



**Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"**

**CARLOS TOLOTO**

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO  
À VIDA DO FETO ANENCÉFALO**

**Assis  
2011**

**CARLOS TOLOTO**

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO  
À VIDA DO FETO ANENCÉFALO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Departamento do Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a orientação específica do Professor Sérgio Augusto Frederico e orientação geral do Professor Dr. Rubens Galdino da Silva.

**Assis  
2011**

## FICHA CATALOGRÁFICA

TOLOTO, Carlos

A Constitucionalização do Direito à vida do feto anencéfalo, Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2011.  
53 p.

Orientador: Sergio Augusto Frederico  
Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA

1. Saúde pública, 2. aborto, 3. anencefalia, 4. princípios constitucionais, 5. vida do anencéfalo

CDD: 340

# **CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA DO FETO ANENCÉFALO**

**CARLOS TOLOTO**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação em Direito, analisado pela seguinte comissão examinadora:

---

Orientador: Professor Sérgio Augusto Frederico

---

Examinador: Professor Luiz Antonio Ramalho Zanoti

**Assis  
2011**

## **AGRADECIMENTOS**

A todos os professores e demais funcionários da Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis (FEMA) que contribuíram direta ou indiretamente para aquisição de conhecimentos necessários à confecção deste trabalho.

E de modo especial ao professor orientador Sérgio Augusto Frederico pela inestimável contribuição e esmero na elaboração desse singelo trabalho.

## RESUMO

Pretende-se com este trabalho abordar a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencefálicos. O capítulo I discorre sobre a saúde como direito constitucionalmente protegido, aí incluído o direito fundamental do direito à vida. O capítulo II sustenta-se no atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS), como apoio temporário e decisivo nos cuidados à gestante de anencéfalo. Comenta-se também a precariedade dos serviços prestados pelo SUS. A gestante de anencéfalo precisa ser tratada com especial destaque, uma vez que se encontra envolta em problemas complicadores em relação à saúde física e psicológica, sobretudo a que apresenta pequeno poder econômico e que conta apenas com atendimento público. Especifica-se o aborto no capítulo III como objeto de penalidade ou não, dependendo das circunstâncias. Também é destacado o conceito de aborto em cada circunstância fisiológica e filosófica bem como o paradoxo entre o início da vida e início da gravidez. O capítulo IV trata do ponto central do trabalho, a anencefalia como defeito congênito em fetos tornando-os com uma expectativa de vida extremamente curta. Sob o aspecto jurídico os capítulos V e VI demonstram o direito ao tratamento como problema de saúde do ponto de vista fisiológico e psicológico. Confrontando e ponderando os princípios constitucionais assegura-se o direito à vida do anencéfalo sem antecipar sua morte por quaisquer meios agressivos à sua integridade física.

**Palavras-chave:** saúde pública; aborto; anencefalia; princípios constitucionais; vida do anencéfalo.

## ABSTRACT

The aim of this work addressing the possibility of pregnancy termination of anencephalic fetuses. Chapter I discusses health as constitutionally protected, then the fundamental right included the right to life. Chapter II is sustained in the service of the Unified Health System (SUS) as a temporary support and decisive in the care of anencephalic pregnancy. Comments are also the precariousness of the services provided by SUS. The anencephalic pregnancy must be treated with special attention, since it is surrounded by complicating issues in relation to physical and psychological health, especially the one with little economic power and you only get public assistance. It is specified in Chapter III abortion as an object of penalty or not, depending on circumstances. Also highlighted is the concept of abortion in every circumstance physiological and philosophical as well as the paradox between early life and early pregnancy. Chapter IV deals with the central point of the work, anencephaly and congenital defects in fetuses with making them an extremely short life expectancy. From the legal point of Chapters V and VI demonstrate the right to treatment as a health problem from the standpoint of physiological and psychological. By comparing and weighing the constitutional principles ensures the right to life of the anencephalic without anticipating his death for any aggressive media to their physical integrity.

**Keywords:** public health; Abortion; anencephaly; constitutional principles; the life of the anencephalic

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>2 DIREITO À SAÚDE</b> .....	<b>10</b>
2.1 CONCEITO .....	10
2.2 DIREITO À SAÚDE COMO PARTE INTEGRANTE DOS DIREITOS SOCIAIS .....	12
2.3 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....	14
<b>3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)</b> .....	<b>15</b>
3.1 OBJETIVO .....	15
3.2 A PRECARIIDADE DO SUS .....	18
<b>4 ABORTO</b> .....	<b>20</b>
4.1 DEFINIÇÃO PARA EFEITO PENAL .....	20
4.2 INÍCIO DA GRAVIDEZ .....	21
4.3 INÍCIO DA VIDA E INÍCIO DA GRAVIDEZ .....	22
<b>5 ANENCEFALIA</b> .....	<b>25</b>
5.1 CONCEITO .....	25
5.2 AS PARTES DO ENCÉFALO .....	25
5.3 A VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL TUTELADO .....	26
5.4 OS FETOS ANENCEFÁLICOS TÊM VIDA .....	27
5.5 ÉTICA .....	28
5.6 VALORES ÉTICO-MORAIS .....	28
5.7 A ÉTICA COMO SUSTENTÁCULO DA SOBREVIVÊNCIA HUMANA .....	29
5.8 COLISÃO DE PRINCÍPIOS .....	30
<b>6 ANENCEFALIA VISTA PELO JUDICIÁRIO E PELA DOUTRINA</b> .....	<b>31</b>

6.1 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS .....	31
6.2 POSICIONAMENTO DESFAVORÁVEL DEFENDIDO PELO JURISTA E DOUTRINADOR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS .....	33
<b>7 A QUESTÃO DA ANENCEFALIA NO STF .....</b>	<b>36</b>
7.1 PETIÇÃO INICIAL DA ADPF .....	39
7.2 OS ARGUMENTOS DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA .....	40
7.3 A LIMINAR DO MINISTRO MARCO AURÉLIO .....	42
7.4 O STF CASSA A LIMINAR QUE AUTORIZAVA O ABORTO DE ANENCÉFALOS .....	46
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>49</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade analisar a situação do feto anencéfalo sob o ponto de vista jurídico. Este fato tem gerado muita polêmica no meio jurídico, social dos trabalhadores na saúde. O ponto crucial é: abortar ou não o feto com anomalia congênita de má-formação no encéfalo. A autonomia de vida está praticamente restrita à ligação umbilical com a gestante. Como o tempo de vida do nascituro pós-parto é limitada ao período máximo de algumas horas, surge a polêmica: antecipar o parto como terapia visando à dignidade da gestante ou manter a gestação até a ocorrência natural do parto. Os motivos das medidas jurídicas a serem tomadas estão ligados a decisões políticas de saúde pública, a decisões religiosas, sociais, filosóficas e de outras espécies.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal tomar a decisão de acordo com a constitucionalidade das medidas pleiteadas ou impedidas pela sociedade.

O Supremo Tribunal Federal está em vias de analisar a expectativa em torno desta questão, entretanto tende a escolher uma decisão técnica tendo em vista a laicidade do Estado.

## 2 DIREITO À SAÚDE

### 2.1 CONCEITO

A este propósito, reza o artigo 196 da Constituição Federal 1988 (BRASIL, 1988):

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Com a Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito subjetivo público, sendo o cidadão detentor do direito e o Estado o seu devedor.

O artigo 2º da Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990) dispõe: – “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”, segundo se infere no § 2º.

Todos devem contribuir para a eficácia do direito à saúde por envolver questões coletivas e direito difuso. Complementa essa ideia o artigo 3º e parágrafo único dessa lei:

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (BRASIL, 1990).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, conceitua o direito à saúde:

Enquanto os direitos de primeira geração (direito civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais e concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, espaçam e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essência inexauribilidade. (BRASIL, 1995).

Também o Ministro Celso de Mello, em relação à saúde, assim expressa:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostra-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da carta política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determinam a própria Lei Fundamental do Estado. [...]. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividades a preceitos fundamentais da Constituição da República (Artigos 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedente do STF. (RE 271.286 – Agr, Rel. Min. Celso de Mello DJ 24/11/2000). No mesmo sentido: RE 393.175, Rel. Min. Celso de Mello, informativo 414. (BRASIL, 2000).

O novo conceito de saúde abrange os elementos integrantes de forma mais ampla possível no campo da saúde tais como: alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação etc. Enfim componentes de qualidade que contribuem para uma vida plena e digna dentro do limite do possível. Tudo isso no âmbito individual e coletivo.

O artigo 4º, caput, da Lei n. 8080/90 (BRASIL, 1990) explana a base de sustentação do Sistema Único de Saúde (SUS) como Instituição Pública Gratuita a serviço da saúde nos seguintes termos:

O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público, constitui o Sistema Único de Saúde – SUS.

Com atendimento pleno por parte do Sistema Único de Saúde, as pessoas que vivem em situação precária por ineficácia de outros serviços públicos serão acometidas de doenças e outros agravos.

Daí dizer-se que sem a redução das desigualdades, em relação aos direitos sociais, certamente as pessoas não se beneficiariam condignamente do direito de ter a salvo os benefícios dos direitos e garantias fundamentais.

## 2.2 DIREITO À SAÚDE COMO PARTE INTEGRANTE DOS DIREITOS SOCIAIS

Nos termos do artigo 6º da Constituição Federal 1988 (BRASIL, 1988), na redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/2000: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Os direitos que compõem as necessidades do ser humano são inseparáveis constituindo um todo de modo que a pessoa não vive dignamente quando falta qualquer um dos direitos sociais.

Os atributos físico-psicológicos se somam e interagem na individualidade do ser humano. Portanto, podem ser divididos em partes simplesmente para se analisar a pessoa que, por natureza é indivisível. Visto por este ângulo, os direitos sociais compõem a integralidade humana. Tais atributos são estudados separadamente apenas para fins de compreensão por parte dos estudiosos do ser humano. Visam a tão somente o aspecto didático. Por outro lado, a pessoa humana convive em sociedade de modo a enaltecer os direitos sociais. Embora mantendo sua individualidade, tanto beneficia a sociedade como a si próprio ao desfrutar dos direitos sociais.

O Estado brasileiro passou por uma evolução ao longo das últimas décadas até ao estágio de Estado Social de Direito de tal forma que os direitos enumerados no artigo 6º da Constituição Federal, elencam o conteúdo da ordem social.

A sociedade brasileira cônica da expectativa de uma transformação profunda do Estado de Direito galgou a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa conquista esta gratificada com necessidades e demandas sociais envolvendo o direito individual e o coletivo. As demandas coletivas suplantam as conquistas individuais enfatizando os princípios das metas sociais das políticas públicas.

A Carta Magna sintetiza, de maneira implícita, a essência da ordem social ínsita na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em artigo, cujo título é: “Estado de Direito Social”, o Doutor em Educação pela Universidade de São Paulo – USP, Vinício C. Martinez analisa fatos históricos em que comunidades de várias partes do mundo se manifestam reivindicando benefícios sociais, coletivos e individuais. Tais condutas tiveram repercussão mundial em vista da rapidez cada vez mais acelerada da comunicação eletrônica. Desse modo, tais fatos influenciaram positivamente na direção das conquistas sociais, crescendo cada vez mais e valorizando a autoestima. Com isso, o princípio da dignidade humana ganha status de direito constitucional na Lei Maior do Brasil. Direta ou indiretamente, a sociedade vai

abandonando, aos poucos, o comportamento agressivo contra o meio ambiente, tornando-o mais útil à saúde da vida humana.

### 2.3 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à vida integra os direitos fundamentais instituídos no artigo 5º da Carta Magna. Para que haja vida digna, a saúde é imprescindível a saúde. Os direitos fundamentais constituem um conjunto de direitos que não se fraciona, o princípio abrangente da dignidade da pessoa humana que envolve outros princípios. Na verdade a individualidade da pessoa humana não admite carência de direitos fundamentais. Todos são impreterivelmente simultâneos porque assim o exige a dignidade da pessoa humana. Com a finalidade didática, canaliza-se cada parte com o objetivo de entendimento. Mas a perspectiva final é a síntese de todos os preceitos constitucionais fundamentais. Este trabalho se direciona à saúde pública a fim de destacar o papel do Sistema Único de Saúde – (SUS) na proteção à gestante de feto anencefálico o qual sobrevive por um tempo curtíssimo após o nascimento, quando não morre antes de completar o tempo normal de nove meses de gestação.

## 3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

### 3.1 OBJETIVO

A Lei nº 8.080/90, (BRASIL, 1990) que regula o Sistema Único de Saúde e constitui-se de 55 artigos, sendo nove vetados. A Lei contempla os elementos essenciais à aplicação e à efetividade para o atendimento imparcial a todos os cidadãos. Nesse sentido o artigo 2º dessa Lei disponibiliza: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

O objetivo almejado por esse artigo está disposto no parágrafo primeiro do artigo 2º dessa Lei:

O dever do Estado de garantir a saúde consiste na reformulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos nos estabelecimentos de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Quanto mais a pessoa humana estiver inserida no contexto do progresso positivo moderno, mais se beneficia de fatores determinantes da saúde desejada. A lei salienta fatores determinantes e condicionantes para a saúde, a saber: a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. As políticas públicas devem buscar incansavelmente a efetivação desses recursos, a fim de elevar os níveis de saúde da população, espelho da organização social e econômica do país.

Por vezes surgem casos emergenciais como a incidência de epidemia de certas doenças endêmicas, o que exige empenho adicional para eliminar tal ocorrência.

No Sistema Único de Saúde – (SUS) atuam instituições públicas federais, estaduais e municipais da administração direta e indireta e das fundações. Pode ainda

participar do Sistema a iniciativa privada em caráter complementar. Tudo que possa contribuir para o aprimoramento da saúde é bem vindo para se atingir o máximo possível com os recursos constitucionalmente instituídos.

Nesse contexto, devem ser implementadas não só as atividades curativas por serem mais onerosas como também as preventivas, que pesam menos aos cofres públicos, devem ser implementadas. As atividades preventivas, quase não são percebidas pelo povo, apesar de serem mais eficientes no sentido de aprimorar a qualidade de vida em geral e com custo mais baixo. O Estado disponibiliza recursos econômicos e humanos para ações preventivas, o que permite promover a continuidade do trabalho nas empresas sem perda de mão de obra, nem de qualidade de vida para os operários em geral.

A racionalização das atividades do Sistema de Único de Saúde obedece a princípios “... de acordo com diretrizes previstas no artigo 198 e incisos da Constituição Federal”.

O capítulo III da Lei nº 8080/90 (BRASIL, 1990) hierarquiza de forma regionalizada em níveis de complexidade crescente.

A direção do Sistema Único de Saúde é exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

- União, pelo Ministério da Saúde;
- Estados e Distrito Federal, pela respectiva Secretaria da Saúde;
- Municípios, pela Secretaria da Saúde.

Essa distribuição harmoniosa contribui para a eficácia e a otimização dos serviços prestados.

Os recursos humanos são sistematicamente treinados, tanto os veteranos quanto os recém ingressantes, nas funções com a finalidade de manter um padrão de qualidade constante e, na medida do possível, são aprimorados de acordo com a inovação técnica dos aparelhos e equipamentos disponibilizados na área de Saúde. Esta Lei foi elaborada de modo que não deixe lacuna e seja eficiente em todo o território nacional, apesar da heterogeneidade regional em razão da grande extensão territorial do país.

As ações e serviços de saúde são de natureza pública. O cidadão tem o direito à saúde e o Estado tem o dever fornecer este serviço, de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal 88, (BRASIL, 1988). A regulamentação, conforme determina o parágrafo terceiro do artigo 198, pressupõe lei complementar para regulamentar a saúde.

O artigo 198 da Constituição Federal 88, (BRASIL, 1988) assim determina: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único...”.

Dentro do contexto da administração pública o Sistema Único de Saúde caracteriza-se com um grau de complexidade bastante elevado. Em vista disso, fez-se necessário regulamentar os procedimentos por meio de Lei complementar munida de detalhes bem definidos e cobertos de funcionalidade e de efetividade.

A lei que regulamenta o Sistema Único de Saúde foi sancionada em 19 de setembro de 1990 e leva um o número 8.080 (BRASIL, 1990). O parágrafo primeiro do artigo 198 da Constituição Federal determina as fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde.

Dispõe o parágrafo primeiro do artigo 198 da Lei Magna (BRASIL, 1988): “O Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios além de outras fontes”.

A seguridade social é financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, nos termos da lei, e parte dessa verba é direcionada à saúde.

Como direito de todos e dever do Estado, o artigo 196, da Constituição Federal garante, mediante políticas públicas, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

O Sistema Único de Saúde abrange o país inteiro e, como se deduz, é um sistema complexo que necessita de recursos humanos constituídos de profissionais qualificados para o desempenho das múltiplas funções necessárias à prestação de serviços na área de saúde pública. O artigo 196 da Constituição Federal, (BRASIL, 1988), dispõe genérica e sucintamente ações e serviços para o atendimento à saúde e, em vista disso foi necessária a regulamentação em todo território nacional.

A Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990), dispõe preliminarmente em seu artigo 1º, o seguinte: “Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde executados, isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.”

### 3.2 A PRECARIIDADE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A mídia escrita e televisada sempre noticia a precariedade com que o Sistema Único de Saúde atende as pessoas, enfatizando que somente uma pequena parcela da sociedade é atendida e ainda muito mal.

Em entrevista ao jornal *Diário de Pernambuco*, em novembro de 2008, o ex-ministro da Saúde, José Gomes Temporão, menciona pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), segundo a qual 62% de todos os gastos em saúde no país são feitos pelas famílias, e apenas 38% são cobertos pelo Sistema Único Saúde.

Este mesmo artigo do referido Jornal analisou os 20 anos do Sistema Único de Saúde com dados interessantes sobre o sistema: o fisioterapeuta André Luis Bonifácio de Carvalho atua como diretor do departamento de monitoramento e avaliação da gestão do Sistema Único de Saúde e afirma que a demanda é superior à capacidade da rede.

A saúde não pode ser enfocada tão somente ao que se refere à cura de doenças, pois esta seria apenas uma medida curativa. Se as causas de doenças diminuíssem com a implantação de medidas preventivas os resultados a médio prazo são recompensados pela qualidade de vida da população. Economicamente, se tornaria menos oneroso para a administração do Sistema Único de Saúde, a prevenção do que a cura das doenças. Para isso, o Estado investe em fatores determinantes da população, dispostos no artigo 3º, da Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990), que assim:

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho,

a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país.

As políticas públicas atingem as metas minimamente esperadas quando aplicadas de maneira abrangente no que diz respeito a fatores integrantes.

## 4 ABORTO

### 4.1 DEFINIÇÃO PARA EFEITO PENAL

Delmanto (2007, p. 372) define aborto para efeito penal como: “interrupção intencional do processo de gravidez com a morte do feto”. (2007, p. 372)

Para efeito penal, o termo é assim definido por Mirabete (1985, p. 73) define:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas da gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente, na sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificada, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão não deixará de haver, no caso, aborto.. (1985, p. 73).

Obviamente, aborto só é criminoso quando provocado intencionalmente.

Para Nucci, aborto criminoso é: “A interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto”. (2007, p. 622).

A esse respeito, Jesus apresenta o seguinte conceito:

Aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). No sentido etimológico, aborto quer dizer privação de nascimento. Advém de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento. A doutrina e a jurisprudência conhecem várias espécies de aborto legal ou consentido. Há o aborto terapêutico, empregado para salvar a vida da gestante ou para afastá-la de mal sério e iminente, em decorrência de gravidez anormal. Há também o aborto eugenésico ou eugênico, permitido para impedir a continuação da gravidez quando há possibilidade de que a criança nasça com taras hereditárias. Aborto social ou econômico é o permitido em casos de família numerosa, para não lhe agravar a situação social. Entre nós, o CP só permite duas formas de aborto legal: o denominado aborto necessário ou terapêutico, previsto no artigo 128, I, hipótese em que o fato, quando praticado por médico, não é punido, desde que não haja outro meio de salvar a vida da gestante. O segundo caso de aborto permitido é o descrito no artigo 128, II, hipótese em que a gravidez resulta de estupro. É chamado também de aborto sentimental ou humanitário.

No Código Penal brasileiro, o crime de aborto é classificado no Título “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no capítulo “Dos Crimes Contra a Vida”.

Assim, objeto da tutela penal é a vida do feto. Não se cuida de vida independente, mas o produto da concepção vive, o que é suficiente para ser protegido.

Pelo que ensina Damásio E. de Jesus ao interpretar o código penal brasileiro no Título *Dos Crimes Contra a Pessoa* cujo capítulo: *Dos Crimes Contra a Vida* associa a interpretação ao princípio constitucional garantindo o direito à vida.

A vida como direito indisponível é tutelado pelo direito penal.

Ainda Damásio continua ensinando:

‘Diante do direito civil, o feto não é pessoa, mas *spes personae*, de acordo com a doutrina natalista’. É considerado expectativa de ente humano, possuindo expectativa de direito. Entretanto, para efeitos penais, é considerado pessoa. Tutela-se então a vida da pessoa humana.

No auto-aborto só há uma tutela penal: o direito à vida, cujo titular é o feto.

No aborto provocado por terceiro há duas objetividades jurídicas. A imediata incide sobre o direito à vida, cujo titular é o produto da concepção. A mediata incide sobre o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante.

A proteção penal ocorre desde a fase em que as células germinativas se fundem, com a resultante constituição do ovo, até aquela em que se inicia o processo de parto. Dessa forma, embora se fale comumente que o sujeito passivo é o feto, o código não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto. É necessário, porém, que objeto material seja produto de desenvolvimento fisiológico normal. ‘Não há tutela penal específica na denominada gravidez molar, em que há desenvolvimento anormal do ovo (mola), e na gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico’. (JESUS, 2007, p. 119-122).

## 4.2 INÍCIO DA GRAVIDEZ

De Plácido e Silva, para o termo “gravidez”, dispõe: o seguinte verbete “Gravidez. Do latim *gravidus*, de *gravis* (prenhe), diz-se do estado da mulher, o qual vai da fecundação do óvulo ou dos óvulos até o parto” (2006 p.665).

A gravidez é um processo biológico que se inicia com a união do espermatozoide com o óvulo, tendo como desfecho final a constituição de um ser humano.

Muitos doutrinadores afirmam que não há unanimidade quanto ao início da gravidez.

Esta delimitação tem provocado divergências entre os doutrinadores não só por motivos científicos, mas também por religiosos, morais e filosóficos.

Para uns, é a partir da implantação do ovo no útero (FRAGOSO, 1995; MARANHÃO, 1990 p. 159). Para outros, é desde a constituição do ovo (JESUS, 1995, v.,2, p. 103).

Delmanto (2007) opina que a gravidez se inicia quando o ovo é se aninha no útero materno.

Há, como se pode notar, muita controvérsia sobre o início da vida e o início da gravidez. Não há como negar que o início da vida se dá com o encontro eficaz do óvulo com o espermatozoide nas trompas. E está claro que o óvulo e o espermatozoide são partes elementares da constituição da vida. A vida não se inicia do nada, portanto, o óvulo e o espermatozoide constituem elementos primordiais para o desenvolvimento de um ser humano. O encontro do óvulo em movimento, que se desprende do ovário, se realiza na terça parte da trompa onde o espermatozóide, com força autônoma, se desloca ao encontro do óvulo. Com a penetração do espermatozoide no óvulo dá-se continuidade ao processo de geração de uma vida.

Nessa linha de raciocínio, a vida humana se compõe de elementos determinantes, *sine qua non*, do óvulo e do espermatozoide.

#### 4.3 INÍCIO DA VIDA E INÍCIO DA GRAVIDEZ

Quando um fato não é evidente provoca o surgimento de muitas hipóteses controversas. Por motivos que variam de acordo com interesses particulares, afirma-se que o início da vida se dá em vários momentos.

Delmanto narra, com riqueza de detalhes, a opinião de vários segmentos da sociedade, como se constata abaixo:

Discussão correlata à do início da gravidez é à do início da vida humana, ou seja se coincide com ela, ou não, com a data do início da gestação, havendo igualmente polêmica por razões científicas, religiosas e jurídicas. A constituição garante, em seu artigo 5º, caput, a 'inviolabilidade do direito à vida,' ao passo que o CC, em seu artigo 2º, após estatuir que a personalidade civil inicia-se no momento em que há o nascimento com vida, protege os direitos do nascituro (aquele que vai nascer), desde a concepção (do latim *conceptio*, que significa ação de receber – Dicionário de Latim Português, 2ª ed., Porto Editora, 2001, p. 160). Têm-se, assim, diferentes entendimentos: a. A vida inicia-se com a fecundação do óvulo, tornado ovo, e que começa a se desenvolver (de zigoto a blastócito, passando para os estágios embrionário e fetal), ainda que a fecundação ocorra em laboratório.

Para essa corrente, há vida humana antes mesmo da gravidez, o que traz repercussões na questão do uso científico e descarte de embriões congelados (CF. Lei n° 8974/95 - Engenharia Genética e Biosegurança), bem como da chamada “pílula do dia seguinte, que impede que o óvulo fecundado se aninhe no útero da mulher. b. A vida inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina, aproximadamente entre cinco e sete dias após a fecundação, salvo na hipótese de fecundação *in vitro* e implantação artificial. A expressão ‘desde a concepção’ utilizada pelo CC equivaleria ao momento em que a mãe concebe (recebe) o óvulo fecundado em seu útero; não haveria, assim, vida humana sem gravidez. c. A vida inicia-se a partir do momento em que o embrião tem batimentos cardíacos (entre 3 a 4 semanas). d. A vida começa a partir do momento em que o feto tem impulsos cerebrais (aproximadamente após 8 a 9 semanas), estando o cérebro totalmente formado por volta da 10ª semana. Esse entendimento teria como respaldo normativo o fato de a Lei n° 9434/97, ao tratar do transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, estatuir, em seu artigo 3°, que o óbito se dá com ‘o diagnóstico de morte encefálica.’ e. A vida se inicia com o nascimento do feto vivo, com vida extra-uterina autônoma (coincidindo o momento do início da vida com o do início da personalidade civil). Esta última posição encontra-se ultrapassada, mesmo porque o artigo 2° do CC tutela os direitos do nascituro. (DELMANTO, 2007, p. 373).

Assim, como há divergência entre doutrinadores e mesmo entre legisladores em relação ao início da gravidez, também há controvérsias em relação ao aborto. Contudo, a legislação brasileira só permite aborto em duas hipóteses:

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

(BRASIL, 1940).

Em ambos os casos, o artigo 128 do Código Penal brasileiro, exige que o aborto seja efetuado por médico. Um tipo específico de aborto não autorizado por lei na legislação brasileira é o aborto por anencefalia.

As opiniões variadas se prendem em épocas e circunstâncias específicas de que pode ser interrompido o processo de gestação do ser humano com a finalidade de atender a interesses subjetivos.

Com a ocorrência da gravidez, a mulher se depara com a responsabilidade dos cuidados com o nascituro. E se a gravidez foi planejada e desejada, a maternidade segue seu curso natural até o nascimento do filho. Ao contrário, se não seguiu esse curso, a mãe busca meios de se livrar do ônus da gravidez. Neste caso, a legislação brasileira lhe proporciona condutas legais para se isentar das consequências inerentes a essa gravidez. Daí fluem as diversas barreiras objetivas que se opõem ao desejo de livrar-se da situação adversa gerada pelo acontecido.

As barreiras podem ser singelas ou combinadas, dependendo do senso dos valores e circunstâncias subjetivas da gestante.

Como se trata de algo de importância absoluta, que é a vida, as consequências são desastrosas, subjetiva ou objetivamente. Há, entretanto, tentativa por parte dos doutrinadores de apresentar solução adequada, assim como os legisladores emitem sua versão com o fim de resolver o problema da gestante.

Gomes (2010) trata o tema do aborto da seguinte maneira:

O dramático tema do aborto está agora na pauta política. A pobreza do debate político só perde para a indigência generalizada do seu povo. Nem tanto ao mar nem tanto à terra. A vida é uma premissa indiscutível. Preservá-la é nosso primeiro dever. Mas existem muitas situações extraordinárias em que elas se tornam insustentáveis. A vida já não pode ser vista sob dogmas absolutos. A chave jurídica da questão é a seguinte. (Ninguém pode dela ser privado arbitrariamente) (artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos). Isso significa que no Brasil, o debate sobre o aborto só pode ser tratado dentro da equação regras-exceção.

Portanto, Luiz Flavio Gomes, relativiza a vida intra-uterina constitucionalmente protegida.

## 5 ANENCEFALIA

### 5.1 CONCEITO

De acordo com a Promotora de Justiça Fernanda Broll Carvalho Ahmad (RIO GRANDE DO SUL, 2007): “Anencefalia é a má formação grave caracterizada por ausência dos ossos do crânio, exceto pelo osso frontal, e inexistências dos hemisférios cerebrais.[...]. A anencefalia pode ser total ou parcial em diversos graus.”

O Dicionário Aurélio e outros documentos eletrônicos assim definem anencefalia:

Anomalia de desenvolvimento, que consiste em ausência de abóbada craniana, estando os hemisférios cerebrais ausentes ou representados por massas pequenas que repousam na base. (FERREIRA, 1986, p.119).

A anencefalia é o resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês da embriogênese.

Anencefalia é uma má-formação caracterizada pela ausência de desenvolvimento de uma parte do cérebro – encéfalo – que torna a vida do feto inviável, seja no útero ou imediatamente após o parto.

A anencefalia é um ‘defeito de fechamento do tubo neural’. Um defeito que ocorre cedo no desenvolvimento fetal e que danifica o tecido primitivo que formará o cérebro e a medula espinhal. O tubo neural, ele se forma ainda no início da gravidez, tem como extremidade superior o cérebro, e como extremidade inferior à terminação da medula.

### 5.2 AS PARTES DO ENCÉFALO

O encéfalo é um conjunto de várias partes. O termo anencefalia refere-se à ausência de todo o encéfalo. Mas, na verdade, no caso de gravidez com feto anencefálico, ocorre a falta somente de uma parte do encéfalo, assim, impropriamente se chamou este caso de anencefalia, cujo sentido próprio é a ausência de todo o encéfalo.

Sousa (2007), descreve com bastante clareza o conceito de anencefalia:

O que acontece com o anencéfalo, é que o termo anencefalia ele é impróprio, uma vez que não há ausência de todo o encéfalo, como o termo sugere. O encéfalo compreende várias partes, sendo as principais o telencéfalo (cérebro ou hemisférios cerebrais), o diencefalo (do qual fazem parte o tálamo e o hipotálamo), e o tronco encefálico (mesencéfalo, ponte e medula oblonga). O cérebro é a parte anterior e superior da massa encefálica e ocupa a maior parte da cavidade craniana. O que acontece com o anencéfalo não é que o cérebro inteiro não se forme, na verdade o que não se forma é a sua porção superior.

### 5.3 A VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL TUTELADO

O artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) tutela a vida como um dos direitos fundamentais.

Dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...” (BRASIL, 1988).

A vida não se limita a alguns sinais vitais. Ela está vinculada a uma série de fatores que a torna plena, quando goza de circunstâncias que a deixam mais favorável. Porém, as circunstâncias, na prática, tanto são favoráveis como desfavoráveis. Há fatores negativos que podem ser trabalhados, evitando-se o prejuízo contra a vida; assim como há fatores positivos que contribuem para melhorar a qualidade de vida. Nesse contexto, a liberdade, a segurança, a igualdade contribuem para a boa qualidade de vida.

O Estado não tem mão poderosa para tornar a vida perfeita, entretanto, faz só o possível para melhorá-la, administrando as atividades dos cidadãos, priorizando o coletivo sem afetar os direitos fundamentais do indivíduo.

A tutela da vida por parte do Estado é limitada porque há circunstâncias insolúveis, contudo, sua atuação pode até amenizar as consequências dos fatos. Para uma gestante acometida por uma gravidez de anencéfalo o que o Estado pode fazer é amenizar o problema, nunca solucioná-lo plenamente. A anencefalia é uma fatalidade que não depende das condições da gestante, é preciso, todavia, administrar o fato de maneira a não conturbar sua existência.

Muitos dos doutrinadores defendem a antecipação do parto com a finalidade de eliminar o sofrimento da gestante por ter a certeza de a vida da criança ser curta após o nascimento ou mesmo morrer antes do parto.

A vida é um direito constitucional tutelado. Em defesa do princípio da dignidade da pessoa humana muitos doutrinadores preferem antecipar o parto tirando a vida da criança. Entram em confronto, então, dois princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da vida. Qual deve prevalecer? Pelo princípio da ponderabilidade qual dos dois tem o maior peso? Sendo a vida indisponível, esta deve prevalecer.

Com uma liminar extremamente polêmica o Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal – STF, o Brasil corre o risco de aprovar o aborto em casos de anencefalia e também em outros casos.

A liminar (isto é, uma decisão provisória) concedida no dia primeiro de julho de dois mil e quatro será apresentada para julgamento definitivo no Plenário do Supremo Tribunal Federal, em data a ser definida. Dos onze ministros que compõem o tribunal e devem julgar a ação, bastam seis votos para confirmar a decisão liminar, e quatro juízes, incluindo o relator Marco Aurélio, já se declararam publicamente a favor da mesma.

#### 5.4 OS FETOS ANENCÉFALOS TÊM VIDA

Há várias evidências no feto que provam ele tem vida. Sobre o assunto, descreveu com bastante propriedade, o Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles (O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ABORTO..., 2004).

Os fetos anencefálicos são vivos, sentem dor, se desenvolvem ao longo de uma gestação normal e a criança nasce com vida, porém costuma ter uma sobrevivência extra-uterina curta, questão de algumas horas ou no máximo alguns meses de vida. A incidência é de 0,1 a 0,7 caso em cada mil nascidos, com predomínio do sexo feminino.

No Brasil, o Código Penal (1940) define o aborto como crime contra a vida. Não é considerado crime em dois casos: quando a gestação é fruto de estupro; quando não há outro meio para se salvar a vida da mãe.

Como a gravidez de um nascituro anencefálico normalmente não é resultado de estupro, nem implica risco para a vida da mãe, o aborto nesse caso é claramente proibido pela lei.

Hoje, há possibilidade de se detectar um problema no coração do feto mediante aparelhos modernos. E, ainda, o mais curioso, já se fez cirurgia corrigindo problemas no coração do feto. Isso leva a concluir que a vida da mãe corre risco em raríssimos casos. A medicina evoluiu e evolui dia a dia com pesquisas e descobertas de aparelhos eletro-eletrônicos que produzem imagens e dinâmicas de funcionamentos dos órgãos vitais do ser humano. Oferecendo diagnósticos cada vez mais precisos, conseqüentemente, outrora impossíveis, proporcionando, assim, melhor qualidade de vida assistência à saúde.

## 5.5 ÉTICA

O comportamento humano na convivência interpessoal e social leva Samel (2011) no artigo: O Papel da Ética na Vida das Pessoas, a definir ética como:

Uma definição simples nos levaria a entender que Ética é tudo aquilo que é moralmente correto. Abrangendo um pouco mais, diríamos que a Ética é representada por um conjunto de princípios, normas, regras e disposições, tendo por objetivo balizar as ações humanas face às suas relações uns com os outros em família, em grupo, nas organizações em geral, nas instituições públicas e privadas e no campo do Direito, em geral. Em última instância, a Ética existe como uma referência para que os seres humanos em sociedade não se afastem da moralidade e se tornem cada vez mais dignos de ser chamados de *homo sapiens*.

## 5.6 VALORES ÉTICO-MORAIS

Pode estar a caminho de se instaurar um tecnicismo, a ponto de se desprezar os valores ético-morais, optando-se por uma ideologia meramente materialista. Seria o homem um animal simplesmente racional? Não seria o homem constituído de sentimentos de amor e solidariedade para com seu semelhante? Enfim, uma série

de valores arrolados na história da humanidade constitui o código de ética. Ficariam esses valores desprezados e inertes? É o caso de se humanizar certos comportamentos providos de valores anímicos sedimentados ao longo de muitos de anos. O homem não é só matéria. É uma unidade binômica – materialidade e espiritualidade – inserida no tempo e espaço, relativizada socialmente.

A grandeza da essência da vida pode ser observada em fatos concretizados em experimentos científicos. Cita-se o caso de uma mulher que recebeu um implante de embrião que estava congelado havia 21 anos, e prosseguiu-se o desenvolvimento de cujo resultado final surgiu uma criança normal. Os fatos da vida abrigam segredos fenomenais! (Matéria publica pela Folha de São Paulo há algum tempo).

Outro caso curioso ocorreu no Oriente Médio. Em escavações arqueológicas foram encontradas três sementes de uma espécie de palmeira com idade aproximadamente de dois mil anos. Certa pesquisadora cultivou as sementes e duas delas germinaram dando origem a duas palmeiras daquela espécie (Matéria publicada pela Folha de S. Paulo há algum tempo).

Os fenômenos relacionados com à vida são ainda pouco explorados, por isso, exige-se muita cautela diante de deduções precipitadas.

## 5.7 A ÉTICA COMO SUSTENTÁCULO DA SOBREVIVÊNCIA HUMANA

A humanidade subsiste na face da terra graças à observância dos princípios éticos como salienta Samel no artigo “O Papel da Ética na Vida das Pessoas”:

Fica, portanto, muito claro que a Ética se assenta no respeito mútuo entre as pessoas. Sua abrangência fica bem estabelecida quando pensamos em termos de esfera de ação de cada um. Violar ou invadir a esfera de ação do outro significa deixar de agir eticamente. Sem Ética, isto é, sem a referência aos princípios humanitários comuns a cada e a todos os povos, nações, religiões, doutrinas etc. que constituem o cabedal histórico e cultural da humanidade, esta já teria soçobrado e desaparecido da face da Terra. (SAMEL, 2011).

Seria atitude ingênua acreditar que a ética é aplicada em plenitude no meio social. Em vista disso, Samel (2011) declara:

Limitados ao espaço deste artigo, poderíamos dizer que, na teoria, a Ética é uma coisa e na prática é outra, e isso porque o que esses códigos estabelecem está longe de ser cumprido à risca, sendo muitas questões levadas ao crivo do ordenamento jurídico, pois há ainda muitas injustiças quanto ao respeito aos direitos humanos envolvidos.

## 5.8 COLISÃO DE PRINCÍPIOS

Havendo colisão deve-se recorrer ao princípio da ponderabilidade, eliminando o de menor peso. Os princípios éticos podem decidir o impasse do aborto ou não de fetos anencefálicos.

## 6 ANENCEFALIA VISTA PELO JUDICIÁRIO E PELA DOUTRINA

### 6.1 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS

A anencefalia afeta diretamente o mais importante dos direitos fundamentais, que é a vida. É uma situação, do ponto de vista médico, sem tratamento e sem cura. A tentativa de busca para uma solução é múltipla, envolvendo as mais variadas ciências, cujo foco principal é a jurídica na que recai o desfecho final para a resolução do impasse mediante processo legal.

Por natureza, se torna polêmica e cada ciência quer dar explicações convincentes para solucionar o problema.

O direito, como qualquer ciência, não é autônomo, mas multidisciplinar. Precisa, pois, recorrer a outras disciplinas para sustentar seus conceitos e levar a soluções práticas.

O judiciário é a seara em que se recorre para buscar resolver o tão polêmico obstáculo. Os tribunais disponibilizam solução para aqueles que a buscam. Estes, por força de ordem de procedimento, são inertes e só agem se provocados. Mas, quando incidem crimes contra a vida, o Ministério Público brasileiro age de ofício.

Menciona-se um exemplo concreto de autorização de aborto e se colaciona a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG): “AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. GRAVIDEZ. INTERRUPTÃO. MÁ FORMAÇÃO DO FETO. CONSTATAÇÃO TÉCNICA E MÉDICA DE VIDA INVIÁVEL. APELO DA MÃE A QUE SE DÁ PROVIMENTO”.

Justificativa da decisão:

O fato da ausência de previsão autorizativa para o aborto no art. 128 do CP não impede que o Judiciário analise o caso concreto e o resolva à luz do bom senso e da dignidade humana, preocupando-se com a saúde da própria mãe. Havendo constatação médica de inviabilidade de vida pós-parto, dada a ausência de calota craniana no feto - anencefalia - o Judiciário

deve autorizar a interrupção da gravidez até como medida de prevenção profilática à genetriz.

**PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. FETO QUE APRESENTA ANENCEFALIA. DOCUMENTOS MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA EXTRA-UTERINA** Nos dias atuais, com os avanços tecnológicos aplicados, especialmente, às áreas médica, radiológica, biológica e genética, pode-se detectar toda a situação do feto, como no caso dos autos, em que se constatou a ocorrência de má-formação fetal, consistente em defeito de fechamento do tubo neural proximal, com conseqüente ausência de formação da calota craniana e atrofia da massa encefálica. Nesse sentido, considero viável e oportuna uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, da Lei Penal, admitindo o aborto em decorrência de má formação congênita do feto (anencefalia), evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, considerando que os pais já sabem que o filho não tem qualquer possibilidade de vida 'extra-uterina'. Deve ser afastado o entendimento de que o cumprimento da decisão de antecipação do parto está sujeito a avaliação que o médico vier a fazer. V.v.: Expedindo-se o pretendido alvará, os médicos assistentes da requerente é que verificarão a conveniência e a oportunidade da operação.

Como se divisa, na doutrina e jurisprudência trazidas à lume, sobressai em situações angustiantes como a que se descortina nos autos a necessidade de impingir efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa do Brasil, do qual emanam todos os demais postulados consagrados na Carta Política.

Finalmente, impende gizar que é preciso compreender a dignidade humana em seus múltiplos aspectos, de forma a garantir um mínimo de direitos fundamentais capazes de proporcionar uma vida com dignidade. Sendo assim, devem os operadores do direito orientar-se no sentido da concretização do princípio em comento, referência ética que tem absoluta prioridade.

Decisão:

ANTE O EXPOSTO e tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO autorizando a interrupção terapêutica da gestação da Requerente, a ser realizada por médico(s) habilitado(s) para tal desiderato, em Hospital indicado pela mesma.

Expeça-se o alvará para os fins consignados.

P.R.I.

Ipatinga, 06 de abril de 2010.

MARIA APARECIDA DE O. GROSSI ANDRADE ANDRADE  
Juíza de Direito.

## 6.2 POSICIONAMENTO DESFAVORÁVEL DEFENDIDO PELO JURISTA E DOUTRINADOR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Gandra Martins examina a questão do aborto somente pelo prisma da Constituição Federal, sem conotações de natureza religiosa, pessoal, sociológica ou de qualquer espécie. Afirma que a Constituição Federal (BRASIL, 1988), proíbe o aborto. Ele analisa o artigo 5º, priorizando o direito à vida como o mais importante. Desse modo, leciona com o seguinte texto a interpretação do direito à vida:

A Constituição Brasileira proíbe o aborto. O artigo 5º claramente cita, entre os cinco direitos mais relevantes, considerados fundamentais, o direito à vida. Se se interpretar que a ordem de sua enunciação pressupõe a sinalização de importância, dos cinco é o mais relevante. A atual Constituição, claramente, assegura 'o próprio direito à vida', reiterando no bojo do artigo 5º, ser vedada a pena de morte no país. Assim, mesmo nos crimes mais hediondos, o criminoso não pode ser punido com a morte.

O Brasil assinou o Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional sobre direitos humanos. Os tratados assinados pelo Brasil são incorporados na Constituição Federal no § 2º do artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O artigo 4º, desse pacto, traz a seguinte disposição: “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida este direito está protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção” (SÃO PAULO, 1992).

Gandra, no sentido de reforçar os direitos do nascituro, recorre ao artigo 3º, da Declaração Universal de Direitos Humanos. “Todo o ser humano tem direito à vida”

Também a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organizações das Nações Unidas (ONU), afirma que: “A criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a proteção legal, tanto antes como após seu nascimento”.

Nessa mesma linha, o Pacto de São José, no artigo 1º estabelece que “pessoa é todo ser humano”; no artigo 3º, que “tem o direito de reconhecimento de sua

personalidade jurídica”, e o artigo 4º, que define que tal direito deve ser protegido pela lei “desde o momento de sua concepção”. E, ainda, o artigo 2º do Código Civil brasileiro, preconiza: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”

Lembra ainda que o artigo 5º, da Lei Suprema, é cláusula imodificável, por força de seu artigo 60, § 4º, inciso IV.

São abundantes os argumentos contra o aborto apontados por Gandra que assim conclui: “[...] o arsenal de disposições jurídicas internacionais do Direito brasileiro coincide, e todas apontam para a impossibilidade da constitucionalização do aborto em nosso país” (MARTINS, 2010).

Ives Gandra faz questão de prosseguir sua tese expondo que: “nada obstante, há os que defendem que, pelo neoconstitucionalismo, pode o Supremo Tribunal Federal legislar nos vácuos legislativos” (MARTINS, 2010). E mais:

Nas ações de Inconstitucionalidade por Omissão do Congresso, ainda quando julgadas procedentes, não pode o STF impor sanções nem estabelecer prazos para que o Legislativo supra a omissão. Não tem, pois, o STF a faculdade de legislar positivamente. (MARTINS, 2010).

O Supremo Tribunal Federal pode, isto sim, classificar uma lei de inconstitucional pura e simplesmente.

Um dado pragmático que põe em destaque a opinião dos brasileiros é o divulgado pela Folha de São Paulo, no mês de novembro de 2010. A pesquisa do jornal revelou que apenas 11% são a favor de ampliar os casos em que o aborto é permitido, enquanto 71% opinam a favor de manter a atual legislação. Conclui-se que: “[...] no Estado democrático brasileiro, a população rejeita o aborto, prestigiando o respeito ao direito à vida. Como se percebe, a questão não é religiosa, mas jurídica, refletindo, de rigor, a vontade da maioria da população brasileira, contrária ao aborto” (MARTINS, 2010).

Martins enfatiza que a Constituição Federal preceitua que tanto o parágrafo 2º quanto o artigo 5º são cláusulas pétreas e não podem ser modificadas nem por

emenda constitucional, como declara o parágrafo 4º inciso IV, do artigo 60 da Lei Suprema que reza: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais” (MARTINS, 2003).

Sob a ótica biológica, todos têm, desde a concepção, todas as características inerentes à sua constituição corporal até o fim natural da vida. No plano jurídico, a vida é protegida desde a concepção. Nesse sentido, Martins (2003) conclui que:

[...] qualquer lei ordinária que venha legislar sobre o aborto, pretendendo, torná-lo admissível no Brasil, será manifestamente inconstitucional, podendo ser objeto de Ação de Controle Concentrado de Constitucionalidade na Suprema Corte, passível de ser proposta por qualquer das entidades legitimadas no artigo 103 da Lei Maior brasileira [...].

Portanto, qualquer lei ordinária que pretendesse alterar o caput do artigo 5º fica sem efeito por ser cláusula pétrea.

## **7 A QUESTÃO DA ANENCEFALIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O Supremo Tribunal Federal ainda não votou definitivamente a questão como um todo, ainda é desconhecida a decisão em relação a antecipar o parto de nascituro com anomalia congênita, especificamente a falta da calota craniana com prejuízo para a sobrevivência fora do útero materno.

Mais de sete anos se passaram depois de ter chegado ao Supremo Tribunal Federal a ação que pede autorização para o aborto de gravidez de anencéfalo.

O argumento para justificar a legalização do aborto em caso de anencefalia é o fato de que a criança sobrevive no máximo algumas horas após o parto normal.

Em julho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde formalizou, mediante o patrono Luis Roberto Barroso, pedido para interromper a gestação de fetos anencefálicos. A entidade pleiteia a liberação para não sofrer penalidades decorrentes de crime tipificado no Código Penal.

Para a entidade, o caso não é de aborto, mas de “antecipação terapêutica de parto,” por se tratar de um problema de saúde pública. O Ministro Marco Aurélio, em julho de 2004, autorizou, por liminar, a interrupção de gravidez de anencéfalo. Nesse período, os Ministros estavam de recesso.

Na decisão, ele reconheceu o “direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudos médicos atestando a deformidade” (MELLO, 2004 apud Supremo Tribunal Federal).

Em outubro, o Supremo Tribunal Federal cassou a liminar por sete votos a quatro. Hoje, quatro Ministros que participaram foram substituídos por outros quatro. A tendência de votos pode ser alterada por conta dessa substituição.

O Ministro Peluso, atual presidente da Suprema Corte, na cassação da liminar pronunciou: “a história da criminalização do aborto mostra que essa tutela se fundamenta na necessidade de preservar a dignidade dessa vida intra-uterina, independente de eventuais deformidades que o feto possa apresentar”.

Em entrevista concedida em abril de 2011, o Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011) deixou clara sua posição:

Sobre o feto anencéfalo, eu li um artigo e até guardei. Essa escritora usou uma expressão forte: será que uma mãe é obrigada a ficar realizando o funeral do seu filho durante nove meses? Eu acho que isso deveria ser uma questão plebiscitária feminina. As mulheres tinham que decidir. É um consectário [resultado] do estado democrático de direito. Não podemos julgar à luz da religião, porque o estado é laico.

No caso do Ministro José Antonio Toffoli, pois, pode se declarar impedido porque, quando era advogado-geral da União, o órgão deu parecer na ação (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), a expectativa de sua decisão é a de defender a interrupção de gravidez de feto anencefálico.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal não especifica a decisão sobre o caso, juízes e tribunais nos Estados optam por decisões adversas:

Caso Toffoli resolva participar do julgamento, a expectativa é de que ele também defenda a interrupção de gravidez. Quando ele era advogado-geral da União, profissionais submetidos a ele enviaram ao STF um parecer defendendo a causa. Enquanto o tribunal não define uma posição sobre o assunto, juízes e tribunais nos estados têm tomado decisões diferentes. Na maioria dos casos é autorizada a interrupção da gravidez. Entre os argumentos mais comuns estão a preservação da saúde psicológica da mulher e a tese de que apenas o recém-nascido tem sua vida garantida pela Constituição; enquanto que o feto, não.

Por enquanto não se tem certeza do resultado da votação da Suprema Corte. A decisão pode ser uma combinação de ponderabilidade social, política, econômica, filosófica, e, mais outras espécies. Procuram estar numa posição técnica com tendência para laicidade do Estado. Ou, em contraposição, a escolha de decisão ético-moral de conformidade com a própria consciência.

A anencefalia é um fato polêmico no que concerne à interrupção ou não da gravidez da mulher que carrega no seu útero um nascituro com esse tipo de anomalia com característica irreversível. A decisão consiste em dois caminhos: um da autonomia da

vontade da gestante e outro da justiça tutelar, procedimentos regulados pelo sistema legal. O sistema legal brasileiro não permite, em tese, o aborto eugênico. Nem no caso específico de anencefalia, apesar de ter vida inviável logo após o nascimento.

Os tribunais brasileiros não são unânimes em proteger a vida a qualquer custo. Eufemisticamente chamam de antecipação de parto terapêutico com o objetivo de descaracterizar o aborto, que é ilegal no Brasil. Essa espécie de procedimento poderia se chamar de eutanásia, ou seja, morte realizada por misericórdia ou piedade. Esta conduta também não é admitida pelo Código Penal brasileiro.

Mencionam-se exemplos de casos reais de autorização de aborto de feto anencéfalo. A Terceira Câmara Criminal de Justiça do Rio Grande do Sul autorizou interrupção de gravidez de gestante de feto anencefálico. No entendimento dos desembargadores, diante de feto com anencefalia, impedir o aborto é submeter a gestante a sofrimento inaceitável.

Certa mulher grávida recorreu ao Tribunal de Justiça Gaúcho contra decisão de primeira instância, que negou seu pedido.

A relatora do caso, em segunda instância, desembargadora Elba Aparecida Nicolle Bastos (INTERRUPÇÃO..., 2005), enfatizou que: “o direito penal não pode exigir das pessoas comportamentos heroicos, logo, a lei penal não deve ser aplicada cegamente sem análise minuciosa do caso concreto”. Para a desembargadora:

O caso sob apreciação é excepcional pelas suas características e, mesmo não estando apoiado nos dispositivos penais vigentes tem embasamento na causa supralegal da inexigibilidade de outra conduta, porque nem o direito, tampouco a lei positiva podem exigir heroísmo das pessoas a ponto de violar sua higidez mental e psíquica e a própria dignidade, no caso da gestante. (INTERRUPÇÃO..., 2005).

Tribunais de outras localidades optaram pelo abortamento de fetos anencefálicos enquanto o Supremo Tribunal Federal não julga a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) que discute a permissão ou não do aborto de fetos anencefálicos. Tribunais de alguns Estados da Federação autorizam o aborto de anencéfalo antes mesmo da decisão do Supremo Tribunal Federal.

## 7.1 PETIÇÃO INICIAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº 54) movida pelo patrono Luiz Roberto Barroso, tem como argumentação básica ao Supremo Tribunal Federal e consiste em:

A antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalos situa-se no domínio do senso comum e não suscita quaisquer das escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária da gravidez viável. Não existe nenhuma proximidade entre nossa pretensão e o chamado aborto eugênico. Há antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto, como tipificado no código penal. No aborto a morte do feto deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade da vida extra-uterina do feto, que não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Não há potencial de vida a ser protegido. Somente o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de um aborto.

Alhures se fez menção de que o feto anencefálico tem vida comprovada pelas próprias características fisiológicas do mesmo.

O Código Penal brasileiro não disciplina expressamente essa prática (antecipação de parto de anencéfalo). Apenas faz referência a aborto e gestante, concluindo-se que se trata de gravidez, sem especificar circunstâncias fisiológicas do produto da concepção.

Mirabete (1985, p. 73) conceitua aborto de maneira específica para cada etapa da gravidez. Sua dissertação assim se expressa:

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

A esse respeito, Celso Delmanto. (2007, p. 373), no Código Penal Comentado, disciplina aborto como: “[...] vontade livre e consciente de interromper a gravidez e causar a morte do produto da concepção [...]”. Disciplina também: “O início da gravidez se dá a partir da implantação do ovo (nidação) na cavidade uterina” (p. 373).

## 7.2 OS ARGUMENTOS DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA

Em julho de 2004, entrou em pauta a discussão sobre abortar ou não fetos anencefálicos. Fonteles se posiciona radicalmente contra antecipar o parto em ocorrência dessa anomalia congênita e detectável mediante exame de ultrassonografia já nos primeiros meses de gravidez. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, Procuradora Geral da República, se posicionou a favor da antecipação do parto.

Fonteles rebateu os argumentos e Deborah com fundamentos (conforme a constituição). A ideia central consiste em que: “A maior parte dos fetos anencéfalos morre durante a gestação. Aqueles que não falecem durante a gravidez têm cultíssima sobrevivência, de natureza meramente vegetativa, em geral de poucos minutos, ou horas” (FONTELES, 2009).

A antecipação do parto é inconciliável com a inviolabilidade da vida humana, artigo 5º Constituição Federal (caput).

Fonteles (2009) argumenta:

Com efeito, se a vida humana inviolável, direito pessoal individualmente garantido, conduz-nos à necessária conclusão de que o tempo de duração da vida humana – se 3 segundos, 3 minutos, 3 horas, 3 dias, 3 semanas, 3 meses, 3 anos... – não é fator decisivo para a sua eliminação consentida. A vida humana gestada ou nascida, garante-se sua inviolabilidade, impedindo-se sua morte, insisto por simples projeção do decurso temporal. O juízo, sempre temerário, sobre o tempo de duração da vida humana não chancela seja liquidada. Assim viola-se, arbitrariamente, o que a Constituição Federal quer inviolável.

Pereira ainda assevera:

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressupõe que se respeite a esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem, que tem o poder de tomar decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferências do Estado ou de terceiros.

Esta interpretação também se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal).

Fonteles (2009), em contrapartida, parafraseia: “o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não é o apanágio do individualismo, do egocentrismo, da absoluta supremacia do eu, como o texto reproduzido indica”.

Como se nota, tanto Fonteles como Pereira interpretam (conforme a constituição). Há um confronto interpretativo podendo gerar insegurança jurídica.

Fonteles, na tentativa de clarear o preciso sentido constitucional da dignidade da pessoa humana, esmiúça a composição da vida em todas as suas etapas evolutivas, desde a fecundação até a velhice. Conclui e leva a presunção de que se deve acatar como digna cada etapa da vida humana, com igual dignidade.

Pereira transfere a valoração para mulher gestante, olvidando para um segundo plano a dignidade do nascituro.

Fonteles (2009) se contrapõe a Pereira enunciando:

O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana, se resguarda autodeterminação de cada mulher e de cada homem, até porque nós todos, mulheres e homens desde a concepção somos em contínuo e incessante auto movimento nos ciclos que compõem a nossa vida, necessariamente embrionário, a que se inicie, depois fetal, recém-nascido, criança, jovem, adulto e velho, se nos é dado viver todos os ciclos, tanto resguarda não para que se nos enclausuremos, repito, na solidão egocêntrica, eis que somos seres vocacionados, porque também incita em nossa dimensão a sociabilidade, portanto o princípio da dignidade da pessoa humana promove-a como ser social, e disso é expressão eloqüente o artigo 3º, inciso I da Constituição Federal a preceituar que: ‘Constituem objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil: I construir uma sociedade justa, livre e solidária.’

Quem está com a verdade? Ambos interpretam (conforme a constituição). A diferença entre um e outro está no tempo de vida do feto pós-parto ou, então morre no período de gestação, tendo “vida meramente vegetativa”. Este é o parecer de Pereira. Enquanto Fonteles atesta que por mínimo que seja o tempo de vida dentro ou fora do útero, deve ser inviolável e está tutelado de acordo com a Constituição Federal, artigo 5º.

### 7.3 A LIMINAR DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

A decisão liminar do Ministro do Supremo Tribunal Federal, em relação ao aborto de anencéfalo, legalizou temporariamente o aborto de feto anencéfalo. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) moveu ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A ação foi patrocinada pelo advogado Luis Roberto Barroso e protocolada junto ao Supremo Tribunal Federal no dia 17 de junho de 2004 e distribuída para o Ministro Marco Aurélio.

O argumento do autor era de que ‘ao se proibir o aborto de anencéfalos estava se descumprindo um preceito fundamental da Constituição Federal’.

O princípio da vida conflita com os princípios da dignidade humana, da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade, sendo que estes princípios prevalecem sobre os princípios da vida. Foi mediante está ação que se desencadearam, em muitos setores da sociedade, manifestações pró e contra o aborto do feto com anencefalia.

A decisão do Ministro Marco Aurélio declarou legal a prática do aborto eugênico no caso de anencefalia. De modo semelhante ocorreu nos Estados Unidos por um decreto da Suprema Corte.

Ao analisar as implicações da liminar de Marco Aurélio, Luiz Carlos Lodi da Cruz (2004), em artigo publicado na rede social virtual, dispõe a repercussão jurídica em todos os níveis judiciais que consiste no seguinte:

É de se temer que o mesmo esteja acontecendo no Brasil. No dia 1º de julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio emitiu uma decisão liminar, mas com eficácia imediata e efeito vinculante, reconhecendo à gestante o direito

"constitucional" de praticar aborto no caso de se constatar, a partir de laudo médico, que seu bebê padece de anencefalia (ausência de cérebro). A liminar decidiu também suspender o andamento de processos e o efeito das decisões de juízes ou tribunais, ainda não transitadas em julgado, que proibissem tal espécie de aborto. Em outras palavras: por um ato de um único Ministro do Supremo Tribunal Federal, a prática do aborto eugênico (no caso de criança anencéfala) foi declarada "legal", com proibição expressa de outros juízes ou tribunais decidirem em contrário.

Os abortistas perderam a segurança adquirida pela liminar quando foram derrotados pelo Tribunal Justiça do Rio de Janeiro, como expõe o articulista (2004):

Como foi que isso aconteceu? Os abortistas estavam muito contentes com a multiplicação de alvarás judiciais para a prática de aborto eugênico. Criava-se uma jurisprudência que poderia acabar convertendo-se em lei. No entanto, eles sofreram uma dura derrota quando o Superior Tribunal de Justiça, acolhendo dois pedidos de Habeas Corpus (HC 32159 e HC 32757) cassou duas decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que haviam autorizado o aborto de crianças anencéfalas.

Os abortistas criaram uma nova estratégia para conseguir seu intento recorrendo ao Supremo Tribunal Federal como consta a seguir:

Imaginaram então uma maneira de levar o assunto ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que ele se pronunciasse em favor do aborto. O meio encontrado foi uma ação denominada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). O autor da ação foi a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), patrocinada pelo advogado Luís Roberto Barroso. A ação (ADPF 54) foi protocolada junto ao STF no dia 17 de junho de 2004 e distribuída para o Ministro Marco Aurélio. Argumentava a parte autora (CNTS) que, ao se proibir o aborto de crianças anencéfalas, estava-se descumprindo um preceito fundamental da Constituição (!). É difícil imaginar que preceito fundamental é descumprido quando se protege a vida de um deficiente. Segundo a entidade impetrante, ao se obrigar a gestante a não matar seu filho gravemente deficiente, estaria sendo violado o princípio da dignidade humana (!), da legalidade (!), da liberdade e autonomia da vontade (!), bem como os princípios relacionados com a saúde (!). Não é brincadeira. Confira-se a íntegra da decisão do Ministro, em que é apresentado o relatório da petição. Em 23 de junho de 2004, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) protocolou uma petição requerendo ser admitida no processo na qualidade de "amicus curiae" (amigo da corte), pedido esse que foi indeferido pelo Ministro em 25 de junho de 2004. No dia 1º de julho de 2004, às 13 horas, era detonada a bomba: Marco Aurélio proferia a decisão liminar em favor do aborto, com efeito vinculante para todo o país.

Ora, todas as decisões judiciais têm que ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, Constituição Federal). Qual foi a fundamentação da decisão do Ministro? Segundo suas próprias palavras, quando é detectada a anencefalia em um bebê, "a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo (sic). Se assim é - e ninguém ousa contestar (sic) -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade". (CRUZ, 2004).

Marco Aurélio justifica a liminar, argumentando do seguinte modo, conforme interpretação do articulista Cruz (2004):

Note-se que, para Marco Aurélio, a criança anencéfala não é viva e nunca poderá tornar-se viva. Embora ela tenha um coração pulsando, embora reaja a estímulos nervosos, embora movimente-se dentro do útero, embora se alimente e respire pela placenta, ela não tem vida! E mais: a ela nunca poderá tornar-se um ser vivo! Continuará sem vida, ainda que nasça, que respire com os próprios pulmões e que continue com o coração batendo por alguns minutos ou por alguns dias! E o Ministro está tão certo disso que, segundo ele, "ninguém ousa contestar"!

Ausente vida humana intra-uterina, conclui o Ministro que não há que se falar em aborto. A remoção do bebê (que não é um ser humano ou, se é, não tem vida) seria um fato atípico, que não caracterizaria crime. Proibir tal "antecipação do parto" seria uma afronta à dignidade humana, à legalidade, à liberdade e à autonomia da vontade.

Em nome da Igreja Católica, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) se pronunciou novamente, conforme relata o articulista Cruz:

A Presidência da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil foi surpreendida pela decisão solitária do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal que, nos Autos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, entendeu que não há crime de aborto nos casos de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Desta forma, autorizou a interrupção voluntária da gestação de uma vida humana.

Dada a gravidade do caso, a CNBB julga oportuno que tal decisão tivesse sido tomada após ampla reflexão por parte da sociedade e a participação do Plenário da Suprema Corte.

A CNBB confia que o senso de Direito e de Justiça dos Membros do Supremo Tribunal Federal fará reverter a decisão ora tomada.

De fato, a Vida humana, que se forma no seio da mãe, já é um novo sujeito de direitos e, por isso, tal vida deve ser respeitada sempre, não importando o estágio ou a condição em que ela se encontre.

Brasília, 01 de julho de 2004  
Cardeal Geraldo Majella Agnelo  
Presidente da CNBB  
Dom Antônio Celso de Queirós  
Vice-Presidente da CNBB  
Dom Odilo Pedro Scherer  
Secretário-Geral da CNBB

Quem lê a lei 9882/1999, que dispõe sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, observa que seu artigo 5º prevê a concessão de liminar "por decisão da maioria absoluta de seus membros". Como então o Ministro concedeu a liminar sozinho? É que o parágrafo 1º do mesmo artigo diz que "em caso de extrema necessidade ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar ad referendum do Tribunal Pleno". Entendeu, portanto, o Ministro relator que havia uma necessidade extrema (!) ou um perigo de lesão grave (!) que justificava impor a todo o país a obrigação de não proteger os mais deficientes de todos os deficientes: os nascituros anencéfalos.

Tal decisão é provisória. O Ministério Público Federal (representado pelo Procurador Geral da República Dr. Cláudio Fonteles) nem sequer ainda foi consultado. Os outros dez Ministros poderão confirmar ou cassar a liminar. No entanto - e isto é o mais grave - a liminar já está em vigor e tem efeito vinculante: nenhum juiz ou tribunal poderá emitir uma decisão contra ela, até que o Tribunal Pleno se manifeste.

Imaginemos uma hipótese ainda mais apavorante. Se, por absurdo, o STJ confirmar a liminar do Ministro Marco Aurélio, tal decisão, além de ser vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, § 3º, da Lei 9882/1999) será irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória (art. 12 da mesma lei). Estará assim "legalizado" o aborto eugênico no país. E o autor dessa "legalização" não terá sido o Poder Legislativo, mas o Judiciário, que não tem a faculdade de legislar, mas tão-somente de aplicar a lei ao caso concreto.

Costuma-se dizer que, por ser a mais alta instância do Poder Judiciário no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem o direito de "errar por último". Mais grave que errar por último, porém, é impor o erro aos subalternos, que não terão a quem recorrer.

No sistema jurídico brasileiro, cada juiz e cada tribunal goza de independência. Um juiz de primeira instância pode decidir contra o que já decidiu um tribunal em caso análogo. E um tribunal pode decidir contra o que já foi decidido por algum tribunal superior. Nos Estados Unidos, porém, as decisões da Suprema Corte têm efeito vinculante: nenhum juiz ou tribunal pode decidir contra elas. Foi assim que o aborto entrou naquele país.

É de se temer que o mesmo ocorra no Brasil, sobretudo quando, no projeto de reforma judiciária em tramitação no Congresso Nacional, tende-se a conceder ao Supremo Tribunal Federal o poder de emitir "súmulas vinculantes". (CRUZ, 2004a).

Autor do artigo comentado: Luiz Carlos Lodi da Cruz Sacerdote. Presidente do Pró-Vida de Anápolis. Advogado. Estudante de Licenciatura em Bioética no Pontifício Ateneu *Regina Apostolorum* – Roma.

## 7.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CASSA A LIMINAR QUE AUTORIZAVA O ABORTO DE ANENCÉFALOS

Conforme o relato abaixo, o articulista Cruz (2004) pontifica a cassação da liminar nos termos seguintes:

No dia 20 de outubro de 2004, por 7 votos contra 4, foi cassada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal a liminar expedida pelo Ministro Marco Aurélio em 1º de julho de 2004, que reconheceu o direito "constitucional" (?) de suprimir a vida de bebês anencéfalos. Votaram contra a liminar os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Nelson Jobim. Votaram a favor da liminar, além do relator Marco Aurélio, os ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. No entanto - é bom esclarecer - a liminar não foi cassada na íntegra. Foi suspenso o reconhecimento do direito "constitucional" ao aborto eugênico, mas foi mantido o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, relacionadas ao tema. Apenas o ministro Cezar Peluso - que merece nossos aplausos - votou no sentido de cassar a íntegra da liminar, inclusive no que se refere à suspensão dos processos e decisões relativas ao assunto.

Para entender a cassação, é necessário conhecer fatos supervenientes ao processo que venham esclarecer o desenrolar dos procedimentos para o desfecho final. Cruz (2004) narra, sequencialmente cada passo, como se pode observar na exposição a seguir:

No dia 27 de setembro de 2004, o Procurador Geral da República Dr. Cláudio Fonteles (que já havia dado parecer contrário ao aborto de anencéfalos) requereu que o plenário do Tribunal decidisse preliminarmente se é ou não admissível uma ação como essa (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) para se obter a liberação do aborto de anencéfalos, antes de discutir o mérito. Esse seria o assunto da pauta de 20 de outubro de 2004. Ocorreu, porém, um incidente: logo após a manifestação do relator Marco Aurélio (pela admissibilidade da ação, obviamente), o ministro Carlos Ayres Britto pediu vista dos autos. Assim, a discussão da Questão de Ordem foi suspensa. A liminar permaneceria em vigor, assim, até que terminasse o prazo de vista do Ministro (e de outros interessados), e fosse julgada a admissibilidade (não ainda o mérito) da ação. Coube ao Ministro Eros Grau salvar a situação. Perguntou ele ao plenário se era pertinente manter a liminar, uma vez que não fora concluída a discussão quanto à admissibilidade do processo. Por sugestão dele, a manutenção ou não da liminar foi posta em pauta. Por sete votos contra

quatro, ela não foi referendada (confirmada). A cassação da liminar não teve efeito retroativo, mas apenas a partir de agora ("ex nunc").

Em resumo:

- 1) Por enquanto, o Supremo Tribunal Federal não reconhece o direito "constitucional" à morte de anencéfalos. Mas os processos em tribunais inferiores relativos ao tema ficam paralisados (sobrestados) até a decisão de mérito.
- 2) A votação da admissibilidade da ação já começou. Por enquanto, só o Ministro Marco Aurélio votou (a favor dela, é claro). O segundo a votar, ministro Carlos Ayres Brito, pediu vista dos autos, ou seja, um tempo para estudar mais detidamente a questão. Falta, portanto, o voto de 10 ministros.
- 3) Se o plenário entender que a ação não é admissível, o mérito nem sequer será apreciado. Extinguir-se-á o processo sem julgamento de mérito.
- 4) Se o plenário decidir que a ação é admissível, aí sim o mérito será julgado, antes, porém, com a audiência pública a que se referiu o Ministro Marco Aurélio, composta, em sua grande maioria, de entidades pró-aborto.

Há, portanto, um caminho ainda longo a ser percorrido, até que os defensores da vida possam cantar a vitória completa.

No entanto, é inegável que a vitória de hoje, ainda que parcial, é causa de grande alegria para os que prezam os deficientes. (CRUZ, 2004).

## 8 CONCLUSÃO

A anencefalia é uma espécie de problema de saúde da gestante e do feto que, por direito, é tratado pelo Sistema Público de Saúde.

O cidadão tem o direito e o Estado o dever de garantir a diminuição dos agravos causados por doença. Desse modo, o Sistema Único de Saúde conta com recursos materiais e formais para auxiliar a gestante no decurso da gestação, protegê-la com a finalidade de amenizar o sofrimento e de conduzir física e psicologicamente até o parto do nascituro.

Na verdade, o Sistema Público de Saúde, não presta corretamente os serviços regulamentados em lei, apesar de menos da metade dos cidadãos recorrer ao Sistema Único de Saúde para obter atendimento.

Uma mulher em cada dez mil sofre na gravidez com o diagnóstico de feto anencefálico. A incidência dessa anomalia congênita é relativamente pequena, mas a gestante envolvida com esse problema suporta sofrimento considerável.

O risco de gravidez de anencéfalo existe e não há como eliminá-lo. É próprio da natureza humana correr o risco de alguma fatalidade desagradável. Porém, a solução das consequências tem que ser buscada com meios razoáveis e lícitos para não incorrer em danos morais e éticos ainda maiores e implicações próprias do fato.

Tanto magistrados como doutrinadores defensores do aborto de anencéfalo enriqueceram suas justificativas utilizando-se de retórica sem fundamentação jurídica convincente. Eufemisticamente chamam de antecipação terapêutica de parto, o que, sem sombra de dúvida, é morte de nascituro. Ou ainda eutanásia, ou seja, morte antecipada de um ser vivo.

Nessa linha de decisões querem implantar o aborto generalizado restringindo apenas o tempo transcorrido desde a fecundação. Esta conduta viola os princípios éticos e morais oriundos principalmente do senso comum e distorcendo a interpretação conforme a Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Aparecida Maria de O. Grossi Andrade. **Autorização para Antecipação Terapêutica de Parto**. Vistos, etc. 06 abr. 2010, Ipatinga. Disponível em: <[http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2880&itemid=323](http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com_content&task=view&id=2880&itemid=323)>. Acesso em: 15 maio 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006/2007.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Presidência da Republica. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Subsecretaria de Informações. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. stfempauta.com. Plebiscito sobre armas é desnecessário, diz Fux (entrevista). **Consultor Jurídico / BR**, Brasília, p. 1-3, 15 abr. 2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/LuizFux/Entrevistas/2011\\_abr\\_15.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/LuizFux/Entrevistas/2011_abr_15.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reforma agrária – Imóvel rural situado no Pantanal Mato-grossense – Desapropriação-sanção (CF, Art. 184) – Possibilidade - Falta de notificação pessoal e prévia do proprietário rural quanto à realização da vistoria (Lei n. 8.629/93, Art. 2º, § 2º) – Ofensa ao postulado do Due Process of Law (CF, Art. 5º, Liv) – Nulidade radical da declaração expropriatória – Mandado de Segurança deferido. MS 22.164. Impte: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impdo: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 17 de novembro de 1995. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp\\_abdir\\_27\\_9\\_07\\_1.pdf](http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp_abdir_27_9_07_1.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2011.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia à luz do direito internacional e constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2623, 6 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17346>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Aborto vinculante. Decisão liminar do STF declara legal o aborto de crianças anencéfalas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 372, 14 jul. 2004a. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5440>>. Acesso em: 27 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. **STF cassa liminar que autorizava aborto de anencéfalos**: uma vitória parcial, mas muito importante. 20 out. 2004b. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/stfcassa.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FONTELES, Claudio. **Sobre a Anencefalia**. 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://bioetica.blog.br/category/anencefalia-claudio-fonteles/>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal – Parte Especial**. Rio Janeiro: Forense Jurídica, 1995.

GOMES, Luiz Flavio. Em defesa da vida, o aborto. **Clubjus**, Brasília-DF: 15 out. 2010. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.32494>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

INTERRUPÇÃO da gravidez: Tribunal de Justiça gaúcho autoriza aborto de feto anencéfalo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-4, 19 set. 2005. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2005-set-19/tj\\_gaucha\\_autoriza\\_aborto\\_feto\\_anencefalo](http://www.conjur.com.br/2005-set-19/tj_gaucha_autoriza_aborto_feto_anencefalo)>. Acesso em: 17 abr. 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal - Parte Especial**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal – Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 103.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso Básico de Medicina Legal**. São Paulo: Malheiros, 1990.

MARTINEZ, Vinício C. Estado de Direito Social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5494>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aborto: uma questão constitucional. **Jornal de Ciência e Fé**, Curitiba, ano 5, n. 59, dez. 2003 Opinião. Disponível em: <<http://www.cienciaefe.org.br/jornal/0312/MT02.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Opinião de Ives Gandra: O aborto é constitucional? **O Globo**, 20 out. 2010. Disponível em: <<http://teismo.net/quebrandoneoateismo/2010/10/20/opiniao-de-ives-gandra-o-aborto-e-constitucional/>>. Acesso em: 31 jul. 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1985.  
NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O STF E O ABORTO de Anencéfalos: saiba mais. 18 ago. 2004. Disponível em:  
<<http://www.portaldafamilia.org/scpainel/cart017.shtml>> Acesso: 24 jun. 2011.

PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia de volta, **Jornal da Ciência**, 27 ago. 2008.  
Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=58235>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

RE 271.286 – Agr, Rel. Min. Celso de Mello DJ 24/11/2000, RE 393.175, Rel. Min. Celso de Mello, informativo 414, acesso 15/05/2011  
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Ministério Público. **Questão do aborto de feto anencefálico foi apreciada na comarca de São Vicente do Sul**. 10 out. 2007.  
Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/imprensa/noticias/id12276.htm?impressao=1>>. Acesso em: 08 ago. 2011.

SAMEL, Caruso. **O papel da ética na vida das pessoas**. 10 abr. 2011. Disponível em: <<http://carusosamel.webnode.com.br/news/o-papel-da-etica-na-vida-das-pessoas/>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

SÃO PAULO (Estado). Procuradora Geral do Estado de São Paulo. Tratado Internacional. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica). Ratificada pelo Brasil em 25. set. 1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

SILVA, de Plácido e. **O vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Marcel Mont Alegre R. de. **Anencefalia e o Aborto**. 11 jun. 2007.  
Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=913>>.  
Acesso em: 18 maio 2011.

STF JULGARÁ em agosto direito a aborto de anencéfalos. Disponível em:  
<<http://www.volpecamargo.com.br/noticias.php?id=521>>. Acesso em: 04 jul. 2011.