

Eivalda da Silva Bezerra

Controvérsias sobre a legalização do aborto anencefálico

Rede de Ensino Flávio Monteiro de Barros – FMB
Campina Grande
2010

Edivalda da Silva Bezerra

CONTROVÉRSIAS SOBRE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO ANENCEFÁLICO

Artigo Científico apresentado como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Público no Curso de Especialização “lato sensu” promovido pela Sociedade Educacional Leonardo da Vinci juntamente com a Rede de Ensino Flávio Monteiro de Barros – FMB – Unidade de Campina Grande - PB.

Rede de Ensino Flávio Monteiro de Barros - FMB

Campina Grande

2010

CONTROVÉRSIAS SOBRE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO ANENCEFÁLICO

Edivalda da Silva Bezerra*

RESUMO

O aborto é uma prática milenar e ao longo do tempo seu significado diferenciou-se de nação para nação. A questão do aborto de nascituro portador de anencefalia suscita muita polêmica no mundo jurídico atual, uma vez que nossa legislação penal autoriza a prática de manobras abortivas apenas nos casos de aborto terapêutico e no sentimental ou humanitário. Na realização deste estudo utilizamos o método dedutivo, partindo-se de uma construção geral para obter resultados específicos, adotando, para facilitar nossa pesquisa, as técnicas de estudo bibliográficas e jurisprudenciais para posteriormente confrontá-la com o posicionamento da doutrina majoritária acerca da matéria. Com isso, visamos reconhecer o direito à família do nascituro, na pessoa da sua mãe, de decidir pela interrupção ou não da gravidez amparados pela legislação nacional, que deve acompanhar os avanços sociais e culturais para bem salvaguardar os direitos dos cidadãos que a ela se submetem.

Palavras-chave: 1. Aborto; 2. Anencefalia; 3. Vida intra uterina; 4. Direitos do Nascituro; 5. Má formação congênita.

Aluna do Curso de Especialização em Direito Público da Rede de Ensino Flávio Monteiro de Barros.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	04
2.	CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DE ABORTO SEGUNDO NOSSA LEGISLAÇÃO.....	06
	2.1 ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO.....	09
	2.2 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O ABORTO ANENCEFÁLICO.....	11
3.	CONCLUSÃO.....	15
4.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	19

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos são os direitos e liberdades básicos que todo ser humano, a partir da sua concepção possui, assim, entendemos como Direitos Humanos aqueles que resguardam a integridade física e psicológica do cidadão perante seus semelhantes e cabe ao Estado, a partir das suas instituições, garantirem a sua efetivação através da igualdade, fraternidade e da proibição de qualquer espécie de discriminação.

Como dito anteriormente os Direitos Humanos são inerentes a pessoa humana desde a sua concepção, deste modo é salutar compreendermos a extensão desses direitos ao nascituro, qual seja, “o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno”¹ e que possui vida intra uterina reconhecida em nosso ordenamento jurídico, tanto que o Capítulo II da Constituição Federal, intitulado Dos Direitos Sociais, elenca dentre outros a proteção a maternidade como um desses direitos, além disso, o nosso Código Civil em seu artigo 2º põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, de tal maneira que caso o pai venha a falecer estando grávida a mulher e não tendo esta o poder familiar estabelece o artigo 1.779 que se dará curador ao nascituro visando à proteção da nova vida que aguarda nascimento. Além disso, ainda é permitido ao nascituro receber doação desde que esta seja aceita por seu representante legal, e lhe é conferido capacidade para adquirir bens por herança.

Apesar do reconhecimento que goza o nascituro na Lei Civil brasileira, nossa legislação adota a Teoria Natalista, segundo a qual a pessoa concebida possui mera expectativa de direito, apenas adquirindo personalidade a partir do nascimento

¹ PABLO STOLZE GAGLIANO E RODOLFO PAMPLONA FILHO apud LIMONGI FRANÇA, citado por FRANCISCO AMARAL.

com vida. Mas, tal entendimento não é pacífico entre os civilistas, “poder-se-ia mesmo afirmar que na vida intra uterina, tem o nascimento da personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá”².

Entretanto, independentemente do reconhecimento ou não da personalidade jurídica da pessoa concebida seria um absurdo resguardar direitos aquele que possui vida intra uterina se não autorizasse proteção à sua vida. Tamanha é a importância da preservação da vida que o Direito protege as pessoas já concebidas antes mesmo destas terem vida extra uterina, assim qualquer ato contra a integridade do feto por ser considerada uma ação para impedir o pleno deleite dos seus direitos que pode levar a consequências penais.

No entanto, diante da impossibilidade de vida extra uterina do produto da concepção por ser este portador de uma má-formação encefálica, denominada de anencefalia, como deve se comportar o ordenamento jurídico brasileiro? Esse questionamento é importante para se esclarecer à possibilidade do profissional de saúde a luz da legislação nacional realizar a extirpação do feto anencefálico com a exclusão da sua culpabilidade, assim como, da gestante que tenha tomado tal decisão.

² PABLO STOLZE GAGLIANO E RODOLFO PAMPLONA FILHO apud MARIA HELENA DINIZ.

2. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DE ABORTO SEGUNDO NOSSA LEGISLAÇÃO

Conceitualmente o aborto é a interrupção da gravidez (com ou sem a expulsão do embrião) que culmina com a eliminação do produto da concepção. Segundo DAMÁSIO (2009, pág. 119) a origem etimológica da palavra, que provém do latim, significa *ad* privação e *ortus* nascimento. O Código Penal brasileiro emprega a palavra *aborto* para se referir ao crime de privação do nascimento, apesar da palavra *abortamento* ter maior significado técnico por indicar a conduta de abortar, enquanto que a primeira se refere à pessoa concebida cuja gravidez foi interrompida.

Antes de iniciarmos a discussão propriamente dita do tema cabem algumas considerações históricas sobre o aborto.

A ação de abortar existe desde os primórdios da humanidade, embora seus primeiros registros nos remetam a China durante o século XXVIII antes de Cristo. Sendo assim, constata-se que a prática de manobras abortivas sempre foi utilizada, entretanto, os povos primitivos, limitavam-se a tecer considerações religiosas e morais sobre o assunto, não prevendo, assim, tal prática como um ato criminoso.

O aborto, no curso da história, chegou a ser muito utilizado como método de controle do crescimento demográfico. Contudo, algumas pessoas começaram a se insurgir contra as práticas abortivas por entenderem que o ser em formação detinha o direito à vida, assim como, pretendiam defender também a gestante e a própria sociedade, em virtude do direito que assiste a esta de ter novos cidadãos.

A nossa legislação penal atual considera o nascituro uma pessoa, tanto que tutela-se a vida humana, visto que, “o produto da concepção *vive*, o que é suficiente

para ser protegido (DAMÁSIO, 2009, pág. 120)”.

Desde os primórdios o direito penal pátrio apresentava normas de conduta referentes ao aborto. No período Imperial o Código Penal do Império regulamentava o tema em seu Título II intitulado "Dos crimes contra a segurança individual" na Seção III "Aborto" nos artigos 199 e 200. A sanção aplicável nessas disposições pressupunha a prática de aborto por terceiro, com ou sem o consentimento da mulher como estabelecia o artigo 199, assim como o fornecimento, com o conhecimento de causa, de drogas ou quaisquer outros meios para fins abortivos ainda que a intenção não se realizasse conforme o artigo 200. Vale ressaltar que se o desfecho culminasse com a morte da gestante o autor, terceiro que provocou ou a auxiliou na prática do aborto, responderia pelo crime de homicídio sendo-lhe atribuídas penas distintas conforme a consciência ou não da grávida em relação às manobras abortivas. Nos anos de 1890, 1940 e 1969 importantes e significativas ocorreram na legislação nacional.

Hodiernamente, considera-se que o aborto pode ser natural, acidental, criminoso e legal ou permitido, o nosso Código Penal disciplina a matéria entre os artigos 124 e 128. O aborto natural e o acidental não são puníveis, pela razão óbvia da ausência de culpabilidade materna, visto que, no primeiro a interrupção da gravidez se dá por motivo natural, alheio a vontade da mãe, enquanto que o segundo geralmente ocorre em consequência de traumatismo. Dentre os tipos de aborto que são legalizados, presentes no artigo 128 do CP, há o terapêutico, empregado para salvaguardar a vida da gestante e o chamado aborto sentimental ou humanitário quando a gravidez decorre de estupro. Além desses, há, também, o eugenésico ou eugênico que deve ser empregado quando as condições fisiológicas do feto são desfavoráveis a sua sobrevivência no meio

extra uterino e o aborto social ou econômico que é consentido para famílias numerosas, visando não agravar sua situação financeira, entretanto, nossa legislação não admite essas modalidades de privação do nascimento. Nosso Código Penal classifica o crime de aborto como próprio ou comum quanto ao sujeito, doloso (preterdoloso na figura qualificada), comissivo ou omissivo, de dano, instantâneo, plurissubsistente e de forma livre.

Note-se, ainda, que o artigo 124 do referido diploma legal tipifica a conduta de auto-aborto como outrora não o fizera, este se configura quando a própria gestante pratica atos que a leva a abortar o produto da concepção utilizando-se para tanto de meios químicos ou físicos, independentemente de instigação ou auxílio de outrem.

Quanto ao aborto praticado por terceiro com ou sem consentimento da gestante, configura-se conduta tipificada nos artigos 125, 126 e 127 do CP como crime, cuja sanção poderá ser aumentada de um terço ou ser duplicada, no primeiro caso se em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo a gestante sofre lesão corporal de natureza grave e ocorrendo a morte da gestante deverá ser aplicada a qualificadora de duplicação da pena.

Por fim, embora o abortamento já pertença ao nosso direito positivo, ainda gera muitas discussões, principalmente quando se considera a religiosidade característica da cultura brasileira e que se posiciona contrária adoção de tal prática. Torna-se, assim, mais interessante a abordagem realizada posteriormente, a qual versa sob o direito da mulher em interromper ou não sua gravidez, quando diagnosticado que o produto da concepção é portador de uma má-formação encefálica, denominada de anencefalia.

2.1 ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO

Inicialmente, necessita-se esclarecer em que consiste a anencefalia, um termo científico para se referir à má formação rara do tubo neural acontecida entre o décimo sexto e o vigésimo sexto dia de gestação, caracterizada pela inexistência parcial do encéfalo e do crânio, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, assim o anencéfalo não possui nenhum tecido cerebral e se possuir é inutilizável, portanto, não há formação do córtex cerebral nem dos hemisférios cerebrais. Essa anomalia atinge cerca de um em cada mil bebês. Vale ressaltar que a anencefalia somente ocorrerá se o problema com o fechamento do tubo neural atingir a extremidade distal deste, pois, ao contrário, o defeito ocorrendo na extensão do tubo neural dar-se-á origem a espinha bífida, na qual o feto tem a espinha exposta ao líquido amniótico ou separada deste por uma camada de pele.

A diabete aumenta em seis vezes a probabilidade de gerar filhos com este problema, além disso, outras situações contribuem para o aparecimento dessa anomalia fetal, como a idade avançada ou quando as gestantes ainda são adolescentes. Curioso é que a ingestão de ácido fólico antes e durante a gestação é uma das formas de prevenção mais eficazes, visto que, apesar da ocorrência da anencefalia não pode ser ligada a uma causa específica por ser um defeito multifatorial, alguns especialistas a relacionam, principalmente, às deficiências de vitaminas do complexo B, especialmente o ácido fólico. Tanto é verdade que em nosso país foi determinado o enriquecimento da farinha com o ácido fólico para prevenir o aparecimento de defeitos do tubo neural.

Outros fatores desencadeadores da má formação do tubo neural,

especificamente no que tange ao aparecimento da anencefalia, são possíveis citar o álcool, o tabagismo, o uso de antiepiléticos e outras drogas lícitas ou ilícitas, alterações cromossômicas histórico familiar, ou ainda exposição a altas temperaturas, entretanto, não é possível determinar a precisa contribuição de cada uma destas causas para que o tubo neural não seja corretamente concluído.

Apesar de a gravidez poder ser levada adiante normalmente, em muitos casos as mães são aconselhadas a interromper a gravidez ou mesmo esta vontade parte delas. Entretanto, no Brasil a interrupção é crime, pois o aborto permitido ou legalizado só pode ocorrer em duas ocasiões previstas no artigo 128 do Código Penal, quais sejam, quando a gravidez resultou de um estupro ou quando a vida da mãe está em risco.

Interessante é analisar a legislação brasileira, especificamente a Lei 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, a lei de Transplante de Órgãos, que curiosamente em seu art. 3º prevê a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano *post mortem*, que serão destinados a salvar vidas através de transplante, somente quando for diagnosticada a morte encefálica do paciente, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção de transplantes. Neste caso a lei claramente autoriza a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, como dito acima, desde que constatado a morte encefálica, com isso, se obteria a morte biológica do paciente. Portanto, o legislador brasileiro, aceita a morte encefálica do paciente como prioridade para o transplante, mas não a consente no caso do nascituro anencefálico, em clara contradição ao princípio da razoabilidade e em flagrante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana que rege o Direito Penal brasileiro.

Cabe-se ressaltarmos que o CP atual é da década de 1940, quando a

sociedade brasileira vivia outra realidade e a ciência não conhecia os avanços atuais, conseqüentemente tal posição era cabível para a época. Na conjuntura atual, vivemos um período de grande desenvolvimento tecnológico como também sócio cultural, permitindo dessa forma o aborto eugênico para as gestantes que desejarem realizá-lo, sem prejuízo para a mesma ou para o médico que o realize.

2.2 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O ABORTO ANENCEFÁLICO

As bases do Estado brasileiro hodierno estão em consonância com os Direitos Humanos tanto nas suas relações internacionais, como prescreve o artigo 4º da CF de 1988, quanto para com seus cidadãos como podemos perceber através do artigo 1º da mesma que assegura a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil.

O Brasil, enquanto um Estado Democrático de Direito baseado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana protege o direito à vida de todos os seus cidadãos, até mesmo daqueles que possuem apenas vida intra uterina, tanto que a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 5º este direito como cláusula pétrea, o que significa que o *caput* do artigo supracitado não pode ser alterado por emenda, assim da mesma maneira à prevalência pela vida e pela dignidade humana nos incisos daquele artigo e nos artigos seguintes.

Entretanto, nas últimas décadas a ciência tem desfrutado das facilidades proporcionadas pelos avanços tecnológicos, de tal forma que hoje é possível se

identificar com precisão alguma malformação fetal, dentre elas a anencefalia, alvo principal de discussão nesse estudo. Diante disso, alguns juízes tem autorizado judicialmente o aborto de fetos anencéfalos, prevalecendo a dignidade da mãe, seu direito à liberdade e o direito à saúde, tais decisões comumente alvos de protestos de grupos religiosos e laicos contrários ao aborto geram muitas polêmicas na sociedade civil. A primeira vez na história do Direito Penal brasileiro que se autorizou o aborto de um feto portador de anencefalia numa gestação de 20 (vinte) semanas foi na Comarca de Londrina, em 19 de dezembro de 1992, quando o ilustre desembargador Dr. Miguel Kfoury Neto, então juiz na cidade, autorizou judicialmente o aborto.

Nesse âmbito a doutrina subdivide-se em três correntes distintas para justificar a não aplicação da pena, prevista na parte especial do código penal de 1940, para o crime de aborto em relação à genitora e ao médico que realizou o ato. Para alguns o aborto nesses casos recai na hipótese de *inexigibilidade de conduta diversa*, outros defendem a hipótese de *excludente de ilicitude* e há quem defenda que o fato é *materialmente atípico*, já que o feto portador de anencefalia só sobrevive graças ao metabolismo materno. Entretanto, dentre as correntes supracitadas a que melhor solução apresenta é a tese da inexigibilidade de conduta adversa como causa de exclusão da culpabilidade nas hipóteses de aborto anencefálico.

Os defensores da teoria da inexigibilidade de conduta adversa asseveram que esta surgiu no direito estrangeiro, inicialmente no Tribunal do Império Alemão, *Reichsgericht*, e mais modernamente se observa os seus reflexos na legislação de países como Paraguai, Argentina, Espanha e Itália. Portanto, verificamos que os países de fronteira com o Brasil avançaram na Ciência Penal ao codificar o conceito com o

escopo de dirimir situações em que as demais excludentes de ilicitude não se prestem a indultar o agente, que nas circunstâncias em que se encontrava não poderia agir de outra maneira, como na hipótese de aborto eugênico³.

A Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde (CNTS) propôs junto ao Supremo Tribunal Federal uma Ação de Arguição de Preceito Fundamental (ADPF)⁴ de nº54 com a pretensão de consolidar a idéia, a muito proclamada pela classe médica, de que o aborto de anencéfalo é terapêutico, e assim, decidissem pela procedência do pedido da inicial e declarassem, em analogia a Lei 9.868/99, a inconstitucionalidade dos artigos 124, 126 *caput* e 128, I e II que não admitem a antecipação terapêutica do parto realizada em caso de o produto da concepção ser portador de anencefalia. Por fim, solicitaram ainda que fosse permitido à gestante fazer antecipação terapêutica do parto a partir do momento em que obtivesse a confirmação da anencefalia fetal e que os processos em andamento fossem suspensos, como também as decisões judiciais de condenação por aborto eugênico.

O Ministro relator na ADPF nº 54 supramencionada, o Sr. Marco Aurélio, deixou claro ser favorável a interrupção da gravidez de fetos com malformação congênita, justificando sua posição pelo fato do Direito Constitucional proteger a vida que não existe na hipótese em análise de bebês anencéfalos. Nessa mesma linha de pensamento encontra-se o Ministro Celso de Melo que ressalta a necessidade de

³ Para melhor compreendermos essa teoria cabe ressaltar a definição de culpabilidade segundo a doutrina brasileira, qual seja a reprovação da ordem jurídica de uma conduta humana descrita em lei, para tanto o agente deve ser imputável, ou seja, ter capacidade genérica de entender e querer, podendo nas circunstâncias em que o fato ocorreu conhecer sua ilegalidade, o que o responsabiliza pela sua conduta ilícita, típica e antijurídica.

⁴ Cabe ao STF a competência para apreciação da arguição de preceito fundamental, segundo estabelece nossa Carta Magna em seu artigo 102, § 1º e a Lei 9.882/99. Os legitimados para a propositura da ação estão determinados no artigo 103, I a IX da CF/88.

neutralidade confessional exigida em nosso sistema constitucional, o qual não admite subordinação a princípios morais e religiosos, assim como a convicções pessoais. Assim, por sete votos a quatro o STF deferiu, provisoriamente, o pedido da ADPF n°54.

Entretanto, a liminar foi derrubada por sete votos a quatro em outubro do mesmo ano com fundamento de que o STF estaria incluindo no Código Penal uma nova modalidade de aborto, tarefa que cabe apenas ao legislador. Em 2008 a matéria voltou a ser debatida no STF, ocasião em que a sociedade civil foi convidada a apresentar argumentos a favor e contra o aborto eugênico, mas nada foi decidido estando o processo ainda em andamento.

3. CONCLUSÃO

Com base no que foi exposto concluímos que conceitualmente o aborto é a interrupção da gravidez (com ou sem a expulsão do embrião) que culmina com a eliminação do produto da concepção. O Código Penal brasileiro emprega a palavra *aborto* para se referir ao crime de privação do nascimento, apesar da palavra *abortamento* ter maior significado técnico por indicar a conduta de abortar, enquanto que a primeira se refere à pessoa concebida cuja gravidez foi interrompida.

A ação de abortar existe desde os primórdios da humanidade, chegando a ser muito utilizado como método de controle do crescimento demográfico no curso da história. Contudo, algumas pessoas começaram a se insurgir contra as práticas abortivas por entenderem que o ser em formação detinha o direito à vida, assim como, pretendiam defender também a gestante e a própria sociedade, em virtude do direito que assiste a esta de ter novos cidadãos.

A nossa legislação penal atual considera o nascituro uma pessoa, tanto que tutela-se a vida humana mas desde os primórdios o direito penal pátrio apresenta normas de conduta referentes ao aborto. Nesse estudo analisamos o aborto eugênico, termo científico para se referir à má formação rara do tubo neural acontecida entre o décimo sexto e o vigésimo sexto dia de *gestação*, caracterizada pela inexistência parcial do *encéfalo* e do crânio, proveniente de defeito de fechamento do *tubo neural* durante a formação embrionária, assim o anencéfalo não possui nenhum tecido cerebral e se possuir é inutilizável, portanto, não há formação do córtex cerebral nem dos hemisférios cerebrais. Essa anomalia atinge cerca de um em cada mil bebês. Vale

ressaltar que a anencefalia somente ocorrerá se o problema com o fechamento do tubo neural atingir a extremidade distal deste, pois, ao contrário, o defeito ocorrendo na extensão do tubo neural dar-se-á origem a espinha bífida, na qual o feto tem a espinha exposta ao líquido amniótico ou separada deste por uma camada de pele.

Apesar de a gravidez poder ser levada adiante normalmente, em muitos casos as mães são aconselhadas a interromper a gravidez ou mesmo esta vontade parte delas. Entretanto, no Brasil a interrupção ainda é crime, pois o aborto permitido ou legalizado só pode ocorrer em duas ocasiões previstas no artigo 128 do Código Penal, quais sejam, quando a gravidez resultou de um estupro ou quando a vida da mãe está em risco.

Analisamos a legislação brasileira, especificamente a Lei 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, a lei de Transplante de Órgãos, que curiosamente em seu art. 3º prevê a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano *post mortem*, que serão destinados a salvar vidas através de transplante, somente quando for diagnosticada a morte encefálica do paciente, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção de transplantes. Neste caso a lei claramente autoriza a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, como dito acima, desde que constatado a morte encefálica, com isso, se obteria a morte biológica do paciente. Portanto, o legislador brasileiro, aceita a morte encefálica do paciente como prioridade para o transplante, mas não a consente no caso do nascituro anencefálico, em clara contradição ao princípio da razoabilidade e em flagrante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana que rege o Direito Penal brasileiro.

Diante disso, alguns juízes tem autorizado judicialmente o aborto de fetos anencéfalos, prevalecendo a dignidade da mãe, seu direito à liberdade e o direito à saúde, tais decisões comumente alvos de protestos de grupos religiosos e laicos contrários ao aborto geram muitas polêmicas na sociedade civil. Nesse âmbito a doutrina subdivide-se em três correntes distintas para justificar a não aplicação da pena, prevista na parte especial do código penal de 1940, para o crime de aborto em relação à genitora e ao médico que realizou o ato. Entretanto, dentre as correntes apresentadas ao longo do trabalho a que melhor justificou a não aplicação das penalidades legais no caso de aborto de anencéfalo é a tese da inexigibilidade de conduta adversa como causa de exclusão da culpabilidade nas hipóteses de aborto anencefálico.

Os defensores da teoria da inexigibilidade de conduta adversa supracitada asseveram que seu conceito tem o escopo de dirimir situações em que as demais excludentes de ilicitude não se prestem a indultar o agente, que nas circunstâncias em que se encontrava não poderia agir de outra maneira, como na hipótese do aborto eugênico.

Por fim, finalizamos nosso estudo com breves comentários a ADPF nº54 proposta pela Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde (CNTS) junto ao Supremo Tribunal Federal com a pretensão de consolidar a idéia, a muito proclamada pela classe médica, de que o aborto de anencéfalo é terapêutico, e assim, decidissem pela procedência do pedido da inicial e declarassem, em analogia a Lei 9.868/99, a inconstitucionalidade dos artigos 124, 126 *caput* e 128, I e II que não admitem a antecipação terapêutica do parto realizada em caso de o produto da concepção ser portador de anencefalia.

Deve-se ressaltar, ainda, a crucial diferença entre as hipóteses definidas na lei penal como permitidas para a prática do aborto, cujo feto possui expectativa de vida, e no caso defendido neste artigo de aborto eugênico, no qual o feto morre em 100% dos casos. O legislador equivocou-se quando não previu no texto da lei a hipótese de aborto nos casos em que ficasse comprovada a anencefalia.

Destarte, somos favoráveis a autorização legal do aborto eugênico, e enquanto esta não advier também somos favoráveis as decisões judiciais que autorizam a antecipação terapêutica do aborto de feto portador de anencefalia, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade e à saúde assistido a mãe que além do sofrimento e do constrangimento, que se assemelham ao caso de gravidez por estupro, tem sua saúde comprometida, visto que, em muitos casos a gestação até seu término pode levar a sérias consequências. Por fim, esperamos que a sociedade brasileira alcance as nações desenvolvidas quanto ao entendimento de que o aborto de fetos portadores de anencefalia é terapêutico e necessário desde que a genitora queira.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues e TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal* – 3ª edição, revisada, ampliada e atualizada – Editada JusPodivm, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado* – 5ª Edição atualizada – São Paulo: Saraiva, 2009

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, Volume 2: parte especial, dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio/ 29 edição – São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, Volume 1: parte geral – 30 edição – São Paulo: Saraiva, 2009.

PACHECO, Eliana Descovi. *O aborto anencefálico à luz do Ordenamento jurídico atual*. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos3/aborto-anencefalico-ordenamento-juridico/aborto-anencefalico-ordenamento-juridico.shtml> Acessado em 24 de março de 2010.

Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anencefalia> Acessado em 10 de maio de 2010.