



Parecer Jurídico de Controle de Constitucionalidade: É possível a antecipação do parto em caso de anencefalia?

Aline de Assis Conceição (1)
Angélica Corrêa Fonseca (1)
Samara dos Reis Pereira Lopes (1)
Vinícius da Costa Gomes (2)

(1) *Graduando em Direito pela Universidade Universo Salgado de Oliveira – Campus Belo Horizonte.*

Rua Paru, 762 - Nova Floresta, Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil

(2) *Professor de Direito pela Universidade Universo Salgado de Oliveira – Campus Belo Horizonte.*

Rua Paru, 762 - Nova Floresta, Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil

RESUMO

Por meio do seguinte artigo, busca-se fazer uma análise da possibilidade de antecipação do parto em caso de feto anencefálico. Tal análise inicia-se com a luta pela busca ao direito de escolha à maternidade nos anos 1970, na França. Passando pelo papel que uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) desempenha, na tentativa de ajustar a legislação penal vigente, buscando garantir a dignidade da pessoa humana, assim como nos é assegurado pela Constituição Federal de 1988. Finalmente, aborda-se a antecipação terapêutica do parto em casos de fetos anencefálicos e como esta conduta difere do tipo penal aborto.

PALAVRAS-CHAVES: LIBERDADE – AUTONOMIA DA VONTADE – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – SAÚDE – ANTECIPAÇÃO DO PARTO – FETO ANENCEFÁLICO.

1. INTRODUÇÃO

"Não faço parte das pessoas que temem o futuro"

(Simone Veil)

Na descoberta do crescimento de uma vida em seu ventre, a mulher, além de passar por diversas alterações hormonais, se vê rodeada por múltiplos sentimentos. Alguns destes sentimentos remetem a alegria e satisfação pela maternidade, outros à insegurança e o medo em relação a vida que se inicia. Houve um momento, que o principal papel da mulher era se tornar mãe. Não havia espaço e muito menos interesse, em discutir a possibilidade de que, uma vez grávida, a mulher pudesse não prosseguir com a gestação. Em alguns países, como no Brasil, a prática ainda é esta. Felizmente, durante o passar dos anos, muitos foram os acontecimentos que corroboraram para que a mulher, caso fosse de sua vontade, desempenhasse papel mais ativo na sociedade. Nos anos 1970, por exemplo, a ministra da saúde na França, Simone Veil, iniciou sua luta buscando afastar a mulher do conceito de classe



reprodutora, defendendo

a despenalização do aborto como questão de justiça social e saúde pública, reivindicando assim o direito à livre escolha da maternidade. Por meio de um discurso na Assembleia Nacional Francesa, Simone colocou em votação a despenalização do aborto que obrigava mulheres a procurarem saídas clandestinas para interromper a gravidez indesejada. Infelizmente, mesmo após sua vitória em assembleia, tal procedimento encontrou resistência de diversos setores da sociedade, o que exigiu coragem e persistência para a garantia dos direitos conquistados. No Brasil, até então, pouco se discute a respeito da legalização do aborto. Assim, em 2004, o Conselho Nacional de Trabalhadores na Saúde (CNTS), trouxe à baila a possibilidade de antecipação do parto no caso de gravidez de feto anencefálico, uma vez que, o produto da concepção não atingiria vida própria. Além das consequências à vida da gestante com a manutenção da gravidez. A opinião do médico José Aristodemo Pinotti, citado durante o voto de Rosa Weber a ADPF 54, é pontual neste sentido:

“As gestações de anencéfalos causam com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrâmnio, quantidade excessiva de líquido amniótico, levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado.”

Foi formalizado então, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), por meio do artigo 102, §1º, envolvendo os preceitos dos artigos 1º, III – dignidade da pessoa humana, 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, *caput*, e 196 – direito à saúde, todos da Carta Magna. Buscou-se, desta maneira, descaracterizar a antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico como conduta típica dos artigos 124, 126, 128, I e II, do Código Penal. Após oito anos sob análise, o Superior Tribunal Federal julgou a ação.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE



Tendo em vista que a legislação brasileira por muitas vezes se mostra inadequada, do mesmo modo que atos normativos não cumprem seu objetivo de esclarecer a sua aplicação, criou-se um mecanismo de controle, que visa a análise e validação do nosso ordenamento jurídico de acordo com a constituição vigente. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 tem perfil rígido e formal e desempenha papel supralegal em relação a legislação infraconstitucional, assim, de acordo com sua modalidade, o controle de constitucionalidade tem a função de garantir e defender a supremacia da constituição. Podemos classificá-la de acordo com as palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes:

“...em *terrae brasilis*, a regra geral do controle de constitucionalidade é a adoção do sistema de controle de constitucionalidade judicial repressivo. Será judicial no que tange à estrutura do controle e será repressivo no que tange ao momento de realização do controle.” (FERNANDES,2020 p.1826)

Portanto, diante de processos subjetivos, tendo o Poder Público como causador de lesão a preceito fundamental, utiliza-se o controle de constitucionalidade de acordo com o artigo 102 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

Vale ressaltar que a ADPF tem como objetivo atuar somente sobre determinados dispositivos que são essenciais à ordem constitucional, como os princípios fundamentais. Para Bernardo Gonçalves:

“A definição, sem dúvida, não é legal, trata-se de definição doutrinária e jurisprudencial. Nesses termos, os preceitos fundamentais são entendidos como aquelas normas materialmente constitucionais que fazem parte da Constituição formal. Ou seja, devem ser compreendidos como o núcleo ideológico constitutivo do Estado e da sociedade presente na



Constituição formal. Em síntese, definimo-los como sendo as matérias típicas fundantes do Estado e da sociedade alocadas na Constituição.” (GONÇALVES, 2020, p.1959)

Portanto, a ação de arguição de descumprimento a preceitos fundamentais, como ferramenta de controle de constitucionalidade, seria mais eficaz para tratar tal reparação.

1.2 SOBRE A POSSÍVEL ANTECIPAÇÃO DO PARTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, formalizada em 17 de junho de 2004, buscou esclarecer como, em caso de gestação de feto anencefálico, a antecipação do parto não consubstanciava aborto. Conduta esta, tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal e devidamente elencado nos crimes contra a vida. Desse modo, o pedido final da arguição teve como objetivo declarar inconstitucional a caracterização da antecipação do parto de feto anencefálico como aborto. Infortunadamente, nosso diploma penal não esclarece o conceito de aborto, como preleciona Greco:

“Nosso Código Penal não define claramente o aborto, usando tão somente a expressão *provocar aborto*, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência o esclarecimento dessa expressão.” (Greco, 2017, p. 270)

Por sua vez, por se tratar de conduta onde, o bem tutelado é a vida, para haver aborto, há que haver vida. E quando esta vida se inicia? Tal tema, carrega consigo grande implicação moral, assim, vários foram os fundamentos utilizados para respaldar a decisão. Vale dizer que, o que se busca com esta arguição, é garantir o direito de escolha desta gestante e não a imposição à antecipação do parto em caso de feto anencefálico. A seguir, a análise desta fundamentação. Apesar da Constituição Federal de 1988 trazer em seu preâmbulo, menção à Deus, o Brasil não possui religião oficial desde a Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891, que buscou afastar a religiosidade das decisões do Estado, caracterizando-o assim, como Estado laico.



“Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.”

Contudo, o perfil religioso da população se manteve e é refletido em seus representantes, tornando a discussão sobre a antecipação do parto em caso de feto anencefálico, um assunto delicado, se levado em consideração, questões de cunho religioso. Na Bíblia Católica temos que:

“Pois tu formaste os meus rins; entreteceste-me no ventre de minha mãe. Eu te louvarei, porque de um modo tão admirável e maravilhoso fui formado; maravilhosas são as tuas obras, e a minha alma o sabe muito bem.” (Salmos 139:13-14)

Para mais devotos, conhecedores do livro sagrado, seria até inconcebível, a existência de uma anomalia como a encefálica. Por outra perspectiva, porque deveríamos levar adiante uma gestação, a qual a vida extrauterina é cientificamente provada, inviável? Neste caso, poderíamos até questionar se há realmente vida. A gestante não deve ser tratada como um meio para garantir a vida somente enquanto esta, se encontra em seu ventre. Como mencionado antes, para haver aborto, há de haver vida. Se para grupos religiosos a vida se inicia com a vontade divina, outras linhas defendem outra posição. Uma delas leva em conta, que o início da vida, para efeitos de proteção na lei penal, se dá com a nidação. Segundo Rogério Greco:

“Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a *nidação*, que diz respeito à *implantação do óvulo já fecundado no útero materno*, o que ocorre 14 (catorze) dias após a fecundação.” (GRECO, 2017, p.274)

Esta postura afasta discussões relacionadas ao uso de métodos contraceptivos que seriam considerados abortivos se o início da vida se desse com a fecundação.



Outra questão levantada para que a gestação de feto anencefálico não fosse levada à termo, e que também foi refutada, foi a utilização dos órgãos deste feto, em futura doação. Desta forma, reduziu-se o papel desta gestante em mera fábrica de órgãos para posterior doação, ceifando sua dignidade de pessoa humana garantida pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo primeiro:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;”

Ademais, os órgãos de fetos anencefálicos não podem ser aproveitados por uma série de questões, resultado da própria anencefalia. Há que se admitir também que, apesar de sua importância, a própria Constituição diz que o direito à vida, não tem caráter absoluto. Como a pena de morte, em caso de guerra declarada, mencionado no artigo quinto, inciso 47, alínea a:

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

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”

Ou quando em caso de legítima defesa ou estado de necessidade como citado no artigo 23 do Código Penal:

“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de
necessidade; II - em
legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

Além do exposto, a manutenção da gestação de feto anencefálico, vai contra diversos direitos das mulheres, garantidos pela Constituição Federal de 1988. O direito à saúde é um deles, uma vez que a gestação de feto anencefálico traz inúmeras consequências a conservação da saúde física e psíquica da gestante. A Constituição de 1988 versa sobre este direito em seu artigo sexto:



“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Outro ponto levantado, foi a gritante violação da autonomia da vontade da mulher, que diante de tamanho sofrimento, ainda assim, não tem sua vontade atendida. Outro direito que também, nos é assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo quinto:

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

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

O Código Civil institui em seu artigo segundo:

“Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Assim como o Código Penal ou a Constituição Federal de 1988, o Código Civil não nos agracia com o conceito de vida, por outro lado, menciona os direitos do nascituro. Desta forma, buscou-se entender qual seria o âmbito de proteção deste nascituro no Direito Civil. O artigo 542 dispõe:

“Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.”

Do mesmo diploma, temos o artigo 1.609, em seu parágrafo único:

“Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.”

Ou ainda o artigo 1.779 que institui:

“Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo poder familiar.”



Apresentado estes artigos, mesmo tendo seus direitos assegurados como nascituro, o exercício destes são condicionados ao nascimento com vida, que é quando se adquire personalidade civil. De acordo com o artigo primeiro do Código Civil:

“Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”

A personalidade é a autonomia do ser, a aptidão de exercer direitos e contrair deveres, logo, para a existência de direitos, a que haver a existência de uma pessoa titular destes direitos.

Finalmente, como se não bastasse, todo o abalo psicológico e sofrimento enfrentado pela gestante, criminalizar a antecipação do parto de feto anencefálico se mostra medida desproporcional à conduta praticada, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Segundo Rogério Greco:

“Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico.” (GRECO, 2017, p. 156-157)

Por todo o exposto, foi julgada, por oito votos contra dois, procedente a ação que considerada inconstitucional tipificar a antecipação de parto do feto anencefálico como fato típico do Código Penal, tornando assim, possível o procedimento em caso de anencefalia.

2. METODOLOGIA

Por meio de pesquisa na doutrina, artigos em periódicos jurídicos, legislação e jurisprudência utilizamos o método teórico para realização deste trabalho.



3. CONCLUSÃO

O que se nota, diante da análise da antecipação do parto de feto anencefálico, é a tentativa de resgatar o senso constitucional da lei. Se a Constituição Federal é fonte inicial de toda a lei, como não fazer valer, os direitos nela elencados? Por outro lado, conclui-se que mesmo havendo, em nosso ordenamento jurídico, norma positivada referente a antecipação do parto em caso de feto anencefálico, a situação traz à tona, aspectos que vão além de questões de saúde pública, liberdade de escolha e dignidade da pessoa humana. Definitivamente, muito há que se fazer para que a norma tenha de fato, eficácia. A atual ineficácia pode ser notada quando nos é noticiado, situações as quais, gestantes ainda tem a antecipação do parto negada, mesmo respaldada pela certeza científica da impossibilidade de vida do feto e do risco à sua saúde. Desta forma, fica claro que não há modelo pronto e acabado das decisões antes da devida análise do caso concreto. A possibilidade de antecipação do parto foi julgada procedente e foi considerado inconstitucional tipificar a conduta como aborto. Não há que se falar em aborto, uma vez que, repito, para haver aborto há que haver vida.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. **A onnipresença e a onnipotência de Deus**. Tradução de João Ferreira de Almeida, Edição Revista e Corrigida. Rio de Janeiro: King Cross Publicações, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Todos da Constituição Federal. Ação Julgada Procedente. Relator: Ministro Marco Aurélio Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. 12 de abril de 2012. Disponível em:



<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>
>. Acesso em 17 de outubro 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de outubro de 2022.

BRASIL. Código penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14 de outubro de 2022.

BRASIL. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 14 de outubro de 2022.

FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES. **Curso de Direito Constitucional / 12ª ed. revisada, atualizada e ampliada**. Salvador: JusPodivm, 2020.

GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / 19ª ed.** Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II / Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / 14ª ed.** Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JOBIM, Marcelo. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NA PERSPECTIVA DO CONCEITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO: O RESGATE DE SEU SENTIDO CONSTITUCIONAL. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 25, nº3, Curitiba, p. 78-108, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1944>.

VEIL, S. **Uma lei para a história - A legalização do aborto na França. 1ª ed.** Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018.



PIRES, Teresinha. UMA ABORDAGEM INTERPRETATIVA DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO JULGAMENTO DA ADPF 54 DIGNIDADE HUMANA, LIBERDADE INDIVIDUAL E DIREITO À SAÚDE. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 577-598, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/465>