



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO DIREITO

MÉRCIA SACRAMENTO DO ESPÍRITO SANTO

**ANOMALIAS FETAIS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO SELETIVA
DA GESTAÇÃO NO BRASIL**

Salvador

2018

MÉRCIA SACRAMENTO DO ESPÍRITO SANTO

**ANOMALIAS FETAIS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO SELETIVA
DA GESTAÇÃO NO BRASIL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Mônica Neves Aguiar da Silva.

Salvador
2018

ESPÍRITO SANTO, Mércia Sacramento do.

Anomalias fetais incompatíveis com a vida: uma análise da judicialização da interrupção seletiva da gestação no Brasil / Mércia Sacramento do Espírito Santo. -- Salvador, 2018.

70 f.

Orientadora: Mônica Neves Aguiar da Silva.

TCC (Graduação - Direito) -- Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2018.

1. Anomalias fetais incompatíveis com a vida. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direito estrangeiro. 4. Analogia. I. Neves Aguiar da Silva, Mônica. II. Título.

MÉRCIA SACRAMENTO DO ESPÍRITO SANTO

**ANOMALIAS FETAIS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO SELETIVA
DA GESTAÇÃO NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Salvador, 2 de agosto de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Profª Mônica Neves Aguiar da Silva – Orientadora

Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP.

Universidade Federal da Bahia

Prof. Iran Furtado

Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia

Universidade Federal da Bahia

Profª Jéssica Hind Ribeiro Costa

Doutora em Direito das Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia

Universidade Católica do Salvador

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Márcia e Carlos, agradeço imensamente por todo apoio, ensinamentos, incentivo e carinho a mim (e a meu irmão) destinados. E, principalmente, pelo incondicional amor. Esta conquista não seria possível sem vocês como meus guias. A cada passo dado na vida, sinto mais forte do que nunca este amor e dedicação. Essa conquista também é de vocês!

Meu muito obrigada a Raphael, especialmente por não me deixar desistir, por me incentivar a cada minuto do meu dia. Por dar impulso para que esse trabalho se tornasse uma realidade, por ter praticamente secado minhas lágrimas em toda a graduação, pelas incontáveis palavras e gestos de carinho e apoio infinito, e, mais do que tudo, pela inspiração de me tornar uma melhor estudante e profissional. Danke, teddybär!

Por caminhar lado a lado comigo pelos momentos mais tortuosos da graduação, agradeço muito a Ivana. Dividir as angústias contigo e trilhar os mesmos passos fez esta e outras caminhadas mais leves!

A Ully, verdadeira companheira que dividiu pesquisas (e indignações) durante a escrita deste trabalho, muito obrigada!

A Tia Rosa, muito obrigada pela ajuda na literatura médica, indispensável a este trabalho.

Por fim, um especial agradecimento a minha orientadora, Prof^a Mônica Aguiar, pela compreensão, correções, indicações e horas dedicadas para que esse trabalho se realizasse. Gratidão eterna!

À Faculdade de Direito da UFBA, grata por ter sido um relicário do saber que fez com que eu encontrasse meu destino no início dessa jornada adulta e profissional, período tão crucial na minha vida. Aos mestres e funcionários, meu enorme carinho pelos 5 anos aqui vividos.

RESUMO

No Brasil, o meio inexorável para a realização de interrupção de gestações cujos fetos sejam acometidos por anomalias fetais incompatíveis com a vida é a via judicial. A judicialização da questão pode se mostrar cerceadora de direitos fundamentais, pela demora na prestação jurisdicional ou pelo risco de prolação de decisões incompatíveis com a comprovada condição clínica do feto. Levanta-se como hipóteses, assim, a edição de lei sobre o controverso tema, deixando de tipificar penalmente a conduta, e/ou o reconhecimento do uso da analogia em relação ao decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 em casos de malformações fatais que diferem da anencefalia, mas que a ela se assemelham, para que a interrupção da gestação possa ser realizada levando em conta somente laudo médico seguro e a autonomia da gestante.

Palavras-chave: Anomalias. Incompatibilidade. Vida. Judicialização. Aborto.

ABSTRACT

In Brazil, the inexorable mean to perform pregnancy interruptions, that are made because of fetal anomalies incompatible with life, is the judicial route. The judicialization of the declaration may reveal the importance of fundamental rights, of the judicial retardment or of the risk of rendering decisions incompatible with a proven clinical situation of the fetus. The hypothesis arises the issue of a law on the controversial issue, failing to issue a criminal conduct, and/or recognition of the use of the analogy in relation to that decided in the “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54”, in cases of fatal malformations that differ from anencephaly, but resemble to it, so that the interruption of gestation can be carried out taking into consideration only the medical report and the autonomy of the pregnant woman.

Keywords: Anomalies. Incompatibility. Life. Judicialization. Abortion.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	VIDA: PROTEÇÃO E COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.1	INÍCIO E FIM DA VIDA E A TUTELA JURÍDICA NO BRASIL	12
2.1.1	A vida e a perspectiva pós gestacional	14
2.1.2	Fim da vida, critérios de morte e doenças fetais incompatíveis com a vida 15	
2.2	DIREITO À VIDA DO NASCITURO E DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER	17
2.2.1	Colisão entre os direitos fundamentais no contexto de gravidez patológica 19	
2.2.2	As repercussões da gravidez patológica e uma análise sobre a tortura .	23
2.2.3	Bioética, autonomia e direito	26
3	A INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS COM ANOMALIAS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA.....	28
3.1	NOTAS DISTINTIVAS ENTRE O ABORTO VOLUNTÁRIO E A INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO POR ANOMALIA INCOMPATÍVEL COM A VIDA.....	30
3.2	INVIABILIDADE FETAL: CONCEITO	32
3.3	FETOS ANENCEFÁLICOS E O RECONHECIMENTO DO DIREITO À ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DE PARTO	34
3.4	OUTRAS DOENÇAS FETAIS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA E A JUDICIALIZAÇÃO	38
3.4.1	Síndrome de Edwards	39
3.4.2	Síndrome de Patau	40
3.4.3	Síndrome de Body-Stalk	41
3.4.4	Malformações nefrourológicas.....	42
4	VIABILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO COM ANOMALIA INCOMPATÍVEL COM A VIDA INDEPENDENTEMENTE DE ANÁLISE JUDICIAL.....	43
4.1	UMA ANÁLISE DO DIREITO ESTRANGEIRO	44

4.1.1	França.....	45
4.1.2	Itália.....	45
4.1.3	Portugal	46
4.1.4	Espanha.....	47
4.1.5	Alemanha.....	48
4.1.6	América Latina	48
4.2	PROJETOS DE LEI SOBRE O TEMA, PLEITOS JUDICIAIS E O USO DA ANALOGIA: PANORAMA BRASILEIRO	49
4.2.1	Projetos de Lei sobre a descriminalização da interrupção da gestação .	50
4.2.2	Pleitos judiciais sobre a interrupção de gestação de fetos inviáveis	53
4.2.3	O uso da analogia e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.....	57
4.3	INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	59
5	CONCLUSÃO.....	63
	REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

No Código Penal Brasileiro, entre os crimes contra a vida, está previsto como crime o ato de provocar aborto. O próprio código, entretanto, admite duas hipóteses em que o aborto não é punido: caso a gestação seja fruto de estupro, o chamado *aborto humanitário*, e caso o aborto seja o único meio de salvar a vida da gestante, o *aborto profilático*.

Por vezes, no entanto, o bem jurídico que se pretende resguardar no crime de aborto carece de possibilidade física: é significativa a quantidade de doenças que acometem fetos durante seu desenvolvimento intrauterino, tornando inviável a vida extrauterina. Nesses casos, a interrupção da gestação é medida que poderá ser utilizada, quando assim quiser a gestante e sua família, para abreviar, interromper aquela gestação patológica, em que o feto se desenvolve com anomalias cuja gravidade e grau de malformação inviabilizam sua vida fora do útero.

Recentemente, ao julgar em definitivo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o Supremo Tribunal Federal admitiu, após vasta instrução por meio de audiências públicas, ouvindo opinião de diversos profissionais e setores da sociedade, a interrupção seletiva da gestação de fetos anencefálicos independentemente de decisão judicial neste sentido.

No entanto, não é a anencefalia o único diagnóstico que possibilita e/ou demanda a intervenção e interrupção da gestação, quando assim querido pela gestante. Diversas outras patologias, embora não sejam caracterizadas pela ausência ou má formação do encéfalo, inviabilizam por completo a vida extrauterina do feto por anomalias tão graves quanto.

No primeiro capítulo do presente trabalho, tratar-se-á da vida enquanto direito fundamental e seu resguardo pelo ordenamento jurídico brasileiro. Serão abordadas as discussões que pairam sobre quais momentos marcam o início e fim da vida, a posição do direito à vida do feto acometido por doenças incompatíveis com a vida e a colisão deste direito com direitos fundamentais da gestante, como o direito à saúde, à integridade física e psíquica, liberdade, autonomia e dignidade da pessoa humana.

É importante discussão bioética, que merece análise crítica da legislação, doutrina e jurisprudência à luz das metodologias jurídicas hermenêutica e

argumentativa.

No segundo capítulo, será abordada a interrupção seletiva da gestação de fetos inviáveis conceituando, inicialmente, a inviabilidade fetal, e passando à análise da permissão do procedimento aos casos de fetos anencefálicos e definindo outras doenças incompatíveis com a vida extrauterina, como as Síndromes de Edwards, Patau, Body-Stalk, e a adramnia por malformações nefrourológicas.

No terceiro capítulo, questionar-se-á a necessidade de análise judicial em cada caso concreto de anomalia fetal incompatível com a vida que não a anencefalia, procedendo a análises do direito estrangeiro, dos projetos de lei brasileiros sobre o tema, dos pleitos judiciais envolvendo a questão e suas circunstâncias, da possibilidade de uso análogo da decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 sob a máxima “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”¹ e da interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio.

1 “Onde há a mesma razão, deve haver a mesma regra de direito”.

2 VIDA: PROTEÇÃO E COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de trazer à discussão a interrupção da gestação de fetos com anomalias incompatíveis com a vida no Brasil, centro das indagações aqui discutidas, é preciso, prefacialmente, compreender a proteção conferida ao Direito à Vida enquanto direito fundamental. Como tal, necessário tratar dos seus limites, restrições e a colisão com outros direitos igualmente fundamentais. Neste contexto específico, conforme melhor se delineará ao longo desta pesquisa, a prevalência ou não do direito à vida – e a quem prevalecerá o direito – é o cerne da questão. O que é, então, o direito à vida?

Primeiramente, importante notar que o que define “Direitos fundamentais” e enquadra um direito como tal é uma análise de dois aspectos: material e formal. Do ponto de vista formal, serão fundamentais aqueles direitos que assim estão reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de dado Estado. Sob o prisma material, são fundamentais aqueles que, por sua essência e conteúdo, são considerados primordiais². Com efeito, o direito à vida foi posicionado pelo constituinte originário brasileiro no artigo 5º, e traz em seu bojo um valor relevantíssimo.

De outra parte, a vida, para as análises aqui feitas, é a existência física do indivíduo³. Acepções outras definem o fenômeno, em planos espirituais, científicos e outros; mas o parâmetro adotado na ordem constitucional brasileira, o da existência física ou corpórea, é critério objetivo, que afasta acepções acerca de seu valor ou dignidade no caso concreto.

Ressalta Diaulas Ribeiro, contextualizando o bem jurídico em tela e a sua tutela penal, que “apesar da dificuldade de se chegar a esse nível de objetividade, o conceito jurídico-penal de vida deve ser isento de conveniência moral, religiosa e emocional”⁴. A consideração é certa, pois a Lei Maior já consagra o Estado brasileiro como laico⁵ ao, principalmente, acolher a liberdade de consciência e crença enquanto direito

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 332.

³ *Ibidem*, p. 446.

⁴ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 96.

⁵ BRASIL, Constituição Federal (1988). Art. 5º, VI. Organização dos textos por Alexandre de Moraes. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

fundamental. Ante a isto, os critérios de vida mais objetivos melhor se coadunam com o direito que se resguarda.

Num apanhado histórico sobre o direito fundamental, Mendes e Branco ressaltam que a proteção à vida foi considerada “um dos fins essenciais do Estado e razão de sua existência”, e que está intimamente relacionada “à noção de um direito natural, no sentido de um direito inato e inalienável do ser humano, como bem ilustra a obra de John Locke (1632-1704)”⁶.

Neste diapasão, o Direito à vida, direito fundamental especialmente ressaltado pela Constituição Federal, inerente à pessoa humana e com expressivo grau de essencialidade, é o direito de ter sua integridade preservada de modo a manter a sua existência física.

A este e outros direitos, como o direito à liberdade, igualdade, segurança e propriedade, a Constituição Federal de 1988 deu a qualidade da *inviolabilidade*. Isto porque são direitos especialmente susceptíveis à ameaça de terceiros, e é este caractere que lhes é conferido com o fito de garantir a sua proteção. Esta inviolabilidade, para alguns autores, é decorrente do fato do direito à vida ser *pressuposto* para o reconhecimento de outros direitos ao ser humano⁷. Existe pacificidade no entendimento de que todos os demais direitos fundamentais encontram no direito à vida o seu pré-requisito, a sua razão de existir.

À vista disso, se torna imperativo delinear, de modo objetivo, os termos inicial e final da vida, além de sopesá-la, num juízo de ponderação, quando colidir com outros direitos protegidos pela Lei Maior.

2.1 INÍCIO E FIM DA VIDA E A TUTELA JURÍDICA NO BRASIL

⁶ SACH, Michael. Der Schutz der physischen Existenz. IN: STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, v. 4/1, p. 121 apud SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 443.

⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 683.

Na vida humana, segundo Lourenço Zancanaro, os momentos de início e fim da vida são aqueles em que a vulnerabilidade se torna patente⁸, mais evidente. Talvez por isto, particularmente, estes dois marcos recebam especial tutela no ordenamento jurídico brasileiro.

Sob o prisma internacional, é possível verificar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992⁹, também chamada de Pacto San Jose da Costa Rica, direciona sua atenção a consagrar direitos civis e políticos a serem garantidos às pessoas. No que tange ao direito à vida, estatui que ele seja respeitado e firma a posição de que deva a vida ser protegida pela lei, “em geral, desde o momento da concepção”¹⁰.

O Código Penal pátrio, por sua vez, tipifica diversas condutas que são consideradas violações à pessoa, constituindo o Título I da *lex*. Com o objetivo de coloca-los a salvo, tutela-se bens jurídicos como a vida, a integridade física das pessoas, entre outros. O ato de provocar aborto é criminalizado, o que indica a intenção do legislador pátrio de resguardar a vida desde dentro do ventre. O aborto não é definido pelo código, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência este papel¹¹, mas se reconhece que interromper a gravidez, em geral, não é permitido.

Ainda no sentido de conferir direitos ao ser humano desde antes do nascimento, o Código Civil, prefacialmente, põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro¹². Ali também fica estatuída a validade das doações feitas em favor do nascituro, bem como a legitimação a suceder dos conceptos ainda não nascidos nos arts. 542 e 1.798, respectivamente. Outrossim, a Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008, disciplina o direito a alimentos gravídicos, demonstrando a preocupação com a subsistência da gestante como meio de salvaguardar o feto até seu nascimento.

⁸ ZANCANARO, Lourenço. Bioética, Direitos Humanos e Vulnerabilidade. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; ZOBOLI, Elma (org). **Bioética, vulnerabilidade e saúde**. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007, p. 58.

⁹ PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 95. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/API/article/download/3516/3638>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre direitos humanos**. 22 novembro 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 24 jun. 2018.

¹¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, v. 2. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 238.

¹² BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Sobre o fim da vida, verifica-se que a legislação toma a responsabilidade de definir o evento do óbito. Na Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, adota-se o critério da morte encefálica como marco para a doação *post mortem* de órgãos e tecidos, na medida em que o fato morte encerra a vida dentro dos paradigmas objetivos adotados pela carta constitucional.

Após a morte, o legislador volta suas atenções para resguardar o respeito aos mortos, criminalizando a perturbação de cerimônia funerária, violação de sepultura e destruição, subtração ou ocultação de cadáver, bem como admitindo como calúnia conduta que, neste aspecto, fira a honra de pessoa morta¹³.

2.1.1 A vida e a perspectiva pós gestacional

No Brasil, é seguida a concepção de que “o homem só surge com a dissociação completa do corpo da mãe”¹⁴. Corrobora com este entendimento a corrente adotada para definir a personalidade civil, no sentido de que tal instituto virá à existência a partir do nascimento. A perspectiva adotada pelo Código Civil brasileiro, portanto, é a natalista, definindo que o indivíduo apresentará personalidade após ter nascido e respirado¹⁵.

Sob estes mesmos paradigmas foi o voto do Min. Carlos Britto, do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 que versou sobre dispositivos da lei de Biossegurança. Pelo entendimento ali firmado, declarou-se que é o nascimento com vida que marca e inicia a titularidade do direito à vida¹⁶. Vê-se,

¹³ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁴ ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro, p. 5. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acessado em 28 de maio de 2018.

¹⁵ GARCIA, Bruna Thaynara Guimarães; MACHADO, Bárbara Nogueira Barbosa; FERREIRA, Jamille Fernanda. **Posição do nascituro em face do ordenamento jurídico brasileiro**. 2016, p. 2. Disponível em: <www.site.ajes.edu.br/congre/arquivos/20161204221748.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, Voto do Relator. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 2008. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

então, que o parto é episódio fundamental no implemento da aquisição da personalidade e da titularidade do direito à vida.

Antes do nascimento existe uma proteção conferida ao nascituro, eis que é ser humano em formação e com expectativa e potencialidade de vida. Ambos, fetos e indivíduos adultos, no entendimento de Débora Diniz, são pessoas, porque formados por células humanas. Destaca ainda a autora que essas células, no caso dos indivíduos adultos, geram a sua capacidade de viver a vida, ao passo que, nos fetos, gera a potencialidade¹⁷.

Quando ainda ligado e dependente do corpo da mãe, antes do parto, o feto dele recebe os nutrientes e substâncias essenciais à manutenção de sua condição de expectativa de vida. Se, desligado do corpo da mulher gestante, respeitado o tempo de maturação gestacional natural, o feto não possui viabilidade de sobrevivência, se observa situação de mitigação do direito à vida, em que o fenômeno, na realidade, não existirá. Nestes casos, o feto não deterá a expectativa do direito à vida por não possuir a potencialidade e capacidade de viver fora do útero materno¹⁸. O direito à vida, portanto, deve ser visto numa perspectiva pós gestacional, observada a capacidade daquele ser de manter-se vivo em condições extrauterinas de modo autônomo, autossustentável, mesmo que com o uso de aparelhagem e aparatos médicos.

2.1.2 Fim da vida, critérios de morte e doenças fetais incompatíveis com a vida

Definir o fim da vida é um desafio. A vida é fenômeno visto e conceituado a partir de diversas acepções, científicas, religiosas, filosóficas, o que também flexibiliza o entendimento acerca do seu termo final. Para efeito das ciências jurídicas, assim como observa Claus Roxin, a morte marca o término da proteção à vida¹⁹. O código Civil brasileiro, na mesma trilha, estatui que o fim da personalidade se dará com a

¹⁷ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 71.

¹⁸ Ibidem, p. 73.

¹⁹ ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro, p. 1. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acessado em 28 de maio de 2018.

morte, embora proteja os direitos da personalidade dos já falecidos, dando legitimação a outrem para exigir que cesse lesão ou ameaça de lesão a estes.

É pacífica, nas ciências biológicas, a compreensão de que o diagnóstico de morte virá com a morte encefálica ou, alternativamente, por parada cardiorrespiratória irreversível²⁰. Os critérios se modificaram e evoluíram ao longo dos anos, sendo este o status atual na ciência. O critério de extinção das funções cerebrais, em especial, marca, na maioria dos países, o momento do óbito²¹. Isto porque se encontra difundida a compreensão de que estar morto é não ter capacidade de ser pessoa, conceito este – ser pessoa – que está intimamente ligado a um grau de consciência decorrente de um adequado funcionamento cerebral²².

O Brasil, na atualidade, segue a tendência mundial citada, porquanto a Lei nº 9.434/97, em remissão à Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, sujeita a doação *post mortem* de órgãos e tecidos ao diagnóstico de morte encefálica, demonstrando segurança no critério ora estabelecido.

Feitas as ponderações supra, cumpre posicionar algumas doenças fetais incompatíveis com a vida.

Destaca Maria Elisa Villas-Bôas que o parâmetro de morte encefálica não contempla o recém-nascido até o sétimo dia de vida, por não haver previsão do diagnóstico de morte encefálica para estes²³. No caso dos fetos anencefálicos, por exemplo, se mostra impreciso designá-lo como mortos encefálicos, uma vez que a patologia, em geral, encerra aquele ciclo vital antes do sétimo dia pós nascimento.

Além da anencefalia, dá-se especial destaque a outras doenças fetais incompatíveis com a vida extrauterina, como as Síndromes de Edwards, Patau, Body-Stalk, e adramnia por malformações nefrourológicas. Caracterizam-se, em linhas

²⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A morte encefálica como critério de morte. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, n.17, p. 33-56, 2008.2. Semestral, p. 36.

²¹ ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro, p. 9. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acessado em 28 de maio de 2018.

²² TORRES, Wilma da Costa. A Bioética e a Psicologia da Saúde: Reflexões sobre Questões de Vida e Morte. 2003, p. 2. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v16n3/v16n3a06.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018.

²³ VILLAS-BÔAS, op. cit, p. 47.

gerais, por múltiplas malformações que, quando não geram a morte intrauterina, a ela conduzem em curto espaço de tempo após o nascimento.

São situações em que, embora não se caracterize, no mais das vezes, a morte encefálica, exatamente pelo fenômeno ocorrer antes do sétimo dia pós nascimento, o fim da vida é eminente. Nestes casos, não por adoção de qualquer conduta da gestante ou de terceiro no sentido de terminá-la, mas sim como decorrência da própria patologia. A impossibilidade de sobrevivência, conseqüente da anomalia, conforme já mencionado, leva a um quadro de ausência de capacidade e expectativa do direito à vida e à uma situação inevitável de morte.

2.2 DIREITO À VIDA DO NASCITURO E DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

A vida potencial do nascituro enquanto ser humano em formação é protegida pelo direito desde a concepção. Destaca Daniel Sarmiento que, indiscutivelmente, o embrião é humano e que ali se desenvolve uma autêntica vida humana²⁴. No entanto, o concepto ainda não é pessoa, eis que ali reside apenas potencialidade de ser pessoa²⁵. Visto isso, a proteção ao concepto, para o mesmo doutrinador, “por razões de ordem biológica, social e moral [...] vai aumentando na medida em que avança o período de gestação”²⁶.

Claro exemplo da tutela conferida é o fato de o aborto provocado, frustração da gestação que leva à morte do fruto da concepção, ser tipificado como crime no Brasil. No entanto, o próprio Código Penal, no art. 128, regula duas situações de aborto legal excepcionais: quando a gestação é fruto de violência sexual – aborto humanitário –, e quando for o único meio de salvar a vida da gestante, o aborto terapêutico ou profilático.

Acresceu-se, jurisprudencialmente, a tais situações legalmente previstas, recentemente, o aborto seletivo de feto anencefálico, discutida na Arguição de

²⁴ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**, p. 31. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

²⁵ Ibidem, p. 20.

²⁶ Ibidem, p. 04.

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Trata-se de aborto praticado em face de uma anomalia fetal incompatível com a vida, que, no entendimento de Diaulas Ribeiro e Débora Diniz registrado antes da propositura da ação citada, “não tipifica crime, sendo, portanto, uma antecipação terapêutica de parto, sem qualquer repercussão jurídico-penal, por faltar-lhe o suporte fático exigido pela lei”²⁷.

São hipóteses em que direitos fundamentais outros são considerados, além do direito à vida do nascituro. Ganham especial relevância, pelo contexto específico, direitos da mulher gestante, como a dignidade da pessoa humana, direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica, liberdade e saúde.

A dignidade da pessoa humana foi colocada pelo constituinte no status de fundamento da República Federativa do Brasil. É o “valor fonte de todos os outros valores constitucionalmente postos”²⁸, visto que é princípio do qual irradiam todos os outros direitos e garantias individuais e coletivos titularizados pela pessoa

O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição Federal de 1988 é norma que orienta todo o sistema, revelando as valorações políticas fundamentais que o legislador acolheu, sendo muitas vezes tal termo empregado sem o compromisso e/ou consciência de quem o utiliza, pois se trata de expressão cujo valor vai além do que está escrito, seja na lei ou na Constituição, não se exaurindo apenas no que se encontra positivado²⁹.

Deste princípio decorrem outros aqui destacados, como a liberdade, autonomia e direitos sexuais e reprodutivos. Relevante mencionar que, estabelecendo uma correlação entre esses direitos, nas palavras de Sarlet, a dignidade da pessoa humana tem como um de seus elementos centrais a liberdade. Esta constitui um direito geral que, quando cruzado com a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, prevista no texto constitucional³⁰, é gênese de direitos outros não expressamente consagrados pelo direito positivo, a exemplo da autonomia e os direitos sexuais e reprodutivos.

²⁷ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003.

²⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 316.

²⁹ CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. CARVALHO, Valéria de Sousa. **Direitos Humanos e Autonomia da vontade da mulher: a liberdade sexual e reprodutiva e a problemática do aborto**. IN: Direito e Desenvolvimento: Revista do Curso de Direito, João pessoa, ano 3, n. 6, p. 81-110, 2012, p. 89.

³⁰ BRASIL, Constituição Federal (1988), art. 5º, §2º. Organização dos textos por Alexandre de Moraes. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

Na ótica que aqui se analisa, essas “liberdades em espécie” – e, não obstante, também direitos autônomos – têm especial relevância, na medida em que dão azo para análise e ponderação, no caso concreto, quando vierem a colidir com outros direitos fundamentais.

Cumprindo ainda mencionar que saúde, integridade física e psíquica e intimidade da gestante também podem se postar em confronto com direitos do nascituro.

Para Mendes e Branco, o direito à intimidade é conteúdo do direito à privacidade³¹; aquele menos amplo que este, no qual se depara com situações ainda mais sensíveis da vida do indivíduo, em seu âmbito familiar ou de amizades. Num quadro de gestação de feto inviável, por exemplo, os olhares de terceiros – do Estado, especialmente – se voltam para questões de foro íntimo familiar, eventualmente ferindo a intimidade. Por sua vez, a integridade físico-corporal e a integridade moral, nas palavras de José Afonso da Silva, são direitos-contéudo do direito à vida, na medida em que a integridade do corpo humano que concretiza a vida³². Mas a vida vai além, sendo constituída também por elementos imateriais, como a integridade moral e psíquica.

Importante, então, a partir de uma compreensão breve desses direitos, voltar os olhos para a possibilidade de colisão e ponderação entre eles no contexto de gestação de feto com doença que o incompatibiliza com a vida extrauterina, bem como para as repercussões que este tipo de gestação traz à mulher.

2.2.1 Colisão entre os direitos fundamentais no contexto de gravidez patológica

Antes de assimilar a colisão entre os direitos fundamentais, é preciso compreender o contexto sobre o qual esta pesquisa se debruça. Naturalmente, uma gestação iniciará com a concepção e, semanas depois, o feto virá ao nascimento, descolar-se-á do corpo da mãe, iniciará sua personalidade e, mesmo que deficiências

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 245.

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 201.

o acometam, terá perspectiva de vida. Mas, numa hipótese de anomalia fetal incompatível com a vida, o quadro é o oposto. Ensinam Débora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro que

[...] há, entre os fetos, alguns que apresentam defeitos insanáveis, de uma ordem tal que não se corrige com o tempo de gestação. O defeito, nesse caso, não é a imaturidade, mas a ocorrência de uma condição patológica que impede a aquisição do status de pessoa. Falta-lhe, por uma má formação, a conveniente regularidade de conformação física para a regularidade da vida extra-uterina. E essa condição patológica leva à inviabilidade fetal, aqui denominada de *inviabilidade fetal extraordinária*, aquela que não decorre da imaturidade, mas de uma má-formação que transforma a gravidez fisiológica em uma gravidez patológica³³.

Diagnosticada a gravidez patológica, entendida como aquela em que o feto porta anomalia incompatível com a vida extrauterina, confronta-se com uma situação de colisão entre o direito fundamental à vida do feto e os direitos fundamentais da gestante.

A manutenção compulsória deste tipo de gestação afeta, por exemplo, a autonomia da mulher, na medida em que cerceia sua autodeterminação, seu direito de tomar decisões que deem o direcionamento que melhor entenda para sua vida. Em específico, traz consequências também à autonomia de seus direitos sexuais e reprodutivos, seus direitos de planejamento familiar.

Sua integridade física é atingida pelos riscos fisiológicos que trazem as gestações de feto com anomalias levadas até o nono mês de gestação. Assim, o risco a gestações posteriores se faz eminente, restringindo, eventualmente, as possibilidades que tenham de ter outros filhos.

Aquele “direito à vida” do feto, portanto, tornar-se-á “passível de uma ponderação com outros valores jurídicos de alta hierarquia”³⁴.

Para Robert Alexy, as colisões (em sentido estrito) ocorrem quando o exercício ou realização de um direito fundamental por um titular tem consequências negativas sobre os de outrem³⁵. E, voltando os olhos para a “solução” da colisão, afirma que

³³ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 100.

³⁴ ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro, p. 2. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acessado em 28 de maio de 2018.

³⁵ ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**, p. 8. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

limitações ou sacrifícios deverão ser feitos³⁶. A restrição, parece óbvio, deverá ser avaliada à luz do caso concreto, considerando os direitos envolvidos e suas especificidades. Para o célebre doutrinador, a ponderação será a metodologia eleita na medida em que se trata de uma colisão de princípios, de mandamentos de otimização³⁷. Haverá, então, uma análise especial da proporcionalidade em sentido estrito enquanto faceta do princípio da proporcionalidade, juntamente com a adequação e necessidade.

Outrossim, direitos fundamentais possuem certo âmbito de proteção, e, tendo em vista a inexistência de direitos absolutos, ver-se-ão, por vezes, restringidos, limitados. Vale ainda ressaltar que existirão situações que não integram o âmbito de proteção do direito fundamental³⁸, por falta de suporte fático que o ponha nesse reduto. Segundo Mendes e Branco,

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do *âmbito de proteção* somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito³⁹.

Assim, é na colisão que se revela o âmbito de proteção do direito, se tornando possível vislumbrar se fará jus ou não à prevalência frente a outros.

Neste íterim, poussa-se os olhos sobre a proteção conferida à vida, quando em colisão com os direitos fundamentais da mulher gestante já citados no contexto de gravidez patológica, tratado às linhas retro.

Este caríssimo valor da ordem constitucional terá, quase sempre, guarida preferencial ao ser colidido com outra norma protetiva. Mas, em certos casos, o próprio legislador admite restrição à vida do feto, mesmo sendo vida viável. Isso ocorre, por exemplo, quando a gestante corre risco de vida e o aborto é o único meio de salvá-la. Como leciona Mônica Aguiar da Silva, há, *in casu*, uma valoração do conflito entre direitos fundamentais observados feita, de logo, em nível legislativo⁴⁰.

³⁶ ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**, p. 6. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174.

⁴⁰ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros Direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 97.

Nos específicos casos de fetos inviáveis, esbarra-se com situação em que a anomalia fetal, repita-se, mitiga a extensão daquela vida, praticamente restringindo-a ao ambiente intrauterino.

A conjuntura se aproxima de mostrar até uma *colisão aparente* entre direitos fundamentais. Isto porque o que, a priori, parecia uma colisão, revela que o âmbito de proteção dos direitos deste nascituro, em uma ponta da controvérsia, foi incorretamente equacionado. Gritante ainda que, na outra ponta, estão outros estimados direitos, titularizados pela mulher, entre os quais o direito de ser ressalvada de qualquer meio de tortura se posta.

A ponderação aponta, utilizando como alicerce a proporcionalidade, para a prevalência dos direitos da genitora, mesmo porque, como bem pontua Daniel Sarmiento, a proteção conferida ao nascituro, embora resguardada, não o é na mesma intensidade com que se tutela o direito à vida de alguém já nascido⁴¹. O direito à vida da mãe, em especial os seus aspectos de integridade física e psíquica, merecerá preponderância.

Luís Roberto Barroso se posiciona no sentido de que, sob o prisma da ponderação de valores, “não há bem jurídico em conflito com os direitos aqui descritos”⁴²: os das mulheres gestantes de fetos incompatíveis com a vida. Para o célebre constitucionalista, vislumbra-se somente eventual ponderação entre os dois valores: por um lado, os direitos fundamentais da gestante e, de outra parte, “a convicção religiosa ou filosófica que defenda a obrigatoriedade de levar a termo a gravidez, mesmo em se tratando de feto inviável”⁴³.

De um modo ou de outro, qualquer que seja o conflito de interesses que se entenda existente, pelos valores da ordem constitucional, a conclusão que se impõe é a que melhor resguarde os direitos da mulher que experimenta uma situação como esta. É a convicção que a ela assegure o exercício e não-violação dos direitos fundamentais que titulariza, e que a afaste da objetificação enquanto incubadora do conceito.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**, p. 28. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

⁴² CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 92.

⁴³ Ibidem, p. 115.

2.2.2 As repercussões da gravidez patológica e uma análise sobre a tortura

Um quadro gestacional, indistintamente, traz alterações físicas, fisiológicas e psicológicas à mulher. Repercutirão no organismo dela a presença e desenvolvimento do novo ser, que precisa de substâncias essenciais à sua progressão e espaço abdominal para tal. O corpo da mulher se prepara para suprir o feto em todas as suas funções vitais por aproximadamente 40 semanas, além de prover a amamentação. As mudanças são, na técnica médica, classificadas como locais e gerais, rearranjando, respectivamente, os órgãos genitais e sexuais e sistemas digestivo, urinário, respiratório, nervoso, esquelético, etc⁴⁴. É período também de intensas alterações sociais, uma vez que o papel social de *mãe* reordena substancialmente a vida da mulher.

As alterações do sistema nervoso central, leciona Zugaib, ocasionam alterações no padrão e qualidade do sono, o que, por sua vez, corrobora, juntamente com as alterações hormonais e outros fatores, com um panorama de distúrbios psiquiátricos e depressão⁴⁵.

Não raro, a gestação de um feto cuja vida é inviável, além das alterações psicológicas comuns da gravidez, gerará efeitos mais graves. Invariavelmente, o conceito não terá sobrevivência extrauterina, o que, geralmente, dará experiência psicológica negativa à mulher que o gera. De uma gravidez, espera-se que se dê à luz à vida, e não à morte.

Diagnosticada a patologia, no curso do acompanhamento pré-natal, é comum que as mulheres apresentem interesse em antecipar o fim daquela gestação sem futuro. No entanto, a equipe médica assistente tem o desafio de esclarecer – ou lembrar – a ela que o procedimento é penalmente proibido⁴⁶, o que, *a priori*, significa que esta mulher precisa levar a cabo a gravidez. Eventualmente, caso esteja configurado o risco à saúde da mãe e não haja outro meio de salvar sua vida, o aborto poderá ser realizado sob a égide do aborto terapêutico, legalmente permitido pelo

⁴⁴ ZUGAIB, Marcelo (Ed.). **Zugaib Obstetrícia**. 2. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 166.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 178.

⁴⁶ SUAREZ, Joana. **Nove meses de luto**. 2018. Disponível em: <<http://www.anis.org.br/nove-meses-de-luto/>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

Código Penal brasileiro⁴⁷. Poderá ainda ser realizado quando se tratar de feto cuja certeza de incompatibilidade com a vida está sustentada no diagnóstico de anencefalia, a partir da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Do contrário, esta mulher deverá prosseguir com a gravidez pelas 40 semanas que lhe são habituais, até a realização de um parto normal. Além dos direitos fundamentais já destacados às folhas retro, a dignidade da pessoa humana e a integridade psíquica da gestante se veem especialmente violadas, podendo chegar a configurar uma *tortura psicológica*.

A peça exordial da ADPF nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde representada por Luís Roberto Barroso, define com precisão este fenômeno ao afirmar que “a convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica”.

O peticionante lembra também que a Constituição pátria veda a tortura, estatuidando que ninguém será a ela submetida no mesmo bloco em que prevê os direitos e garantias individuais⁴⁸. Em oportunidade outra o texto constitucional demonstra repulsa à tortura, impondo a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça e anistia a qualquer prática que a configure.

O Pacto San José da Costa Rica, ou Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, preceitua, no artigo que versa sobre a integridade pessoal, que toda pessoa terá direito à preservação da sua integridade física, psíquica e moral, e que “ninguém será submetido a torturas”⁴⁹. Tal convenção internacional, cumpre frisar, é versa sobre direitos humanos o Brasil a ela aderiu, constituindo um conjunto normativo supralegal⁵⁰.

⁴⁷ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, art. 128, I. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2018.

⁴⁸ BRASIL, Constituição Federal (1988). Art. 5º. Organização dos textos por Alexandre de Moraes. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre direitos humanos. 22 novembro 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 24 jun. 2018.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 321.

A Lei nº 9.455 de abril de 1997, semelhantemente, ao definir os crimes de tortura prescreve que se constituirá quando se “constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe *sofrimento físico ou mental*”⁵¹.

É evidente, pois, o esforço em coibir qualquer forma de tortura. Obrigar uma mulher gestante de feto fadado à morte, invariavelmente, lhe causará sofrimento de modo tal que uma tortura psicológica poderá se configurar, o que ainda se soma às naturais alterações psíquicas sofridas no período gravídico. Paulo César Busato é certo ao aproximar, do ponto de vista das consequências psicológicas, as gestações decorrente de estupro e a de um feto anencefálico, diagnóstico claríssimo de inviabilidade fetal. Defende, em síntese, que

As duas situações, da gravidez resultante de estupro e da gestação de um anencefalo, no que tange ao período gestacional, produzem semelhante aflição psicológica na mulher. A primeira, porque os nove meses de gestação representam uma suprema exigência e sofrimento da mãe que a cada instante estará revendo as cenas horrendas que produziram esta gravidez. A segunda, porque a cada dia estará vendo o desenvolvimento agônico de um ser que dá mais um passo no inexorável caminho da morte⁵².

Há relatos de mulheres acometidas por depressão grave e impulsos suicidas, tamanho o trauma que lhes causa gestar, ter que levar a termo e dar à luz ao conceito cuja única perspectiva é a morte. Em seus ciclos sociais, natural que muitas pessoas questionem sobre o bebê à medida em que a gestação avança (e após o seu término), o que expõe a mulher. A sensação de frustração e revolta pode ser intensa, especialmente porque a descoberta da anomalia se dá num ponto avançado da gestação, em que as expectativas em torno do nascimento e vida do bebê já se formaram na família⁵³.

Muitas revelam desejo em proceder à interrupção da gestação para abreviar o intenso sofrimento mental⁵⁴, mas isso não é legalmente permitido. A constrição e imposição da obrigatoriedade em manter a gravidez patológica pode revelar meio de

⁵¹ BRASIL. Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997, art. 1º, I. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁵² BUSATO, Paulo César. **Tipicidade material, aborto e anencefalia**. 2005, p. 9. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/05/12/tipicidade-material-aborto-e-anencefalia/>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

⁵³ SUAREZ, Joana. **Nove meses de luto**. 2018. Disponível em: <<http://www.anis.org.br/nove-meses-de-luto/>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁵⁴ ENUTE, Gláucia Rosana Guerra et al. **Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais**. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032006000100003>. Acesso em: 10 jun. 2018.

tortura, de padecimento da saúde mental da mulher, provocação de aflição intensa e irreparável.

2.2.3 Bioética, autonomia e direito

Nas palavras de Débora Diniz, “a bioética é o espaço legítimo de expressão da multiplicidade de opiniões sobre o tema aborto, assim como sobre qualquer outra questão relacionada à saúde conflituosa no campo moral”⁵⁵.

Dúvidas não pairam sobre o fato de que as discussões que envolvam direitos fundamentais das mulheres numa sociedade machista atraem conflitos morais. O quadro se agrava quando tais discussões são somadas com temas como vida e morte, tão sensíveis a todos. Ademais, não obstante o Brasil seja um Estado laico, os dogmas religiosos influenciam fortemente a posição da população e de seus representantes políticos nas tratativas que digam respeito a qualquer interrupção de gestação⁵⁶. Exatamente nesta interseção e panorama se situam as problemáticas da interrupção da gestação por anomalia fetal e do aborto voluntário.

O aborto voluntário e sua criminalização são grandes problemas sociais nacionais e de todo o mundo. O Brasil, embora em vasta ascensão científica e tecnológica, ainda está marcado por problemas bioéticos – e de saúde – persistentes, devido, em especial, à desigualdade social⁵⁷. Questões estas, as persistentes, que abarcam também demandas como a fome, a falta de saneamento básico, os alarmantes números de mortes violentas. Sobre o aborto, importante destacar o seguinte dado:

Nosso ponto de partida deve ser a constatação empírica de que a criminalização do aborto acaba empurrando todo ano centenas de milhares de mulheres no Brasil, sobretudo as mais humildes, a procedimentos

⁵⁵ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 35.

⁵⁶ BUSATO, Paulo César. **Tipicidade material, aborto e anencefalia**. 2005, p. 4. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/05/12/tipicidade-material-aborto-e-anencefalia/>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

⁵⁷ FEITOSA, Saulo Ferreira; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. A bioética de intervenção no contexto do pensamento latino-americano contemporâneo. **Revista Bioética**, [s.l.], v. 23, n. 2, p.277-284, ago. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015232066>>. p. 280.

clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene⁵⁸.

A temática, tal como todos os outros aspectos das questões persistentes, é de extrema gravidade, requerendo mudança estrutural no tratamento dado atualmente pelo Estado.

Embora com o aborto voluntário não se confunda, do mesmo modo, a interrupção da gestação por anomalia fetal, também denominada por alguns como antecipação terapêutica de parto, chama a atenção por ser problema de saúde pública, saúde pública das mulheres. A detecção das anomalias fetais pressupõe um acompanhamento médico pré-natal, mesmo que básico, com avaliações que vão desde exames de imagem a testes genéticos.

É digno de nota que importantíssimo valor deverá ganhar importância quando uma mãe recebe o triste diagnóstico de doença que incompatibiliza seu filho com a vida: a sua autonomia e liberdade de escolha. Autonomia de escolher preservar sua vida, saúde, liberdade reprodutiva, integridade física, moral e psíquica, se assim lhe parecer adequado e necessário para si e sua família, ou mesmo, particularmente, de decidir se quer que o feto seja preservado até que faleça por causas naturais.

Num cenário como este, que será melhor delineado nos pontos a seguir, a *autonomia* leva em consideração os valores dos atores envolvidos, sua liberdade de agir, que há de ser bem informada, e, em última instância, a dignidade. Não à toa, o termo serve para definir um dos princípios da Teoria Principlista de Tom Beauchamp e James Childress, clássica no campo acadêmico da Bioética⁵⁹.

O respeito a esta capacidade de autogoverno, nas circunstâncias de gestação patológica, é medida que se impõe para que não sejam violados os direitos fundamentais que claramente sobrepõem, assegurando os princípios que a ordem constitucional estatuiu e que, no caso concreto, devem prevalecer.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**, p. 2. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

⁵⁹ DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

3 A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS COM ANOMALIAS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA

O aborto por anomalia fetal ou interrupção seletiva da gravidez são termos que podem ser utilizados para designar o procedimento de interrupção da gestação quando o concepto é acometido por anomalia fetal que o incompatibiliza com a vida.

Débora Diniz define a *Interrupção seletiva da gravidez* como “procedimento clínico de expulsão provocada do feto [...] em nome de suas limitações físicas e/ou mentais”⁶⁰. É referida também como *interrupção terapêutica da gravidez*, *interrupção médica da gravidez* ou *interrupção voluntária da gravidez por malformação fetal*⁶¹.

A mesma doutrinadora defende que “o aborto por anomalia fetal incompatível com a vida não deve ser sanitária e juridicamente qualificado como aborto, e sim como antecipação terapêutica de parto (ATP)⁶²”.

Importante destacar o emprego do vocábulo *terapêutico* nos termos *interrupção terapêutica da gravidez* e *antecipação terapêutica de parto*. Entre os direitos fundamentais da mulher atingidos, como já comentado, estão em pauta seu direito à dignidade, integridade, física e psíquica, e o direito à saúde. *Saúde* é definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como “não apenas a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social”⁶³. A interrupção, como o uso dos termos indica, pretende viabilizar o resguardo dos direitos das gestantes que desejem a sua realização, diminuindo seu sofrimento físico e psicológico, adiantando seu período de aceitação e recuperação⁶⁴ e preservando, em última instância, a sua saúde.

⁶⁰ DINIZ, Débora. O aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 5, n. 01, p.19-24, jan. 1997, p. 19.

⁶¹ FRÓIS, Deolinda Maria Rodrigues Gonçalves Silva. **Atitudes das grávidas face à interrupção da gravidez por malformação fetal**. 2011. 173 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Enfermagem, Escola Superior de Saúde de Viseu, Viseu, 2012, p. 49.

⁶² DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 25.

⁶³ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 31, n. 5, p.538-542, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016#not1>. Acesso em: 26 jun. 2018.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0356331-96.2015.8.19.0001. Sentença. Rio de Janeiro, RJ de 2015. **Diário de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-autoriza-gestante-abortar-feto.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2018.

Será efetuada, via de regra, a partir de um laudo médico que afirme a condição de inviabilidade fetal, alicerçado em exames que apontem para tal. É a condição de saúde do feto que motiva o uso deste recurso, combinada com a manifestação de vontade da gestante neste sentido, numa expressão de sua autonomia.

Digno de nota que esta prática difere do aborto eugênico, pois não se faz presente uma obrigatoriedade de proceder à interrupção em nome de ideologia de extermínio de indesejáveis⁶⁵, e sequer se pretende promover qualquer purificação ou seleção da prole. Existe, no caso, uma opção da paciente que encontra fundo em sua dignidade e na inexorável morte do feto. Enfatiza-se que não existe tampouco, na interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida, objetivo discriminatório em face de pessoas portadoras de deficiência. Tratam-se de infalíveis diagnósticos de morte iminente e irreversível⁶⁶, que geralmente ocorre no ambiente uterino ou poucas horas após o nascimento, e que não se confundem com limitações físicas, sensoriais ou mentais que caracterizam as deficiências.

Natural que a realização do procedimento, em geral, seja objeto de pleitos judiciais com o fito de obter a sua autorização. Afinal, numa análise não aprofundada dos meios empregados e da legislação penal, se subsumiria a interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida ao crime de aborto. O ordenamento jurídico brasileiro não inseriu entre os permissivos do aborto a hipótese de realiza-lo por anomalia fetal, seja ela qual for, na gravidade que seja. Assim, recorrer ao judiciário é a saída que resta às gestantes que queiram a realização da interrupção terapêutica da gestação por meios que não estejam à margem do Estado.

Neste diapasão, se observa que a interrupção da gestação por este específico tipo de anomalia fetal e o aborto voluntário não se confundem, motivo pelo qual se faz imperativo distingui-lo do procedimento telado.

⁶⁵ALMEIDA, Marcos de; DINIZ, Débora. **Bioética e Aborto**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellaborto.htm>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁶ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 18.

3.1 NOTAS DISTINTIVAS ENTRE O ABORTO VOLUNTÁRIO E A INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO POR ANOMALIA INCOMPATÍVEL COM A VIDA

O aborto constitui uma interrupção do processo normal de gestação que culmine na morte do fruto da concepção. A palavra tem origem latina, em que *ab* é distanciamento, e *oriri*, nascer⁶⁷. Na percepção médica, é descrito como interrupção da gestação ocorrida até a 20ª semana, com expulsão parcial ou total dos produtos da concepção⁶⁸. Ocorrerá de modo espontâneo quando suceder de causas orgânicas naturais que culminem no não-prosseguimento da gestação, ou provocado por conduta humana, culposa ou dolosa⁶⁹. É esta segunda acepção, na forma dolosa, que adquire importância jurídico-penal.

A punibilidade do aborto remonta à influência do cristianismo nas codificações jurídicas, afinal, a prática já foi comum e aceitável em diversas civilizações da antiguidade, como na Grécia Antiga e no Direito Romano⁷⁰. No Brasil, especificamente, o auto-aborto não era criminalizado no Código Penal do Império, de 1830, que apenas previa a figura incriminadora quando praticando por terceiro, passando a sê-lo no Código Penal de 1890⁷¹.

O aborto voluntário, criminalizado também no Código Penal de 1940, atualmente vigente, foi colocado entre os crimes contra a vida e tutela a expectativa de vida do conceito.

Leciona Rogério Greco que o objeto material do delito poderá ser o óvulo fecundado, o embrião ou o feto, demonstrando uma classificação de acordo com o desenvolvimento embrionário. Seriam, assim, aborto ovular, ocorrido até o 2º mês de gestação; embrionário, se ocorrido entre o terceiro e quarto mês de gravidez, ou fetal,

⁶⁷ REBOUÇAS, Melina Séfora Souza. **O aborto provocado como uma possibilidade na existência da mulher**: Reflexões fenomenológico-existenciais. 2010. 145 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010, p. 11.

⁶⁸ NOLASCO, Lincoln. **Aborto**: aspectos polêmicos, anencefalia e descriminalização. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11874#_edn1>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁶⁹ GREGO, Rogério. **Curso de direito Penal Parte Especial**: Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. v. 2. 5 ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 238.

⁷⁰ BUSATO, Paulo César. **Tipicidade material, aborto e anencefalia**. 2005, p. 5. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/05/12/tipicidade-material-aborto-e-anencefalia/>>.

⁷¹ *Ibidem*, p. 6.

se ocorrido a partir do quinto mês⁷². O agente ativo previsto no tipo, por sua vez, poderá ser a própria gestante, ou terceiro que provoque o aborto, com ou sem o consentimento da primeira. A doutrina penalista descreve o delito como crime material, que se consuma com a efetiva morte do concepto, com ou sem sua expulsão do corpo da mulher.

Na interrupção da gestação de feto inviável, não se encontram os traços que designam o bem jurídico “vida”. Enquanto no aborto voluntário é a conduta do agente que frustra a expectativa de vida do feto, na interrupção da gestação por anomalia incompatível com a vida, sem dificuldades se verifica que é a própria anomalia que o faz. A potencialidade de vida extrauterina ou sua expectativa estão presentes num quadro de aborto voluntário, o que não se vislumbra no caso de uma interrupção da gravidez por malformação fetal.

Na interrupção seletiva, requerida na hipótese de inviabilidade fetal, tais traços não existem, haja vista a certeza médica da impossibilidade de sobrevivência. Trata-se o procedimento, por muitos nomeado de antecipação terapêutica de parto, de medida que abrevia o tempo de ligação do concepto ao corpo da mãe, retirando-o do ambiente intrauterino, promovendo a expulsão do feto. A incompatibilidade do feto com a vida é o que motiva o procedimento, e não unicamente a vontade da mulher de fazê-lo.

Sendo o feto acometido por anomalia incompatível com a vida, tecnicamente, não haverá suporte fático para o crime de aborto e o crime não estará configurado ante à inexistência do bem jurídico que o tipo tutela. Ante a isto, a interrupção da gestação em casos de incompatibilidade do feto com a vida não deverá ser entendida como crime, e sim como medida que protege os direitos fundamentais efetivamente feridos na hipótese, os direitos da mulher gestante.

Aspecto do tema que merece ser destacado, tanto na realização de interrupções voluntárias da gestação quanto nas de gestações de fetos inviáveis é a desigualdade social. Pesquisas do Ministério da Saúde indicam que, no Brasil, 4,7 milhões de mulheres entre 18 e 39 anos já abortaram, bem como que a cada minuto uma mulher aborta no país. No ano de 2016, foram realizadas 172.686 curetagens

⁷² GREGO, Rogério. **Curso de direito Penal Parte Especial**: Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. v. 2. 5 ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 245.

(raspagem para limpeza uterina pós aborto) pelo Sistema único de Saúde⁷³. Criminalizada ou não, a conduta ocorre, e em números alarmantes.

Aquelas em melhor condição socioeconômica recorrem a clínicas especializadas que, mesmo ilegalmente, realizam os procedimentos com segurança e boa assistência de profissionais da saúde⁷⁴. As mais pobres, em contrapartida, são as que submetem a questão à apreciação do judiciário com o fito de poder interromper a gestação do feto inviável na rede pública de saúde minimizando os riscos à sua integridade física. Ou, alternativamente, por falta de condições para tal, realizam a interrupção da gestação à margem do Estado sem o amparo necessário, resultando em automutilações, lesões graves e óbito⁷⁵.

Bem destaca Arx Tourinho que o óbice à realização da ATP, e também a criminalização do aborto voluntário atingem, especialmente, mulheres desprovidas de recursos financeiros⁷⁶. Outrossim, inevitavelmente, ocorrerão na população gestações cujos fetos tenham defeitos congênitos que os tornam inviáveis ou nascimentos destes fetos com curta e sofrida sobrevivência. Cabe ao Estado, neste interim, não ignorar a existência desses fatos e dados e fornecer meios que resguardem o maior número de vidas possível.

3.2 INVIABILIDADE FETAL: CONCEITO

A ocorrência de gestações cujos frutos sejam fetos com anomalias que inviabilizem sua vida é rara, mas não é situação tão excepcional a ponto de permitir que a discussão seja ignorada. No Brasil, é de aproximadamente 20 o número de nascimentos diários em que o conceito é feto inviável. Por ano, segundo dados de 2015 do Ministério da Saúde, 7 mil gestantes carregam por nove meses fetos que sabem que não sobreviverão⁷⁷.

⁷³ SUAREZ, Joana. **Nove meses de luto**. 2018. Disponível em: <<http://www.anis.org.br/nove-meses-de-luto/>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁷⁴ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 46.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306, Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2018.

⁷⁶ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA, op. cit., p. 46.

⁷⁷ SUAREZ, op. cit.

Importante pontuar, então, o que é a inviabilidade fetal. Segundo Neves e Osswald, entre a 24^a e 26^a semanas de uma gestação normal, o nascituro adquire viabilidade, isto é, “possibilidade de sobreviver fora do organismo materno, embora com ajudas importantes, técnico-médicas”⁷⁸. Por exclusão, antes do paradigma temporal indicado, o feto será inviável. O será, igualmente, quando persistir a dita impossibilidade de sobreviver fora do ventre embora mais avançado o curso da gestação, em razão de anomalia, mesmo que com apoio de aparato médico.

O Decreto Federal 5.591, de 22 de novembro de 2005, que regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105/2005, a “Lei de Biossegurança”, ao versar uso de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro para fins de terapia e pesquisa, determina que embriões inviáveis, para efeitos do decreto, são

aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização in vitro, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião;⁷⁹

Embora a legislação supra trate de embriões ainda não implantados no útero materno, é de se observar que existe previsão no sentido de que alterações morfológicas que venham a comprometer o desenvolvimento pleno do embrião são aptas a caracterizar a sua inviabilidade.

Outrossim, denominação “inviabilidade fetal” é habitualmente utilizada para designar anomalias congênitas incompatíveis com a vida que, segundo dados da Organização Mundial da Saúde, são a terceira maior causa de mortalidade infantil, representando 12,7% da mortalidade neonatal⁸⁰. Tais anomalias são aquelas que, por alterações estruturais, morfológicas ou funcionais, levam o feto ao óbito.

Os avanços tecnológicos e científicos permitiram a realização e acesso facilitado a exames pré-natais que permitam a detecção de anormalidades com o feto

⁷⁸ NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter. **Bioética Simples**. 2. ed. Lisboa: Babel, 2014, p. 146.

⁷⁹ BRASIL. Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005, art. 3º, inciso XIII. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

⁸⁰ SALA, Danila Cristina Paquier; ABRAHÃO, Anelise Riedel. **Complicações obstétricas em gestações com feto portador de anomalia incompatível com a sobrevivência neonatal**, p. 2. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=307023866005>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

e com a gestação. Destaca Deolinda Fróis que o diagnóstico de malformação pode acontecer a qualquer tempo da gravidez, mas mais comumente ocorrerá durante exames ecográficos de rotina, realizados a cada trimestre⁸¹. A ecografia permite a visualização do feto, promovendo a antecipação na detecção de anomalias⁸², o que não era possível quando da elaboração do Código Penal vigente. Compreensível, então, a não inclusão do permissivo legal atinente à inviabilidade fetal àquela época. Nos dias atuais, no entanto, se faz imperiosa uma visão da norma penal que se alinhe aos avanços da sociedade e que melhor preserve a dignidade humana.

As complicações físicas para as gestantes decorrentes das anomalias dos fetos são diversas. Por vezes, ocorrerá uma alteração da produção do líquido amniótico, levando a um quadro de oligoâmnio – ausência ou falta do líquido – ou de polidrâmnio, pelo seu excesso. Nestas hipóteses, os riscos vão desde o desenvolvimento de doenças hipertensivas, insuficiência renal e cardíaca, infecção, desconforto respiratório, descolamento prematuro da placenta, ruptura de membrana uterina, etc⁸³.

A medicina fetal da atualidade não tem ainda aptidão a reverter os quadros de inviabilidade decorrentes, por exemplo, da anencefalia, das Síndromes de Edwards, Patau, Body-stalk e da adramnia por malformação nefrourológica.

3.3 FETOS ANENCEFÁLICOS E O RECONHECIMENTO DO DIREITO À ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DE PARTO

A anencefalia é a condição clínica que recebe maior destaque entre as anomalias fetais, exatamente por se mostrar um quadro extremo de ausência

⁸¹ FRÓIS, Deolinda Maria Rodrigues Gonçalves Silva. **Atitudes das grávidas face à interrupção da gravidez por malformação fetal**. 2011. 173 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Enfermagem, Escola Superior de Saúde de Viseu, Viseu, 2012.

⁸² DINIZ, Débora. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil?: Médicos, promotores e juízes em cena. **Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 13, p.13-34, 2003, p. 2.

⁸³ SALA, Danila Cristina Paquier; ABRAHÃO, Anelise Riedel. **Complicações obstétricas em gestações com feto portador de anomalia incompatível com a sobrevivência neonatal**, p. 2. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=307023866005>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

completa, ou quase, dos hemisférios cerebrais. Estima-se que o índice de mortalidade ainda dentro do útero seja de 60%⁸⁴.

A evolução da ciência, hodiernamente, permite um diagnóstico cem por cento seguro a respeito da existência da anencefalia e da inviabilidade de sobrevivência do conceito⁸⁵, vista a segurança que promovem os exames de imagem e o fato de que, sem o cérebro, a impossibilidade de vida é patente.

A malformação é classificada pela literatura médica como “defeito aberto do tubo neural”, cujo diagnóstico se baseia na ausência da abóbada craniana e dos hemisférios cerebrais⁸⁶. Geralmente estará presente parte do troco encefálico, estrutura responsável pelo comando de atividades como os batimentos cardíacos e respiração. No entanto, não haverá atividade cerebral, pela falta do cérebro. A condição no anencefálico que nasça vivo, portanto, é de estado vegetativo durante sua breve sobrevivência⁸⁷.

Imperativo que a condição clínica seja bem compreendida, para que não haja confusão com situações outras, cujo diagnóstico não é o da anencefalia. É o cenário encontrado no caso de Marcela de Jesus, criança nascida no interior de São Paulo cujo quadro fora indicado como sendo, supostamente, de anencefalia. Com algum apoio de aparatos médicos, conseguiu manter uma sobrevivência de 1 ano e 8 meses. Não se pode confundir a condição clínica relatada com o diagnóstico passado a Marcela. Tratava-se, em verdade de um quadro de merocrania, má formação grave do cérebro que não se confunde com anencefalia. Este emblemático caso não pode ser utilizado para deslegitimar a certeza clínica de morte da anencefalia.

Bem destaca Paulo César Busato que

A vida do feto é impossível, dada a anencefalia, daí porque, sendo a vida inviável, a interrupção da gestação é conduta que, a rigor, não atinge o bem jurídico visado pela norma penal e, de consequência, não havendo bem jurídico a ser protegido, da mesma forma, não há tipicidade penal.⁸⁸

Com o objetivo de ver reconhecida a inconstitucionalidade da interpretação de que interrupção em casos como esse sejam encarados como aborto, ante à condição

⁸⁴ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 18.

⁸⁵ BUSATO, Paulo César. **Tipicidade material, aborto e anencefalia**. 2005, p. 15. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/05/12/tipicidade-material-aborto-e-anencefalia/>>.

⁸⁶ ZUGAIB, Marcelo (Ed.). **Zugaib Obstetrícia**. 2. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1153.

⁸⁷ BUSATO, op. cit., p. 12.

⁸⁸ BUSATO, op. cit., p. 20.

clínica da malformação, foi apresentada demanda frente ao Supremo Federal em 2004 sob o procedimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Com Assessoria Técnica da ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, a exordial cuja argumentação foi desenvolvida por Luís Roberto Barroso indicou como preceitos vulnerados a dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, bem como o direito à saúde. São ponderadas as consequências clínicas da anencefalia e descaracteriza-se a subsunção da antecipação terapêutica de parto do feto anencefálico ao crime de aborto. A situação se afina com os direitos das mulheres gestantes, mas também diz respeito aos profissionais da saúde, uma vez que podem, numa rasa e incorreta análise, ser denunciados pela prática do crime de aborto, o que configura a pertinência temática do demandante, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde - CNTS.

Pouco depois, em julho de 2004, liminar foi concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello permitindo a realização do procedimento nos casos de anencefalia, suspendendo, também, os processos contra mulheres e profissionais de saúde que tenham realizado a interrupção⁸⁹. Registrou o relator que

[...] diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto.⁹⁰

Logo no início da demanda, houve requerimento da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil no sentido de intervir no processo na qualidade de *amicus curiae*. Vislumbra-se certa impropriedade em trazer à baila de uma discussão jurídica princípios ou crenças religiosas. O Brasil é um estado laico, que consagra a liberdade de consciência e crença⁹¹, não adota religiões oficiais e reforça o caráter laico ao vedar aos entes políticos o estabelecimento de cultos ou igrejas, subvencioná-los ou embarçar seu funcionamento⁹². *Prima facie*, parece desarrazoada a influência que

⁸⁹ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 121.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 136.

⁹¹ BRASIL, Constituição Federal (1988). Art. 5º, VI. Organização dos textos por Alexandre de Moraes. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

⁹² *Ibidem*, Art. 19, I.

crenças e dogmas religiosos em um processo que discute, centralmente, questões técnicas.

Neste mesmo sentido, ao proferir voto versando sobre o processo, no âmbito de sua Sessão Plenária realizada em 16 de agosto de 2004, sob relatoria de Arx Tourinho, a Ordem dos Advogados do Brasil apontou que “não podemos trazer para um tema, que possui consistência técnica, princípios religiosos ou fundamentos jusnaturalistas, que brigam com a realidade e descambam para a irracionalidade”⁹³.

Houve, no entanto, a oitiva de entidades religiosas no processo, dada a primazia de firmar uma posição democrática e plural.

Após larga discussão no curso do processo, a demanda foi julgada em definitivo em 2012, sendo, assim, a primeira vez que a Corte Excelsa decidiu sobre uma questão de direito reprodutivo⁹⁴. No voto do relator, ficaram registradas notáveis considerações sobre todo o exposto ao longo do processo, em especial sobre a patologia, sobre a inadequação da manutenção compulsória da gravidez de feto anencefálico para fins de doação de órgãos, e o caráter não absoluto do direito à vida.

Outrossim, foram analisados os direitos da mulher que se contrapõem à preservação do feto anencéfalo. O sofrimento físico, que vai desde às dificuldades adicionais do trabalho de parto, os riscos inerentes ao aumento do líquido amniótico característico deste tipo de gestação, o sofrimento psíquico de carregar o feto fadado à morte. A conclusão a que se chegou foi no sentido de que

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 mulheres⁹⁵.

⁹³ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 141-142.

⁹⁴ DINIZ, Débora et al. **A magnitude do aborto por anencefalia**: um estudo com médico. 2009, p. 5. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232009000800035&script=sci_abstract&lng=pt>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Voto do Relator. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2012. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204710>>.

Eis que, enfim, a antecipação terapêutica de parto pode ser realizada independentemente de análise judicial, a partir de diagnóstico seguro da patologia. Tal diagnóstico é regulado pela Resolução nº 1.989/2012, do Conselho Federal de Medicina. Prevê-se a realização de exame de imagem ultrassonográfico a partir da 12ª semana de gestação, com laudo assinado por dois médicos capacitados para o diagnóstico.

Ao médico cabe o dever de informação através da prestação à gestante de todos os esclarecimentos solicitados, sem fazer uso de sua autoridade para induzi-la a qualquer conduta ou decisão⁹⁶. A gestante, então, procederá à conduta que entenda mais adequada, revelando o exercício do seu direito à autonomia. Poderá prosseguir com a gestação, interrompê-la imediatamente, ou adiar a decisão para o momento que bem entenda⁹⁷, recebendo as informações sobre riscos inerentes a cada conduta e a assistência médica correspondente.

3.4 OUTRAS DOENÇAS FETAIS INCOMPATÍVEIS COM A VIDA E A JUDICIALIZAÇÃO

A anencefalia não é a única má-formação que apresenta traços e prognóstico que a tornam incompatível com a vida. Estima Débora Diniz que 55% a 65% dos casos que movimentaram a jurisprudência brasileira correspondam a casos de anencefalia⁹⁸, um dos motivos pelo qual a demanda citada às linhas retro sobre ela versou.

As demais ocorrências, além da porcentagem que indica o acontecimento da anencefalia, portanto, dizem respeito a outras anomalias que apresentam semelhante resultado: morte intrauterina ou pouco após o nascimento. A incidência da norma incriminadora nesses casos outros, tal como na anencefalia, se mostra desarrazoada, vista a certeza médica de inexistência de vida extrauterina a ser tutelada.

⁹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução CFM nº 1.989**. 2012. Art. 3º. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

⁹⁷ *Ibidem*, art. 3º, parágrafo 2º, I e II.

⁹⁸ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 18.

Ainda existe, nesses casos, exatamente o que se buscou combater com a decisão tomada na ADPF nº 54: o sofrimento físico e psicológico de carregar fetos que, igualmente, não irão sobreviver; o sofrimento de ser um “caixão ambulante”⁹⁹, a violação aos direitos fundamentais da mulher, pelos quais preza a Lei Maior.

Não é possível estabelecer um rol taxativo de anomalias que acarretam na inviabilidade fetal. Afinal, a medicina e a genética são ciências complexas, muitas são as possibilidades de doenças, de malformações das mais diversas gradações. Mas, tal como na anencefalia, algumas patologias têm incidência numérica que, de alguma forma, as destaca.

Compreendê-las, analisando suas consequências do ponto de vista médico e prognóstico, se faz necessário para que se conclua pela possibilidade de sobrevivência, e pela viabilidade de se implementar medida que equipare juridicamente tais quadros aos já pacificados casos de anencefalia.

Necessário ponderar que uma *malformação*, termo aqui muito utilizado, é defeito congênito caracterizado pelo desenvolvimento anormal de algum órgão ou sistema intrinsecamente ligada a anormalidades genéticas, que se apresenta em diferentes gradações¹⁰⁰. Assim são classificados os quadros clínicos destacados a seguir, que levam, no mais das vezes, à inviabilidade fetal.

3.4.1 Síndrome de Edwards

O ser humano possui, na normalidade, 22 pares de cromossomos autossômicos mais os cromossomos sexuais (designados por XX ou XY, a depender do sexo biológico), totalizando 46. Algumas malformações decorrem de alterações nesse padrão cromossômico, de modo estrutural ou numérico. Um exemplo de anormalidade numérica é a hipótese de o feto herdar um cromossomo a mais, além do par usual, gerando uma trissomia¹⁰¹.

⁹⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 1.956, de 23 de maio de 1996. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17451>>.

¹⁰⁰ ZUGAIB, Marcelo (Ed.). **Zugaib Obstetria**. 2. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1117.

¹⁰¹ Ibidem, p. 1118.

A Síndrome de Edwards foi inicialmente descrita por John Edwards em 1960. É um exemplo de malformação por trissomia do cromossomo 18. É a segunda mais comum em ocorrência, ficando atrás apenas da trissomia autossômica do 21, a Síndrome de Down. Assim como nesta síndrome, a incidência é maior quando a idade materna é avançada¹⁰².

Ainda no período intrauterino, é possível verificar a ocorrência de crânio em forma de morango, cistos de plexo coroide, agenesia de corpo caloso, cisterna magna aumentada, fenda facial, anomalia renal, entre outros achados¹⁰³.

Estima-se que 95% dos bebês com a patologia morram no curso da gestação¹⁰⁴, estatística maior do que a da anencefalia, que é de 60%. Dos sobreviventes, 50% vem a óbito na primeira semana de vida, e 5 a 10% sobrevivem ao primeiro ano, com retardo mental grave, incapacidade motora e outras limitações¹⁰⁵.

3.4.2 Síndrome de Patau

A Síndrome de Patau também é uma trissomia, desta vez do 13º par de cromossomos autossômicos, cujos primeiros estudos, desenvolvidos por Klaus Patau, também datam de 1960. É a terceira em incidência nos nascimentos, e também tem como um dos fatores de sua ocorrência a avançada idade materna.

São diversas as malformações características da síndrome. Envolvem o sistema nervoso central, cardiovascular, urogenital, etc¹⁰⁶. No primeiro caso, cita-se a ausência do prosencéfalo – que dá origem a partes importantes do cérebro –, microcefalia e holoprosencefalia, defeito cerebral que resulta da divisão incompleta do

¹⁰² SOUZA, Jhulie Caroline Mirandola de et al. **Síndromes cromossômicas: uma revisão**. 2010. Disponível em: <<http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernossaude/article/view/2296>>. Acesso em: 29 maio 2018.

¹⁰³ ZUGAIB, Marcelo (Ed.). **Zugaib Obstetrícia**. 2. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1119.

¹⁰⁴ SUAREZ, Joana. **Nove meses de luto**. 2018. Disponível em: <<http://www.anis.org.br/nove-meses-de-luto/>>.

¹⁰⁵ Zugaib, op. cit., p. 1119.

¹⁰⁶ MANICA, João Luiz Langer et al. **Síndrome de Patau**. 2000. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/32454534/SINDROME_DE_PATAU_3.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

cérebro e que geralmente está acompanhada de severo dismorfismo facial¹⁰⁷. Há, ademais, anomalias cardíacas comumente expressas em distúrbios na posição cardíaca, além de alterações renais.

A mortalidade intrauterina tem altíssimos índices, e, dos nascidos, 80% morre ainda no primeiro mês de vida, com sobrevivência média de 2 dias e meio¹⁰⁸. Após o nascimento, o óbito, mais comumente, decorre de complicações cardiorrespiratórias¹⁰⁹.

3.4.3 Síndrome de Body-Stalk

A anomalia em tela não tem associação com anormalidade cromossômica. A principal característica é um cordão umbilical rudimentar ou ausente, que tem por consequência o desenvolvimento aberto do abdômen do feto, sem parede, com o conteúdo abdominal disperso. Normalmente, também estarão associadas malformações do sistema urinário e genital.

Para nutrir-se em oxigênio e demais substâncias necessárias ao crescimento do feto, em face da inexistência de cordão umbilical, os órgãos abdominais se desenvolvem em cavidade aberta, colados à placenta da mãe. Isso torna a anomalia incompatível com a vida extrauterina, face ao desenvolvimento anômalo e separado do corpo de órgãos vitais. A letalidade é de 100% dos casos¹¹⁰.

Não há tratamento ou qualquer conduta médica que leve à reversão desta situação, antes, durante ou após o parto. É uma anomalia que gera malformações múltiplas em órgãos vitais, levando a um quadro de inviabilidade fetal¹¹¹.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 16.

¹⁰⁸ ZUGAIB, Marcelo (Ed.). **Zugaib Obstetrícia**. 2. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1120.

¹⁰⁹ SOUZA, Jhulie Caroline Mirandola de et al. **Síndromes cromossômicas: uma revisão**. 2010. Disponível em: <<http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernossaude/article/view/2296>>. Acesso em: 29 maio 2018.

¹¹⁰ MIGUEL, Luis Paulo Fabrini. Anomalia de Body Stalk: relato de caso. **Rbus: Revista Brasileira de Ultrassonografia**, Goiânia, v. 18, n. 5, p.49-53, mar. 2015, p. 50.

¹¹¹ FACHIN, Melina Girardi. **Leitura constitucional da tutela penal: dignidade e body stalk**. 2016. Disponível em: <<http://m.migalhas.com.br/depeso/248062/leitura-constitucional-da-tutela-penal-dignidade-e-body-stalk>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

3.4.4 Malformações nefrourológicas

Algumas malformações nefrourológicas, ou seja, do sistema urinário, também podem levar a situação de inviabilidade fetal. Agenesia renal bilateral e rim multicístico bilateral são dois exemplos de anomalias que geram a condição de incompatibilidade com a vida por ocasionarem malformações em cadeia.

Ambas as anomalias, em síntese, pela inexistência ou formação anômala dos rins do feto, impedem a eliminação da urina fetal na cavidade amniótica. Boa parte do líquido amniótico, que envolve e protege o conceito dentro da bolsa amniótica, provém da urina fetal. Em decorrência da anomalia, depara-se com um quadro de redução do volume de líquido amniótico, designado pelo termo médico *oligoâmnio*. No decorrer da gestação, a situação clínica poderá alcançar a adramnia, em que a falta do líquido é tão significativa que outras deformações dela provêm¹¹².

O quadro de ausência de líquido amniótico inviabiliza por completo a vida extrauterina, uma vez que gera hipoplasia pulmonar associada. É situação em que o pulmão do feto não se desenvolve adequadamente, permanecendo atrofiado, o que não pode ser sanado pelo atual estágio da medicina fetal. Invariavelmente, o prognóstico será a morte¹¹³.

¹¹² ZUGAIB, Marcelo (Ed.). **Zugaib Obstetrícia**. 2. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1158.

¹¹³ Ibidem, p. 1159.

4 VIABILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO COM ANOMALIA INCOMPATÍVEL COM A VIDA INDEPENDENTEMENTE DE ANÁLISE JUDICIAL

Ante ao reconhecimento de que a anencefalia caracteriza anomalia fetal incompatível com a vida em conjunto com a intenção de preservação dos direitos básicos da mulher, jurisprudencialmente, passou-se a admitir o entendimento de que interromper a gravidez de feto anencefálico não pode ser tipificada nos termos dos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Vistas as descrições das Síndromes de Edwards, Patau, Body-stalk e da adramnia por malformações nefrourológicas, se observa também a incompatibilidade de outras as anomalias – cromossômicas ou não – com a sobrevivência extrauterina, tal como ocorre na anencefalia. Poderá se configurar, na obrigatoriedade em manter uma gestação nessas condições pelos nove meses naturais da gestação, violação à dignidade da pessoa humana, à integridade física e psíquica, à liberdade e à autonomia da mulher.

Com o fito de poder interromper gestações patológicas, em que notadamente existe inviabilidade física de sobrevivência do feto, no Brasil, o único meio é acionar o Poder Judiciário, instruindo a demanda com incontestável laudo que ateste a impossibilidade de sobrevivência, e aguardar decisão judicial favorável.

Em muitos países do mundo não se observa este quadro, tendo em vista a preocupação de muitos legisladores estrangeiros em firmar um entendimento favorável aos direitos fundamentais da mulher quanto a esta temática. Já no Brasil, o debate sobre o tema encontra entraves morais que impedem modificações na legislação penal no sentido de dar primazia aos direitos constitucionais titularizados pela mulher gestante¹¹⁴, provável motivo pelo qual nenhum dos vários projetos de lei sobre o tema chegou a ser aprovado e entrar em vigência, impedindo que as

¹¹⁴ DINIZ, Débora. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil?: Médicos, promotores e juízes em cena. **Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 13, p.13-34, 2003, p. 2.

interrupções de gestações patológicas possam ser realizadas sem passar pelo crivo do Poder Judiciário.

No entanto, mesmo hoje, a norma penal brasileira pode ser vista sob a ótica constitucional, promovendo uma leitura que leve em consideração a dignidade da pessoa humana e integridade física e psíquica da gestante, preservando nesta colisão aparente, os direitos fundamentais feridos na espécie.

4.1 UMA ANÁLISE DO DIREITO ESTRANGEIRO

No direito estrangeiro, em especial nos países desenvolvidos, a questão acerca da interrupção da gestação de fetos com anomalias incompatíveis com a vida tem tratamento diferente do existente no ordenamento brasileiro.

Existe uma preocupação de legisladores estrangeiros no sentido de permitir que a mulher gestante, quando assim o quera, interrompa a gestação de feto com malformação fetal, independentemente de qual seja a patologia na espécie. Ou até mesmo que interrompa uma gestação de feto saudável, uma vez que diversos países descriminalizaram o auto-aborto em qualquer hipótese, obedecidos certos requisitos postos em lei.

É possível observar que muitos países europeus admitiram a interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida ainda na década de 80. Na Finlândia, por exemplo, a Lei de nº 572, de 12 de julho de 1985, passou a autorizar a interrupção da gestação até a 24ª semana quando o resultado de exames pré-natais médicos diagnostiquem grave anomalia física ou mental¹¹⁵.

A República Tcheca, no ano seguinte, por meio da Lei nº 66, autorizou a realização do aborto “nos casos em que o desenvolvimento do feto manifesta anomalias genéticas”¹¹⁶. Na Áustria, o aborto é legalizado de um modo geral desde 1975 até a 16ª semana de gravidez. Após este prazo, é permitido nos casos de risco

¹¹⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 75.

¹¹⁶ *Ibidem*.

à saúde da mulher, quando a gestante for menor de 14 anos ou se o feto apresentar deficiência grave¹¹⁷.

É de observar ainda o tratamento dado ao tema em outros países ou regiões, cujo histórico merece destaque e que, de algum modo, contemplaram especificamente a questão da interrupção da gestação motivada pela anomalia fetal.

4.1.1 França

A França foi pioneira na temática, promulgando, em 30 de junho de 1975, a Lei nº 75-17, que permitiu que a gestação fosse interrompida a qualquer tempo, “desde que haja uma forte probabilidade de a criança nascer portadora de afecção grave, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico”¹¹⁸. Dois médicos devem assinar a autorização e, por recomendação do Comitê Nacional de Ética daquele país, a partir de 1985, pelo menos um deles deve ser especialista em malformações congênitas ou doenças genéticas. Tinha ânimo de ser legislação temporária quando de sua promulgação, e foi tornada definitiva em 1979¹¹⁹.

A mesma lei previra a possibilidade de interromper a gravidez voluntariamente nas dez primeiras semanas se causasse angústia à gestante, ou, a qualquer tempo, se houvesse risco à vida ou saúde da mulher. O prazo atinente à interrupção da gestação que causasse angústia à mulher foi ampliado de dez para doze semanas em 2001, com a promulgação da lei 2001-588.

4.1.2 Itália

A Itália, desde 1978, por meio da Lei nº 194, permite a realização do aborto em quaisquer situações até a 12ª semana de gestação, gratuitamente. Toda mulher com

¹¹⁷ MARTINS, Renata. **A legislação sobre aborto no mundo**. 2017. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/a-legisla%C3%A7%C3%A3o-sobre-aborto-no-mundo/a-41414071>>. Acesso em: 06 jul. 2018..

¹¹⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 75.

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>>, p. 8.

mais de 18 anos poderá optar por interromper gestações em hospitais públicos. No caso específico de ser motivada a interrupção pela existência de processos patológicos, como anomalias fetais ou por risco à gestante, em sua saúde física ou psíquica, não há limitação temporal para a realização¹²⁰.

A discussão inicia, em verdade, em 1975, quando a Corte Internacional do país declara a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal italiano, que criminalizava o aborto sem admitir qualquer exceção¹²¹.

4.1.3 Portugal

O Tribunal Constitucional português reconheceu, através do Acórdão n° 25/84, a legalidade da lei de 1984 que permitiu a realização do aborto motivado por malformação fetal até o quarto mês de gravidez. A limitação temporal foi ampliada para seis meses em 19 de fevereiro de 1997¹²².

A mesma legislação previu ainda a admissibilidade em circunstâncias como risco à vida ou saúde física ou psíquica da gestante, bem como quando a gestação fosse resultado de violência sexual¹²³. Para todas essas hipóteses, a decisão buscou fundamentação alicerçada no entendimento de que o direito à vida do feto é tutelado pela Constituição daquele país, mas não na mesma intensidade com que é protegido o direito à vida de pessoas já nascidas e que, na autorização legal do aborto, o legislador sopesou os interesses constitucionais existentes, realizando uma ponderação entre o direito à vida do nascituro e outros direitos fundamentais da mãe¹²⁴.

Anos depois, 04 de fevereiro de 1998, a descriminalização do aborto até a décima semana de gestação foi aprovada pelo Congresso Português, sob a condição de que, antes de efetivamente interromper a gravidez, a mulher se dirija a um centro

¹²⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 75.

¹²¹ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>>, p. 14.

¹²² VIEIRA, op. cit., p. 76.

¹²³ SARMENTO, op. cit., p. 16.

¹²⁴ Ibidem, p. 17.

de aconselhamento que lhe preste acompanhamento psicossocial, para que avalie a decisão¹²⁵.

Em consulta popular realizada através de referendo, a maioria dos votantes (votaram apenas 31,9% dos eleitores inscritos) foi contra a mudança legislativa de 1998, orientação a qual o legislador português optou por adotar, rejeitando a mudança legislativa¹²⁶.

A partir de 2009, no entanto, passou-se a permitir o aborto imotivado até a 14ª semana, e até a 16ª semana em caso de crimes sexuais e até a 24ª semana em caso de malformação fetal¹²⁷.

4.1.4 Espanha

Em alteração à legislação penal promovida em 1985, passou-se a admitir a realização de abortamento por médico na hipótese de má-formação fetal, com limitação temporal às primeiras 22 semanas de gestação. Junto a esta possibilidade, veio também o permissivo à realização do abortamento quando houvesse risco grave para a vida ou saúde física ou psíquica da gestante, a qualquer tempo, e em caso de gestação decorrente de estupro, nas doze primeiras semanas de gravidez.

A Corte Constitucional do país, pouco depois, declarou a inconstitucionalidade do projeto por não exigir, nos casos do aborto por malformação e o terapêutico, um diagnóstico prévio de um médico diferente daquele que realizaria o procedimento¹²⁸.

Em correção ao vício apontado, nova legislação foi elaborada, sendo mantidas as possibilidades de interrupção da gestação da lei anterior¹²⁹. Hodiernamente, a partir

¹²⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 76.

¹²⁶ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>>, p. 17.

¹²⁷ TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto: Legislação comparada**. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200005>. Acesso em: 17 maio 2018.

¹²⁸ SARMENTO, op. cit., p. 18.

¹²⁹ Ibidem, p. 19.

de aprovação legislativa realizada em fevereiro de 2010, o aborto passou a ser amplamente admitido até a 14ª semana de gestação¹³⁰.

4.1.5 Alemanha

O histórico alemão sobre a questão do aborto é cercado de edição de leis e seguintes manifestações do Tribunal Constitucional Federal. A primeira decisão de destaque sobre o tema, proferida em 1975, conhecida como Aborto I, destacou a necessidade de dar maior relevância ao direito à vida do feto mas admitiu ponderação e entendimento em sentido contrário em situações especiais, permitindo, assim, o aborto quando houvesse risco à vida ou saúde da gestante, má formação fetal e gravidez resultante de violência sexual.

Após isto, em 1976 foi alterada a legislação do país, criminalizando o aborto em geral, mas contemplando as exceções que a corte destacou, inclusive a hipótese relativa a patologias fetais.

A decisão da corte conhecida como Aborto II, tomada em 1993, após a queda do Muro de Berlim e consequente unificação da Alemanha, declarou a inconstitucionalidade da legalização do aborto em geral até a 12ª semana, e manteve as hipóteses excepcionais da legislação anterior. Declarou, porém, que a tutela conferida à proteção do feto não seria necessariamente realizada por repressão penal, e que poderia ser buscada por outros meios.

Assim, a lei de 1995 que sucedeu a decisão manteve as hipóteses de aborto legal anteriores, e descriminalizou as interrupções ocorridas até a 12ª semana de gravidez.

4.1.6 América Latina

¹³⁰ TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto**: Legislação comparada. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200005>. Acesso em: 17 maio 2018.

Voltando os olhos a América Latina, especialmente para experiências de alterações legislativas mais recentes, importante registrar o exemplo do Uruguai que, em 2012, aprovou a lei que descriminaliza o aborto em qualquer circunstância até a 12ª semana de gravidez e, em caso de estupro, o lapso ganha mais duas semanas de tolerância.

O Chile que, nos anos 80, proibiu o aborto de forma absoluta em meio a uma ditadura, em 2017 aprovou a legislação que permite o aborto nas circunstâncias de ser proveniente de estupro, existência de risco de morte à mulher e inviabilidade fetal¹³¹.

Cuba legalizou o aborto até a 12ª de gestação a partir de 1965. Equador, Bolívia, Guatemala, Colômbia, México e Panamá permitem a realização de interrupções nos casos de violação sexual e incesto e estes três últimos, em específico, também as autorizam na hipótese de malformação fetal¹³².

O Brasil, a exemplo de muitos outros países, descriminaliza a interrupção quando decorrer a gestação de violência sexual ou quando não houver outro meio para salvar a vida da gestante. Jurisprudencialmente, em 2012, estendeu a tolerância para casos em que o feto seja portador de anencefalia. É possível verificar ainda a admissão em casos de outras anomalias incompatíveis com a vida extrauterina, mas somente após a questão ser submetida ao poder judiciário e deferida.

4.2 PROJETOS DE LEI SOBRE O TEMA, PLEITOS JUDICIAIS E O USO DA ANALOGIA: PANORAMA BRASILEIRO

Embora se defina como um país laico¹³³, quando o assunto é aborto, o Brasil é bastante conservador. Ao contrário do que estatuíram as ordens jurídicas aludidas às linhas retro, o país se mostra ainda anacrônico, uma vez que mantém vigentes tão somente os permissivos legais inseridos na legislação ainda em 1940, de permissão

¹³¹ TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto: Legislação comparada**. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200005>. Acesso em: 17 maio 2018.

¹³² Ibidem.

¹³³ BRASIL, Constituição Federal (1988). Arts. 5º, VI e 19. Organização dos textos por Alexandre de Moraes. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

da interrupção da gestação nas hipóteses de não haver outro meio de salvar a vida da gestante e quando a gravidez resultar de estupro.

Alguns projetos de lei surgiram, especialmente a partir da década de 90, com o fito de assemelhar a legislação pátria à tendência mundial de descriminalizar o aborto levando em consideração os avanços da medicina fetal no quesito dos exames pré-natais. Nenhum deles foi até hoje aprovado.

Em substituição à resolução legislativa da questão, não alcançada até os dias atuais, o judiciário atua. São muitos, pelo menos desde 1991, os pleitos judiciais que solicitam a possibilidade de realizar interrupção da gestação quando for inviável a vida do feto. Questiona-se, no entanto, ante à já conhecida morosidade do judiciário e ante ao risco de prolação de decisões que se pautem nas convicções pessoais e religiosas do julgador sobre o aborto, a viabilidade de interrupções quando houver anomalias outras, que não a anencefalia, serem realizadas em uso análogo da ADPF 54, prescindido da análise judicial, ou serem realizadas numa interpretação conforme a constituição da legislação penal.

4.2.1 Projetos de Lei sobre a descriminalização da interrupção da gestação

O Projeto de Lei mais antigo registrado nos sistemas informatizados da Câmara dos Deputados é o PL 4.726/1990. Trata-se de projeto que pretendia disciplinar a prática do aborto permitindo-a livremente até o terceiro mês de gestação, e a partir do quarto mês na hipótese de implicar risco de vida para a gestante, quando não tiver condições materiais de criar o filho, quando a gravidez resultar de estupro ou incesto e quando o feto apresentar anomalia física ou psíquica grave ou incurável¹³⁴. O projeto foi arquivado no ano seguinte, 1991.

O Projeto de Lei nº 1174/1991 foi de iniciativa dos deputados federais Eduardo Jorge e Sandra Starling, respectivamente do Partido dos Trabalhadores de São Paulo e de Minas Gerais. Através da nova redação que pretendia dar ao art. 128 do Código Penal, previra a autorização do aborto quando a gravidez representar riscos à vida e à saúde física ou psíquica da gestante, bem como “se for constatada no nascituro

¹³⁴ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.726, de 16 de abril de 2008. Disponível em: < <http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=223858> >.

enfermidade grave e hereditária ou se alguma moléstia ou intoxicação ou acidente sofrido pela gestante comprometer a saúde do nascituro”¹³⁵.

O projeto se justifica afirmando que objetiva pôr o Brasil em compasso com a evolução da legislação sobre aborto que ocorre no mundo, cuja essência se encontra na desconcentração da lei criminal e no enfoque na questão da saúde da mulher e bem-estar familiar. A saúde passa a ser entendida em sentido mais amplo, incluindo o aspecto psicológico que, por sua vez, conta com componentes sociais, na medida em que boas condições de trabalho, renda, moradia e acesso aos serviços de saúde, para os proponentes, são facetas do direito à saúde¹³⁶.

Em 1996, Marta Suplicy, do PT de SP, propôs o PL 1.956/1996, que prevê a autorização de interrupção de gestação quando

o produto da concepção não apresenta condições de sobrevivência em decorrência de malformação incompatível com a vida ou de doença degenerativa incurável precedida de indicação médica ou quando por meios científicos se constatar a impossibilidade de vida extra-uterina¹³⁷.

Busca justificativa aduzindo que, à época em que fora sancionado o Código Penal, eram desconhecidos os métodos de checagem da saúde fetal hoje existentes, de modo que dificilmente se poderia diagnosticar anomalias fetais. A evolução da medicina fetal, no entanto, permite que hoje se avalie com precisão as malformações, anomalias, doenças degenerativas incuráveis ou defeitos genéticos. Destacou-se ainda o fato de a maioria dos países desenvolvidos terem admitido a autorização de aborto nesta hipótese entre 1964 e 1984, quando, notadamente, evoluíram as técnicas de diagnose. A deputada destaca a questão da obrigatoriedade da manutenção da gestação cujo resultado final é o óbito do nascituro enquanto tortura praticada contra a mãe, o que se coaduna com o já asseverado neste trabalho¹³⁸.

O referido projeto foi apensado ao mencionado anteriormente (PL nº 1974/1991) em 2007 que, por sua vez, foi arquivado em 2008¹³⁹.

Outrossim, o PL 4.403/2004, de iniciativa de Jandira Feghali (PCdoB/RJ), Alice Portugal (PCdoB/BA) e Iara Bernadi (PT/SP) tentou inserir na legislação a isenção de

¹³⁵ BRASIL. Projeto de Lei nº 1.174, de 01 de agosto de 1991. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16364>>.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº 1.956, de 23 de maio de 1996. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17451>>.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem.

pena para a prática de aborto terapêutico, assim entendido como hipótese em que o feto apresenta anomalia. Em sua justificativa, fica evidente a intenção da proponente em dar relevância à autonomia da mulher, uma vez que cita a importância de “dar a opção para que cada mulher possa decidir se terá ou não condições físicas e psicológicas para levar a termo a gravidez”. Ressalta também ser papel do Congresso Nacional debater o assunto e aprovar uma legislação avançada que responda aos anseios da sociedade. O projeto se encontra ainda ativo, aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados¹⁴⁰.

Luciana Genro e Dr. Pinotti (PFL/DEM/SP) são responsáveis pelo PL 4.834/2005, que pretendia isentar de punição a prática do aborto provocado por médico na hipótese de ser o feto anencefálico, desde que a condição fosse comprovada por laudos independentes de dois médicos. Registra-se ainda que os deputados consideram equivaler à prática da tortura a exigência de suportar a gestação de feto anencefálico por todo o período gravídico¹⁴¹.

Já em 2007, Cida Diogo (PT/RJ) propôs o projeto 660/2007, que isenta de pena a prática de aborto terapêutico no caso de anomalia fetal grave e incurável que implique impossibilidade de vida extrauterina. Arquivado no mesmo ano, o projeto reapresenta a mesma proposta e justificção do PL 4.403/2004¹⁴².

No Senado Federal, alguns projetos de lei também se destacam.

O PL nº 183/2004, proposto pelo Senador Duciomar Costa (PTB/PA) após o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, previra a inclusão nos casos de aborto legal dos casos em que houvesse o diagnóstico de anencefalia. Justifica-se pela impossibilidade de vida extrauterina do feto, bem como pela preservação da saúde física e psíquica da mulher¹⁴³.

¹⁴⁰ Informações acerca da tramitação do projeto, no site da câmara dos deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17451>>.

¹⁴¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.834, de 03 de março de 2005. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277068>>.

¹⁴² BRASIL. Projeto de Lei nº 660, de 04 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347275>>.

¹⁴³ CALDEIRA, Ionara Gisele Silva. "**Senado: Substantivo masculino**": Uma análise dos projetos de lei e pronunciamentos dos senadores sobre o aborto (1993-2017). 2017. 86 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

No mesmo ano e sob a mesma justificativa foi a apresentação do Projeto de Lei nº 227/2004 por iniciativa do Senador Mozarildo Cavalcanti, arquivado ao fim da legislatura e reapresentado pelo mesmo sob o nº 50/2011.

Também em 2004 foi apresentado o PL nº 312/2004, pelo Senador Marcelo Crivella (PL/RJ), que defendia a possibilidade de interrupção quando houvesse patologia congênita incompatível com a vida.

4.2.2 Pleitos judiciais sobre a interrupção de gestação de fetos inviáveis

Supõe-se que o primeiro processo no Brasil que visava autorizar interrupção de gestação de feto inviável foi em um caso de anencefalia em Rio Verde de Mato Grosso – MS, em 1991. Do referido ano até de 2004 (quando proposta a ADPF nº 54), segundo estimativa do médico ginecologista Thomaz Gollop, foram cerca de três mil os pedidos judiciais para a realização de interrupções de gestações de fetos inviáveis¹⁴⁴.

Até a propositura da ADPF nº 54, a maioria das demandas envolvendo as referidas autorizações para interrupção de gestação versavam sobre a impossibilidade de vida extrauterina de fetos anencefálicos. Após o julgamento em definitivo da ação, em 2012, restou elucidada a questão quanto a esta patologia em específico. Quanto às demais anomalias incompatíveis com a vida, já citadas no presente trabalho, prossegue a inafastabilidade de recorrer ao Poder Judiciário.

E, não obstante, em tese, nos casos cujo diagnóstico fetal seja a anencefalia a interrupção possa ser realizada simplesmente após cumpridas as diretrizes da Resolução 1989/2012, do Conselho Federal de Medicina, há registros da propositura de ações em hipóteses de feto anencefálico sendo realizadas mesmo após o julgamento final da demanda no Supremo Tribunal Federal¹⁴⁵.

¹⁴⁴ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 17.

¹⁴⁵ SERAFIM, Jhonata Goulart; VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Interrupção terapêutica de gravidez de fetos anencéfalos**: Apontamentos sobre as decisões dos Tribunais de Justiça após a decisão da ADPF 54 pelo STF. 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11851/1678>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

Os procedimentos jurídicos utilizados pelas pessoas que visam a referida autorização são de diversos tipos, incluindo mandados de segurança e ações ordinárias no juízo cível, Habeas Corpus preventivo no juízo criminal, etc¹⁴⁶.

As decisões judiciais em resposta aos pleitos envolvendo interrupções de gestações patológicas com certeza da impossibilidade de sobrevivência do feto, geralmente, são de acordo com a solicitação clínica¹⁴⁷. Não raro, é possível observar que os juízes fazem referência à literatura especializada para argumentar a ausência de vida, permitindo, assim, que se afaste a incidência da figura incriminadora do aborto voluntário, que tutela a vida humana em potencial¹⁴⁸. Haverá ainda uma ponderação dos valores constitucionais envolvidos, em especial os direitos básicos da mulher gestante, e uma conclusão pela preservação de sua saúde física e mental, liberdade, autonomia e, em última instância, dignidade.

Ressalta Débora Diniz que, nas discussões, a inviabilidade fetal ocupa papel principal, enquanto a higidez física e psíquica da mulher ocupa papel secundário¹⁴⁹. Mas, de um modo geral, o resultado dos pleitos é pelo deferimento do pedido, permitindo a interrupção da gestação de feto acometido anomalia incompatível com a vida. Ponderam-se, geralmente, as duas facetas da questão: a impossibilidade de sobrevivência extrauterina e a supressão de direitos fundamentais que causa a obrigatoriedade em manter a gravidez atribuída a aquelas que querem interrompê-la.

Em pesquisa realizada com 1.493 magistrados e 2.716 membros do Ministério Público no ano de 2008 sobre suas opiniões frente ao aborto quando houvesse malformação fetal incompatível com a vida, 78,5% dos magistrados se mostraram favoráveis à realização da interrupção. Entre os membros do Ministério Público, promotores ou procuradores, a proporção foi de 82,6%¹⁵⁰. As percentagens são ligeiramente maiores quando a anomalia em questão for a anencefalia (79,2% e

¹⁴⁶ SERAFIM, Jhonata Goulart; VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Interrupção terapêutica de gravidez de fetos anencéfalos**: Apontamentos sobre as decisões dos Tribunais de Justiça após a decisão da ADPF 54 pelo STF. 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidsp/article/view/11851/1678>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

¹⁴⁷ DINIZ, Débora. O aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 5, n. 01, p.19-24, jan. 1997, p. 20.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ JANNINI, Alexandre Wolf. **Interrupção da gestação em situações de fetos portadores de malformações incompatíveis com a vida extra-uterina**: posicionamento de magistrados e membros do Ministério Público no Brasil. 2008. 98 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Biomédicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008, p. 10.

84,1%, respectivamente) o que indica que uma pequena parte do grupo amostral considera que a interrupção deve ser feita exclusivamente quando a anomalia for a anencefalia¹⁵¹. Entre os magistrados que declararam possuir alguma religião, as opiniões foram mais tendentes a ser contra a interrupção de gestação nas condições estudadas¹⁵².

Diante disto, é possível concluir que, em sua maioria, os pleitos judiciais que versam sobre a interrupção de gestação que seja de feto efetivamente inviável recebem provimento favorável. No entanto, a obrigatoriedade em submeter a questão a um processo – que, por natureza, é constituído por etapas e formalidades – e depender do convencimento pessoal do magistrado pode se mostrar cerceador de direitos fundamentais.

Óbices podem se apresentar e promover dificuldades na proteção conferida à mulher na colisão aparente de direitos fundamentais. A morosidade do judiciário, por exemplo, traz prejuízos à prestação do pleiteado. É possível verificar que existe um intervalo mais seguro para que a interrupção ocorra, e, quanto mais avançada estiver a gravidez, maiores são os riscos à mulher gestante na realização do procedimento. Ademais, a gestação, normalmente, terá nove meses; se a prestação jurisdicional no sentido de interrompê-la (ou não) não ocorrer dentro do interregno de duração da gravidez, haverá, necessariamente, perda do objeto, pela ocorrência de seu fim natural. A decisão cuja ementa é a seguir transcrita bem expressa a ocorrência do fato:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO – FETO ANENCEFÁLICO – DECURSO TEMPO - PERDA DO OBJETO – APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC – RECURSO PREJUDICADO - SEGUIMENTO NEGADO. [...] Trata-se de Apelação Cível interposta por ERNANDES KRAIESKI RODRIGUES e BRENHA EVELLYN SOARES DE SOUZA contra sentença proferida pelo Juízo da Segunda Vara Cível da Comarca de Várzea Grande, nos autos da Ação Declaratória Constitutiva com pedido de Antecipação Terapêutica do Parto (Código 281950) que a julgou improcedente, sem condenação de custas e verba honorária, por se tratar de jurisdição voluntária (fls. 84/85). [...] A ação foi ajuizada em 16/01/2012, quando a apelante estava no sexto mês de gestação (fls. 31). Da interposição deste recurso (22/02/2012) até o momento em que os autos foram remetidos a este e. Tribunal (28/01/2013) findou-se o período

¹⁵¹ JANNINI, Alexandre Wolf. **Interrupção da gestação em situações de fetos portadores de malformações incompatíveis com a vida extra-uterina**: posicionamento de magistrados e membros do Ministério Público no Brasil. 2008. 98 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Biomédicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008, p. 46.

¹⁵² Ibidem, p. 47.

gestacional. Nesse passo, a controvérsia se encontra exaurida pelo decurso do tempo¹⁵³.

Questão tão sensível ao âmbito familiar e cujo tempo de ação para a prestação jurisdicional é limitada se vê, muitas vezes, prejudicada pela demora que é natural na judicialização de demandas no Brasil.

Ressalte-se ainda que, em sentido contrário ao entendimento da maioria, existem juízes que podem, por convicções que permeiam questões religiosas, ao não permitir a interrupção, condenar a mulher a manter essa gestação pelos nove meses resultando, por vezes, em irreparáveis danos psicológicos.

Como exemplo, em artigo que se propôs a analisar um pleito de interrupção da gestação de feto portador da anomalia Síndrome de Body-Stalk, ponderou-se, entre os argumentos que ensejaram o indeferimento do pedido, o “valor do Preâmbulo da Constituição Federal” e que “a República Federativa do Brasil não é ateia, pois, em seu Preâmbulo, invocou a proteção de Deus, ao instituir a atual ordem jurídica pátria”¹⁵⁴.

No mesmo escrito, fundamentou-se ainda o indeferimento no fato de não estar posta no ordenamento nenhuma regra no sentido de interromper gestações que não se enquadre nos permissivos já existentes, a tutela do direito do nascituro e o risco do estabelecimento de ideologia Neonazista. Os argumentos que buscaram defender a necessidade de preservar a integridade psicológica da mulher e a livre disposição sobre seu corpo foram referidas como falaciosas¹⁵⁵.

Ademais, pela subjetividade e pluralidade de opiniões relativas ao tema aborto de um modo geral, não raro aparecerão pronunciamentos judiciais que deixam de levar em consideração o evidente fato de que o caso trata de anomalia incompatível com a vida.

Em emblemático julgado que data de 2013 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em que o feto portava não uma, mas duas anomalias cromossômicas já

¹⁵³ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Decisão em Apelação nº 152057/2012, Apelação. Relator: Desembargador Marcos Machado. Cuiabá, MT, 04 de abril de 2013. Diário Oficial do Estado. Cuiabá, 10 abr. 2013. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/processos/tribunal/dadosProcesso.aspx>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

¹⁵⁴ MENESES, David Mourão Guimarães de Moraes. Pedido de autorização judicial para aborto de feto portador de Síndrome de Body Salk: uma análise. IN: **Revista da ESMAM**, São Luís, v. 11, n. 12, p. 132/142, jul/dez 2017, p. 134.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 135.

reconhecidas pela literatura médica como incompatíveis com a vida, os julgadores consideraram que não havia provas da impossibilidade de sobrevivência do feto:

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. FETO COM MÁ FORMAÇÃO DECORRENTE DE SER PORTADOR DA SÍNDROME DE PATAU E DA SÍNDROME DE EDWARDS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA INDICATIVOS DE RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA DA GESTANTE, GRAVIDEZ QUE JÁ SE ENCONTRA EM ESTÁGIO AVANÇADO (31 SEMANAS DE GESTAÇÃO) E INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O FETO NÃO SOBREVIVERÁ, EM HIPÓTESE ALGUMA, NO AMBIENTE EXTRAUTERINO. ORDEM DENEGADA¹⁵⁶.

Do exposto, é possível observar que as decisões judiciais podem conter interpretações que não analisem, de fato, as circunstâncias de incompatibilidade com a sobrevida extrauterina presentes nos casos. Não é inverossímil afirmar que, por vezes, o pronunciamento judicial terá por fundo, em verdade, posições pré-concebidas que negam a possibilidade de realizar a interrupção enquanto um método que melhor resguarda direitos fundamentais.

Assim, o caminho que melhor asseguraria a garantia a direitos básicos que titulariza a mulher, em especial a sua dignidade, é a possibilidade de realizar a interrupção de gestação patológica sem submeter-se ao processo e apreciação judicial, dando poder à autonomia médica de verificar se há, de fato, incompatibilidade com a vida e de realizar a interrupção da gestação patológica, preferencialmente, com permissão prevista em lei para tal.

4.2.3 O uso da analogia e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

O Decreto-Lei nº 4.657/1942, outrora chamado de Lei de Introdução ao Código Civil, hodiernamente, por alteração legislativa, é denominado Lei de Introdução às

¹⁵⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 2012.003494-3. Relator: Desembargador Alexandre D'ivanenko. Florianópolis, SC, 05 de março de 2012. Diário Oficial do Estado. Florianópolis, 21 mar. 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000L3C70000&nuSeqProcessoMv=34&tipoDocumento=D&nuDocumento=4237373>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

Normas do Direito Brasileiro. Nele se prevê que as fontes de direito são, além da lei, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito¹⁵⁷.

A jurisprudência comumente utiliza da analogia quando, ao prestar a tutela jurisdicional, falta previsão positivada que elucide a questão. Afinal, o próprio ordenamento, além de prever a diversidade de fontes de direito supracitada, determina que o juiz não poderá se eximir de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico¹⁵⁸.

Neste sentido, numa breve investigação, é possível verificar que existem decisões em pleitos envolvendo a inviabilidade fetal que utiliza da analogia para permitir a interrupção de gestações de fetos que portam anomalias incompatíveis com a vida:

APELAÇÃO CÍVEL - ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO - INDICAÇÃO MÉDICA - FETO COM SÍNDROME DE PATAU - REQUERIMENTO DOS PAIS - DIREITO DA MULHER – APLICAÇÃO ANALÓGICA, NOS TERMOS DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL E DO ART. 128, I E II, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO PROVIDO. Se há nos autos documentos que comprovam que se o feto sobreviver ao parto, sobreviverá por poucas horas ou poucos dias (fl. 68), a sua incolumidade não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher, que devem ser preservados em razão da exclusão da ilicitude, por aplicação do art. 128, I e II, do CP, por analogia in bonam partem.

Houve, no caso, aplicação da analogia in bonam partem no sentido de isentar de ilicitude a conduta de interromper uma gestação patológica, tomando por fundamento os excludentes de ilicitude já previstos no Código Penal brasileiro, de aborto de gestação que cause risco de vida ou seja conseqüente de estupro.

De mais a mais, passa-se à análise de uma perspectiva que também se baseia no uso da analogia: a compreensão de que sendo igualmente incompatíveis com a vida, a anencefalia e as Síndromes de Edwards, Patau, Body-Stalk e a adramnia por malformações nefrourológicas merecem o mesmo tratamento jurídico.

Nos casos dessas cinco patologias, pelo menos, a literatura médica já reconhece os altos índices de mortalidade intraútero e imediatamente após o parto, como já estudado no capítulo anterior deste trabalho. Apresentam caracteres que

¹⁵⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Art. 4º. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>.

¹⁵⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Art. 140. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

tornam a sobrevivida extrauterina inviável. Embora a ADPF nº 54 apenas tenha versado sobre a anencefalia, as condições destas outras patologias são muito semelhantes, caracterizando a mesma *ratio*.

Sob a máxima jurídica “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”, onde há a mesma razão, deve incidir a mesma regra de direito, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, de modo incidental no bojo de um acórdão proferido em 2016 que

Reproduzidas, salvo pela patologia em si, todos efeitos deletérios da anencefalia, hipótese para qual o STF, no julgamento da ADPF 54, afastou a possibilidade de criminalização da interrupção da gestação, também na síndrome de body-stalk, impõe-se dizer que a interrupção da gravidez, nas circunstâncias que experimentou a recorrente, era direito próprio, do qual poderia fazer uso, sem risco de persecução penal posterior e, principalmente, sem possibilidade de interferências de terceiros, porquanto, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. (Onde existe a mesma razão, deve haver a mesma regra de Direito)¹⁵⁹.

A morte do feto ou do neonato, inevitavelmente, será um resultado que as patologias aqui estudadas promoverão. Isto gera efeitos psicológicos e físicos na gestante, ponderados no bojo da demanda que tramitou no Supremo Tribunal Federal, que não se restringem à anencefalia. Tendo isto em vista, o STJ declarou que a proteção legal conferida ao nascituro se torna inócua ante à constatação de que existe anomalia que o incompatibiliza com a vida extrauterina, e concluiu que “o incalculável sofrimento e angústia da mãe, autorizam, por si só, a interrupção da gravidez”¹⁶⁰.

É dizer, naquela decisão, o STJ se postou no sentido de que, por uso da analogia, havendo anomalia incompatível com a vida, a interrupção da gravidez poderá ser realizada, atraindo o mesmo direito afirmado na ADPF nº 54: o de preservar a gama de direitos da mulher gestante sem que haja persecução penal pela prática de aborto enquanto crime.

4.3 INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vistas as ponderações supra, se observa que o direito à vida do nascituro, já restringido pela anomalia que o incompatibiliza com a vida extrauterina, admite

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.467.888-GO. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 2016. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201467888>>.

¹⁶⁰ Ibidem.

flexibilização frente a outros valores fundamentais do ordenamento brasileiro. Isto porque se visualiza que o bem jurídico *vida* que a legislação penal tutela não estará sendo violado com a interrupção, e que a dignidade da gestante justifica o ato.

Pelo contexto e extremo sofrimento decorrente da gravidez patológica, ganham destaque direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, o direito à integridade física e psíquica, liberdade, saúde e direitos sexuais e reprodutivos.

É também neste interim que a legislação penal admite as hipóteses de aborto legal existentes: as situações ali teladas demandam a ponderação e observância de direitos fundamentais titularizados pela gestante, notadamente sua integridade psíquica e física, bem como sua dignidade.

Afinal, nos cenários existentes no aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e quando a gravidez decorre de estupro, os direitos da gestante ganham sobreposição mesmo quando o feto é saudável e sua vida extrauterina é viável. Existe, portanto, uma primazia à vida, saúde e dignidade da mulher dada pelo legislador mesmo em casos que o feto é compatível com a vida. Pertinente concluir, portanto, que em situações que o feto é inviável e que a colisão entre direitos se mostra ser aparente, o ordenamento jurídico brasileiro permite interpretação no sentido de dar prevalência à dignidade daquela que gesta o feto em comento.

A dignidade da pessoa humana da mulher gestante, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil é valor de extrema importância que merece preponderar no caso de anomalia fetal incompatível com a vida. Liberdade, direito à intimidade, integridade física e psíquica e saúde da gestante são consagrados no ordenamento e, ao colidirem com um direito à vida ficto do nascituro, devem ser protegidos. Ir em sentido contrário, obrigando a mulher que queira interromper a prosseguir com essa gestação pode configurar uma verdadeira tortura, física e/ou psicológica, a qual o ordenamento brasileiro veda.

No bojo do voto do relator da APDF nº 54, ponderando essas questões, afirmou-se que

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 tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.¹⁶¹

A possibilidade de interromper a gestação quanto houver tamanho sofrimento, observado especialmente no fato de carregar no próprio ventre filho que está fadado à morte, deve ser uma realidade que alcance alguma efetividade, posto que todos os valores constitucionais mencionados apontam para a garantia de que a gestante nessa situação tenha essa opção.

A interpretação dada à lei penal, portanto, deve ser aquela que melhor se coaduna com os valores constitucionais destacados. Afinal, na consagrada teoria criada por Kelsen, as normas constitucionais se postam acima das normas e restrições postas em lei¹⁶². Vê-se ainda que o aborto enquanto crime pretende tutelar a vida, mas, em doenças fetais incompatíveis com a vida - o termo é autoexplicativo -, não haverá vida a ser tutelada. Há um enquadramento meramente formal quanto ao aborto criminoso, mas não há efetiva lesão ao bem jurídico que o tipo pretende tutelar. Afinal, “só a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa tipificará o crime de aborto”¹⁶³ e “apenas o feto com capacidade fisiológica de ser pessoa pode também ser sujeito passivo do crime de aborto”¹⁶⁴.

Enquanto não editada lei sobre o tema, posto que os projetos citados nesse trabalho não foram ainda aprovados, deve-se entender o direito à interrupção enquanto um direito decorrente diretamente na Constituição Federal, do mesmo modo que vem entendendo, em sua maioria, os tribunais pátrios quanto à anencefalia.

O uso da analogia, outrossim, se mostra como fonte de direito que resguarda situações às quais a lei não trata especificamente. Através de pronunciamento certo sobre o tema, conforme analisado em tópico anterior, o Superior Tribunal de Justiça compreendeu pela possibilidade de realizar interrupções de gestações patológicas

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Voto do Relator. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2012. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204710>>.

¹⁶² SOARES, Amanda; OLIVEIRA, Gabriela; MORAES, Muryel. **Teoria pura do direito: a hierarquização das normas**: a hierarquização das normas. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

¹⁶³ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 99.

¹⁶⁴ Ibidem.

sem ter a mulher que se submeter ao processo e análise judicial, e sem ter que temer uma perseguição penal pela prática de aborto voluntário¹⁶⁵.

Assim, dignidade e todos os outros direitos fundamentais ressaltados devem ser preservados a aquela que, na espécie, efetivamente os titulariza e os tem feridos. As fontes primárias e secundárias¹⁶⁶ de direito apontam, por todo o exposto, para a realização de interrupção de gestação de feto com anomalia fetal incompatível com a vida enquanto uma possibilidade constitucional – embora não expressamente – na vida da mulher no território nacional.

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.467.888-GO. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 2016. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201467888>>.

¹⁶⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Art. 4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>.

5 CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, o problema central analisado foi a viabilidade de se realizar independentemente de análise judicial interrupções de gestações cujo diagnóstico fetal seja de anomalia incompatível com a vida que divirja da Anencefalia, já analisada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Foram tratadas como malformações que incompatibilizam o feto com a vida extrauterina, à semelhança do que acontece com a anencefalia, as Síndromes de Edwards, Patau, Body-Stalk e adramnia por malformações nefrourológicas.

Embora a posição majoritária dos magistrados no Brasil seja favorável à interrupção de gestação de fetos inviáveis quando solicitada pela mulher gestante, se observou que a demora na prestação judicial e o risco de prolação de decisões que não levam em consideração a grave situação clínica do feto ao analisar a colisão entre os interesses e direitos envolvidos são problemas que podem se mostrar cerceadores de direitos fundamentais titularizados pela mulher. Neste diapasão, o problema foi verificado, tendo em vista que nos casos das anomalias incompatíveis com a vida diferentes da anencefalia, o único meio de realizar a interrupção no Brasil hodiernamente – que não seja à margem do estado – é a via judicial.

Foram realizadas análises sobre o tratamento dado ao direito à vida no Brasil, tendo sido levantadas teorias sobre o termo inicial e final do fenômeno vida. Fez-se ainda breve estudo sobre os direitos fundamentais envolvidos na espécie e da colisão que os circunda. Contextualizou-se a temática da interrupção de gestação dos fetos com malformações incompatíveis com a vida, conceituando o que se considera inviabilidade fetal e as Síndromes de Edwards, Patau, Body-Stalk e adramnia por malformação nefrourológica, que foram observadas como anomalias incompatíveis com a vida extrauterina.

Buscou-se apurar o tratamento dado no direito estrangeiro à temática que tangencia o aborto nos casos de malformação fetal, principalmente, e realizou-se levantamento dos projetos de lei brasileiros que pretendem ou pretenderam descriminalizar o aborto nos casos em que anomalia incompatível com a vida fosse diagnosticada.

Outrossim, foi feita breve análise sobre a jurisprudência acerca da questão e sobre um posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em especial sobre o uso da analogia com situações que se assemelham à anencefalia, já elucidada pelo Supremo Tribunal Federal. Deste modo, foram realizados os objetivos específicos da pesquisa.

Os pressupostos jurídicos que justificam as propostas de solução são a prevalência no ordenamento jurídico brasileiro dos valores atinentes à dignidade da pessoa humana titularizada pela mulher em face dos direitos do nascituro que tem nenhuma expectativa de sobrevida. Direitos fundamentais como o direito à integridade física e psíquica, liberdade, saúde e autonomia, num juízo de ponderação, mostraram-se aptos a preponderar sobre o direito à vida do nascituro já mitigado na outra ponta. Há, ademais, a compreensão de que é um tratamento equiparado à tortura exigir que uma gestante que não queira conviver diuturnamente com os nove meses de luto deva manter a gestação, a despeito dos direitos fundamentais que detém. De outro lado, pressuposto jurídico que se mostra adequado a resolver a questão é o uso da analogia, fonte de direito expressamente prevista em lei.

As hipóteses de solução que se apresentam, neste diapasão, são no sentido de que o legislador pátrio deve reger o tema especificamente, regulando como e sob quais regras proceder à interrupção quando a gestante assim deseje e quanto se tratar de feto comprovadamente acometido por anomalia que o incompatibilize com a vida. Ou que, tendo em vista ser uma possibilidade mais próxima da realidade atual, que se adote o uso da analogia sob a máxima “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”, para que, ante ao reconhecimento de que na anencefalia e em outras anomalias existem impossibilidade de sobrevida e ofensa a direitos fundamentais da mulher, o que caracteriza a mesma razão, se conceda o mesmo direito, consubstanciado na possibilidade de a mulher gestante realizar a interrupção, tal qual na anencefalia, independentemente de submeter a questão ao judiciário e isenta da interpretação de que o ato configura crime.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>.

ALMEIDA, Marcos de; DINIZ, Débora. **Bioética e Aborto**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellaborto.htm>.

BRASIL, Constituição Federal (1988). Organização dos textos por Alexandre de Moraes. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9434-4-fevereiro-1997-372347-normaatualizada-pl.html>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510, Voto do Relator. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 2008. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>.

BRASIL. Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005, art. 3º, inciso XIII. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0356331-96.2015.8.19.0001. Sentença. Rio de Janeiro, RJ de 2015. **Diário de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-autoriza-gestante-abortar-feto.pdf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Voto do Relator. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2012. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204710>>.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.726, de 16 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=223858>>.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.174, de 01 de agosto de 1991. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16364>>.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.956, de 23 de maio de 1996. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17451>>.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.834, de 03 de março de 2005. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277068>>.

BRASIL. Projeto de Lei nº 660, de 04 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347275>>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Art. 4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Art. 140. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.467.888-GO. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 2016. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201467888>>.

BUSATO, Paulo César. **Tipicidade material, aborto e anencefalia**. 2005. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/05/12/tipicidade-material-aborto-e-anencefalia/>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

CALDEIRA, Ionara Gisele Silva. "**Senado: Substantivo masculino**": Uma análise dos projetos de lei e pronunciamentos dos senadores sobre o aborto (1993-2017). 2017. 86 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros Direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BUSATO, Paulo César. **Tipicidade material, aborto e anencefalia**. 2005. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/05/12/tipicidade-material-aborto-e-anencefalia/>>.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. CARVALHO, Valéria de Sousa. **Direitos Humanos e Autonomia da vontade da mulher: a liberdade sexual e reprodutiva e a problemática do aborto**. IN: Direito e Desenvolvimento: Revista do Curso de Direito, João pessoa, ano 3, n. 6, p. 81-110, 2012.

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

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução CFM nº 1.989.2012**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003.

DINIZ, Débora. O aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 5, n. 01, p.19-24, jan. 1997.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

DINIZ, Débora. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil?: Médicos, promotores e juízes em cena. **Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 13, p.13-34, 2003.

DINIZ, Débora et al. **A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médico**. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232009000800035&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 10 jun. 2018.

ENUTE, Gláucia Rosana Guerra et al. **Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais**. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032006000100003>.

FACHIN, Melina Girardi. **Leitura constitucional da tutela penal: dignidade e body stalk**. 2016. Disponível em: <<http://m.migalhas.com.br/depeso/248062/leitura-constitucional-da-tutela-penal-dignidade-e-body-stalk>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

FEITOSA, Saulo Ferreira; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. A bioética de intervenção no contexto do pensamento latino-americano contemporâneo. **Revista Bioética**, [s.l.], v. 23, n. 2, p.277-284, ago. 2015. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015232066>>.

FRÓIS, Deolinda Maria Rodrigues Gonçalves Silva. **Atitudes das grávidas face à interrupção da gravidez por malformação fetal**. 2011. 173 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Enfermagem, Escola Superior de Saúde de Viseu, Viseu, 2012.

GARCIA, Bruna Thaynara Guimarães; MACHADO, Bárbara Nogueira Barbosa; FERREIRA, Jamille Fernanda. **Posição do nascituro e face do ordenamento jurídico brasileiro**. 2016. Disponível em: <www.site.ajes.edu.br/congre/arquivos/20161204221748.pdf>.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, v. 2. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

JANNINI, Alexandre Wolf. **Interrupção da gestação em situações de fetos portadores de malformações incompatíveis com a vida extra-uterina: posicionamento de magistrados e membros do Ministério Público no Brasil**. 2008. 98 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Biomédicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008.

MANICA, João Luiz Langer et al. **Síndrome de Patau**. 2000. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/32454534/SINDROME_DE_PATAU_3.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

MARTINS, Renata. **A legislação sobre aborto no mundo**. 2017. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/a-legisla%C3%A7%C3%A3o-sobre-aborto-no-mundo/a-41414071>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Decisão em Apelação nº 152057/2012, Apelação. Relator: Desembargador Marcos Machado. Cuiabá, MT, 04 de abril de 2013. Diário Oficial do Estado. Cuiabá, 10 abr. 2013. Disponível em: <

<http://servicos.tjmt.jus.br/processos/tribunal/dadosProcesso.aspx>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENESES, David Mourão Guimarães de Moraes. Pedido de autorização judicial para aborto de feto portador de Síndrome de Body Salk: uma análise. IN: **Revista da ESMAM**, São Luís, v. 11, n. 12, p. 132/142, jul/dez 2017.

MIGUEL, Luis Paulo Fabrini. Anomalia de Body Stalk: relato de caso. **Rbus: Revista Brasileira de Ultrassonografia**, Goiânia, v. 18, n. 5, p.49-53, mar. 2015.

NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter. **Bioética Simples**. 2. ed. Lisboa: Babel, 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre direitos humanos**. 22 novembro 1969. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 24 jun. 2018.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 95. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/API/article/download/3516/3638>>. Acesso em: 06 jul. 2018

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível em:

<<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

SACH, Michael. Der Schutz der physischen Existenz. IN: STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, v. 4/1 apud SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALA, Danila Cristina Paquier; ABRAHÃO, Anelise Riedel. **Complicações obstétricas em gestações com feto portador de anomalia incompatível com a sobrevivência neonatal**. Disponível em:

<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=307023866005>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 2012.003494-3. Relator: Desembargador Alexandre D'ivanenko. Florianópolis, SC, 05 de março de 2012. Diário Oficial do Estado. Florianópolis, 21 mar. 2012. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000L3C70000&nuSeqProcessoMv=34&tipoDocumento=D&nuDocumento=4237373>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>>.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 31, n. 5, p.538-542, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016#not1>.

SERAFIM, Jhonata Goulart; VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Interrupção terapêutica de gravidez de fetos anencéfalos**: Apontamentos sobre as decisões dos Tribunais de Justiça após a decisão da ADPF 54 pelo STF. 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11851/1678>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Amanda; OLIVEIRA, Gabriela; MORAES, Muryel. **Teoria pura do direito: a hierarquização das normas**: a hierarquização das normas. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

SOUZA, Jhulie Caroline Mirandola de et al. **Síndromes cromossômicas**: uma revisão. 2010. Disponível em: <<http://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernossaude/article/view/2296>>. Acesso em: 29 maio 2018.

SUAREZ, Joana. **Nove meses de luto**. 2018. Disponível em: <<http://www.anis.org.br/nove-meses-de-luto/>>.

TORRES, Wilma da Costa. **A Bioética e a Psicologia da Saúde**: Reflexões sobre Questões de Vida e Morte. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v16n3/v16n3a06.pdf>>.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto**: Legislação comparada. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200005>. Acesso em: 17 maio 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A morte encefálica como critério de morte. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, n.17, p. 33-56, 2008.2. Semestral.

ZANCANARO, Lourenço. Bioética, Direitos Humanos e Vulnerabilidade. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; ZOBOLI, Elma (org). **Bioética, vulnerabilidade e saúde**. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007.

ZUGAIB, Marcelo (Ed.). **Zugaib Obstetrícia**. 2. ed. Barueri: Manole, 2012.