V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

JOSÉ SÉRGIO SARAIVA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza; José Sérgio Saraiva – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-502-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2.Biodireito. 3. Direitos dos animais. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

BIODIREITO E DIREITO DOS ANIMAIS I

Considerado neófito o tema com tal conjugação para efeitos de encontros do COMPEDI, foi selecionado 21 textos da área do Biodireito e Direito dos Animais. Entretanto, apresentados 19 deles de maneira surpreendente e inovadora, diante da qualidade preparatória de alguns para qualificação profissional e outros, direcionados a pesquisa, considerando as finalidades dos programas de pós-graduação, nível mestrado stricto sensu e de doutoramento.

São eles, com destaque para "A ALTERIDADE COMO INSTRUMENTO PARA REDUÇÃO DA ASSIMETRIA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: UMA ANÁLISE À LUZ DA PERSPECTIVA DAS VULNERABILIDADES" (de Adriana Bandeira Cerqueira Zollinger, Ana Thereza Meireles Araújo), "A BIOÉTICA E OS PILARES DO DIREITO: UM NOVO PENSAMENTO COLETIVO JURÍDICO" (de Eloy Pereira Lemos Junior, Artemis Dias Santos), "A LIMITAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: IMPACTOS ÀS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS E HETEROSSEXUAIS IMPOSSIBILITADAS DE REPRODUZIR NO BRASIL" (de Maria José Carvalho de Sousa Milhomem, Ana Paula Galvão Mello , Yuri Silva Cardoso), "DIREITOS REPRODUTIVOS E INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO BRASIL: HIPERJUDICIALIZAÇÃO E EFEITO BACKLASH" (de Mariana Carolina Lemes, Cinthya Sander Carbonera Zauhy), "DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO NO ÂMBITO FAMILIAR" (de Heloisa Fernanda Premebida Bordini, José Sebastião de Oliveira), "DILEMAS BIOÉTICOS E TECNOLOGIAS DE MELHORAMENTO HUMANO: UMA DISCUSSÃO SOBRE PATERNALISMO JURÍDICO E A AUTONOMIA PRIVADA SOB A ÓTICA DO DIREITO DE PERSONALIDADE" (de Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, Evandro Luan de Mattos Alencar , Evander Dayan de Mattos Alencar), "PARADIGMA DA PÓS MODERNIDADE: DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA PERSONALIDADE HUMANA" (de Beatriz Vieira Muchon Crivilim, Júlia Gaioso Nascimento, Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador), "O TRANSGÊNERO NO CONTEXTO NORMATIVO BRASILEIRO: UM DEBATE SOBRE SAÚDE E DIREITO" (de Janaína Machado Sturza, Paula Fabíola Cigana), "RESPONSABILIDADE CIVIL PELA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA MANIPULAÇÃO GENÉTICA" (de Temis Chenso da Silva Rabelo

Pedroso, Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador , Stéphany Freiberger Gonzales), "ENTRE A AUTONOMIA E A VEDAÇÃO DAS PRÁTICAS DE EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO NO DIREITO BRASILEIRO" (de Indyanara Cristina Pini), "O CASO ALAIN COCQ: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, PRIVACIDADE E AUTONOMIA DECISÓRIA NO PROCESSO DE MORTE À LUZ DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO" (de Daniela Zilio, Riva Sobrado De Freitas), "POSSÍVEIS ELOS ENTRE A FILOSOFIA DE ESPINOSA E O DIREITO À MORTE DIGNA" (de Sergio Luís Tavares), "MEIO AMBIENTE E SAÚDE: REFLEXÕES SOB A ÓTICA DA BIOÉTICA LATINO-AMERICANA" (de Tagore Trajano de Almeida Silva, Henrique Costa Princhak), "A CONSCIÊNCIA AMBIENTAL E O CONSUMO CONSCIENTE: AÇÕES, TECNOLOGIA DE BEA E SUA LEGISLAÇÃO NO BRASIL" (de Ricardo Alexandre Costa, Carlos Renato Cunha), "LEVANTAMENTO POPULACIONAL DE EQUÍDEOS NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE: UM SUBSÍDIO PARA TOMADAS DE DECISÕES PÚBLICAS".

(de Barbara Goloubeff), "A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS" (de Rafael Siegel Barcellos, Rogério Raymundo Guimarães Filho), "OS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS E O AVANÇO TECNOLÓGICO A CONTRIBUIR COM A PROTEÇÃO ANIMAL" (de Jéssica Amanda Fachin , Hassan Hajj, Marina Grothge de Lima), "A PERSONALIDADE DOS ANIMAIS MEDIANTE AS VERTENTES DO BEM-ESTAR ANIMAL E DO ABOLICIONISMO ANIMAL" (de Isabela Furlan Rigolin, Alexander Rodrigues de Castro), "INTRODUÇÃO DE ESPÉCIES ANIMAIS INVASORAS EM AMBIENTES NATIVOS E OS IMPACTOS GERADOS NO ECOSSISTEMA BRASILEIRO" (de Samuel Soares Chaves, Sébastien Kiwonghi Bizawu, Ivone Oliveira Soares), e "O CRIME DE MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS E O CONFLITO DE NORMAS ENVOLVENDO ANIMAIS EM QUESTÕES CULTURAIS" (de Luís Henrique Suzin), que demonstram por si só a importância capital de cada um para pesquisa e a pós-graduação em direito, mesmo àqueles sem conteúdo econômico, mas atrelados na busca de consciência plena do individuo para o exercício do viver e da cidadania, sustentabilidade e binaridade: vontade-escolha e Direito e saúde.

Em apertada síntese é possível extrair dos textos apresentados, dois grupos ou linhas para o direito, embora interdisciplinarmente estende-se a outros ramos da ciência e do conhecimento.

O Biodireito como uma área do Direito Público que objetiva a preservação da dignidade humana e da bioética, cujas normas deontológicas e cientificas recebem os avanços da medicina e da biotecnologia. E o Direito dos animais, que a partir de suas espécies vinculam

naturalmente ao meio ambiente do homem, têm direito de viver e crescer de acordo com as suas condições, inerente a vida e a liberdade que lhes são próprias, cujos cuidados e proteção vinculam ao homem, por meio de normas universais e leis específicas, inclusive princípios morais e éticos.

O primeiro grupo, com atuação na pós-graduação, parte significativa dos textos se dirigem à pesquisa, sem excluir alguns, que aperfeiçoados seus temas, objetivos e finalidades, estão em condições de serem alocados para a área da profissionalização, segundo pode ser abstraído do resumo de cada texto, salvo melhor compreensão e interpretação diversa, como exemplo o primeiro trabalho, que busca demonstrar a necessidade de "reduzir as diferenças existentes na relação médico-paciente", diante das vulnerabilidades decorrentes dos serviços médicos prestados, apontados pelas suas autoras. O quarto e quinto textos, por sua vez, ainda que em zona cinzenta entre a profissionalização e a pesquisa, têm condições de fazer parte de políticas públicas efetivas, para serem aprovadas e posteriormente, colocadas em prática, visando promover o processo consciente de inclusão daquelas famílias, por meio de regulamentação jurídica da "gestação por substituição", bem como as hipóteses claras e objetivas do "Direito Reprodutivo e a Interrupção Voluntária", capazes de minimizar a hiperjudicialização, permitindo maiores esclarecimentos e conscientização da população e racionalizar os movimentos e partidos políticos acerca da gravidez no Brasil, muito bem propostos pelos autores.

Ainda na mesma linha do Biodireito, os textos de número dois, três, seis a quinze, por meio de uma leitura atenta, capacita uma compreensão dos direitos, mesmo sem um conteúdo econômico, porém ancorados nas garantias constitucionais de liberdade de pensamento individual e coletivo, de expressão, privacidade e autonomia de decisão, a utilização concreta e efetiva de princípios jurídicos como o da fraternidade nas pesquisas, o da personalidade e proteção ao nascituro, bem como os dilemas deles acarretados, bem como as responsabilidades advindas pela utilização das ferramentas próprias da pós-modernidade, ou seja, as tecnologias na sua mais ampla acepção do termo, em especial a inteligência artificial na interferência genética e no direito de viver e de morrer, por meio da eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido, para concluir por um direito digno de viver conscientemente, num meio ambiente equilibrado e de plena saúde, no dizer de seus autores.

O segundo grupo ou linha do direito, com atuação na pós-graduação e maior incidência na área da profissionalização, sem excluir alguns, que estão em condições de pesquisa, desde que aprimorados seus temas, objetivos e finalidades, também extraídos do resumo de cada texto, repita-se, salvo melhor compreensão e interpretação diversa, os trabalhos vinculados aos Direitos dos Animais, que vêm se agigantando nos trabalhos de pós-graduação e de

pesquisa dos nossos encontros do “COMPEDI”, se destacam pelas características, predominantemente empírico-analítico, segundo seus responsáveis, como vê dos textos dezesseis a vinte um, por meio de “levantamento populacional de equídeos”, destinado a tomada de decisões públicas, passando pelos “riscos e impactos ao ecossistema gerados pela introdução de espécies de animais invasores em ambientes nativos”, destacando os crimes ambientais de “maus tratos contra animais” diante de “normas envolvendo animais em questões culturais”, que por sua vez, perpassa pelas situações de “animais sujeitos de direitos e o avanço tecnológico contribuir com a proteção animal”, e a “personalidade dos animais” de acordo com o bem-estar destes, até a “cooperação jurídica internacional em matéria penal, como instrumento de efetivação dos direitos dos animais”, tudo em prol da prática de proteção e garantias dos Direitos dos Animais.

Finalmente, não poderíamos deixar de registrar a evolução e importância dos trabalhos na atualidade e para o futuro do Direito, por meio do ensino-aprendizagem, dos programas da pós-gradução e da pesquisa.

Profa. Dra. Janaina Machado Sturza (UNIJUI)

Profº. Dr. Heron José de Santana Gordilho (UFB)

Profº. Dr. José Sérgio Saraiva (FDF – Faculdade de Direito de Franca)

DIREITOS REPRODUTIVOS E INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO BRASIL: HIPERJUDICIALIZAÇÃO E EFEITO BACKLASH

REPRODUCTIVE RIGHTS AND VOLUNTARY INTERRUPTION OF PREGNANCY IN BRAZIL: HYPERJUDICIALIZATION AND BACKLASH EFFECT

Mariana Carolina Lemes
Cinthya Sander Carbonera Zauhy

Resumo

O estudo, de método hipotético-dedutivo, tem como tema os direitos reprodutivos e, em específico, a interrupção voluntária da gestação (IVG). Promove-se o estudo dos casos de anomalia fetal fatal, utilizando, como recorte, dois casos da Corte Europeia de Direitos Humanos. Apresenta como problema a evolução da compreensão jurídica dos direitos reprodutivos no Brasil, indagando quais os limites da ingerência estatal sobre o corpo feminino nos casos de anomalia fetal fatal. É hipótese que o tratamento dado ao aborto é afetado pela hiperjudiciliação, dando azo ao efeito backlash, com o esvaziamento das decisões que extrapolem a competência judicial.

Palavras-chave: Bioética, Direitos reprodutivos, Direitos humanos, Efeito backlash, Interrupção voluntária da gravidez

Abstract/Resumen/Résumé

The study, of a hypothetical-deductive method, has as its theme the reproductive rights and, in particular, the voluntary interruption of pregnancy (IVG). Promoted, using, as a clipping, two cases from the European Court of Human Rights, it presents as a problem the evolution of the legal understanding of reproductive rights in Brazil, asking what are the limits of state interference over the female body in cases of fatal fetal anomaly. It is hypothesized that the treatment given to abortion is affected by hyperjudicialization, giving rise to the backlash effect, with the emptying of decisions that go beyond judicial competence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Bioethics, Reproductive rights, Human rights, Backlash effect, Voluntary termination of pregnancy

1 INTRODUÇÃO

O aborto é um tema inflluenciado por preconceitos e desinformações que levam em consideração aspectos éticos, culturais e religiosos. Pretende-se tecer observações acerca dos mais recentes julgamentos internacionais sobre IVG nos casos de anomalia fetal fatal, motivo pelo qual, o estudo possui como recorte os Casos Mellet v. Ireland (2016) e Whelan v. Ireland (2017).

Com o tema direitos reprodutivos e, em específico, a interrupção voluntária da gestação (IVG), delimitou-se o estudo aos casos de anomalia fetal fatal. Afinal, a compreensão jurídica dos direitos reprodutivos tem evoluído no Brasil? Quais os limites da ingerência estatal sobre o corpo feminino nestes casos?

Apresenta-se, como hipótese que o tratamento dado ao aborto é afetado, no âmbito internacional e nacional, com a flexibilização nos casos de anomalia fetal, especialmente a fatal, decorrente da hiperjudicialização de questões éticas e políticas que, desse modo, deixam a arena política para serem decididos na esfera judicial, impactando os arranjos institucionais e dando azo ao efeito backlash, com o esvaziamento das decisões que extrapolem a competência judicial. São variáveis: (1) a evolução da tutela dos direitos reprodutivos e, consequentemente, da proteção jurídica da vida e da autonomia e liberdade da mulher diante do maior ou menor respeito à ideia de maternidade compulsória, à religião e justiça social, exemplificativamente; (2) a hiperjudicialização da descriminalização de casos de interrupção voluntária da gravidez.

Sob as perspectivas sociológica e científica, justifica-se a escolha do tema pela complexidade da sociedade contemporânea, fruto do aumento das aflições e do aperfeiçoamento de seus estudos médicos do embrião e do feto, que permitem conhecer mais e melhor existência de anomalias fetais permitindo - e exigindo -, a revisitação das discussões sobre o tema. As revisitações possuem um elemento hercúleo, de oferecer contribuição inovadora ao conhecimento já produzido, alterando, de modo positivo, o estado da arte sobre seu objeto, tarefa que se pretende completar com o intuito de lançar luzes sobre as principais decisões possíveis nos casos de interrupção voluntária da gravidez, sistematizando-as, inclusive à luz dos casos internacionais recortados, sendo este o objetivo geral do estudo. São objetivos específicos: elucidar situações e reconstruir a evolução dos conceitos jurídicos de vida intra e extra uterina e, consequentemente, de titularidade dos principais direitos fundamentais envolvidos, quais sejam, a vida, a liberdade e a saúde, analisando casos submetidos à apreciação judicial com o intuito de analisar o protagonismo judicial.

Trata-se de estudo multidisciplinar que segue o procedimento monográfico, fazendo uso da técnica de pesquisa baseada na revisão bibliográfica, com aplicação do método hipotético-dedutivo, com a exploração da literatura sobre interrupção voluntária da gravidez. Com essas considerações, propõe-se a desenvolver o tema de modo a permitir uma visão comparada e perspectivas sobre o tema.

2 VIDA INTRAUTERINA E ABORTO NO BRASIL

A proteção que se defere à vida intrauterina depende diretamente do país em que domiciliada a gestante e do avanço dos direitos reprodutivos. Segundo o tratamento dado em cada país, o aborto pode ser classficado como: legalizado em qualquer circunstância, caso em que o limite mais adotado pelos países para a prática é até a 12ª semana de gestação, sendo que, após esse tempo, a interrupção pode ser realizada em condições especiais, dependendo do país, como em casos de estupro, risco para a vida ou saúde da mulher e má-formação do feto; legalizado por motivos de saúde ou terapêuticos, nos países que permitem o aborto por motivos de saúde ou terapêuticos e, em alguns países que incluem condições específicas como saúde mental ou apenas quando há ameaça à saúde física da mulher, já que a Organização Mundial de Saúde considera o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doenças ou enfermidades; legalizado apenas quando houver risco de morte para a gestante, naqueles que permitem a prática somente quando a vida da mãe corre risco, sendo que alguns deles também autorizam a interrupção da gravidez em caso de estupro e má-formação do feto; e, proibido em qualquer circunstância, nos países que não permitem o aborto por nenhum motivo, nem mesmo quando a vida da mulher está em risco.

2.1 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DA VIDA INTRAUTERINA

Protegido pelo direito desde a concepção, a interrupção voluntária da gravidez é punida pelo Código Penal (BRASIL, 1940) em seus artigos 124 a 128. No Código Penal da República Velha (BRASIL, 1890), era tipificado no Título X ("Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida"), no Capítulo IV ("Do abôrto"), nos artigos 300 a 302 e, no Código Criminal do Império (BRASIL, 1830), previsto na Seção II ("Infanticídio") do Capítulo I ("Dos crimes contra a segurança da pessoa, e vida) do Título II ("Dos crimes contra a segurança individual"), nos artigos 199 e 200 e, sendo época quando ainda havia pena de morte no país, não era esta aplicada à mulher grávida, que sequer era submetida a julgamento neste estado, conforme o artigo 43 do Código Penal do Império segundo o qual "Na mulher prenhe não se

executará a pena de morte, nem mesmo ela será julgada, em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto."

Na história do Código Civil, o Projeto do Código Civil brasileiro elaborado em 1899, por Clóvis Beviláqua, declarava que a personalidade civil do ser humano tinha início com a concepção, sob a condição de nascer com vida. Beviláqua argumentava que: desde a concepção era o ser humano protegido pelo direito, sendo punido o aborto; que a gravidez autorizava a posse em nome do ventre e a nomeação de curador especial sempre que coubesse à pessoa por nascer algum direito (curadoria do nascituro); que a pessoa por nascer era considerada já nascida no que respeitasse aos pertences, conforme preceito romado aceito pelas legislações modernas; que era admissível o reconhecimento de filhos naturais ainda por nascer. Para Beviláqua, em todas estas hipóteses, os direitos penal e civil tratavam o nascituro como ser humano com direito à vida, o que poderia ser extraído do primeiro caso - da concepção; no segundo e terceiro casos, era tratado como portador de direitos e possuidor, sendo que no segundo era, ainda, curatelado. Na última hipótese, era considerado como "[...] capaz de um determinado estado." (BEVILÁQUA, 1955).

Essas considerações fizeram com que argentinos, austríacos e suíços, entre outros, promovessem o reconhecimento expresso da personalidade do nascituro em suas legislações. Autores como Teixeiras de Freitas, Felício dos Santos, Nabuco, Carlos de Carvalho, Rudorf - citado por Windscheid -, Raoul de la Grasserie e Planiol também afirmaram a personalidade do nascituro, em que pesasse a corrente de opinião contrária (BEVILÁQUA, 1955).

2.2 TUTELA PENAL DO ABORTO

O aborto pode ser considerado uma das infrações penais mais controvertidas na atualidade (GRECO, 2015). A definição de aborto não é trazida pelo legislador penal, mas, sim, pela doutrina e jurisprudência. A doutrina considera aborto “[...] a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião.” (NUCCI, 2008). Trata-se da “[...] interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção.” (MARQUES, 1999).

Quando decorre de causas patológicas, ocorrendo de maneira espontânea, o aborto é denominado natural, inexistindo crime. Também inexiste crime se a cessação da gravidez ocorre em razão de causas exteriores e traumáticas, hipótese em que o aborto é chamado acidental (NUCCI, 2008); se a gestante der causa ao aboroto com seu comportamento culposo, há um indiferente penal (GRECO, 2015).

O aborto é taxado criminoso quando a interrupção da gravidez é forçada e voluntária, aí incluídos o aborto eugênico e toda discussão acerca de sua criminalização e, o aborto econômico-social. Excepcionalmente, nos casos legalmente admitidos, o aborto é permitido - ou legal -, dividindo-se em aborto terapêutico ou necessário e aborto sentimental ou humanitário.

O Código Penal (BRASIL, 1940) proíbe o aborto provocado pela gestante (autoaborto) ou com seu consentimento no artigo 124. O aborto provocado por terceiro é incriminado nos artigos 125 e 126, sendo o artigo 125 referente à atuação do terceiro sem o consentimento da gestante e, o artigo 126 atinente aos casos em que a gestante consente. Em todos os tipos incriminadores citados, a objetividade jurídica é a vida intrauterina.

Prevalece no direito que o início da gravidez se dá com a nidação do óvulo fecundado na parede do útero materno, motivo pelo qual, a "pílula do dia seguinte" não é considerada abortiva, sendo o seu uso permitido (CUNHA, 2018).

A depender do estágio da gravidez, o aborto é considerado ovular (até 2 meses), embrionário (mais de 2 até 4 meses) ou fetal (mais de 4 meses).

O artigo 128 do Código Penal traz duas causas especiais de exclusão da ilicitude: o aborto necessário e o sentimental. O aborto necessário (terapêutico) é realizado para salvar a vida da gestante, ocorrendo por recomendação médica; trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade. Para a legislação penal, o aborto é considerado terapêutico quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, hipótese em que não pressupõe o consentimento da gestante ou autorização judicial, desde que preenchidas três condições indispensáveis: seja praticado por médico; esteja presente o perigo para a vida da gestante (é insuficiente o perigo para a saúde); e, não existam outros meios para salvá-la. Como esclarece Cunha (2018), há doutrina entendendo que, por tratar-se de uma hipótese especial de estado de necessidade - como citado acima -, caso seja praticado por quem não seja médico, este poderá alegar o estado de necessidade.

O aborto sentimental (humanitário), por seu turno, é aquele destinado à interrupção da gravidez decorrente de estupro. É denominado sentimental o aborto nos casos de gravidez resultante de estupro. Nesta hipótese, também é indispensável o preenchimento de três requisitos: a prática por médico; seja a gravidez decorrente de estupro; prévio consentimento da gestante ou representante legal. A maioria da doutrina admite o aborto sentimental ainda quando a vítima seja menor de 14 anos, não distinguindo entre a violência real ou presumida (estupro de vulnerável) (CUNHA, 2018).

O aborto eugênico ou eugenésico corresponde, por sua vez, à interrupção da gravidez para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos (NUCCI, 2008). Objeto de discussão na exposição de motivos do Código Penal, o aborto eugênico também foi objeto de incriminação, sendo vedado, ainda que presente comprovado risco de que o feto nasça com graves anomalias psíquicas ou físicas (BRASIL, 1940).

Para Bitencourt, o legislador atuou mal ao proibir o aborto eugenésico; diante da probabilidade de que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável, a gestante que praticasse o autoaborto ou consentisse que terceiro o provocasse estaria amparada, conforme o caso, pela excludente de culpabilidade ou inexigibilidade de conduta diversa (BITENCOURT *apud* CUNHA, 2018); a discussão do aborto eugenésico é particularmente importante nos casos de anomalias fetais fatais diagnosticadas e será objeto de discussão específica no item dedicado à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54.

Finalmente, o aborto econômico-social (miserável) é aquele que ocorre por razões econômicas ou sociais, quando a mãe não tem condições de oferecer os cuidados necessários ao filho (CUNHA, 2018; NUCCI, 2008) e, aborto honoris causae o praticado para ocultar gravidez adulterina (CUNHA, 2018).

A gravidez molar e a gravidez extra-uterina afastam a ocorrência do crime de aborto. Compreende-se por gravidez molar "[...] o desenvolvimento completamente anormal do ovo." (NUCCI, 2008), caso em que o aborto é afastado pelo não-reconhecimento da existência de "embrião de vida humana", enquanto a gravidez extra-uterina é o estado patológico no qual o embrião não possui condições de se desenvolver e atingir vida própria de modo normal, inexistindo possibilidade de intervenção médica (NUCCI, 2008).

2.3 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

A partir do contexto do movimento feminista organizado na década de 1970, a luta para reformar o Código Penal, no que pertine ao aborto, se coloca com intensidade. Sob o discurso feminista de que o corpo pertencia à mulher ("nosso corpo nos pertence") defende-se que a escolha de ter ou não filhos, da sexualidade, e do aborto, são "[...] requisitos básicos e necessários de justiça social e para a consolidação das democracias." (PIMENTEL; VILLELA, 2012).

O movimento feminista e o movimento de mulheres encontrou, na luta pela legalização do aborto, um ponto de ruptura, eis que este se voltava mais para a garantia de acesso a equipamentos sociais, enquanto aquele para a conquista de autonomia. A disputa das

feministas com a Igreja Católica levaram-nas a associar o aborto à reivindicações voltadas à saúde integral feminina; concomitantemente, nascem na Igreja Católica, na Central Única dos Trabalhadores e, em outros partidos políticos e associações profissionais como a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, movimentos no mesmo sentido (PIMENTEL; VILLELA, 2012).

Além das lutas feministas, o movimento pela legalização ou descriminalização do aborto baseia-se, igualmente, na justiça social e, considera os direitos de quem aborta e dos profissionais que exercem a intervenção (PIMENTEL; VILLELA, 2012).

Para Pimentel e Villela (2012), a questão perpassa quatro princípios bioéticos, a saber: princípio da integridade corporal; princípio de igualdade; princípio da individualidade; e, princípio da diversidade. De acordo com o princípio da integridade corporal, a mulher que busca o aborto é titular do direito à segurança e ao controle do próprio corpo, decorrências da sua liberdade reprodutiva e sexual.

Não se pode ignorar, ainda, os casos de objeções de consciência de profissionais da medicina, em que, mesmo nos casos de IVG autorizados, a paciente pode se ver sem a prestação do serviço de saúde necessário, fato que também merece atenção, sob pena de negativa de atendimento às gestantes.

3 INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE ANOMALIA FETAL FATAL

A interrupção voluntária da gravidez depende, segundo cada país, da presença de requisitos autorizadores, como o risco à vida da gestante e o estupro, caso do Brasil, ou, ainda, da ausência do decurso de um marco temporal, que pode ser a 10ª ou 12ª semana de gestação, exemplificativamente. Diante, portanto, do interesse para a pesquisa, passa-se, na sequência, ao estudo dos marcos legais da IVG, seu procedimento, método e, o que se consideram malformações.

3.1 MARCOS LEGAIS E MÉTODOS DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ

A saúde física e mental está garantida no artigo 12 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1992), que reconhece o direito de toda pessoa a desfrutar do mais elevado nível possível delas.

Direitos sexuais e reprodutivos são direitos humanos, fundamentais, reconhecidos pela Declaração da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD) do

Cairo, de 1994, possuindo relação direta com direitos como a dignidade, igualdade, livre desenvolvimento da personalidade, informação, saúde e educação. Por se tratar do primeiro encontro global no qual todos os aspectos da vida humana foram abordados de forma abrangente, a CIPD é considerada um marco histórico. Seu resultado foi um Plano de Ação compreendido como uma agenda de compromissos comuns voltados a melhorar a vida de todas as pessoas, inclusive através do planejamento familiar, saúde sexual e reprodutiva e direitos (RESUMO, [s.d.]).

Em 28 de agosto de 2020, o Ministério da Saúde atualizou os procedimentos de justificação e autorização da interrupção da gravidez para os casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). A Portaria n. 2.282/2020 (BRASIL, 2020) substituiu a norma anterior Portaria n. 1.508/2005, do Ministério da Saúde (BRASIL, 2005), cujos procedimentos devem ser seguidos para garantir a licitude do aborto e a segurança jurídica aos profissionais de saúde envolvidos. Antes de aprovar a interrupção da gravidez, a equipe médica deverá informar a gestante acerca da possibilidade de visualizar o feto ou embrião por meio de ultrassonografia, se assim desejar, caso em que deverá proferir expressamente sua concordância, de forma documentada.

Na Portaria n. 1.508/2005 os procedimentos de justificação e autorização não eram necessários nos casos que envolvessem riscos de morte da mulher, situação alterada, portanto, desde a edição da Portaria n. 2.282/2020.

O Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei possui quatro fases, sendo a primeira o relato sobre as circunstâncias do crime de estupro, feito pela própria gestante perante dois profissionais de saúde do serviço, cujo Termo de Relato Circunstanciado conterá local, dia e hora aproximada do fato, tipo e forma de violência, descrição dos agressores, se possível, e identificação de testemunhas, se houver. Após, na segunda fase, são feitos exames físicos e ginecológicos por médico responsável, com emissão de parecer técnico, devendo a gestante receber atenção e avaliação especializada por parte da equipe de saúde multiprofissional, dentre os quais três integrantes subscrevem o Termo de Aprovação de Procedimento de Interrupção da Gravidez, que não poderá ter desconformidade com a conclusão do parecer técnico. Na terceira fase, ocorre a assinatura do Termo de Responsabilidade, com a advertência expressa sobre a previsão dos crimes de falsidade ideológica e de aborto, previsto no Código Penal, caso não tenha sido vítima do crime de estupro, seguinda pela quarta fase, composta pelo Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, com a declaração expressa sobre a decisão voluntária e consciente da gestante de interromper a gravidez, em linguagem acessível, sobre os

desconfortos e riscos possíveis do aborto à sua saúde, os procedimentos a serem adotados para a realização da intervenção médica, a forma de acompanhamento e assistência, os profissionais responsáveis e, a garantia do sigilo quanto aos dados confidenciais envolvidos, passíveis de serem compartilhados em caso de requisição judicial. Os documentos que compõem o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez deverão ser assinados pela gestante, ou, se for incapaz, também por seu representante legal, registrados no formato de termos confidenciais, arquivados anexos ao prontuário médico, sendo uma via entregue à gestante. Médicos, profissionais de saúde ou responsáveis por estabelecimento de saúde notifiquem à polícia os casos em que houver indícios ou confirmação de estupro, bem como deverão preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro, a serem entregues imediatamente à autoridade policial, como fragmentos de embrião ou feto, para a realização de exames genéticos que poderão levar à identificação do autor do crime (BRASIL, 2020). A Portaria de 2020 sofreu diversas críticas sob o argumento de que cria barreiras que dificultam o acesso ao serviço de aborto legal e seguro, revitimizando a pessoa abusada ao exigir que ela conte outra vez sobre o episódio de violência que viveu para profissionais que não necessariamente têm uma escuta qualificada.

Quanto aos métodos para a interrupção da gravidez, o método cirúrgico e o método medicamentoso devem ser abordados. Ambos dispensam internação, podendo ser realizados em regime de ambulatório, cabendo à mulher escolher o método que pretende utilizar, tomando a decisão em conjunto com o médico, de modo que seja avaliado clinicamente qual o mais adequado (ABORTO, [s.d.]).

O aborto cirúrgico consiste na aspiração do conteúdo uterino, com a permanência da gestante no serviço durante uma manhã ou tarde. Sob anestesia geral ou local e, com o auxílio de uma sonda plástica, é necessária a preparação do colo do útero para tornar mais fácil a intervenção, que dura cerca de 5 a 20 minutos, motivo pelo qual, 3 horas antes do procedimento são administrados 2 comprimidos, via bucal ou vaginal, à gestante (ABORTO, [s.d.]).

O aborto medicamentoso, de outro giro, consiste na administração de fármacos - normalmente Mifepristone e Misoprostol - cuja ação interrompe a gravidez. O Mifepristone age bloqueando a progesterona, hormônio responsável pela manutenção da gravidez e, o Misoprostol, provoca contrações, causando hemorragia e a expulsão do feto (ABORTO, [s.d.]). O protocolo para a interrupção voluntária da gravidez segundo o método medicamentoso consiste na tomada, no 1º dia, do Mifepristone no estabelecimento de saúde (1 comprimido de 200mg por via oral) e na ingestão, em casa, 2 dias depois de comprimidos

de Misoprostol fornecidos à mesma. No 3º dia, no período de 36 ou 48 horas após o consumo do Mifepristone, a gestante deve ingerir o Misoprostol. A toma pode ser feita em casa: 2 a 4 comprimidos de 800 mcg por via bucal ou vaginal (ABORTO, [s.d.]). A dose menor de Misoprostol em gravidezes com menos de 7 semanas de gestação, sugerida pela literatura, não costuma, porém, ser observada; a dose de 4 comprimidos costuma ser seguida em qualquer idade gestacional para aumentar a eficácia do método (ABORTO, [s.d.]).

Concluídos os procedimentos do método cirúrgico ou medicamentoso, costuma-se seguir uma consulta de acompanhamento cerca de 2 a 3 semanas após para observação da mulher e confirmação da eficácia do método, sendo o método cirúrgico apontado como mais seguro.

3.2 MALFORMAÇÕES

As malformações fetais abrangem a anomalia congênita, a malformação, a deformação, a disruptura, a displasia e a aneuploidia. Entende-se por anomalia congênita os defeitos anatômicos ou estruturais ao nascimento; por malformação, a anomalia congênita devido a um defeito embriológico; a deformação, à pressão mecânica intrauterina; a disruptura, à anomalia após o desenvolvimento embriológico normal; as displasias, à organização anormal de um tecido específico; e, a aneuploidia, à não-correspondência do número de cromossomos ao múltiplo exato do número haplóide característico da espécie (DIAGNÓSTICO, 2021).

Na população mundial, as malformações fetais têm uma prevalência de 2-5%, sendo de 2,7% no Brasil. Destas, 50 a 60% correspondem a etiologia desconhecida, 20 a 25% a herança multifatorial, 6 a 7% a anormalidades cromossômicas, 7 a 8% a genes mutantes e, 7 a 10% a agentes ambientais (DIAGNÓSTICO, 2021).

As malformações fetais estão compreendidas em as causas de aumento da mortalidade infantil por anomalias congênitas. A abordagem das malformações congênitas abarca medidas preventivas primárias - de prevenção da ocorrência das malformações -, secundárias - de interrupção da gravidez após o diagnóstico da malformação - e, terciárias - correspondentes a medidas que tratem ou minimizem sequelas, reabilitem e integrem o recém nascido com malformação (DIAGNÓSTICO, 2021). Dentre as medidas primárias estão a vacinação contra agentes infecciosos (e.g. rubéola), o uso do ácido fólico, a prevenção da exposição a compostos químicos ambientes e radiações, a suspensão do uso de drogas teratogênicas (e.g. medicamentos para epilepsia), o controle de doenças metabólicas (e.g. diabetes) e o diagnóstico genético de pré-implantação do embrião, nos casos de fertilização.

As medidas secundárias enfocam a identificação da malformação uterina, principalmente através da ultrassonografia obstétrica, a ser realizada antes de 24 semanas, por examinador treinado e, aparelho com até 5 anos de uso, possuindo especificidade de 99% (falso negativos < 1%), podendo ocorrer, também, através do ecocardiograma fetal, da ressonância magnética, do screening para aneuploidias e exames invasivos como a amniocentese, seguidos da interrupção voluntária da gravidez, se assim optar a gestante. As medidas terciárias compreendem punções de cavidades/shunts e cirurgias intrauterinas no período pré-natal e, a assistência multidisciplinar ao recém-nascido no período pós-natal (DIAGNÓSTICO, 2021).

4 ABORTAMENTO NOS DIAS ATUAIS

Analisada a evolução histórica do tratamento do aborto no país, com seus marcos legais e métodos, bem como apresentada a problemática da malformação fetal fatal, cumpre avançar sobre posicionamento legal dos países da América do Sul e casos sobre as principais discussões legais acerca da proteção dos direitos reprodutivos no sistema europeu de direitos humano, de modo a confrontados com a evolução do pensamento sobre o tema no Brasil, extrair dos dados obtidos a conclusão necessária, sistematizando o posicionamento brasileiro atual sobre interrupção voluntária da gravidez.

4.1 AMÉRICA DO SUL E EUROPA

O Uruguai foi o primeiro país da América do Sul a legalizar o aborto, em 2012, por qualquer motivo, até a 12ª semana gestacional. Em 2020, foi a vez da Argentina avançar sua política de legalização, aprovando projeto de lei que permite a interrupção voluntária da gravidez até a 14ª semana de gravidez. Ao lado destes países, também a Guiana e Guiana Francesa permitem a interrupção em qualquer circunstância até a 12ª semana, seguindo, este último, a lei francesa. Cuba permite a interrupção até a 10ª semana de gestação e, Porto Rico - que também permite o aborto - segue a normativa estadunidense (SILVA; ASSIS, 2017). Após esse marco temporal, a interrupção pode ser realizada em condições especiais, a depender do país, sendo as mais comuns o estupro, o risco de vida ou para a saúde da mulher e, a má-formação do feto (OTOBONI, 2020).

Entre os países da América do Sul que permitem o aborto em caso de risco para a vida ou saúde da gestante estão o Peru, o Equador, a Colômbia e Venezuela. Brasil, Paraguai, Bolívia e Chile permitem apenas no caso de risco à vida da gestante (o risco à saúde é insuficiente). Destes, alguns também permitem o aborto nos casos de estupro e má-formação fetal (OTOBONI, 2020). No Brasil, a interrupção das gravidezes decorrentes de casos de

estupro estão entre as hipóteses de aborto legal e, a má-formação do feto entre hipóteses de reconhecimento de inconstitucionalidade da interpretação tipificadora à luz dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, como ocorreu no caso da ADPF 54. No Chile, o aborto era proibido em qualquer situação até 2017, tendo sido descriminalizado em três hipóteses: risco de morte da gestante, gravidez decorrente de estupro e má-formação que inviabilize a vida do feto após o parto (SILVA; ASSIS, 2017).

Suriname, Nicarágua, Honduras, El Salvador, Haiti e República Dominicana, porém, vedam a prática do aborto, mesmo nos casos de risco à vida da gestante, proibindo-o em qualquer situação, enquanto o México permite a interrupção voluntária da gravidez nos casos de gravidez decorrente de estupro (SILVA; ASSIS, 2017).

Na Europa, o Caso Mellet v. Ireland (2016) dá conta de que Amanda Jane Mellet, cidadã irlandesa, nascida em 1974, reclamou, em 2013, ser vítima de violações de direitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Casada e sem filhos, se tornou grávida em 2011. Na 21a semana da gravidez recebeu exames do Hospital Rotunda, de Dublin, sendo informada de que o feto tinha defeitos cardíacos congênitos fatais. Ainda assim, a grávida não pôde interromper a gravidez na Irlanda. O médico a informou que pessoas na mesma condição escolhiam viajar para obter solução para tal problema, em razão da Irlanda não permitir o aborto nesses casos. Após exames mais aprofundados, a grávida foi informada que o feto morreria ainda no útero ou logo após o parto, contatando uma organização que a auxiliou a contatar o Hospital Para Mulheres de Liverpool, na Inglaterra, para onde seus documentos médicos foram transmitidos, com o agendamento de consulta para 10 dias depois. Após a consulta, a Sra. Mellet retornou ao hospital de Dublin para confirmar se o feto continuava vivo, tendo sido identificados batimentos cardíacos. Na ocasião, o médico que atendeu procurou dissuadi-la de continuar procurando pelo processo de aborto fora do país, insistindo que ela desse continuidade à gravidez e afirmando que sua criança não deveria sofrer. A principal razão invocada pela gestante para buscar o aborto era salvaguardar o feto do sofrimento. Cerca de três semanas depois de ter sido cientificada da malformação fetal fatal, a Sra. Mellet e seu marido viajaram para Liverpool, dando início ao tratamento abortivo no dia 28 de novembro de 2011, com a ingestão de medicação. No dia 1 de dezembro de 2011, depois de receber a medicação necessária para induzir o abortamento, passou por um trabalho de parto de 36 horas e, no dia 2 de dezembro de 2011 deu à luz uma menina natimorta. Ainda fraca e com sangramentos, viu-se impelida a retornar para Dublin, apenas 12 horas após o parto, devido à impossibilidade de arcar com os custos de um prolongamento de sua estadia. A autora havia gasto dois mil euros pelo procedimento e, mil euros de despesas, perfazendo

três mil euros no total. Após o retorno, a Sra. Mellet não recebeu tratamento ou cuidados no Hospital de Rotunda. Mesmo o serviço de apoio psicológico seria destinado apenas aos casais que sofreram abortamento natural ou acidental, não se estendendo aqueles que houvessem optado pela terminação da gravidez, mesmo em razão de anomalias fetais fatais.

Já o Caso Whelan v. Ireland (2017) descreve que informada por seus médicos na Irlanda, em janeiro de 2010, que sua gravidez envolvia uma anomalia fetal fatal e o feto deveria morrer ainda no útero ou logo após o nascimento, a Sra. Siobhán Whelan decidiu pela interrupção da gravidez. A lei irlandesa, contudo, proíbe o aborto em todas as situações, exceto as de risco à vida da gestante, tendo-lhe sido informado que a única alternativa, em solo irlandês, seria a continuidade da gestação. Ciente, a Sra. Whelan se preparou e viajou, às suas expensas, internando-se em hospital do Reino Unido, onde obteve o abortamento. Em abril de 2014, a Sra. Whelan elaborou uma petição individual ao Comitê dos Direitos Humanos, sob o Protocolo Opcional ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, clamando que a proibição irlandesa e a criminalização do aborto violou seus direitos previstos nos artigos 7 (direito de liberdade de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes), 17 (direito à privacidade) e 26 (direito à igualdade diante da lei). Analisando a petição, o Comitê de Direitos Humanos entendeu que a Irlanda violou os artigos 7, 17 e 26 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, uma vez que a proibição e criminalização do aborto interferiu com a decisão privada da peticionária, de não continuar sua gravidez. Reconheceu, ainda, que as mulheres irlandesas que se encontram na mesma situação da Sra. Whelan e, decidam dar continuidade à gravidez até seu termo final, devem receber proteção integral do sistema de saúde irlandês, aí incluído proteção securitária e acesso a cuidados e cuidados por profissionais da saúde. Em contraste, a proibição do aborto alijou inteiramente a Sra. Whelan do sistema de saúde, fazendo com que ela dependesse de seus próprios recursos para obter, em outro país, o cuidado de que necessitava. Isso fez com que o Comitê compreendesse que a lei irlandesa havia falhado ao deixar de tomar em conta as necessidades médicas e circunstâncias socioeconômicas, praticando discriminação [negativa] contra a Sra. Whelan e, negando proteção igualitária perante a lei, motivo pelo qual condenou a Irlanda à reparação integral pelos danos sofridos, instruindo o Estado à compensação adequada e prestação de aconselhamento psicológico à vítima, bem como à reforma da sua legislação para garantir que violações semelhantes não ocorram no futuro, reformando a lei sobre a interrupção [terminação] da gravidez e, acesso efetivo, temporâneo e acessível a procedimentos deste tipo na Irlanda.

4.2 DIREITO PÁTRIO

No Brasil, a ADPF 54 colocou em discussão a admissibilidade do aborto nos casos dos fetos anencefálicos. Ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), a ação questionou a aplicação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal e a possibilidade de interrupção terapêutica da gravidez no caso de diagnóstico da anencefalia. Considerando que a ciência trabalha com margem de certeza igual a 100% nestes casos, os avanços médicos tecnológicos poderiam ser utilizados, nestes casos, para pôr fim à gravidez das "mulheres-caixão", haja vista que, nestes casos, 50% dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intrauterino, sendo a imposição da continuidade da gestação atentatória à dignidade humana, legalidade, liberdade e autonomia da vontade.

Logo após decisão favorável do Supremo Tribunal Federal (STF) em 12 de abril de 2012, por maioria e, nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, foi declarada a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada, de modo que, diagnosticada a anencefalia, a gestante pode submeter-se ao aborto, sem incorrer nas penas do crime.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou diretrizes para a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, determinando a realização de exame de ultrassonografia a partir da 12ª semana e a confecção de laudo, assinado, obrigatoriamente, por dois médicos.

Informada, competiria à gestante decidir, livremente, por antecipar o parto ou manter a gravidez, podendo, ainda, optar por ouvir a opinião de uma junta médica ou de outro profissional. Caso optante do aborto, este poderia ser realizado em hospital público ou privado e em clínicas, desde que com estrutura adequada, sendo-lhe devida toda assistência de saúde e aconselhamento sobre medidas aptas a evitar nova gravidez anencefálica.

Ao julgar o REsp 1.467.888/GO, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016) condenou um padre a pagar indenização no valor de R$60.000,00 por impedir uma interrupção de gestação autorizada pela Justiça. No julgamento, unânime, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, entendeu que o padre abusou do direito de ação e violou direitos da gestante e de seu marido, provocando-lhes sofrimento inútil.

Consta dos autos que, em 2005, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, do interior de Goiás, impetrou habeas corpus com o intuito de impedir que uma mulher grávida levasse adiante, com auxílio médico, a interrupção da gravidez de feto diagnosticado com síndrome de Body Stalk; a condição corresponde a uma anomalia fetal fatal. Informados do diagnóstico de malformação e da inviabilidade da vida extrauterina do feto, os pais, residentes na cidade

de Morrinhos (128 quilômetros de Goiânia) buscaram, e obtiveram, autorização judicial para interromper a gravidez (STJ, 2016).

Atendendo ao clamor do padre, que afirmou que os pais praticariam um homicídio, o Tribunal de Justiça de Goiás determinou a interrupção do procedimento, já durante a internação hospitalar da gestante, que já havia tomado medicação para a indução do parto. Com dilatação já iniciada, a grávida foi dispensada, tendo sido encaminhada para casa. Nos oitos dias subsequentes, a gestante sofreu, atendida apenas pelo marido, até o parto, quando retornou ao hospital. O feto morreu logo após o nascimento. O casal propôs ação para indenização dos danos morais infligidos pelo padre, da Associação Pró-Vida de Anápolis, perdendo no TJGO e obtendo provimento ao recurso especial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016).

A relatora taxou como "aterrorizante" os eventos sofridos pelo casal, ressaltando o exaustivo trabalho de parto e o intenso sofrimento moral suportado pelo casal.

4.3 SISTEMATIZAÇÃO DO POSICIONAMENTO BRASILEIRO ATUAL SOBRE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ

Interpretando o direito posto e as principais doutrinas e jurisprudências expostas à luz da evolução do tema, pode-se perceber que, no Brasil, a interrupção voluntária da gravidez pode ser percebida e solucionada pelo menos nas seguintes situações hipotéticas: (1) risco à vida da gestante; (2) gravidez decorrente de estupro (com violência real); (3) gravidez decorrente de estupro (com violência ficta ou presumida); (4) embrião ou feto sadio com até 90 dias; (5) malformações fetais fatais sem risco à vida da gestante, não compreendidas entre os casos 1 a 4; (6) malformações fetais não-fatais (sem utilização do DGPI) sem risco à vida da gestante; (7) malformações fetais não-fatais (com utilização do DGPI) sem risco à vida da gestante; (8) risco à saúde da gestante e feto viável com mais de 90 dias; (9) morte cerebral da gestante; (10) sem risco à vida ou à saúde da gestante e feto viável com mais de 90 dias.

No primeiro caso, de risco à vida da gestante, na possibilidade de colisão dos direitos fundamentais à vida e à liberdade e, ainda, do direito fundamental social à saúde, da gestante, com o direito à vida, do embrião/feto, traz o Código Penal norma permissiva do aborto (excludente de ilicitude; justificação: estado de necessidade), de modo que, supostamente: a vida e liberdade reprodutiva da gestante possui, para o Direito, peso superior ao da vida do embrião ou do feto. Nessa hipótese, poder-se-ia deparar com as seguintes soluções no caso concreto: (a) mulher decide interromper a gravidez (status civitatis); (b) mulher decide manter a gravidez (status libertatis). Diante da primeira situação, o médico [Estado], ante do

consentimento da gestante assegura o status civitatis e, perante a segunda situação, o médico, diante da falta do consentimento da gestante, fica impedido de interromper a gravidez (status subjectionis), sob pena de cometimento de crime.

No segundo caso, de gravidez decorrente de estupro com violência real, encontram-se em colisão os direitos fundamentais à liberdade e saúde da gestante com o direito à vida do embrião/feto, o Código Penal também permite o aborto (excludente de ilicitude, justificação: exercício regular de direito), uma vez que, supostamente: a liberdade (sexual) e saúde da gestante possuem maior valia que a vida do embrião/feto. Aqui, igualmente, a mulher pode decidir-se por: interromper a gravidez; manter a gravidez. De acordo com sua opção, o médico [Estado], ante do consentimento da gestante assegura o status civitatis, ou, diante da falta do consentimento da gestante, fica impedido de interromper a gravidez, sob pena de cometimento de crime.

O terceiro caso distingue-se do segundo na medida em que há a presença de uma gestante vulnerável (caso da gestante menor de 14 anos), impondo perquirir a solução com a presença do responsável legal nos casos em que a liberdade sexual e a saúde da gestante vulnerável colidem com o direito à vida titularizado pelo embrião ou feto. Neste cenário: a gestante/responsável decide interromper a gravidez; a gestante/responsável decide manter a gravidez. Similarmente, feita a opção, o médico [Estado], com o consentimento do responsável, assegura o status civitatis e, no caso de sua ausência, o médico, diante da falta do consentimento do responsável legal, fica impedido de interromper a gravidez, sob pena de cometimento de ilícito penal.

O quarto caso diz respeito ao embrião ou feto sadio com até 90 dias. A colisão entre os direitos à liberdade e saúde da gestante e o direito à vida intrauterina. Aqui, a solução é dada, no Brasil, pela jurisprudência, onde, os direitos da gestante sobressaem e, o Estado deve aceder à sua decisão.

No quinto caso, de malformações fetais fatais, a liberdade e a saúde da gestante conflitam com o direito à vida do embrião ou feto com malformação fatal, sendo adotado pela jurisprudência posicionamento em favor da efetivação dos direitos da gestante em desfavor do direito à vida do embrião ou feto não-são, como ocorreu na ADPF 54 e no REsp 1.467.888/GO. Esse posicionamento é em tudo similar àquele adotado nos Casos Mellet v. Irlanda, da jurisprudência do Sistema Europeu de Direitos Humanos, no qual restou assentado que a proibição e criminalização do aborto nesses casos (malformações fetais fatais) interfere com a decisão privada da gestante, de não continuar sua gravidez, impondo a ela tratamento cruel, desumano, degradante e, consequente dever de reparação do Estado.

O sexto caso apontado traz a hipótese de malformações fetais não-fatais, sem a prévia utilização do diagnóstico genético de pré-implantação. Aqui, a colisão entre o direito à liberdade reprodutiva da mulher cede diante da vida do embrião ou feto viável, com malformações, impedindo o abortamento nos casos em que não haja risco à vida da gestante, estupro ou, em que tenha decorrido o prazo de 90 dias desde o início da gestação. Relevante registrar que, na eventualidade de malformações decorrentes da utilização de técnicas de manipulação genética, como o DGPI, além da supremacia da vida do feto há que se considerar a possível impossibilidade jurídica de interrupção voluntária da gravidez, decorrência da causalidade, eis que, ao provocar a malformação, a gestante veria nulificada sua autonomia para decidir pelo abortamento a posteriori (venire contra factum proprium non potest), bem como seria passível de responsabilização juntamente com demais designers. O mesmo não ocorreria, porém, nos casos de utilização da técnica de recombinação assistida sem o conhecimento da gestante, ou, ainda, da utilização de embrião com malformações ao alvedrio da vontade ou com o desconhecimento da gestante.

O oitavo caso hipotético, por seu turno, versa sobre a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez nos casos de risco à saúde da gestante, nos quais o feto viável conte mais de 90 dias. Aqui, o Código Penal veda a conduta e, a liberdade reprodutiva e a saúde - não a vida - da gestante cedem diante da vida do feto viável com gestação superior ao período apontado (exceção dada pela jurisprudência, como visto no caso 3).

O nono caso apontado trabalha com a possibilidade de morte cerebral da gestante e utilização de suporte vital para a continuidade da gravidez até o suficiente amadurecimento do feto. Identifique-se que, na hipótese, os direitos da personalidade da gestante diagnosticada com quadro de morte cerebral serão exercidos pelo cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, nos termos do artigo 12, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL, 2002).

O décimo caso analisa a liberdade da gestante em colisão com a vida do feto sadio com mais de 90 dias nos casos em que inexiste risco à sua saúde ou vida, hipótese em que o Código Penal veda a interrupção voluntária da gravidez, criminalizando a conduta e não abre margem para a discussão casuística via judicial, considerando que o aborto é criminalizado no país e, inexiste, na espécie, qualquer justificativa para a sua autorização, diante da ausência de lesão ou de risco de lesão a direitos fundamentais como a vida e a saúde da gestante. Neste caso, os direitos reprodutivos, conquanto reconhecidos no âmbito internacional e nacional, não possuem eficácia suficiente para fazer frente à vida intrauterina diante do direito válido.

À luz dos casos expostos e, em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio e a jurisprudência brasileira, deduz-se as seguintes conclusões: (a) havendo risco à vida da gestante, este direito [vida] prevalece sobre a do produto da concepção em qualquer fase da gestação (lei); a liberdade da gestante prevalece no caso de concepção decorrente de estupro com violência real ou ficta (lei); a liberdade da gestante prevalece no caso de produto da concepção com até 90 dias (jurisprudência); a liberdade da gestante prevalece no caso do produto da concepção com mais de 90 dias possuir malformação fetal fatal (jurisprudência); a saúde da gestante não prevalece sobre a vida do produto da concepção com mais de 90 dias (lei, a contrario sensu).

Inobstante os contornos traçados, os casos 6 a 9 podem ser objeto de submissão à apreciação judicial, quando serão casuisticamente analisados diante dos possíveis impasses bioéticos que ostentam e colisão com a interpretação dada aos direitos reprodutivos em âmbito internacional, com possível desrespeito a este direito humano e, até mesmo, responsabilização estatal, como se buscou sistematizar na tabela a seguir:

	Caso 1	**Caso 2**	**Caso 3**	**Caso 4**	**Caso 5**	**Caso 6**	**Caso 7**	**Caso 8**	**Caso 9**	**Caso 10**
Código Penal	Permite a IVG	Permite a IVG	Permite a IVG	Não permite a IVG	Não permite a IVG	Não permite a IVG	Não permite a IVG	Não permite a IVG	Não permite a IVG	Não permite a IVG
Preceden-tes no Brasil				Permite a IVG	Permite a IVG	Não permite a IVG	Não permite a IVG	Não permite a IVG	Não permite a IVG	Não permite a IVG
Impasse bioético/ Direitos humanos/						Caso de dificil solução com possibilidade de efeito backlash	Caso de dificil solução com possibilidade de efeito backlash	Caso de dificil solução com possibilidade de efeito backlash	Caso de dificil solução com possibilidade de efeito backlash	Necessidade de alteração legislativa.

Tabela 1: Análise de casos de autorização da IVG no Brasil

Em síntese, os casos 1 a 3 de IVG são desde há muito aceitos no Brasil, sendo, ainda, comuns em diversos outros países. Os casos 4 e 5 são de permissão mais recente, fruto, para alguns, do ativismo judicial, e, para outros, da interpretação conforme aos direitos fundamentais e preceitos fundamentais estatuídos pela Constituinte de 1988. Os casos 6 a 9 de IVG estariam fora da interpretação legal e constitucional, reverberando princípios bioéticos e aspectos culturais e religiosos que não podem ser acomodados ainda pela esfera legislativa, sob pena de incitar o efeito backlash decorrente da força reacionária dos opositores, impondo retrocesso sobre o tema.

CONCLUSÃO

A discussão do aborto inicia com o rompimento de um paradigma hegemônico, de maternidade compulsória, e, quando compartilhada entre diversos atores sociais, ressignifica o

debate sobre a legalização ou descriminalização, permitindo discutir a clandestinidade imposta a tantas mulheres, com a exposição de sua integridade física, psíquica e vida e, consequentemente, a igualdade nas relações de gênero, protegida no âmbito dos direitos humanos e direitos reprodutivos e sexuais.

O Brasil adotou, ainda na década de 1940, a legalização do aborto apenas quando houver risco de morte para a gestante, permitindo a prática somente quando a vida da mãe correr risco e, ainda, nos casos de estupro. Já nos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal, em análise do tema pertinente às malformações fetais fatais, avançou no sentido de permitir a interrupção voluntária da gravidez. Desde então, diversos foram os casos em que gestantes invocaram a presença de síndromes que comprometiam a viabilidade do feto para requerer ao Judiciário a expedição de alvarás que lhes permitisse a interrupção das gravidezes nessas hipóteses, sendo o principal direito fundamental alvejado a saúde, nos termos adotados pela OMS.

Os casos de IVG em que se discute a liberdade reprodutiva da mulher, mas não a vida e a saúde continuam, como se pôde identificar, a serem proibidos pelo ordenamento jurídico. Enquanto alguns países adotam a legalização do aborto em qualquer circunstância, estabelecendo algum limite para a prática, como a 12ª semana de gestação, outros vedam completamente a interrupção. Sob a perspectiva jurídica, o tema demanda a compreensão dos direitos humanos, com atenção aos direitos reprodutivos e, tem ensejado a responsabilização estatal, com o pagamento de indenização à gestante naqueles casos em que for identificado o tratamento cruel, desumano ou degradante.

A hiperjudicialização das questões bioéticas, como é o caso da interrupção voluntária da gravidez pode constituir ativismo judicial, por estarem fora da interpretação legal e constitucional, que pode incitar o efeito backlash decorrente da força reacionária dos opositores, impondo retrocesso sobre o tema

REFERÊNCIAS

ABORTO e interrupção da gravidez: métodos previstos. **Associação para o planejamento da família** (APF). [s.d.]. Disponível em: http://www.apf.pt/aborto-e-interrupcao-da-gravidez/metodos-previstos. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal. **(Código Criminal).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 5 jun. 2021.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal. **(Codigo Penal).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 5 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. (Código Penal).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 5 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição** (**1988**). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, **1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **(Código Civil dos Estados Unidos do Brasil)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **(Institui o Código Civil)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 5 jun. 2021.

BRASIL. Portaria n. 1.508, de 1º de setembro de 2005. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. **Ministério da Saúde.** Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1508_01_09_2005.html. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.467.888/GO (2014/0158982-0). Recorrentes: Tatielle Gomes da Silva e José Ricardo Dias Lomeu. Recorrido: Luiz Carlos Lodi da Cruz. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 25 de outubro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201467888. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL. Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. **Ministério da Saúde**, Brasília, 28 ago. 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814. Acesso em: 4 jun. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos:** doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 11 ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana.** Tradução Karina Jannini. Revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 9 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. **(Atos Internacionais. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 5 jun. 2021.

OTOBONI, Jéssica. **Quais países da América do Sul legalizaram o aborto?** CNN, São Paulo, 10 dez. 2020. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/12/10/quais-paises-da-america-do-sul-legalizaram-o-aborto-argentina-vota-questao-hoje. Acesso em: 4 jun. 2021.

RESUMO do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. **Ministério da Saúde**, Fiocruz, [s.d]. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/biblioteca/resumo-do-programa-de-acao-da-conferencia-internacional/. Acesso em: 4 jun. 2021.

SILVA, Vitória Régia da; ASSIS, Carolina de. **Aborto na América Latina:** saiba como países regulamentam interrupção voluntária da gravidez. Gênero Número, 27 set. 2017. Disponível em: http://www.generonumero.media/aborto-na-america-latina-como-paises-regulamentam-interrupcao-voluntaria-da-gravidez-na-regiao/. Acesso em: 4 jun. 2021.

VERDÉLIO, Andréia. **Saúde atualiza procedimentos para interrupção de gravidez no SUS.** Agência Brasil, Brasília, 28 ago. 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/saude-atualiza-procedimentos-para-interrupcao-de-gravidez-no-sus. Acesso em: 4 jun. 2021.