

O DIREITO AO ABORTO PELA MÁ FORMAÇÃO FETAL LETAL

Marcelo Agamenon Goes de SOUZA¹
Lucas Octávio Noya dos SANTOS²

RESUMO: Com a crescente evolução da medicina, o que envolve os direitos de 5ª dimensão, é certo que, de forma mais embrionária, tem se descoberto novas anomalias que tornarão inviável a vida extrauterina, ou seja, a certeza de que após o parto a criança não evoluirá ou morrerá.

Por meio da mídia, constatou-se a ocorrência de uma mãe que gerava gêmeos xifópagos por crânio, anomalia esta, que, segundo os médicos que realizaram o pré-natal, tornaria a vida da criança absolutamente inviável.

Diante disto, a mãe procurou o judiciário para que pudesse efetuar a interrupção da gestação, popularmente conhecido como aborto, mas, teve seu pedido negado pela juíza monocrática do caso, o que, necessitou desta forma, levar o fato ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, antes de autorizar a interrupção da gestação (aborto) converteu o julgamento em diligência obrigando com que a mãe fosse submetida novamente a um exame para a comprovação da inviabilidade da criança pós-parto, qual seja, o desembargador relator não estava convencido do laudo elaborado pelo médico particular da paciente.

Após a conclusão do perito médico da inviabilidade da gestação houve a autorização para a interrupção.

Desta forma, com o presente trabalho, se busca analisar de forma superficial, porém contundente, a possibilidade de surgirem novos casos de inviabilidade gestacional, a propiciar a possibilidade de interrupção desta gestação de tal modo a respeitar a dignidade e a intimidade da mulher.

Palavras-chave: Aborto. Interrupção da Gestação. Malformação Letal.

1 INTRODUÇÃO

Desde que o atual Código Penal brasileiro entrou em vigor, via através do Decreto Lei nº 2.848, em 07 de dezembro de 1940, nossa legislação prevê

¹ Mestre em Direito Constitucional pela ITE de Bauru. Mestre em Direito Processual Penal pela UNOESTE de Presidente Prudente, Consultor ad hoc do Conselho da Justiça Federal. Professor de Direito Constitucional e de Prática Jurídica Penal da Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP, onde também é membro do Conselho Superior de Administração – CSA. Foi Assessor Especial da Presidência da Câmara Municipal de Presidente Prudente para Assuntos Jurídicos entre 2007/2010. Advogado.

² Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: octavio.ins@gmail.com, Bolsista do Programa de Iniciação Científica, Grupo de Pesquisa: O Estado de Direito: aspectos políticos, jurídicos e filosóficos. Voluntário no Grupo de Pesquisa: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Estagiário de Direito no Escritório Agamenon Advocacia e Consultoria.

apenas duas situações permissivas de interrupção da gestação, popularmente conhecida por aborto, situações estas previstas em dois incisos do artigo 128 da referida lei, que, textualmente diz que não se pune³ o aborto praticado por médico quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (I) ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Com a evolução da medicina, o Legislador brasileiro se viu diante de situações jurídicas não previstas em Lei, que, segundo a medicina, tornam inviável a vida extrauterina após a gestação, mas, que impedem a interrupção da gestação pelo fato de sempre estarmos diante de um embate jurídico, qual seja, o Direito à Vida.

Para solucionar a questão, bastaria o Legislador, através de um simples projeto de Lei ordinária, ir acrescentando ao ordenamento jurídico novas situações previstas com a evolução da medicina, de forma a autorizar novas formas de interrupção de gestação quando houver comprovada inviabilidade da continuidade da gestação, por fatos ainda não descritos no artigo 128, ou, simplesmente, acrescentar um terceiro inciso ao artigo 128, qual seja não se punir o aborto quando comprovadamente, por exames clínicos, confiáveis e incontestes, se demonstrar que o feto não poderá sustentar-se após o nascimento, devido à anomalia irreversível.

Ocorre que, diante do negativismo do Legislativo, qual seja, não acrescentar esta nova modalidade de interrupção da gestação no ordenamento jurídico, muitas vezes, era comum as mulheres necessitarem de buscar auxílio ao Judiciário quando comprovadamente se gestava crianças anencéfalas.

Com isto, foi necessário o ativismo do Judiciário que, após muitas discussões e, principalmente, interferências diretas das religiões (em todos os seus seguimentos contrários ao acréscimo de novas formas de interrupção da gestação) acrescentar mais uma modalidade de interrupção de gestação em nosso ordenamento jurídico, qual seja, quando comprovadamente a gestação ocorrer de crianças anencéfalas.

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, existem três modalidades de interrupção de gestação (aborto), sendo duas de forma legal, quais sejam

³ Trata-se como se vê de uma excludente de punibilidade.

aquelas descritas no Código Penal ora mencionado, e mais uma por criação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal pela inclusão via ADPF nº 54, o que pedimos *venia* entender ser pouco devido à, como já dito, evolução constante da medicina e o surgimento de novos casos que necessitam e que obrigam a gestante a ter que procurar as vias do Judiciário e, muitas vezes, por questões puramente religiosas (de alguns magistrados), se ver obrigada à contrário gosto ter que gerir um filho com total inviabilidade futura e extrauterina.

Vale ressaltar que o presente trabalho não visa tratar da questão de outros abortos que não o terapêutico relacionado à má formação do feto, cuja viabilidade pós-nascimento esteja devidamente comprovada como inviável.

Por fim, esclarecem os autores que a metodologia utilizada na confecção do presente artigo foi de caráter dedutivo e comparativo, em especial, analisando o ordenamento jurídico brasileiro, frente à novas situações médicas que comprovam a inviabilidade de fetos por má formação, bem como, a análise quanto ao direito comparado.

2 ABORTO

Objeto de amplo debate, a discussão do tema proposto circunda vários aspectos jurídicos dentre os quais se encontra a aplicação do permissivo legal em face de uma eventual situação não prevista em Lei utilizando-se da interpretação extensiva das normas constitucionais.

Mais especificamente no que concerne ao aborto, a exposição acerca demanda uma conceituação, ainda que básica, para que o instituto do permissivo legal por interpretação constitucional seja aplicado com mais profundidade.

Desta forma, passemos a analisar o aborto em suas formas e características para que, em harmonia com a jurisprudência se abstraia uma ideia uníssona acerca da possibilidade ou não de se aplicar a interpretação extensiva para a permissão do aborto abstrata e/ou concretamente, de tal modo a evitar constrangimentos e violação da dignidade das gestantes.

Não se está discutindo puramente o direito à vida, pois, para muitos e, principalmente quando a questão é objeto de análise via religiosa, que defendem o

posicionamento de que referido direito é absoluto, mas sim, o direito de escolha da mãe, independentemente da interferência de terceiro, o que inclui o próprio pai.

2.1 Conceito

Conceituar algo no ordenamento jurídico é algo de extrema dificuldade, além do que, torna-se algo quase que subjetivo.

Porém, ao pesquisarmos o conceito de aborto encontramos o seguinte.

A palavra “aborto” vem do latim *abortus*, qual seja, por sua vez, deriva do termo *aborior*, palavra esta contrário à *orior*, que significa o contrário de nascer. Com isto, o aborto é a interrupção do desenvolvimento do feto durante a gravidez, desde que a gestação ainda que não tenha chegado às vinte semanas. Ocorrendo fora desse tempo, a interrupção da gravidez antes do seu termo tem o nome de parto prematuro⁴.

Segundo o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, junto ao parecer nº 24.292/00, de lavra do Conselheiro Cristiano Fernando Rosas, devidamente aprovado na 2.466ª reunião plenária, realizada em 14.07.2000, e homologado na 2.469ª reunião plenária, realizada em 18.07.2000, considera-se aborto, para fins médicos a interrupção da gravidez até 20ª ou 22ª semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou ainda, alguns consideram quando o feto mede até 16,5 cm⁵. Segundo o relator do parecer, Este conceito de aborto, na doutrina médica, foi formulado baseado na viabilidade fetal extrauterina e é mundialmente aceito pela literatura médica.

Como já dito anteriormente, ciência médica e ciências jurídicas dificilmente andam de mãos dadas, onde para as ciências jurídicas o aborto é a interrupção da gravidez com intuito de morte do concepto, não fazendo alusão à idade gestacional, ou seja, para a ciência jurídica consuma-se o aborto com a simples interrupção da gravidez e a morte do feto, sendo desnecessária a existência

⁴ Cf. Conceito de aborto - O que é, Definição e Significado <http://conceito.de/aborto#ixzz3eSmkoPIU>, capturado em 29-06-2015.

⁵ Cf. <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3405&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E3o%20Paulo&numero=24292&situacao=&data=00-00-2000>, capturado em 29-06-2015.

da expulsão fetal. Nas palavras de Damásio Evangelista de Jesus⁶, “**aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)**”.

Assim, seja pelo posicionamento jurídico, seja pelo posicionamento médico, é certo que o que há de denominador comum entre o conceito via ciência jurídica e o conceito via ciência médica está no fato de que o aborto leva, conseqüentemente, à morte do feto.

2.2 Situações Previstas em Lei

Como já dito anteriormente, há somente duas hipóteses de previsões legais que permitem o aborto na legislação brasileira, ambas descritas nos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal.

A primeira delas é aquela que prevê o aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, ou resumidamente, quando a gestante corre risco de vida.

Diante da própria evolução da medicina, não é comum a realização deste tipo de aborto nos dias atuais, pois, são raros, senão raríssimos, os casos em que há a necessidade de se interromper a gestação com a morte do feto devido ao fato deste feto estar colocando em risco de vida a própria gestante.

Já a segunda modalidade de aborto permissivo em Lei é aquela gravidez resultante de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Esta segunda modalidade é a mais comum, e ocorre quando a gestante foi vítima de crime contra a liberdade sexual, e acabou engravidando desta violência sexual.

Em qualquer uma das duas modalidades ora mencionada, não há sequer a necessidade de ordem judicial para que o médico faça o aborto, ou interrupção da gestação, apesar de o Código de Ética Médica lhes facultar o direito de não fazê-lo.

⁶ JESUS, Damásio de Jesus. **Direito Penal 2º Volume - Parte Especial**. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 101.

No caso de risco de vida da gestante, basta que seu médico entenda de forma inconteste que há o risco de vida para ela, de modo a poder, de plano, tomar as medidas necessárias para o imediato abortamento.

Nesta modalidade, há que se observar que o médico realiza a medida acobertada por uma excludente de antijuridicidade, qual seja, o estado de necessidade em favor de terceiro.

No que diz respeito ao aborto em consequência de estupro, apesar de não haver a necessidade de autorização judicial, todavia o Conselho Federal de Medicina (CFM)⁷ recomenda que os médicos de todo o país exijam o boletim de ocorrência (BO) como "instrumento preliminar" para a realização do aborto legal, nesta modalidade.

Caso se concretizando o aborto e, posteriormente, houver a informação de que realmente o crime de estupro não tenha ocorrido, ainda que elaborado o Boletim de Ocorrência, entendemos que não haverá, por parte do médico, nenhuma prática criminal, pois, na pior das hipóteses, estará ele acobertado por uma excludente de antijuridicidade putativa, sendo que a gestante, esta sim responderá por falsa comunicação de crime em concurso com o crime de aborto.

2.3 Decisões Manipulativas de Caráter Aditivo e a ADPF nº 54

Diante do negativismo do Legislativo⁸, e com a evolução da medicina, concluindo pela inviabilidade das gestações de fetos anencefálicos, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS propôs junto ao Supremo Tribunal Federal, a ADPF nº 54, que, ao final, foi acolhida pelos Ministros daquela Corte,

⁷ Cf. http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1795:&catid=3, capturado em 29-06-2015.

⁸ Projeto de Lei nº 4.360/2004 do ex-deputado José Aristodemo Pinotti (*in memoriam*) apresentado à Câmara dos Deputados para inclusão da anencefalia como modalidade de aborto legal foi arquivado a pedido do próprio autor em 06/12/2004, conforme dados constantes de site da Câmara dos Deputados (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=268887>).

Por sua vez, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 50/2011 do Senador Mozarildo Cavalcanti, que atualmente aguarda distribuição para Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, buscando acrescentar mais um inciso III no artigo 128, que passaria a ter os seguintes dizeres: “**III - se o feto apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (NR)**” (http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165).

incluindo em nosso ordenamento jurídico mais uma modalidade de aborto, qual seja, quando o feto possua anomalia de anencefalia⁹.

A necessidade da inclusão da anencefalia por determinação do Supremo Tribunal Federal, vale ressaltar, não deveu-se somente pelo negativismo do Legislativo, mas, também por inúmeras decisões conflitantes entre magistrados e tribunais que colocavam em risco a própria segurança jurídica.

Inúmeras eram as ações que tramitaram nas instâncias inferiores ao Supremo, onde, com a comprovação inequívoca de gestação com fetos anencefálicos, magistrados negavam a possibilidade do aborto ou interrupção da gestação pelo simples argumento de que não havia previsão legal, ou seja, faziam uma interpretação gessada da Lei, isto quando não levavam para os gabinetes suas convicções religiosas, fatos esses que feriam de morte o Direito de Liberdade e o Direito de Intimidade das Gestantes, onde, a gestação que deveria ser um momento de alegria, passava a ser um momento de aflição e tristeza.

Na oportunidade do julgamento da ADPF nº 54, o Ministro Carlos Ayres de Britto, ao votar favorável pela ação, disse que a decisão do Supremo se tratava de uma “decisão Manipulativa de caráter aditivo”.

A chamada decisão manipulativa de caráter ou efeito aditivo é originária do direito italiano, onde o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas à sua apreciação, afim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas, concordante com a constituição¹⁰.

Pela decisão manipulativa de caráter aditivo, o Judiciário indica que sua decisão é autoaplicativa com caráter imediato, quanto aos seus efeitos, independentemente de qualquer intervenção parlamentar. É o que podemos entender como o Ativismo ou Positivismo Judicial. Em poucas palavras, isto quer dizer, o Judiciário acrescenta, no ordenamento jurídico, algo que, por regra, deveria ter sido feito pelo Legislador, mas, que, por omissões não o faz. Desta forma, o Judiciário inclui no ordenamento jurídico, algo de necessário para a coletividade, algo este que, mesmo sem a previsão da Lei, passa a ter caráter de obrigatoriedade, como se lei o fosse.

⁹ Vale ressaltar que as igrejas como um todo foram completamente contrárias à medida, alegando que o Direito à Vida estava acima do interesse da gestante.

¹⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1272.

Desta forma, quando do julgamento da ADPF nº 54, o Supremo Tribunal Federal fez incluir (manipulação com caráter aditivo) em nosso ordenamento jurídico mais uma situação permissiva de aborto, qual seja, em casos de anencefalia.

Vale observar que, apesar da não necessidade do parlamento tratar da questão, há parlamentares que insistem em caminhar na contramão de direção, como, os projetos de lei nºs 565/2012 de autoria do deputado Marco Feliciano e 566/2012, de autoria dos deputados Roberto de Lucena, João Campos e Salvador Zimbaldi, buscam sustar a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 54, além do que o projeto de Lei nº 287/2012, de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves, visa criminalizar o aborto em caso de anencefalia.

Após o julgamento da ADPF nº 54, o Conselho Federal de Medicina baixou a Resolução nº 1.989/2012, que dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências.

De plano, percebe-se que o Conselho Federal de Medicina, ao baixar a resolução, procurou seguir os dizeres do próprio Supremo Tribunal Federal ao utilizar o termo antecipação terapêutica de parto.

Para o Conselho Federal de Medicina¹¹ “(...), **a interrupção da gravidez, nos casos de anencefalia, antecipa o momento oportuno do parto, referindo-se ao fim natural da gestação e não à sua temporalidade, contada em semanas na data em que ocorrer a interrupção.**”

Pela resolução ora mencionada, em seu artigo 2º, o exame de constatação de anencefalia deverá ocorrer da seguinte forma:

Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter:

I – duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável; II – laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.

Portanto, a questão relacionada à antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia, encontra-se devidamente regulamentada quanto à sua forma

¹¹ Cf. http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf, capturado em 29-06-2015.

de realização através de medida do CFM, bem como, devidamente amparada por decisão do Supremo Tribunal Federal.

2.4 Outros Casos Previstos/Possíveis na Medicina e o Direito Comparado

Apesar do Supremo Tribunal Federal ter demonstrado a necessidade da inclusão de uma nova situação permissiva de antecipação terapêutica do parto (popularmente conhecida por aborto), qual seja, as situações de anencefalia, é certo e, neste ponto, pedimos *venia* para discordar dos senhores Ministros, não em relação à autorização da interrupção de gestação nos casos de anencefalias, mas sim, que a decisão deveria ser mais ampla, qual seja, que a autorização da interrupção da gestação deveria e deve ocorrer em toda e qualquer situação clinicamente comprovada de que o feto possui inviabilidade extrauterina, e, repetimos, não apenas no caso de anencefalia.

Em interessante artigo publicado na Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia¹², denominado “Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais”, de autoria de Gláucia Rosana Guerra Benute, Roseli Mieko Yamamoto Nomura, Mara Cristina Souza de Lucia e Marcelo Zugaib, foram descritos outros tipos de malformação fetal letal detectado pelo diagnóstico ultra-sonográfico ou genético, que indicou a solicitação da interrupção da gestação, conforme tabela abaixo trazida do referido trabalho.

Vale observar que os casos foram caracterizados conforme a anomalia de maior gravidade, com destaque para o diagnóstico de anencefalia, que chegou ao importe aproximado de 71,5% (setenta e um e meio por cento).

12

Cf. http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0100-72032006000100003&script=sci_arttext. Capturado em 30-06-2015. Também podendo ser encontrado na Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia *Online version* ISSN 1806-9339.

Tabela 1 - Principais anomalias detectadas nos fetos de 35 gestantes, com diagnóstico de malformação fetal letal, entrevistadas após a interrupção judicial da gravidez

| Diagnóstico | Resultados | |
|----------------------------|------------|-------|
| Anencefalia | 25 | 71,4% |
| Malformação nefrourológica | 4 | 11,4% |
| Sistema nervoso central* | 3 | 8,6% |
| Síndromes genéticas | 2 | 5,8% |
| Malformações múltiplas | 1 | 2,9% |

*Foram excluídos os casos de anencefalia.

Pelo trabalho ora mencionado, verifica-se que a anencefalia é a maior causa de má formação que pode levar à interrupção terapêutica do parto, mas, não a única, conforme o caso que ocorreu no Rio de Janeiro e que motivou o presente trabalho.

Como já dissemos, com a evolução da Medicina, é possível que outros casos venham a surgir, demonstrando de forma conclusiva e incontestada a inviabilidade da gestação devido à comprovação de que o feto não terá sobrevivência extrauterina.

No caso do Rio de Janeiro, a anomalia deu-se por gêmeos xifópagos (siameses) por crânio. Segundo os laudos médicos, os gêmeos siameses sofriam de dicefalia, qual seja, enfermidade grave que se caracterizava pela duplicação da coluna vertebral. Os exames também mostravam que eles tinham apenas quatro membros e um único coração, o que os impedirá de viver após o nascimento.

Diante desta anomalia, a mãe promoveu pedido judicial para a interrupção da gestação, o que foi peremptoriamente negado pela Juíza Monocrática sob o argumento de que a paciente não teria demonstrado os riscos a que se sujeitaria a gestação com o prosseguimento da gravidez, tampouco a concreta impossibilidade de os fetos terem vida extrauterina, julgando com base em critérios genéricos, ao mencionar os dados de uma estatística que não se aplicava, especificamente, ao caso em tela, além de não ter se cingido aos documentos que instruíam a inicial e tampouco determinado a realização de perícia médica para dirimir eventuais dúvidas sobre o real estado de saúde dos fetos e suas possibilidades de sobrevivência após o parto.

Com a negativa do Juízo de 1º grau, a gestante impetrou Habeas Corpus ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que reformou a decisão, onde, para

os membros da 8ª Câmara Criminal, o caso raro poderia ser comparado a anencefalia, doença que também impede a vida fora do ventre materno.

Pelo que se verifica nos dizeres da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, esta se encontra com um entendimento bem mais aberto do que aquele deferido na ADPF nº 54, pois, engloba situação de estado de gestação absolutamente inviável.

Ampliar a possibilidade de interrupção terapêutica da gestação para outras situações além da anencefalia não é colocar em risco o direito à vida, mas sim, realizar uma ponderação de valores entre o direito à vida, vida esta viável e sustentável apenas intrauterina, em violação ao direito à liberdade, à integridade e à intimidade da mulher, em trazer no ventre uma gestação absolutamente inviável, gestação esta que pode lhe causar males maiores como por exemplo abalos psicológicos.

No caso de se obrigar ou forçar a gestante a manter a gestação de um feto com comprovada inviabilidade extrauterina é puni-la mais severamente dentro da sua intimidade e liberdade do que uma punição criminal, pois, é certo que uma punição criminal tem fim, com o cumprimento da pena, mas, a punição/obrigação psicológica, esta poderá ser perpétua, levando, inclusive, muitas mulheres a se negar a uma nova gestação.

Dentro disto, e dentro de uma ponderação de valores, esta inclusive é uma das formas de interpretação para o inciso II do artigo 128 do Código Penal, pois, como deixar e obrigar uma mulher a trazer no ventre um filho produto de uma violência. Obrigar a mulher a ter um filho resultante de uma violência sexual é uma pena maior do que aquela dada ao próprio violentador, pois, para ele a pena criminal um dia terá fim, mas, para ela (gestante) a marca da violência e o olhar para o filho será uma punição *ad eternum*.

Não se está aqui se comparando um filho com má formação com aquele resultante de uma violência sexual, mas sim, o fim a que levam ambas as gestações praticamente são os mesmos, quais sejam, o abalo psicológico, a violação quanto ao direito de liberdade, a violação quanto ao direito de escolha, a violação quanto ao direito de intimidade, algo neste ponto, exclusivo da mulher.

Diante disto é que haveria a necessidade do omissor legislador incluir no ordenamento jurídico (o que acreditamos não ocorrerá, diante da negativa de inclusão do próprio caso de anencefalia) da possibilidade de interrupção terapêutica

da gestação para casos clinicamente comprovados de má formação do feto com resultado conclusivo incontroverso de inviabilidade de vida extrauterina após o parto, ou, que um dos legitimados para a propositura da ADPF (artigo 103 da Constituição Federal) promovam uma nova medida judicial no Supremo Tribunal Federal para ampliar esta situação que, no Supremo, está restrita à anencefalia, pela ADPF nº 54, utilizando o Supremo, mais uma vez, da decisão manipulativa de caráter aditivo.

É o que ocorreu, por exemplo, na Colômbia. O Código Penal colombiano, Lei nº 599/2000, não prevê nenhuma modalidade de aborto, seja por violência sexual, ou mesmo quando há perigo de vida para a mulher, como ocorre na Legislação do Código Penal brasileiro.

Todavia, ao fazer uma interpretação do artigo 122 do Código Penal colombiano, que trata do crime de aborto, a Corte Constitucional colombiana, no julgamento C-355 de 10 de maio de 2006, condicionou a aplicabilidade do referido artigo a três condições, quais sejam: a) quando a gravidez resultar em perigo de vida para a mulher, devidamente certificada por um médico; b) quando exista grave malformação do feto a inviabilizar sua vida, desde que certificada por um médico e; c) quando a gravidez resultou de crime sexual, abusividade de inseminação artificial ou transferência de óvulo fecundado sem consentimento, ou incesto.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional Português, quando do julgamento do Processo nº 38/84, que teve como Relator o Conselheiro Costa Aroso, reconheceu ser constitucional o artigo 1.º do Decreto n.º 41/III, da Assembleia da República, que autoriza a interrupção da gestação quando o feto possui doença grave e incurável (acórdão 25/84).

Notamos que, neste aspecto a decisão da Corte Constitucional colombiana, no julgamento C-355, bem como do Tribunal Constitucional Português no julgamento do Processo nº 38/84, que permitem a interrupção da gestação para todo e qualquer tipo de malformação do feto a inviabilizar a sua vida, encontram-se mais avançadas do que a decisão da ADPF nº 54 do Supremo Tribunal Federal, que somente permite a interrupção no caso de anencefalia.

No Peru, por sua vez, o aborto em casos de malformação fetal é causa de diminuição de pena, ou seja, é proibido, mas, acaba beneficiando a gestante com uma redução da punição, conforme descreve o artigo 120, item nº 2, do Decreto Legislativo nº 635/91, a qual a Legislação peruana denomina de Aborto Eugénico.

3 CONCLUSÃO

Concluimos que, apesar da existência da decisão na ADPF nº 54, no Supremo Tribunal Federal, que autorizou a interrupção terapêutica da gestação após a comprovação de feto anencefálico, é certo que esta decisão ainda é muito limitada e restrita para este caso, ou seja, somente gera efeito vinculante para o caso específico de má formação por anencefalia.

Desta forma, há a necessidade de uma revisão desta decisão frente à evolução da medicina, com a possibilidade de diagnósticos de outros casos de má formação que também, de forma incontestada, demonstrar a inviabilidade da gestação, como a que ocorreu no Rio de Janeiro, dos gêmeos xifópagos (siameses) por crânio.

Com isto, se conclui que a malformação fetal a levar a inviabilidade da gestação é o gênero, da qual a anencefalia é apenas uma de suas espécies, conforme demonstrado na tabela acima.

Portanto, há a necessidade de que a interrupção terapêutica da gestação não fique autorizada apenas em uma de suas espécies, mas sim, no gênero, qual seja, em todas as espécies de anomalia acometida pelo feto, comprovada clinicamente por médico quanto à sua inviabilidade gestacional e vida pós-nascimento, de tal modo a impedir ou fazer cessar situações como a descrita no presente trabalho, fazendo com que a mulher tenha um parto que se torne indesejado e faça do Judiciário uma via sacra na busca do seu direito de liberdade e de intimidade o qual representa uma afronta aos direitos humanos e aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BLIACHERIENE, Ana Carla. SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à Vida e à Saúde: Impactos orçamentário e judicial**. 1 ed., São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Debora, RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=268887>.

<http://conceito.de/aborto#ixzz3eSmkoPIU>, capturado em 29-06-2015.

<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3405&tipo=PAR ECER&orgao= Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%EA3o%20Paulo&numero=24292&situacao=&data=00-00-2000>, capturado em 29-06-2015.

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf, capturado em 29-06-2015.

http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1795:&catid=3, capturado em 29-06-2015.

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0100-72032006000100003&script=sci_arttext. Capturado em 30-06-2015. Também podendo ser encontrado na Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia *On-line version* ISSN 1806-9339

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165

JESUS, Damásio de Jesus. **Direito Penal 2º Volume - Parte Especial**. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTÍNEZ, Stella Mais. **Manipulação Genética e Direito Penal**. 1 ed., São Paulo: IBCCrim, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ªed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras, Vol. 1, 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2006.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Reforma Constitucional**. 1 ed. Niterói: Impetus, 2003.

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

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario. DEL RÍO, Alberto Naudon. **Constitución Política de La República de Chile anotada y concordada.** 1 ed., Santiago: Thomson Reuters, 2011.