aqui o aborto de microcéfalo diante da possibilidade de uma vida de direitos e deveres.

REFERÊNCIAS:

ALENCAR, Paula Gabriella Ribeiro Dorigatti. O direito à vida. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17585&revista_caderno=9> Acesso em: 07 de setembro de 2019.

BELTRAME, Beatriz. Entenda o que é a microcefalia e quais são as consequências para o bebê. Tua Saúde, CRM PR – 14218, Paraná, em 1993. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/microcefalia/>> Acesso em 18 de outubro de 2019.

BESSA, Indiara. Jovem com microcefalia estreia como modelo: 'Céu é o limite', diz mãe. Ana Victória, de 17 anos, é contratada de agência manauara. História da jovem ficou conhecida após mãe criar grupo de apoio na web. In: G1 AM, 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/02/jovem-com-microcefalia-estrela-como-modelo-ceu-e-o-limite-diz-mae.html>> Acesso em 23 de outubro de 2019.

BOND, Letycia. Mulheres que fizeram aborto relatam momentos de medo e desespero. In: Agência Brasil, 03 de agosto de 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2018-08/mulheres-que-fizeram-aborto-relatam-momentos-de-medo-e-desespero>> Acesso em 14 de outubro de 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição, Saraiva, São Paulo/SP, 2015, pag. 255-256.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Microcefalia: causas, sintomas, tratamento e prevenção. Brasília, DF, 20[?]. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>>. Acesso em maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Voto da Min. Carmem Lúcia. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.11/04/2012a. Informativo do STF n. 661. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adpf54.pdf>> Acesso em 01 de outubro de 2019

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal parte especial. Volume 2, 7. Ed. Ver., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p.118-119.

CHAGAS, Angela. Anencefalia: quanto tempo é possível sobreviver sem cérebro?: In: Terra, 2015. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/educacao/vocesabia/anencefaliaquantotempoepossivelsobreviversemcerebro,a5fa00beca2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em 03 de outubro de 2019.

Código Civil Brasileiro. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 10 de outubro de 2019.

Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 07 de setembro 2019

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3405&tipo=PAR ECER&....> Acesso em 28 de setembro de 2019.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 03 de outubro 2019.

D`ELIA, Rafaela. Estudo identifica fator ambiental evitável que intensificou efeitos da zika, como microcefalia: Bactéria presente na água é um dos fatores que acelerou morte de células cerebrais, segundo cientistas; Nordeste teve 88,7% dos casos de malformação congênita associados ao vírus. In: O GLOBO, 03 de set. de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/estudo-identifica-fator-ambiental-evitavel-que-intensificou-efeitos-da-zika-como-microcefalia-23922891>> Acesso em 23 de outubro 2019.

DINIZ, Maria Helena. citada por Juliana Simão da Silva e Fernando Silveira de Melo Plentz Miranda na Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 2 – nº 1 – 2011, p.10

DINIZ, Angela de Lourdes. Criminalização do Aborto em Feto Portador de Microcefalia. 2018. 43 f. Dissertação (Trabalho de Conclusão de Curso), Faculdade de Direito, Doctum, Caratinga, 2018.

ESTADO DE MINAS. Mulher presa por esquema de aborto em hotéis de BH medicava gestantes com remédio de vaca. In: Estado de Minas Gerais, 06 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/10/06/interna-gerais,1090709/mulher-presa-por-esquema-de-aborto-em-hoteis-de-bh-medicava-gestantes.shtml>>. Acesso em 15 de outubro 2019.

Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10619249/artigo-7-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

GUERREIRO, Marília M. Escrito por redação Minha Vida. Microcefalia: Tratamentos e Causas. Minha Vida. Disponível em: Acesso em: 18 de outubro 2019

G1. 41% dos brasileiros são contra qualquer tipo de aborto, diz Datafolha. In: G1, 11 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/01/11/41-dos-brasileiros-sao-contra-qualquer-tipo-de-aborto-diz-datafolha.ghtml>> Acesso em 14 de outubro de 2019.

G1. Justiça autoriza aborto de feto com síndrome rara em Assis: Gestante solicitou interrupção da gravidez; feto tem síndrome de Edwards. Juiz diz que doença traz disfunção incompatível com a vida extrauterina. In: G1, 22 de novembro de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2016/11/justica-autoriza-aborto-de-feto-com-sindrome-rara-em-assis.html>> Acesso em 20 de setembro de 2019.

LICIA, Brenda. Aborto: em quais situações a lei admite?: Entenda como o mundo jurídico compreende o aborto e em quais casos a legislação tolera tal crime. In: Jusbrasil, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://brendalicialmeida.jusbrasil.com.br/artigos/550495186/aborto-em-quais-situacoes-a-lei-admite?ref=feed>> Acesso no dia 25 de outubro de 2019.

MENDONÇA, Leonardo Araújo Porto de. Dos direitos do nascituro e do embrião no Direito Brasileiro. In: Jus brasil, 18 de Abril de 2016. Disponível em: <<https://leonardoapmendonca.jusbrasil.com.br/artigos/325703422/dosdireitosdonascituro-e-do-embriao-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 16 de outubro de 2019.

Microcefalia: causas, sintomas, tratamento e prevenção. In: Ministério da Saúde, 20[?]. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>>. Acesso em 16 de outubro de 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial. 22ª. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004. Pag. 95

MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. Atlas, 2012 – 28º ed., pag. 35, 2012, São Paulo/SP.

PAIVA, J.A. Almeida. A personalidade civil do homem começa com o nascimento

com vida. Consultor Jurídico. Ano 24/11/2003. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2003nov24/personalidade_civil_comeca_nascimento_vida> Acesso em: 07 de setembro 2019

PEREIRA, Viviana Moraes. aborto de fetos com microcefalia: análise sobre a (in)constitucionalidade de sua descriminalização. 2018. 27 f. dissertação (trabalho de conclusão de curso), unifacex, natal-rn, 2018.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial. 14ª.ed. São Paulo: Revistas dos tribunais,2015.p.672.

ROSA, Emanuel Motta. O crime de aborto e o tratamento penal. In: Jusbrasil, 13 de set. de 2014. Disponível em: <<https://emanuelmotta.jusbrasil.com.br/artigos/139263291/o-crime-de-aborto-e-o-tratamento-penal>>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

SEMIÃO, Sergio Abdalla. Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2 ed. Ver., e atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Vítimas de estupro têm direito a fazer aborto pelo SUS independente de registro policial. In Jusbrasil,19 de outubro. de 2010. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/noticias/2425183/vitimas-de-estupro-tem-direito-a-fazer-aborto-pelo-sus-independente-de-registro-policial>> Acesso em 25 de outubro de 2019.

ZAVAN, Leonardo. Aborto eugênico: anencefalia. In: JUS.COM.BR, outubro. de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61545/aborto-eugenico-anencefalia>> Acesso em 25 de setembro de 2019.

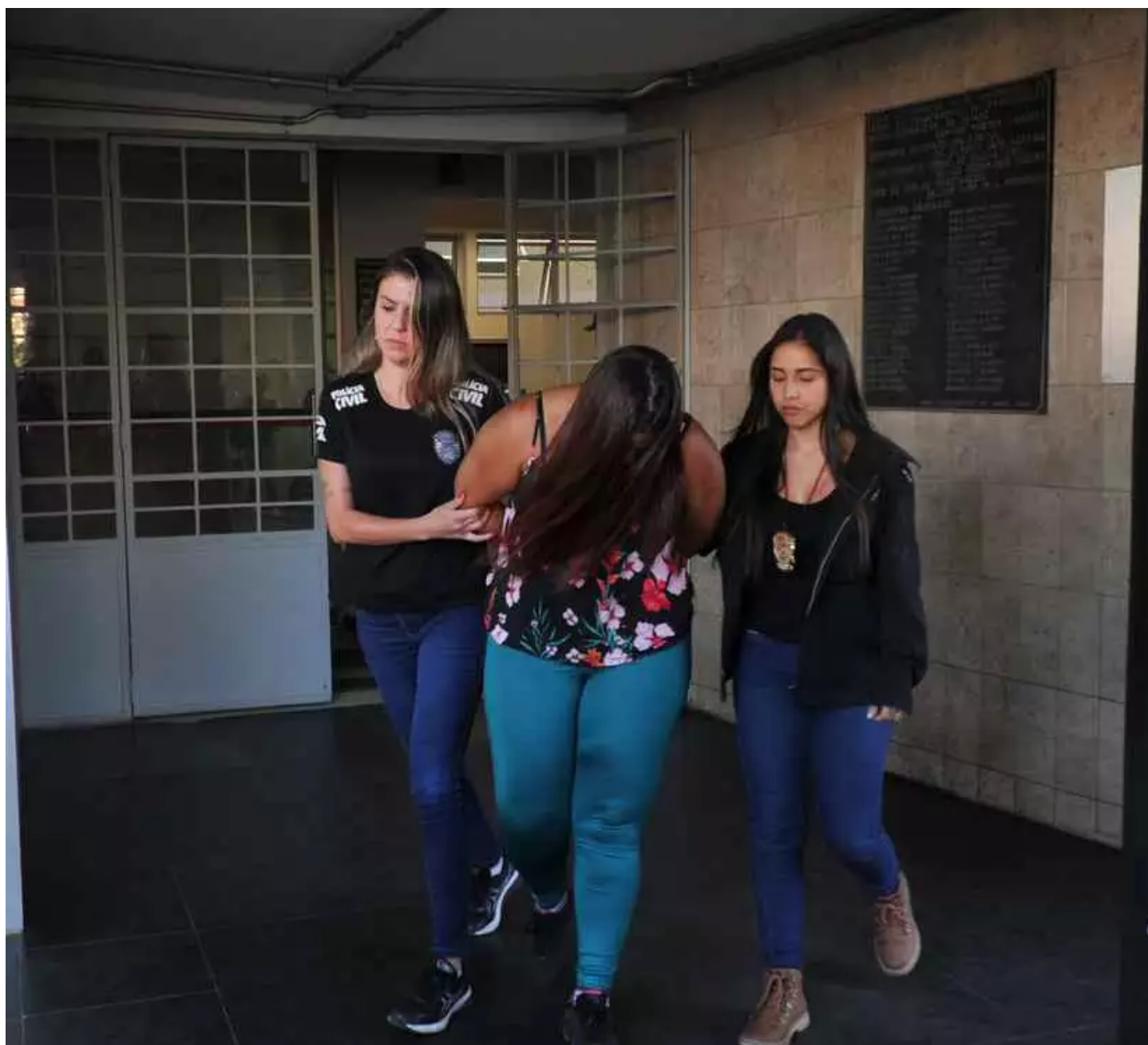
ANEXOS

em.com.br Mulher presa por esquema de aborto em hotéis de BH medicava gestantes com remédio de vaca

Presa em flagrante no início de setembro, universitária de 37 anos quase matou uma cliente grávida de oito meses e seu bebê

EM [Estado de Minas \(https://www.em.com.br/busca?autor=Estado de Minas\)](https://www.em.com.br/busca?autor=Estado de Minas)

postado em 06/10/2019 23:38 / atualizado em 07/10/2019 00:55



(foto: Ramon Lisboa/EM)

Mais de **200 abortos** realizados durante três anos, em mulheres **grávidas de até sete meses**,

mediante **pagamentos** que variavam de **R\$ 3 mil a R\$ 8 mil reais**, de acordo com o estágio de gestação. Amplo conhecimento sobre **medicamentos** – alguns deles de uso **veterinário** e administração controlada com rigor até mesmo em animais. Uma rotina de trabalho disciplinada, que não ultrapassava o horário comercial, mantida dentro de **24 hotéis confortáveis da capital mineira**.

O "currículo" é de **Luciane Fernandes Ferreira**, de 37 anos, acusada de comandar uma esquema de abortos clandestinos com extensa clientela no Brasil e no exterior. **Estudante de jornalismo**, ela se passava por enfermeira e foi presa em flagrante em 6 de setembro deste ano na Região Leste de BH (https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/09/06/interna_gerais,1083226/enfermeira-e-presa-suspeita-de-fazer-abortos-em-hoteis-de-bh.shtml), durante o atendimento de duas mulheres. Ambas estavam prestes a tomar remédios abortivos.

Solta após **21 dias de prisão** sob alegação de que precisava cuidar do filho de seis anos, ela responde processo em liberdade. Concluídas as investigações, a Polícia Civil de Minas Gerais deu **detalhes sobre os crimes** – incluindo um caso de **aborto malsucedido** realizado em uma moça de Formiga, Região Centro-Oeste de Minas, que resultou em **hospitalização em estado grave da mãe e do bebê**.

As informações são do programa Fantástico.

Segundo revelou o delegado Emerson Moraes à TV Globo, a universitária ministrava nas grávidas uma **medicação injetável**, frequentemente utilizada no meio veterinário para **dilatar as tetas de vacas para ordenha**. A substância é usada com restrição até mesmo nos bovinos, considerando seus efeitos colaterais.

Obstetras ouvidos pela reportagem ressaltam que os remédios, além de não serem adequados para uso humano, eram administrados em **dosagens altíssimas**, visando obtenção de rápido resultado.

Conforme publicado pelo Estado de Minas em 7 de setembro, a suspeita da polícia é de que os medicamentos eram obtidos com a ajuda de uma quadrilha ancorada no Paraguai (https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/09/07/interna_gerais,1083287/policia-investiga-ligacao-de-quadrilha-do-paraguai-com-abortos-em-hote.shtml).

Em áudios de WhatsApp obtidos pelos investigadores, Luciane explica por que preferia realizar os procedimentos em hotéis. "O meu atendimento é seguro para a paciente justamente por causa disso também. Em hotel, tem o seu registro de entrada. Qualquer coisa que acontecer comigo ou com você, ou com qualquer pessoa, a família consegue encontrar", diz a gravação exibida pelo Fantástico.

Erro quase fatal

Uma das pacientes de Luciane, porém, não obteve a assistência segura prometida. Após o aborto, a **mulher de 22 anos, grávida de oito meses**, expeliu o **bebê e percebeu que ele ainda**

estava vivo.

Mãe e filha foram levados em estado grave ao atendimento de emergência de um hospital de Formiga. **A criança permanece internada, sem previsão de alta**, embora o quadro seja estável.

Segundo o delegado Emerson Moraes, a atividade ilegal proporcionava a Luciane uma **vida de luxo**. "Ela estava ostentando um aparelho celular de última geração. As vestimentas encontradas no guarda-roupa são de marca. Tinha calça de R\$ 2 mil reais, R\$ 1,5 mil", afirmou o policial ao Fantástico.

Investigação

As apurações sobre o caso começaram em junho deste ano, quando a polícia recebeu denúncias de posts em redes sociais oferecendo o serviço. Depois de identificar a acusada, os investigadores receberam áudios de whatsapp com as negociações.

"Ela estabelecia o preço dependendo do tempo de gestação. Tudo era feito em hotéis e motéis da capital que, segundo Luciane, seria mais seguro para ela e as gestantes", contou o delegado Luciano Guimarães do Nascimento. "O caso chamou ainda muita atenção pela amplitude das pessoas que a procuravam: do Sul, do Norte e Nordeste do país e do exterior", completou.

Na sexta-feira em que foi presa, a enfermeira havia reservado dois quartos num hotel. Ela foi presa em flagrante, dentro de um deles. Nos quartos, foram encontradas cinco cartelas de comprimidos abortivos no valor de R\$ 500 a R\$ 800 cada drágea, remédios para dor, anestésicos, gazes e seringas, além de 11 vidros da medicação injetável de uso veterinário.

As duas gestantes encontradas no momento do flagrante tinham, na época, entre 2 e 3 meses de gravidez. A primeira estava com R\$ 4 mil para o pagamento do serviço. A segunda, com R\$ 5,5 mil. Em depoimento, elas informaram que tomariam os remédios para expelir o feto em casa. As mulheres foram levadas ao Hospital Odilon Behrens e, em seguida, ouvidas e liberadas, pois o Código Penal não pune o ato preparatório. Na casa de Luciane, em Justinópolis, na Região Metropolitana de Belo Horizonte, a polícia achou mais 30 vidros do remédio injetável, R\$ 12 mil em espécie, além de comprimidos.

Mais de 25 mulheres foram identificadas, qualificadas e intimadas a depor. De acordo com o delegado Emerson Moraes, os investigadores tiveram acesso à documentação de que estavam grávidas, como exames de ultrassom e de sangue. Se provado que essas clientes concluíram o procedimento, elas estão sujeitas a pena de 1 a 4 anos de prisão.

Já Luciane, está sujeita a pena bem maior. Ela foi presa por cometimento de aborto com consentimento da gestante, cuja punição prevista é 1 a 4 anos de detenção, e também por depósito de medicação de uso proibido, considerado crime hediondo e com pena prevista de 10 a 15 anos de prisão.

Jovem com microcefalia estreia como modelo: 'Céu é o limite', diz mãe

Ana Victória, de 17 anos, é contratada de agência manauara. História da jovem ficou conhecida após mãe criar grupo de apoio na web.

Indiara BessaDo G1 AM

Ganhar o mundo por meio das passarelas e campanhas publicitárias é o sonho de muitas jovens. Para Ana Victória Lima, de 17 anos, os flashes das lentes fotográficas têm um significado ainda mais encantador: o da superação. Diagnosticada com microcefalia, a adolescente não perde a postura em frente às câmeras e afirma que atuar como modelo é uma realização. "É meu sonho", diz. A história da jovem que mora em Manaus ficou conhecida após a mãe de Ana, Viviane Lima, criar grupo de apoio na web.

Ao **G1**, Viviane comentou sobre os novos passos da filha e desafios da profissão que escolheu após ser convidada para um projeto de uma agência de modelos em **Manaus**. A jovem já recebeu várias propostas para trabalho.

saiba mais

- [**'Meus presentes', diz mãe ao falar de filhas adolescentes com microcefalia**](#)
- [**Experiência de filhas com microcefalia faz mãe criar grupo de apoio na web**](#)

Ainda durante a gravidez, Ana Victória foi diagnosticada com microcefalia. A mãe, aos 18 anos, recebeu a notícia com seis meses de gestação.

"Naquela época não se tinha esse entendimento, eu não sabia o que era microcefalia, então eu tinha que esperar para ver o que seria. Quando ela nasceu, o neurologista chegou e disse: 'ela realmente tem microcefalia, ela não vai andar e não vai falar'", contou Viviane.

Dois anos e meio depois, durante nova gravidez, a notícia de que a segunda filha, Maria Luiza, também teria microcefalia abalou a mãe. "Disseram que ela não teria 24 horas de vida, e hoje ela tá aí, com 15 anos", conta. Hoje, ao ser estimulada pela mãe, Ana fala como se sente: "Maravilhosa, linda, perfeita. Graças a Deus. É meu sonho", disse a jovem modelo.



Ana Victória foi destaque após projeto de sessões de fotos em agência de modelo (Foto: Indiara Bessa/G1 AM)

Hoje, na adolescência das filhas, Viviane relembra os momentos difíceis e abre os caminhos para uma nova experiência. Ana Victória e Maria Luiza foram chamadas para uma sessão de fotos idealizada para um projeto chamado "Arte sem Preconceitos", de uma agência de modelos em Manaus. O projeto convidou 30 crianças deficientes e teve início há cerca de um mês.



Ana Victória, de 17 anos, é contratada de agência manauara (Foto: Indiara Bessa/G1 AM)

"No momento que elas estavam fazendo a foto foi que a dona da agência chegou e disse 'Essa menina precisa estar na passarela'. Só que assim, a Ana Vitória sempre teve esse jeito, essa vontade de desfilhar, mas eu nunca pensei nisso profissionalmente, nunca tinha pensado dessa forma", afirmou Viviane.



Mãe diz que não teme comentários preconceituosos e se emociona ao ver filha desfilando (Foto: Indiará Bessa/G1 AM)

O destaque de Ana saiu das ideias para as lentes das câmeras. A agência iniciou um processo de preparo para que a estudante aprendesse a fotografar e desfilar. Segundo a mãe, a mudança no comportamento da filha foi inevitável.

Essa questão do preconceito ficou, para mim, como um medo lá atrás"

Viviane Lima, mãe

"Quando eu vi a Ana Victória em um salto alto e desfilando desse jeito, eu pensei: o que estava guardado dentro dela era o que estava precisando para ela amadurecer", afirmou Viviane.

Futuro

Ao ser questionada sobre o futuro da filha nas passarelas, Viviane não tem dúvidas: "Eu acredito que o céu é o limite para ela. Se é o que ela quer, eu não preciso dizer nada. Não foi de mim que surgiu, foi uma descoberta da agência. Ela está abrindo as portas para essa geração com microcefalia que está nascendo e dizendo que é possível", afirmou.

Segundo a coordenadora da agência, Creuza Rodrigues, o mercado ainda é restrito, mas ela afirma já recebeu várias propostas de trabalho ao ingressar Ana como profissional da moda.



Ana mostra desenvoltura na passarela (Foto: Indiara Bessa/G1 AM)

"Está todo mundo estudando porque é uma novidade e tá todo mundo se adequando, porque nós temos que nos adequar a ela e não ela se adequar a nós. Então, a gente tem que estudar o perfil, para poder fazer um trabalho legal no futuro. Nós já estamos em aberto para várias marcas que estão querendo contratá-la como modelo", afirmou ao G1.

Preconceito

Após criar um [grupo que ajuda mães do Brasil inteiro que possuem filhos com microcefalia](#), a funcionária pública afirmou que recebe diariamente muitas mensagens de carinho, mas que não fica livre do preconceito.

"Já são 17 anos que eu lido com tudo isso, então eu fui tão bem preparada para tudo e essa questão do preconceito ficou, para mim, como um medo lá atrás, quando ela nasceu, quando eu passei pelas situações que passei. Quem hoje faz comentários maldosos não sabe quem ela é e não sabe que quando ela nasceu o médico disse que ela não ia andar e não ia falar e que, para mim, ela estar em cima de uma passarela, é o que importa. O que os outros vão falar já ficou para trás na minha vida", comentou.

Emoção

Durante a entrevista, Viviane se emociona e chora ao contar o que pensou ao ver a filha na passarela pela primeira vez. "Quando eu a vi desfilando passou na minha cabeça as limitações dela escritas em um papel, passou as noites difíceis que eu passei com ela, passou o medo que eu tive de perder, passou o medo que a gente tem de não saber o que é o dia de amanhã. Eu aprendi a viver de 24 em 24 horas, e o que eu estou vivendo hoje é o mais especial", afirmou.



Viviane e as filhas Júlia, Maria Luiza e Ana Victória (Foto: Indira Bessa/G1 AM)

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Padre

Antônio Vieira disse-nos: *“E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre”* – Sermão da Primeira Domingo do Advento.

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem.

Para não haver dúvida, faz-se imprescindível que se delimite o objeto sob exame. Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal¹ (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia.

¹ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

Na discussão mais ampla sobre o aborto, consoante salientam Telma Birchall e Lincoln Farias, incumbe identificar se existe algum motivo que autorize a interrupção da gravidez de um feto sadio. No debate sobre a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, o enfoque mostra-se diverso. Cabe perquirir se há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação, quando ausente expectativa de vida para o feto.² Conforme Luís Carlos Martins Alves Júnior, cumpre indagar se a mulher que se submete à antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo deve ser presa e ainda se a possibilidade de prisão reduziria a realização dos procedimentos médicos ora em discussão.³

Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da

² Aborto de fetos anencéfalos, *in* Ethic@. Revista Internacional de Filosofia da Moral. Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 19/30, jun 2009.

³ *In* O direito fundamental do feto anencefálico. Uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10488>.>

autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa. Começemos pelo Estado laico.

1. A República Federativa do Brasil como Estado laico

“Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”, Evangelho de São Marcos, capítulo XII, versículos 13 a 17

Nas palavras de De Plácido e Silva: “LAICO. Do latim *laicus*, é o mesmo que leigo, equivalendo ao sentido de secular, em oposição ao de bispo, ou religioso⁴”.

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, inicia-se com

“EM NOME DA SANTÍSSIMA TRINDADE” e, no artigo 5º, preconiza que “A Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, *sem forma alguma exterior do Templo*” (grifei).

José Afonso da Silva, ao comentá-la, assevera⁵:

... realmente, a Constituição Política do Império estabelecia que a Religião Católica Apostólica Romana era a Religião do Império (art. 5º), com todas as conseqüências derivantes dessa qualidade de Estado confessional, tais como a de que as demais religiões seriam simplesmente toleradas, a de que o Imperador, antes de ser aclamado, teria que jurar manter aquela religião (art. 103), a de que competia ao Poder Executivo nomear os bispos e prover os benefícios eclesiásticos (art. 102, II), bem como conceder ou negar os beneplácitos a atos da Santa Sé (art. 102, XIV), quer dizer, tais atos só teriam vigor e eficácia no Brasil se obtivessem aprovação do governo brasileiro.

⁴SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico Conciso*. Editora Forense Jurídica. 1ª edição, 2008, p. 45. Anoto não estar em discussão eventual distinção terminológica entre laicidade e laicismo.

⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª edição. SP: Malheiros, 2003. p. 249/250.

Apesar do disposto no artigo 5º, o artigo 179 da Constituição do Império assegurava a “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança civil individual e a propriedade”. Da leitura dos incisos, verifica-se a liberdade de ação em geral, ainda que simplesmente formal⁶.

Elza Galdino relembra que o Decreto nº 001144, de 11 de setembro de 1861, indicava a natureza tolerante do Império brasileiro. Transcrevo-o⁷:

Faz extensivos os efeitos civis dos nascimentos, celebrados na forma das leis do Império, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados o registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e óbitos das ditas pessoas

⁶ Art. 179.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

(...)

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circumstancias especificadas no paragrapho seguinte.

XXXV. Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.

⁷Estado sem Deus – A obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 71.

bem como as condições necessárias para que os pastores de religiões toleradas possam praticar atos que produzam efeitos civis.

Antes de ser aclamado, cabia ao Imperador realizar o juramento de manter a religião católica como oficial e nacional, devidamente protegida, nos seguintes termos:

Juro manter a religião católica apostólica romana, a integridade, a indivisibilidade do Império, observar e fazer observar a Constituição Política da nação brasileira e mais leis do Império e prover ao bem geral do Brasil, quanto em mim couber (artigo 103 do Texto Maior de 1824).

Era tamanha a importância atribuída ao referido juramento que, na dicção da Lei Fundamental de 15 de outubro de 1827, seriam severamente punidos todos aqueles que contribuíssem para a sua destruição. Caso se tratasse de Ministros e Secretários de Estado, sobre eles recairia a acusação de traição⁸.

Pode-se afirmar que, até então, o Brasil era um Estado religioso relativamente tolerante. Relativamente porque, embora estendesse os efeitos civis a atos religiosos em geral e permitisse a realização de cultos não católicos, limitava-os ao âmbito doméstico e aos templos, proibindo qualquer manifestação não católica exterior.

No limiar da transição do Império para a República, o Estado brasileiro houve por bem separar-se da Igreja, conforme evidencia a ementa do Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, o qual:

Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências.

⁸ SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado), *in* Revista de Informação Legislativa, v. 11, n. 41, p. 75-126, jan./mar., 1974. p. 81.

Registro histórico interessante é a correspondência entre Dom Marcelo Costa, Bispo do Pará, e Ruy Barbosa, Ministro do Governo Provisório incumbido de redigir o decreto do qual adviria a separação entre o Estado e a Igreja. Em 22 de dezembro de 1889, Dom Marcelo Costa, impossibilitado de comparecer a certa reunião, enviou carta ao Ministro manifestando-se acerca do “decreto de separação”:

Não desejo a separação, não dou um passo, não faço um aceno para que se decrete no Brasil o divórcio entre o Estado e a Igreja. Tal decreto alterando profundamente a situação da Igreja poderia causar grande abalo no país. Talvez fosse de melhor prudência, de melhor política e até mais curial reservar esse assunto para a próxima assembléia constituinte. Mas, se o Governo Provisório está decidido a promulgar o decreto, atenda-se o mais possível à situação da Igreja, adquirida entre nós, há cerca de três séculos. É evidente que sob o pretexto de liberdade religiosa não devemos ser esbulhados⁹.

A laicidade, que não se confunde com laicismo¹⁰, foi finalmente alçada a princípio constitucional pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, cujo artigo 11, § 2º, dispôs ser vedado aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”. Desde então, todos os textos constitucionais reproduziram o conteúdo desse artigo – a Constituição de 1934 fê-lo no artigo 17, incisos II e III¹¹, ampliando a proibição aos entes municipais; o Texto Maior

⁹Apud SCAMPINI, Ob. cit. p. 81.

¹⁰MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra Editora, 1996. p. 306 e 307. Laicidade significa uma atitude de neutralidade do Estado, ao passo que laicismo designa uma atitude hostil do Estado para com a religião.

¹¹Art 17 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II - estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

de 1937 menciona-o no artigo 32, alínea “b”¹²; a Carta de 1946 dispôs a respeito do tema no artigo 31, incisos II e III, referindo-se, pela primeira vez, ao Distrito Federal¹³; no Diploma Constitucional de 1967¹⁴ e na Emenda Constitucional nº 1/69¹⁵, o preceito ficou no artigo 9º, inciso II.

Na mesma linha, andou o Constituinte de 1988, que, sensível à importância do tema, dedicou-lhe os artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, embora, àquela altura, já estivesse arraigada na tradição brasileira a separação entre Igreja e Estado. Nos debates havidos na Assembleia Nacional Constituinte, o Presidente da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Antônio Mariz, enfatizou:

o fato de a separação entre Igreja e Estado estar hoje incorporada aos valores comuns à nacionalidade, não é suficiente para eliminar do texto constitucional o princípio que a expressa.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 consagra não apenas a liberdade religiosa – inciso VI do artigo 5º –, como também o caráter laico do Estado – inciso I do artigo 19. Citados preceitos estabelecem:

¹² Art 32 - É vedado à União, aos Estados e aos Municípios:

b) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

¹³ Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: II - estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício;

III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

¹⁴ Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de Interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar;

¹⁵ Art. 9º - À União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios é vedado: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1980)

II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar; e

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

[...]

Pois bem, Senhor Presidente, não obstante tais dispositivos, o preâmbulo da atual Carta alude expressamente à religião cristã. Eis o teor:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

No entender de Pinto Ferreira, “(...) o preâmbulo é parte integrante da Constituição e tem a sua significação política, como uma

reprodução altamente clara do conteúdo da Constituição em forma popular”¹⁶. Antes, João Barbalho anotara não ser o preâmbulo “(...) uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela [Constituição]; as simples palavras que o constituem resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuítos dos que a arquitetaram”¹⁷.

A despeito de tais opiniões, essa não foi a posição abraçada por este Supremo quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC, da relatoria do Ministro Carlos Velloso ¹⁸. Na ocasião, o Tribunal explicitou que a menção a Deus carece de força normativa, conforme se depreende da ementa:

CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO.
NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Naquela assentada, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence asseverou que a “locução ‘sob a proteção de Deus’ não é norma jurídica, até porque não se teria a pretensão de criar obrigações para a divindade invocada. Ela é uma afirmação de fato jactanciosa e pretensiosa, talvez – de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do país”¹⁹.

¹⁶Comentários à Constituição Brasileira, v. 1. SP: Saraiva, 1989. p. 71.

¹⁷CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. Constituição Federal Brasileira: Comentários. Brasília: Senado Federal, 1992.

¹⁸Publicado no Diário da Justiça de 8 de agosto de 2003.

¹⁹José Renato Nalini, em texto publicado na seção Tendências/Debates da Folha de São Paulo, em 24 de setembro de 2009, sob o título “A cruz e a Justiça”, destaca o fato de a nação brasileira ter “nascido” sob a invocação da cruz, já tendo sido chamada, inclusive, de Terra de Santa Cruz.

Conclui-se que, a despeito do preâmbulo, destituído de força normativa – e não poderia ser diferente, especialmente no tocante à proteção divina, a qual jamais poderia ser judicialmente exigida –, o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição da República. Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro.

Merece observação a temática afeta aos crucifixos e a outros símbolos religiosos nas dependências públicas. A discussão voltou à balha com a recente decisão do Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul no sentido da retirada dos símbolos religiosos dos espaços públicos dos prédios da Justiça estadual gaúcha. Ao contrário dos tempos imperiais, hoje, reafirmo, a República Federativa do Brasil não é um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus, mas um Estado secular tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprova qualquer delas²⁰.

Há mais. Causa perplexidade a expressão “Deus seja louvado” contida nas cédulas de R\$ 2,00, R\$ 5,00, R\$ 10,00, R\$ 20,00, R\$ 50,00 e R\$ 100,00, inclusive nas notas novas de R\$ 50,00 e R\$ 100,00, essas últimas em circulação a partir de 13 de dezembro de 2010. Em princípio, poder-se-ia cogitar de resquício da colonização portuguesa, quando era comum a emissão de moedas com legendas religiosas, ou de prática advinda do período imperial. Diligência junto

²⁰DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?* Capítulo 3. Religião e Dignidade. *Princeton University Press*, 2006. p. 59.

ao Banco Central, no entanto, revelou que o Conselho Monetário Nacional – CMN, ao aprovar as características gerais das cédulas de Cruzados e de Cruzeiros, recomendou, de acordo com orientação da Presidência da República, que nelas fosse inscrita a citada locução. Nas cédulas de Cruzados, começou, então, a ser utilizada inclusive naquelas que tiveram a legenda adaptada: Cz\$ 10,00 (Rui Barbosa), Cz\$ 50,00 (Oswaldo Cruz) e Cz\$ 100,00 (Juscelino Kubitschek) – Voto CMN 166/86, Sessão 468, de 26 de junho de 1986. Quando voltou a vigorar o padrão Cruzeiro (1990), foi suprimida no início, inclusive nas que tiveram a legenda adaptada: Cr\$ 100,00 (Cecília Meireles), Cr\$ 200,00 (República) e Cr\$ 500,00 (Ruschi). Voltou a ser usada a partir da cédula de Cr\$ 50.000,00 (Câmara Cascudo), em 1992, com base no Voto CMN 129/91 – Sessão 525, de 31 de julho de 1991. No início do padrão Real, foi retirada, mas retornou, após a emissão de algumas séries, em observância ao pedido do Ministro da Fazenda (Aviso nº 395, de 30 de março de 1994, do Ministério da Fazenda, Voto BCB/221, Sessão 1.577, de 8 de junho de 1994, Comunicado MECIR 4.050, de 20 de julho de 1994).

Vê-se, assim, que, olvidada a separação Estado-Igreja, implementou-se algo contrário ao texto constitucional. A toda evidência, o fato discrepa da postura de neutralidade que o Estado deve adotar quanto às questões religiosas. Embora não signifique alusão a uma religião específica, “Deus seja louvado” passa a mensagem clara de que o Estado ao menos apoia um leque de religiões – aquelas que creem na existência de Deus, aliás, um só deus, e o veneram –, o que não se coaduna com a neutralidade que há de ditar os atos estatais, por força dos mencionados artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, da Constituição da República. Desses dispositivos resulta, entre outras consequências, a proibição de o Estado endossar ou rechaçar qualquer corrente

confessional. Consigno, para efeito de documentação, que ao término de 2011, o Ministério Público intercedeu objetivando esclarecimentos sobre a matéria. Porém, não houve, até aqui, desdobramento sob o ângulo da efetiva impugnação.

A laicidade estatal, como bem observa Daniel Sarmento, revela-se

princípio que atua de modo dúplice: a um só tempo, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado nas respectivas questões internas – por exemplo, valores e doutrinas professados, a maneira de cultuá-los, a organização institucional, os processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos sacerdotes e membros – e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático – no qual estão investidas as autoridades públicas – e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário²¹.

Analisando o tema sob o primeiro ângulo, que garante a não intervenção estatal no âmbito religioso, este Tribunal, em meados da década de 50, consignou competir exclusivamente à autoridade eclesiástica resolver sobre normas da confissão religiosa. Nas palavras do relator do Recurso Extraordinário nº 31.179/DF, Ministro Hahnemann Guimarães, então ocupante desta cadeira e Professor da Nacional de Direito:

[A] autoridade temporal não pode decidir questão espiritual, surgida entre autoridade eclesiástica e uma associação religiosa. Esta impossibilidade resulta da completa liberdade espiritual, princípio de política republicana, que conduziu à separação entre a Igreja e o Estado, por memorável influência positivista, de que foi órgão

²¹ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado, *in* Revista de Direito do Estado, Ano 2, nº 8: 75-90, out./dez. 2007.

Demétrio Ribeiro, com o projeto apresentado ao Governo Provisório em 9 de Dezembro de 1889²².

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – na qual se debateu a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias – , o Supremo, a uma só voz, primou pela laicidade do Estado sob tal ângulo, assentada em que o decano do Tribunal, Ministro Celso de Mello, enfatizou de forma precisa:

nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no

²²Diário da Justiça de 26 de junho de 1958.

exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas (grifos no original).

Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles²³. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia.

Isso não quer dizer, porém, que a oitiva de entidades religiosas tenha sido em vão. Como bem enfatizado no parecer da Procuradoria Geral da República relativamente ao mérito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, “numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se

²³DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Capítulo 3. Religião e Dignidade. *Princeton University Press*, 2006. p. 60 e 61.

aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas” (folhas 1026 e 1027), ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença.

2. A anencefalia

As informações e os dados revelados na audiência pública em muito contribuíram para esclarecer o que é anencefalia, inclusive com a apresentação de imagens que facilitaram a compreensão do tema. A anomalia consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária.

Como esclareceu o Dr. Heverton Neves Pettersen²⁴, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, “precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio”²⁵.

O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical. Conforme exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop²⁶ – representante da

²⁴ Formado pela Universidade Federal de Minas Gerais, com título de Especialista em Ginecologia e Obstetrícia pela Federação Brasileira das Associações em Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO. Pós-graduado em Medicina Fetal pelo Hospital King’s College – Londres, à época, Vice Presidente da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Diretor da Clínica Gennus – Núcleo de Medicina Fetal de Belo Horizonte e Coordenador do Serviço de Medicina Fetal do Hospital Vila da Serra/Nova Lima.

²⁵ Sessão de audiência pública realizada em 28 de agosto de 2008, transcrição, folha 24.

²⁶ Graduado em Medicina pela Faculdade de Medicina da Santa Casa de São Paulo (1971), especialização em Ginecologia e Obstetrícia pela Faculdade de Medicina da Santa Casa de São Paulo (1973), especialização em Genética Clínica pela Sociedade Brasileira de Genética Clínica (1995), especialização

Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Professor Livre Docente em Genética Médica da Universidade de São Paulo e Professor de Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí –, no eletroencefalo dos portadores da anamolia, há uma linha isoeétrica, como no caso de um paciente com morte cerebral. Assim, concluiu o especialista, “isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”.²⁷

O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central "responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade."²⁸

De acordo com Mário Sebastiani, alguns anencéfalos apresentam:

estímulos dolorosos. Não obstante esta resposta se entende melhor como reflexo doloroso do tronco anencéfalo. Este pormenor é importante posto que implica apenas a existência de um arco reflexo, sem apreciação sensível ao estímulo. A sensação de dor necessita algo mais do que o tronco do cérebro (por exemplo, do tálamo) e o sofrimento exige um substrato neural necessário para perceber, como ameaça, a sensação da dor (neocórtex dos lóbulos frontais). Dado que o

em Título de Ginecologia e Obstetrícia pela Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (1996), especialização em Medicina Fetal pela Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (2004), mestrado em Ciências Biológicas (Biologia Genética) pela Universidade de São Paulo (1977) e doutorado em Ciências Biológicas (Biologia Genética) pela Universidade de São Paulo (1981).

²⁷ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 95.

²⁸ SHEWMON, David A. *Anencephaly: selected medical aspects*. New York: Hasting Cent Rep, 1988. 18 (5). p. 11/19. No mesmo sentido, o Dr. Thomaz Rafael Gollop asseverou, durante o pronunciamento na audiência pública de 28 de agosto de 2008, “Esta é a condição de um feto anencefálico: ele não tem crânio nem cérebro. Logo, não pode ter nenhum tipo de sentimento, porque não há uma estação que processe isso” (folha 99).

anencéfalo carece de tálamo, não há substrato neural para experimentar a dor, da mesma maneira que carece de substratos cerebrais indispensáveis para o raciocínio, a comunicação, o conhecimento e a sensibilidade em geral²⁹.

A anencefalia configura – e quanto a isso não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior³⁰. A afirmação categórica de que a anencefalia é uma malformação letal funda-se na explanação de especialistas que participaram da audiência pública.

O saudoso Deputado Federal e Professor Titular da Universidade de São Paulo e da Universidade de Campinas, Dr. José Aristodemo Pinotti³¹, foi bastante elucidativo ao confirmar que há dois diagnósticos de certeza na

²⁹ *Apud* FRANCO, Alberto Silva. Ob. Cit. p. 402/403.

³⁰ Para confirmar tal entendimento, observem os seguintes trechos das exposições realizadas na audiência pública. Na primeira sessão, o Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes anotou que “a anencefalia é, ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, (...) que exigirá dos pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte” e complementou que não há cura, no momento atual, para a citada anomalia. Naquela mesma audiência, a Sra. Marlene Rossi Severino Nobre, ao ser indagada pelo Dr. Luís Roberto Barroso, advogado da arguente, se a anencefalia levava à morte, de maneira peremptória, disse que sim (transcrição, folhas 23, 27 e 55, respectivamente). Na segunda sessão, o Sr. Roberto Luiz D’Ávila consignou que o anencéfalo não se tornará um ser humano, opinião ratificada pelo Dr. Jorge Andalaft Neto que, ao conceituar a anencefalia, aduziu ser “letal e multifatorial”; pelo Dr. Heverton Pettersen, que considera o “feto anencéfalo um natimorto neurológico”; pelo Dr. Salmo Raskin, ao suscitar que padece o anencéfalo de uma “degeneração dos neurônios, e a morte acontece dentre de horas ou dias”. Na lição do Dr. José Aristodemo Pinotti, um feto anencéfalo não tem cérebro e não tem potencialidade de vida, sendo seu diagnóstico, quando corretamente feito, letal em cem por cento dos casos. A Sra. Lenise Aparecida Martins Garcia, mesmo defendendo a tese da inviolabilidade da vida humana, curvou-se ao fato de que apenas um por cento dos anencéfalos sobrevive por cerca de três meses, de acordo com dados de 1987, e o prazo máximo observado foi de um ano e dois meses. O Dr. Thomaz Rafael Gollop mostrou-se enfático ao definir o anencéfalo como um morto cerebral, dotado de batimento cardíaco e respiração (transcrição, folhas 7, 16, 30, 60, 70, 82 e 94, respectivamente). A terceira sessão de audiência pública foi aberta com a exposição do então Ministro de Estado da Saúde, José Gomes Temporão, que tratou da anencefalia como uma “má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero”, sendo isso, afirmou, uma certeza médica e científica atestada pela Organização Mundial da Saúde. A Dra. Cláudia Werneck sustentou não possuir o anencéfalo expectativa de vida fora do útero (transcrição, folhas 3 e 24, respectivamente). No quarto dia de audiência pública, a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira anotou ser o feto anencéfalo um bebê com “curtíssimo” tempo de vida e o Dr. Talvane Marins de Moraes mencionou que, na anencefalia, está excluída a vida de relação, inexistindo atividade cortical, correspondendo à morte cerebral (transcrição, folhas 4, 53 e 57, respectivamente).

³¹ Médico sanitário, especialista pelas Univesidades de Florença e Milão, Itália, e pelo Institute Gustave Roussy de Paris.

ecografia obstétrica: o óbito fetal e a anencefalia³². Ante um diagnóstico de certeza de anencefalia, *inexiste presunção de vida extrauterina*. “Um feto anencéfalo não tem cérebro, não tem potencialidade de vida”³³. Na parte final da fala do ilustre Professor, a arguente pediu que fossem confirmadas ou refutadas algumas proposições, entre elas, a de que anencefalia é uma patologia letal em 100% dos casos. Sua Excelência foi enfático: “Letal, em cem por cento dos casos, quando o diagnóstico é correto”³⁴. E ainda reiterou: “O feto anencéfalo, sem cérebro, não tem potencialidade de vida. *Hoje, é consensual, no Brasil e no mundo, que a morte se diagnostica pela morte cerebral. Quem não tem cérebro, não tem vida*”³⁵.

Na mesma linha se pronunciou o já referido representante da Sociedade de Medicina Fetal, Dr. Heverton Neves Pettersen³⁶, que afirmou: “nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico. Do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central”.

Igualmente, o Dr. Thomaz Rafael Gollop³⁷, representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, foi peremptório: “anencefalia é uma das anomalias mais frequentes, mais prevalentes no nosso meio. Ela é incompatível com a vida, não há atividade cortical, corresponde à morte cerebral. Ninguém tem nenhuma dúvida acerca disso”.

Por sua vez, o Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia³⁸, asseverou:

³² O Dr. Thomaz Rafael Gollop corroborou tal afirmativa, dizendo-nos: “Existem dois diagnósticos em Medicina Fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia” (sessão de audiência pública realizada no dia 28 de agosto de 2008, transcrição, folha 97).

³³ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 75. ³⁴

Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 76. ³⁵

Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 77. ³⁶ Ver nota de rodapé 24.

³⁷ Ver nota de rodapé 26.

³⁸ Médico ginecologista e obstetra, mestre e doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina – UNIFESP, professor titular de obstetrícia e ginecologia da Universidade de Santo Amaro, membro da

“A anencefalia é incompatível com a vida (...)”³⁹. Dessa posição não divergiu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão⁴⁰. Consoante Sua Excelência, a “anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero”⁴¹.

De fato, em termos médicos, há dois processos que evidenciam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. O segundo é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, resultando em posterior necrose celular. Conforme a Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina, os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral.

Não foi por outra razão que o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução nº 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais.

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo

Comissão Nacional de Aborto Previsto em Lei da FEBRASGO, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia.

³⁹ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 16.

⁴⁰ Médico sanitário, com título de Especialista em Doenças Tropicais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, mestre em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz e doutor em Medicina Social pelo Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

⁴¹ Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 4.

Dr. Thomaz Rafael Gollop⁴², a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral⁴³.

E mais: o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino⁴⁴. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas.⁴⁵ Ainda que exista alguma controvérsia quanto a esses percentuais, haja vista o que exposto pela Dra. Ieda Therezinha⁴⁶ na audiência pública, é indubitável que os anencéfalos resistem muito pouco tempo fora do útero⁴⁷.

No célebre caso de Marcela – suposta portadora de anencefalia que teria sobrevivido por um ano, oito meses e doze dias –, o diagnóstico estava equivocado, consoante informaram renomados especialistas. Não se tratava de anencefalia no sentido corriqueiramente utilizado pela literatura médica, mas de

⁴² Ver nota de rodapé 26.

⁴³ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 96.

⁴⁴ Expôs o Dr. Gollop que “aproximadamente setenta e cinco por cento dos fetos anencéfalos morrem dentro do útero. As estatísticas oscilam entre cinquenta e setenta e cinco por cento, porque dependem da legislação de cada país (...). Dos vinte e cinco por cento que chegam a nascer, todos têm sobrevida vegetativa, que cessa, na maioria dos casos, dentro de vinte e quatro horas e os demais nas primeiras semanas de sobrevida” (segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 97).

⁴⁵ Confirmando tais dados, remeto às informações prestadas pelo Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes, no primeiro dia de audiência pública. Relatou que, consoante dados de Pomerance, a expectativa é de que 47% das crianças morram no 1º dia, 44% entre um dia e uma semana, 8% entre uma semana e um mês e 1% com cerca de três meses (transcrição, folha 27). Igualmente, durante a segunda audiência pública, os Drs. Salmo Raskin e Lenise Aparecida Martins Garcia sustentaram, respectivamente, que o feto anencéfalo padece de uma degeneração dos neurônios, circunstância que ocasiona a morte dentro de horas ou dias; que o período máximo encontrado de sobrevida na literatura médica foi de um ano e dois meses, sendo que, ocasionalmente, de sete a dez meses (transcrição, folhas 60 e 82 e 83). No terceiro dia de audiência pública, a Sra. Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi anotou que de 40 a 60% dos fetos anencéfalos nascem com vida, mas apenas 8% sobrevivem por algum tempo (transcrição, folha 35). No quarto dia de audiência pública, o Dr. Talvane Marins de Moraes apontou, em consonância com a exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop, a ocorrência da morte de 75% dos fetos anencéfalos ainda dentro do útero, o que importaria em uma gravidez de alto risco (transcrição, folha 58).

⁴⁶ Médica especialista em endocrinologia, professora da aludida disciplina na Escola Paulista de Medicina.

⁴⁷ A Dra. Ieda Therezinha sustentou que, apesar de a expectativa de vida ser variável no caso dos fetos anencéfalos, há situações “que são nascidos vivos – e esse número é expressivo: 40% a 60% – se bem que, após o nascimento, somente 8% sobrevivem por algum tempo” (terceira audiência pública, transcrição, folha 35).

meroencefalia. Vale dizer: o feto possuía partes do cérebro – cerebelo e pedaço do lóbulo temporal – que viabilizavam, embora precariamente, a vida extrauterina. Daí não se poder qualificá-lo, em sentido técnico, como feto anencéfalo, o qual jamais será dotado de tais estruturas. Em audiência pública, o Dr. Heverton Neves Pettersen⁴⁸ esclareceu:

E o caso clássico que tivemos no ano passado, da Marcela, está aí a tomografia já apresentada anteriormente, e posso provar aos Senhores e a Sua Excelência que é uma falsa idéia de anencéfalo, porque essa criança apresenta, como podemos ver na tomografia, região do cerebelo, tronco cerebral e um pedacinho de lóbulo temporal que faz parte dos hemisférios cerebrais. Então, isso não é diagnóstico de anencefalia⁴⁹.

Mais adiante, ratificou:

Se considerarmos que para o diagnóstico de anencéfalo tem de ter ausência dos hemisférios cerebrais, ausência de calota craniana, ausência de cerebelo e um tronco cerebral rudimentar – e a Marcela apresentava uma formação cerebelar com uma deficiência importante de sua formação, mas facilmente detectável nas imagens apresentadas, como também apresentava resquício do lóbulo temporal, que faz parte dos hemisférios cerebrais, podemos ver que ela não se classifica dentro do diagnóstico de anencéfalo, seria ali uma meroencefalia, uma meroacrania – mero significa porção -, segmento de um anencéfalo.⁵⁰

O ponto também foi objeto da exposição do Professor Pinotti⁵¹. Ao ser indagado pelo Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Tribunal, o douto especialista respondeu:

⁴⁸ Ver nota de rodapé 24.

⁴⁹ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 29. ⁵⁰

Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 32. ⁵¹ Ver nota de rodapé 31.

Senhor Presidente, realmente houve um erro diagnóstico no caso da Marcela. Isso foi comprovado aqui pelo Doutor Pettersen, que expôs claramente essa questão. Não era um feto anencéfalo.

Por outro lado, é perfeitamente possível, com aparelhos normais, por ecografistas, com o mínimo de experiência, ser feito um diagnóstico de certeza da anencefalia.

Cumprе rechazar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não”⁵². De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não.

A corroborar esse entendimento, Cláudia Werneck⁵³ – representante da “Escola da Gente”, que tem como objetivo a inclusão, na sociedade, de pessoas com deficiência – asseverou que a anencefalia, por conta

⁵² A doutora Lia Zanotta Machado foi ouvida como representante da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. É graduada em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo, tem mestrado em Sociologia pela mesma Universidade e doutorado em Ciências Humanas, também pela Universidade de São Paulo, fez cursos de pós-graduação, compõe o Conselho Diretor da Rede Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, tendo integrado a Comissão que elaborou o anteprojeto de lei sobre a revisão da legislação punitiva e restritiva ao aborto no Brasil (terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 51).

⁵³ Jornalista, pós-graduada em Comunicação e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz.

da total falta de expectativa de vida fora do útero, não pode ser considerada deficiência e, portanto, não cabe questionar se existe negação do direito à vida ou discriminação em função de deficiência⁵⁴. Nas palavras peremptórias da representante da entidade que se dedica a combater discriminação contra deficientes, “é impossível constatar discriminação com base na deficiência quando não há expectativa de vida fora do útero”.⁵⁵

Destarte, afastado, desde logo, a aplicação, na espécie, dos preceitos da Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas⁵⁶, especialmente os dispositivos abaixo transcritos para efeito de documentação:

Art. 6º.

1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.

2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

Art. 23.

1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e as circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados.

⁵⁴ Como bem afirma Débora Diniz, não há pessoas anencéfalas no mundo. É um desrespeito à comunidade deficiente compará-los aos anencéfalos, *in Em nome da mãe*. Entrevista concedida à Revista Época. Edição 321. 17 de julho de 2004. Disponível em <http://revistaepoca.com.br>.

⁵⁵ Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 24.

⁵⁶ Ratificada pelo Estado brasileiro em 24 de setembro de 1990. Informação disponível na página eletrônica do Ministério das Relações Exteriores.

Do mesmo modo, revela-se inaplicável a Constituição Federal no que determina a proteção à criança e ao adolescente, devendo a eles ser viabilizado o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, ficando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ora, é inimaginável falar-se desses objetivos no caso de feto anencéfalo, presente a impossibilidade de, ocorrendo o parto, vir-se a cogitar de criança e, posteriormente, de adolescente.

Ainda sobre os contornos da anomalia, cumpre registrar que a anencefalia pode ser diagnosticada na 12ª semana de gestação⁵⁷, por meio de ultrassonografia, estando a rede pública de saúde capacitada para fazê-lo. Geralmente, os médicos preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para confirmação. Trata-se de um diagnóstico de *certeza*, consoante enfatizaram doutos especialistas na audiência pública. A par dos depoimentos já reproduzidos, convém realçar as palavras do Dr. Thomaz Rafael Gollop⁵⁸:

A ultra-sonografia disponível, sim, no Sistema Único de Saúde é 100% segura. Existem dois diagnósticos em Medicina Fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia. Não há nenhuma dúvida para um médico minimamente formado estabelecer esse diagnóstico.

⁵⁷ Há estudos que indicam que, em razão da imensa qualidade dos exames de ultrassonografias, é possível identificar a malformação já na oitava semana gestacional. Nesse sentido, pronunciou-se o representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Doutor Heverton Neves Pettersen, na sessão de audiência pública realizada em 28 de agosto de 2008.

⁵⁸ Ver nota de rodapé 26.

O ex-Ministro da Saúde José Gomes Temporão⁵⁹ rechaçou qualquer dúvida acerca da capacidade da rede pública de proceder ao diagnóstico. Disse Sua Excelência:

O Sistema Único de Saúde tem plenas condições de oferecer, e oferece, diagnóstico seguro às mulheres durante o pré-natal. A imagem ecográfica é clara em diagnosticar um feto com anencefalia. Na Medicina fetal, há duas certezas de diagnóstico por imagem: o óbito fetal e a anencefalia.

[...]

No geral, o diagnóstico de anencefalia no feto é dado em torno da décima segunda semana de gestação. Os exames de rotina do pré-natal detectam a má-formação fetal e a mulher é informada do diagnóstico. Ela é, então, convidada a repetir os exames, que, em geral, são realizados por outras equipes médicas. Nos municípios onde existem hospitais de referência em Medicina fetal, a mulher é encaminhada para esses serviços. Posso assegurar que o diagnóstico de anencefalia resulta de exames feitos por mais de um médico e que o atendimento à paciente é conduzido por equipes de saúde multidisciplinares.

Constata-se que, para parcela significativa de renomados especialistas, há diagnóstico de certeza, estando a rede pública de saúde capacitada para realizá-lo, o que, por óbvio, não impede que órgãos e entidades competentes estabeleçam protocolos e cuidados a serem tomados para torná-lo ainda mais seguro. Tal medida será salutar.

Expostas as balizas da anencefalia, passemos aos possíveis argumentos favoráveis à proteção do anencéfalo, sempre tendo presente a laicidade do Estado.

⁵⁹ Ver nota de rodapé 40.

3. Doação de órgãos de anencéfalos

Ao contrário do que sustentado por alguns, não é dado invocar, em prol da proteção dos fetos anencéfalos, a possibilidade de doação de seus órgãos⁶⁰. E não se pode fazê-lo por duas razões. A primeira por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade. A segunda por revelar-se praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo. Essa última razão reforça a anterior, porquanto, se é inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, avulta-se ainda mais grave se a chance de êxito for praticamente nula.

Kant, em “Fundamentação à Metafísica dos Costumes”⁶¹,

assevera:

o homem, e, de maneira geral, todo o ser racional, existe como fim de si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade (...). Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio.

A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem

⁶⁰ O ex-Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, em manifestação de agosto de 2004, asseverou que o “pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área da saúde, impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm grave deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver” (folha 218).

⁶¹p. 135.

necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana.

Maíra Costa Fernandes pondera sabiamente ser a doação ato intrinsecamente voluntário, jamais imposto, e salienta não aceitar o Direito brasileiro sequer a obrigatoriedade de doação de sangue ou de medula óssea – atos capazes de salvar inúmeras pessoas, os quais não reclamam sacrifício próximo ao da mulher obrigada a dar continuidade à gestação de um anencéfalo. Nessa linha, afirma, “qualquer restrição aos direitos da gestante sobre o próprio corpo retira toda a magnitude do ato de doar órgãos, espontâneo em sua essência”⁶².

Débora Diniz⁶³ também é bastante precisa ao sintetizar a questão⁶⁴:

O dever de gestação se converte no dever de dar a luz a um filho para enterrá-lo. Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa (...).

A circunstância de o feto anencéfalo ser comumente portador de diversas outras anomalias e de possuir órgãos menores do que os de fetos saudáveis praticamente impossibilita a doação de órgãos, conforme elucidaram

⁶² FERNANDES, Maíra Costa. *Interrupção de Gravidez de Feto Anencéfalo: Uma Análise Constitucional*. p. 111/158. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos* RJ: Lúmen Júris, 2007. p. 150 e 152.

⁶³ Antropóloga, mestre e doutora em Antropologia pela Universidade de Brasília, representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS.

⁶⁴ In *O luto das mulheres brasileiras*. Jornal da Febrasgo, São Paulo, out./2004. p. 8/9. Disponível em [HTTP://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm](http://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm). Acesso em 14 de setembro de 2010.

em audiência pública os Drs. Salmo Raskin⁶⁵ e José Aristodemo Pinotti⁶⁶. Cabe reproduzir, no ponto, os esclarecimentos do Dr. Salmo Raskin, representante da Sociedade Brasileira de Genética Médica⁶⁷:

Os fetos anencefálicos não podem ser doadores de órgãos pelo que eu expus, porque são portadores, em grande parcela das vezes, de múltiplas malformações; referi-me àquelas que são detectáveis pelos métodos, sem falar nas alterações íntimas dos tecidos do corpo, que não podem ser detectadas, a não ser que se faça um exame extremamente complexo. Além disso, os órgãos dos fetos anencefálicos são menores, tanto que cerca de 80% dos anencefálicos nascem com retardo de crescimento intra-uterino. De modo que os órgãos deles não são órgãos que possam ser aproveitados para o transplante.

Não se olvida ter o Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2009, aprovado a Resolução nº 1.752, cujo teor autoriza os médicos a efetuarem transplantes de órgãos de fetos anencéfalos. Porém, segundo o Parecer nº 24/2003, do qual resultou a Resolução:

Os critérios de morte encefálica, constantes da Resolução, CFM nº 1480/97, são baseados na ausência de atividade de todo o cérebro, incluindo, obviamente, o tronco cerebral. No anencéfalo não existe a possibilidade de aplicação dos critérios relativos a exames complementares de diagnóstico de morte encefálica, constantes nos artigos 6º e 7º da resolução supracitada, sejam os métodos gráficos (eletroencefalograma), sejam os métodos circulatórios, pela ausência de neocórtex, anormalidade da rede vascular cerebral e ausência de calota craniana. Restaria a utilização dos parâmetros clínicos de morte encefálica (coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia), respeitando-se a idade mínima de sete dias (artigos 4º e 5º). Entretanto, corroborando a total inadequação para essas

⁶⁵ Médico pediatra e geneticista, especialista em Genética Molecular pela Universidade de Vanderbilt, Estados Unidos, especialista em Genética Clínica pela Sociedade Brasileira de Genética Médica, doutor em Genética pela Universidade Federal do Paraná.

⁶⁶ Ver nota de rodapé 31.

⁶⁷ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 64.

situações, os anencéfalos morrem clinicamente durante a primeira semana de vida. Nesse estado, os órgãos estão em franca hipoxemia, “*tornando-se inúteis para uso em transplantes*”. (grifei)

A solidariedade não pode, assim, ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo, seja porque violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque os órgãos dos anencéfalos não são passíveis de doação.

4. Direito à vida dos anencéfalos

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No

caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a

interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.

Tal assertiva fica corroborada pelos ensinamentos de Nelson Hungria, que, na década de 50, já condicionava a configuração do tipo penal aborto à existência de potencialidade de vida. Diz ele⁶⁸:

O interesse jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado *desde que se impede a aquisição da vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquiri-las*. Por outro lado, ainda que não se pudesse falar de vida em sentido especial ou próprio, relativamente ao feto, não deixaria de ser verdade que este é dotado de vida intra-uterina ou biológica, que também é vida, em sentido genérico. Quem pratica um aborto não opera ‘in materiam brutam’, mas contra um homem na ‘ante-sala’ da vida civil. O feto é uma pessoa virtual, um cidadão em germe. É um homem ‘in spem’. Entre o infanticídio (eliminação de vida extra-uterina) e o aborto (eliminação da vida intra-uterina) a diferença é de apenas um grau, ou, como dizia CARRARA, de quantidade natural e de quantidade política.

E prossegue:

caso de gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. (grifei)⁶⁹

⁶⁸ Volume V, RJ: Forense, 1958. p. 15, 286 e 287.

⁶⁹ *Idem, ibidem*. p. 297/298.

Sábias palavras de Nelson Hungria, a repercutirem neste julgamento, verificado cerca de sessenta anos após.

É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina⁷⁰. A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante⁷¹ –, estabeleceu como impunível o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, ou seja, quando o feto é plenamente viável.

Senhor Presidente, mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode

⁷⁰Marcos Valentin Frigério examina o histórico do surgimento e dos desenvolvimentos dos diagnósticos da medicina fetal. Ob. cit. p. 272/275.

⁷¹ Cito como exemplos de evidência da visão machista reinante a redação original dos artigos 215 e 216 do Código Penal, nos quais constava a expressão “mulher honesta” como elementar dos crimes de posse mediante fraude e de atentado ao pudor mediante fraude, e a do artigo 217, revogado pela Lei nº 11.106/2005, em que se tipificava como crime a sedução de mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze. No mesmo sentido, o antigo Código Civil, Lei nº 3.071/16, previa como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge o “defloramento da mulher, ignorado pelo marido” (artigo 219, inciso IV), dispunha ainda que o marido fosse o chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da mulher, competindo-lhe, entre outras, a representação legal da família e a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher (artigo 233), e que a autorização pelo marido para a compra, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica era presumida (artigo 247, inciso I). Existia a previsão do regime dotal como espécie de regime de bens entre os cônjuges, em franca demonstração da situação jurídica inferior da mulher (artigos 278 a 311) e a de competir ao marido, durante o casamento, o exercício do pátrio poder (artigos 380, cabeça, e 385). Interessante anotar que, somente em 1962, com a vigência da Lei nº 4.121, a mulher tornou-se capacitada para litigar em juízo civil ou comercial e aceitar mandato. Destaco que as restrições ao pleno exercício do voto feminino só foram eliminadas no Código Eleitoral de 1934. No entanto, o Código não tornava obrigatório o voto feminino. Apenas o masculino. O voto feminino, sem restrições, só passou a ser obrigatório em 1946.

ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de Padre Antônio Vieira com as quais iniciei este voto. O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo.

Aliás, no julgamento da referida e paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, acerca da pesquisa com células-tronco embrionárias, um dos temas espinhosos enfrentados pelo Plenário foi o do que pode vir a ser considerado vida e quando esta tem início. Ao pronunciar-me quanto à questão do princípio da vida, mencionei a possibilidade de adotar diversos enfoques, entre os quais: o da concepção, o da ligação do feto à parede do útero (nidação), o da formação das características individuais do feto, o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos, o da viabilidade em termos de persistência da gravidez e o do nascimento. Aludi ainda ao fato de, sob o ângulo biológico, o início da vida pressupor não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral, consoante opinião majoritária.

Ao término do julgamento, o Supremo, na dicção do Ministro Ayres Britto, proclamou acertadamente:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à

igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. *A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. (...). O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum.* O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (Grifei)

Da leitura, destaco dois trechos. No primeiro, este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do **indivíduo-pessoa**, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’”. É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa.

No segundo trecho, este Tribunal assentou que “a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”. Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante.

Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei nº 9.434/97⁷², para concluir ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral.

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina. Nesse contexto, uma vez admitido tal direito – premissa com a qual não comungo, conforme exposto à exaustão –, deve-se definir se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário.

O caráter não absoluto do direito à vida

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na

⁷² Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

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

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

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

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

forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.

Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. Eis o que ficou consignado:

[...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto...

Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se.⁷³

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes graduações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de

⁷³Trecho extraído de SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2006. p. 103.

um a três anos)⁷⁴, a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento.

Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, “há que se distinguir (...) ser humano de pessoa humana (...) O embrião é (...) ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”⁷⁵.

Assim, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo –, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo.

Passemos aos direitos da mulher que se contrapõem à preservação do feto anencéfalo.

5. Direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade

A Organização Mundial de Saúde, no Preâmbulo do ato fundador, firmado em 22 de julho de 1946, define saúde como “o estado de

⁷⁴ Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

⁷⁵ *Vida Digna: Direito, Ética e Ciência*, in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22 a 34. p. 22.

completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”⁷⁶. No Plano de Ação da Conferência Mundial sobre população e desenvolvimento, realizado na cidade do Cairo, Egito, em 1994, além de reconhecerem-se como direitos humanos os sexuais e os reprodutivos, estabeleceu-se como princípio que “toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental”.

Sob o ângulo da saúde física da mulher, toda gravidez acarreta riscos⁷⁷. Há alguma divergência se a gestação de anencéfalo é mais perigosa do que a de um feto sadio. A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira⁷⁸, ouvida no último dia de audiência pública, enfatizou os riscos inerentes à antecipação do parto e questionou a óptica segundo a qual a manutenção da gravidez do feto anencéfalo mostra-se mais perigosa⁷⁹.

O Dr. Jorge Andalaft Neto, mestre e doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, trouxe, por sua vez, dados da Organização Mundial de Saúde e do Comitê da Associação de Ginecologia e Obstetrícia Americana reveladores de que a gestação de feto anencéfalo envolve maiores riscos. De acordo com as informações por ele apresentadas, impor a manutenção da gravidez implica o aumento da morbidade bem como dos riscos

⁷⁶ O ato constituidor da Organização Mundial da Saúde encontra-se disponível no sítio eletrônico <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>. Acesso em 4 de maio de 2011.

⁷⁷ Conforme informações prestadas no segundo dia de audiência pública – folha 7.

O Doutor Roberto Luiz D’Ávila, em manifestação no segundo dia de audiência pública, destacou ser alta a taxa de mortalidade materna devido à presença de doenças hipertensivas, hemorragias e infecções, inclusive, em gestações de fetos viáveis (transcrição, folha 12).

⁷⁸ Médica especialista em ginecologia e obstetrícia, ex-Secretária de Saúde do Município de Jacareí/SP, à época, diretora do Centro Interdisciplinar de Estudos Bioéticos do Hospital São Francisco, São Paulo.

⁷⁹ Consoante informações prestadas na sessão de audiência pública realizada em 16 de setembro (transcrição, folhas 4, 5 e 8).

Há tanta divergência acerca do fato de a gravidez de feto anencéfalo constituir ou não um risco maior à vida materna que o Doutor Dernival da Silva Brandão chegou a sustentar que “a criança anencéfala – vejam bem – não causa perigo à vida da sua mãe mais do que uma gestação gemelar” (transcrição, folha 81).

inerentes à gestação, ao parto e ao pós-parto e resulta em consequências psicológicas severas.

Consoante defendeu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão⁸⁰, a gravidez de feto anencéfalo “pode levar a intercorrências durante a gestação, colocando a saúde da mãe em risco num percentual maior do que na gestação normal”. O Dr. Talvane Marins de Moraes⁸¹, igualmente, realçou ser de alto risco a gravidez de anencéfalo, até pela probabilidade bastante aumentada de o feto perecer dentro do útero⁸².

Nessa linha, também são os esclarecimentos da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO. Segundo relatado, nesse tipo de gestação, é comum a apresentação fetal anômala – pélvico transverso, de face e oblíquos – ante a dificuldade de insinuação do polo fetal no estreito inferior da bacia⁸³. Isso ocorre porque a cabeça do feto portador de anencefalia não consegue se “encaixar” de maneira adequada na pélvis, o que importa em um trabalho de parto mais prolongado, doloroso, levando, comumente, à realização de cesariana. Em 50% dos casos, a poli-hidrâmnio, ou aumento do líquido amniótico, está ligada à anencefalia, tendo em vista a maior dificuldade de deglutição do feto portador de referida anomalia, situação que também pode conduzir à hipertensão, ao trabalho de parto prematuro, à hemorragia pós-parto e ao prolapso de cordão.

⁸⁰ Ver nota de rodapé 40.

⁸¹ Médico especialista em psiquiatria forense, livre docente e doutor em Psiquiatria pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, membro das Câmaras Técnicas de Perícia Médica e Medicina Legal do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria. ⁸² À folha 1409 da transcrição da sessão de audiência pública realizada em 16 de setembro, tem-se “(...) É outro dado de saúde pública também. Quer dizer, uma gravidez anencéfala é uma gravidez de alto risco, porque o feto vai morrer intraútero muitas vezes”.

⁸³ O inteiro teor do documento expedido pela FEBRASGO encontra-se disponível em <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em 5 de maio de 2011.

Outros fatores associados à gestação de feto anencéfalo são doença hipertensiva específica de gravidez (DHEG) – que compromete o bem-estar físico da gestante –, maior incidência de hipertensão, diabetes, aumento de cerca de 58% de partos prematuros, elevação em 22% do número de casos de gravidez prolongada. Na literatura médica, há registro de gestação que se estendeu por mais de um ano, no qual o feto continuou em movimento até a hora do parto. Nas situações em que se observa a associação com poli-hidrânio e trabalho de parto prolongado, a incidência de hipotonia e hemorragia no pós-parto é de três a cinco vezes maior. Mais uma consequência identificada eventualmente nesse tipo de gravidez é o sangramento de grande monta no puerpério.

Constata-se a existência de dados merecedores de confiança que apontam riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados na gravidez comum.

Sob o aspecto psíquico, parece incontroverso – impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastador, como o experimentado por Gabriela Oliveira Cordeiro, que figurou como paciente no emblemático *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. A narrativa dela é reveladora⁸⁴:

(...) Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela [referindo-se à filha que gerava] no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar informações é

⁸⁴ *In* FERNANDES, Maíra Costa. Ob. Cit. p. 138.

aterrorizante. Ele sonhava que ela [novamente, referindo-se à filha] tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela [da filha] ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar.

Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito.

Impedida de dar fim a tal sofrimento, a mulher pode desenvolver, nas palavras do Dr. Talvane Marins de Moraes, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria⁸⁵, “um quadro psiquiátrico grave de depressão, de transtorno, de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio, já que não lhe permitem uma decisão, ela pode chegar à conclusão, na depressão, de autoextermínio”.⁸⁶

Na audiência pública, também foram reverberadas, entre outras, as vozes de três mulheres que, beneficiadas pela decisão liminar, optaram por antecipar o parto. São elas Érica, Camila e Michele, que expressaram, cada qual a sua maneira, a experiência vivida. Para Érica, continuar a gravidez “seria muito mais sofrimento. Minha barriga estaria crescendo, eu sentindo tudo e, no

⁸⁵ Ver nota de rodapé 81.

⁸⁶ Quarto dia de audiência pública (transcrição, folha 1413).

final, eu não ia tê-lo”⁸⁷. Nas palavras de Camila, “o pior era olhar no espelho e ver aquela barriga, que não ia ter filho nenhum dela. Ela mexendo me perturbava muito. O meu maior medo era o de ter que levar mais quatro meses de gravidez, registrar, fazer certidão de óbito e enterrar horas depois de nascer”⁸⁸. A antecipação do parto, disse Camila, “foi como se tirassem um peso muito grande das minhas costas; como se tivessem tirado com a mão o peso; parecia que eu estava carregando o mundo dentro de mim”⁸⁹. Michele afirmou que, ao decidir interromper a gestação, nada mais fez do que “aquietar aquilo que estava se passando”⁹⁰.

Pesquisa realizada no hospital da Universidade de São Paulo, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2003, com pacientes grávidas de fetos portadores de anomalia incompatível com a vida extrauterina, dá conta de que 60% das entrevistadas não só experimentaram sentimento negativo – choque, angústia, tristeza, resignação, destruição de planos, revolta, medo, vergonha, inutilidade, incapacidade de ser mãe, indignação e insegurança – como também diriam a outra mulher, em idêntica situação, para interromper a gestação.⁹¹

O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo. Assim o fizeram, nas audiências

⁸⁷ Depoimentos trazidos pela Dra. Lia Zanotta Machado no terceiro dia de audiência (transcrição, folhas 1299 e 1300).

⁸⁸ folha 1300.

⁸⁹ folha 1301.

⁹⁰ folha 1301.

⁹¹ BENUTE, Gláucia Rosana Guerra; NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; LÚCIA, Mara Cristina Souza de; ZUGAUB, Marcelo. *Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais*. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, vol. 28, nº 1, Rio de Janeiro, Jan./2006. Disponível em <http://www.scielo.br>.

públicas, a Dra. Jaqueline Pitanguy⁹² e o Dr. Talvane Marins de Moraes⁹³. Nas palavras da Dra. Jacqueline Pitanguy, “obrigar uma mulher a vivenciar essa experiência é uma forma de tortura a ela impingida e um desrespeito aos seus familiares, ao seu marido ou companheiro e aos outros filhos, se ela os tiver”. Prosseguiu, “as consequências psicológicas de um trauma como esse são de longo prazo. Certamente a marcarão para sempre. Seu direito à saúde, entendido pela Organização Mundial de Saúde como o direito a um estado de bem-estar físico e mental, está sendo desrespeitado em um país em que a Constituição considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado”⁹⁴.

Como bem destacam Telma Birchall e Lincoln Frias, embora:

[...] no contexto, existam outras pessoas envolvidas, o sofrimento de ninguém é maior do que o da gestante, porque o feto anencéfalo é um acontecimento no corpo dela. A gestante, neste caso, nem mesmo chegará a ser mãe, pois não haverá – nem ao menos há – um filho. Ao obrigar a mulher a conservar um feto que vai morrer, ou que tecnicamente já está morto, o Estado e a sociedade se intrometem no direito que ela tem à integridade corporal e a tomar decisões sobre seu próprio corpo. No caso de fetos saudáveis, pode-se ainda discutir se a mulher é obrigada a ter o filho, pois ele será uma pessoa e, portanto, presume-se que tenha direito a ser preservado. Mas o feto anencéfalo nunca será uma pessoa, não terá uma vida humana, não é nem mesmo um sujeito de direitos em potencial [...]⁹⁵

Consoante Zugaib, Tedesco e Quayle, “a ausência do objeto de amor parece tão irreparável que pode levar ao desejo de morrer, como maneira de reunir-se ao filho perdido. Tal dinâmica merece cuidados especiais, podendo

⁹² Socióloga e cientista política, ex-professora de Sociologia na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e na Rutgers University, Nova Jérsei, Estados Unidos, representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

⁹³ Ver nota de rodapé 81.

⁹⁴ Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 1350.

⁹⁵ Ob. cit. p. 27.

levar a comportamentos impulsivos de autodestruição, especialmente se associada à depressão”⁹⁶.

Esse foi o entendimento endossado pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas⁹⁷. Em decisão histórica, proferida em novembro de 2005, no “Caso K.L. contra Peru”, o Comitê assentou equiparar-se à tortura obrigar uma mulher a levar adiante a gestação de um feto anencéfalo. A paciente de 17 anos e a mãe dela, alertadas pelo ginecologista sobre os riscos advindos da manutenção da gestação de um feto anencéfalo, concordaram em realizar o procedimento de interrupção terapêutica. Apesar de a lei penal peruana permitir o aborto terapêutico e atribuir pena de pequena graduação ao aborto sentimental ou eugênico⁹⁸, o diretor do hospital, Dr. Maximiliano Cárdenas Diaz, recusou-se a firmar a autorização necessária para o ato cirúrgico, o que obrigou a paciente a dar à luz o feto. Como consequência, a

⁹⁶ *Apud* MENDES, Thalita Bizerril Duleba. *A interrupção seletiva de gestação de feto anencéfalo como conduta atípica*. Universidade Federal do Paraná, 2007. p. 60.

⁹⁷ A Dra. Eleonora Menecucci de Oliveira, ouvida no quarto dia de audiência pública, referiu-se ao precedente. Leia: “Nosso país deveria observar o que vem acontecendo no plano internacional em relação, por exemplo, às respostas que os Comitês de Direitos Humanos das Nações Unidas vem ofertando no plano global. Este Comitê, em duas oportunidades, já se manifestou sobre o assunto: em 1996, considerou que a possibilidade de um aborto gerar uma penalidade criminal representa uma forma de tratamento desumano em relações às mulheres; em 2005, considerou que a impossibilidade de interromper a gravidez, em caso de gestação de anencéfalo, foi causa de um grande sofrimento. Tratava-se do caso específico de Caelli, uma jovem peruana, que, aos 17 anos de idade, viu-se confrontada com uma gravidez de feto anencéfalo” (folha 1380).

⁹⁸ Os artigos 119 e 120 do Código Penal peruano trazem as seguintes disposições: Art.

119 – Aborto terapêutico

Não é punível o aborto praticado por um médico com o consentimento da mulher grávida ou de seu representante legal, se o tiver, quando é o único meio para salvar a vida da gestante ou para evitar um mal grave e permanente em sua saúde.

Art. 120 – Aborto sentimental e eugênico

O aborto será reprimido com pena privativa de liberdade não maior que três meses:

1. Quando a gravidez seja consequência de violação sexual fora do matrimônio ou inseminação artificial não consentida e ocorrida fora do matrimônio, sempre que os fatos tiverem sido denunciados ou investigados, ao menos policialmente; ou
2. Quando é provável que o ser em formação leve a um nascimento com graves defeitos físicos ou psíquicos, sempre que exista diagnóstico médico.

(Tradução livre. Cópia eletrônica do referido diploma legal encontra-se disponível em <http://www.devida.gob.pe/documentacion/Decreto%20Legislativo%20635-CODIGO%20PENAL.doc>.

Acesso em 6 de maio de 2011.)

gestante foi acometida de depressão profunda, com prejuízos à saúde mental e ao próprio desenvolvimento. Ao analisar o episódio, o Comitê de Direitos Humanos considerou cruel, inumano e degradante o tratamento dado a KL. Reputou violado também o direito dela à privacidade⁹⁹.

Posteriormente, em dezembro de 2008, em entrevista concedida ao *Center for Reproductive Rights*, K.L., então com 22 anos, residente em Madrid, local onde estudava para formar-se em engenharia, descreveu ter-se sentido extremamente deprimida, solitária, confusa e culpada à época da gravidez e do nascimento do anencéfalo, que perdurou por apenas quatro dias¹⁰⁰. Indagada sobre como se sentia em relação à decisão do Comitê de Direitos Humanos, revelou estar feliz e disse que dificilmente quem não experimentou tal situação sabe o quão penosa e dolorosa ela é ¹⁰¹.

Quando inexistiam recursos tecnológicos aptos a identificar a anencefalia durante a gestação, o choque com a notícia projetava-se para o momento do parto. Atualmente, todavia, podem-se verificar nove meses de angústia e sofrimento inimagináveis. Como ressaltei na decisão liminar, os avanços médicos e tecnológicos postos à disposição da humanidade devem servir não para inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.

É possível objetar, tal qual o fez a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira¹⁰² em audiência pública, o sentimento de culpa que poderá advir da decisão de antecipar o parto. Na mesma linha, em memorial, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil defendeu que o gesto não reduz a dor. Em

⁹⁹ O pronunciamento completo do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas está disponível em http://www.cladem.org-espanol-regionales-litigio_internacional-CAS5-Dictament%20KL.asp. Acesso em 8 de junho de 2010.

¹⁰⁰ Disponível em <http://reproductiverights.org>. Acesso em 8 de junho de 2010. ¹⁰¹

Disponível em <http://reproductiverights.org>. Acesso em 8 de junho de 2010. ¹⁰² Ver nota de rodapé 78.

resposta a essas objeções, vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante.

Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire¹⁰³. Consignou Sua Excelência que:

[...] os serviços existentes para a interrupção voluntária da gravidez, para o abortamento legal, dispõem de equipes multidisciplinares aptas a fazerem esse acompanhamento [referia-se ao psicológico]. [...] Eu diria que, hoje, todos os serviços universitários existentes no país têm equipes multidisciplinares – e posso dizer isso, com certeza –, com acompanhamento de psicólogos, que permitirão informação e assistência às mulheres no tocante à sua decisão, seja pela continuidade da gestação, seja pela interrupção da gestação ¹⁰⁴.

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”¹⁰⁵. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade

¹⁰³ Graduada em Medicina pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ex-professora e ex-reitora desta instituição.

¹⁰⁴ Quarto dia de audiência pública, 16 de setembro de 2008 (transcrição, folhas 1397 e 1398).

¹⁰⁵ Quarto dia de audiência pública (transcrição, folha 1421).

humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que preferam interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. Conforme bem enfatizado pelo Dr. Mário Ghisi, representante do Ministério Público na audiência pública, “é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam”¹⁰⁶.

Alberto Silva Franco chama a atenção para outro aspecto a ser considerado caso se obrigue a mulher a levar a gravidez a termo. Afirma: “se ocorrer o nascimento do anencéfalo, ‘não receberá ele nenhuma manobra médica de reanimação, nem nenhum procedimento de suporte vital, em virtude da inocuidade de qualquer medida’. [...] Nada realmente justifica o emprego de recursos tecnológicos para tornar viável o que não dispõe congenitamente de viabilidade”. Continua: “o argumento de que todos nascemos para morrer e que, por isso, o feto anencéfalo não destoa da regra geral, está longe de ser um argumento válido. Trata-se, na realidade, de um truísmo dispensável”¹⁰⁷. Digo então, Senhor Presidente, que não se pode exigir da mulher aquilo que o Estado não vai fornecer, por meio de manobras médicas.

Franquear a decisão à mulher é medida necessária ante o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, cujo artigo 4º inclui como direitos humanos das mulheres o direito à integridade física, mental e moral, à

¹⁰⁶ Último dia de audiência pública (transcrição, folha 77).

¹⁰⁷ Ob. cit. p. 409.

liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura. Define como violência qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada¹⁰⁸.

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura¹⁰⁹ ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às

¹⁰⁸ O texto completo da Convenção encontra-se disponível em www.cidh.oas.org. Acesso em 11 de janeiro de 2011.

¹⁰⁹ O artigo 1º da Constituição Federal define como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e o artigo 5º, inciso III, dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A Lei nº 9.455/97, no artigo 1º, prevê:

Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental (...);
c) em razão de discriminação racial ou religiosa.

mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz¹¹⁰.

Simone de Beauvoir já exclamava ser o mais escandaloso dos escândalos aquele a que nos habituamos. Sem dúvida. Mostra-se inadmissível fechar os olhos e o coração ao que vivenciado diuturnamente por essas mulheres, seus companheiros e suas famílias. Compete ao Supremo assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero.

Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal.

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

¹¹⁰ Ver nota de rodapé 63.

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro.