



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**O acesso ao aborto legal no brasil sob a perspectiva da
jurisprudência atual**

ORIENTANDO(A): RAYSSA MARTINS FREITAS

ORIENTADOR(A): PROF. CLAUDIA LUIZ LOURENÇO

GOIÂNIA-GO

2021

RAYSSA MARTINS FREITAS

**O ACESSO AO ABORTO LEGAL NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA
DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. (a) Orientador (a): Claudia Luiz Lourenço.

GOIÂNIA-GO

2021

RAYSSA MARTINS FREITAS

**O ACESSO AO ABORTO LEGAL NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA
DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL**

Data da Defesa: 04 de Dezembro de 2021

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. (a): Claudia Luiz Lourenço

Nota

Examinadora Convidada: Profa.: Marina Rubia Mendonça Lobo Carvalho Nota

Dedico este trabalho aos meus pais, Marcondes e Rosângela e minha irmã Millena, por terem me acompanhado e apoiado durante toda essa jornada.

Em primeiro lugar agradeço a Deus. À minha mãe, que sempre esteve ao meu lado me dando a base necessária para seguir em frente, com todo amor e carinho. Ao meu pai que todos os dias me desafiava, fazendo assim com que eu buscasse cada vez mais pelo conhecimento. À minha irmã Millena que é o meu maior exemplo de esforço e dedicação. Ao meu namorado Murilo, que esteve presente comigo em todos os momentos, sempre me apoiou e não me deixou desistir. À toda minha família, meus amigos e professores.

SUMÁRIO

RESUMO.....	07
INTRODUÇÃO.....	08
1 DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	09
1.1 TEORIAS DO INÍCIO DA PERSONALIDADE.....	09
1.2 DIREITO AO CORPO.....	12
2 FETO ANENCÉFALO E O DIREITO À VIDA.....	13
2.1 PRINCÍPIOS.....	14
2.2 TEORIAS.....	15
3 ABORTO DE FETO ANENCÉFALO.....	17
3.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS.....	18
3.2 DIREITO COMPARADO.....	20
CONCLUSÃO.....	23
REFERÊNCIAS.....	24

RESUMO

Este artigo teve por objetivo investigar as formas legais do aborto em fetos anencéfalos tendo em vista as perspectivas atuais. A pesquisa se pautou em estudos fundamentados no Direito Constitucional, Penal, Civil e Medicina Legal. De início foi possível demonstrar sobre os direitos da personalidade e o direito ao corpo. Em seguida demonstrar quando se inicia a vida e quando advém o seu término tendo em vista a morte clínica cerebral do feto anencéfalo. Na sequência a pesquisa visou de forma minuciosa demonstrar a repercussão das decisões mais recentes sobre o aborto do feto anencéfalo e o direito comparado. Para tanto, verificou-se ao longo do estudo que a vida começa desde a concepção, tendo por fundamento os aspectos científicos médicos e constitucionais. Demonstrou-se que o feto anencéfalo possui o direito à vida, como cláusula pétrea e garantia constitucional. Mergulhado no contexto sobre a inviolabilidade do direito à vida, o artigo teve por objetivo demonstrar que ao ser prolatada uma decisão relacionada com o direito de viver de um ser, o magistrado de uma certa forma impõe de modo “consciente ou inconsciente” valores morais, éticos e religiosos. Portanto, a escolha do tema deu-se em necessidade de aprofundar o conhecimento e descrever a evolução do direito para um melhor entendimento e esclarecer as dúvidas deixadas pela legislação brasileira e para que sejam abordadas de uma forma mais clara, resultando atualmente em um grande número de autorizações para o aborto de fetos anencefálicos perante a justiça.

Palavras-chave: aborto; anencefalia; direito à vida; princípios constitucionais; aborto legal.

O ACESSO AO ABORTO LEGAL NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL

Rayssa Martins Freitas¹

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar que o Código Penal Brasileiro de 1940 prevê a prática abortiva definida como crimes contra a pessoa e contra a vida. A prática prevista como aborto legal, está inserida no Art. 128, do Código Penal, e justificam as exceções de punibilidade para o aborto, sendo elas somente praticadas por médicos, quando a vida da gestante corre perigo e quando a gravidez foi resultado de um estupro.

Assim, as mulheres se vêem desamparadas quando não se enquadram dentro das opções legais para a realização do aborto, e aquelas que se enquadram nas opções legais, se vêem diante de uma situação delicada, pois o sistema de saúde, ainda não oferece uma infra-estrutura adequada para o procedimento e é necessário a apresentação de documentos, tais como: a autorização judicial, termo de boletim de ocorrência ou uma avaliação por uma junta médica.

Em virtude de tudo isso, em princípio, surge a seguinte dúvida a ser solucionada no transcorrer da pesquisa: o Supremo Tribunal Federal vem cumprindo, de acordo com a jurisprudência e a doutrina atual, o direito da mulher ao procedimento de aborto legal no Brasil?

Para tanto, poder-se-ia supor, respectivamente, o seguinte: o Supremo Tribunal Federal exerce uma função de proteger a Constituição Federal, ou seja, o STF é o controle da constitucionalidade, sendo assim, o impacto que as decisões do STF tem sobre a garantia dos direitos previstos pela Constituição Federal, deve ser de forma positiva e legal.

Utilizando-se uma metodologia eclética e de complementaridade, mediante a observância da dogmática jurídica, materializada na pesquisa bibliográfica, em

virtude da natureza predominante das normas jurídicas; do método dedutivo-bibliográfico, cotejando-se normas e institutos processuais pertinentes ao tema; do processo metodológico-histórico, utilizado sempre que as condições do trabalho exigirem uma incursão analítica dos textos legais; do processo metodológico-comparativo; e do estudo de casos.

Ter-se-á por objetivo principal pesquisar sobre o aborto no Brasil face os últimos entendimentos do Supremo Tribunal Federal e interpretar o tipo penal do aborto conforme rege a Constituição Federal.

Como desdobramento deste, alia-se a pretensão de, primeiramente, no capítulo I, apresentar os fatos e conceitos sobre a origem dos direitos fundamentais e pontuar as principais teorias e princípios norteadores do direito à vida; em seguida no capítulo II, verificar os critérios utilizados para a permissão do aborto legal e demonstrar, por meio de estatísticas, as taxas referentes ao aborto, seu acesso e a sua mortalidade; e por fim, no capítulo III, avaliar o sistema de saúde, sua infra-estrutura, o suporte que ele oferece às mulheres gestantes que pretendem realizar o procedimento do aborto, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais e o direito comparado.

Nesse diapasão, em razão da dificuldade de sua compreensão e conseqüentes discussões a respeito dessas exceções, torna-se interessante, conveniente e viável analisar Diante da dificuldade enfrentada pelas mulheres gestantes ao acesso ao aborto legal no Brasil, a importância que este tema seja pesquisado, principalmente face aos últimos julgamentos do STF nas Ações do controle de constitucionalidade concentrado que discutem sobre outras possibilidades de aborto em nosso país. A presente pesquisa justifica-se também em virtude da taxa de mortalidade materna de 15%, são decorrentes de abortos inseguros, o que poderia ser prevenido se meio ao acesso fosse ampliado e se elas recebessem o devido tratamento, além de verificar-se um estudo de direito comparado com os dados estatísticos de mortalidade anteriores e posteriores à legalização.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 TEORIAS DO INÍCIO DA PERSONALIDADE

O direito da personalidade, considerado *erga omnes*, aquele aplicável a todos os homens, diz respeito aos direitos que a pessoa tem para defender tudo o que é seu, como: a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a privacidade, entre outros. Então, o direito da personalidade, começa com o início da vida.

O direito da personalidade, tem seu início logo com o nascituro, “aquele que há de nascer”, o ente que já foi gerado, mas ainda não nasceu. Ou seja, para o nascituro já lhe é assegurado direitos e deveres. O Código Civil brasileiro, em seu artigo 2º, prevê: “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.”

Sendo assim, existem 3 (três) teorias capazes de explicar tudo sobre o surgimento dos direitos da personalidade. As teorias do início da personalidade, são elas: A teoria Natalista, a Teoria Concepcionista e a Teoria da Personalidade Condicional.

A Teoria Natalista reconhece juridicamente o nascituro somente com o nascimento com vida, onde inexistem quaisquer direitos antes dele, apenas expectativas de direitos. Em relação a essa teoria, Flávio Tartuce leciona (Manual de Direito Civil, 4ª edição, 2013, p. 79) o seguinte: “a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem”.

De acordo com o Código Civil de 2002, a Teoria Natalista parece ser a adotada pelo Brasil, como dispõe em seu próprio corpo no artigo 2º retromencionado, entretanto apresenta contradições quanto à verdadeira corrente adotada, já que se confunde ora com a Teoria Natalista, ora com a Teoria Concepcionista.

A Teoria Concepcionista admite que se adquire a personalidade jurídica antes mesmo do nascimento, ou seja, para essa teoria, o nascituro tem os seus direitos reconhecidos desde a sua concepção. Como consta do Enunciado n. 1, do Conselho da Justiça Federal (CJF), aprovado na I Jornada de Direito Civil, onde enuncia também, os direitos ao natimorto, cujo teor segue: “Art. 2.º A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”.

A Professora Maria Helena Diniz, adepta à Teoria Concepcionista, elaborou em uma das suas obras, uma classificação das personalidades civis, dividindo-as em

personalidade jurídica formal e personalidade jurídica material. A personalidade jurídica formal, são aqueles direitos adquiridos desde a sua concepção, de forma existencial. Já a personalidade jurídica material, são aqueles direitos de forma patrimoniais, como por exemplo: o direito de sucessão, de propriedade, de usufruto, entre outros.

A jurisprudência atual acerca dessas teorias, dispõe que: "o Supremo Tribunal Federal não tem uma posição definida a respeito das referidas teorias, ora seguindo a teoria natalista, ora a concepcionista [...]. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem acolhido a teoria concepcionista, reconhecendo ao nascituro o direito à reparação do dano moral" (GONÇALVES, 2016, p. 197). Sendo assim, as afirmações de quais teorias o Brasil vem adotando, são vagas e incertas.

A Teoria da Personalidade Condicional, é a última das teorias do início da personalidade, ela retrata que os direitos do nascituro encontram-se sujeitos a uma condição suspensiva, aquela condição que subordina o efeito do negócio jurídico a um evento futuro e incerto, classificando então, o nascituro como um direito eventual.

Como essa teoria prevê que o nascituro só terá direitos com o implemento de uma condição, os doutrinadores Rodolfo Pampola Filho e Ana Thereza Meirelis Araujo, expõem sobre a Teoria da Personalidade Condicional, o seguinte:

A teoria da personalidade condicional sustenta a personalidade do nascituro (ou seja, desde a concepção) sob a condição de que nasça com vida. Sem o implemento da condição – nascimento com vida – não haverá aquisição da personalidade. Conclusivamente, a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial) ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento da concepção. Assim, o feto tem personalidade condicional, pois tem assegurada a proteção e gozo dos direitos da personalidade, mas, somente gozará dos demais direitos (os de cunho patrimonial) quando nascer com vida, ou seja, quando restar implementada a condição capaz de conferir a sua personalidade plena. (2007. p 1.)

Diante o que versa essa última teoria, tem que a Teoria da Personalidade Condicional, mescla um pouco da Teoria Natalista e da Teoria Concepcionista. Ela agrega os fundamentos, concepções de ambas correntes.

1.2 DIREITO AO CORPO

Conforme exposto anteriormente, o ser humano possui diversas formas de representação de personalidade na sociedade. Para conferir melhor os tópicos jurídicos dessas projeções, submetem-se os direitos da personalidade e as suas classificações, em especial aquelas relativas à parte física, à parte espiritual ou moral da pessoa.

Sendo assim, é importante reconhecer que o direito ao próprio corpo é inserido dentre os direitos à integridade física e compreende os direitos que permitem a pessoa exercitar faculdades sobre seu corpo, abrangendo tanto os atos praticados em vida, como os atos praticados com eficácia após a morte e do próprio cadáver.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 250), ressalta que no conceito de proteção à integridade física: “Inscrive-se o direito ao corpo, no que se configura a disposição de suas partes, em vida ou para depois da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, sempre observada a preservação da vida ou de sua deformidade.”

Atualmente, existe uma interpretação acerca da possibilidade de o Direito alcançar o direito da mulher em ter a devida assistência médica quando da decisão da realização de um aborto, seja pelo direito ao uso de seu próprio corpo ou pela titularidade e personalidade jurídica que tem para exercer seus direitos. A discussão pública diz que a proibição legal do aborto parece prejudicar o direito a autonomia da mulher e o controle sobre seu próprio corpo.

Os Direitos Humanos Fundamentais das Mulheres, versam sobre os direitos das mulheres, alguns de seus direitos estão previsto em: “A autonomia da mulher; direito à integridade física e psíquica, direitos sexuais e reprodutivos da mulher; igualdade de gênero; igualdade social (impacto desproporcional sobre mulheres pobres).”

Em uma coletânea, do Supremo Tribunal Federal, Proteção da Mulher (2019), versa o seguinte:

(...) busca-se, no presente habeas corpus, a tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida

independente extrauterina é absolutamente inviável. Portanto, é importante frisar, não se discute nos presentes autos a ampla possibilidade de se interromper a gravidez. A questão aqui é bem diferente, pois se refere à interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto.

A referida citação acima, do capítulo: “Aborto de feto anencéfalo – Liberdade, autonomia e dignidade da mulher”, de julgados do Supremo Tribunal Federal, faz uma relação a uma gravidez que está fadada ao fracasso, que resultaria na morte de um feto, no caso um feto anencéfalo. No próximo capítulo iremos abordar este tema do feto anencéfalo e o direito a vida.

2 FETO ANENCÉFALO E O DIREITO À VIDA

O termo “anencefalia” tem origem grega e tem como tradução a ausência de cérebro. Sendo assim, caracteriza uma anomalia congênita, isto é, má formação no desenvolvimento do embrião e do feto. O feto apresenta um defeito no fechamento do tubo neural, que é responsável pela estrutura do sistema nervoso. No início da gravidez, o feto anencéfalo se desenvolve sem a caixa craniana e sem o cérebro.

O período em que se forma a estrutura tubular, vigésimo quarto dia após a concepção, é o período onde as bordas laterais do embrião ficam elevadas, formando um suco neural no centro. Então, de modo gradual, as bordas se aproximam e se fundem, originando o tubo neural. Portanto, no caso de anencefalia, o tubo não se fecha totalmente. Quando o processo de fechamento do tubo neural, se dá de forma incompleta, o feto passa a ser portador dessa anomalia.

A anencefalia corresponde a uma das mais graves más-formações congênitas, sendo assim, o feto anencéfalo, tem chance estatística de praticamente cem por cento de estar morto durante a primeira semana após seu nascimento. Como assevera Maria Helena Diniz temos ainda que o feto anencéfalo:

Pode ser um embrião, feto ou recém nascido que, por mal formação congênita não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e

pendúculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois (DINIZ, 2001, p. 281).

Diante o exposto, a gravidez do feto anencéfalo pode resultar em diversos problemas maternos durante a gestação, podendo causar danos físicos e psicológicos para toda a família. Sendo assim, é importante que todas as garantias de dignidade humana da mulher sejam preservadas.

2.1 PRINCÍPIOS

A Constituição Federal Brasileira de 1988, prevê em seu artigo 5º Caput, 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:”.

O direito à vida, é considerado o direito fundamental mais importante, e o mesmo adquirido desde a concepção, mesmo ainda no período de formação fetal. Neste sentido, a jurisprudência e a doutrina, com toda precisão, entende que esse direito é imprescritível, irrenunciável e inalienável. Cita com todo rigor, o Pedro Lenza (2019, p. 1.168), os direitos individuais, em especial o direito à vida:

O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5., caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.” (...) “O segundo desdobramento, ou seja, o direito a uma vida digna, garantindo-se as necessidades vitais básicas do ser humano e proibindo qualquer tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, cruéis etc.

Portanto é notório que a Constituição também buscou proteger o feto, mesmo ainda não possuindo personalidade jurídica. Conforme Pedro Lenza (2019) cita acima, todo ser humano tem direito a uma vida digna. O Princípio da Dignidade Humana tem por objetivo resguardar: a vida, a moral, a ética e o bem estar social, tendo o poder público o dever de executá-lo com eficiência.

O princípio da lesividade ou ofensividade consiste no fato do Estado apenas ter interesse de aplicar o seu *jus puniendi*, se houver efetiva ofensa a um bem jurídico relevante para o âmbito penal, ou seja, parte da premissa que não haverá crime se não houver lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio.

Ainda assim, é preciso pontuar dois princípios, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. O primeiro princípio citado, também chamado de princípio da vedação de excesso ou mandado de ponderação, estabelece limitações à liberdade individual, dirigindo a ação do indivíduo na sociedade, evitando que se fira as liberdades proclamadas pelo espírito democrático. Esse princípio tem como objetivo de evitar restrições desnecessárias ou abusivas.

Já o segundo princípio, estabelece a observação da razão aplicada no Direito, também impõe na obediência de critérios racionalmente aceitáveis segundo o senso comum. O princípio da razoabilidade, busca nulificar condutas consideradas bizarras e incoerentes e validar a sensatez. Ambos os princípios, visam reprimir o excesso ou o abuso do poder do Estado, quando oculto pela legalidade meramente formal.

A doutrina tradicional brasileira liderada por Virgílio Afonso da Silva, ao analisar decisões da Corte Constitucional alemã que influenciaram na construção do princípio da proporcionalidade utilizado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, aponta três dimensões do princípio da proporcionalidade: a) adequação; b) a necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência; c) proporcionalidade em sentido estrito. Esses elementos devem ser analisados sucessivamente. Somente será possível limitar um direito fundamental se estiverem presentes na medida limitadora todos esses aspectos. (DA SILVA apud MARMELSTEIN, 2011, p. 410).

2.2 TEORIAS

O conceito de vida humana é um tema bastante polêmico e discutido no Brasil. Existem algumas teorias que buscam conceituar esse termo não pacífico, que geram discordâncias não só em especialistas da área, os juristas, mas também ocorre com filósofos, cientistas e religiosos. Dentre as teorias jurídicas formuladas acerca do tema, existem três que se destacam: a teoria concepcionista, a teoria da nidificação e a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso central.

A teoria concepcionista, tem seu marco inicial com a concepção. O nascituro é pessoa humana desde a concepção, sendo-lhe garantidos os direitos inerentes à personalidade. Segundo Pamplona Filho e Araújo (2007, p. 39):

A doutrina concepcionista tem como base o fato de que, ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica. Dessa forma, não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independentemente dele.

Segundo o mesmo raciocínio, Diniz (2010, p. 36-37) afirma que:

Uma vez tendo o Código Civil atribuído direitos aos nascituros, estes são, inegavelmente, considerados seres humanos, e possuem personalidade civil. Ademais, entende que seus direitos à vida, à dignidade, à integridade física, à saúde, ao nascimento, entre outros, são muito mais decorrência dos direitos humanos garantidos pela Constituição Federal do que da determinação do Código Civil.

A teoria da nidação, estabelece primeiramente, o momento da nidação, que é quando o embrião se fixa na parede do útero, ocorrendo à partir do 4º (quarto) dia de fecundação. Com o fenômeno da nidação o embrião já adquire vida. Assim, é pela implantação que o ovo adquire viabilidade e determina o estado gravídico da mulher. Isto posto, antes da nidação apenas havia um aglomerado de células que constituiria posteriormente as bases do embrião.

Para os defensores da teoria da nidação, somente seria possível reconhecer a vida de um embrião, depois que fosse superada essa etapa de seu desenvolvimento. Nas palavras de Cristiane Beuren Vasconcelos (2006, p. 35):

Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião.

A teoria do desenvolvimento do sistema nervoso central, prevê que a vida humana só começa com o cérebro humano. A teoria versa também que a vida humana somente poderia se dar com as primeiras ligações nervosas, ou seja com a formação do sistema nervoso central. Para Fernanda dos Santos Souza (2010, 100f.):

Esta teoria sustenta como principal defensor o biólogo contemporâneo Jaques Monod, prêmio Nobel de Biologia em 1965, o qual defende que, por ser o homem um ser fundamentalmente consciente, não é possível admiti-lo como tal antes do quarto mês de gestação, quando se pode constatar, eletroencefalograficamente, a atividade dos sistema nervoso central diretamente relacionado à possibilidade de possuir consciência.

Por fim, para essa teoria desenvolvimento do sistema nervoso central, o que define a vida humana é o cérebro, e que antes dele, ela seria impossível.

3 ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

O Brasil é o quarto país do mundo com maior prevalência de nascimentos de bebês com anencefalia (ausência parcial ou total do cérebro), segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde). A incidência é de cerca de um caso para cada 700 nascimentos. As razões para que um país tenha mais ou menos casos são desconhecidas.

Atualmente, o STF reconhece que o aborto anencefálico não é crime. E não há que se falar em autorização judicial. Embora em nosso âmbito jurídico, no Código Penal, prevê apenas duas hipóteses de aborto permitido: o necessário, quando há risco de vida para a gestante (Código Penal, art. 128, I) e o humanitário ou sentimental (quando a gravidez resulta de estupro – Código Penal, art. 128, II).

Sendo assim, todos os princípios fundamentais garantidos pela Constituição Federal, são objetos de muito estudo e análises criteriosos para determinar e decidir que em casos de fetos anencéfalos, exista a possibilidade de a gestante decidir e ter a liberdade de seguir o que achar ser o melhor caminho.

O Ministro Marco Aurélio, enfatizou em 11 de abril de 2012: "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."

Por fim, essa conquista evita que mulheres gestantes, prolonguem a gravidez até o seu desfecho, mesmo sabendo que era inviável. Isso gera muito desgaste físico e emocional, como citado anteriormente nesse artigo. O procedimento para a interrupção da gestação, é o mesmo que os casos de óbito embrionário ou fetal: "Ou aguarda-se a evolução natural ou há a interrupção através de medicação que estimula a contração do útero e eliminação".

3.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

As atuais jurisprudências de nossos tribunais têm tido decisões de formas divergentes. Diariamente, nota-se que algumas decisões permitem o aborto em casos de anencefalia e outras em que esse direito é negado a gestante. Em certas situações, os casos concretos foram levados até a mais alta corte da justiça brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, muitos juízes têm deferido autorizações para interrupção de gravidez de fetos anencefálicos com base em princípios constitucionais. Já outros usam a analogia em boa parte, pois o prosseguimento desse tipo de gravidez acarretará sérios danos à saúde da gestante. E complementando, conforme Anelise Tessaro, afirma:

Observa-se que os magistrados, ao deferirem os pedidos de interrupção de gravidez de feto inviável, reconhecem no desenvolvimento científico e tecnológico da medicina, a possibilidade de um diagnóstico pré-natal seguro e preciso, atestando a impossibilidade de sobrevida extra-uterina, constituindo-se em um expediente legítimo apto a ensejar tais autorizações. (TESSARO, 2002)

Menciona-se um exemplo concreto de autorização de aborto e se colaciona a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG): "AUTORIZAÇÃO

JUDICIAL. GRAVIDEZ. INTERRUPTÃO. MÁ FORMAÇÃO DO FETO. CONSTATAÇÃO TÉCNICA E MÉDICA DE VIDA INVIÁVEL. APELO DA MÃE A QUE SE DÁ PROVIMENTO”.

Justificativa da decisão:

O fato da ausência de previsão autorizativa para o aborto no art. 128 do CP não impede que o Judiciário analise o caso concreto e o resolva à luz do bom senso e da dignidade humana, preocupando-se com a saúde da própria mãe. Havendo constatação médica de inviabilidade de vida pós parto, dada a ausência de calota craniana no feto - anencefalia - o Judiciário deve autorizar a interrupção da gravidez até como medida de prevenção profilática à genetriz. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. FETO QUE APRESENTA ANENCEFALIA. DOCUMENTOS MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA EXTRA-UTERINA Nos dias atuais, com os avanços tecnológicos aplicados, especialmente, às áreas médica, radiológica, biológica e genética, pode-se detectar toda a situação do feto, como no caso dos autos, em que se constatou a ocorrência de má-formação fetal, consistente em defeito de fechamento do tubo neural proximal, com conseqüente ausência de formação da calota craniana e atrofia da massa encefálica. Nesse sentido, considero viável e oportuna uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, da Lei Penal, admitindo o aborto em decorrência de má formação congênita do feto (anencefalia), evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, considerando que os pais já sabem que o filho não tem qualquer possibilidade de vida 'extra-uterina'. Deve ser afastado o entendimento de que o cumprimento da decisão de antecipação do parto está sujeito a avaliação que o médico vier a fazer. V.v.: Expedindo-se o pretendido alvará, os médicos assistentes da requerente é que verificarão a conveniência e a oportunidade da operação. Como se divisa, na doutrina e jurisprudência trazidas à lume, sobressai em situações angustiantes como a que se descortina nos autos a necessidade de impingir efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa do Brasil, do qual emanam todos os demais postulados consagrados na Carta Política. Finalmente, impende gizar que é preciso compreender a dignidade humana em seus múltiplos aspectos, de forma a garantir um mínimo de direitos fundamentais capazes de proporcionar uma vida com dignidade. Sendo assim, devem os operadores do direito orientar-se no sentido da concretização do princípio em comento, referência ética que tem absoluta prioridade.

Decisão:

ANTE O EXPOSTO e tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO autorizando a interrupção terapêutica da gestação da Requerente, a ser realizada por médico(s) habilitado(s) para tal desiderato, em Hospital indicado pela mesma. Expeça-se o alvará para os fins consignados. P.R.I. Ipatinga, 06 de abril de 2010. MARIA APARECIDA DE O. GROSSI ANDRADE ANDRADE Juíza de Direito.

A decisão citada acima, corresponde a entendimentos majoritários de julgadores que se apresentam modernizados. Atualmente, a maioria dos juízes, autorizam o pedido de interrupção de gravidez de fetos portadores de anencefalia. Como citado anteriormente, a busca dessa autorização, gerou muitas divergências e conflitos ao longo dos anos. Sendo assim, no passado era visto de outra forma, conforme colaciona o relator José Lisboa da Gama Malcher:

Mandado de Segurança. Aborto. Feto portador de anencefalia. A legislação brasileira não prevê que o Juiz autorizar quem quer que seja a submeter-se à prática de aborto nem a praticá-lo. O aborto só é permitido em duas hipóteses legais: quando necessário para salvar a vida da gestante, situação especial do estado de necessidade, ou quando a gravidez resultar de crime de estupro. Em ambas as situações a prática do aborto é lícita e independe de outorga judicial. Fora daí, como a lei protege, desde a concepção, os direitos do nascituro, o aborto é ilícito e nesta situação não pode ser autorizado por nenhum Juiz, o que determina a falta de direito líquido e certo para a concessão da ordem. (FJB)

(TJ-RJ - MS: 00401265920018190000, Relator: JOSE LISBOA DA GAMA MALCHER, Data de Julgamento: 13/03/2002, SEÇÃO CRIMINAL, Data de Publicação: 16/04/2002)

Por fim, é possível observar quando não houver uniformidade nas decisões, os casos mesmo que semelhantes, podem ser julgados de formas completamente diferentes. Os mesmos fundamentos utilizados em prol de uma tese, podem ser utilizados contra, em outro momento, já que cada caso necessita de um estudo, uma nova análise e é sob outra perspectiva.

3.2 DIREITO COMPARADO

Como visto anteriormente, o Brasil não admite o aborto voluntário e apenas em 2012, permitiu a antecipação do parto no caso de anencefalia do feto. Em regra, toda a América Latina é demasiadamente reacionária em relação ao aborto, pois a maioria

dos países impede essa prática, fora os países que não permitem a prática do aborto nem em casos de risco à vida da gestante.

No Uruguai, houve um grande debate sobre o aborto voluntário, em 2008, sendo que somente deixou de ser legalizado pelo veto do presidente do país, segundo José Torres (2011, p. 10):

A legalização do aborto foi aprovada pelos senadores e deputados, fortalecidos pela opinião de pelo menos 63% dos uruguaios, que se manifestaram em pesquisas pela legalização, pelo programa Iniciativas Sanitárias, que implantou no país um programa público de assistência médica para o aborto, e pelo apoio das centrais sindicais, um espaço tradicionalmente masculino. Mas esse projeto de lei foi vetado pelo presidente Tabaré Vazquez.

Mas em 2012, com um novo debate e com o apoio do Presidente Mujica, o projeto que legalizava o aborto voluntário foi aprovado pelo Senado Uruguaio, até por que a grande maioria da população uruguaia se manifestou a favor da legalização. Além disso, foi implantado um programa para a assistência médica para mulheres que pretendiam abortar.

E então, em março de 2015, o site Terra, publicou a notícia de que o número de abortos no Uruguai teria diminuído após a sua legalização. Segundo o site: “O número de mulheres que decidiram levar adiante a gravidez após solicitar um aborto legal no Uruguai cresceu 30% em 2014 se comparado ao ano anterior, conforme o segundo relatório anual do Ministério da Saúde (MSP).” (TERRA, 2015)

O estudo comprova também, que a descriminalização do aborto voluntário, nada tem haver com incentivar a prática, pelo contrário, tem o objetivo de prestar ajuda as mulheres, lhes permitindo a liberdade e autonomia para tomar sua decisão, até mesmo, por ser uma questão de saúde pública. Ainda aponta que muitas mulheres que buscavam ajuda para abortar não tinham convicção do que realmente queriam e após ter um auxílio médico, assistencial e psicológico, optaram por seguir com a gravidez.

Em Cuba, o aborto também é legalizado e desde então, diminuiu número da prática de aborto, conforme Torres (2011, p. 10): “desde 1965, legalizou o aborto até

12 semanas de gestação e mantém uma taxa de abortos inferior a 21 para cada mil mulheres em idade reprodutiva, dez pontos abaixo da média regional.”

Já na Europa, com o intuito de amenizar o índice de aborto nos países a União Europeia, através do Parlamento Europeu chegou a pedir expressamente que os países adeptos ao aborto e os Estados Membros investissem na prática segura do aborto através de políticas sociais e de saúde.

O Reino Unido é o país da União Europeia com maior número de adolescentes grávidas, sendo assim decidiu em 2006 legalizar o aborto de jovens, menores de 16 anos, mesmo sem o consentimento dos pais, no entanto, o profissional da saúde tem o dever de aconselhar a jovem gestante para que os pais também possam fazer parte dessa decisão. (DONNELAN, 2007).

Nos casos onde a gestação pode comprometer a vida da gestante o aborto é sempre permitido nesses países: Irlanda, Reino Unido, Luxemburgo e Estônia, Dinamarca, Letônia, Suécia, Lituânia, Polônia, Alemanha, Eslovênia, República Checa, França, Eslováquia, França, Romênia, Portugal, Hungria, Espanha, Chipre e Grécia.

Em países como na Itália, Holanda, Áustria, Reino Unido, Eslovênia, Suécia, Dinamarca, Portugal, Romênia, Estônia, Letônia, Lituânia, República Checa, Alemanha, Grécia, Eslováquia, França, Bulgária, Hungria e Bélgica, o aborto, mediante solicitação da gestante é permitido de três a seis meses de gestação. Por fim, para encerrar o cenário do aborto europeu, existem 3 (três) países onde o aborto não é permitido em nenhuma hipótese, sendo eles: Andorra, Malta e São Marino.

Nos Estados Unidos, o aborto foi considerado um direito fundamental após o caso “Roe versus Wade”, que aconteceu em 1973, onde a Suprema Corte definiu que o aborto é um direito garantido em todo o país até o ponto de viabilidade fetal (a partir do qual o feto pode sobreviver fora do útero), que varia, mas ocorre geralmente em torno de 24 semanas de gestação. Conforme explica Daniel Rodrigues Chaves:

A notável Corte colocou um requisito para que esta prática pudesse ser considerada legal. Este foi que o aborto poderia ser feito a qualquer momento antes do período de viabilidade, momento esse em que o bebê já possui um desenvolvimento biológico suficiente para sobreviver fora do útero materno. (JUS, 2013)

Sendo assim, diante dos fatos apresentados no Direito Comparado, é notório que a maior parte dos países europeus fez uma ponderação entre o direito à vida do feto e os direitos da gestante. Além disso, tais legislações estão deixando de concentrar a questão em seu aspecto punitivo e criminal, passando a enfocá-lo principalmente quanto à saúde da mulher e bem estar da família. Também é possível notar a diferença e o atraso dos países da América Latina em relação aos países Europeus no que tange ao aborto e sua legalização/descriminalização.

CONCLUSÃO

A discussão sobre o tema proposto é de extrema relevância, analisados pelos aspectos jurídicos, sociais e religiosos. A autorização ou não do aborto de feto portador de anencefalia decorrerá de tais perspectivas, como também de uma vasta discussão envolvendo a bioética.

A interrupção da gravidez de feto anencefálico deve ser reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a fé e a religião não podem servir como barreira do reconhecimento de um direito dentro de um Estado Democrático de Direito, o qual professa o princípio da laicidade.

O aborto é conhecido como uma conduta ilícita no ordenamento jurídico brasileiro. É crime, por causa do alto grau de rejeição da conduta, por violar um dos valores fundamentais que compõem o referido ordenamento, que é o respeito à vida humana.

Por outro lado, não se pode aceitar o alto grau de transtornos físicos e psicológicos que a gestante sofrerá ao manter a gestação até final, que acarretará na não sobrevivência do feto, com o propósito assim de ser respeitada a dignidade da pessoa humana da gestante.

Diante do que foi exposto, pode-se garantir que não há crime de aborto quando for realizado o procedimento da interrupção da gravidez de feto anencefálico, visto que o Conselho Federal de Medicina considera os anencéfalos como natimortos

cerebrais, causa pelo qual deve-se entender que não há vida a ser protegida pelo Direito Penal, nem pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Sendo assim, é legitimada a interrupção de tal gravidez, uma vez que, se não há vida a ser tutelada pelo direito brasileiro, não há crime de aborto praticado pela gestante quando realizar a interrupção da gravidez, sendo essa conduta encarada como atípica.

REFERÊNCIAS

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 3. ed. Barueri: Método, 2013. 79 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: volume 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2002.

DINIZ, Debora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **ABORTO POR ANOMALIA FETAL**. Campo Grande: Letras Livres, 2004. 101 p.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006. 35 p.

SOUZA, Fernanda dos Santos; SILVA, Camila Francis. **O embrião humano e a sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. 2010. 100 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro Universitário Fieo de Osasco, Osasco, São Paulo, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1168 p.

CHAVES, A. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para "mudança de sexo". Direito ao cadáver e às

partes do mesmo. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 72, n. 1, p. 243-298, 1977.

Tonetto, Milene Consenso The human right to liberty and Brazilian abortion practices. *Revista Bioética* [online]. 2018, v. 26, n. 1 [Acessado 17 de Maio 2021] , pp. 58-66. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1983-80422018261226>>. ISSN 1983-8034. <https://doi.org/10.1590/1983-80422018261226>.

BRASIL. Superior tribunal federal. Proteção da mulher: Jurisprudência do STF e Bibliografia temática. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019. 143 p. ISBN: 978-65-87125-00-8. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/protecao_da_mulher.pdf. Acesso em: 03 de Agosto de 2021.

SOUZA, Marina Vieira; FÁVARI, Paulo. Quando o cérebro não se desenvolve. **Jornal USP**. São Paulo, p. 1-2. 14 jun. 2012.

Costa, Sérgio Ibiapina F. Anencefalia e transplante. *Revista da Associação Médica Brasileira* [online]. 2004, v. 50, n. 1 [Acessado 03 Setembro 2021] , pp. 10. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-42302004000100016>>. Epub 07 Maio 2004. ISSN 1806-9282. <https://doi.org/10.1590/S0104-42302004000100016>.

BECKER, Marco Antônio. Anencefalia e a possibilidade de interrupção da gravidez. **Revista da Amrigrs**, Porto Alegre: Cremersm v. 51, n. 3, p. 220-1, jul-set 2007.

CUNHA, Douglas. O Nascituro. **Proteção dos potenciais direitos**, São Paulo, 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 30, p. 251, abr. 2007. Disponível em: <https://professorhoffmann.files.wordpress.com/2012/02/tutela-jurc3addica-do-nascituro-c3a0-luz-da-cf-rodolfo-pamplona-filho-2007.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao Próprio Corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 321 p.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**: direitos fundamentais em colisão - revista e atualizada com comentários à adpf 54 do stf. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. 240 p.

SANTO, Mércia Sacramento do Espírito. **ANOMALIAS FETAIS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA**: uma análise da judicialização da interrupção seletiva da gestação no brasil. 2018. 70 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

DE MELLO ALMADA, R. et al. **Marco Aurélio Mello: Decisão histórica do STF permite aborto de feto ...- Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/221398/marco-aurelio-mello--decisao-historica-do-stf-permite-aborto-de-feto-anencefalo>>. Acesso em: 05 set. 2021.

JURÍDICO, E. Â. **O nascituro e sua personalidade jurídica**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-nascituro-e-sua-personalidade-juridica/amp/>>. Acesso em: 27 set. 2021.

Constituicao-Compilado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

Direitos da personalidade: análise do artigo 11 do Código Civil de 2002. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9709/Direitos-da-personalidade-analise-do-artigo-11-do-Codigo-Civil-de-2002>>. Acesso em: 15 de Agosto de 2021.

EDUARDA, M. **O julgamento do STF acerca da possibilidade de interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo: uma aplicação prática dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-julgamento-do-stf-acerca-da-possibilidade-de-interruptao-da-gravidez-em-caso-de-feto-anencefalo-uma-aplicacao-pratica-dos-principios-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade/>>. Acesso em: 05 out. 2021.

Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos - Andréa Neves Gonzaga Marques. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 29 jul. 2021.