

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

SAMUEL SGANZERLA

O ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS NA VISÃO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

PORTO ALEGRE
2011

SAMUEL SGANZERLA

O ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS NA VISÃO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Salo de Carvalho

PORTO ALEGRE

2011

SAMUEL SGANZERLA

O ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS NA VISÃO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado ao Departamento de Ciências Penais
da Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Salo de Carvalho (orientador)

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner

Prof^a. Dr^a. Roberta Baggio

Conceito: ...

Porto Alegre, 07 de dezembro de 2011

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente – por ser o mais importante –, aos meus pais e à minha irmã Julia, pessoas cujo apoio incondicional sempre permitiu que eu buscasse meus objetivos, as quais me deram o suporte emocional e afetivo essencial para conseguir atingir cada meta traçada. Se hoje dispenso bastante de minha energia aos estudos, sempre tentando não perder o foco nos valores humanistas e no respeito que toda e qualquer pessoa merece, com certeza devo isso a eles, além de terem me ensinado ao longo de toda vida a caminhar com minhas próprias pernas e – importante que se diga – permitir que eu errasse com meus próprios passos. Acredito que essa seja a maior lição de amor que uma pessoa possa ter na vida.

Agradeço também ao meu orientador, o Professor Salo de Carvalho, por toda a atenção conferida ao longo destes dois últimos anos, não só na realização deste trabalho, mas durante as atividades do Grupo de pesquisa em Ciências Criminais (GCrim) e as brilhantes aulas ministradas. Mais do que isso, agradeço a ele por nos brindar com seu pensamento crítico e inovador em um ambiente tão conservador – como as Ciências Criminais e a própria Faculdade de Direito –, por ser dedicado como poucos às atividades de pesquisa e (da tão esquecida, mas extremamente importante) extensão e por, a despeito de toda sua brilhante e reconhecida carreira como advogado e professor, tratar seus alunos com horizontalidade e respeito ímpar, tornando-o mais do que um grande mestre: um exemplo a ser seguido (não somente por seus alunos).

Da mesma forma, agradeço aos colegas do gabinete do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho – notável magistrado para quem tive a honra de trabalhar como estagiário: Camila, Henrique, Rafael e Renata. Com certeza foram os maiores professores que tive fora da sala de aula. Brilhantes pessoas que, além da admiração que tenho por eles, me honra poder chamá-los de amigos.

Devo agradecer também aos parceiros e amigos do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU) da UFRGS, projeto incrível do qual tive o

privilégio de poder participar, espaço este dedicado à luta pela efetivação dos Direitos Humanos, tão esquecidos nos currículos dos cursos de graduação das Ciências Jurídicas. Em especial, gostaria de agradecer aos amigos do Grupo de Estudos e Intervenção em matéria Penal (GEIP), pela dedicação e luta por um Direito Penal mais humano, pelas horas de estudo em conjunto e pelos nossos intermináveis debates, fossem eles realizados nos espaços da Universidade, fossem nas mesas de bar que com alegria confraternizamos.

Registro também meu agradecimento aos colegas e amigos do Grupo de pesquisa em Ciências Criminais (GCrim) por todo o auxílio e cooperação mútua no desenvolvimento de uma pesquisa arrojada e diferenciada. São eles a prova de como o Ensino Superior deve priorizar as atividades de pesquisa, para que alunos de cursos das ciências humanas mostrem o que se é capaz de fazer fora da sala de aula (e como é preciso sair dela!).

Agradeço aos meus amigos da Faculdade de Direito da UFRGS, que não foram poucos os que, de alguma maneira, me brindaram com suas maravilhosas companhias ao longo destes cinco anos. Agradeço, especialmente, aos amigos do Coletivo A Estrada Vai Além Do Que Se Vê, por terem sido parceiros na luta por uma Faculdade que olhasse para “além dos muros do Castelinho”. Sempre tenho o receio de listar nomes, pois esquecimentos (e injustiças) são invariavelmente cometidas, mas não posso deixar de manifestar minha gratidão aos amigos Bruno “Hiko” Azevedo, Guilherme Bofill, Luiza Rocha, Fabiane Batisti, Caroline de Godoy, Jaciara Machado, Pedro Rodrigues, Thiago Nunes, Franco Ergang, Gabriel “Manaus” Aquino, Jéssica Pinheiro, Marcelo Azambuja, Michele Savicki, Fábio Floriano, Guilherme Bier, Bruno Franke, Alexandre Porto, Rafael Lemes, Carolina Vestena, Gabriele Gottlieb e Cristiano Moreira.

Por fim, agradeço à Jéssica, esta pessoa maravilhosa cuja grande amizade deu origem a um afetuoso companheirismo que tornou os últimos semestres deste curso inesquecíveis.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar como a polêmica questão do aborto de fetos anencéfalos tem sido julgada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em um primeiro momento, este estudo faz um levantamento de dados quantitativos das decisões daquele Tribunal sobre o tema. Posteriormente, seleciona-se julgados dentre os colhidos na pesquisa para analisar os fundamentos decisórios apresentados pelos magistrados da Corte gaúcha. Após o exame dos argumentos, procura-se averiguar seu respaldo na doutrina penal e nos princípios constitucionais. Com isto, propõe-se comparar o estudo feito sobre as decisões com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF, cujo mérito versa sobre o aborto anencefálico, ainda pendente de julgamento definitivo. Por último, parte-se para uma discussão de cunho filosófico sobre a vida do feto anencefálico e a posição do Estado, e de seu aparato repressivo, sobre esta.

Palavras-chave: direito penal, aborto, anencefalia, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF

ABSTRACT

This paper aims to examine how the controversial issue of abortion of anencephalic fetuses have been tried at the Rio Grande do Sul State Court. At first, this study makes a surveying of quantitative data of the decisions about the subject in that Court. Later, trials among the collected in the research are selected to analyze the substances presented by the magistrates of State Court in their decision-making. After examining the arguments, this paper looks to ascertain their support in the doctrine of criminal studies and the constitutional principles. With this, it is proposed to compare the study made on decisions with the constitutional proceeding of Breach of Fundamental Precept No. 54-8/DF, whose merit is about anencephalic abortion and the final trial is outstanding. Finally, this work goes to a philosophical discussion about the life of the anencephalic fetus and the position of the state and its repressive apparatus about that.

Key-words: criminal law, abortion, anencephaly, Rio Grande do Sul State Court, constitutional proceeding of Breach of Fundamental Precept No. 54-8/DF

LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Instrumento processual interposto perante o TJRS.....	16
Gráfico 2	Apelante/Impetrante.....	17
Gráfico 3	Resultado dos julgamentos.....	18
Gráfico 4	Câmaras do TJRS que julgaram os processos.....	19
Gráfico 5	Resultado dos julgamentos por Câmara.....	19
Gráfico 6	Fundamentos autorizadores da interrupção da gestação.....	20
Gráfico 7	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.....	21

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O PROBLEMA DO ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS E A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO: OS CASOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	13
1.1 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO.....	15
1.2 JULGADOS SELECIONADOS PARA UMA ANÁLISE TEÓRICO-REFLEXIVA SOBRE O ABORTO ANENCEFÁLICO.....	22
1.2.1 CASO 01: ACÓRDÃO Nº 70016858235.....	24
1.2.2 CASO 02: ACÓRDÃO Nº 70011400355.....	27
1.2.3 CASO 03: ACÓRDÃO Nº 70020596730.....	29
1.2.4 CASO 04: ACÓRDÃO Nº 70037166238.....	33
1.3 PRIMEIRAS IMPRESSÕES.....	34
2. O ENTENDIMENTO PREDOMINANTE E A APLICABILIDADE DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DO CRIME NOS JULGADOS DO TJRS À LUZ DA DOCTRINA	36
2.1 CONCEITO JURÍDICO DE CRIME: FORMAL, MATERIAL E ANALÍTICO.....	36
2.2 TIPICIDADE.....	37
2.2.1 A ESTRUTURA FINALISTA DO TIPO PENAL.....	40
2.2.2 TIPICIDADE FORMAL E TIPICIDADE MATERIAL.....	42
2.2.3 A TESE DA ATIPICIDADE DO ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS.....	44
2.3 ILICITUDE.....	50
2.3.1 AS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE.....	52
2.3.2 A TEORIA DA EXCLUSÃO DA ILICITUDE NOS CASOS DO ABORTO ANENCEFÁLICO.....	53
2.4 CULPABILIDADE.....	58
2.4.1 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.....	61
2.4.2 A ANENCEFALIA DO FETO COMO CAUSA SUPRALEGAL EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO DELITO DE ABORTO.....	63
2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	67
3. O ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS NO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS	68

3.1 OS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL SOBRE ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS E A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54/DF.....	68
3.1.1 O ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE NA DOCTRINA E NO PODER JUDICIÁRIO.....	69
3.1.2 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA AUTORIZAÇÃO DO ABORTO ANENCEFÁLICO <i>VERSUS</i> INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	75
3.2 UMA FORMA DE VIDA HUMANA? CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS ACERCA DO ABORTO ANENCEFÁLICO.....	78
3.2.1 A DIVERGÊNCIA SOBRE A VIDA DO FETO ANENCÉFALO.....	78
3.2.2 A VIDA HUMANA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA FILOSÓFICA.....	81
3.2.3 O DIREITO À AUTONOMIA MORAL DA GESTANTE.....	85
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	98
ANEXO A - Acórdão nº 70016858235/TJRS	103
ANEXO B - Acórdão nº 70011400355/TJRS	108
ANEXO C - Acórdão nº 70020596730/TJRS	115
ANEXO D - Acórdão nº 70037166238/TJRS	158
ANEXO E - Petição inicial da ADPF nº 54-8/DF	163

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso é fruto da pesquisa desenvolvida sob orientação do Professor Salo de Carvalho, intitulada “Sistemas Punitivos Contemporâneos: Fundamentação, Aplicação e Execução de Penas e Medidas de Segurança”. Nesta monografia, busca-se analisar o problema da penalização do aborto nos casos de anencefalia fetal, analisando como esta questão tem sido decidida no Poder Judiciário, o posicionamento da doutrina acerca do tema e a ação constitucional que tramita em nossa Suprema Corte, a qual versa sobre o aborto anencefálico.

Em julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio de Mello proferiu uma decisão polêmica, em caráter liminar, que levantou um debate de complexidade ímpar em todo país: declarou, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF, o direito constitucional de gestantes de fetos acometidos de anencefalia a procederem ao aborto nestes casos. A liminar concedida, contudo, não foi referendada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal que, em outubro do mesmo ano, fez cessar os efeitos daquela decisão, pendendo a ADPF nº 54-8/DF de julgamento até a presente data.

Ao não decidir, a Suprema Corte mantém a questão em aberto, não tendo afetado, substancialmente, a ordem normativa brasileira em relação ao aborto anencefálico. Contudo, a repercussão do caso chamou a atenção não somente dos juristas, mas de diversos setores da sociedade e, por um breve momento, da população brasileira em geral. A valoração do caso advém de diversas ordens – ética, moral, religiosa, jurídica –, mas é impossível evitar a contraposição entre os valores jurídicos discutidos: a liberdade da mãe que deseja interromper a gestação ao saber que o filho não sobreviverá *versus* a proteção à vida do feto, ainda que anencefálico e com expectativa mínima de uma curta sobrevivência. Destarte, ante a não previsibilidade desta causa – anencefalia – dentre as que a lei penal permite a gestante proceder ao abortamento, aquelas que almejam pôr termo a este quadro continuam a buscar autorização para tanto perante os órgãos de Justiça.

Diante disto, o presente trabalho visa analisar como o Poder Judiciário tem decidido as demandas destas gestantes. Em um primeiro momento, busca-se delimitar a área em exame, optando-se por selecionar os julgados proferidos pelo

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca do aborto anencefálico. Escolheu-se a Corte gaúcha porque a presente pesquisa se realizou neste estado, além de ser a jurisdição que, pela proximidade, se acompanha sua atividade diariamente. Com a demarcação dos campos em que a pesquisa será realizada (objeto do pedido, órgão, período, entre outros), os dados colhidos na pesquisa quantitativa possibilitam a seleção dos julgados mais relevantes – separados pelos fundamentos decisórios dos magistrados, ou mesmo pela peculiaridade do caso –, discorrendo-se brevemente sobre os fatos, as razões de decidir apresentadas e o resultado daqueles julgamentos.

Após, tendo em vista que a pesquisa quantitativa permite averiguar que há um posicionamento majoritário do TJRS, parte-se, já no segundo capítulo, para a pesquisa qualitativa, procurando analisar criticamente os fundamentos dos magistrados que se filiam àquela opinião. Como se evidencia uma pequena divergência entre estes no plano científico-dogmático, examina-se as decisões à luz da doutrina, desde uma análise dos conceitos mais básicos do Direito Penal até os trabalhos científicos específicos sobre o tema do aborto nos casos de anencefalia fetal, bem como sua consonância com os princípios consagrados em nossa Constituição Federal.

Finalmente, propõe-se comparar as decisões do Tribunal de Justiça gaúcho com a pretensão da argüente da ADPF nº 54-8/DF, de modo a observar se esta encontra respaldo tanto dentro do próprio Poder Judiciário quanto nos conceitos teóricos examinados ao longo do presente estudo. Procura-se indagar se é possível interpretar, dentro de nosso ordenamento jurídico, a conduta do aborto de fetos anencéfalos como crime, debatendo-se, em um último momento – nos casos de responder afirmativamente a tal indagação –, sobre a atribuição do conceito de vida humana pelo Estado, digna de tutela penal, ao feto anencefálico.

1. O PROBLEMA DO ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS E A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO: OS CASOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

A temática da autorização da interrupção voluntária da gravidez nos casos de anencefalia do feto é responsável por gerar diversas controvérsias na sociedade brasileira e no Poder Judiciário. A discussão se ampliou nos últimos anos em diversos fóruns de debate da sociedade, trazendo à tona a manifestação de vários representantes de grupos e segmentos sociais e seus respectivos argumentos de ordem ética, moral, política, científica, religiosa e filosófica.

No Brasil, o aborto é amplamente proibido pela nossa legislação, sendo autorizado em apenas dois casos: quando não há outro meio de salvar a vida da mãe (*aborto necessário* ou *terapêutico*) ou quando a gravidez for resultante de estupro (*aborto sentimental*)¹. No entanto, nossa antiga legislação penal sobre o aborto, datada de 1940, parece não prever situações apresentadas pelo avanço da medicina e da tecnologia. Entre estas, ressalta-se o moderníssimo problema da anencefalia fetal, debate este que já atingiu as mais altas instâncias do poder público nacional.

A anencefalia é definida como a

Anomalia do desenvolvimento embrionário em que se constata a não-formação total ou parcial do **encéfalo** por falta de fechamento do tubo neural na 4ª semana de vida embrionária. Em geral, é devida a um defeito genético (herança multiafetal), sendo mais freqüente no sexo feminino. Em consequência, também o desenvolvimento do epicrânio fica defeituoso (acrania).²

Hodiernamente, os avançados exames médicos, como a ultra-sonografia, por exemplo, são capazes de diagnosticar, ainda no início da gravidez, que o feto apresenta má-formação congênita. Tal condição não permite que venha ele a nascer

¹ “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

² REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde – 2ª Ed.* Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2003, p. 56

com vida e, caso o faça, não sobreviverá mais do que poucas horas após o parto³. Assim, gestantes de fetos anencefálicos começaram, diante de uma fria interpretação literal da lei penal, a se ver obrigadas a levar a termo uma gestação que, além de lhe submeter a complicações de natureza psíquica, tem como certa a morte do feto antes ou logo após o seu nascimento.

Diante deste cenário, houve inconformidade por parte daqueles que sofriam com as seqüelas dessa situação de tamanha delicadeza. Com a omissão da legislação a respeito, o Poder Judiciário começou a ser acionado por trabalhadores da saúde e gestantes de todo o país de modo que se conseguisse alvará de autorização para interrupção voluntária da gravidez naqueles casos. As decisões judiciais, contudo, não se mostraram uniformes, gerando controvérsias entre diversos segmentos da sociedade e entre os próprios julgadores e demais operadores do Direito.

Esta polêmica discussão já alcançou o Supremo Tribunal Federal brasileiro, inclusive, na ação constitucional de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, a qual ainda pende de julgamento definitivo. Na referida ação, a argüente requer sejam os dispositivos legais incriminadores do aborto interpretados conforme a Constituição Federal, para que seja considerada atípica a conduta de interromper a gestação de fetos anencefálicos, respeitando os direitos constitucionais da gestante da dignidade humana, da legalidade (compreendidas aqui a liberdade e a autonomia) e da proteção à saúde⁴. Em decisão liminar, publicada no dia 02 de agosto de 2004, o Ministro Marco Aurélio de Mello, Relator da referida ADPF, deferiu o pedido cautelar da argüente para sobrestar os processos em andamento e não transitados em julgado relativos ao aborto anencefálico e declarar o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. A decisão cautelar, contudo, não foi inteiramente referendada pelo Plenário do STF que, em 20 de outubro daquele ano, revogou a segunda parte, referente ao direito à antecipação do parto.

Diante de tais fatos, a questão continuou a ser objeto de embate nos Foros e Tribunais de Justiça de todo país. Destarte, busca-se no presente trabalho

³ REY, Luís. *Op. Cit.*, p. 56.

⁴ Vide Anexo E.

verificar como a questão da anencefalia fetal tem sido abordada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e a conformidade de seus julgamentos com a legislação pátria, a doutrina e a ação constitucional supracitada.

1.1 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

Para uma abordagem mais ampla do debate, optou-se por realizar um estudo de casos. Com a delimitação do problema – e a ciência de haver diversos artigos e trabalhos publicados acerca do mesmo –, procura este projeto analisar como a questão do aborto de fetos anencéfalos tem sido abordada dentro do Poder Judiciário, mais especificamente nos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Pretende-se, com isso, averiguar empiricamente quem são as partes postulantes, qual a ação ou recurso judicial utilizado pelas partes, como os juízes gaúchos têm decidido os referidos casos e quais são os argumentos utilizados para sustentar tais decisões. A escolha do TJRS como objeto do presente exame se justifica pelo fato de vivermos no Rio Grande do Sul, além deste trabalho se realizar dentro de uma instituição de ensino situada na Capital do estado, estando próxima da sede do Poder Judiciário gaúcho.

Após a obtenção dos dados colhidos na pesquisa, pretende-se selecionar casos dentre os julgados obtidos que apresentem fundamentações e situações diversas. Deste modo, torna-se possível verificar a situação fática e o julgamento, possibilitando esmiuçar as razões decisórias apresentadas em cada caso e analisá-las de acordo com a dogmática científica, bem como ver se o Tribunal gaúcho se ajusta às teses propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde na ADPF nº 54-8/DF.

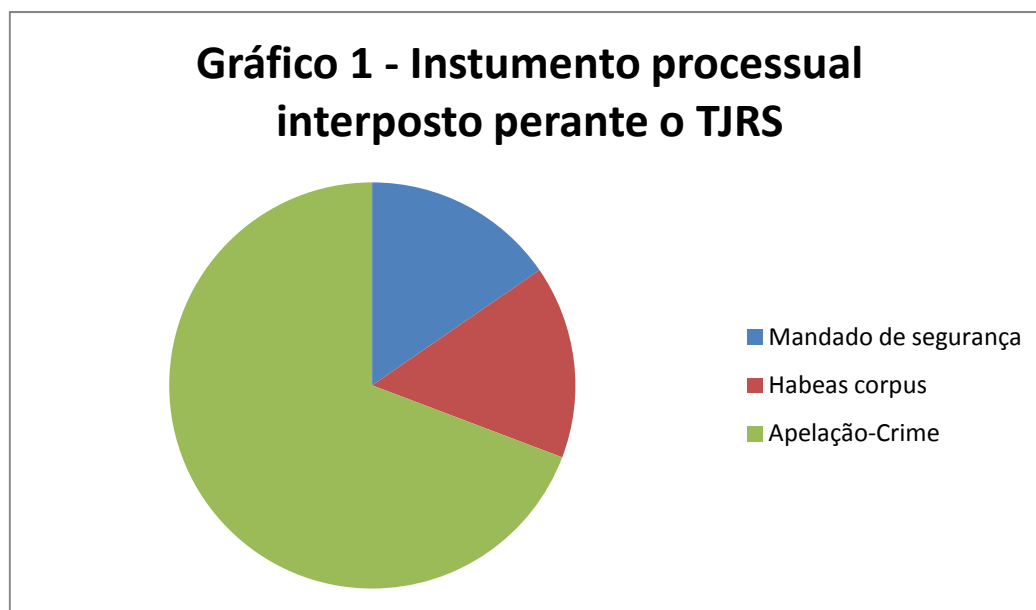
Assim, em consulta livre realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na página de busca avançada sobre o acervo jurisprudencial, pesquisou-se pelo **marcador** “aborto anencefálico”, com a data do julgamento no **período** delimitado entre 1º de janeiro de 2000 e 31 de dezembro de 2010. Como resultado, foram **obtidos 13 (treze) julgados** versando sobre o tema pesquisado – de números, por ordem de antiguidade de julgamento, 70005037072, 70005577424, 70006994644, 70011400355, 70011918026, 70012840971,

70016858235, 70020596730, 70021944020, 70026698019, 70031802614, 70037166238 e 70040663163.

De início, foi possível constatar que todos estes processos foram julgados **nas Primeira, Segunda e Terceira Câmaras Criminais**. Isso se dá em consonância ao artigo 12, inciso I, da Resolução nº 01/98 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵, que dispõe àquelas a competência de julgar os crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o delito do aborto.

A partir de tais resultados, passa-se a analisar questões de ordem quantitativa acerca dos acórdãos obtidos na pesquisa. Desta forma, busca-se averiguar qual o instrumento processual interposto perante o Tribunal de Justiça, quem é o demandante perante a Corte, quantos processos foram julgados por cada Câmara, quais os resultados dos julgamentos em tela, quais as fundamentações apresentadas pelos magistrados e qual o entendimento predominante em cada Câmara Criminal.

Assim, foi possível constatar com a presente pesquisa que, dos 13 (treze) acórdãos em questão, foram 09 (nove) julgados de **Recurso de Apelação Criminal**, 02 (dois) julgados de **Mandado de Segurança** e 02 (dois) julgados de ordem de **habeas corpus**.



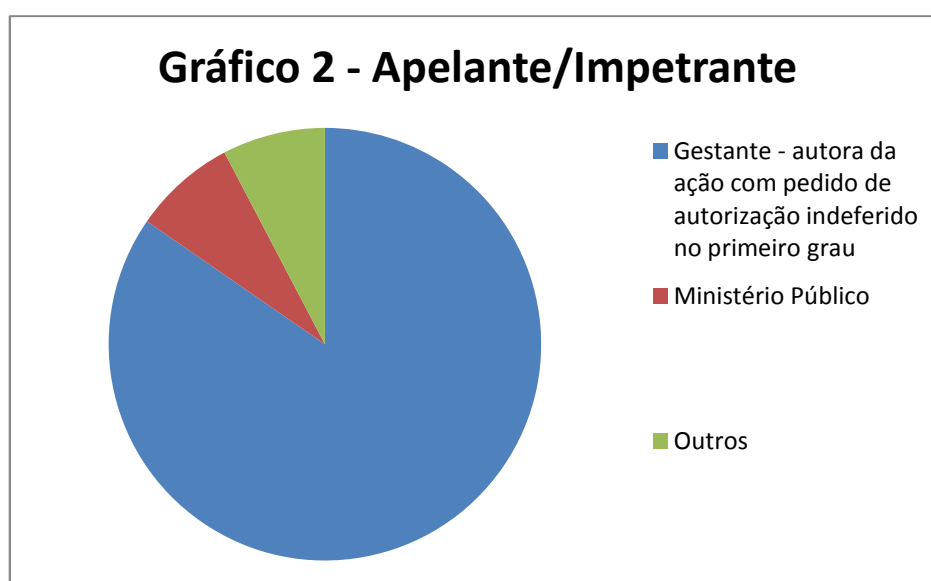
⁵ “Art. 12. Às Câmaras Criminais serão distribuídos os feitos atinentes à matéria de sua especialização, assim especificada:

I - Às 1ª, 2ª e 3ª Câmaras:

a) crimes dolosos e culposos contra a pessoa [...].”

Esta questão de ordem processual foi objeto de considerações tecidas por magistrados, em alguns casos, sobre qual o instrumento adequado para a demanda da autorização da interrupção da gestação. No entanto, todos os recursos e remédios constitucionais acabaram sendo conhecidos e o mérito foi analisado – exceto um dos casos em que este restou prejudicado, como se verá adiante –, razão pela qual esta dúvida de natureza processual não será objeto da análise do presente trabalho. Cabe, contudo, ressaltar que todos os processos são oriundos de Varas Criminais, decidindo o Tribunal de Justiça, em conflitos de competência suscitados, ser daquelas, mais especificamente da Vara do Júri, a competência para o julgamento de tais ações⁶. Esta posição encontra respaldo na doutrina⁷.

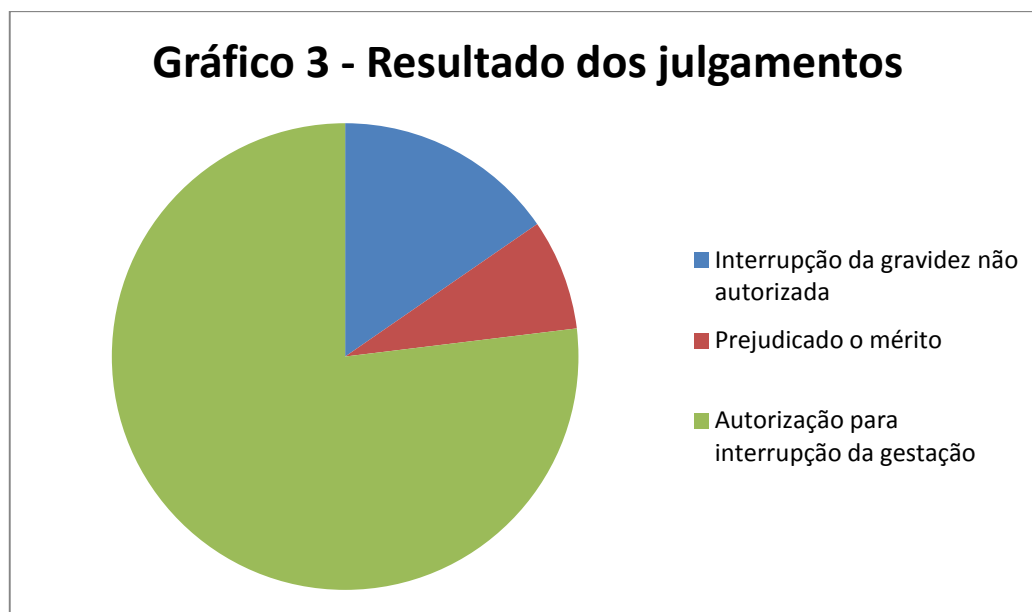
Em relação ao **apelante/impetrante dos recursos/writs**, 11 (onze) destes foram interpostos pela autora da ação – gestante que teve o pedido de alvará para autorização da interrupção da gravidez indeferido no primeiro grau –, sendo 08 (oito) Apelações-Crime, 02 (dois) Mandados de Segurança e 01 (uma) ordem de *habeas corpus*. O Ministério Público foi responsável pela interposição de 01 (um) recurso de apelação, buscando a reforma da decisão do primeiro grau que autorizava a interrupção da gestação do feto anencefálico. Ainda, houve 01 (uma) ordem de *habeas corpus* impetrada pelo procurador da Mitra Diocesana do Rio Grande do Sul em favor do nascituro.



⁶ Nesse sentido, o Acórdão 70004938569.

⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Autorização judicial para interrupção da gravidez: aborto eugênico, necessário e sentimental*. Revista dos Tribunais, Ano 90, v. 794, dezembro de 2001, p. 494.

No que atine ao **resultado dos julgamentos**, foram concedidos 10 (dez) alvarás de autorização para interrupção da gravidez – sendo 05 (cinco) à unanimidade, 03 (três) por maioria e 02 (dois) por decisão monocrática. Ainda, houve 02 (dois) julgados em que não foi autorizada a interrupção da gestação e 01 (um) que decidiu por prejudicada a análise do mérito.



Quanto às **Câmaras** que examinaram os julgados em tela, tem-se que foram julgados, ao todo, 03 (três) destes pela 1ª Câmara Criminal, 03 (três) pela 2ª Câmara Criminal e 07 (sete) pela 3ª Câmara Criminal. Dos seus julgados, a Primeira Câmara Criminal autorizou 02 (duas) interrupções de gestação, sendo 01 (uma) à unanimidade e 01 (uma) por maioria, e não autorizou 01 (uma), por maioria. A Segunda Câmara Criminal, por sua vez, foi responsável pela autorização de 02 (duas) interrupções de gravidez de fetos anencéfalos, 01 (uma) por unanimidade e 01 (uma) por maioria, restando 01 (um) dos pedidos prejudicado. Por fim, a Terceira Câmara Criminal autorizou 06 (seis) abortos de fetos anencefálicos – 03 (três) unanimemente, 01 (um) por maioria e 02 (dois) por decisão monocrática – e denegou 01 (um) dos pedidos, de forma unânime.

Gráfico 4 - Câmaras do TJRS que julgaram os processos

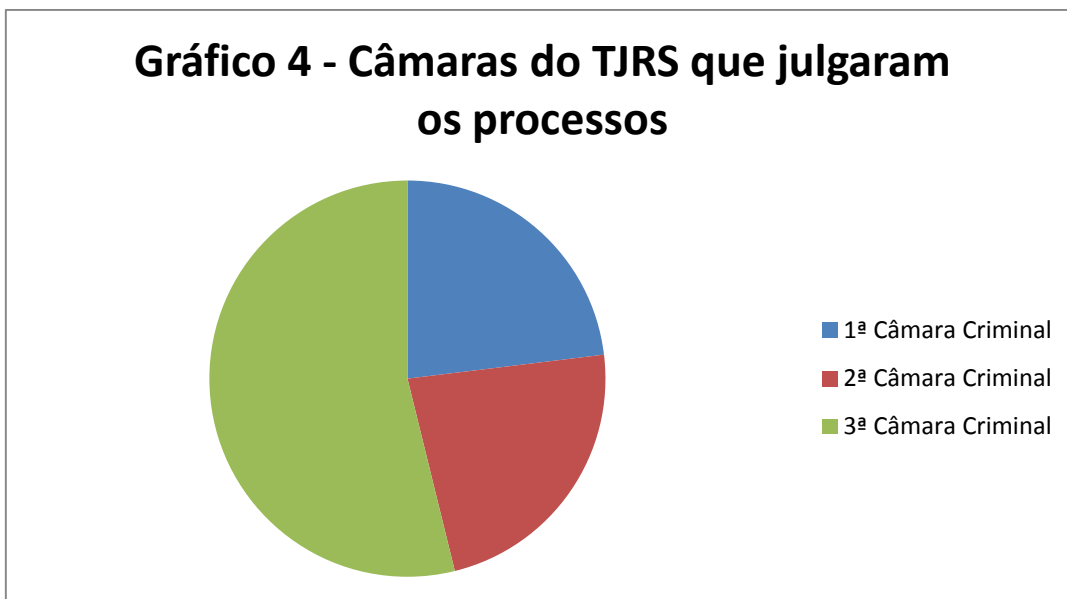
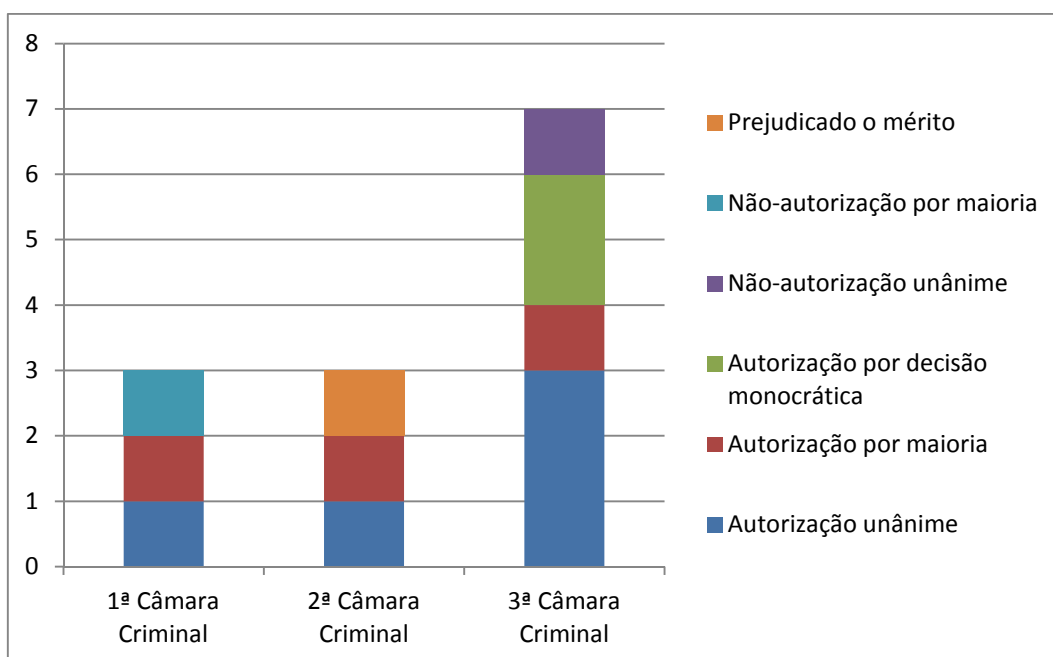
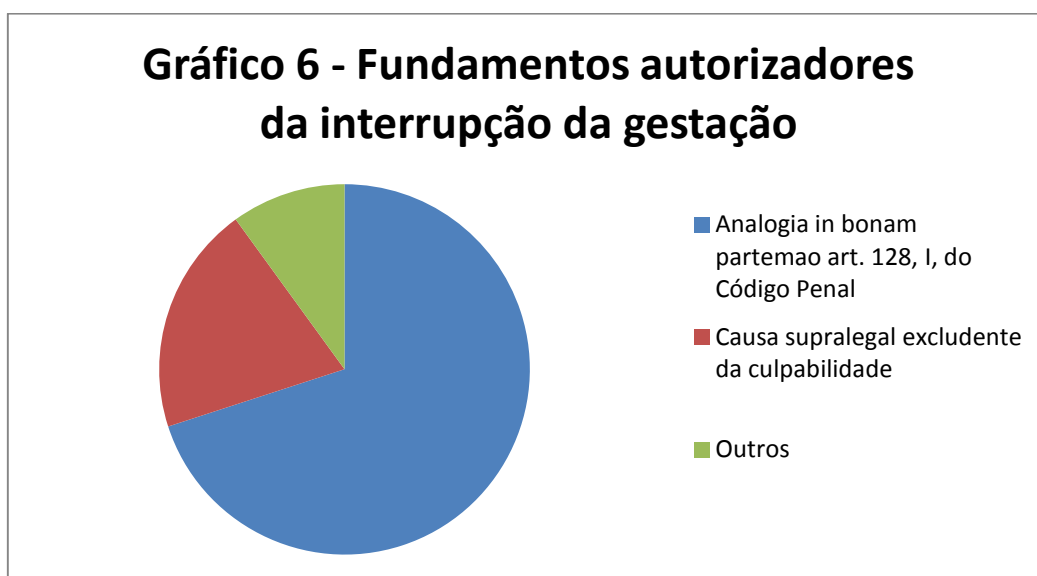


Gráfico 5 – Resultado dos julgamentos por Câmara



Já no que tange ao **fundamento das decisões** que concederam alvará para interrupção da gravidez, constata-se que em 07 (sete) daquelas o argumento predominante foi de que a anencefalia fetal é causa excludente de ilicitude, por analogia *in bonam partem* ao artigo 128, inciso I, do Código Penal, autorizando-se, assim, o aborto – nesse sentido, os processos números 70005037072, 70005577424, 70012840971, 70016858235, 70021944020, 70031802614 e 70040663163. Em 02 (duas) decisões – processos números 70011400355 e

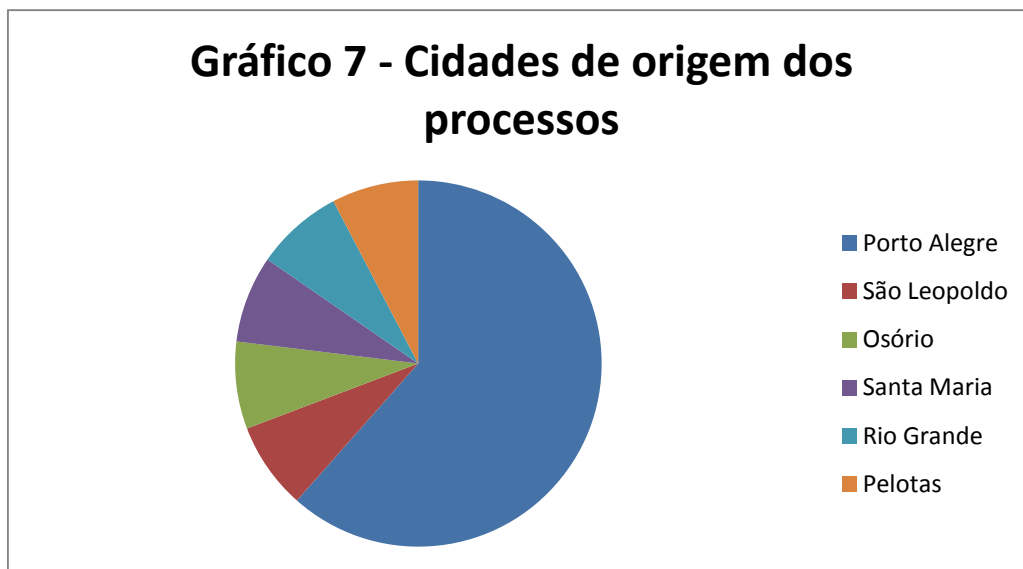
70011918026 –, a interrupção da gestação de feto anencefálico foi permitida com o fundamento de que se trata de causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, afastando-se a culpabilidade do fato. No outro caso de autorização, entenderam os desembargadores que a anencefalia fetal não é causa excludente da punibilidade pelo delito, mas autorizaram a prática do aborto, contudo, por entenderem se tratar de modalidade terapêutica dele, uma vez que comprovado estava o risco de morte da gestante.



As 02 (duas) decisões que não autorizaram a interrupção da gestação, por sua vez, apresentaram argumentos distintos. No processo 70006994644, a ordem de mandado de segurança foi denegada pela ausência de provas que comprovassem a certeza da inviabilidade da vida extra-uterina do feto. Já no processo 70020596730, denegou-se ordem de *habeas corpus* impetrada em favor da gestante, por entender a Câmara, por maioria, que não há previsão legal para autorizar a interrupção da gestação de feto anencefálico, tratando-se, portanto, de fato criminoso.

Ainda, quanto às **idades de origem dos processos de primeiro grau**, tem-se que a maioria deles proveio da Capital Porto Alegre, totalizando 08 (oito) dos casos. Os demais vieram das cidades de São Leopoldo, Osório, Santa Maria, Rio Grande e Pelotas. Desperta certa curiosidade o fato de que a maior parte dos julgados do TJRS serem originários da cidade em que aquele se encontra sediado, de modo a questionar se casos semelhantes no interior do estado não encontraram

óbice na distância até a Capital para interpor eventual recurso. Infelizmente, da simples leitura dos acórdãos selecionados não foi possível coletar dados sócio-econômicos das gestantes litigantes, o que poderia responder a esta e outras indagações.



Analisados os julgados em uma perspectiva quantitativa, cabe analisar qualitativamente os fundamentos apresentados nas decisões acima elencadas, de modo a verificar se há amparo dos posicionamentos adotados pelos magistrados na doutrina pátria, na Jurisprudência dos Tribunais Superiores e nos princípios constitucionais e penais. Ademais, há de se averiguar se há concordância ou dissonância entre as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o pretendido pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF. Para cumprir tal proposta, seleciona-se os acórdãos mais relevantes, que apresentam os argumentos de maior destaque, a serem analisados no próximo capítulo.

1.2 JULGADOS SELECIONADOS PARA UMA ANÁLISE TEÓRICO-REFLEXIVA SOBRE O ABORTO ANENCEFÁLICO

Dentre os julgados obtidos na pesquisa apresentada no item retro, procura-se selecionar os casos que denotem haver discordância nas razões decisórias, em menor ou maior escala. Com isto, busca-se, dentro de uma mesma situação – gestantes de fetos anencéfalos que recorrem ao Poder Judiciário para obter autorização para interrupção da gestação –, verificar quais são as divergências identificadas nos julgados para depois examiná-las à luz dos conceitos doutrinários das ciências penais.

Destarte, apresenta-se, por ordem, quatro julgados que representam cada uma das linhas de pensamento adotada pelos magistrados do TJRS. O primeiro caso selecionado foi o Acórdão nº 70016858235 (vide Anexo A), que teve como Relator o Desembargador Newton Brasil de Leão, que concedeu alvará de interrupção da gestação por entender que a anencefalia do feto é causa excludente da ilicitude do tipo penal do aborto, por analogia *in bonam partem* ao artigo 128, inciso I, do Código Penal. Como se viu anteriormente, a fundamentação utilizada pelo Desembargador Relator neste caso é a mesma utilizada nos processos números 70005037072, 70005577424, 70012840971, 70021944020, 70031802614 e 70040663163, representando o entendimento majoritário sobre o aborto anencefálico no TJRS, segundo a pesquisa obtida no presente trabalho. Este julgado ilustra bem a extensão que se pretende dar ao tipo permissivo do chamado “aborto terapêutico”.

O segundo acórdão apresentado é o nº 70011400355 (vide Anexo B), em que a Desembargadora Relatora Elba Aparecida Nicolli Bastos autorizou a interrupção da gravidez de feto anencefálico por entender ser esta situação excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. As razões de decidir adotadas pela magistrada no presente caso são as mesmas do processo número 70011918026, também de relatoria daquela. Neste último, contudo, foi levantada pela Desembargadora questão preliminar, uma vez que na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Mello, decidiu monocraticamente, em caráter liminar, pela “suspensão dos processos e decisões em andamento” acerca da

autorização para a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos e reconheceu o “direito constitucional das mulheres grávidas de em antecipar a operação, de parto, comprovado tratar-se de fetos anencéfalos interrompendo, garantindo seus direitos constitucionais”. No entanto, esta segunda parte da liminar concedida foi revogada em sessão plenária do Excelso Pretório. A Desembargadora Relatora, todavia, entendeu não ter sido referendado pela maioria absoluta dos Ministros da Suprema Corte o sobrestamento dos processos sem trânsito em julgado. Afirmou que, ainda que a liminar parcialmente mantida tivesse o voto de dois terços dos Ministros, o artigo 11 da Lei nº 9.882/99 prevê eficácia limitada dessa decisão ao seu trânsito em julgado em casos de excepcional interesse da sociedade. Com estas considerações, a Desembargadora Relatora deu por superada a questão preliminar levantada, autorizando a interrupção da gravidez, nos mesmos termos do processo número 70011400355, sendo acompanhada pelo Desembargador Newton Brasil de Leão. Restou vencido o Desembargador Danúbio Edon Franco, que votou pelo sobrestamento do processo. De todas as 13 (treze) decisões objeto do presente trabalho, este foi o único caso em que se discutiu a questão da suspensão do processo, nos termos da liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello. Como aquela restou superada, não se analisará tal divergência de natureza processual.

Já no terceiro caso selecionado, o Acórdão nº 70020596730 (vide Anexo C), de relatoria do Desembargador Ivan Leomar Bruxel, decidiram os magistrados, por maioria, em não conceder a ordem de *habeas corpus* para autorizar a interrupção da gestação de feto anencefálico. Este foi o único processo que acabou por não autorizar a interrupção da gestação sob o fundamento de que o aborto anencefálico é crime e não pode ser permitida sua prática por ausência de previsão legal.

Quanto ao último julgado destacado, o Acórdão nº 70037166238 (vide Anexo D), este demonstra importante relevância não pela sua fundamentação jurídica, mas pela situação fática que acabou por julgar prejudicado o mérito do referido processo. A gestante, que obteve alvará de autorização para interrupção da gestação, acabou por desistir da antecipação do parto, levando a termo a gestação. Este peculiar evento permite avançar, em um momento posterior, a uma discussão mais ampla sobre o aborto anencefálico, que extravasa a esfera penal.

Dentre os critérios adotados para a seleção dos julgados – à exceção do quarto caso, separado por sua singularidade –, adota-se a representação de cada

uma das linhas de pensamento do TJRS encontrada na pesquisa e a profundidade com que cada magistrado abordou a questão são os principais. Além disso, procura-se evitar discussões eminentemente processuais, que poderiam, porventura, prejudicar o debate acerca do mérito do aborto anencefálico. Busca-se, também, os julgados mais recentes, de modo a analisar qual o entendimento que tem se consolidado ao longo dos anos no Tribunal gaúcho. Ressalta-se que o processo nº 70016858235, o primeiro a ser apresentado, foi o último da Terceira Câmara Criminal a ser decidido em sessão de julgamento, uma vez que os casos posteriores de aborto anencefálico foram decididos monocraticamente, ante a consolidação do entendimento acerca do tema naquela Câmara.

1.2.1 CASO 01: ACÓRDÃO Nº 70016858235

Relatório do caso:

Na cidade de Porto Alegre, Susana Maria de Azevedo Pavan ingressou no Poder Judiciário com pedido de autorização de interrupção voluntária da gravidez, porque constatou, na décima quarta semana de gestação, quando se submeteu a exame ultra-sonográfico, que seu feto não apresentava a formação da calota craniana. Em se tratando de feto sem a possibilidade de vida extra-uterina, a gestante requereu ao Poder Judiciário o pedido supramencionado, o qual restou indeferido pelo juízo de primeiro grau, sob o fundamento de que inexistia previsão legal para permitir o aborto no caso mencionado – anencefalia.

Inconformada, Susana apelou da decisão, com pedido liminar, pleiteando a concessão da interrupção da gravidez, uma vez que se tratava de feto natimorto, visto que anencefálico. Apresentadas as contra-razões recursais, o Desembargador Relator Newton Brasil Leão, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, concedeu monocraticamente, em medida liminar, o alvará requerido, autorizando a antecipação do parto. Ressaltou que a decisão respaldava o caráter de urgência da demanda, a qual não poderia aguardar o trâmite. Após, sobreveio aos autos parecer favorável da Procuradoria de Justiça ao pedido da recorrente.

O julgamento:

No acórdão nº 70016858235, julgado em 28 de dezembro de 2006, o Relator confirmou a decisão deferida liminarmente, porquanto exaurido o objeto da referida demanda. Em sede de argumentação, reiterou as razões de decidir da decisão monocrática.

Argumentou o Desembargador Relator que as ausências da calota craniana e do tecido encefálico caracterizavam a anomalia denominada anencefalia, na qual o feto não tem quaisquer condições de nascer com vida. Seguidamente, afirmou que a matéria já é de amplo conhecimento daquela Câmara, a qual é pacífica em dar procedência ao pleito nestes casos. Nesse sentido, foi citada a Apelação nº 7005037072, também da 3ª Câmara Criminal, julgada em 12.09.2002, relatada pelo Desembargador José Antônio Hirt Preiss, assim ementada:

Apelação crime. Autorização judicial para aborto eugenésico. Anencefalia do feto. Impossibilidade de sobrevivência após o nascimento. Prolongamento da gestação a implicar sério risco de vida à gestante. Cunho terapêutico da intervenção. A anencefalia ou acrania é uma doença caracterizada pela ausência de ossos do crânio e do encéfalo fetal na vida intra-uterina, o que torna impossível a sobrevivência após o nascimento. E, como patologia de risco, é causa de morbimortalidade materna. Em que pese não estar o aborto eugenésico incluído no art. 128 do Código Penal, como mais uma indicação de causa excludente de ilicitude, tal circunstância não impede a sua realização quando se está a tratar de caso de malformação fetal, especialmente a anencefalia, pois esta acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra-uterina e implica gravidez de alto risco. No caso concreto, a indicação de interrupção precoce da gravidez da autora tem caráter não apenas eugênico, mas também terapêutico, pois visa salvar, conforme parecer médico juntado aos autos, a vida da gestante. Apelo defensivo provido para deferir o pedido, com fulcro no art. 128, inciso I, do Código Penal. Decisão unânime.

O Desembargador Newton Brasil Leão, em sequência, transcreveu trechos do Acórdão nº 70010680270, no qual também foi relator, tendo adotado como razões de decidir a lavra do Desembargador plantonista Antônio Carlos Netto Mangabeira, que autorizou, liminarmente, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, em situação semelhante à do acórdão aqui tratado. Aduziu o Des. Antônio Carlos:

Muito embora não exista norma específica autorizadora para o caso em análise (aborto eugênico), o qual não se enquadra nas hipóteses do artigo 128, do Código Penal, que permitem a prática de aborto

somente nos casos de gravidez resultante de estupro (aborto sentimental), ou quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto terapêutico), a jurisprudência moderna vem admitindo a interrupção da gravidez, no caso de constatação de má formação do feto, com o diagnóstico de anencefalia - doença hoje cientificamente comprovada e que, em 65% (sessenta e cinco por cento) dos casos, implica na morte intra-uterina, e, caso venha a nascer a criança, a sobrevivência não ultrapassa algumas horas.

Argumentou-se, ainda, que o Código Penal foi elaborado em uma época na qual a medicina não detinha o poder tecnológico para averiguar situações como a anencefalia fetal. Hoje, as ciências da saúde dispõem de diversos recursos para constatar a morte intra-uterina do feto.

Foi salientado que o Direito não é um instrumento estático, mas sim uma ciência social evolutiva, que deve adequar-se à realidade. Assim, diversos juízes do Brasil, suprindo a carência legislativa acerca de tal questão, têm autorizado a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, por não considerarem justo obrigar uma mãe a gestar um “*amontoado de células humanas sem expectativa de vida*”.

Concebeu o magistrado, também, que apenas o apego a questões religiosas poderiam sustentar o contrário, visto que

a imposição à gestante de carregar em seu ventre durante nove meses um filho que não terá qualquer possibilidade de sobrevivência implica-lhe amargura e demasiado sofrimento psicológico, o que viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da CF.

A Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme ressaltado pelo Desembargador, não é destoante dessa argumentação, como se pode analisar da seguinte ementa transcrita no voto:

MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A INTERRUPTÃO TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ (fetotomia). É de se deferir tal autorização, ainda que o caso não se enquadre nas hipóteses previstas pelo artigo 128, do Código Penal. A vida da gestante corre sério risco, levando a gravidez a termo, além do que é nula a possibilidade do conceito sobreviver, tendo em vista a anencefalia diagnosticada. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJRS, Mandado de Segurança nº 70005577424, Rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez, julgado em 20.02.2003).

Por último, estabeleceu-se um paralelo entre o conceito de “início da vida humana” e a “morte”, com base na Lei n.º 9.434/97. Segundo o artigo 3º, *caput*, do dispositivo legal retro mencionado, a morte humana ocorre no momento da “morte

encefálica” do ser humano. Destarte, deduziu-se que a vida humana só é possível quando existe vida cerebral. Dessa maneira, não pode o feto sem cérebro, que não possui vida humana, ser objeto de proteção do Direito Penal – apesar de tal afirmação, o Relator não chegou a defender a tese da atipicidade da conduta.

O julgamento foi unânime ao dar procedência ao apelo, participando, além do Desembargador Relator Newton Brasil Leão, o Desembargador Revisor e Presidente José Antônio Hirt Preiss e o Desembargador Vladimir Giacomuzzi, que presidiu a sessão.

Continuamente, o Desembargador Relator ressaltou que o pedido dos recorrentes é acolhido pela doutrina, sendo caso de procedência do pedido recursal. Argumentou ele que a tese não se enquadra como ilícita, visto que a gravidez é de risco para a mãe, pois lhe agravaria os danos psíquicos que já vinha sofrendo diante de sua situação. Nesse sentido, acolheu a fundamentação apresentada pelo Promotor de Justiça Marcelo Ribeiro em sede de contra-razões, que asseverou ser desumano expor a gestante a desnecessário desgaste emocional e abalo psicológico, alegando que “Quando permite o aborto sentimental, o Código Penal não está protegendo a vida humana nem a expectativa de vida, mas a tranquilidade da gestante. O estresse emocional de ambos os casos é igual”.

Ao final, foram apresentadas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em casos semelhantes, favoráveis ao aborto em casos como o analisado. Diante de todo o exposto, o Desembargador José Antonio Hirt Preiss deu provimento ao apelo defensivo para autorizar a interrupção da gravidez, com base no artigo 128, I, do Código Penal. Os Desembargadores Danúbio Edon Franco, presidente e revisor, e Elba Aparecida Nicolli Bastos, vogal, acompanharam o relator, sendo o recurso provido à unanimidade.

1.2.2 CASO 02: ACÓRDÃO Nº 70011400355

Relatório do caso:

Leandra Gambin interpôs Apelação-Crime contra a sentença que julgou improcedente o pedido de autorização para interrupção de gestação, por entender se tratar de pedido impossível – artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

A apelante requereu a tutela antecipada da medida, alegando que o retardamento no tratamento poderia lhe trazer seqüelas físicas e psíquicas. No que atine ao mérito, afirmou se tratar de gravidez de feto anencefálico, incompatível com a vida pós-parto, conforme demonstrado pela prova técnica, razão pela qual pleiteou a permissão para o abortamento.

O Ministério Público emitiu parecer, no primeiro grau, pela concessão da autorização para a interrupção, tendo a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. Paulo Fernando dos Santos Vidal, manifestado-se, na segunda instância, pelo provimento do apelo.

O julgamento:

A Desembargadora Relatora Elba Aparecida Nicolli Bastos referiu que a Juíza de Direito da 2ª Vara do Júri de Porto Alegre julgou improcedente o pedido por entender que o aborto eugenésico não se encontra amparado pelas excludentes do artigo 128 do Código Penal, não comportando analogia aos casos previstos em tal dispositivo. Salientou, contudo, que a ausência de previsão legal não significa que o Poder Judiciário não possa analisar o caso concreto com base em outros mecanismos, como os princípios constitucionais ou causas supralegais como a inexigibilidade de conduta de diversa.

A magistrada argumentou que a interrupção da gravidez do feto anencéfalo não se trata rigorosamente de aborto eugênico, que é o que ocorre quando, constatada anomalia comprometedora da saúde física ou mental do feto, esta não impossibilita a vida extra-uterina. Neste caso, afirma ser a doutrina majoritariamente contrária ao procedimento, uma vez que se propõe somente ao “aperfeiçoamento de raça”, inexistindo qualquer sustentáculo a ele.

Seguidamente, a Desembargadora analisou os dispositivos legislativos permissivos do aborto, contidos no artigo 128 do Código Penal, e asseverou que se tratam de causas excludentes da ilicitude, e não da culpabilidade, como é dito no texto legal. A gravidez de feto anencefálico, segundo ela, não é causa excludente da ilicitude, pois não se encontra amparada pelas previsões legais mencionadas, mas trata-se de causa supralegal, princípio de direito não previsto em lei, que exclui a culpabilidade. Sustenta não ser exigível da gestante suportar a gravidez a termo quando a vida do feto é resultado impossível, aguardando por meses, agüentando os pesares de uma gravidez, para tão somente alcançar o destino fatal de um filho.

Após, a Relatora falou sobre a posição de doutrinadores favoráveis à interrupção da gravidez neste caso, citando Guilherme de Souza Nucci, que, em sua obra “Código Penal Comentado”, aduz ser possível o aborto, uma vez que a legislação considera cessada a vida tão logo se encerre a atividade cerebral, a qual não existe no feto anencefálico.

Concluindo, a magistrada reiterou que, uma vez comprovada a anencefalia, é caso de se dar provimento ao apelo defensivo para autorizar a interrupção da gravidez da apelante, tendo em vista se tratar de causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa. O recurso foi provido à unanimidade, tendo participado do julgamento, além da Relatora, os Desembargadores Newton Brasil Leão, Presidente e Revisor, e José Antônio Hirt Preiss, Vogal.

1.2.3 CASO 03: ACÓRDÃO Nº 70020596730

Relatório do caso:

Michele Carvalho Seixas Farias impetrou ordem de *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca de Porto Alegre. A impetrante requereu ao juízo do primeiro grau autorização para interrupção de gravidez, porque, na décima oitava semana da gestação, constatou em exame ecográfico a má formação do feto – ausência da calota craniana e dos hemisférios cerebrais (anencefalia) –, restando este sem qualquer possibilidade de vida após o parto.

Argumentou a autora que a gravidez importa em grande dor psicológica a sua família, aguardando por quarenta semanas um parto cuja expectativa do feto é a morte, possuindo, ainda, o dobro da quantidade de líquido amniótico para o período de gestação em que se encontra, o que implica risco a sua integridade física. Alegou que o juiz coator indeferiu o pedido de autorização sob o fundamento de que não há autorização legal no Código Penal para o presente caso. No entanto, entende estar autorizada para tal pelo disposto no artigo 128, inciso I, do Código Penal, pois, além da quantidade excessiva de líquido amniótico, a interrupção da gravidez no caso de anencefalia se enquadra em tal hipótese, ainda que não prevista expressamente.

O pedido liminar foi indeferido pelo Desembargador plantonista Roque Miguel Fank, tendo, posteriormente, a Procuradora de Justiça se manifestado pela concessão da ordem.

O julgamento:

Em seu voto, o Desembargador Relator Ivan Leomar Bruxel transcreveu excertos dos laudos médicos apresentados, inclusive das duas ecografias obstétricas, que constataram a anencefalia fetal. Em uma delas, a quantidade de líquido amniótico foi tida como acima do normal; em outra, a porção do líquido estava pouco abaixo do limite máximo aceitável.

Ademais, foi apresentada a conclusão do laudo médio psiquiátrico, que foi favorável à interrupção da gravidez, por entender ser este o caminho mais benéfico à apelante, sendo inclusive “uma medida imediata e inquestionada visto que a morte do concepto é inequívoca”. Nesse sentido, o mesmo laudo aduz:

Neste momento ficam claro alguns fatos:

1. o risco de vida materno aumentado;
2. a possibilidade nula de erro diagnóstico de anencefalia, em uma ultra-sonografia com os modernos equipamentos existentes, quando realizada por médicos experientes como os existentes em nosso Centro;
3. a não descrição de sobrevida de um feto anencefálico geralmente a poucas horas após o seu nascimento na sua maior duração;
4. manutenção da gestação com riscos não justificáveis, uma vez que inexiste a sobrevida deste feito malformado.

Por outro, há a possibilidade da interrupção precoce da gestação, de forma eletiva, programada. Deve ser considerada a dupla penalização que está a ocorrer para ela: a perda do filho que toda a mulher sempre deseja ao saber-se grávida, acrescentado do massacre diário de continuar uma gravidez que a nada levará, recordado, diariamente, a cada movimento fetal.

Em que pese a manifestação favorável do Ministério Público para a concessão da ordem, o juízo do primeiro grau denegou-a, sob o fundamento de que o risco de vida à mãe não resultou devidamente comprovado, visto que o último exame apresentava resultados dentro da normalidade para o período de gestação, não havendo hipótese legal para autorização da interrupção da gravidez no caso. Após breve discussão preliminar acerca do cabimento de ação de *habeas corpus* para o objeto pretendido, o remédio constitucional foi conhecido.

No mérito do julgamento, o Desembargador Relator transcreveu artigos favoráveis à interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal (dentre estes: “A Liminar do STF Sobre Abortos em Casos de Anencefalia: Onde Estamos e Para Onde Deveríamos Ir?”, de Thomaz Rafael Gollop, publicado no Boletim do IBCCRIM, ano 12, nº 141, de agosto de 2004; “Um Desabafo e Uma Esperança”, autoria incerta, publicado no Boletim do IBCCRIM, ano 12, nº 145, de dezembro de 2004; e “Sobre a Interrupção Da Gestação de Fetos Anencéfalos”, de Antonio Prado, publicado no Boletim IBCCRIM, ano 12, nº 145, de dezembro de 2004), além de uma nota publicada no Diário da Justiça, em 05 de janeiro de 2005, em que o Coordenador do Centro Latino-Americano de Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM), Sérgio Carrara, manifestou ser uma contradição a aceitação legal da morte cerebral, mas não de um feto sem cérebro.

Posteriormente, foram reproduzidos um artigo da Revista Veja sobre a polêmica da eutanásia e excertos do artigo “Sobre a Atipicidade da Interrupção da Gestação de Feto Anencéfalo”, de Domingos Barroso da Costa (publicado no Boletim do IBCCRIM, nº 152, de julho de 2005). Neste último, o autor defende ser o aborto de fetos anencéfalos conduta atípica, uma vez que, citando Luiz Régis Prado, a penalização dos tipos contidos nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal tem como motivação a proteção do nascituro e sua vida intra-uterina, de modo que venha a se desenvolver saudavelmente dentro do útero até o nascimento com vida. Portanto, a legislação penal protege o embrião ou feto humano que tem expectativa de vida pós-parto, não sendo este o caso do feto acometido de anencefalia. Defende o autor, ao final, ser lícito à gestante, nessa ocasião, decidir se quer continuar a gravidez ou não.

Passados tais argumentos favoráveis ao aborto, o Relator alegou não ser necessariamente verdadeiro o abalo psicológico sofrido pela gestante do feto anencefálico. Sustentando tal posição, copiou-se artigo do sítio virtual Pró-Vida Família, denominado “O que é a Síndrome Pós-Aborto?”, de Wanda Franz. Neste texto, argumenta-se sobre os riscos psicológicos que podem acometer a mulher que pratica um aborto, como “pavores irracionais e depressões”, o que se convencionou denominar “Síndrome Pós-Aborto”. Ademais, aduz existir uma classe de “mulheres vitimadas pelo aborto”, que sofrem da referida moléstia em virtude da culpa de terem interrompido a gravidez.

Posteriormente, o magistrado fez alusão à incapacidade do nascituro e afirmou que estes, bem como pessoas que tenham sua capacidade volitiva e autônoma reduzida ou nula, são protegidos pelo ordenamento jurídico, conforme dispõe o Código Civil. Asseverou que

[...] aí se incluem quantas e quantas pessoas, que o direito protege. Algumas que só tem cérebro materialmente, pois de fato, e de direito, são anencéfalas, pois a atividade cerebral está tão comprometida que o organismo não mais corresponde às ordens, ou as ordens estão em total desacordo com os padrões comportamentais aceitos pela sociedade. Todos, portanto, considerados os padrões juridicamente aceitáveis e instituídos, são merecedores do direito à vida, física e material, ainda que por breve tempo, ainda que por muito tempo, apesar do desconforto e abalo psicológico que possa causar a terceiros.

Após, foi transcrita a Resolução nº 1.702/04 do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta o transplante e o uso de órgãos e tecidos de fetos anencéfalos, e parte da Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a doação de órgãos e tecidos do corpo humano para fins de tratamento e transplante. Com isso, o Desembargador refutou que exista qualquer analogia entre a morte encefálica, reconhecida pela legislação, e a ausência de vida no feto anencefálico. Merece este, portanto, a devida proteção legal, ainda que sua vida seja curta e “desprovida de ciência das coisas que possam acontecer, pela ausência de pensamento ou comando sobre as funções vitais do organismo”, como afirmou o Relator.

Ademais, afirmou que a pretensão tida pela impetrante trata-se de conduta criminosa, impossível de ser afastada, uma vez que esta não se subsume às hipóteses permissivas do aborto previstas no artigo 128, incisos I e II, do Código Penal. Conforme o dispôs em seu voto, se fosse caso de a vida da gestante estar em risco, a autorização judicial seria dispensável, mas como não se trata desta hipótese, restam afastadas as hipóteses legais de “ausência de punição”.

Após, transcreveu o voto do Desembargador Ranolfo Vieira, proferido no julgamento do Acórdão número 70014105597, de Relatoria do Desembargador Manoel José Martinez Lucas, no qual se manifestou de maneira contrária à interrupção da gravidez em caso de anencefalia do feto. Nas razões deste, o magistrado transcreve parte do parecer do Procurador de Justiça Sérgio Guimarães Britto, que segue a sua linha de negação ao direito de abortar neste caso. Por vezes é questionado, tanto no voto do Desembargador Ranolfo Vieira quanto no parecer

do Procurador de Justiça que, se os apelantes entendem que a situação se enquadra nas causas excludentes de ilicitude, por que simplesmente não procedem ao aborto. Ademais, ressalta o Procurador de Justiça Sérgio Guimarães Britto que o feto anencefálico é constituído de vida, uma vez que nasce respirando, e autorizar a interrupção de sua gestação equivaleria a autorizar o seu homicídio.

Ao final, o Desembargador Relator Ivan Leomar Bruxel afirmou que, passadas todas estas considerações, a questão não pode ser amparada em aspectos emocionais, devendo prevalecer a racionalidade. Aduziu que

as razões individuais de cada um não devem prevalecer, pela possibilidade de ser estabelecido um desordenamento jurídico, pois cada um teria o direito de decidir como bem entendesse. O precedente seria perigoso, pois passaria a valer a vontade individual para o caso concreto, e o mesmo raciocínio teria que ser admitido para outras situações.

Assim, o Desembargador Relator conclui que “é autorizada a manutenção mecânica da vida, para extração de órgãos destinados a transplantes, mas ainda não é autorizada a antecipação de parto, para antecipar a morte” e, por ausência de previsão legal, denegou a ordem, sendo acompanhado pelo Desembargador Marco Antonio Ribeiro de Oliveira. Restou vencido o Desembargador Marcel Esquivel Hoppe, que concedia a ordem para autorizar a interrupção da gravidez, por analogia *in bonam partem* ao artigo 128, inciso I, do Código Penal.

1.2.4 CASO 04: ACÓRDÃO Nº 70037166238

Relatório do caso:

Foi impetrado *habeas corpus* em favor de nascituro acometido de anencefalia, buscando sustar alvará de autorização para realização da fetotomia – interrupção da gravidez.

A ordem foi impetrada pelo Procurador da Mitra Diocesana do Rio Grande do Sul. O feito foi distribuído ao Desembargador Sergio Fernando Vasconcellos Chaves, que determinou a redistribuição a uma das Câmaras Criminais, uma vez que se tratava de matéria penal e não de direito de família e sucessões.

Colhidas as informações, sobreveio parecer da Procuradoria de Justiça, no sentido de que fosse declarado como prejudicada a ordem.

O julgamento

O parecer do Procurador de Justiça Eduardo Wetzel Barbosa foi adotado como razões de decidir pelo Desembargador Relator José Antônio Cidade Pitrez. Este, após breve relatório do caso, constou haver reportagem no sítio eletrônico de jornal de grande veiculação do estado do Rio Grande do Sul acerca do fato em discussão.

Na matéria jornalística aludida, a gestante do paciente informou aos jornais que havia desistido de realizar o aborto. Em entrevista ela declarou sobre a anencefalia de seu feto: *“De repente, a tua gravidez é em vão. Quis interromper a gestação e busquei meus direitos. Com a demora, me apeguei ao filho que espero”*.

Sendo assim, o parecer da Procuradoria de Justiça foi acolhido e a ordem foi julgada prejudicada.

1.3 PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Os julgados encontrados na pesquisa denotam haver um entendimento jurisprudencial amplamente predominante, no sentido de ser possível autorizar a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. A pesquisa realizada permitiu averiguar que, à exceção do terceiro acórdão analisado, todos os outros processos em que fora devidamente comprovada a anencefalia do feto autorizaram a interrupção da gestação – ressalvando-se o processo número 70006994644 que não concedeu ordem de segurança para permitir a antecipação de parto por não restar evidenciada a inviabilidade da vida extra-uterina.

Com isto, cabe analisar os argumentos apresentados pelos magistrados à luz da doutrina pátria, como se verá no próximo capítulo, e, posteriormente, comparar a fundamentação adotada nos julgamentos em questão com a apresentada ao Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

Os julgados que apresentaram razões contrárias à interrupção da gestação de fetos anencefálicos – em que pese o acórdão número 70026698019 ter concedido alvará para interrupção da gravidez, o motivo foi diverso dos demais, tendo registrado os magistrados serem contrários ao aborto nos casos de anencefalia – por representarem corrente minoritária, serão examinados em um segundo momento.

2. O ENTENDIMENTO PREDOMINANTE E A APLICABILIDADE DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DO CRIME NOS JULGADOS DO TJRS À LUZ DA DOCTRINA

Como se viu, há uma linha de pensamento convergente entre a grande maioria dos Desembargadores das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de que a prática do aborto de fetos anencéfalos não é passível de punição. Apesar do efeito das decisões trabalhadas ser o mesmo – autorização para a interrupção da gravidez – a fundamentação adotada pelos Desembargadores apresenta um pequeno distanciamento no plano científico (dogmática penal).

Entre as decisões autorizadoras do aborto dos neonatos anencefálicos, foi possível perceber que estas entendem não haver crime em tal caso, uma vez que resta afastado um dos elementos do delito. Desta forma, cabe analisar o conceito de crime, seu desdobramento e seus elementos para realizar uma ampla e precisa análise do objeto de estudo do presente trabalho.

2.1. CONCEITO JURÍDICO DE CRIME: FORMAL, MATERIAL E ANALÍTICO

Sobre a definição do crime, cabe destacar que nossa legislação penal não o conceituou, no que diz respeito à sua forma estrutural, limitando-se a afirmar que é a infração penal que a lei comina uma pena e a diferenciá-lo das contravenções penais⁸. Assim, coube à doutrina construir o conceito teórico de crime. Afirma Claus Roxin que

quase todas as teorias do delito, apresentadas até agora, 'são sistemas de elementos' que desintegram a conduta delitiva em uma pluralidade de características concretas (objetivas, subjetivas, normativas, descritivas, etc.), as quais são incluídas nos diferentes

⁸ Artigo 1º do Decreto-Lei nº 3.914/41: "Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

graus de estrutura do crime e depois reunidas, como um mosaico para a formação do fato punível.⁹

Destarte, o conceito clássico do modelo causalista de delito, produto da ciência de Beling e Von Liszt, era bastante simples, por se limitar a fundamentar o crime como uma ação naturalística, de modo a vincular a conduta ao resultado através do nexos de causalidade. Dentro dessa estrutura, o delito se dividia entre “aspecto objetivo”, no qual se encontravam a tipicidade e a antijuridicidade, e “aspecto subjetivo”, no qual residia a culpabilidade¹⁰.

Passadas diversas Escolas do Direito Penal que viriam a propor novas teorias sobre o fato criminoso (Positiva, Sociológica, Kiel, etc.), em meados dos anos trinta o jurista alemão Hans Welzel desenvolveu a teoria finalista da ação, refutando o causalismo da Escola Clássica e sua separação entre os aspectos objetivos e subjetivos da conduta, colocando a ação humana como o centro da teoria do delito. Nessa acepção, Welzel afirmou que a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, que é sua finalidade, visto que toda conduta humana é voluntária e a vontade é orientada para um fim¹¹. Assim, a conduta é definida como uma ação voluntária voltada para uma finalidade. A tipicidade é entendida, no finalismo, como a proibição de uma conduta na forma dolosa ou culposa, sendo a antijuridicidade a contradição entre a conduta proibida e a ordem jurídica e a culpabilidade deixa de apresentar o caráter psicológico do autor do fato e passa a ser entendida como reprovabilidade¹². Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli deixam importante lição, sustentando ser esse o entendimento predominante em nosso país:

Diferentemente de outros países latino-americanos, a doutrina brasileira se apercebeu das vantagens desta sistemática e a adotou sem maiores traumas. No Brasil, ninguém sustentou, de forma coerente, que a sistemática de LISZT-BELING possuía uma carta de cidadania e que a nova sistemática lesionava garantias ou que representava ideologias políticas totalitárias, como ocorreu na Argentina. O curso de evolução analítica, que aqui se apresenta muito mais natural do que o protagonizado em grande parte do

⁹ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 79 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal* – 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 79-80.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito* – 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, v. 1: parte geral* – 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 346

¹² Idem.

restante da América Latina, fala bem alto em favor do nível da análise jurídica e política do nosso país.¹³

O crime se trata, portanto, de uma ação humana proibida pela norma, contrária à ordem jurídica e reprovável ao seu autor. Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde defendem esta teoria tripartida do crime: ação típica, antijurídica e culpável¹⁴. O mesmo entendimento é adotado por Francisco de Assis Toledo, jurista responsável pela reforma do Código Penal de 1984¹⁵.

Verifica-se, logicamente, que a exclusão de qualquer um destes elementos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), afasta o caráter criminoso de uma conduta e, conseqüentemente, impede que esta seja punida pelo sistema jurídico estatal. Nessa senda, passa-se a analisar cada um dos elementos do delito e as causas de exclusão destes sustentadas pelos magistrados nas decisões selecionadas

2.2 TIPICIDADE

Conforme visto no item retro, a tipicidade é o primeiro elemento do conceito de crime construído pela doutrina. Por tipicidade, compreende-se esta como a subsunção de uma conduta humana fática a um tipo legal de crime, ocorrendo aquela com maior ou menor extensão dependendo da concepção que se tem deste. Quanto ao tipo penal, é este uma construção lógica do jurista alemão Ernst Von Beling, que tratou de separá-lo da antijuridicidade¹⁶. Entende-se por tipo penal, na concepção de Francisco de Assis Toledo¹⁷, como a descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida. Em Direito Penal, segue o jurista, seria o tipo o responsável por enquadrar na norma certas condutas humanas ofensivas a bens jurídicos mercedores da tutela penal estatal.

Ainda, nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli,

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 347

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, p. 24.

¹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 80.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 390.

¹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, pp. 84 e 126.

O TIPO PENAL é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)¹⁸.

Deste modo, a estrutura lógico-formal do delito adquire a necessidade de subsumir as hipóteses fáticas às normas proibitivas. Compreende-se, portanto, que compete ao legislador descrever as condutas proibidas, individualizando aquelas que considera gravemente ofensivas a determinados bens jurídicos, e cominar uma pena a tais condutas, construindo-se, assim, os tipos penais.

O fenômeno da tipicidade, portanto, está intimamente ligado ao princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, inciso II, de nossa Constituição Federal (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”). Como decorrência lógica deste, nasce o princípio da reserva legal, que afirma a necessidade de existir lei anterior ao fato para defini-lo como crime e qual a pena àquele aplicável¹⁹. O artigo 1º do Código Penal brasileiro já anunciava a idéia da necessidade de lei prévia ao afirmar que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, tendo, contudo, nossa Carta Magna se preocupado em elevar tal dispositivo ao *status* de garantia fundamental do cidadão em seu artigo 5º, inciso XXXIX.

O princípio da reserva legal está enunciado na fórmula “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, construída pelo jurista bávaro Feuerbach, no início do século XIX²⁰. Somente a lei, criada com a observância dos princípios e regras constitucionais, pode determinar o que é crime e cominar a pena cabível a este. Em nosso sistema jurídico-legal, é da competência do Congresso Nacional legislar sobre matéria penal (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal), sendo vedada, portanto, qualquer outra forma de dispositivo normativo que venha a incriminar determinadas condutas e a cominar penas, bem como sendo defesa a criação de instituições penais por outras fontes de Direito. Desdobrando o princípio da legalidade e sintetizando este pensamento, exige-se “*Lex praevia*” (proibição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade), “*Lex scripta*” (proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário),

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 383.

¹⁹ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

²⁰ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado – 8ª ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

“*Lex stricta*” (proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia) e “*Lex certa*” (proibição de leis indeterminadas)²¹.

Funciona este princípio, portanto, como uma garantia do indivíduo frente ao poder punitivo estatal, uma vez que demarca e limita a área da atuação coercitiva deste sobre aquele. O princípio da legalidade deve, portanto, ser sempre entendido por essa função garantística, jamais podendo ocorrer qualquer inversão em prol da arbitrariedade. Deste modo, a doutrina e a jurisprudência também se encontram limitadas pela norma, de maneira que não podem interpretar o poder punitivo além da lei, estando habilitadas, contudo, limitá-lo ao mero alcance semântico da lei ou reduzi-lo a termo, com base nos princípios constitucionais, em uma interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico²². É a legalidade, na afirmação de Nilo Batista, “a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”²³. É esta construção conjunta dos institutos de Direito Penal e dos princípios constitucionais que permitem uma melhor compreensão sobre o fenômeno da tipicidade em nosso sistema jurídico-legal.

2.2.1 A ESTRUTURA FINALISTA DO TIPO PENAL

A tipicidade penal, conforme se viu anteriormente, se desdobra entre os tipos incriminadores, que só podem ser criados pelo legislador, e os tipos permissivos, que são causas de justificação ou de exclusão da ilicitude²⁴. O tipo incriminador, como, por exemplo, é o artigo 124 do Código Penal (“Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”), é aquele que proíbe a conduta humana contida no verbo descrito na norma. Quanto ao tipo permissivo, tem-se como ilustração o artigo 128 do estatuto repressivo (“Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”).

²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, p. 22.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 202-203.

²³ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro – 12 ed. rev. e atual.* Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 63.

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, p. 84.

A teoria finalista, adotada amplamente pela doutrina pátria e por nosso Código Penal, acabou por formular um conceito complexo da tipicidade penal. Isto porque ela é dotada, dentro dessa concepção, de uma parte objetiva e de uma subjetiva. Ensinam Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde que, enquanto o tipo objetivo é a descrição da conduta proibida na norma, o tipo subjetivo é aquele constituído pela “vontade reitora, com dolo ou culpa, acompanhados de quaisquer outras características subjetivas”²⁵. Ademais, existem elementos normativos inerentes ao tipo penal, que são aqueles em que não basta a mera descrição legal, necessitando recorrer a outros dispositivos jurídicos para preencher-lhes o significado.

Esta estrutura é responsável pela construção dos tipos dolosos, em que o agente age com dolo direto (vontade livre e consciente de produzir o resultado) ou eventual (assume o risco de produzir o resultado típico), e dos tipos culposos, em que a conduta tipificada tem causa a partir da imprudência, negligência ou imperícia do autor. Ressalta-se, para fins de enfoque no presente trabalho, que a conduta incriminada aqui tratada, o aborto, só admite a figura típica em sua forma dolosa, ou seja, quando a gestante produz, de vontade livre e consciente, ou ao menos assume o risco de produzir, o resultado abortivo, ou consente que terceiro lhe interrompa a gestação, estando este incurso nas sanções do artigo 126 do Código Penal, em concurso com aquela. Inexiste, para todos os efeitos, a modalidade culposa destes delitos²⁶.

Acerca de tais considerações sobre o tipo, é possível concluir que este pertence à lei, mas as causas de sua existência estão fora do dispositivo legal, quais sejam o bem jurídico tutelado e a norma²⁷. No crime de aborto, o bem jurídico tutelado é a vida humana, como se depreende da capitulação do mesmo no Código Penal, nas suas exposições de motivo e na doutrina – como se verá adiante. Em decorrência lógica, tem-se como norma a proibição de abortar, que o tipo penal trata de enquadrá-la na lei e determinar a pena aplicável a este delito. Ou seja, para existir um tipo penal, necessariamente deve haver um bem jurídico concreto a ser protegido pela lei.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, p. 139.

²⁶ DELMANTO, Celso. *Op. Cit.* pp. 467-469.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 393-394.

2.2.2 TIPICIDADE FORMAL E TIPICIDADE MATERIAL

Para a Teoria Constitucionalista do Delito, de Luiz Flávio Gomes, a concepção finalista do tipo – que tem por requisitos: conduta dolosa ou culposa; resultado naturalístico; nexo de causalidade; e adequação do fato ao dispositivo legal – é, no entanto, um conceito meramente formal do mesmo. Para o referido jurista, a tipicidade tem que ser necessariamente compreendida também em seu sentido material. Deste modo, a tipicidade penal compreende tanto a tipicidade formal ou legal mais a tipicidade material²⁸.

O conceito de tipicidade material, conforme o doutrinador supramencionado, envolve a dimensão axiológica do fato típico, compreendendo o resultado jurídico relevante, a imputação objetiva da conduta, a imputação objetiva do resultado e a imputação subjetiva, nos crimes dolosos. Próximo a este entendimento é o conceito de tipicidade conglobante de Eugenio Raúl Zaffaroni, que também atribui valoração específica à conduta, no que concerne à sua lesividade, sendo um “[...] corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas [...]”²⁹. Para o jurista argentino, faz-se necessária esta distinção dentro do conceito de tipo para não enquadrar como típica qualquer conduta que tenha aparência de delito, como é o caso do exemplo por aquele apresentado em sua obra, do oficial de justiça que seqüestra bens por ordem judicial. O amparo discriminante desta conduta não se dá no plano da antijuridicidade, que seria uma causa de justificação, mas no fato de que ela não lesa o bem jurídico tutelado³⁰. Não fosse esse raciocínio, cair-se-ia em silogismo ilógico de que a norma permite o que em outro momento proíbe. A pequena divergência entre estes dois juristas é que Luiz Flávio Gomes inclui em seu conceito de tipicidade material a imputação subjetiva, nos crimes dolosos, que Zaffaroni deixou de fora da tipicidade conglobante³¹.

Diante de tal raciocínio, o que se defende é que não é qualquer conduta, no plano fático que se subsume à relação de tipicidade, pois, ainda que esteja

²⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 84-85

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 395-396.

³⁰ *Ibidem*, p. 396.

³¹ GOMES, Luiz Flávio. *Op. Cit.*, p. 90.

aparentemente vinculada à tipicidade formal, deve estar configurada, também, a tipicidade material.

Esta teoria da tipicidade dialoga diretamente com o princípio da lesividade, informador do Direito Penal. Segundo Winfried Hassemer, o conceito de “lesividade social”, primeiramente, vai além do *jus puniendi*, remetendo-se às necessidades e interesses da sociedade³². Em segundo, tal princípio estabelece que nem toda lesão de um interesse humano, de um bem jurídico, provoca uma reação do aparato punitivo do Estado, mas somente aquelas que excedem o conflito entre autor e vítima, que tenham “caráter socialmente prejudicial”. Ademais, exige-se do legislador este saber empírico na formulação das leis penais, devendo questionar quais são as condutas humanas que prejudicam tão intensamente o sistema social e sob quais circunstâncias elas aparecem como mais lesivas, de modo que se sobreponha ao mero conflito autor *versus* vítima³³.

Nessa esteira, Nilo Batista, citando Claus Roxin, assevera que só podem ser punidos aqueles comportamentos que lesionem direitos de outrem e que não sejam simplesmente ações pecaminosas ou imorais, sendo função do Direito Penal tão somente assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, não sendo legítimo a ele impor determinada educação moral aos cidadãos³⁴. Tal pensamento é respaldado por Zaffaroni e Batista, que afirmam que

A livre manifestação do pensamento, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, a proibição de qualquer privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e ainda a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantidas pela Constituição da República (art. 5º incs. IV, VI, VIII, IX e X) propõem – não apenas ao poder criminalizante primário e secundário, mas também à ingerência coativa do estado em geral – graves restrições, com importantes conseqüências no campo do direito penal.³⁵

O princípio da lesividade serve, portanto, como um limitador que exclui violações ou disfuncionalidades grosseiras com os Direitos Humanos, uma vez que o principal papel do Estado é a proteção dos direitos fundamentais. A atuação do Direito Penal fica delimitada a uma necessária lesão ou afetação de um bem jurídico

³² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 56.

³³ Idem.

³⁴ BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*, p. 89.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Op cit.*, p. 225.

relevante o suficiente a justificar a ingerência daquele³⁶. A necessidade de que o bem jurídico seja ofendido para provocar a ação persecutória estatal reside nos fundamentos do próprio Estado de Direito, de forma a garantir o livre exercício dos direitos democráticos de seus cidadãos e de trabalhar com critérios minimamente razoáveis e seguros para os processos de criminalização e descriminalização³⁷.

Outro princípio que cabe destacar nesse sentido é o da adequação social. A essência deste princípio consiste em não criminalizar condutas que sejam “socialmente adequadas”, sendo estas, portanto, atípicas³⁸. O tipo penal implica uma valoração própria sobre o comportamento que proíbe. Nessa senda, Bitencourt e Muñoz Conde, em que pese alegarem ser este princípio inseguro e relativo, afirmam que este emerge no momento em que determinadas condutas sociais carecem de relevância por serem usuais em seu meio e, citando Stratenwerth, aludem ser “incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento”³⁹.

2.2.3 A TESE DA ATIPICIDADE DO ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS

É diante do raciocínio exposto sobre a tipicidade formal e material e a necessidade da lesividade ao bem jurídico tutelado que diversos autores defendem ser a interrupção da gestação de fetos anencefálicos conduta atípica. A exclusão da tipicidade do delito de aborto nos casos de anencefalia não foi sustentáculo de nenhuma das decisões analisadas, como foi possível averiguar. Apenas no acórdão número 70020596730 o Desembargador Ivan Leomar Bruxel citou artigo de Domingos Barroso da Costa que defende tal tese. No entanto, pela extrema relevância do tema – visto que é a tese adotada pela CNTS na ADPF nº 54-8/DF –, coube analisar também, sob tal perspectiva, a possibilidade de não se tratar o aborto de feto anencefálico como conduta criminosa, posição defendida por diversos doutrinadores do Direito Penal brasileiro.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Op cit.*. pp. 226-228

³⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 69.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 485.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, pp. 166-167.

Conforme a lição de Luiz Régis Prado, o bem jurídico tutelado pelos tipos penais do aborto é a vida humana do ser em formação, protegendo-se a vida intra-uterina para que o ser humano em gestação possa se desenvolver naturalmente e nascer. Da mesma forma, sintetiza o penalista que o sujeito passivo do delito de aborto é o “ser humano em formação [...], titular do bem jurídico vida”, o nascituro⁴⁰. Nesse sentido, Celso Delmanto também destaca ser a vida humana o objeto jurídico do delito em estudo⁴¹. José Henrique Pierangeli, em que pese concordar com esta posição doutrinária majoritária, ressalta haver entendimento em contrário, como o de Heleno Cláudio Fragoso, Manzini e Vannini, que defendem não ser o feto titular do bem jurídico ofendido, tornando-se sujeito passivo “o Estado ou a comunidade nacional”, perfazendo-se a tutela jurídica sobre o “interesse estatal em garantir a continuidade da estirpe e no interesse demográfico”⁴².

Desta forma, pode-se concluir que, nos crimes de aborto, o bem jurídico tutelado é a vida humana do feto em formação. No entanto, de acordo com o princípio da lesividade, conforme visto anteriormente, para se configurar uma conduta como típica, faz-se necessária a ofensa ao bem jurídico protegido. Não sendo este o caso, tal conduta não pode ser punida pelo Estado. Destarte, há opinião no sentido de que o feto anencefálico é desprovido de vida humana, visto que é provável a sua morte ainda no ventre materno e, em caso de sobrevivência até o final da gestação, sobreviverá pouco mais do que algumas horas após o parto, razão pela qual se defende ser o aborto, neste caso, conduta atípica.

Luiz Flávio Gomes e Áurea Maria Ferraz Sousa defendem tal posição, por entenderem afastada a tipicidade material, anteriormente explicada, na conduta da interrupção da gestação do feto anencefálico. Para os referidos juristas, o resultado jurídico provocado pela lesão precisa ser concreto, transcendental, grave (não insignificante), intolerável, objetivamente imputável e que esteja amparado no âmbito de proteção da norma. Portanto, a ofensa deve, além de real e grave, ser intolerável, desarrazoada. À luz do princípio da adequação social, o fato é atípico quando não perturba – seriamente ou desarrazoadamente – o convívio social, na medida em que se trata de uma conduta tolerada (aceita) por grande parte da comunidade. Desta

⁴⁰ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 183 – 3ª. ed. rev. e atual.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 103-104.

⁴¹ DELMANTO, Celso. *Op. Cit.* pp. 468.

⁴² PIERANGELI, José Henrique. *Direito Penal Brasileiro, volume 2: parte especial – 2. ed.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

forma, alegam os autores não haver, no caso do abortamento de feto anencéfalo, resultado desvalioso, uma vez que a morte do produto da concepção é certa e a conduta da gestante não é intolerável⁴³. Ao final, referindo-se à ADPF nº 54-8/DF, concluem

que a pretensão formulada é no sentido de se declarar, em homenagem aos princípios constitucionais aventados, não a exclusão de punibilidade, mas a atipicidade do fato. Entendimento que se coaduna com o nosso, a questão se revela solucionada com a aplicação do conceito de que o fato há de ser formal e materialmente típico. Por força da teoria constitucionalista do delito que adotamos, torna-se possível (acreditamos) fundamentar dogmaticamente a exclusão da tipicidade (no caso do aborto anencefálico).⁴⁴

Este entendimento também é respaldado por Domingos Barroso da Costa – em artigo citado no processo número 70020596730, pelo Desembargador Relator Ivan Leomar Bruxel. O jurista, valendo-se do conceito de Luiz Régis Prado, conclui ser o objeto material do delito de aborto o embrião ou feto humano vivo, apto para o desenvolvimento, de modo que “garante-se proteção jurídica ao embrião/feto vivo para que este tenha condições de vir ao mundo e tornar-se um indivíduo capaz de ampliar suas potencialidades enquanto tal”⁴⁵.

Nesse patamar, cabe questionar qual o conceito de vida dado por nosso sistema jurídico. Salienta-se que os conceitos de vida e morte são conceitos culturais, frutos da criação humana, pois é o meio social e cultural que vai construir os critérios para o início e o fim da vida⁴⁶. Este debate será retomado mais adiante. Para fins jurídicos, contudo, cabe ressaltar que nosso ordenamento jurídico-legal, em que pese tutelar os direitos do nascituro, não possui qualquer instituto que defina o início da vida humana. No entanto, Domingos Barroso da Costa⁴⁷ e Paulo César Busato⁴⁸ defendem que, como há o conceito jurídico-legal para a morte, no artigo 3º,

⁴³ GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz. *Aborto Anencefálico: Exclusão da Tipicidade Material*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 09 de outubro de 2011.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ COSTA, Domingos Barroso da. *Sobre a atipicidade da interrupção da gestação de feto anencéfalo*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 13, jul. 2005.

⁴⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Anencefalia breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*, in FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.) *Direito Penal: parte especial I, (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 5)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 148-149.

⁴⁷ COSTA, Domingos Barroso da. *Op. Cit.*

⁴⁸ BUSATO, Paulo César. *Tipicidade material, aborto e anencefalia*. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/413>>. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

caput, da Lei nº 9.434/97⁴⁹, que regulamenta a retirada de tecidos e órgãos para doação a partir da “morte encefálica”, é possível, por exclusão lógica, determinar que a vida humana se forma com o início da atividade cerebral. Para este segundo jurista, estabelece-se o seguinte raciocínio: se a vida se inicia pela atividade cerebral, como ressaltado na analogia feita em relação dispositivo legislativo supramencionado, então não há vida no feto acometido de anencefalia fetal; se inexistente vida, não há bem jurídico a ser tutelado; se não há bem jurídico a ser tutelado, a conduta é atípica⁵⁰. Importa destacar, que este paralelo com a legislação também foi objeto de fundamentação no acórdão 70016858235, apresentado no primeiro capítulo, tendo, no entanto, considerado a causa como excludente da ilicitude e não como conduta atípica.

Destarte, Barroso da Costa afirma que, sendo impossível haver condições para o desenvolvimento da vida nos fetos anencefálicos, podem estes ser considerados, desde logo, juridicamente mortos. Não cabe aos neonatos anencéfalos, assim, a mesma proteção jurídica que se dá os nascituros, ante a inviabilidade de sua vida extra-uterina, concluindo, da mesma forma, ser atípica a conduta da gestante em interromper ou autorizar que interrompam a gestação nestes casos⁵¹. Obviamente, atípica também é a ação daquele que provoca aborto em gestante de feto anencefálico com o consentimento desta.

Sobre o tema da autorização da interrupção da gravidez de neonatos anencéfalos e da atipicidade de tal conduta, José Henrique Pierangeli, ao manifestar sua opinião, assevera que

A Justiça Penal, nos últimos tempos, tem se visto à volta com um problema trazido pelos novos recursos postos ao alcance da medicina: o da anencefalia (ausência de cérebro). [...] Realmente, com a falta do cérebro, o feto não pode nascer com vida e, se isso vier a ocorrer, a vida será apenas efêmera, pelo que seria desumano obrigar uma mulher arrastar por nove meses uma gestação da qual não poderá resultar uma vida. A nosso ver, pelo menos num primeiro momento, parece-nos inexistir em tal situação um bem jurídico a proteger, o que torna a conduta atípica, máxime se pudermos considerar o Estado e a comunidade nacional como sujeitos passivos

⁴⁹ “Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

⁵⁰ BUSATO, Paulo César. *Op. Cit.*

⁵¹ COSTA, Domingos Barroso da. *Op. Cit.*, p. 13.

do crime, e não o feto, como entende Frago e alguns autores alemães.⁵²

Contudo, cabe ressaltar que Alberto Silva Franco rejeita a premissa acima destacada, de que a ausência de vida do anencéfalo se equipara à morte encefálica. Para o referido autor, a morte cerebral foi uma importante constatação da medicina, de forma que é mais segura do que diagnósticos como a ausência de respiração ou dos batimentos cardíacos. No entanto, serve somente como diagnóstico clínico ou, mais precisamente, como critério a ser adotado para se admitir a interrupção de suporte vital para efeitos de transplantes. Ainda que a anencefalia e o estado vegetativo permanente, decorrente de morte encefálica, apresentem traços em comum, as divergências são bastante relevantes, uma vez que a primeira é uma malformação embrionária, enquanto a segunda é um estado adquirido. Da mesma maneira, a anencefalia é facilmente detectável por exames clínicos, podendo ser diagnosticada com certeza, o que não ocorre com no estado vegetativo permanente. Além disso, o anencéfalo, se chega a nascer, tem tempo de vida muito breve, enquanto os pacientes em estado vegetativo permanente costumam ter ampla sobrevida⁵³.

O anencéfalo não tem o próprio cérebro (hemisférios cerebrais e córtex), o que seria de extremo contra-senso reconhecer-lhe, materialmente, a morte cerebral. Desta forma, sustenta o autor a teoria da morte neocortical, que abandona completamente o sentido puramente biológico da vida e prioriza em seu lugar os aspectos vinculados à existência da consciência, afetividade e comunicação, como expressão de identidade da pessoa. O feto anencefálico é totalmente desprovido destas potencialidades da vida humana, de forma que sua formação, nas palavras de Alberto Silva Franco, “[...] não é um processo de vida, mas um processo de morte. Não se está diante de um nascituro; antes de um morituro”, não podendo enquadrar os anencéfalos, na perspectiva da morte neocortical, como tecnicamente vivos⁵⁴.

No entanto, o referido jurista traz importante questão ao debate. Ressalta que nossa legislação não definiu expressa e pormenorizadamente o tipo objetivo do aborto, pois o verbo típico do delito é “provocar”, ação que por si só não carrega nenhum significado ilícito, diferentemente de matar, subtrair, caluniar, etc. É

⁵² PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 70.

⁵³ FRANCO, Alberto Silva, *Op. Cit.*, pp. 149-150.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 152-153

necessária, portanto, a valoração do elemento típico “aborto”, que, como se viu, trata da interrupção do desenvolvimento da vida humana intra-uterina. O embate se dá, para o doutrinador, no momento em que recai a tutela penal sobre a vida intra-uterina⁵⁵. Ressalta, com isso, que é consenso que o feto anencefálico é dotado de vida biológica, mas, citando, Pedro Frederico Hooft, conclui que

a vida biológica, controlada principalmente pelo tronco cerebral, ‘não é unicamente humana, porque comparte de suas características com os não-humanos.’ A conclusão deste raciocínio é que a vida biológica é condição necessária mas não suficiente para a vida humana.⁵⁶

Desta forma, Franco afirma ser inquestionável a falta, nos casos da anencefalia, de elementos que configurem o tipo aborto, sobretudo, o reconhecimento prévio de vida humana intra-uterina. Assim, conclui por se tratar de conduta atípica o aborto, sendo este prescindível de autorização judicial, uma vez que se atém à relação médico e paciente, cabendo a esta a decisão de interromper ou não a gravidez, uma vez que não se encontra o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em questão⁵⁷.

Nessa acepção, compreende-se que o feto anencefálico não é uma causa de justificação do aborto, porque esta pressupõe existir um tipo penal. Aqui, há a antes denominada tipicidade formal, mas não há tipicidade material, uma vez que o bem jurídico tutelado não foi ofendido, em face do princípio da lesividade.

Em que pese esta posição seja fortemente defendida pela doutrina, não houve, no presente estudo, identificação deste argumento por parte dos magistrados que julgaram os processos referentes à interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Contudo, não deixaram os doutrinadores ora citados de dar suas contribuições para os demais fundamentos que autorizaram a fetotomia, como se verá adiante.

⁵⁵ FRANCO, Alberto Silva, *Op. Cit.*, pp. 165-169

⁵⁶ HOOFT, Pedro Federico. *Bioética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, pp. 92-93 *apud* FRANCO, Alberto Silva. *Op. Cit.*, pp. 166.

⁵⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Op. Cit.*, pp. 167

2.3 ILICITUDE

A ilicitude ou antijuridicidade – preferiu-se utilizar a terminologia “ilicitude”, empregada por Assis Toledo a partir da reforma do Código Penal de 1984⁵⁸ – é intimamente ligada ao fato típico penal. Como se viu anteriormente, o caráter de fragmentariedade do Direito Penal auxilia na compreensão de fenômenos como o delito, em seu todo. Dessa forma, tipicidade, ilicitude e culpabilidade estão de tal forma relacionadas entre si que cada elemento posterior do crime pressupõe o anterior⁵⁹.

A ilicitude exprime a idéia de contradição, de antagonismo, de oposição ao Direito. Assim, um fato humano que possuir relevância jurídica será ilícito sempre que se oponha à ordem jurídica. Em nosso ordenamento jurídico, que consagra o princípio da legalidade e, conseqüentemente, a velha máxima *permitted quod non prohibetur* (aquilo não é proibido é permitido), os atos ilícitos representam uma quantidade menor em relação aos atos lícitos⁶⁰. A ilicitude é, portanto, “nada mais do que a contradição entre o comportamento típico do sujeito e a vedação que é imposta a esse comportamento pela ordem jurídica [...]”⁶¹.

Houve uma tentativa na doutrina de se estabelecer uma distinção entre a ilicitude formal e a ilicitude material. No entanto, o conceito unitário sobre a ilicitude, acintosamente majoritário, tratou de refutar esta distinção, pois um comportamento humano que seja contrário à ordem jurídica só poderá sê-lo se for materialmente lesivo⁶². Na definição de Francisco de Assis Toledo,

ilicitude é a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado. Dentro dessa concepção, a ilicitude só poderá referir-se à ação humana. Conseqüentemente, a contrariedade ao direito – essência do conceito em exame – se caracterizará fundamentalmente por dois pressupostos, a saber: primeiro, a existência de uma conduta voluntária na origem, positiva ou negativa (ação ou omissão), antagonismo com o comando normativo (fazer o que está vedado ou não fazer o que está determinado); segundo, a existência concomitante de possíveis ou reais conseqüências danosas, sobre o

⁵⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, p. 159-160.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, p. 219.

⁶⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, p. 161.

⁶¹ DELMANTO, Celso. *Op. Cit.*, 168

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, pp. 224-225.

meio social, dessa mesma conduta (lesão real ou potencial ao bem jurídico tutelado).

Ademais, Bitencourt e Muñoz Conde procuraram estabelecer, para fins de definir a ilicitude, distinção entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Isto porque a dogmática clássica fundamentava seu conceito de delito na mera separação entre o injusto (objetivo) e a culpabilidade (subjetivo), limitando o conceito de ilicitude à valoração do estado causado pelo fato⁶³. No entanto, com a evolução da teoria do delito, fez-se necessária a distinção apontada, de modo não a valorar somente o resultado causado pelo fato típico, mas também a forma utilizada para realizá-lo. Essa teorização é essencial para valorar elementos subjetivos que, mesmo constituindo a ação típica, podem afastar a ilicitude⁶⁴, como se verá posteriormente.

Como é possível denotar, a teoria finalista da ação limitou bastante a análise da figura da ilicitude, uma vez que ela é sempre uma ilicitude típica, no que se refere à ilicitude do delito (Assis Toledo fala sobre a ilicitude atípica, quando se age sobre, por exemplo, em legítima defesa e a agressão do defensor não está prevista no Código Penal⁶⁵). Isso faz com que a separação entre tipicidade e ilicitude não seja tão evidente, assim como é o conceito de ação e tipicidade.

A diferença mais importante, para Hassemer, é a “negatividade” dos elementos que caracterizam o plano da ilicitude. Enquanto o objeto do plano do tipo é a fundamentação do injusto, o objeto da ilicitude é a exclusão do injusto⁶⁶. Isso porque, diante do princípio da legalidade, a tipicidade se apresenta, antes de tudo, como uma garantia frente à ingerência do Estado. Os atos humanos são presumivelmente lícitos, salvo estejam tipificados em norma incriminadora. Ainda assim, existem certas condutas que são típicas, mas não necessariamente contrárias ao direito.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, p. 227.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 228-230.

⁶⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 164.

⁶⁶ HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, p. 285

2.3.1 AS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

A ilicitude penal é sempre uma ilicitude típica, como se disse anteriormente. A primeira forma de exclusão do ilícito, e do injusto, em consequência, é a própria atipicidade da conduta, portanto. As denominadas causas de justificação do delito são, na verdade, o segundo modo de constatação da exclusão da ilicitude, quando a aparente tipicidade não tenha permitido solução diversa de averiguar a licitude de certa ação humana⁶⁷.

Juarez Cirino dos Santos elenca diversas teorias que fundamentam as justificações. Entre as teorias monistas, que destacam a finalidade como princípio unitário, estão: a “teoria do meio adequado para fins reconhecidos como justos pelo legislador”, de Von Liszt; a “teoria da maior utilidade do que dano”, de Sauer; a “teoria da ponderação do valor”, de Noll; e a “teoria do interesse preponderante”, de Mezger. Já entre as teorias pluralistas, que se embasam em princípios sociais subjacentes, os fundamentos residem: na legítima defesa, nos princípios da proteção e da proporcionalidade; no estado de necessidade, nos princípios da afirmação do direito, da avaliação de bens e da autonomia; no consentimento do ofendido, no princípio da ausência de interesse na proteção do bem jurídico⁶⁸.

As excludentes de ilicitude do nosso ordenamento jurídico estão elencadas no artigo 23 do Código Penal, quais sejam o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito⁶⁹. No entanto, existem causas de justificação previstas na parte especial do Código Penal, como, por exemplo, nos casos de aborto sentimental e necessário, previstos no artigo 128, incisos I e II, do estatuto repressivo, que serão analisados mais adiante. Apesar de a legislação ser omissa neste ponto, a doutrina e a jurisprudência admitem a possibilidade de se reconhecer a existência de causas supralegais de exclusão da ilicitude⁷⁰.

⁶⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, pp. 169-170

⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 131.

⁶⁹ “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

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

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, pp. 274.

Para todos os efeitos, considera-se a ação justificada uma ação lícita, conforme o direito⁷¹. Não pode o agente ser punido pela agressão, ressalvados os casos de excesso culposo e excesso doloso. Ademais, pode o autor do fato pretensamente justificado ser punido, à luz da distinção entre desvalor da ação e desvalor do resultado feita por Bitencourt e Conde, nos casos em que não tenha querido atuar de acordo com a ordem jurídica, mesmo que, por mero acaso realize com seu ato um resultado valioso e quando tenha querido atuar conforme ao direito, mas o resultado de seu ato desaprovado pela ordem jurídica⁷².

2.3.2 A TEORIA DA EXCLUSÃO DA ILICITUDE NOS CASOS DO ABORTO ANENCEFÁLICO

Conforme os resultados obtidos na pesquisa do presente trabalho, apresentados no primeiro capítulo, o entendimento predominante no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é de que a anencefalia fetal constitui causa excludente da ilicitude do aborto por analogia *in bonam partem* ao tipo permissivo do artigo 128, inciso I, do Código Penal. Desta maneira, passa-se a analisar este fundamento apresentado em mais da metade dos processos julgados sobre o tema, tendo como base as razões apresentadas pelo Desembargador Newton Brasil de Leão, no acórdão número 70016858235, apresentado no capítulo 1.2. Contudo, faz-se necessário conceituar a ilicitude, primeiramente, para depois analisar suas causas excludentes.

A partir dos conceitos doutrinários apresentados anteriormente, diversos magistrados do Tribunal de Justiça gaúcho consagram ser o aborto de fetos anencéfalos uma causa de justificação, excludente da ilicitude. Isto porque entendem se enquadrar esta hipótese dentro de um dos tipos permissivos do artigo 128 do Código Penal. Os tipos permissivos, anteriormente tratados, constituem causas de exclusão da ilicitude da conduta, uma vez que a norma seleciona determinadas condutas típicas que, por apresentarem certas especificidades, não são contrárias ao Direito, de modo que a própria norma os admite expressamente.

⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino. *Op. Cit.*, p. 134.

⁷² TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, pp. 173-174.

Os tipos permissivos exigem, da mesma forma que os tipos proibitivos, uma congruência entre seus elementos objetivos e subjetivos: é preciso o reconhecimento dos aspectos fáticos que caracterizam as causas de exclusão da ilicitude e da finalidade daquele que age de maneira justificada, acreditando assim o estar⁷³.

Como não é o caso de estar notadamente expressa a licitude do aborto de feto anencéfalo, a extensão da causa de justificação para a gestante que interrompe a gravidez nestes casos é feita pelos magistrados por analogia *in bonam partem* ao artigo 128, inciso I, do Código Penal, que aduz que não será punido o aborto praticado por médico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante. Esta fundamentação mostrou-se ser a predominante entre os Desembargadores das Câmaras Criminais do TJRS, como foi possível averiguar no capítulo anterior.

O aborto necessário, também chamado de terapêutico, é aquele em que a vida da mãe corre risco e está abarcado pelo dispositivo retromencionado, constituindo autêntico estado de necessidade⁷⁴. Não se trata propriamente da hipótese da gestação de feto anencefálico, que não coloca necessariamente em perigo a vida da gestante, mas têm entendido os magistrados que sustentam a posição ora analisada ser necessário proteger a saúde da gestante como um todo, tanto a física quanto a psíquica. Justamente por isso, entendem ser cabível aplicar tal causa de justificação por analogia, uma vez que a antecipação do parto visa a preservar a integridade da genitora, sendo desumano obrigá-la a levar a gestação de um feto fadado à morte até o seu fim.

Consoante supramencionado, o instituto da analogia é defeso no Direito Penal, em face do princípio da legalidade. No entanto, esta vedação decorre da garantia do cidadão contra a arbitrariedade do Estado, razão pela qual toda norma punitiva deve emanar da lei, não sendo aceitos outros institutos jurídicos que venham a criminalizar condutas e a lhes impor penas. A *analogia in bonam partem*, isto é, de interpretação favorável ao réu, é, contudo, amplamente admitida em nosso sistema. Esta concepção está firmada na sistemática penalista desde há muito. Na primeira metade do século passado, o Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, reunido em Paris, em 1937, declarou que “A exclusão do método

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, pp. 495-496.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial, volume 2 – 5ª ed. rev. e atual.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 169.

análogo diz respeito apenas aos textos que contêm incriminações, que determinam penas ou que prevêm as causas de agravação das mesmas”⁷⁵. Ainda, Ruy da Costa Antunes leciona, citando Manzini, que existe no âmbito penal uma analogia lícita e uma proibida. Aduz o jurista sobre a vedação da analogia no âmbito penal, que pelas leis de Direito Penal devemos compreender todas as leis penais propriamente ditas, entendendo-se como tais tão somente as que definem delitos e prevêm sanções. Desta forma, a analogia é permitida para todas as normas de Direito Penal que não contenham incriminações, sanções e nem importem em restrições de direitos individuais⁷⁶. Hodiernamente, valiosa é a lição de Celso Delmanto sobre o tema:

O emprego da analogia *in bonam partem*, isto é, em favor da liberdade do cidadão, ao contrário do que sucede com a analogia *in malam partem*, não é só plenamente admitido em matéria penal, mas também inafastável em decorrência do princípio geral do *favor libertatis*.⁷⁷

A analogia em favor do réu é respaldada por nossa doutrina e por nosso sistema jurídico, como é possível identificar. Consoante este entendimento, estaria a gestante de feto anencefálico contemplada pelo tipo permissivo do aborto terapêutico, que, conforme já dito, constitui causa justificante por estado de necessidade. Resta averiguar se, de fato, se fazem presentes as características de tal excludente da ilicitude para considerar a anencefalia de neonatos como tal.

Por estado de necessidade, deve-se entender como a situação de perigo atual, para interesses legítimos, que só pode ser afastada por meio da lesão de interesses de outrem, igualmente legítimos⁷⁸. Há grande discussão doutrinária, por influência do direito alemão, sobre a diferença entre o estado de necessidade justificante, excludente da ilicitude, e o estado de necessidade exculpante, excludente da culpabilidade. Enquanto aquele se nortearia pelo princípio da ponderação de bens, em que o de menor valor poderia ser sacrificado pelo maior, este segundo tratava das causas em que haveria colisão entre bens igualmente valorados ou de casos em que se sacrificava o bem de maior valor em prol do menor⁷⁹. Contudo, nosso Código Penal tratou de adotar a teoria unitária do estado

⁷⁵ ANTUNES, Ruy da Costa. *Da analogia no direito penal*. 1947, pp. 51-52.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 52-53.

⁷⁷ DELMANTO, Celso. *Op. Cit.*, p. 79.

⁷⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, p. 175.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 175-181.

de necessidade, como se depreende da redação dos artigos 23, inciso I, e 24 do Código Penal⁸⁰. Em que pese a positivação desta orientação em nosso sistema legal, Francisco de Assis Toledo admite existir o estado de necessidade exculpante como causa extralegal de exclusão da culpabilidade, em virtude dos casos que exista a desproporcionalidade entre o menor valor preservado e maior o valor sacrificado, sendo, então, ilícita tal conduta⁸¹.

Para restar configurado o estado de necessidade, Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde elencam como requisitos: a existência de perigo atual e inevitável; a não-provocação voluntária do perigo; a inevitabilidade do perigo por outro meio; a inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado; direito próprio ou alheio; o elemento subjetivo da finalidade de salvar o bem do perigo; a ausência de dever legal de enfrentar o perigo⁸². Diante deste panorama, examina-se se cada um dos requisitos se encontra presente no caso de gravidez de feto anencéfalo para justificar o aborto.

O perigo não se refere ao dano propriamente dito, mas é a atualidade do perigo que engloba a iminência de um dano⁸³. É, portanto, perigo, atual e inevitável para toda gestante que, noticiada da enfermidade que acomete sua prole e lhe impede o nascimento com vida ou o normal desenvolvimento humano, vindo a falecer nas primeiras horas após o parto, não deseja, diante de tal cenário, levar a termo sua gravidez. Ademais, a anencefalia, como dito, é enfermidade, não havendo a gestante qualquer responsabilidade sobre a provocação do fato, e sendo inevitável o perigo de sofrimento a ela imposto se não pela recorrência ao adiantamento do parto. Por fim, evidentemente sua finalidade é preservar a integridade de sua saúde física e psíquica, inexistindo dever legal a ela atribuído, uma vez que isto diz respeito à atividade ou função de segurança⁸⁴.

Francisco de Assis Toledo, no entanto, remete à ponderação de bens e deveres no estado de necessidade, a qual usa como exemplo, a preservação da vida da gestante em detrimento do ser que traz em seu ventre⁸⁵. Aqui, reside a grande controvérsia da questão da anencefalia, pois, segundo os argumentos

⁸⁰ “Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

⁸¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, p. 181.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, p. 285.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 289-290.

⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, p. 187.

trazidos pelos magistrados contrários à autorização da interrupção da gravidez nestes casos, deve preponderar o bem jurídico da vida do feto, que seria maior, do que a escolha da gestante, uma vez que mero sofrimento não constituiria bem de valor suficiente para se sacrificar uma vida humana.

No entanto, cabe destacar que os magistrados que sustentam o aborto anencefálico como causa de justificação, conforme visto no voto da lavra do Desembargador Newton Brasil de Leão, se valem do conceito jurídico de vida humana, considerada como aquele dotado de atividade cerebral, em paralelo com a Lei nº 9.434/97. Desta forma, não haveria falar em vida humana, mas em ser em que resta inviabilizada sua vida extra-uterina, não sendo este tutelado pelo ordenamento jurídico-legal. Assim, constata-se que há suporte normativo aos Desembargadores, dentro deste entendimento, que fundamentaram por autorizar a antecipação de parto de feto anencefálico com base em causa excludente da ilicitude.

De todo modo, ainda que não se coadune à literalidade da lei e que o instituto da analogia *in bonam partem* pareça insuficiente para resolver a questão do aborto de feto anencefálico, a construção jurisprudencial sobre esta causa de justificação é válida da mesma forma. Segundo Assis Toledo,

[...] as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses expressas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal.

Nesse sentido, Nereu José Giacomolli⁸⁶ defende ser o aborto anencefálico, ou eugenésico, como preferiu denominar, uma causa supralegal de exclusão do ilícito. Nessa linha, alude ser possível integrar o critério eugênico ao artigo 128, inciso I, do Código Penal. Além disso, ressalta o jurista que “Não é qualquer anomalia fetal que induz à interrupção da gravidez, mas aquela que inviabiliza a vida extra-uterina”. Conclui que a interrupção da gestação de um feto acometido de acrania é lícita, porque, no caso de uma gravidez sem possibilidade de êxito, pode-se causar risco potencial e grave comprometimento psicológico da

⁸⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. Cit.*, p. 490

gestante, sendo desumano e cruel comprometer sua saúde física e mental, que também é um direito constitucional desta.

Importa destacar que o jurista supramencionado é também Desembargador da Terceira Câmara Criminal do TJRS e julgou monocraticamente o processo nº 70040663163. Da presente análise, foi possível vislumbrar que esta Câmara já apresenta entendimento consolidado de que a anencefalia fetal é causa de justificação do aborto, de modo que suas duas últimas decisões sobre o tema foram monocráticas.

Ademais, vê-se que este foi o sustentáculo de mais da metade dos processos analisados, não tendo a Terceira Câmara Criminal concedido alvará para interrupção da gestação somente em um dos casos, porque não fora devidamente comprovada a inviabilidade da vida extra-uterina do feto.

2.4 CULPABILIDADE

A concepção histórica do distrito da culpa – aqui diferenciada do tipo culposo, visto antes –, de uma perspectiva sociológica ampla, consiste na atribuição censurável, a alguém, da responsabilidade por determinado fato ou acontecimento⁸⁷. No entanto, quando se trata da culpabilidade jurídico-penal, a questão adquire grande complexidade, a começar pela existência de doutrinadores que não a admitem como elemento do crime, mas como tão somente pressuposto de pena. No entanto, por se tratar do juízo de verificação da culpa do agente, a relação psicológica entre este e o fato ilícito reside na mente do próprio autor, mas será averiguado, na esfera processual, por um julgador, de modo que as avaliações de reprovação feitas por este terão caráter normativo – como se verá adiante –, residindo a culpabilidade em clara elementar do delito, uma vez que este consiste na relação lógica de que só uma ação ou omissão humana pode ser típica, só uma ação ou omissão típica pode ser ilícita e só uma ação ou omissão ilícita pode ser culpável⁸⁸.

⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, p. 216

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, pp. 307-312.

A conceituação dogmática da culpabilidade passa, primeiro e necessariamente, por uma questão principiológica. A compreensão do fenômeno da culpabilidade consiste em atribuir fundamento ao castigo estatal, uma justificação do porquê e para que da pena⁸⁹. Historicamente, o juízo de culpabilidade, no sentido de atribuição da responsabilidade penal ao autor de um fato criminoso, já se deu de maneira simples, objetiva e difusa. Como exemplo, Nilo Batista, vale-se do Código de Hammurabi, da antiga Babilônia, no caso em que um pedreiro que construísse uma casa, vindo esta a desabar e matar seu proprietário, seria aquele também morto como punição. Se o filho do proprietário viesse a falecer no incidente, o filho do pedreiro também sofreria a pena capital⁹⁰.

Com a evolução das ciências criminais, sobretudo da visão sobre sua função garantística e respeitadora dos Direitos Humanos, e o advento do Estado Democrático de Direito, surge o princípio da culpabilidade. Este consiste em averiguar a subjetividade do agente, pois imputar a alguém a responsabilidade por dano ou perigo a um bem jurídico sem constatar, previamente, que exista um vínculo subjetivo com seu autor, ou ainda impor-lhe uma pena baseada meramente na causação do resultado, equivale a rebaixá-lo à condição de “coisa causante”⁹¹. Com a superação do modelo institucionalizado de intimidação pelo Direito Penal, que visava infligir dor e sofrimento aos desviantes, e do instituto da pena enquanto vingança privada, veio aquele a resguardar somente os bens jurídicos lesados por condutas notoriamente relevantes, que afetassem o interesse social. Desta forma, a pena criminal só adquire seu caráter de prevenção se adequarmos o fato criminoso à noção de evitabilidade, consagrando a máxima “*nullum crimen sine culpa*”, ou seja, o fato será tido como criminoso somente se for possível constatar a responsabilidade subjetiva do agente⁹².

O conceito geral de culpabilidade pode ser definido, portanto, como a reprovabilidade do injusto penal (fato típico e ilícito) ao seu autor⁹³. Todavia, este conceito sofreu diversas alterações ao longo da evolução da teoria do delito. Para a escola clássica, a culpabilidade era entendida a partir de um aspecto psicológico, de forma que continha dentre seus elementos o dolo e a culpa. No entanto, com o

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, pp. 307-308.

⁹⁰ BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*, p. 99.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 245.

⁹² TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, pp. 217-219.

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 517.

advento da teoria finalista da ação, tais elementos foram deslocados para a tipicidade, tendo como ápice da teoria da culpabilidade o entendimento desta enquanto reprovabilidade do fato. A partir de tal concepção, foi possível substituir a teoria psicológica da culpabilidade pela teoria normativa – ou seja, axiológica, valorativa. Destarte, Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde elencam como elementos da culpabilidade normativa pura a imputabilidade, a possibilidade de consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de obediência ao Direito⁹⁴. Em classificação um pouco diversa, Eugenio Raúl Zaffaroni subdivide a teoria normativa, enquanto reprovabilidade, em dois pressupostos: possibilidade de compreensão da ilicitude da conduta, e que o âmbito de autodeterminação do sujeito tenha certa amplitude⁹⁵. Desta forma, não chega o jurista argentino a destacar a imputabilidade da teoria normativa, vindo, também, a pressupor a exigência de conformidade ao Direito dentro do próprio âmbito da autodeterminação em confronto à censurabilidade da conduta pela norma proibitiva.

Para todos os efeitos, a imputabilidade diz respeito, chegando a se confundir, com a capacidade de culpabilidade. É a possibilidade de atribuir ao agente a censurabilidade pelo fato ilícito por aquele provocado. Como exemplos de casos de inimputabilidade, da qual vem a excluir a culpabilidade, tem-se aquele que é retardado ou enfermo mental, aquele que está em completo estado de embriaguez por vício em substância entorpecente ou que provoque dependência e o menor de dezoito anos⁹⁶.

No que atine à possibilidade de consciência da ilicitude, é necessário que o agente conheça ou possa conhecer todas as circunstâncias que pertencem ao tipo e sua contrariedade à norma, para que esta seja reprovável⁹⁷. Cabe ressaltar que nosso Código Penal positivou o conceito de imputabilidade (em seus artigos 26 e 27)⁹⁸, bem como enunciou a necessidade de conhecimento sobre a ilicitude do fato

⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, p. 332.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 520-521.

⁹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, pp. 310-311.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, p. 334.

⁹⁸ “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

[...]

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

(artigo 21) e as causas de exclusão da culpabilidade por coação irresistível e obediência hierárquica (artigo 22)⁹⁹.

2.4.1 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Nossa legislação, contudo, é omissa quanto ao conceito trazido pela doutrina de “inexigibilidade por conduta diversa”, extremamente importante para a presente análise. Segundo Bitencourt e Muñoz Conde, valendo-se do ensinamento de Hans Welzel, a configuração da imputabilidade e da possibilidade de conhecimento do injusto caracteriza materialmente a culpabilidade, o que não quer dizer, todavia, que o ordenamento jurídico-penal tenha de fazer a reprovação de culpabilidade¹⁰⁰. A exigibilidade de obediência ao Direito decorre da na própria norma, sendo exigível ao autor do fato censurável que nela se motivasse. No entanto, esta exigibilidade decorre da normalidade das circunstâncias do fato, as quais podem não estar dentro do padrão esperado para o comportamento conforme a norma, sendo exculpado o agente que age de forma ilícita¹⁰¹.

Ainda sobre a inexigibilidade de outra conduta, importante é a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

FREUDENTHAL e seus seguidores inauguraram um posicionamento que tornava possível a concepção da inculpabilidade não limitada pelas causas de exculpação, contidas nos textos legais, mas também abarcando qualquer outra situação fática, em que não fosse possível exigir-se do sujeito a realização de outra conduta. Deste modo, a inexigibilidade de outra conduta passou a ser, praticamente, uma causa supralegal e independente da ausência de culpabilidade¹⁰².

Destarte, o ensinamento de Joe Tennyson Velo segue esta linha, asseverando que a inexigibilidade de conduta diversa adquire *status* de princípio do

⁹⁹ “Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.*, p. 335.

¹⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino. *Op. Cit.*, p. 215

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 565.

Direito Penal, produto da Ciência do Direito¹⁰³. Sustenta o jurista que tal posição decorre do fato do juízo de censura recair sobre elementos personalíssimos, valorando-se a ação sob o ângulo de quem a praticou, se para este agente era exigível que assim não procedesse em conduta ilícita e o porquê de tê-lo feito¹⁰⁴. Ou seja, o ato de censurar uma conduta se vale de uma “consciência jurídica”, associada a uma consciência ética que deve ser buscada no espírito humano, sem o qual seria impossível fazer qualquer consideração acerca de juízos de reprovação moral e, posteriormente, jurídicos¹⁰⁵.

Desta forma, a necessária averiguação de ser exigível do agente que agisse de outra forma consiste não somente em mera análise positivista dos prescritos normativos, mas de forma a integrar o ordenamento jurídico como um todo, principalmente baseado nos direitos fundamentais, aqui referidos pelo autor como a “ética humana”. Contudo, não perde o princípio o seu caráter normativo, visto que é orientador da aplicação da lei penal, não estando autorizados os julgadores a imporem a punição a alguém que, agindo de forma ilícita, não lhe era exigível que agisse de outra maneira¹⁰⁶.

Não é outro o entendimento do jurista italiano Giuseppe Bettiol:

Cabe ao juiz, que exprime o juízo de reprovação, avaliar a gravidade e a seriedade da situação histórica na qual o sujeito age, dentro do espírito do sistema penal, globalmente considerado: sistema que jamais pretende prescindir de um vínculo com a realidade histórica na qual o indivíduo age e de cuja influência sobre a exigibilidade da ação conforme ao direito, o *único* juiz deve ser o magistrado.¹⁰⁷

Importa destacar que a interpretação do juiz sobre a exigibilidade de outra conduta está amparada na legalidade e tão somente nela. No entanto, este pensamento norteador da inexigibilidade de conduta diversa como princípio do direito penal se coaduna perfeitamente com o princípio da intervenção mínima, que orienta para a restrição de uma legislação inadequada e injustamente arbitrária, quando a penalização de condutas deveria se ater a casos estritos e evidentemente

¹⁰³ VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, pp. 69.

¹⁰⁴ Ibidem, pp. 64-65.

¹⁰⁵ Ibidem, Joe Tennyson. *Op. Cit.*, 66-67.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 72.

¹⁰⁷ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale*, 9. ed. Padova: CEDAM, 1976, pp. 466-467 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis, *Op. Cit.*, p. 329.

necessários¹⁰⁸. Isto acaba não se confirmando em certas ocasiões, em que a lei acaba por exigir de um cidadão algo do qual ele não pode cumprir sem sacrificar um direito próprio, de maneira que a própria legislação ataca o que antes vem a proteger: o direito deste cidadão.

2.4.2 A ANENCEFALIA DO FETO COMO CAUSA SUPRALEGAL EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO DELITO DE ABORTO

Destoante das demais decisões, mas mantendo a tendência de afastar o caráter criminoso da conduta do aborto de fetos anencefálicos, a Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos decidiu, nos processos em que foi relatora, por autorizar a interrupção da gravidez naqueles casos com base na inexigibilidade de conduta diversa da gestante, sendo esta uma causa suprallegal de exclusão da culpabilidade.

Com as considerações acima apresentadas acerca da culpabilidade, vê-se que a fundamentação da Desembargadora Elba Nicolli Bastos encontra grande amparo na doutrina nacional. O entendimento adotado é de que é inexigível da gestante que continue com a gravidez que lhe causa sofrimento por saber ser certa a morte do filho, devendo se submeter, ainda assim, a todo procedimento cauteloso de uma gestação. Não haveria, pois, motivos para não autorizar o procedimento terapêutico de antecipação do parto. Nessa esteira, Marcus Vinicius Boschi defende ser causa de inexigibilidade de conduta diversa o aborto de fetos anencefálicos, questionando: “Há vida a ser protegida? A vida aqui que se pretende proteger é apenas formal, com aparência de vida, pois não passa de um corpo dependente e com a morte batendo a sua porta”. Dessa forma, afirma o jurista que entre os bens jurídicos tutelados, obviamente deve prevalecer a dignidade humana da gestante¹⁰⁹.

Consoante se discorreu acima, a exigibilidade do comportamento conforme a norma não prescinde da normalidade das circunstâncias que permeiam

¹⁰⁸ LUISI, Luiz. *Op. Cit.*, pp. 25-26.

¹⁰⁹ BOSCHI, Marcus Vinicius. *Aborto de anencéfalo: direito, moral e Constituição*, in COSTA, Renata Almeida (Org.) *As ciências criminais em debate*, n.2. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007, pp. 238-239

o fato lesivo ao bem jurídico penalmente tutelado. Neste caso, evidentemente a situação não comporta qualquer padrão de normalidade, uma vez que se trata de gestação em que não há expectativa de vida extra-uterina do feto, sendo a genitora, ciente desta condição meses antes da parturição, obrigada a conviver com este quadro de angústia e sofrimento conjuntamente a todas as dificuldades inerentes a uma gravidez e às dores do parto de um provável natimorto disforme que, caso ainda venha a apresentar respiração e batimentos cardíacos, virá a falecer completamente dentro de poucas horas. Afirmar a anormalidade de tais circunstâncias é um raciocínio meramente apodíctico, uma obviedade gritante.

Da mesma forma, cabe ressaltar que nosso Código Penal data de 1940, tendo sido elaborado na década de trinta, e, passadas mais de sete décadas após a sua edição originária, a redação de muitos de seus dispositivos presentes na Parte Especial permanece inalterada, tornando-se vários de seus artigos objeto de contestação desde o advento da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma que

[...] a vida é dinâmica, e que não só os usos e costumes evoluem, como também, e principalmente, a ciência e a tecnologia, de tal sorte que aquele texto publicado em 1940 deve ser adaptado à realidade atual mediante os métodos de interpretação, dando-se-lhe vida e atualidade para disciplinar as relações sociais deste início de novo milênio¹¹⁰.

Dentro deste irregular cenário, cabe salientar que a exculpação se configura, conforme Bitencourt, pela ausência de reprovabilidade social, pois a ciência médica afirma, com cem por cento de precisão, que não haverá sobrevivência do feto após o parto, não sendo racional imaginar que alguém, mesmo contrário à prática do aborto, sustente a necessidade de punição à gestante que o pratica. Ainda, alude o jurista gaúcho:

A inexigibilidade de conduta diversa, nessa hipótese, deve ser aceita como causa excludente da culpabilidade. Assim, as circunstâncias especiais e complexas que envolvem o fato em exame não podem ser esquecidas. Enfim – na hipótese de anencefalia –, não se pode reprovar o abortamento que a gestante possa pretender, pois, à evidência, outra conduta não se pode exigir de uma aflita e desesperada gestante. Seria social e juridicamente inadmissível, além de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, exigir que a gestante, contra a sua vontade, levasse a termo uma gravidez nessas circunstâncias, pois, como lembra, mais uma vez, o médico

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 173.

Marco Antonio Becker: ‘Todas as mães – afirma esse especialista – têm a feliz expectativa de vestir seu bebê logo após o nascimento; mas a genitora de um anencéfalo sabe que sua será, irremediavelmente, um pequeno caixão’. Por que, então, condená-la a essa angustiante e aterradora espera?¹¹¹

Seguindo neste pensamento, o supramencionado jurista afirma que exigir da gestante de feto anencéfalo que leve a gravidez a termo é submetê-la a tratamento desumano, violando o disposto no artigo 5º, inciso III, da nossa Constituição Federal¹¹². Ademais, a permissão para realizar o aborto anencefálico é apenas uma faculdade conferida à gestante, jamais uma obrigação, em obediência à sua liberdade de crença e à inviolabilidade de seu corpo. Lembra Bitencourt, por fim, que o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, em que se compromete a prevenir e erradicar a violência contra a mulher, além de diversos tratados que versam sobre direitos humanos, em especial aqueles que dizem respeito aos direitos reprodutivos da mulher, como a Conferência de Pequim de 1995, onde a comunidade internacional reconheceu expressamente que o aborto inseguro como um dos mais graves problemas de saúde pública e de violação dos direitos da mulher, tratado no qual os signatários – dentre eles a nação brasileira – comprometem-se a reformar suas leis que punem mulheres que se submeteram a abortos ilegais¹¹³.

Diante de tal exposição, a decisão da magistrada relatora do caso em análise encontra firme sustentação a partir da doutrina. Nessa mesma linha de pensamento, Celso Delmanto¹¹⁴, Luiz Régis Prado¹¹⁵ e Guilherme de Souza Nucci¹¹⁶ - citado na referida decisão – manifestam-se em favor da anencefalia fetal como causa supralegal excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Ademais, a diferenciação feita pela Desembargadora entre a prática de eugenia e o aborto em tais condições também é abraçada pela doutrina. Ensina Cezar Roberto Bitencourt¹¹⁷ que a locução “aborto eugênico”, bastante utilizada por doutrinadores e magistrados para se referir ao caso de anencefalia, tem trazido consigo certa carga emocional negativa, pois a palavra “eugenia” tornou-se um tabu, uma vez que o uso

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 182.

¹¹² *Ibidem*, p. 183.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 183-184.

¹¹⁴ DELMANTO, Celso. *Op. Cit.*, p. 470.

¹¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, p. 117.

¹¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado – 5ª ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 520-521.

¹¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, pp. 175-177.

de tal expressão se tornou sinônimo das deploráveis práticas do governo alemão durante o período do nacional-socialismo. Justamente por isso, esta interpretação tem sido prejudicial ao debate, inviabilizando um exame mais aprofundado e que leve a alguma conclusão mais racional.

Cabe, contudo, uma distinção acerca das práticas abortivas: a primeira modalidade é a “interrupção eugênica da gestação” (IEG) seria o caso do aborto ocorrido em nome de práticas eugênicas, fundamentado em valores racistas, sexistas e étnicos, como nos casos, por exemplo, em que a medicina nazista obrigou mulheres negras, judias e ciganas a abortar em virtude de suas etnias; a segunda consiste na “interrupção terapêutica da gestação” (ITG), que são os casos ocasionados pelo objetivo de preservar a saúde materna, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da mãe; a terceira forma é a “interrupção seletiva da gestação” (ISG), que são os casos de aborto em que os fetos apresentam anomalias graves, interrompendo-se a gravidez pela constatação de que tais lesões o incompatibilizam com a vida extra-uterina – como é o caso da anencefalia –; e a quarta modalidade é a “interrupção voluntária da gestação” (IVG), que são aqueles casos de abortos ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, incluindo-se neste caso tanto a gravidez fruto da relação consensual quanto aquela resultante do estupro¹¹⁸. Como é possível vislumbrar, não se trata propriamente de eugenia, como bem ressaltado pela Desembargadora Elba Nicolli Bastos, pois não se busca aperfeiçoamento de raça ou a eliminação de deficientes, mas tão somente se antecipa o parto por saber que não haverá sobrevivência do feto fora do ventre materno.

Destarte, as decisões dos processos números 70011400355 e 70011918026, ambos de relatoria da Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos, que autorizaram a interrupção da gravidez de feto anencéfalo com fundamento em causa supralegal por inexigibilidade de conduta diversa, encontram forte respaldo em nossa doutrina, sendo, conforme foi possível averiguar, plenamente possíveis em nosso ordenamento jurídico. Este entendimento, além de ir ao encontro dos ensinamentos de diversos penalistas, resta amparado pelos princípios constitucionais norteadores do direito pátrio.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, pp. 175-177.

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Com as considerações apresentadas neste capítulo, é possível afirmar que existe ampla construção doutrinária sobre a temática do aborto anencefálico e que os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul denotam haver grande concordância com aquela. Dentro da concepção fragmentária da teoria do delito, vê-se que há forte respaldo a cada uma das posições que sustentam haver exclusão de um dos elementos do crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, em sua ordem lógico-formal.

Ainda, como explicitado no início do presente trabalho, esta discussão não se atém aos Tribunais de Justiça dos estados-membros da nossa federação, já tendo atingido o Supremo Tribunal Federal, em ação que pende, ainda, de julgamento definitivo. É preciso, portanto, comparar as posições até agora estudadas com os fundamentos apresentados pela argüente da ADPF nº 54-8/DF, bem como os adotados na liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, a qual não foi referendada pelo plenário. Ainda, cabe confrontar tais argumentos com as opiniões divergentes à interrupção da gestação de anencefálicos.

3. O ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS NO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS

3.1 OS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL SOBRE ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS E A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54-8/DF

A pesquisa realizada no presente trabalho permitiu concluir que há forte sustento à pretensão da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde na ação constitucional acerca do aborto de fetos anencéfalos. Conforme se viu no primeiro capítulo, dos 12 (doze) casos em que o mérito da questão foi analisado, 10 (dez) apresentaram-se favoráveis à interrupção da gravidez nestes casos, o que permite afirmar que a jurisprudência parece trilhar um caminho rumo à consolidação do entendimento de que esta modalidade do aborto não constitui crime. Aliás, cabe destacar que a petição inicial da ADPF fez alusão à formação de entendimento jurisprudencial majoritário formado nos tribunais brasileiros, fazendo referência à Apelação-Crime número 70005037072 e ao Mandado de Segurança número 70005577424, julgados pela Egrégia Corte gaúcha e objetos de exame do presente trabalho.

Viu-se no item 2.2 que há firme opinião de parte da doutrina de que sequer aborto constitui a interrupção da gestação de neonatos anencefálicos, tratando-se, na verdade, de adiantamento de parto – ainda que entendimentos contrários também usem esta expressão, sem distingui-la do ato de abortar. De acordo com tal posição, a conduta não se subsume à tipicidade legal, pois não afeta o bem jurídico por esta tutelado. No entanto, conforme já ressaltado, nenhum dos processos sob análise embasou sua decisão no argumento da atipicidade da conduta.

Cabe salientar, contudo, que este foi o principal fundamento para o pedido da argüente da aludida ação constitucional. Segundo se lê da peça inicial¹¹⁹, a CNTS pleiteia a interpretação conforme a constituição dos dispositivos dos artigos

¹¹⁹ Peça anexada ao final do presente trabalho (vide Anexo E).

124, 126, *caput*, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, de modo que se reconheça que o aborto de fetos anencefálicos não se enquadra nestas hipóteses. Tal conceito se baseia no fato de que a morte do feto, por ser certa e inviável a vida extra-uterina, não é objeto do delito de aborto, pois inexiste a hipótese fática para configuração deste tipo penal. Não é, portanto, a gestante ou terceiro que dá causa à morte do feto, decorrendo esta da anomalia supracitada, prescindindo esta ação denexo de causalidade ao resultado típico.

Ademais, destaca-se que o conceito de morte utilizado pela argüente para definir a ausência de vida do feto anencéfalo é a analogia à morte encefálica do artigo 3º da Lei nº 9.434/97. Aqui, vislumbra-se haver consonância com os julgados do Tribunal de Justiça gaúcho, em especial os processos números 70016858235 e 70011400355, detalhadamente examinados nos capítulos I e II do presente trabalho. Em ambos os casos, foi considerada a definição legal de morte encefálica para afirmar o fim da vida humana do feto anencefálico, uma vez que este não apresenta mais atividade cerebral.

Alberto Silva Franco, em minuciosa análise dos aspectos médicos e bioéticos da anencefalia, exposta no item 2.2.3, não concorda com a analogia feita entre a pessoa que adquire o estado vegetativo permanente (EVP) – morte encefálica – e o neonato acometido de anencefalia. Neste ponto, de se averiguar que assiste razão ao jurista paulistano, pois existe uma contradição lógica em afirmar a morte cerebral de um ser que não possui o cérebro, além das destacadas diferenças estabelecidas entre o EVP e a anencefalia. No entanto, o referido doutrinador acertadamente define o aborto do feto anencefálico como conduta atípica, uma vez que este carece do reconhecimento prévio da vida humana intra-uterina, bem jurídico penalmente tutelado, conforme as anteriores considerações feitas neste trabalho.

3.1.1 O ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE NA DOCTRINA E NO PODER JUDICIÁRIO

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde sustenta, em seu pedido na ADPF nº 54-8/DF, a primeira hipótese apresentada: a atipicidade do

aborto anencefálico – além da violação dos direitos fundamentais da gestante da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autonomia da vontade e do direito à saúde. A tese da argüente baseia-se, principalmente, de que não há vida humana viável na gestação de fetos anencéfalos, sendo que a legislação protege o produto da concepção com possibilidade de vida extra-uterina. Assim, não haveria bem jurídico lesado e não se caberia falar em crime, mas tão somente em conduta atípica. Desta forma, obrigar a gestante a levar ao fim esta gravidez implicaria submetê-la a tratamento degradante, quando nossa Carta Magna veda este, bem como limitaria o exercício de sua liberdade e autonomia e criaria empecilho para a manutenção da integridade de sua saúde física e psíquica.

Aqui, vê-se que a pretensão da ADPF nº 54-8/DF encontra forte respaldo doutrinário. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, contudo, não fornece sustentáculo dogmático, em que pese concordar não se tratar de hipótese de aborto criminalizada pela legislação infraconstitucional. De fato, a maioria dos julgados colhidos na pesquisa tratou de considerar o feto anencefálico como ser desprovido de vida humana, ao menos a partir do conceito de que não a possui por não apresentar atividade cerebral. A divergência, contudo, é pequena, pois tais decisões julgaram ser típico o aborto de fetos anencefálicos, mas encararam esta circunstância como excludente de ilicitude, afastando-se, da mesma forma, o caráter criminoso desta conduta, como se viu no item 2.3.

Uma corrente minoritária, representada pelos julgamentos relatados pela Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos, considerou o aborto anencefálico como fato típico e ilícito, visto que, em seu entendimento, não é esta hipótese abarcada pelos tipos permissivos do artigo 128 do Código Penal. Contudo, a magistrada concedeu alvará de autorização para antecipação terapêutica do parto por entender se tratar de causa supralegal de excludente da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Cabe ressaltar que a distinção feita pela Desembargadora entre esta hipótese e a eugenia, examinada minuciosamente no item 2.4, também foi levantada na petição inicial da ADPF nº 54-8/DF.

Importa destacar que há diversas questões formais nesta ação que são objeto de controvérsia, como o cabimento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental para a demanda em questão, além de outros aspectos como a legitimidade da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para propô-la. No entanto, para não perder o foco do presente trabalho, não se entrará nestes

quesitos formais, que mereceriam uma análise mais minuciosa e precisa, atendo-se ao mérito da questão. Cabe, contudo, salientar que há uma questão formal, que terá reflexo no contexto do presente trabalho, que é a questão da interpretação conforme a Constituição, a qual será trabalhada mais adiante.

As argumentações dos magistrados e da argüente da ação constitucional mostram-se semelhantes em diversos pontos, ainda que em seu todo apresentem pequena discordância quanto a questões mais específicas, à luz da teoria do delito. A convergência, porém, se dá no plano dos direitos fundamentais. Tanto os Desembargadores que votaram pela autorização da interrupção da gravidez quanto a CNTS afirmaram que a obrigação de levar a termo a gestação de fetos anencefálicos lesa ou ameaça lesar garantias constitucionais da gestante, quais sejam a liberdade, o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana.

Os julgados que apresentaram o entendimento consolidado de que a anencefalia exclui a ilicitude do aborto por analogia *in bonam partem* consideraram que a gravidez nestas condições coloca em risco a saúde da mãe, que merece ser protegida em plano amplo, não se compreendendo nela tão somente a sanidade física, mas também a psíquica. Quanto aos processos que afastaram a culpabilidade, por ser inexigível o cumprimento conforme a norma por parte da gestante, este fundamento reflete a proteção à liberdade desta, da autonomia de sua vontade. Além disso, todos os votos favoráveis à antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos ressaltaram que entendimento contrário a este atacaria a dignidade humana da gestante, ressaltando o sofrimento desumano que se estaria impondo sobre a mulher nesse caso.

Nessa esteira, o Ministro Marco Aurélio de Mello, em consonância a este entendimento, proferiu, dentro de sua decisão liminar na ADPF nº 54-8/DF:

[...]

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de

uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretanto, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivência, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação. [...]¹²⁰

No que atine aos direitos fundamentais em questão, que estariam sendo violados no caso de se considerar crime o aborto anencefálico, cabem algumas considerações.

A antecipação terapêutica do parto é tida como medida de proteção à saúde da gestante. Cabe lembrar que o direito à saúde é consagrado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, sendo elevado à categoria de direito social fundamental. Da mesma forma, o artigo 196 da nossa Carta Magna dispõe que

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

Destarte, Germano Schwartz, em artigo sobre a relação existente entre o direito à saúde e o aborto humanitário (gravidez decorrente de estupro), ressalta que o direito da saúde psíquica da mulher, neste caso em específico, prevalece sobre

¹²⁰ Decisão liminar do Min. Marco Aurélio de Mello, transcrita no relatório da ADPF nº 54-8/DF. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=484300>. Acesso em: 28 de março de 2011, pp. 34-35.

qualquer conflito de bens que possa existir. Isto porque não se pode obrigar a mulher a cuidar da prole concebida a partir da violação de sua liberdade sexual, o que, de maneira oposta, equivaleria a negar-lhe a emancipação enquanto indivíduo, elemento central das sociedades ocidentais iluministas, e a criar uma pena para a vítima, contrariando os princípios e as finalidades do Direito Penal¹²¹.

Em alusão a este entendimento consolidado em nossas doutrina e legislação pátrias, Alberto Silva Franco rebate e critica a impossibilidade do aborto anencefálico em nosso ordenamento. Afirma que,

[...] fica exposta, à plena luz, o farisaísmo com que se lida com a questão do aborto. Aqui, coloca-se em cena a liberdade de autodeterminação da mulher, mesmo que isso signifique a morte de um feto com plena e total viabilidade. No conflito de interesses entre a vida intra-uterina do feto, dotado de todas as potencialidades humanas e o agravo sofrido pela mãe na sua honra e na sua liberdade, dá-se preferência à mulher grávida em detrimento do filho resultante de estupro. O balanceamento dos bens jurídicos em jogo não é, contudo, o mesmo, quando, de um lado, está um embrião ou feto condenados irreversivelmente à morte e de outro, uma gestante seriamente agravada em sua saúde física, psíquica ou social. É manifesto o tratamento desigual e hipócrita que se dá à mulher grávida no caso de anencefalia.¹²²

A prevalência da saúde, da liberdade e da autodeterminação da mulher frente ao direito à vida do feto em formação no caso de estupro é uma decorrência lógica de um Estado Democrático de Direito que tem por fundamento a dignidade do ser humano. Desta forma, é nítido que se deve preservar o tutelado direito à saúde da gestante também no caso da anencefalia, sob pena de se instituir atroz antinomia em nosso ordenamento jurídico. Fato este que se torna incontestável ao se averiguar que não há ponderação de bens jurídicos neste caso, pois, se de um lado há o direito materno, do outro há um feto que, como já se disse, não possui, à luz da bioética, vida humana. Destarte, é relevante destacar a argumentação neste mesmo raciocínio apresentada no processo número 70016858235, pelo Promotor de Justiça Marcelo Ribeiro, que, em semelhante comparação, alegou que o aborto sentimental (humanitário) não visa proteger o direito à vida nem a expectativa de vida, mas a dignidade da gestante. Afirmou ainda o representante do Ministério Público que o

¹²¹ SCHWARTZ, Germano. *Aborto humanitário e o direito à saúde: regulação, governança e autopoiese*, in COSTA, Renata Almeida (Org.) *As ciências criminais em debate*, n.2. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007, pp. 144-145.

¹²² FRANCO, Alberto Silva. *Op. Cit.*, p. 168.

estresse em ambos os casos para a gestante é demasiado grande, sendo desumano obrigá-la a levar a termo uma gestação em que o feto não sobreviverá.

Já quanto a esta constante afirmação sobre a desumanidade de obrigar a gestante a dar à luz o feto anencefálico, verifica-se que há uma posição extremamente forte no que concerne a proteger a dignidade humana da mulher, violada em tais condições. Pode-se dizer que nem toda mãe de um neonato anencéfalo deseja abortar sua prole, o que, de certa forma, pode questionar se não existe relativização sobre o que seria uma violação à dignidade da gestante, reiteradamente afirmada até o presente momento. Contudo, salienta-se que o que está em questão não é somente a capacidade de sofrer ou suportar o sofrimento causado por esta situação, mas o poder de autodeterminação da vontade da gestante que deseja interromper uma gravidez infrutífera. Como ensina o filósofo alemão Immanuel Kant, a autodeterminação é “princípio supremo da moralidade” a expressão e o fundamento da dignidade da pessoa humana, elemento básico do Estado Democrático de Direito e de nosso ordenamento constitucional¹²³.

Para um conceito mais preciso ainda de dignidade da pessoa humana, vale adotar a preciosa lição de José Joaquim Gomes Canotilho, que aduz ser este fundamento da República por acolher a idéia do indivíduo “conformador de si próprio e da sua vida segundo seu próprio projecto espiritual”¹²⁴. Diante das experiências históricas de aniquilação do ser humano, como a inquisição, a escravatura, o nazismo, o stalinismo, entre outros, tratou-se de embasar o Estado, sem transcendências ou metafísicas, no indivíduo, tendo este como fundamento e limite. É, nesta concepção, a República uma organização política que serve o homem, ao invés do homem se submeter ao aparelho burocrático-estatal¹²⁵.

Além disso, o mestre português tece importante consideração acerca deste princípio:

[...] a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva, pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo*

¹²³ WEBER, Thadeu. *Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) Direitos Fundamentais & Justiça / Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, n. 9.* Porto Alegre: HS Editora, 2009, pp. 234-235

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed.* Coimbra: Editora Coimbra, p. 225.

¹²⁵ Idem.

essencial da República significará, assim, o *contrário* de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos.¹²⁶

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida como uma liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção¹²⁷. A sua base é a autonomia ética do ser humano, de modo que vem ela a ser o próprio limite do exercício desta autonomia¹²⁸.

Nesta linha de raciocínio, é inevitável, à luz de nosso ordenamento jurídico-constitucional, a compreensão de que o aborto anencefálico não pode constituir um crime. A questão transcende a esfera penal, atingindo diretamente os direitos fundamentais da gestante ao fazer recair sobre ela a tutela repressiva do Estado.

3.1.2 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA AUTORIZAÇÃO DO ABORTO ANENCEFÁLICO *VERSUS* INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Viu-se que diversos juízes do primeiro grau, e até mesmo a decisão do Desembargador Ivan Leomar Bruxel, afirmam não ser possível permitir a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, em virtude de não haver expressa autorização legal para tanto. Não assiste razão, contudo, aos que defendem tal posição.

No item 2.2 do capítulo anterior, dissertou-se sobre o princípio da legalidade, sendo possível afirmar que, enquanto elemento constituinte do Estado Democrático de Direito, serve ele, para o cidadão, como uma garantia deste frente àquele, visto que nosso ordenamento jurídico-constitucional consagra, também, como seus pilares básicos a liberdade de expressão, crença e consciência, a autodeterminação da vontade, a proibição da privação de qualquer direito por convicções filosóficas ou políticas, entre outros elementos essenciais para a ordem democrática fundamentada no ser humano como seu princípio e sua finalidade.

Assim, a ausência de previsão legal não pode significar, por si, um óbice à prestação jurisdicional do Estado sobre a pretensão daquele que se vê acuado

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, pp. 225-226.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988 – 9ª ed. rev. e atual.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 39.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 40.

pela ameaça de privação da sua liberdade. A falta de dispositivos específicos sobre questões pontuais, que vivem no ostracismo de nosso sistema legislativo – como é o caso do aborto anencefálico – não impede que estas sejam resolvidas judicialmente com base nas demais fontes de Direito, como, por exemplo, a analogia *in bonam partem*, tratada no item 2.3.2, e nos princípios e regras constitucionais, que hoje gozam não apenas de supremacia formal, mas também de supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico pós-positivista, conferindo força normativa à Constituição Federal¹²⁹. Assim, da mesma forma que não se pode conceber a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico como crime, à luz da moderna teoria do delito e dos princípios constitucionais vigentes, não pode o julgador se omitir de prestar a tutela jurisdicional diante da mera alegação de ausência de previsão legal.

De maneira contrária, porém, afirmou-se que o magistrado não pode afastar o caráter criminoso desta conduta porque estaria criando uma terceira modalidade de não-punibilidade do aborto, invadindo a esfera do poder legislativo. Nesse sentido, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Laurita Vaz proferiu decisão em ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de neonato anencéfalo:

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o *writ* se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.

2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, in CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.) *Direito constitucional: teoria geral da constituição (Coleção doutrinas essenciais, v.1)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 186-187.

hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.”¹³⁰

A interpretação dada a esta questão pela Ministra supramencionada é, todavia, errônea. Conforme se depreende das lições acima expostas, o aborto anencefálico prescinde de concreta lesividade sobre o bem jurídico penalmente tutelado – vida humana –, sendo possível, ainda que considerada típica esta conduta, excluir sua ilicitude ou afastar a culpabilidade, em face da inexigibilidade de outra conduta no caso concreto. Como afirma a própria Ministra, o juiz é intérprete da lei, o que significa que se exige dele a compreensão sistemática do direito à luz de todo ordenamento jurídico. Estaria correta a alegação da magistrada acaso algum julgador afirmasse que o aborto não é mais crime no Brasil, o que não é a hipótese.

Exatamente nesta linha de raciocínio, a argüente da ADPF nº 54-8/DF solicitou a interpretação conforme a Constituição dos tipos criminais do aborto ao Supremo Tribunal Federal – a quem compete a guarda da Constituição Federal e a interpretação das normas infraconstitucionais à luz daquela. Sobre o princípio da interpretação conforme a Constituição, ensina Luís Roberto Barroso que esta é a escolha de uma interpretação possível da norma legal que a mantenha em harmonia com a Carta Magna, além de excluir outras linhas interpretativas contrastantes com esta. Por conseqüência, este princípio “não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade, pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”¹³¹.

¹³⁰ STJ. HC nº 32.159/-RJ, 5ª TURMA, Relatora: Ministra Laurita Vaz, DJU de 22/03/04, p. 339.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* – 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 188-189.

Destarte, não quer a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde que o STF crie novo dispositivo normativo, extravasando sua competência. O pleito é tão somente para reconhecer que a aplicação correta da norma, à luz da Constituição Federal, é a de não reconhecer a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico como conduta criminosa, da mesma forma que têm se manifestado, em sua ampla maioria, os magistrados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Contudo, a argüente requer seja declarada como atípica aquela conduta, não ingressando no plano da ilicitude e da culpabilidade, como têm feito os magistrados do TJRS, pleito esse que analisado mais adiante.

3.2 UMA FORMA DE VIDA HUMANA? CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS ACERCA DO ABORTO ANENCEFÁLICO

3.2.1 A DIVERGÊNCIA SOBRE A VIDA DO FETO ANENCÉFALO

A partir de todo o estudo exposto ao longo do presente trabalho, a primeira conclusão que se pôde chegar é de que o aborto anencefálico não constitui crime. Só poderá tal conduta ser delitiva, no entanto, diante do entendimento de que o feto anencefálico possui vida humana e, diante da inviolabilidade desta, é digno da tutela penal do Estado.

Foi justamente esta visão acerca da anencefalia fetal o ponto central do voto vencedor do Desembargador Ivan Leomar Bruxel, no processo número 70020596730. Primeiramente, não admite o magistrado ser necessariamente verdadeira a alegação de que a gestante de feto anencéfalo sofre abalo psíquico diante desta situação, embasando esta idéia em um texto do sítio eletrônico “providafamilia.org” sobre a denominada “Síndrome Pós-Aborto”, em que se conclui que as maiores vitimadas pelo aborto são as próprias mulheres grávidas que o praticaram. Em seguida, o Desembargador compara os fetos anencefálicos aos incapazes, reiterando seu posicionamento de que aqueles merecem tanta proteção jurídica quanto estes.

No mesmo sentido, na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54-8/DF, o Ministro Cezar Peluso proferiu em seu voto:

Não me convence o argumento de que o feto anencéfalo seja um condenado à morte. Todos o somos, todos nascemos para morrer. A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas. Esta é a razão jurídica fundamental por que não apenas as normas infraconstitucionais, mas também a Constituição tutela a vida, porque, no instante em que, independentemente da classificação nosológica que se pudesse emprestar ao feto anencéfalo, o transformássemos em objeto do poder de disposição alheia, esta vida se tornaria coisa (*res*) porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito.¹³²

Na seqüência, o Ministro da Suprema Corte alega que a pretensão da demandante não merece maior exigência de proteção do que o bem jurídico ofendido do feto anencefálico. Não seria, para ele, a integridade física da gestante que mediria o grau de ofensividade à sua dignidade. Ressaltou o magistrado:

A integridade física e biológica da vida intra-uterina também está em jogo. Depois, o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento. E o que o sistema jurídico não tolera não é o sofrimento em si, porque seria despropósito que o sistema jurídico tivesse a absurda pretensão de erradicar da experiência humana as fontes de sofrimento. Nem quero discorrer sobre o aspecto moral e ético – não me interessa – de como o sofrimento pode, em certas circunstâncias, até engrandecer pessoas, pois isso não releva à discussão do caso. Só quero lembrar que o sistema jurídico repudia, em relação ao sofrimento, apenas os atos injustos que o causem. O sofrimento provindo da prática de um ato antijurídico, esse não pode ser admitido pela ordem normativa. Mas não é esse o caso de eventual sofrimento materno, ou pelo menos não é regra.¹³³

Contudo, necessário se faz ponderar o sentido atribuído pelos julgadores ora referidos à vida humana. José Afonso da Silva, ao discorrer sobre o Direito à Vida, assevera que a vida protegida pela Constituição é, de fato, a vida humana. Mas não é qualquer forma de vida que compõe a vida humana, pois, ao tentar definir o conceito amplo de vida, adentrar-se-ia no plano metafísico, o que não atingiria qualquer objetivo. A vida humana, para o referido jurista, é aquela que define que

¹³² Excertos do voto do Min. Cezar Peluso na ADPF nº 54-8/DF. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=484300>. Acesso em: 28 de março de 2011, p. 94.

¹³³ *Ibidem*, pp. 95-96.

um indivíduo é mais do que somente isto, sendo também uma pessoa, a qual possui, além dos caracteres de indivíduo biológico, unidade, identidade e continuidade substanciais¹³⁴. Valendo-se das lições de Recasén Siches, o constitucionalista supramencionado ressalta que a vida humana é a intimidade conosco mesmo, é saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo¹³⁵. Consiste na compreensão de si, na coexistência do eu com um mundo, de um mundo com o eu, como elementos inseparáveis, indissociáveis, correlativos¹³⁶.

Vislumbra-se que o constitucionalismo brasileiro adota uma concepção notoriamente existencialista da vida humana. Não à toa que nossa Carta Magna visa proteger, como consequência do direito à vida, o direito à existência, à integridade física e moral, à privacidade e à dignidade humana¹³⁷. Mas retorna-se à questão principal: o feto anencéfalo é titular desses direitos, a ponto de fazer recair as penalidades legais sobre quem supostamente priva-o daqueles? Infelizmente, a discussão retorna para um plano que vai além da metafísica, não tendo o presente trabalho a pretensão de responder a este questionamento. O que se quer dizer é que a criminalização do aborto anencefálico é justamente uma resposta àquela pergunta, e uma resposta institucionalizada, imposta pelo Estado e oponível a todos os cidadãos. Cabe questionar se é possível o Poder Judiciário assim proceder, quando interpreta desta maneira a legislação penal.

No julgamento supracitado do Desembargador Bruxel, este transcreveu voto do Desembargador Ranolfo Vieira em outra apelação criminal que tratava de autorização para interrupção da gestação de feto anencefálico, no qual discordava do relator, que concedia alvará, alegando que “descabe ao Poder Judiciário autorizar matar alguém”. Aqui, claramente vê-se a atribuição de vida humana ao feto anencefálico, chegando o julgador a equipará-lo a qualquer outro ser humano. Contudo, cabe ressaltar que “matar alguém” é especificamente a descrição típica do crime de homicídio, no qual o sujeito passivo é “qualquer ser humano vivo nascido de mulher”¹³⁸. No mesmo processo, o transcrito parecer do Procurador de Justiça Sérgio Guimarães Britto, afirma que se o feto nasce respirando, tem vida, valendo-

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo – 32ª ed. rev. e atual.* São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp.197.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 198.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ PIERANGELLI, José Henrique. *Op. Cit.*, pp. 24-25.

se do conceito dado pela doutrina civil ao nascimento com vida¹³⁹. Em contrapartida, o Ministro Carlos Ayres Britto considerou, em debate realizado no Plenário, no julgamento da ADPF nº 54-8/DF, que a gestante do feto anencefálico possui dentro de si algo, mas “algo que jamais será alguém”¹⁴⁰. É flagrante a divergência existente acerca da vida humana do feto anencefálico.

3.2.2 A VIDA HUMANA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA FILOSÓFICA

Os estudos da bioética sobre a matéria em exame, conforme visto no item 2.1 deste trabalho, embasam cientificamente a conclusão de que os elementos vitais do feto anencefálico não chegam ao ponto de constituir vida humana. Em que pese a respeitabilidade que merecem tais apontamentos, a Ciência do Direito não tem o condão de se subsumir à ciência técnica, razão pela qual a questão da anencefalia merece, ainda, considerações filosóficas.

Segundo Hannah Arendt, a concepção de que a vida se afirmou como bem supremo para a sociedade moderna se deve à inversão de posições ocorrida dentro da textura de uma sociedade cristã, cuja crença fundamental na sacralidade da vida sobreviveu à secularização e ao declínio da fé cristã. Essa inversão moderna irrompeu com o ideal do mundo antigo ao atribuir imortalidade à vida humana, que, interrompida no mundo terreno, sobrevive no plano espiritual¹⁴¹. A vida como um bem sagrado, contudo, impõe a obrigação de permanecer vivo, razão pela qual o Cristianismo chegou, em determinadas épocas, a considerar o suicídio um crime mais grave do que o homicídio¹⁴². Destarte, o ensinamento da filósofa alemã permite compreender que a concepção da vida como bem supremo, que exige toda e qualquer proteção a qualquer forma de vida de um ser humanóide, tem embasamento em preceitos religiosos.

¹³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral – 5ª ed. rev.e atual.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 77.

¹⁴⁰ Min. Carlos Ayres Britto, no seu Voto-Vista na ADPF nº 54-8/DF. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=484300>. Acesso em: 28 de março de 2011, pp., 120-121.

¹⁴¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana – 11ª ed.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, pp. 392-393.

¹⁴² *Ibidem*, p. 394.

No que atine à sacralidade da vida, é possível concluir, portanto, que esta é uma faculdade de todo e qualquer cidadão atribuir à vida humana tal condição, uma vez que a liberdade de crença é protegida pelo nosso ordenamento jurídico. Contudo, Ronald Dworkin nega que o Estado possa “impor uma visão oficial acerca da correta compreensão do significado da sacralidade da vida”¹⁴³. Sustenta o filósofo que o Estado não tem esse poder face o direito constitucional à privacidade – fundamento da decisão *Roe vs. Wade*¹⁴⁴, de 1973, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou inconstitucional a proibição da prática do aborto até o início do terceiro trimestre da gestação –, direito constitucional este também protegido por nosso ordenamento jurídico, conforme afirmado anteriormente. O valor intrínseco atribuído à vida humana deve se dar no plano individual, o que não quer dizer que não se leve em conta o interesse social, em face das relações sociais a que todo homem está submetido, mas isto é uma perspectiva cultural.

Não cabe ao Estado, na visão de Dworkin, assumir uma posição, pois isto seria uma atitude de intolerância às crenças diversas daquela que adotou¹⁴⁵. O pensamento de Ronald Dworkin sobre a dignidade e consideração que o Estado deve dispensar a todos os cidadãos e estes uns aos outros, particularmente na questão do aborto, se resume neste trecho:

Não obstante, temos de insistir em que a tolerância religiosa prevaleça também nesse campo, como teria de prevalecer em outros campos que, no passado, foram objeto de uma preocupação igualmente intensa, e foram considerados suficientemente importantes para motivar não só manifestações de rua, mas também verdadeiras guerras. A tolerância é o preço que temos de pagar pela nossa aventura de liberdade. Nossa Constituição nos obriga a viver numa comunidade em que nenhum grupo é considerado inteligente, espiritual ou numeroso o suficiente para poder decidir pelos outros as questões essencialmente religiosas. E, por fim, se for verdadeiro o nosso respeito pela vida alheia, teremos de admitir também que não pode ser boa a vida que é vivida contra as convicções da pessoa que a vive; que, quando ela não pode aceitar, mas perante os quais ela tem que de se curvar por medo ou prudência, isso não melhora em nada a sua vida, mas a torna pior.¹⁴⁶

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 179.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto eutanásia e liberdades individuais – 2ª ed.* São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 04-06.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade (...)*, 180-181.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 181-182.

Em outro momento, o filósofo estadunidense afirma que não é a simples convicção sobre o feto ser ou não pessoa que está em jogo no debate sobre o aborto – muito mais amplo e complexo do que o caso específico da anencefalia. As convicções apresentadas pelos partidários das posições opostas refletem, necessariamente, outra idéia que também defendem (moral, religiosa, política, etc.), relativa ao valor intrínseco atribuído à vida, incluindo-se, logicamente, o feto¹⁴⁷. E é justamente essa idéia que causa maior ou menor intervenção na autonomia moral do ser humano por parte do Estado. Aqueles que defendem o direito da gestante de decidir pela interrupção da gravidez invocam, necessariamente, ser essa uma questão de princípio, a qual não se submete à decisão majoritária por ser um direito inerente à pessoa que o detém. De outra parte, os partidários da posição contrária ao aborto advogam ser esta uma questão de política, a qual deve ser discutida na esfera público e ser decidida pela regra majoritária, respeitando a igualdade formal que constitui uma democracia. Os direitos morais dos cidadãos devem ser garantidos pelo Estado, sendo acessíveis aos Tribunais, mas não podem estes, em nome da interpretação da lei, suprimir tais direitos¹⁴⁸.

À luz de nosso ordenamento jurídico, a questão do aborto anencefálico encaixa-se na primeira idéia defendida no parágrafo anterior, na distinção de Dworkin. Em um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade humana e reconhece como direitos fundamentais a liberdade de crença e convicção e o direito à privacidade, evidencia-se que a competência para atribuir valor intrínseco à vida do feto anencefálico é da gestante. A discussão, por estar no plano moral, não pode ingressar na esfera política, sob pena de invadir a esfera de autonomia da gestante, garantida pela nossa Lei Maior, de poder aquela decidir que não almeja levar ao fim uma gravidez que lhe impõe sofrimento. A criminalização da antecipação terapêutica do parto, nestes casos, atenta contra os mais básicos princípios da democracia, pois impõe uma visão do Estado sobre uma questão moral, institucionalizando um das posições como a correta, suprimindo e impedindo as demais concepções acerca da existência ou não de vida humana em um feto anencefálico.

Ademais, como se trata de um problema de conteúdo puramente moral, esta questão não pode estar adstrita à formulação de uma lei penal acerca do tema,

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida (...)*, pp. 95-96.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio (...)*. 14-15.

o que acabaria por impor uma única visão moral sobre ela, muito menos da mera interpretação desta legalidade por julgadores, também embasados em princípios morais próprios. Jürgen Habermas ensina que

Se, em sociedades do nosso tipo, a legitimidade deva ser possível através da legalidade, então, a crença na legalidade, que perdeu as certezas colectivas da religião e metafísica, tem necessariamente, de se apoiar na “racionalidade” do direito, de uma forma qualquer.¹⁴⁹

Ainda, o filósofo alemão aduz que os discernimentos morais, em uma sociedade contratualista, devem ser adaptados às decisões racionais, dentro de um modelo de aceitação mútua, que possibilite a coexistência¹⁵⁰.

O que se quer dizer é que, em um Estado democrático que consagra a igualdade de seus cidadãos, restringindo qualquer supressão de direitos por convicções morais ou religiosas, a única possibilidade de resolver um confronto que se situa tão somente na esfera metafísica da moral e não interfere na autonomia e nos bens jurídicos de outrem, é dar o maior espaço de liberdade possível para o exercício das ações delineadas pela moral. Silvia Regina Pontes Lopes, em aprofundado estudo sobre a questão da anencefalia, tomando por base as doutrinas de Hannah Arendt e Jürgen Habermas, leciona que a articulação que pretende se dar em torno deste debate sobre qual o valor supremo a ser protegido impede uma reconstrução normativa pautada numa ética democrática embasada na solidariedade, pois absolutiza valores, aproximando-se de uma ética irreflexiva, voltada para a contemplação de um suposto “melhor”, a ser tutelado a qualquer custo pelo ordenamento jurídico¹⁵¹.

Desta forma, não é outra a sua conclusão senão a necessidade de remeter-se

[...] à idéia de uma responsabilidade pública alicerçada numa consciência da pluralidade, que possibilita a diversidade de visões de mundo e de projetos de vida individuais inerente a uma sociedade complexa e democrática. Orientando-se pela idéia de solidariedade no debate público, a noção de responsabilidade política aplica-se ao discurso público em geral, nos quais se inserem as discussões jurídica e estritamente política. Nessas esferas discursivas, tanto a “sacralização”, quanto a “coisificação” do aborto de feto anencéfalo,

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget Editora, 1992, pp. 53-54

¹⁵⁰ Ibidem, pp. 56-57.

¹⁵¹ LOPES, Silvia Regina Pontes. *Vida humana e esfera pública: Contribuições de Hannah Arendt e Jürgen Habermas para a questão da anencefalia fetal no Brasil*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008, p. 164.

empreendidas por argumentos apaixonados de opositores e partidários, desconsideram o fato de que a legitimidade institucional da referida prática transcende a mera questão dual de se ser pura e simplesmente contra ou a favor do aborto.

A proteção constitucional da vida, embora se afigure um instrumento retórico forte, mostra-se, se apartada do reconhecimento da pluralidade semântica do termo, pouco consistente. A legitimidade jurídico-política de um discurso que se pretende universal, democrático e incluyente não deve assentar-se exclusivamente em compreensões individuais acerca do início e do fim da vida, norteadas que são por concepções de ordem ética, moral ou religiosa particulares. A tortuosidade da questão reside na inviabilidade de alcance, através do mero exercício de um debate público e da forma do melhor argumento, de uma visão compartilhada acerca do tema. A irrealidade do mencionado desfecho conduz à distinção entre o sentido particular, muitas vezes transcendental e sagrado da vida, do conceito publicamente formado de vida juridicamente tutelável.

A afirmação pública da solidariedade social expressa-se no reconhecimento à gestante do direito à opção pela interrupção ou pela continuação da gravidez, possibilitando-lhe a afirmação de uma visão própria de mundo e de seu projeto de vida individual. A interpretação dessa forma de vida – se se trata de pessoa de saúde seriamente comprometida ou de simples funcionamento biológico – deve ser deixado a cargo da mãe. A ela cabe enfrentar o ciclo de gestação imersa em intensos conflitos emocionais, além do constante risco à sua própria incolumidade física, ao qual se segue, na imensa maioria dos casos, a morte intra-uterina do produto da concepção.¹⁵²

Uma conclusão diferente desta levaria a uma ausência de integridade jurídica, já que o direito brasileiro, por justificativas semelhantes, tutela, naquelas hipóteses permissivas de aborto, a dignidade física e mental da gestante em detrimento do desenvolvimento biológico do feto¹⁵³.

3.2.3 O DIREITO À AUTONOMIA MORAL DA GESTANTE

O processo número 70037166238, o quarto a ser relatado no item 1.2, retrata perfeitamente este quadro. Trata-se do caso de uma gestante de feto anencefálico que conseguiu perante o Poder Judiciário alvará de autorização para interrupção da gravidez. No entanto, com o passar da gestação, aflorou-lhe o sentimento materno, apegando-se ao produto da concepção, e optou por levar a

¹⁵² LOPES, Silvia Regina Pontes. *Op. Cit.*, pp. 190-191.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 191

termo sua gravidez. Nesta condição, forçá-la a antecipar o parto contra a sua vontade constituiria uma prática abominável e desumana, implicando em violação contra o seu corpo. Ademais, em que pese ter uma instituição religiosa impetrado ordem de *habeas corpus* em favor do feto anencefálico, o mérito foi tido por prejudicado, ante a opção da gestante ao parto. O que o Poder Judiciário fez, efetiva e ilustradamente neste caso, foi efetivar o exercício da autonomia e da liberdade desta mãe, conforme devidamente analisado ao longo deste trabalho.

No acórdão número 70020596730, o Desembargador Ivan Leomar Bruxel afirmou que autorizar a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo seria afirmar que vale a vontade individual (do réu) para o caso concreto, sendo este um “precedente perigoso”, pois teria que se admitir o mesmo raciocínio para os demais casos. Esta afirmação, contudo, não é verdadeira. Conforme visto acima, o Estado Democrático de Direito é o titular da persecução penal, tendo seu poder limitado frente aos princípios constitucionais e gerais do Direito Penal, para que intervenha tão somente quando uma conduta socialmente lesiva – típica, ilícita e culpável – exige-lhe a ação para tutelar um bem jurídico ofendido. É, portanto, o exercício da coerção punitiva a *ultima ratio* (última razão) do Estado, justamente porque este garante a todos os seus cidadãos a liberdade – compreendendo-se nela a de locomoção, de expressão, de convicção, de crença –, entre todos os demais direitos fundamentais, uma vez que tem a dignidade da pessoa humana como seu mais significativo fundamento.

Ao contrário da idéia exposta pelo magistrado, por se tratar de um debate que reside tão somente no plano moral e religioso, como já visto, a afirmação de que a antecipação terapêutica de feto anencefálico constitui crime de aborto significaria impossibilitar o exercício da gestante de sua livre convicção, impondo-lhe desnecessário sofrimento, ferindo-lhe a ampla proteção de sua saúde, limitando sua autonomia e, portanto, atingindo-lhe a dignidade. A vontade individual da gestante não estaria se sobrepondo ao Direito, mas o entendimento contrário faz com o que o julgador acabe por adotar, para o Estado, uma única visão moral sobre uma questão que admite pluralidades, diferente do que ocorre nos fatos que, efetivamente, constituem crimes.

Da mesma maneira, seria incabível admitir a fundamentação do Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADPF nº 54-8/DF como forma de obstaculizar a antecipação terapêutica do parto na gestação de anencéfalos. Isto porque é notório

em suas razões, supratranscritas, que atribui caráter absoluto e sagrado à vida humana do feto anencefálico. O mesmo ocorre quanto às considerações feitas acerca do sofrimento materno, ao afirmar que esta, por si só, não fere a dignidade daquela, sendo impossível, e até descabido, o Estado erradicar tal experiência humana. Quanto a esta última afirmação não há qualquer discordância, mas questiona-se se pode o Estado impor tal sofrimento, tendo em vista que a conduta pela qual a gestante poderia evitá-lo é por aquele criminalizada. É diante de tal realidade que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde equipara à tortura – prática efusivamente repudiada por nosso ordenamento jurídico – tal tratamento dispensado pelo Estado às gestantes de fetos anencéfalos.

Acerca dos argumentos apresentados pelo Ministro Peluso, Alberto Silva Franco teceu fortes críticas àqueles. Nesse sentido, afirmou que entender que o dano psíquico sofrido pela gestante de feto anencefálico não merece atenção porque nenhum ser humano está isento de sofrer e que o sofrimento é inerente à condição humana, o qual, ao invés de degradá-la, a engrandece, constitui, sem dúvida alguma, uma postura religiosa digna de consideração, mas que, por esta condição, não pode ser tratada como regra, pois suportar o sofrimento como causa de engrandecer o ser humano tem incontestável conotação cristã¹⁵⁴. Ademais o ato de obrigar uma mulher a manter a gestação sob tal condição é um ato de sofrimento involuntário que o Estado lhe provoca, pois o sofrimento com o processo gestacional só será voluntário pelas gestantes que não desejarem interromper a gravidez¹⁵⁵.

Ainda, alude o supramencionado jurista que, em um Estado Social e Democrático de Direito, de caráter laico, com compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana, com a cidadania e com o pluralismo político – assim como é nossa República –, não há razão que justifique a confusão entre questões jurídicas com questões morais¹⁵⁶. A corroborar este pensamento, vale-se o doutrinador da citação do jurista Luigi Ferrajoli:

O Direito não é – não deve ser, pois a razão jurídica não o permite, nem a razão moral o pretende – um instrumento de reforço da moral. O seu objetivo não é o de oferecer um braço armado à moral, ou melhor, dada a existência de várias concepções morais na sociedade, a uma determinada moral. O Direito tem o dever, diferente e mais limitado, de assegurar a paz e a convivência civil,

¹⁵⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Op. Cit.*, p. 161-162.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 162.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 159.

impedindo os danos que uma pessoas podem causar às outras – ne cives ad arma veniant – sem lhes impor sacrifícios inúteis ou insustentáveis”¹⁵⁷

Ainda, no julgamento relatado pelo Desembargador Bruxel retromencionado, afirmou-se que “[...] é autorizada a manutenção mecânica da vida, para extração de órgãos destinados a transplantes, mas ainda não é autorizada a antecipação de parto, para antecipar a morte”. Esta asserção denota posicionamento igualmente criticado por Alberto Silva Franco, entendendo este que não encontra qualquer fundamento ético tal posição, pois “coisifica o corpo da mulher”¹⁵⁸. Isto implicaria em claro atentado contra a autonomia e a dignidade da gestante, pois seria penalizá-la com a manutenção da gravidez, convertendo o dever de gestação no dever de dar à luz um filho para sepultá-lo.

Assevera Luigi Ferrajoli, nesta linha de pensamento, que se deve observar o

[...] primeiro e fundamental princípio da ética laica contemporânea: aquele com base no qual nenhuma pessoa pode ser tratada como coisa, pelo que qualquer decisão heterônoma, justificada por interesses alheios aos da mulher, eqüivale a uma lesão do imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como *meio* para fins a si alheios, mas apenas como fim de si mesma.¹⁵⁹

É diante das diversas considerações expostas que se permite afirmar a impossibilidade de criminalizar a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. A conclusão de que é direito da gestante submeter-se a tal procedimento implica em afirmar que a conduta do aborto anencefálico é atípica, pois a vida humana juridicamente tutelada na Constituição Federal não se subsume a qualquer conceito de vida que se possa lhe atribuir, não podendo de qualquer modo o estado ser o titular desta incumbência (atribuir qual o correto conceito de vida), devendo este tão somente tutelar a vida da pessoa humana, dotada de caráter unitário, identidade e titular dos direitos fundamentais que lhe são garantidos.

Desconsiderar a faculdade das mulheres grávidas de anencefálicos a interromper a gestação significa impor-lhe mais sofrimento do que a própria natureza já lhe causou. Conforme já ressaltado, ao Direito Penal cabe a intervenção última,

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *A questão do embrião entre direito e moral*. Revista do Ministério Público, Lisboa, n. 94, abril/junho 2003, p. 22 *apud* FRANCO, Alberto Silva. *Op. Cit.*, 159-160

¹⁵⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Op. Cit.*, p. 158.

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A questão (...) apud* FRANCO, Alberto Silva. *Op. Cit.*, 159.

mínima e estritamente necessária quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade¹⁶⁰. E tal intervenção só será legítima, em um Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, se a pena reconhecer também aos condenados esse caráter¹⁶¹.

Não há como vislumbrar que uma sanção imposta a uma gestante que não desejou levar a termo o parto de um filho que jamais poderá criar – seja aquela restritiva de direitos ou, em medida mais odiosa, privativa de liberdade – venha a cumprir os objetivos de um Direito Penal norteado por nossos princípios constitucionais comprometidos com a efetivação dos Direitos Humanos. Neste caso, aniquilar-se-iam a racionalidade e a proporcionalidade exigíveis das penas, além de ir muito mais longe do que o limite da exigência de haver danosidade social a justificar a penalização¹⁶². Ensinava Cesare Beccaria, já no Século XVIII, que

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.¹⁶³

A criminalização do aborto anencefálico é ainda mais temerária ao se fundamentar na “defesa intransigente da vida”, pois se trata de evidente fundamentação de conteúdo moral, religioso, que não dialoga com uma sociedade em que é assegurada a pluralidade e a liberdade de crença. Corre-se o risco, assim, de afirmar que a dignidade da pessoa humana – o fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, voltado para o indivíduo, para o livre exercício da sua vida, em sua condição puramente humana – já não possui tanto valor quanto a crença e a moral de determinados grupos. E, diga-se de passagem, não é porque uma gestante que deseja interromper a gestação de seu filho que não tem expectativa de vida que ela não compartilhe dessa mesma crença, que não acredite em um deus, que não tenha uma moral religiosa. Mas esta mãe, conforme a leitura fria da letra da lei, se vê obrigada a levar até o fim esta gravidez que, lembrando o dito por Bitencourt, ao invés de trazer a alegria de uma nova vida, da chegada de um novo ser, fruto de seu

¹⁶⁰ LUISI, Luiz. *Op. Cit.*, pp. 25-27.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 31-32.

¹⁶² BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*, pp. 95-96.

¹⁶³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas – 4ª ed.* São Paulo: Editora Martin Claret, 2011, p. 20.

ventre, trará somente a dor de ter que fazer constar o óbito daquele natimorto sem nome, pois não será registrado, que um dia ela esperou chamar de filho.

Esta condição faz com que a crença desta gestante, de seus familiares, de todos aqueles que a rodeiam e compartilham da sua própria vivência, valha menos do que a daqueles que sustentam posição contrária nas Cortes tão distantes do chão batido em que vivem a maioria destas gestantes dependentes do Sistema Público de Saúde. Sua autonomia, o livre exercício sobre seu corpo e sua liberdade de concepção moral, é privada. E o é feito da pior maneira, através do aparato jurídico repressivo do Estado, utilizado para afirmar uma fé que não é sua e, caso venha a contrariá-la, será tida pelo sistema como criminosa. Uma delinqüente cujo desvio foi não querer mais sofrer uma das maiores mazelas que a vida já lhe impôs.

Talvez até esteja certa a idéia de que o sofrimento é muitas vezes necessário para o amadurecimento e o engrandecimento das pessoas, como disse o Ministro Cezar Peluso, no julgamento da ADPF nº 54-8/DF. Corretamente, afirmou o magistrado do Excelso Pretório que não existe maneira, e nem poderia, de o Estado fazer suprir todas as amarguras de um de seus cidadãos-membro. Mas, reitera-se, poderia o Estado impor-lhe o sofrimento? A obrigar-lhe a amargurar na carne a frustração da maior de todas as expectativas, a chegada de uma nova vida, antes mesmo de seu início? Certamente que não! Tais palavras do Ministro Peluso refletem um pensamento moral, revestido de fé religiosa, que não podem ser oponíveis a todos os demais membros de um estado pluralista.

Nunca é demais lembrar as palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni, Ministro da Suprema Corte da Argentina e um expoente das Ciências Criminais na América Latina, quando afirma que o Direito Penal “Não pode ser fundado num conhecimento adquirido pela fé”¹⁶⁴. Isto porque o conhecimento que dela provém recorre ao infinito, a partir da experiência do “eu individual” e singular na irrepetibilidade de sua situação no tempo. O sujeito de toda e qualquer ciência, inclusive as jurídicas, deve ser o “eu formal genérico”¹⁶⁵. Ou seja, a ciência baseada na fé jamais terá uma base comum entre dois indivíduos e, ainda que a tenha, não quer dizer que esta foi demonstrável de um para o outro. Ainda, o jurista argentino afirma que “Pretender fundar o direito penal na fé implica pretender impor ao tu o que eu conheço, mas

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 319.

¹⁶⁵ *Idem.*

sem demonstrá-lo, porque não posso fazê-lo, o que acaba sendo apenas um exercício do poder sobre o tu”¹⁶⁶.

Dessa maneira, é temerária a pretensão de trazer a fé como fundamento de uma ciência que tem por objeto de estudo da repressão de condutas lesivas a bens jurídicos de outrem, cujo interesse da sociedade acaba por ser atingido. Isto porque, ao ser questionada, contraposta à realidade fática, a fé não será demonstrável, de modo que quem a defende como elemento que serve de alicerce às instituições criminalizantes verá tal afronta como um ataque à sua própria consciência, sendo ilógico imaginar um deslinde positivo deste caso¹⁶⁷. Assim, fica cada vez mais afastada a resposta racional para a resolução dos conflitos que o corpo social almeja e o Estado Democrático, com base racional-contratualista, exige.

Ainda, o vigente princípio da secularização – separação e neutralidade do Estado perante as igrejas – se agrega ao princípio da igualdade e impede, desde uma perspectiva penal e extra-penal, a diversidade de tratamento entre iguais. No entanto, se coligada ao princípio do pluralismo, a secularização vincula o Estado, em termos normativos, a reconhecer o fato de que os seres humanos são diferentes e, em sendo assim, será ilegítima qualquer discriminação vinculada a essa diversidade¹⁶⁸. É uma relação indicativa de que “igualdade” é um termo normativo que significa que os diferentes devam ser respeitados e tratados como iguais¹⁶⁹.

Em toda esta polêmica questão da anencefalia, é flagrante a desigualdade do tratamento conferido pelo Estado às gestantes. No acórdão relatado pelo Desembargador Bruxel, uma de suas transcrições trazia uma carta publicada pelo Jornal “O Globo”, em 09 de julho de 2004, de uma gestante de feto anencéfalo que discordava da decisão liminar do Ministro Marco Aurélio. Disse ela:

Lamentável o comentário do Ministro Marco Aurélio do STF, afirmando que a gestante convive com a triste realidade do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Fui mãe de uma criança com anencefalia e posso afirmar que durante nove meses de gestação convivi com um ser vivo, que se mexia, que reagia aos estímulos externos como qualquer criança no útero. Afirmo também que não existe dano à integridade moral e psicológica da mãe.

¹⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, 319.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, pp. 12-13.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 13.

É evidente que não é possível afirmar que toda gestante sofre seqüelas psíquicas. Juiz algum é dotado de poder para proferir uma verdade absoluta. No entanto, a criminalização de aborto anencefálico afirma justamente uma “verdade absoluta” e impede que qualquer concepção moral diversa possa se afirmar. Eis a divergência que denota toda a problemática da questão. Em um sistema que penaliza uma conduta que extravasa a base racional de sua justificação, a igualdade fica ferida e a secularização desprezada.

Diante desta percepção sistemática, entende-se porque a conduta da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo deve ser tida por atípica. Trata-se de conduta que não é socialmente inadequada e não lesa bens jurídicos tutelados penalmente, mister se considerarmos as lições sobre a vida juridicamente tutelada, acima expostas, em que se busca dar àquela um sentido axiológico, e não moral-absoluto. É atípico o aborto anencefálico porque não há um bem jurídico perfeitamente definido, ante o pluralismo moral de nossa sociedade, o que não justifica a ingerência da esfera penal estatal. Aliás, a inserção desta no espaço de autonomia da gestante fere, como já se disse, princípios básicos do Estado Democrático de Direito.

A legislação brasileira, guiada por estudos da bioética e atendendo a demandas de saúde pública, permitiu a doação de órgãos e tecidos ao reconhecer a morte daqueles que tiveram cessada sua atividade cerebral, mas não reconhece a ausência de vida naquele que não tem cérebro. A lei penal, por sua vez, permite o aborto no caso de mulher que venha a engravidar de seu estuprador – mesmo sendo perfeitamente viabilizada a vida extra-uterina do feto –, visando a proteção da integridade e da dignidade da gestante, mas não permite que o mesmo procedimento seja adotado quando o feto é inviável. É evidente que o ordenamento jurídico pátrio se mostra incongruente, como afirmou Silvia Pontes Lopes, e que o bem jurídico “vida”, vale reiterar, assume valor axiológico e não sacro, moralmente absoluto.

Assim, a atipicidade da conduta no aborto anencefálico se mostra bastante visível, pois não há sequer certeza de que há lesão a um bem jurídico – a vida humana, no caso – a ponto de justificar a criminalização daquela. A lei penal visa proteger o feto viável, sendo que, mesmo sob tal perspectiva, admite hipóteses em que esta proteção não está acima da tutela de qualquer outro bem – como os casos em que se permite a interrupção da gestação. Aliás, como bem observado por

Cezar Roberto Bitencourt, o aborto no caso de gestação decorrente de estupro se enquadra dentro da hipótese de interrupção voluntária da gravidez, que é justamente aquela em que a decisão ao procedimento terapêutico se encontra na esfera de autonomia da mulher, e não do ordenamento jurídico estatal.

À análise deste aspecto, constata-se que o Estado, ao proibir a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos adota uma posição moral dotada de grande controvérsia. E, como bem afirmam Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, o estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é fruto de uma escolha livre, quando há possibilidade de optar por outra coisa, carecendo de mérito aquele que escolha alguma pode fazer¹⁷⁰. Em lugar de pretender impor uma moral, o estado ético deve reconhecer o âmbito da liberdade moral, possibilitando aos seus cidadãos que tenham disponibilidade da alternativa moral. Como bem ressalta “o direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade, intimamente vinculada à diferença entre consciência jurídica e consciência moral”¹⁷¹.

Em que pese nenhum dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ter sustentado a exclusão tipicidade do crime, é inegável que sua posição se coaduna aos princípios constituintes do Estado Democrático de Direito. Diante do corolário lógico de que só é ilícita uma ação típica e só é culpável uma conduta tipicamente ilícita, é evidente que a compreensão sobre a atipicidade daquela conduta, a partir de todos os apontamentos feitos até aqui, acaba por fornecer diversos elementos que justifiquem a exclusão das outras elementares, quando se entender que aquela é típica.

Por fim, destaca-se que, se o caminho apontado pela doutrina é pela afirmação de que o aborto anencefálico não é crime, ante a exclusão de sua tipicidade, os processos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul permitem apontar que a jurisprudência percorre o mesmo sentido, na afirmação dos direitos fundamentais da gestante. A pretensão da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde na ADFP nº 54-8/DF tem, portanto, forte apoio nestas fontes do Direito para requerer uma interpretação da lei conforme a Constituição, de modo que se entenda que não configura crime a interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

¹⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*, p. 225.

¹⁷¹ *Idem.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exame das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul permitiu averiguar que há, em nossa Corte, a afirmação de que a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos é direito da gestante. Pôde-se vislumbrar que a jurisprudência da última década toma uma direção descriminalizante do aborto nos casos de anencefalia, tendo por fundamento central a preservação da dignidade da gestante, ainda que haja certa divergência sobre a exclusão de qual elementar do crime afasta o caráter delitivo da conduta.

Este posicionamento, amplamente majoritário no TJRS, se mostrou correto à luz da doutrina pátria e dos princípios constitucionais vigentes. Os estudos da bioética e a defesa da autonomia moral da gestante mostraram que há divergência entre os planos da ética, da moral e da religião – entre os quais necessita haver concordância para aceitar a criminalização de uma conduta¹⁷² –, o que, ao atingir o discurso jurídico, nos levou a concluir que não há o bem jurídico tutelado – a vida humana – a ser ofendido com esta conduta, pois a vida protegida pela lei penal assume valoração axiológica não-absoluta. Deste modo, tornou-se manifesto que seria uma incongruência admitir hipóteses que permitem o aborto quando é viabilizada a vida extra-uterina do feto e proibir a interrupção da gestação em casos que esta seja impossibilitada ou tenha uma duração mínima, de modo que só imponha sofrimento à gestante que deseja evitar este quadro.

Apesar de ter se revelado uma pequena divergência no plano científico-dogmático do Direito Penal, os julgados analisados possibilitaram constatar que há um alinhamento entre a maioria das decisões analisadas e a pretensão da argüente da ADPF nº 54-8/DF, ao buscar estabelecer, em nosso ordenamento jurídico, que o aborto anencefálico não constitui crime. Este pleito mostrou-se ser perfeitamente viável à luz de nossa Constituição Federal, de maneira que entendimento em sentido contrário terminaria por sufocar qualquer concepção moral diversa, obrigando toda e qualquer gestante de feto anencefálico a levar ao término a gravidez, lesando a autonomia moral, e, conseqüentemente, a dignidade, daquelas que desejam interromper um quadro que lhes imponha dor e aflição.

¹⁷² LUISI, Luiz. *Op. Cit.*, p. 87

Desse modo, parece se afirmar o entendimento de que é inconcebível, em pleno Século XXI, à luz de nossa democracia, consagrada em nossa Constituição Federal, que recaia a perseguição do Estado sobre gestantes de fetos acometidos de anomalias incompatíveis com a vida extra-uterina. Aliás, de ressaltar que, no que atine à gravidez em si, como afirma Jorge de Figueiredo Dias, os conflitos oriundos desta decorrem de uma verificação elementar na natureza das coisas: a condição imodificável do ser humano de que a circunstância da sexualidade e o desejo de ter filhos só correm, por vezes, de forma convergente, sendo, contudo, a mulher quem tem de suportar as conseqüências da divergência¹⁷³.

Evidenciou-se no presente trabalho que, à luz de um estado que consagra a pluralidade, a liberdade, a igualdade e a autonomia moral do ser humano – sua dignidade –, criminalizar uma conduta a partir de uma moral controversa, ao menos sob a perspectiva de integralidade do ordenamento jurídico, é ferir os mais básicos princípios democráticos daquele estado. É penalizar gestantes por não se coadunarem à moral e à fé estabelecidas por um sistema que deveria ser neutro nesse quesito. Isto equivaleria a ignorar a sua condição de pessoa humana e ir contra os princípios preponderantes da dignidade e da inviolabilidade da liberdade de consciência que o próprio Estado reconheceu.

Este conflito entre a autoconsciência e o Direito Penal é retratado desde há muito, tendo como ilustração de um profundo marco analítico sobre este tema a clássica tragédia grega “Antígona”, de Sófocles, retratada na obra de Zaffaroni e Pierangeli¹⁷⁴. A protagonista, que empresta seu nome à obra, segue suas íntimas crenças religiosas e, em obediência às leis divinas, sepulta o irmão Polínice, condenado como traidor da pátria, cuja pena após sua morte seria o impedimento de que lhe promovessem o ritual fúnebre. Enquanto Antígona dava sepultura ao cadáver do irmão, os agentes de Creonte, rei de Tebas, a surpreendem. Esta afronta ao édito do rei leva a protagonista a julgamento, de modo que, em um embate fervoroso de crenças e ideais entre esta e o líder supremo da Pólis, acaba por

¹⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *A interrupção voluntária da gravidez: uma consideração jurídico-penal in Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010 – RBCCRIM 86*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 151.

¹⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 215.

prevalecer o poder deste, condenando Antígona à morte. Irresignada, a heroína comete suicídio, enforcando-se na gruta em que era mantida prisioneira.

Antígona representa, para o Direito Penal, o inevitável choque da lei com a consciência individual. Este é, de fato, o drama sempre presente para todo o direito, pois não é possível que a validade do direito seja condicionada aos ditames da consciência individual, o que expressaria a destruição da ordem obrigatória que o direito implica¹⁷⁵. Contudo, esta obra nos esclarece a respeito do destino do grupo que impõe um direito penal que colide, desnecessariamente, contra os ditames da moral, impostos pela consciência individual, uma vez que Creonte também se vê diante de uma tragédia, pois seu filho, prometido de Antígona, se suicida ao saber da morte desta. Eurídice, esposa do rei tebano, também põe termo à própria vida ao saber do desfecho funesto do filho.

O rei Creonte simboliza o Estado absoluto, incoerente frente ao exercício irracional do poder, que acaba por atingir a si próprio ao condenar Antígona, que retrata a imagem de uma cidadã impedida por aquele de praticar livremente suas convicções morais e religiosas. A obra de Sófocles, ressaltam Zaffaroni e Pierangeli, nos ilumina frente a tamanho e obscuro relativismo: “um direito penal estará tanto mais antropologicamente justificado quanto menos vezes se veja compelido a condenar Antígona e vice-versa”¹⁷⁶.

Recorre-se à clássica obra grega para questionar: não é este o perfeito retrato das mulheres modernas coagidas pelo poder punitivo a abandonar suas convicções morais e sofrer em nome das crenças de outrem? Quando se condena uma mulher por recorrer ao aborto anencefálico, este procedimento delicado que tem como fim último evitar o agravamento do sofrimento que a natureza já lhe impôs, não se está condenando uma Antígona? A falta de fundamentação antropológica e axiológica para justificar a violência institucionalizada contra estas gestantes torna o direito penal um mero exercício de poder de um grupo sobre os demais, um braço armado de um segmento moral/religioso em detrimento de outros.

O juízo criminal que obriga uma mulher a levar até o fim a gestação de um feto anencéfalo desvirtua o direito penal de suas próprias finalidades, atingindo direitos fundamentais daquela e macula o estado que tem a pluralidade, a liberdade de crença e consciência, a igualdade e a autonomia moral de seus cidadãos como

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 215.

¹⁷⁶ *Idem.*

alicerces. Compreender o feto anencéfalo como uma vida humana digna de toda e qualquer tutela estatal é ir ao encontro da neutralidade moral e da secularidade a que o Estado moderno se pretende. Conceber como crime um tratamento terapêutico a cidadãs que têm assegurado o direito à saúde é atentar contra garantias instituídas pelo Estado Democrático de Direito.

A conclusão que o presente trabalho permitiu apontar é de que o Poder Judiciário gaúcho tem afirmado virtuosamente este entendimento, tendo respaldo na doutrina nacional e nos princípios constitucionais. A expectativa é de que tal posição se confirme perante a Suprema Corte na ação constitucional proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, de modo a confirmar os valores humanistas positivados em nossa Constituição Federal.

Da mesma forma, seria prudente viabilizar o debate sobre o aborto anencefálico na própria sociedade, de modo a incentivar a criação de uma cultura pluralista, de tolerância ao outro. Ademais, o estudo apresentado possibilita levantar uma hipótese mais abrangente: a de que seria melhor revisar a legislação que criminaliza o aborto, em sua perspectiva mais ampla, uma vez que a ingerência punitiva do Estado enterra uma discussão necessária e inviabiliza qualquer outra possível solução, gerando uma violência institucionalizada desnecessária contra as mulheres que recorrem a tal prática, tendendo a agravar um problema social ao invés de solucioná-lo.

Apesar de ter sido brevemente comentado – para não fugir do ponto central da discussão proposta –, cabe ressaltar que o Brasil é signatário de Convenções Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, onde se comprometeu a rever sua legislação proibicionista em relação ao aborto. A repressão vigente e o forte moralismo religioso que tomam conta deste atualíssimo debate retardam o estudo sobre medidas descriminalizantes do aborto. Estas, no entanto, poderiam possibilitar alternativas para solucionar problemas sociais tão graves em nosso país, que maculam uma sociedade que se pretende justa, solidária e igualitária ao cerrar os olhos para a violência que milhares de mulheres sofrem em face de um punitivismo moralista e irracional.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ruy da Costa. *Da analogia no direito penal*. Recife: s. ed., 1947.

ARENDT, Hannah. *A condição humana – 11ª ed.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 5ª ed. rev. atual. e ampl.* São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, in CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.) *Direito constitucional: teoria geral da constituição (Coleção Doutrinas Essenciais, v.1)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 143-195.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro – 12 ed. rev. e atual.* Rio de Janeiro: Revan, 2011

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas – 4ª ed.* São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial, volume 2 – 5ª ed. rev. e atual.* São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito – 2ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2004.

BOSCHI, Marcus Vinicius. *Aborto de anencéfalo: direito, moral e Constituição*, in COSTA, Renata Almeida (Org.) *As ciências criminais em debate*, n.2. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007, pp. 229-240.

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 15 de abril de 2011.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 fev. 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em: 03 de junho de 2011.

BUSATO, Paulo César. *Tipicidade material, aborto e anencefalia*. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/413>>. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Coimbra,

CARVALHO, Amilton Bueno de; e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

COSTA, Domingos Barroso da. *Sobre a atipicidade da interrupção da gestação de feto anencéfalo*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 13, jul. 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado – 8ª ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *A interrupção voluntária da gravidez: uma consideração jurídico-penal in Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010 – RBCCRIM 86*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto eutanásia e liberdades individuais – 2ª ed.* São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *Anencefalia breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*, in FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.) *Direito Penal: parte especial I, (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 5)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 143-172.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Autorização judicial para interrupção da gravidez: aborto eugênico, necessário e sentimental*. Revista dos Tribunais, Ano 90, v. 794, dezembro de 2001, pp. 486-494.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz. *Aborto Anencefálico: Exclusão da Tipicidade Material*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 09 de outubro de 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral – 5ª ed. rev. e atual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget Editora, 1992.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

LOPES, Silvia Regina Pontes. *Vida humana e esfera pública: Contribuições de Hannah Arendt e Jürgen Habermas para a questão da anencefalia fetal no Brasil*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado – 5ª ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. *Direito Penal Brasileiro, volume 2: parte especial – 2ª ed.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 183 – 3ª. ed. rev. e atual.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde – 2ª Ed.* Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988 – 9ª ed. rev. e atual.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHWARTZ, Germano. *Aborto humanitário e o direito à saúde: regulação, governança e autopoiese, in COSTA, Renata Almeida (Org.) As ciências criminais em debate, n.2.* Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007, pp. 137-153.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo – 32ª ed. rev. e atual.* São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STF. *ADPF 54-8/DF.* Rel.: Min. Marco Aurélio de Mello. Sem julgamento definitivo. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=484300>. Acesso em: 28 de março de 2011.

STJ. *HC nº 32.159/RJ, 5ª TURMA,* Relatora: Ministra Laurita Vaz, DJU de 22/03/04, p. 339.

TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal – 5ª ed.* São Paulo: Saraiva, 1994.

VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

WEBER, Thadeu. *Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant in SARLET, Ingo Wolfgang (Og.) Direitos Fundamentais & Justiça / Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, n. 9.* Porto Alegre: HS Editora, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, v. 1: parte geral – 7ª ed. rev. e atual.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ANEXO A - Acórdão nº 70016858235/TJRS**APELAÇÃO CRIME. ABORTO EUGENÉSICO.
ANENCEFALIA.**

Inviabilizada a vida do feto, prenunciada sua morte por malformação – anencefalia comprovada –, não de volver-se, os cuidados, àquela que o gera, então permitindo-se a interrupção da gravidez, que nestes casos a faz exposta a risco.

Inteligência do artigo 128, do Código Penal.

PROVIDO O RECURSO.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70016858235

COMARCA DE PORTO ALEGRE

SUSANA MARIA DE AZEVEDO PAVAN

APELANTE

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Acordam, os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, em dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. VLADIMIR GIACOMUZZI (PRESIDENTE), E DES. JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS.**

Porto Alegre, 28 de dezembro de 2006.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO,
Relator.

RELATÓRIO

1. Trata-se de recurso de apelação, interposto por SUSANA MARIA DE AZEVEDO PAVAN, contra o decidir que indeferiu seu pleito de autorização para interromper a gestação, em virtude da anencefalia do feto.

Aduz, em síntese, que, na 14ª semana de gestação, o exame de ultrasonografia diagnosticou o problema de ausência da calota craniana do feto, tendo apresentado, portanto, pedido de autorização para interrupção de gravidez.

O recurso restou contra-arrazoado.

Em decisão monocrática, este Relator concedeu o alvará requerido, autorizando a requerente a realizar a antecipação de parto.

Em parecer escrito, opina o Dr. Procurador de Justiça pelo provimento da desconformidade.

É o relatório.

VOTOS

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO (RELATOR)

2. Registro, de início, que a liminar, na espécie, revestiu-se de caráter satisfativo, porquanto exaurido seu objeto, na medida em que já realizada a interrupção da gestação.

Em vista da natureza satisfativa da medida deferida, força é ratificá-la, pelos mesmos argumentos expendidos quando da concessão *in limine*, até mesmo para evitar inútil tautologia.

Do despacho das fls. 48/52, pois, transcrevo:

*“Como narrado, o pleito é para que se defira interrupção terapêutica de gestação de aproximadamente 14 semanas, vez diagnosticado, através de exames próprios, que ausentes, no feto, calota craniana e tecido encefálico, configurando anomalia denominada **anencefalia**, quadro que, reconhecidamente, retira dele toda e qualquer possibilidade de manter-se vivo, na fase pós-uterina.*

Trata-se de matéria conhecida da Câmara que, na maioria das vezes em que instada a decidir a respeito, o fez no sentido de deferir postulações com tal jaez, valendo citar, a propósito, a proferida quando julgando a Apelação nº 7005037072, em 12.09.2002, relatada pelo eminente Desembargador José Antônio Hirt Preiss:

‘Apelação crime. Autorização judicial para aborto eugenésico. Anencefalia do feto. Impossibilidade de sobrevivência após o nascimento. Prolongamento da gestação a implicar sério risco de vida à gestante. Cunho terapêutico da intervenção. A anencefalia ou acrania é uma doença caracterizada pela ausência de ossos do crânio e do encéfalo fetal na vida intra-uterina, o que torna impossível a sobrevivência após o nascimento. E, como patologia de risco, é causa de morbimortalidade materna. Em que pese não estar o aborto eugenésico incluído no art. 128 do Código Penal, como mais uma indicação de causa excludente de ilicitude, tal circunstância não impede a sua realização quando se está a tratar de caso de malformação fetal, especialmente a anencefalia, pois esta acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra-uterina e implica gravidez de alto risco. No caso concreto, a indicação de interrupção precoce da gravidez da autora tem caráter não apenas eugênico, mas também terapêutico, pois visa salvar, conforme parecer médico juntado aos autos, a vida da gestante. Apelo defensivo provido para deferir o pedido, com fulcro no art. 128, inciso I, do Código Penal. Decisão unânime’.

Assim também o foi quando em julgamento a aqui tombada sob o nº 70010680270, por mim relatada. Naquela oportunidade, e nesta também o faço, adotei o quanto dito pelo colega plantonista, Dr. Antônio Carlos Netto Mangabeira, a quem coube examinar o pedido de antecipação de tutela que o recurso carregava, e o deferiu.

Assentou Sua Excelência, na ocasião, que:

“O caso sob exame reclama máxima urgência, não podendo aguardar o trâmite normal do recurso de apelação, uma vez que entendo que o decurso do tempo acarretará o aumento do risco de vida da gestante, razão pela qual, com fundamento no poder geral de cautela, concedo a expedição do competente alvará judicial, autorizando os recorrentes a realizar a devida antecipação do parto, pelos motivos que ora seguem.

(...)

Muito embora não exista norma específica autorizadora para o caso em análise (aborto eugênico), o qual não se enquadra nas hipóteses do artigo 128, do Código Penal, que permitem a prática de aborto somente nos casos de gravidez resultante de estupro (aborto sentimental), ou quando não há outro meio de salvar a vida da

gestante (aborto terapêutico), a jurisprudência moderna vem admitindo a interrupção da gravidez, no caso de constatação de má formação do feto, com o diagnóstico de anencefalia - doença hoje cientificamente comprovada e que, em 65% (sessenta e cinco por cento) dos casos, implica na morte intra-uterina, e, caso venha a nascer a criança, **a sobrevida não ultrapassa algumas horas.**

Isso porque, se entende que o Código Penal, cuja edição data de 1940, foi elaborado em uma época na qual não se tinham os recursos tecnológicos da medicina atualmente disponíveis, capazes de detectar, com precisão, que o feto seria fatalmente degenerado. E considerando que o direito não é algo estático, inerte, mas sim uma ciência evolutiva, a qual deve se adequar à realidade, juízes dos mais diversos Estados brasileiros têm autorizado a interrupção da gravidez, nos casos assemelhados, sob o entendimento de não ser justo obrigar uma mãe a gestar um 'amontoado de células humanas sem expectativa de vida'.

Nesse sentido:

'ABORTO - Autorização judicial - Gravidez - Interrupção - Má formação congênita. Afigura-se admissível a postulação em juízo de pedido pretendendo a interrupção de gravidez, no caso de se constatar a má-formação do feto, diagnosticada a ausência de calota craniana ou acrania fetal, com previsão de óbito intra-uterino ou no período neonatal. **Apesar de não se achar prevista dentre as causas autorizadoras do aborto, dispostas no artigo 128, do Código Penal, a má-formação congênita, exige a situação anômala específica a adequação da lei ao avanço tecnológico da medicina que antecipa a situação do feto**' (TAMG, Apelação Crime nº 264.255-3, Rel. Juiz Duarte de Paula, DJMG 22.12.1998).

Concebe-se, ainda, que apenas o apego a questões religiosas pode sustentar o contrário, visto que a imposição à gestante de carregar em seu ventre durante nove meses um filho que não terá qualquer possibilidade de sobrevida implica-lhe amargura e demasiado sofrimento psicológico, o que viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da CF. A jurisprudência reflete tal posicionamento:

'ABORTO - Solicitação de autorização judicial para interrupção da gravidez em decorrência de má-formação congênita do feto comprovada cabalmente por laudos médicos - **Admissibilidade como forma de se evitar a amargura e o sofrimento psicológico da mãe que, de antemão, sabe que o filho não terá qualquer possibilidade de sobrevida**' (TJSP, Mandado de Segurança nº 309.340-3/5, Rel. Des. David Haddad, julgado em 22.05.2000).

Não destoam a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

'MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A INTERRUPTÃO TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ (fetotomia). É de se deferir tal autorização, ainda que o caso não se enquadre nas hipóteses previstas pelo artigo 128, do Código Penal. A vida da

gestante corre sério risco, levando a gravidez a termo, além do que é nula a possibilidade do concepto sobreviver, tendo em vista a anencefalia diagnosticada. SEGURANÇA CONCEDIDA.' (TJRS, Mandado de Segurança nº 70005577424, Rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez, julgado em 20.02.2003).

No caso em tela, reitera-se, os recorrentes comprovaram, mediante a inserção de exames e atestados médicos, que após o parto, o feto não tem chances de sobreviver, em decorrência da ausência de calota craniana e tecido encefálico.

Diante de tais evidências e comprovações médicas, não considero razoável obrigar a mãe, ciente da total impossibilidade de sobrevivência de seu filho, carregue durante nove meses um filho que, comprovadamente, não possui qualquer aptidão mental. Logo, a concessão da medida apenas antecipará algo que, futuramente, tem-se como certo: a morte do recém-nascido.

Por outro lado, insta ressaltar que a morte humana, nos termos do artigo 3º, 'caput' da Lei nº 9.434/97, é definida como a 'morte encefálica', conceito esse que possibilita aos médicos a retirada de órgãos e tecidos do corpo para transplante. Por conseguinte, é possível deduzir que se a vida humana só é possível se houver vida cerebral, não pode mais ser objeto de proteção penal um feto sem cérebro, porque não dispõe de vida humana."(...)

Isso adotando, defiro a antecipação requerida, e determino a expedição do necessário alvará, autorizando a requerente a realizar a devida antecipação de parto."

3. Ratificando, dessarte, a liminar concedida, dá-se provimento ao apelo, nos termos do voto.

DES. JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS (REVISOR) - De acordo.

DES. VLADIMIR GIACOMUZZI (PRESIDENTE) - De acordo.

DES. VLADIMIR GIACOMUZZI - Presidente - Apelação Crime nº 70016858235, Comarca de Porto Alegre: "RATIFICANDO A LIMINAR CONCEDIDA, DERAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: LAIS ETHEL CORREA PIAS

ANEXO B - Acórdão nº 70011400355/TJRS

APELAÇÃO – ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRA LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA – ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA. PROVIDO.

O “aborto eugênico” decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade. O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto. Embora não incluída a interrupção da gravidez, neste caso, nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, tem embasamento na causa supralegal autônoma de exclusão da culpabilidade, de *inexigibilidade de outra conduta*.

Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a “vida” e não a “falsa vida”, legitimada a pretensão da mulher de interromper a gravidez. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno, não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe.

Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade de natureza supralegal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento.

PROVIDO.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70011400355

COMARCA DE PORTO ALEGRE

LEANDRA GANBIN

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar provimento ao apelo para autorizar a interrupção da gestação, restando prejudicado o agravo de

instrumento que foi recebido como “habeas corpus”. O Ministério Público e a Defensoria Pública abriram mão dos prazos respectivos.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS.**

Porto Alegre, 14 de abril de 2005.

DESA. ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS,
Relatora.

RELATÓRIO

DESA. ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS (RELATORA):

Trata-se de Apelação-Crime interposta por **LEANDRA GANBIN**, contra a sentença que julgou improcedente o pedido de autorização para interrupção de gestação, por entender tratar-se de pedido impossível – artigo 267, inciso VI, do CPC, subsidiariamente aplicado.

Em suas razões, busca a tutela antecipada da medida, tendo em vista que “*o retardamento da intervenção cirúrgica compromete a integridade físico-psicológica da apelante*”, argumentando que quanto ao mérito há demonstração, através de prova técnica, que a gravidez da requerente recebeu diagnóstico de “feto apresentando ancefalia”, alteração do desenvolvimento fetal incompatível com a vida pós-parto.

Na mesma linha do parecer de folhas 19/20, o Ministério Público de primeiro grau manifesta-se pela concessão da autorização.

Nesta instância, o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Paulo Fernando dos Santos Vidal, ofereceu parecer escrito, opinando pelo provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

DESA. ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS (RELATORA):

LEANDRA GANBIN ingressou com pedido de AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ junto à 2ª Vara do Júri de Porto Alegre, julgada improcedente a ação pela Drª Juíza de Direito que entendeu que se trata de aborto eugenésico não amparado nas disposições legais de exceção referendadas no artigo 128, I e II do CP, do aborto necessário e do sentimental ou humanitário. Prossegue a decisão no sentido de que: "Não há como conferir legitimidade ao aborto de feto portador de anencefalia porque ilegal e ilegítima a interrupção da gravidez nestes casos, não se configurando a excludente de ilicitude das exceções legais, embora reconheça o juiz, que há discussões para a alteração, ainda não aprovada. O Código de 1969, ampliava os casos de licitude, mas também não chegou a ser aprovado.

1. A sentença indeferitória da Drª Juíza de Direito da 2ª Vara do Júri, embasa-se na estrita legalidade das disposições vigentes do artigo 128, I e II do CP, que afastam a ilicitude, tão somente nos casos de aborto necessário (quando é a única forma de salvar a vida da mãe) e o humanitário, (este se a gravidez é decorrente de estupro ou atentado violento ao pudor) não comportando, extensão analógica aos casos de anencefalia. Contudo, a ausência de lei expressa, não significa que não possa o Judiciário, face o caso concreto comprovada a excepcionalidade, embasando-se em outros dispositivos, nos princípios constitucionais ou em princípios supralegais como a inexigibilidade de outra conduta autorizar a interrupção da gravidez.

1.1. A interrupção da gestação de fetos anencefálicos, deixa-se claro, não corresponde, rigorosamente, ao "aborto eugênico", que ocorre quando constatada anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de sobrevivência pós-parto, não importa se curta ou longa. Neste caso, em princípio, a maioria dos doutrinadores são contra o aborto, que atende o impacto emocional, psicológico da mãe e familiares, bastante significativo, mas não superior a perspectiva de vida do recém nascido, embora com deformidades. Ontologicamente, a eugenia trata da reprodução e do aperfeiçoamento da raça, portanto, a interrupção da gravidez para "preservar a qualidade de vida do ser", não encontra, por ora sustentação em causa legal, princípio vigente a permitir que o juiz

proveja a espécie. Até mesmo causas supralegais, necessário analisar-se o caso específico e concreto com todas as provas, avaliando os bens em jogo. O caso presente, contudo, não corresponde ao aborto eugenésico, propriamente dito.

2. Anencefalia é anomalia que torna incompatível a vida do feto destituído de encéfalo, dependente tão só da permanência no ventre materno, assim mesmo, em 50% dos casos, a morte ocorre antes de nascer. A morte é certa, não há possibilidade de vida.

A legislação Penal, especificamente nos artigos 124 e seguintes protege a vida ao penalizar o aborto, prevendo os dois casos de exceção no artigo 128, condicionado à prática à realização por médico. São casos que excluem a ilicitude. A redação do caput, embora imprópria como registram os doutrinadores, Magalhães Noronha, Mirabete, Guilherme de Souza Nucci e outros, é excludente da ilicitude, e não exclusão da culpabilidade. A redação da forma como verbalizada é imprópria ao dispor: “Não se pune o aborto praticado por médico; I- se não há outro meio de salvar a gestante; e II- se a gravidez resulta de estupro, precedido do consentimento da gestante LEANDRA GANBIN”.

3. A interrupção da gravidez de fetos anencefálicos não se embasa na excludente da ilicitude por não estar prevista no dispositivo, portanto, não autorizada pela lei penal positiva e legislada. Contudo, não se pode olvidar que a evolução da sociedade é dinâmica e o direito deve acompanhar os avanços que criam novas relações jurídicas entre os cidadãos e instituições. No caso, a comprovação da anomalia que se está examinando para efeitos de aborto, é, relativamente recente, deve-se aos avanços fantásticos da medicina nas últimas décadas e a tecnologia, não menos admirável que passou a desvendar o ser humano, detectando não só as alterações no feto, mas estabelecendo com segurança a possibilidade de vida pós parto, mesmo que relativa ou em outros casos, a total incompatibilidade com esta, ou seja: a morte do feto tão logo expulso do corpo materno voluntária ou involuntariamente é certa. Neste caso de impossibilidade total com a vida, entende-se que legitimado “o médico a praticar o aborto, embasando-se a autorização não na lei expressa, mas em causa supralegal, princípio de direito que independe da lei, excluindo a culpabilidade”.

3.1. O juiz, reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, face o caso concreto, tendo em mente que a norma penal vigente protege a “vida” e não a “falsa vida”, poderá dentro de sua livre convicção, entender

que inexigível da mulher outra conduta que não seja a interrupção da gravidez, buscando para tanto o atendimento médico especializado, único autorizado a proceder o aborto.

Não se pode exigir da gestante que prossiga carregando a morte já que a vida é impossível porque comprovado cientificamente, que se o feto não morrer no ventre ao longo dos 09 meses, inexoravelmente desaparecerá no momento de nascer ou poucas horas depois (Comentários do artigo 128 CP - Guilherme Souza Nucci , pág. 427).

3.2. O caso presente é de feto anencefálico, anomalia que pela ausência de encéfalo torna incompatível a vida, conforme atestado fornecido pelo médico, fl. 15/v. Dr. André Petraglia Sassi que atende a paciente no Hospital Conceição. Nem mesmo curta vida poderá ter, uma vez que ao nascer, apenas apresentará sinais vitais que cessarão, imediatamente, no máximo, e isto como exceção da literatura médica por 12 horas, sendo reflexo remanescente da atividade físico química dos órgãos do ser, quando dentro do ventre, mas não vida autônoma.

3.3. Assim, sem antecipar posição jurídica à de abalizados doutrinadores da lavra de Magalhães Noronha, Frederico Marques e, modernamente a de Guilherme de Souza Nucci, que rejeitam “a legitimação do aborto de fetos com anomalias monstruosas, com curta expectativa de vida”, e daqueles em sentido contrário, como Alberto da Silva Franco que entende configurar o aborto eugênico uma excludente de ilicitude, reservando-me para eventual exame de caso concreto, peço vênia para transcrever o que diz Souza Nucci. “in Comentários ao Código Penal – pág. 429 edição 2003”: *“a curta expectativa de vida do futuro recém nascido também não deve servir de justificativa com o aborto, uma vez que não se aceita no Brasil a eutanásia, vale dizer, quem está desenganado não pode ser morto por terceiros , que terminarão praticando homicídio (ainda que privilegiado. Entretanto, se os médicos atestarem que o feto é verdadeiramente inviável, vale dizer, é anencéfalo (falta-lhe cérebro, por exemplo, não se cuida de “vida” própria, mas de um ser que sobrevive à custa do organismo materno, uma vez que a própria lei considera cessada a vida tão logo ocorra a morte encefálica. Assim, a ausência de cérebro pode ser motivo mais que suficiente para a realização do aborto, que não é baseado porém em características monstruosas do ser em gestação, e sim em sua completa inviabilidade como pessoa, com vida autônoma fora do útero materno”.Grifo meu.*

4. Conclui-se que: comprovado que a mulher está grávida de feto anencefálico, como no presente, realizadas duas ecografias, acrescida do relatório médico atestando a total incompatibilidade com a vida, independe de norma legal positiva a autorização de interrupção da gravidez, evita-se o prolongamento do sofrimento físico, psíquico e emocional da mãe, consciente ela de que traz no ventre não a vida querida e desejada, mas a morte inevitável. Caso em que, portanto, inexigível outra conduta, tanto para ela que consente com o aborto como para o médico que o faz, respaldado no reconhecimento judicial da excludente da culpabilidade.

4.1. “O direito não pode exigir das pessoas comportamentos heróicos, logo, a lei penal não deve ser aplicada, cegamente, sem análise minuciosa do caso concreto”, desconhecendo a dinâmica do processo civilizatório que se reflete no direito. Sendo o feto incompatível com a vida autônoma, justifica-se o abortamento, mesmo ante a inexistência de normas expressas a respeito.

O caso sob apreciação, a meu ver, é exceção que, mesmo não estando apoiado nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II do CP) tem embasamento na causa supralegal de inexigibilidade de outra conduta, exatamente, por que o direito, a lei positiva não podem exigir heroísmo das pessoas a ponto de violar sua higidez mental e psíquica e a própria dignidade humana.

Ante o exposto, é de prover-se o apelo, autorizando a paciente LEANDRA GAMBIM a interromper a gravidez de feto anencefalo com a condição de ser praticado por médico, em princípio no Hospital Conceição, conforme relatórios de acompanhamento da gravidez e constatação da anomalia.

APELO DEFENSIVO PROVIDO.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo.

DES. JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS - De acordo.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO - Presidente - Apelação Crime nº 70011400355, Comarca de Porto Alegre: **"À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO APELO**

PARA AUTORIZAR A INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO, RESTANDO PREJUDICADO O AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE FOI RECEBIDO COMO HABEAS CORPUS. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFENSORIA PÚBLICA ABRIRAM MÃO DOS PRAZOS RESPECTIVOS."

Julgador(a) de 1º Grau: LAIS ETHEL CORREA PIAS

ANEXO C - Acórdão nº 70020596730/TJRS

HABEAS CORPUS. ANENCEFALIA. ANTECIPAÇÃO DE PARTO. ABORTO. Pedido indeferido em primeiro grau. Admissão do 'habeas corpus' em função de precedente do STJ. Ausência de previsão legal. Risco de vida para a gestante não demonstrado. Eventual abalo psicológico não se constitui em excludente da criminalidade.

ORDEM DENEGADA. POR MAIORIA.

HABEAS CORPUS	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
Nº 70020596730	COMARCA DE PORTO ALEGRE
MICHELE CARVALHO SEIXAS FARIAS	IMPETRANTE/PACIENTE
JUIZ DE DIR DA 1V DO JÚRI DA COM DE POA	COATOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, denegar a ordem, vencido o Des. Marcel Esquivel Hoppe.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE) E DES. MARCEL ESQUIVEL HOPPE.**

Porto Alegre, 25 de julho de 2007.

DES. IVAN LEOMAR BRUXEL,
Relator.

RELATÓRIO

DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (RELATOR)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por advogados em favor de MICHELE CARVALHO SEIXAS FARIAS. Diz que a requerente é casada há um ano com Samuel da Silva Farias, o qual expressamente concorda com o presente pedido formulado para *interrupção terapêutica da gestação* da paciente.

Aduz que a requerente está grávida de *dezoito semanas*, e que em exame de ecografia foi constatada má formação fetal, em que se verificou, conforme atesta o laudo médico, ausência de calota craniana e dos hemisférios cerebrais ou como é conhecida, anencefalia. Alega que a gravidez normalmente importa em riscos para a gestante, além de cuidados especiais, e que o feto sem formação craniana e massa encefálica, sabidamente, não possui condições de sobrevivência fora do ventre materno.

Argumenta que uma gravidez dessa espécie, para a família importa em grande dor psicológica, em virtude de se aguardar uma gestação, por aproximadamente quarenta semanas, de uma criança que certamente não sobreviverá. Outrossim, refere que a requerente possui o dobro de líquido amniótico para as dezessete semanas de gravidez, significando alto risco para a gestante, bem como que o médico da gestante afirmou não poder realizar a interrupção da gestação sem autorização judicial, por não haver autorização no Código de Ética da Medicina e do Conselho Regional de Medicina. Aponta que o Juízo de Primeiro Grau entendeu por indeferir o pedido de autorização judicial para interrupção de gestação por má formação congênita grave (anencefalia), prática, em tese, tipificada como crime pelo Código Penal, tendo em vista não haver autorização legal para realização de aborto nesse caso. Destaca que o art. 128, I, do CP autoriza o médico a realizar a interrupção da gravidez no caso em tela, em razão da gravidez da requerente, além da má formação fetal, apresenta alto risco, tendo em vista o excesso de líquido amniótico para o período da gestação. Por fim, refere que a interrupção terapêutica da gravidez é medida que se impõe, e enquadra-se na excludente da ilicitude disposta na norma penal, em que pese não estar prevista expressamente. Requer a concessão da liminar para que lhe seja autorizada a interrupção terapêutica da gestação.

A liminar foi indeferida pelo Des. Roque Miguel Fank, em regime de plantão (fls.65-66).

A Procuradora de Justiça Berenice Feijó de Oliveira, nesta instância, manifesta-se pelo deferimento da ordem. (fls. 73-78)

É o relatório.

VOTOS

DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (RELATOR)

A impetrante é casada (fl. 18), e a inicial proposta no Juízo de origem veio acompanhada de procuração do marido, sendo ainda assinada por ambos.

Uma *ecografia pélvica via transvaginal*, foi realizada na Clínica Citoson. O laudo tem data de *23 de abril de 2007*. Não registra anormalidades, noticiando *'gestação com 07 semanas e 03 dias de evolução, de acordo com a DUM'*. (fls. 19-22).

Uma *ecografia obstétrica* foi realizada na mesma Clínica, em *14 de junho*, concluindo pela *'gestação compatível com aproximadamente 15 (quinze) semanas de evolução de acordo com exame prévio'*; e com a seguinte observação *'Na revisão da anatomia fetal não se observa presença de calota craniana e dos hemisférios cerebrais (Anencefalia) - fls. 23/26)*.

Outra ecografia foi feita no Centro de Diagnóstico por Imagem Mãe de Deus, em *26 de junho*. No que mais de perto interessa, registra: *'Feto único em situação longitudinal e com o pólo cranial em contato com a pelve materna, Batimentos cardíacos fetais e movimentos corporais presentes, Líquido amniótico em quantidade aumentada (polidrâmnio), Placenta inserida na parede anterior do útero (corporal). Comprimento do fêmur: 2,0 cm'*

Concluindo pela *'Anencefalia. Gestação com 17 (dezessete) semanas, conforme o estimado em relação aos exames anteriores'*. (fls. 27-30)

Mais uma ecografia obstétrica feita no Hospital São Lucas da PUCRS, em *04 de julho*, no qual consta que: *'Feto único com batimentos cardíacos presentes e regulares. Ausência da calota craniana e hemisférios cerebrais. Líquido amniótico em quantidade pouco aumentada para o período da gestação. Índice de líquido amniótico de 19,2 cm (normal de 8,0 cm a 20,0 cm para a idade gestacional estimada). Placenta inserida na face anterior do útero, tipo O de Grannum. A*

biometria fetal é a seguinte: circunferência abdominal: 10,2 cm, comprimento do fêmur: 2,4 cm.

No mais, acrescenta a seguinte conclusão: *‘A biometria fetal é compatível com gestação de 18 (dezoito) semanas, conforme a idade cronológica com DUM em 28/02/07 e conforme os exames anteriores. Anencefalia e polidramnia.’* (fls.31-33)

Por fim, outra ecografia obstétrica feita no referido Hospital, em 11 de julho, concluindo que *‘A biometria fetal é compatível com gestação de 20 semanas e 4 dias, conforme o exame anterior’*. Acrescenta o laudo ainda que *‘Feto único, em situação longitudinal, apresentação pélvica e dorso à direita. Batimentos cardíacos fetais presentes e regulares. Líquido amniótico em quantidade normal. Placenta inserida na face anterior do útero. A biometria fetal é a seguinte: circunferência abdominal: 11,0cm. Comprimento do fêmur: 2,5 cm. Revisão da anatomia fetal: observa-se ausência de calota craniana com tecido encefálico rudimentar. Estes achados ecográficos são compatíveis com anencefalia.* (fls.34-35)

O Relatório médico, assinado pelo Dr. José Antônio Magalhães e pelo Dr. Fernando Freitas, do Hospital de Clínicas, finalizam dizendo que *‘...De acordo com a vontade expressa pelos pais e com o exposto acima, colocamo-nos à disposição para realizar a interrupção terapêutica desta gestação, caso haja decisão judicial neste sentido.’* (fl.36).

De passagem, o mesmo relatório diz: *‘Nos países aonde a interrupção da gestação é permitida, esta costuma ser a conduta nos fetos anencefálicos, visando proteger a mãe aos riscos inerentes a manutenção da gestação. No Brasil e, em nosso estado inclusive, já houve casos de interrupção da gestação com autorização judicial devido a esta malformação. Os meios utilizados para realizar a interrupção neste período da gravidez visam basicamente simular o mecanismo de parto normal’*.

Outrossim, há parecer médico psicológico, datado em 10-04-07, e assinado pelos Doutores Caio Coelho Marques e Pedro Luís Zanella e pela Dra. Carla Milan e pela Prof. Maria Estelita Gil.

Registra o desejo de interrupção da gravidez, antevê a morte, na melhor das hipóteses, poucas horas após o parto, relatando que a gestante afirma que não tem condições de levar uma gestação adiante frente a consciência desta realidade, apresentando como **conclusão**: *‘Após a análise dos fatos, sabendo-se que*

existem indicações relevantes para o término desta gestação, consultada a literatura médica, a interrupção da gestação se impõe como uma medida imediata e inquestionada visto que a morte do concepto é inequívoca e a cessação da gravidez poderá proporcionar um benefício para a Sra. Michele Carvalho Seixas Farias '(fls. 37/43).

“Trata-se uma mulher em sua primeira gestação com 18 – 19 semanas de idade gestacional. O seu filho é portador de uma malformação congênita grave, diagnosticada como ANENCEFALIA, que é incompatível com a sobrevivência na vida extra-uterina. A anencefalia é uma doença caracterizada pela ausência dos ossos do crânio e do encéfalo fetal na vida intra-uterina o que torna incompatível com a vida após o nascimento.

A anencefalia é a mais comum dos defeitos do tubo neural e ocorre em cerca de 1 caso para cada 1500 partos. Ela resulta de uma falha de fechamento cranial, no período embrionário no final do 38º dia da gravidez. Como consequência, os hemisférios cerebrais desenvolvem-se parcialmente e degeneram em contato com o líquido amniótico, resultando a presença do tronco cerebral, dos ossos da base do crânio e ausência da córtex cerebral.

As causas da anencefalia são múltiplas, podendo ocorrer a partir de um defeito gênico, por anormalidade cromossômica, por teratógenos ou por doenças diversas como o diabete, as deficiências alimentares e a hipertermia materna. A anencefalia é diagnosticada pela ultra-sonografia pela observação das características abaixo descritas:

- 1. Ausência de crânio e cérebro acima das órbitas.*
- 2. Presença de tecido cerebral rudimentar exteriorizado.*
- 3. Órbitas fetais salientes pela ausência do osso frontal.*
- 4. Aumento da atividade fetal secundária a efeitos irritativos da exposição das meninges e do tecido neural.*

O feto, pelo exposto acima, tem um prognóstico reservado, visto que a morte lhe aguarda, na melhor das hipóteses, logo após o seu nascimento. Não há descrição de sobrevivência de algum anencéfalo mais que poucas horas após o parto na grande maioria dos casos. Por outro lado, sabe-se que a gravidez não é um evento isento de complicações, inclusive ocasionando a morte da mulher gestante. No Brasil, a sua incidência é de cerca de 140 mortes maternas/ 100.000 recém-nascidos vivos ou de 33,46 mortes maternas / 100.000 mortes hospitalares.

As causas mais comuns de morte materna em Porto Alegre, em 2004, foram: a doença cardiovascular (35,6%), a embolia pulmonar (7.1%), e o fígado gorduroso da gestação (7.1%) que são patologias que ocorrem de forma imprevisível no final da gestação.

Neste momento ficam claro alguns fatos:

- 1. o risco de vida materno aumentado*

2. a possibilidade nula de erro diagnóstico de anencefalia, em uma ultrasonografia com os modernos equipamentos existentes, quando realizada por médicos experientes como os existentes em nosso Centro;

3. a não descrição de sobrevida de um feto anencefálico geralmente a poucas horas após o seu nascimento na sua maior duração;

4. manutenção da gestação com riscos não justificáveis, uma vez que inexistia a sobrevida deste feito malformado.

Por outro, há a possibilidade da interrupção precoce da gestação, de forma eletiva, programada. Deve ser considerada a dupla penalização que está a ocorrer para ela: a perda do filho que toda a mulher sempre deseja ao saber-se grávida, acrescentado do massacre diário de continuar uma gravidez que a nada levará, recordado, diariamente, a cada movimento fetal.” (no mesmo laudo médico).

A manifestação da Dra. Promotora de Justiça, Lúcia Helena de Lima Callegari, proferida em 13-07-07, foi no sentido do ‘deferimento do pedido liminar, autorizando-se o aborto necessário, sem, contudo, inibir eventual responsabilidade penal em caso de verificada a fraude.’ (fls.58-60)

Assim, a dita *anencefalia* apresentou-se quando alcançava, a gravidez, 15 (quinze) semanas. Quando digo *apresentou-se*, quero dizer que ela tornou-se conhecida. Hoje, data do julgamento, conta a gestante com mais de *cinco meses* de gestação (tomando-se por base a última ecografia obstétrica feita no dia 11-07-07, que apontava na conclusão que a biometria fetal é compatível com gestação de 20 semanas e 4 dias – fl.34).

O Juiz Luis Felipe Paim Fernandes, ao decidir pelo indeferimento do pedido, disse (fls. 61/64):

“Há, portanto, em casos tais, excludente de antijuridicidade, no chamado aborto terapêutico e no aborto sentimental.

Em tais casos, prescindível é a autorização judicial, sendo uma decisão médica, amparada na vontade livre e consciente da paciente.

Portanto, a fundamentação de eventual perigo da vida da paciente não serve para lastrear o pedido. Senão vejamos:

A paciente teve ciência do diagnóstico fetal, no dia 14.06.2007, onde consta quantidade normal de líquido amniótico para 15 semanas (fls. 18/21). Nova ecografia gestacional, confirmando a anencefalia, mas com aumento do líquido amniótico (fls. 22/25), datada de 26.06.2007.

Em 04.07.2007, mais uma confirmação de anencefalia e polidramnia.

Mas, ocorre que, submetida recentemente ao exame (11.07.2007), não houve alusão ao diagnóstico de polidramnia, confirmando a idade gestacional de 20 semanas e 4 dias, mas compatível com anencefalia (fls. 29/30).

Se há efetivamente perigo de vida, a decisão é unicamente médica e, precedida das cautelas (análise por junta médica e decisão fundamentada por escrito, firmada pelos peritos médicos) deverá ser realizada, sem necessidade de autorização judicial.

.../...

Com efeito, é possível entender-se que tal espécie de gestação, com o feto apresentando má-formação, causa problemas psicológicos e angústia à futura mãe.

Na verdade, o que se busca com a presente cautelar é a autorização para eliminação de feto com defeito congênito, que é indesejado pelos pais, o que é possível entender-se. Certamente que os progenitores esperam e desejam filhos sadios.

Por isso que o pedido não deve prosperar, já que não há base legal para o aborto eugênico.

.../...

O legislador brasileiro não inseriu, em nenhum diploma legal, legitimidade ao juiz para autorizar a eliminação da vida, ainda que imperfeita, como no lamentável caso presente”.

Este é o conteúdo dos autos em elementos concretos, vale dizer, a demonstração da situação fática:

A TÍTULO DE PRELIMINAR

Do cabimento, ou não, da ação de *habeas corpus* para alcançar o atendimento da pretensão.

Perante a 1ª Vara do Júri da Comarca da Capital desenvolveu-se ação em que postulada autorização judicial para antecipação de parto (aborto), diante da constatação de anencefalia fetal e perigo de vida para a gestante.

Houve manifestação favorável do Ministério Público, mas a decisão foi por julgar improcedente a ação.

A primeira questão a ser enfrentada é o cabimento, ou não, do mecanismo processual agitado, uma vez que interposto habeas corpus, em lugar do que seria a medida mais lógica, o recurso de apelação.

A Constituição Federal relacionou, ao tratar dos DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS (Título II), mais especificamente dos DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS (Capítulo I), que:

“Art. 5º. ...

LXVIII – Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Quase dispensável seria dizer tratar-se de instituto tipicamente de natureza processual penal, na medida em que ligado à liberdade, seja quanto à privação propriamente dita, seja quanto ao simples direito de ir e vir.

Aliás, é o próprio Código de Processo Penal que trata do assunto, a partir do artigo 647, dispositivo onde se encontram as razões, os fundamentos, para que seja deduzida a pretensão:

“Art. 647 - Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém vier a sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

A Constituição Federal, como pode ser percebido, praticamente reproduziu o dispositivo do Código de Processo Penal.

É bem verdade que, ao longo do tempo, também passou a ser admitido o habeas corpus de natureza cível, para as hipóteses relativas à prisão civil, que em regra é vedada, como estabelece o mesmo artigo 5º da Constituição:

“LXVII – Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

A anterior Lei de Falências também permitia a prisão do falido, e o remédio para alcançar a liberdade era o habeas corpus.

Percebe-se, então, que a ação constitucional de habeas corpus está intimamente ligada à liberdade ou qualquer ameaça a ela.

A propósito, ainda que desviando levemente do tema, recente Lei veio a permitir a prisão, mesmo ausente conduta criminosa, e fora das hipóteses relacionadas no dispositivo constitucional por último citado.

Veja-se que a Lei nº 11.340/06, conhecida por Lei Maria da Penha, descreveu algumas situações caracterizadoras de violência doméstica:

CAPÍTULO II

DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

CONTRA A MULHER

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Como pode ser percebido, nem tudo que a lei considerou violência doméstica corresponde a uma atividade considerada criminosa, mas mesmo assim poderão ser deferidas medidas de proteção, cujo descumprimento poderá gerar a prisão preventiva.

Está aí uma nova causa de prisão, fora do permissivo constitucional, a ser remediado pela via do habeas corpus.

Mas retomando a questão, percebe-se uma total inversão de propósito. Em lugar de ser buscada a proteção da liberdade, pretende-se aqui autorização judicial para livrar-se alguém de um alegado sofrimento psicológico, ou para afastar dito risco à integridade física da gestante.

Mas dir-se-á que não existe vida, do feto que se quer expulsar, a ser preservada, diante da anencefalia, pois a deformidade corporal inviabilizaria vida extra-uterina.

Particularmente, entendo incompatível a medida agitada com a destinação originária do instituto, mesmo porque estaria sendo desrespeitado o preceito constitucional de que 'ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente' (inc. LII, art. 5º, CF), 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória' (inc. LVII, art.5º, CF), e 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente' (inc. LV, art.5º, CF).

Ao buscar o simples deferimento de um alvará judicial, e ao agitar o habeas corpus, pode ser que os impetrantes estejam apenas em busca da indispensável agilidade para o caso concreto, pois o passar do tempo conspira contra a gestante, mas o feto é praticamente desconsiderado, mesmo porque sem possibilidade de vida, uma vez desconectado da mãe.

Ocorre que a Constituição Federal, no artigo 5º, caput, estabelece que:

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

E nos dizeres do Código Civil:

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

Vai daí que os direitos do nascituro – até aqui olímpicamente ignorados - estão a merecer consideração, começando pelos de ordem processual.

Na realidade, de fato, *existe vida*. Pragmaticamente, talvez ela não tenha valor, mas, repito, *de fato*, existe vida, pois o feto, desconsiderando a anencefalia, se desenvolve.

Assim, a decisão (não é novidade) envolve permitir o nascimento ou ceifar uma vida antes do parto.

Estabelece o artigo 9º, do Código de processo Civil, que 'O juiz dará curador especial: I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; II – ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Ao nascituro não foi dado o direito de defesa, salvo a intervenção do Ministério Público, provavelmente em decorrência do disposto no artigo 82, inciso I (quando fala em incapazes), sem desprezar o enquadramento ainda no inciso II (estado da pessoa) ou III (qualidade da parte).

Mas talvez eu esteja delirando a este respeito, e excessivamente preocupado com as formalidades processuais.

Assim, a opinião pessoal é no sentido de que tanto o simples pedido de autorização judicial para a antecipação de parto (aborto), como o *habeas corpus*, não seriam os mecanismos hábeis para a busca de pretensão como a aqui deduzida.

Todavia, neste aspecto, de natureza processual, me rendo à decisão superior.

A imprensa da Capital divulgou, recentemente, decisão liminar do Superior Tribunal de Justiça, atendendo pedido da Defensoria Pública do Rio Grande Do Sul, que deduziu perante a Superior Instância pretensão similar, mediante *habeas corpus*, a qual foi acolhida (ao conteúdo e natureza da decisão ainda não tive acesso).

Assim é que, atento ao precedente, conheço do pedido.

MÉRITO

A questão vem merecendo, cada vez mais, debate pela sociedade. Com frequência são escritos artigos, já que o tema é instigante, ora a favor, ora contra.

Reproduzo alguns que entendi interessantes recordar:

THOMAZ RAFAEL GOLLOP

Livre docente em Genética Médica pela Universidade de São Paulo e diretor do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo

Boletim IBCCRIM, ano 12, nº 141, AGO2004

Ao solicitarmos o primeiro alvará judicial para interromper uma gravidez, gestadora de feto anencefálico em São Paulo em 1993, tínhamos clareza em relação aos nossos objetivos. Até então poucos casos semelhantes haviam transitado em julgado no Brasil. Havia um alvará concedido em Ariquemes, Rondônia em 1989. Outro fora concedido pelo juiz dr. Miguel Kfoury Neto, católico convicto, em Londrina, no Paraná, em 1992, este último com grande repercussão na mídia da época. Havíamos sido alertados no sentido de que apresentar uma solicitação dessa natureza em São Paulo era mais complexo e, na hipótese de vir a ser a mesma negada, poderíamos estar comprometendo futuras concessões, tanto em São Paulo quanto em outros Estados da União. Foi alvissareiro obtermos então o primeiro alvará deferida pelo juiz corregedor do Dipo, SP, dr. Geraldo Pinheiro Franco. De sua sentença aprendemos muito. Também católico, afirmava o juiz que, embora suas convicções pessoais fossem contrárias ao abortamento, sentia-se ele na obrigação de entender a angústia do casal que postulava a interrupção da gravidez e, assim decidindo, faria o direito operar na direção dos mais legítimos interesses dos requerentes. Neste sentido parece-nos que há ainda hoje uma grande dificuldade, em amplos setores de nossa sociedade, no que diz respeito à separação entre o direito individual, cidadania, moral, ética e religião. Cada um tem o direito de ter suas próprias crenças e estas devem ser respeitadas. Em tese vivemos em uma grande sociedade com separação entre Estado e Igreja. Como veremos mais adiante, essa separação nem sempre é clara e muitas vezes não se faz, na prática, respeitada.

Voltemos aos objetivos de 1993. O diagnóstico das anomalias fetais naquela época já era uma realidade no Brasil. Anomalias cromossômicas, defeitos anatômicos e mesmo várias afecções genéticas, detectadas em nível molecular, podiam ser diagnosticadas com larga margem de segurança em nosso País. Era uma preocupação que os casais que, sempre em gestações altamente desejadas, viessem a ter o infortúnio de receber o diagnóstico de uma anomalia fetal grave e incurável, pudessem optar livremente e sem constrangimentos por manter ou eventualmente interromper essas gestações. Por outro lado, tínhamos a preocupação de revestir de legalidade o diagnóstico intra-uterino de anomalias genéticas. Nossa visão era que nada adiantava termos a mais moderna medicina ao alcance de nossos pacientes para depois, feito um diagnóstico desfavorável, lançarmos a paciente ao encontro de um abortamento inseguro realizado clandestinamente. Associar os avanços da ciência com mudanças na lei parecia-nos imperioso.

Importante mencionarmos que todos os países desenvolvidos do mundo, exceção de Malta e Irlanda, tiveram suas legislações adaptadas à modernas técnicas de diagnóstico intra-uterino ainda na década de 70. A Argentina já incorporou o fornecimento de alvarás judiciais em anomalias fetais incompatíveis com a vida, e o Uruguai está passando em 2004 por revisão de seu Código Penal. Por outro lado, é reconhecido que nosso Código Penal, datado de 1940, está anacrônico. A mudança de códigos no Brasil é um processo extremamente lento. Pensávamos serem os alvarás judiciais uma fórmula intermediária que poderia amenizar as angústias de pacientes e médicos durante determinado tempo. Talvez escape à compreensão de muitos que a concessão de um alvará tem múltiplos desdobramentos. Em primeiro lugar a paciente grávida deixa de ter o sentimento de estar cometendo um crime. Além disso, poderá ela usar os recursos de hospitais tanto públicos como privados, utilizar atendimento médico adequado e ainda, para aquelas pacientes que o possuem, utilizar seguro de saúde. Somados, esses elementos tem alcance social inestimável.

Subestimando, temos hoje mais de 3.000 alvarás concedidos nos mais diversos Estados do Brasil. A subestimativa justifica-se, pois nem todas as instâncias judiciais estão informatizadas e não dispomos de meios para auferir os dados com grande precisão. Poucos são os casos de alvarás não deferidos em primeira instância, alguns dos quais acabaram sendo deferidos, após recursos, em segundo instância.

A partir de 1998 um promotor de Brasília, dr. Diaulas Ribeiro, iniciou trabalho com pacientes provenientes de hospitais da rede pública, com diagnósticos de patologias fetais incompatíveis com a vida extra-uterina. Tratando-se sempre de patologias gravíssimas, são essas pacientes atendidas em 24 horas dentro das quais os laudos médicos, acompanhados de exames específicos, são analisados por uma equipe multidisciplinar. Quando o desejo da paciente é interromper a gravidez, concede-se um alvará para 'antecipação do parto'. Em Brasília há a vantagem de uma análise rápida do caso, evitando-se o sofrimento da paciente e de sua família com a demora na emissão do alvará judicial que, em alguns Estados, pode levar até três semanas.

Trataremos agora de uma outra questão. A liminar concedida em julho de 2004 pelo Ministro Marco Aurélio de Mello do Supremo Tribunal Federal limita-se a determinado caso, de anencefalia, pois esta era a patologia que comprometia a gestação na ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde e que foi julgada pelo STF. Entretanto, há outras patologias graves que os juízes em primeira instância contemplam com alvarás judiciais para interrupção da gravidez. Apenas para ficarmos em alguns exemplos podemos citar fetos portadores de agenesia renal bilateral, holoprosencefalia em fetos ciclopes e aberrações cromossômicas graves com malformações cardíacas e cerebrais múltiplas. Limitarmos, portanto, a questão da

autorização de interrupção da gravidez aos casos de anencefalia será inadequado, pois outros diagnósticos igualmente graves e sem perspectivas de sobrevivência dos recém-nascidos estariam injustamente excluídos.

Sempre haverá aqueles que discordam da permissão para a interrupção da gravidez em patologias fetais incompatíveis com a vida. Têm eles todo o direito de fazê-lo. Sabemos que esta questão não é consensual. Os discordantes muitas vezes falam na possibilidade de erro diagnóstico. Devemos assinalar que diagnósticos de grandes malformações fetais são feitos com larga margem de precisão, tornando a possibilidade de incorreção remotíssima. Estamos aqui considerando que a falibilidade é humana em todas as áreas de atuação. Não temos notícia, nos 2.000 alvarás que pudemos analisar, de algum erro diagnóstico. Além disso e por cuidado, os laudos diagnósticos são sempre avaliados e assinados por mais de um médico.

Referimo-nos agora a conceito importante relacionado à qualidade de vida. O projeto humano de ter filhos é afetivo e de responsabilidade. Ao planejarmos um filho desejamos que ele tenha qualidade de vida e não apenas vida. Nas patologias graves e incuráveis do feto, algumas delas acima citadas, não há perspectiva alguma de qualidade de vida, nem mesmo qualquer forma de tratamento médico. É absolutamente lícito que a gestante com sua família possa ter autonomia de decidir se quer manter ou não a gravidez, diante de uma patologia de tal ordem de gravidade. Nesse ponto nos deparamos com o papel das Igrejas e da CNBB. As questões do abortamento, assim como do uso de preservativos ou anticoncepcionais artificiais, para ficarmos em apenas alguns exemplos, representam questões dogmáticas para a Igreja Católica. Os fiéis que desejarem seguir os ditames da Igreja obviamente poderão fazê-lo. Por outro lado, não será democrático que a Igreja Católica ou qualquer outra Igreja decida o que deverá ser feito, nas questões de saúde reprodutiva, por toda a população brasileira. Muito interessante é o pensamento de Wilson da Costa Bueno, professor da ECA/USP. Para ele, ciência e religião tem formas muito distintas de leitura do mundo. A religião é parte integrante e fundamental de qualquer cultura. Sua influência, entretanto, deve ficar restrita aos limites que a própria sociedade impõe. Se a opinião pública brasileira é majoritariamente favorável ao livre arbítrio na questão da interrupção de gestações com fetos portadores de anomalias incompatíveis com a vida, não será o Estado, nem a Igreja que poderão decidir o contrário. A ciência e a religião só poderão conviver em harmonia se os limites de sua atuação estiverem claramente definidos. Convenhamos não ser esta uma tarefa fácil, mas a solução, novamente, estará ao lado da razão e não da fé.

Sabemos também que muitos brasileiros, que referem pertencer à fé católica, não seguem todos os seus dogmas. Nos últimos anos, países extremamente católicos como a Espanha e Portugal, tiveram reformuladas as leis relativas ao abortamento, incluindo-se a possibilidade de abortamento em casos de anomalias fetais graves. Tais adaptações jurídicas não causaram nesses países ruptura entre Igreja, Estado e Sociedade. O lobby da Igreja no Brasil ainda conserva uma postura tutelar em questões relacionadas à saúde reprodutiva. Será fundamental que os vários segmentos da sociedade reconheçam que aqueles que desejam seguir a Igreja Católica e outras Igrejas, nas quais não se aceita a interrupção da gravidez em nenhuma hipótese, poderão fazê-lo. Obviamente, uma vez modificada a legislação em relação ao abortamento, ninguém será obrigado a interromper uma gravidez sem desejá-lo. Deverá ser assegurado entretanto direito de outros segmentos da nossa população pensarem e agirem diferentemente nessa penosa questão.

Embora lentamente, devemos reconhecer que diminuiu o descompasso entre os avanços da ciência e a lei, nos últimos anos. Incorporamos no Brasil as modernas técnicas de diagnóstico genético no pré-natal nos anos 70 e iniciamos a obtenção de alvarás judiciais para interrupção de gravidez, de maneira mais sistemática, há onze anos. Evidentemente a decisão caso a caso, além de morosa e desgastante para cada paciente, sobrecarrega o Judiciário. Podemos afirmar que nestes últimos onze anos firmamos jurisprudência nessa questão. Pensamos ter chegado a hora de contemplar a sociedade brasileira com um instrumento jurídico moderno que permita às partes tomar livremente a decisão de manter ou interromper tais gestações, dentro dos mais elevados princípios da ética. Este instrumento poderá nos chegar às mãos através de uma decisão dos onze membros do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo através de uma necessária reformulação do Código Penal.

UM DESABAFO E UMA ESPERANÇA

Artigo publicado no BOLETIM do IBCCRIM, ano 12, n° 145, DEZ2004, a propósito do tema em epígrafe, logo depois do julgamento, pelo STF, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 54, que cassou, por sete votos contra quatro, um dos fundamentos da liminar que havia sido concedida pelo Min. MARCO AURÉLIO. Segundo o Boletim, em EDITORIAL, trata-se do testemunho de uma associada, Juíza de Direito, relatando situação pessoal:

“Sou mãe (ou fui) de um bebê com essa deformidade. Soube disso no terceiro mês de gravidez (vinte anos atrás) e meu primeiro pensamento foi a interrupção. Consultei sobre o assunto o médico que acompanhava a gestação e ele deu uma resposta desconcertante: ‘se V. quiser abortar, indico-lhe um aborteiro porque eu sou parteiro’.

Isso me deu uma enorme sensação de culpa; me senti uma assassina e levei a gravidez a termo. Foram os piores anos de minha vida, pois uma das coisas mais importantes deste período é o vínculo de amor e de carinho que nós estabelecemos com o ser que está ali dentro de nós. Só uma mãe sabe como é esse sentimento. Durante os sete meses restantes, vivi brigando com tal sentimento que teimava em não ser

indiferente, pois imaginava que, se conseguisse não estabelecer o vínculo, sofreria menos. Foi uma experiência que nenhuma mãe deseja viver.

Minha filha nasceu de um parto cirúrgico (já tinha ocorrido uma primeira gestação, também com parto cirúrgico no qual, por erro médico, a criança nasceu morta) e perdi a oportunidade de ter tido mais um filho haja vista que o número de partos cirúrgicos é limitado, logo eu, filha única, que sempre sofri de um dos piores males: a solidão. Ter vários filhos para mim sempre foi uma vontade antiga, que a psicologia pode explicar muito bem. Minha filha tinha um rosto lindo, mas faltava o osso que reveste o cérebro, a anencefalia. Os pediatras aconselharam não alimentá-la para que o tempo de vida não se prolongasse e informaram-me que a criança sente dores por todo o corpo em virtude da anomalia. Não tive condições psicológicas de cuidar de minha filha; ela viveu cinco dias porque minha sogra desobedeceu à recomendação médica e a alimentava. Entretanto, segundo me informou, era visível o desconforto da criança que não tinha ânimo nem para chorar; esboçava uma gesticulação intermitente e desconexa.

Aí se foram as duas possibilidades de ter um filho. Insisti numa terceira gravidez, quando o casamento já estava abalado e, nesta, não conseguia acreditar que tudo estava bem e, novamente, me esforcei para não amar tanto o meu filho. Não comprei uma fralda; não fiz o enxoval e nunca me dirigi ao feto com medo de mais uma perda. Eu sabia que não suportaria. Graças a Deus, tudo deu certo. O parto foi novamente cirúrgico e deveria ter sido o último, mas, dada a minha juventude e a boa plasticidade de meus tecidos, o parteiro não fez a ligadura de trompas. Separei-me do marido e, sete anos depois, em uma segunda relação, nasceu a minha filha que hoje tem treze anos de idade e é a mais esprevidada da família.

Por tudo isso que acabo de testemunhar – e é a primeira vez que tenho coragem de fazer isso – peço que ajudem muitas mulheres nestas circunstâncias a darem a si próprias a oportunidade de ter um filho saudável – com vida –, pois não se pode falar em vida do anencéfalo. Que vida? Somente intra-uterina. Desculpem-me de ter escrito tanto, mas é um desabafo e uma esperança.”

Todo esse depoimento deixa patente as seqüelas, sobretudo de ordem psíquica, suportadas pela mulher gestante, obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável. Esta morte anunciada, que não se permite abreviar no tempo, constitui a condenação imerecida à mulher grávida e a abolição do exercício de sua autonomia de vontade. Obrigá-la a carregar em seu ventre um ser morto, porque deixará de existir se dela desconectado, constitui ainda uma ofensa à sua dignidade de mulher e de mãe. A interrupção da gestação nunca será a causa da morte do feto anencéfalo, mas a mera ocasião para que a morte ocorra.

O desabafo contido na mensagem acima transcrita traz em si a esperança de que o Supremo Tribunal Federal, examinando o mérito da questão que lhe foi proposta, permita que o corpo da mulher gestante não sirva de esquite ambulante de um feto sem nenhuma perspectiva de vida.

SOBRE A INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS

ANTONIO PRADO – Economista, professor universitário licenciado e assessor técnica na liderança do governo no Senado Federal.

Publicado no Boletim IBCCRIM, ano 12, nº 145, DEZEMBRO2004, p. 2

A recente revogação pelo Supremo de liminar, que autorizava a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, não interrompe o importante debate que vem ocorrendo nos últimos meses sobre a questão do aborto, pois o tribunal ainda irá analisar a admissibilidade da ação da CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde) e, caso a aceite, o mérito da questão. Por ser um assunto de relevância universal, vem sendo considerado por especialistas e por todos que se sensibilizam pela sua dimensão ética e humana.

A primeira questão está em considerar: a interrupção de uma gestação de feto humano anencefálico, propriamente diagnosticado, é um aborto? Se há vida potencial no resultado da concepção e no estágio específico em que a gestação é interrompida, há aborto. Se não, não há aborto, pois nenhuma vida potencial ou efetiva está sendo interrompida. Portanto, a questão está em estabelecer se há vida, ou não, em um feto anencefálico.

A existência ou não de cérebro não é uma condição que pode ser colocada de forma absoluta, pois isto seria um absurdo, já que não há cérebro ou mesmo sistema nervoso central em todas as fases da gestação. O diagnóstico de anencefalia só tem sentido a partir do momento da gestação em que o cérebro deveria inequivocamente se formar. Antes, há a expectativa de um cérebro em formação, depois, já o prognóstico do não desenvolvimento de um cérebro, ou o prognóstico de um tão lesado que nele não há atividade nervosa.

Mas há vida em potencial em um feto sem cérebro ou sistema nervoso central? Se a definição de morte cerebral é usada para casos de declaração de morte para pacientes com outros órgãos ainda em funcionamento – não de forma autônoma –, principalmente nos casos de extração de tecidos e órgãos para transplante, parece óbvio que um feto sem cérebro ou atividade cerebral poderia ser declarado, por analogia inevitável, como em estado de morte cerebral ou de cessação de vida potencial. E da mesma forma que o desligamento dos equipamentos de manutenção artificial de funções orgânicas não é entendido como eutanásia no caso de seres humanos nascidos vivos, mas com morte cerebral declarada, não poderia ser entendido como aborto o caso de retirada de um feto anencefálico o qual só tem o funcionamento de seus órgãos garantido pela sua ligação ao corpo da mãe.

Não se trata da tese da viabilidade do feto, pois essa é probabilística e condicionada de recursos médicos para garantir vida após o parto. É evento certo, portanto não probabilístico, que o feto anencefálico não

tem expectativa de vida e que não viverá, pois, como já colocado antes, ele sequer está, a rigor, vivo antes do parto. O fato de seu coração e outros órgãos funcionarem alguns momentos após o parto não define vida, uma vez que isso ocorre por impulsos que não são cerebrais, como está mais do que comprovado em situações semelhantes.

Alguns diriam que é uma vida que pode ser fonte de vida para outros seres humanos, através de transplantes. É uma outra abordagem, pois a defesa da vida em potencial geralmente se dá a partir da essência de um indivíduo, singular, único. A vida neste argumento particular se define em relação a, não em si. É uma das teses adotados pelo nosso Procurador-Geral da República, que é contra a interrupção da gestação nas condições aqui discutidas, não por ser vida em potencial em si, mas por representar sobrevida para outros.. Nesse caso, o sentido dessa vida seria a de ser suporte de tecidos humanos para outros seres humanos. Ou seja, admite-se que, na sua singularidade, essa vida não teria sentido nenhum. Acaba por ser uma abordagem ambígua para defensores da tese antiaborto que se baseiam na sacralidade da vida. A decisão da doação de órgãos e tecidos poderia ser feita, então, em qualquer momento da gestação, uma vez constatada a falta de atividade cerebral quando e onde ela deveria existir. Não é argumento sólido contra a interrupção da gestação de anencefálicos. Até pode até ser usado a favor dela, por justificar a interrupção da vida em favor de outra.

A dor do feto abortado, argumento muito usado por militantes antiaborto, não se aplica a este caso, pois o feto anencefálico não é e não poderia ser senciente, já que não tem cérebro. Evitar a dor é um princípio moral universal e base da compaixão humana. Se uma vida em potencial pode causar dores lancinantes a uma vida efetiva, a da mãe, ainda assim haveria dúvidas quanto a interromper essa vida em potencial. Mas, se o feto anencefálico, portanto com morte cerebral, pode vir a causar dores físicas ou psicológicas lancinantes à mãe, não deveríamos ter dúvidas em relação à escolha moral adequada, preservando-se, neste caso, a mãe.

As abordagens religiosas nesse tema são complexas e sensíveis. Mas o Estado brasileiro é laico, sendo importante ressaltar que uma possível decisão no Plenário do STF não será uma imposição da prática de interrupção da gestação dos fetos anencefálicos, mas sim uma autorização para que o procedimento médico, desde que autorizado pela mãe ou pela família, seja realizado sem a criminalização do ato. As pessoas, que por motivos de fé religiosa não quiserem realizar a interrupção dessa gestação, tem toda a liberdade garantida pela Constituição Brasileira.

Os religiosos diriam que isso não é suficiente, pois o fato de o Estado ser laico não justifica a adoção de uma atitude entendida como hedionda pelos princípios da fé, sendo legítimo que lutem contra. Não há dúvida, é legítimo do ponto de vista moral, religioso e político. Mas não parece que foram apresentados argumentos sólidos contra o mérito da questão, até agora.

O argumento da sacralidade da vida é significativo. De certo, matar está errado, sejam seres sencientes da nossa espécie ou não, já que todos sofrem ou podem causar sofrimento ao morrer. E matar seres que tem alma, mais errado ainda, pois a vida nesse caso tem origem e sentido transcendental. Há que se respeitar os que defendem esses dogmas e, se não forem prejudiciais a terceiros, garantir seu exercício pleno. Porém, não se pode admitir que dogmas religiosos sejam impostos através do Estado laico, a cidadãos com outras convicções.

Os que não admitem discutir a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, mesmo havendo argumentos razoáveis para o debate, por temerem que isso abra portas para outras modalidades de abortos, cometem um erro. De fato, a sociedade se torna cada vez mais liberal e disposta a aceitar o que antes era tabu e tende a considerar o progresso da Medicina nas decisões telúricas, mesmo e principalmente quando a colocam frente a questões novas, para as quais as nossas antigas respostas mostram-se incompletas. Mas interditar o debate com estratégias tipo 'daqui a pouco estará implantada a eugenia', não contribui para o avanço moral do País. As questões difíceis devem ser tratadas, mesmo que haja risco de equívocos. Evitá-las, não os afasta e, com certeza, só amplia a exclusão dos cidadãos de questões que estão no seu cotidiano e sobre as quais podem dar sua contribuição real.

ABORTO – ANENCEFALIA

Diário da Justiça – 05JAN05

A legalização do aborto de anencéfalos deveria ser pensada com o mesmo raciocínio empregado para a transmissão de órgãos de um paciente com morte cerebral. Segundo o Coordenador do Centro Latino-Americano de Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM), Sérgio Carrara, **'aceitamos legalmente a morte cerebral, mas não a de um feto sem cérebro, o que é uma contradição estranha'**.

Em outros países, ditos mais avançados, a legislação já enfrentou alguns temas. A seleção vem sendo autorizada, quando não há expectativa de vida normal, para quando a vida reserva as ditas amarguras e sofrimentos para os pais.

A TERRÍVEL ESCOLHA

REVISTA VEJA – ED. ABRIL – 16MAR2005

Quando não há mais esperança de cura, médicos holandeses põem fim à vida de recém-nascidos com doenças graves.

Anna era doente demais para a vida. Nasceu com síndrome de Down e uma malformação do cérebro e da coluna cervical. No lugar do palato havia uma fenda enorme. “Nem analgésicos potentes conseguiam atenuar a dor de nossa filha”, relata a mãe. Por isso, os pais tomaram uma das decisões mais difíceis de sua vida, quando a menina tinha apenas 4 semanas de idade. Eles pediram que sua filha fosse morta com a ajuda de medicamentos. Em seu país, a Holanda, a morte induzida por médicos – chamada de eutanásia – deixou de ser crime há quatro anos. No entanto, a lei só se aplica a pacientes terminais adultos e exclui crianças menores de 12 anos, consideradas incapazes de expressar sua vontade. Mas agora tudo indica que a legislação está prestes a permitir também a interrupção da vida de recém-nascidos sem esperança de cura para seus padecimentos.

“Anna teria sofrido cerca de vinte intervenções cirúrgicas apenas no primeiro anos de vida”, diz Eduard Verhagen, diretor do departamento de pediatria do Hospital Universitário Groningen, na Holanda. Vários especialistas avaliaram o estado do bebê e chegaram à conclusão de que as operações não mudariam o péssimo prognóstico. Os pais não suportavam a idéia de esperar durante semanas ou mesmo meses a morte natural chegar. Eduard Verhagen, pai de três filhos, também achou desumano o prolongamento do sofrimento. Foi o próprio pediatra que, então, aplicou em Anna uma dose elevada de morfina e de um calmante, enquanto a mãe segurava a menina no colo, rodeada pelo pai, pelos avós, por uma enfermeira e por um sacerdote. Demorou apenas poucos minutos até que o coração do bebê deixasse de bater.

Pela legislação holandesa, Eduard Verhagen poderia ser processado por assassinato, porque a eutanásia só é livre de punição quando se trata de pessoas capazes de optar por ela conscientemente, o que não é o caso de um recém-nascido. No entanto, o diretor da pediatria, que também estudou direito, negociou há dois anos com a promotoria do estado um acordo prevendo a aplicação de um protocolo com critérios rígidos para a eutanásia em outras situações que não as previstas em lei. Nas próximas semanas a eutanásia em recém-nascidos será debatida pelo Parlamento holandês. A Holanda poderá se tornar o primeiro país do mundo a permitir a morte ativa de pessoas sem o consentimento expresso delas.

“A nossa conduta é honesta e transparente, porque no mundo inteiro médicos reagem como nós e abreviam a vida de bebês sem prognóstico, só que ninguém assume isto publicamente”, diz Verhagen. Numa sondagem anônima entre neonatologistas holandeses, mais de dois terços concordavam com a eutanásia ativa no caso de crianças sem esperanças de cura. Por isso, o chamado Protocolo de Groningen tem alta aprovação entre os pediatras. Todos os oito hospitais universitários holandeses aderiram a ele. O protocolo prevê cinco critérios para a eutanásia em crianças. Primeiro, o sofrimento é muito grave. Segundo, a sobrevivência é impossível por muito tempo. Terceiro, a chance de cura ou melhora da doença por meio de medicamentos ou cirurgias é inexistente. Quarto, os pais concordam com o diagnóstico e um médico independente reavalia o caso e chega à mesma conclusão. Por último, depois da morte da criança os pais recebem acompanhamento psicológico. Felizmente, as situações em que se aplica a eutanásia por esses critérios são raríssimas, sendo que elas se apresentam muito mais como um dilema ético do que como um enigma médico. O pediatra Verhagen estima que de dez a quinze crianças na Holanda se veriam nessa situação a cada ano. No mundo, seriam cerca de 600 recém-nascidos vindo ao mundo em estado tão desesperador.

A idéia de colocar de pé um protocolo da eutanásia neonatal acompanha Eduard Verhagen há anos, desde a ocasião em que ele não teve coragem de por fim ao sofrimento de um bebê cujos pais imploravam para que ele abreviasse a sua tenra e desumana existência. A criança nascera com uma forma severa de epidermólise congênita – uma má formação da pele, sem cura. Ao ser tocada, a pele se esfolava até que o corpo inteiro estivesse em carne viva. O bebê tomava morfina constantemente. Formavam-se cicatrizes tão grandes que em questão de semanas as articulações do bebê foram imobilizadas. Quase todos os pacientes que sobrevivem a esse martírio desenvolvem mais cedo ou mais tarde um câncer agressivo de pele. A criança que emocionou Verhagen morreu aos seis meses, em casa, de pneumonia.

O pequeno paciente sofreu tempo demais ou a experiência das dores fez parte daquela zona miserável da condição humana? Pais e médicos respondem a essa pergunta de acordo com a sua formação cultural e religiosa. Uma pesquisa européia mostra que metade dos pediatras italianos tentaria reanimar um prematuro até em casos extremos, mesmo que houvesse riscos enormes de ele se tornar um deficiente mental grave. Na Suécia ou na Holanda, menos de 5% dos médicos declararam fazer a mesma coisa que seus colegas italianos.

Na Alemanha, um caso comoveu o país. O menino Victor teve parte do cérebro e dos rins destruída por um problema no parto. Os pais legítimos abandonaram a criança aos 6 meses, no Hospital Universitário de Hamburgo, na Alemanha. O menino sobrevivia apenas graças à diálise peritoneal, que limpava o seu sangue das toxinas que o rim não excretava. Ficou preso à cama a vida toda, porque não andava e também não falava. Teve alta do hospital, pela primeira vez, aos três anos de idade, quando os pais adotivos o levaram, continuando a diálise peritoneal em casa. Desde então, a família adotiva de Victor nunca mais tirou férias, dedicando-se integralmente ao menino. Os pais adotivos se alimentavam emocionalmente dos sorrisos esporádicos do garoto.

Esse movimento de lábios, que os médicos não sabem dizer se é apenas um esgar involuntário, deu aos novos pais de Victor a certeza de que, mesmo em condições terríveis, ele estava saboreando cada minuto da vida e do amor que lhe era dedicado. Victor recebeu dois transplantes de rim. Recentemente, ele morreu, aos 8 anos, sem nunca ter engatinhado, andado, ido à escola ou falado uma só palavra. Os médicos discutiram a eutanásia passiva em vários momentos da vida de Victor. No entanto, ninguém ousou executá-la.

SOBRE A ATIPICIDADE DA INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO
DOMINGOS BARROSO DA COSTA

Assessor junto à 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, bacharel em Direito pela UFMG e especialista em Criminologia pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas/Acadepol-MG e em Direito Público, pela Unifranrio/Praetorium

BOLETIM IBCCRIM, Nº 152, JULHO/2005

Muito se tem discutido acerca dos aspectos criminais que envolvem a prática do aborto quando constatada a anencefalia do feto. A proteção ao 'nascituro' tem sido contraposta aos danos psicológicos observados na mulher que suporta uma gravidez nestas circunstâncias, vendo-se aviltada em sua própria dignidade. Trata-se de questão merecedora do mais profundo debate, a exigir sejam sopesados aspectos médicos e jurídicos.

Primeiramente, observa-se a importância da delimitação do bem jurídico tutelado pelos tipos penais previstos nos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal pátrio, todos relativos à prática do aborto. Nestes casos, conforme escorreita lição de Luiz Regis Prado, a tutela recai essencialmente sobre 'a vida do ser humano em formação'. Ainda segundo o eminente jurista, neste sentido, 'protege-se a vida intra-uterina, para que possa o ser humano desenvolver-se e nascer'. Posto isto, só se pode concluir que o objeto material do delito é o embrião ou feto humano vivo e apto a desenvolver-se, que esteja alojado no útero da gestante.

Ou seja, garante-se proteção jurídica ao embrião/feto vivo para que este tenha condições de vir ao mundo e tornar-se um indivíduo capaz de ampliar suas potencialidades enquanto tal. Trata-se de guarida correlata à que o Direito Civil confere ao nascituro e é a chave da discussão que ora se inicia e para cujo desenlace fazem-se necessárias algumas considerações acerca da anencefalia.

Conforme breve definição médica, consiste a anencefalia na má-formação congênita do sistema nervoso central, na qual o encefalo é anaplásico (não se desenvolve) e a calota craniana está ausente, ficando a mal desenvolvida massa cerebral exposta. Os hemisférios cerebrais e o cerebelo geralmente estão ausentes e identifica-se apenas um resíduo do tronco encefálico. O que se observa, portanto, é um ser dotado apenas de fragmentos cerebrais, que tem seu fim inexoravelmente próximo, vez que não possui a estrutura encefálica necessária à realização das sinapses que possibilitarão a manutenção de uma respiração autônoma e o desenvolvimento de outras funções essenciais à existência.

Neste ponto, remetemo-nos a outra questão de suma relevância para o deslinde desta discussão, qual seja, a do momento de constatação da morte para efeitos legais. Como cediço, atualmente, num consenso de valores médico-jurídicos, tem-se admitido a morte quando da constatação da falência encefálica, na qual se verifica lesão ou deterioração substancial e irreversível do cérebro, em que o sujeito se torna incapaz de viver de forma autônoma. Autorizando-se, inclusive, a doação de seus órgãos.

É o que preconiza a Lei nº 9.434/97, que em seu art. 3º, caput, assim dispõe:

'Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina'.

Definido este limite, como se admitir que o feto anencefálico tenha condições de vida, se as deformações constatadas em seu precário desenvolvimento indicam tratar-se de um ser que possui tão-somente resíduos do tronco cerebral, geralmente com hemisférios cerebrais e cerebelo ausentes?

Verifica-se, pois, a inviabilidade do feto, que só tem condições de manter algumas de suas funções, como batimentos cardíacos, enquanto ligado à mãe ou enquanto amparado por aparelhagem médica. E, se a tutela penal, como já dito, resguarda 'a vida intra-uterina, para que possa o ser humano desenvolver-se e nascer', não se pode conceber que também recaia sobre o feto que de antemão se sabe destituído das condições mínimas de sobrevivência, não se admitindo a punição à gestante ou a quem, com sua autorização, interrompa tal gravidez.

Levando-se em consideração a legalidade restritiva que permeia o tipo penal, tem-se a conduta acima sugerida por atípica, uma vez que direcionada a objeto não protegido por normas criminais, sendo destituída de potencial lesivo aos objetos materiais contidos nos tipos delimitados nos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal Brasileiro.

Afastados os debates religiosos, há de se observar que vivemos num Estado laico, em que vige o princípio maior da dignidade da pessoa humana, cuja interpretação não permite vislumbrar-se que uma mulher seja compelida a carregar em seu ventre um feto inviável, sem o mínimo potencial necessário para viver e tornar-se um indivíduo. Como supradelineado, as condições do anencefalo são comparáveis ao do indivíduo a que sobreveio falência encefálica, podendo, logo, ser considerado juridicamente morto.

Face às circunstâncias expostas, descabido falar-se sequer em direitos a serem sopesados proporcionalmente, eis que ao feto anencefalo não se pode atribuir a mesma proteção jurídica conferida ao nascituro. Assim, a outra conclusão não se pode chegar senão pela atipicidade da conduta da gestante que

interrompe ou autoriza terceiro a romper gestação de feto sabidamente acometido pela anencefalia, dentre as 'monstruosidades fetais, das que mais impressiona médicos e leigos'.

Destaco algumas passagens:

“Referimo-nos agora a conceito importante relacionado à qualidade de vida. O projeto humano de ter filhos é afetivo e de responsabilidade. Ao planejarmos um filho desejamos que ele tenha qualidade de vida e não apenas vida. Nas patologias graves e incuráveis do feto, algumas delas acima citadas, não há perspectiva alguma de qualidade de vida, nem mesmo qualquer forma de tratamento médico. É absolutamente lícito que a gestante com sua família possa ter autonomia de decidir se quer manter ou não a gravidez, diante de uma patologia de tal ordem de gravidade.”

“É evento certo, portanto não probabilístico, que o feto anencefálico não tem expectativa de vida e que não viverá, pois, como já colocado antes, ele sequer está, a rigor, vivo antes do parto. O fato de seu coração e outros órgãos funcionarem alguns momentos após o parto não define vida, uma vez que isso ocorre por impulsos que não são cerebrais, como está mais do que comprovado em situações semelhantes”.

Concluo, portanto, com os artigos transcritos, que existem posições favoráveis à pretensão deduzida, e entre os argumentos estão o conforto da gestante, o abalo psicológico da gestante, a quase impossibilidade de vida após o nascimento, e até a qualidade de vida.

Aliás, nem mesmo o abalo psicológico com que acena a impetrante é necessariamente verdadeiro.

A **síndrome pós-aborto** também é uma verdade que se contrapõe, na medida em que a mulher poderá desenvolver problemas de natureza psicológica maiores do que aqueles gerados pelo nascimento/morte de uma criança anencefálica.

A propósito:



PROVIDAFAMÍLIA

[\[Arquivos\]](#) - [\[Aborto\]](#) - [O que é a SÍNDROME PÓS-ABORTO?]

O QUE É A SÍNDROME PÓS-ABORTO?

WANDA FRANZ, Ph.D(*)

Traduzido do National Right To Life News 14(1):1-9, 1987 - WHAT IS POST-ABORTION SYNDROME? - por Herbert Praxedes(**)

O que sabemos das conseqüências prejudiciais do aborto para a mulher ? Aqueles que aconselham e executam abortos sempre afirmaram não haver efeitos psicológicos desfavoráveis importantes decorrentes do aborto e além disso nenhum trauma a longo prazo. O problema com tais afirmativas , é que essas pessoas, empregadas ou não em clínicas de aborto e outras, adeptas dessa prática, nunca estão em condições de avaliar na mulher as conseqüências que se seguem ao aborto. Imediatamente após o ato, o pessoal clínico simplesmente manda a mulher para casa, e se ela vier ter problemas, deverá ir procurar auxílio em outro lugar qualquer.

Uma investigação mais sistemática demonstra que todas as reações perigosas ao aborto ocorrem tardiamente. Este padrão de reação retardada fez com que seja muito mais difícil de delimitar, avaliar e caracterizar o problema. A par disso, a comunidade de saúde mental tem sido muito lenta em reportar as reações desfavoráveis ao aborto. Eu sou de opinião que o aborto é um procedimento traumático, que tem repercussões negativas para a mulher, mas cujas manifestações objetivas podem ser retardadas.

Recentemente terapistas têm observado pavores irracionais e depressões ligadas às experiências abortistas e rotularam o problema como SÍNDROME PÓS-ABORTO (SPA). Dr. Vincent Rue a comparou-a à DESORDEM ANSIOSA PÓS-TRAUMÁTICA (DAPT), a qual a comunidade psiquiátrica reconhece como uma reação a longo prazo encontrada nos veteranos da Guerra do Vietnam, que subitamente exibem comportamento patológico anos após a experiência vivida na guerra. Rue acredita que a SPA, é uma forma de DAPT. É significativo o fato de que a Associação Americana de Psicólogos ter levado doze anos para reconhecer oficialmente a DAPT como uma entidade clínica.

Uma questão importante é:- todas as experiências abortivas são automaticamente estressantes ou apenas algumas mulheres têm problemas? Se apenas algumas mulheres sofrerão da SPA quais são as características daquelas mais susceptíveis? Essas são questões que não podem ser completamente respondidas agora. Rue acredita que existam várias categorias de reações. Que algumas mulheres respondem com grande trauma, outras com reações moderadas, enquanto que um terceiro grupo pode vir a nada sofrer posteriormente. A Terapeuta Terry Selby, de outro lado, acredita que cada aborto produz um trauma na mulher.

O aborto é, antes de tudo, um procedimento físico, o qual produz um choque no sistema nervoso e que deve provocar um impacto na personalidade da mulher. Além das dimensões psicológicas, cada mulher que se submeteu a um aborto deve encarar a morte de seu filho que não nasceu como uma realidade social, emocional, intelectual e espiritual. Tanto Selby como Dra. Anne Speckhard trabalharam com mulheres que tentaram ignorar os efeitos do aborto e ambos acreditam que quanto maior a rejeição, maior a dor e a dificuldade quando a mulher resolve finalmente enfrentar a realidade da experiência abortiva.

Para entender este achado e ter alguma base para raciocínio e pesquisa da SPA, é necessário que entendamos a orientação teórica dos terapeutas e seus "pressupostos". A primeira premissa é de que existe um processo inconsciente em ação em cada pessoa e que controla os estados emocionais e em última análise o comportamento. Se uma verdade é por demais desagradável, é possível aos seres humanos suprimir ou reprimir a realidade na parte inconsciente de suas mentes de forma a não ter que conscientemente pensar nela. Isto, é uma faculdade muito importante porque nos protege da necessidade de pensar constantemente sobre acontecimentos muito dolorosos.

Uma segunda premissa postula que mesmo sendo possível reprimir fatos reais eles, apesar disso, continuam a afetar nossos estados emocionais e nosso comportamento. Quando existe excesso de rejeição a dor reprimida nos traumatiza de alguma outra forma. De acordo com os clínicos, quando as mulheres que abortaram rejeitam ou reprimem sua experiência, os desajustamentos podem incluir grande descontrole emocional quando próximas a crianças, um medo irrealístico a médicos, uma incapacidade de tolerar um exame ginecológico rotineiro, ouvir o som de um aspirador de pó ou serem sexualmente estimuladas, etc.

O fato importante a ser entendido sobre essas manifestações, é que elas são reações irracionais a acontecimentos perfeitamente normais; e as mulheres não tem consciência de sua ligação com a experiência abortiva. É somente através da terapia que a ligação freqüentemente emerge. Assim, a partir dessa perspectiva teórica, admite-se que mesmo mulheres lesadas por suas experiências abortivas podem, de boa fé, alegar não terem sofrido reações adversas já que os sentimentos foram reprimidos, não havendo noção consciente dos mesmos. Além disso, de acordo com a mesma teoria, quanto maior a repressão, quanto maior a rejeição, maior é o dano à personalidade da mulher.

Como mencionado antes, Selby acredita que quanto maior a negação, mais graves serão as reações e mais doloroso será o tratamento. David Reardon, em seu levantamento de mais de 200 mulheres pertencentes ao movimento MULHERES VITIMADAS PELO ABORTO (WEBA), encontra também evidências em suas observações de que quanto mais tarde a realidade é admitida, mais difícil é a resolução do problema. Assim, a conclusão é que cada aborto tem efeitos prejudiciais sobre a mulher.

Os defensores do aborto advogam que somente as mulheres com problemas psicológicos anteriores tem dificuldade em

suportar as experiências abortivas. As próprias mulheres discordam dessa proposição. Contudo, pode ser verdade que mulheres com problemas prévios sejam mais susceptíveis às reações mais graves. Nós simplesmente não temos elementos para responder a essas questões de imediato. Podemos, entretanto concluir com certeza, que essas mulheres deveriam ser protegidas de traumas futuros induzidos por experiências abortivas.

Quais são os problemas que uma mulher que provocou um aborto deve encarar? Antes de tudo e principalmente a necessidade de enfrentar a realidade sobre o ato de provocar um aborto. A verdade é que quando uma mulher aceita se submeter a um aborto, ela concorda em assistir à execução de seu próprio filho. Esta amarga realidade que ela tem de encarar se opõe vivamente àquilo que a sociedade espera que as mulheres sejam:- pacientes, amorosas e maternais. Isso também vai contra a realidade biológica da mulher, que é plasmada precisamente para cuidar e nutrir seu filho ainda não nascido. Assumir o papel de "matadora", particularmente de seu próprio filho, sobre o qual ela própria reconhece a responsabilidade de proteger, é extremamente doloroso e difícil. O aborto é tão contrário à ordem natural das coisas, que ele automaticamente induz uma sensação de culpa. A mulher entretanto, deve admitir sua culpa para poder conviver com ela.

Existe uma escola de pensadores, adotada pela maioria dos promotores de abortos, que afirma que a admissão da culpa não é necessária. Sustentam eles que se uma mulher se sente culpada é porque alguém "colocou a culpa nela". O que eles sugerem é que isso acontece porque a mulher foi forçada pelos adeptos dos movimentos Pró-Vida a "assumir uma atitude de culpa" que cria uma dor desnecessária e que não leva a lugar algum. Presumem eles que a culpa não emerge do interior da mulher mas ao contrário é forçada para dentro dela. Contudo, a experiência das mulheres que se submeteram a abortos não está de acordo com essa afirmação. Ao contrário, as mulheres pertencentes ao movimento de MULHERES VITIMADAS PELO ABORTO relatam que a culpa se manifestou e cresceu com a própria experiência abortiva, foi parte da reação própria ao aborto e não infundida nelas por outras pessoas.

A primeira providência enfatizada pelos clínicos que trabalham com mulheres que se submeteram a abortos é fazer com que elas chorem pelo filho perdido. A realidade é que uma criança morreu e a resposta humana natural à morte é a tristeza. Se a mulher é impedida de assim reagir, ela terá dificuldade de encarar a realidade da experiência abortiva. Entristecer-se significa que ela tem noção de seu filho e que ela está chorando por uma determinada pessoa que morreu. Obviamente isto é mais difícil para uma criança que nunca foi vista. Era um menino ou menina, qual a cor dos cabelos e dos olhos que ele ou ela teriam? O problema é ainda mais intrincado no caso do aborto porque o corpo da criança é geralmente mutilado e é difícil para a mulher pensar na criança cujo corpo não mais existe.

Dr. E. Joanne Angello compara isso ao problema que enfrentam os pais de uma criança que teve morte violenta e cujo corpo não é encontrado, impedindo que ele seja velado ou enterrado. Como se pode resolver o problema? Em primeiro lugar, a mulher deve admitir que a criança está morta, de maneira que ela possa chorar por ela. Para chegar a este ponto a mulher tem que quebrar suas rejeições para permitir o reconhecimento da culpa. A culpa pode ser então utilizada terapêuticamente para ajuda-la a aceitar o fato de que ela errou, pedir perdão e ser curada.

Os terapeutas desenvolveram estratégias diferentes para ajudar a mulher. Por exemplo, Speckhard desenvolveu uma conduta fazendo com que a mãe visualize seu bebê dando a ela uma boneca para representar o filho morto. Ela é encorajada a dar um nome à boneca e falar com ela sobre seus sentimentos e tristeza. Isto lhe dá uma oportunidade de se "desculpar" com o bebê morto pelo que ela lhe fez e começar a prantear a criança perdida.

A abordagem de Selby requer que a mulher exteriorize a dor de sua experiência. Ele acredita que ela deva admitir como reais e liberar as emoções contidas e que nunca foram expressas por terem sido reprimidas pela rejeição. Isto pode ser um procedimento emocionalmente muito doloroso. Uma abordagem inteiramente diferente é contudo necessária para mulheres com um ano ou mais de experiência abortiva e que pedem uma alternativa ou um programa do WEBA. Elas geralmente já admitiram sua culpa e sofrem por ela mas necessitam alguém para ajudá-las no sofrimento.

Assim, existe uma variedade de problemas e necessidades e uma diversidade de estratégias para ajudar as mulheres no processo de cura. A despeito dessa diversidade existe algo que todos os terapeutas tem em comum. é acreditarem que a cura deve ser encarada como um acontecimento espiritual. Frei Michael Mannion sintetizou sua posição quando disse:- "O Autor da vida deve curar a perda da vida." Somente pela aceitação do amor e perdão de Deus a mulher pode ser curada. Qual a natureza dessa cura? Pode ela apagar o aborto como se ele nunca tivesse ocorrido? A resposta a esta última questão é "não". Como uma mulher do WEBA colocou:- "Pode-se ser curada da culpa mas a tristeza está sempre lá."

Assim, o primeiro propósito da experiência de cura é superar os efeitos adversos da culpa não admitida mas o remorso pelo ato é para toda a vida. Por mais completa que seja a cura a realidade do ato em si no pode ser apagado. O bebê abortado é uma pessoa humana real cuja presença será sentida pela mãe e por aqueles ao redor dela enquanto eles viverem. Os novos relacionamentos que a mãe vier a desenvolver serão afetados pela presença da criança morta. Crianças nascidas subsequentemente ao aborto terão um irmão morto, cuja realidade terá sempre um impacto em suas vidas. A experiência clínica de Angello com tais crianças tem sido considerável. Seus pais se caracterizam por uma proteção patológica aos filhos, receando perdê-los por algum acidente ou doença. O desejo obsessivo de outros filhos é decorrente da necessidade de terem uma criança para colocar no lugar da morta. Esse comportamento é extremamente prejudicial à evolução e

desenvolvimento normal dos filhos.

Assim os efeitos do aborto atingem a vida de cada indivíduo à volta da mulher, incluindo seus amores e filhos futuros. Por exemplo, como alguém diz a seus próprios pais que um seu neto foi morto e que nunca participará de um Natal ou uma excursão ao zoológico? Como se diz a um filho que nasceu depois porque um irmão ou irmã foram mortos e, mais importante, porque ele em particular não foi?

Como explicar o aborto a um futuro marido que deseja se casar e ter uma família? Que dizer se a mulher ficou estéril? Seria a esterilidade causada pelo aborto? Estas são questões duras e que devem ser respondidas. Felizmente, a mulher que se curou estará apta a lutar para superar esses problemas mas nunca será fácil e sempre será doloroso.

De que maneira são as mulheres vitimadas pelo aborto? Primeiro de tudo, nós sabemos que a maioria das mulheres que se submeteram a abortos teriam preferido outra solução para o problema. Elas são claramente vítimas de uma decisão tomada por outros. Contudo, muitas mulheres realmente escolhem o aborto. Podem elas ser consideradas vítimas? Os dados sobre a síndrome pós-aborto indicam que a culpa e a dor inerentes ao aborto em si mesmo vitimam a mulher. Como uma mulher, membro do WEBA coloca: "-Uma vez que uma mulher se torna mãe, ela será sempre mãe, tenha ou não nascido seu filho. O filho morto fará parte de sua vida por mais longa que ela seja." O aborto não é definitivamente uma "solução fácil" de um grave problema mas um ato agressivo que terá repercussões contínuas na vida da mulher. É nesse sentido que ela é vítima de seu próprio aborto e temos obrigação com a mulher americana de lhe dizer esta verdade.

(*) Professora Associada de Recursos Familiares
Universidade de West Virginia
Morgantown, WV 26505
U.S.A.

(**) Professor Titular do Departamento de Medicina Clínica
da Faculdade de Medicina da Universidade Federal Fluminense.
Endereço para correspondência: Rua Cel. Moreira Cesar 229/1408 - Icaraí - Niterói - R.J.-
CEP 24230-052 - tel:(021)711-7793

NATIONAL RIGHT TO LIFE NEWS
Suite 500, 419 7th Street, NW
Washington, D.C., 20004
U.S.A.

Atue em favor da vida — divulgue estas informações!

provida@providafamilia.org

Devo retornar, com o tópico, ao Código Civil, mais precisamente ao artigo 3º:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

E a partir daí começa a minha dúvida, com o tratamento diferenciado que se pretende dar aos nascituros, ao menos sob o meu ponto de vista, que talvez seja obtuso, mas não pretende retratar sentimento pessoal, e sim o exame do direito aplicável à espécie, e se for o caso a analogia e os princípios gerais de direito, para resolver a questão, à falta de disposição legal específica para o tema.

É certo que os deficientes mentais tem cérebro - no sentido material - ainda que defeituoso - no sentido mental - , e por isso são incapazes para os atos da vida civil. Alguns tem qualidade devida mínima, ou nenhuma qualidade de vida individualmente considerada. Isto porque a vontade própria está comprometida. Precisam, alguns, de alguém que os ampare. São os incapazes, não tem vida própria (embora o organismo os mantenha materialmente vivos), não tem idéias, não tem discernimento, não tem noção do que está acontecendo, não tem vida útil.

Conforme a patologia, a esperança de vida será maior ou menor, com maior ou menor transtorno, talvez até abalo psicológico, para os seus ascendentes ou familiares.

Talvez até alguns pensem em eliminá-los, mas o ordenamento jurídico dá a eles proteção, na medida que devem ser colocados sob o abrigo dos Curadores, conforme disposição do Código Civil:

CAPÍTULO II Da Curatela

Seção I Dos Interditos

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.

Art. 1.768. A interdição deve ser promovida:

I - pelos pais ou tutores;

II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;

III - pelo Ministério Público.

Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição:

I - em caso de doença mental grave;

II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente;

III - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente.

Art. 1.770. Nos casos em que a interdição for promovida pelo Ministério Público, o juiz nomeará defensor ao suposto incapaz; nos demais casos o Ministério Público será o defensor.

E aí se incluem quantas e quantas pessoas, que o direito protege. Algumas que só tem cérebro materialmente, pois de fato, e de direito, são anencéfalas, pois a atividade cerebral está tão comprometida que o organismo não mais corresponde às ordens, ou as ordens estão em total desacordo com os padrões comportamentais aceitos pela sociedade.

Todos, portanto, considerados os padrões juridicamente aceitáveis e instituídos, são merecedores do direito à vida, física e material, ainda que por breve tempo, ainda que por muito tempo, apesar do desconforto e abalo psicológico que possa causar a terceiros.

É bem verdade que o Conselho Federal de Medicina, mediante Resolução, autorizou o reconhecimento da morte prematura, para fins de transplante, mas do tema aqui não se trata. Ou seja, não se discute destinação de órgãos para transplante. Mas mesmo assim, após o nascimento do anencéfalo. Ou seja, não se trata de antecipar o parto para utilização de órgãos.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.752/04

(Publicada no D.O.U. 13.09.04, seção I, p. 140)

Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO *que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes;*

CONSIDERANDO *que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica;*

CONSIDERANDO *que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças;*

CONSIDERANDO *que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões compatíveis;*

CONSIDERANDO *que a Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivida, por não possuir a parte vital do cérebro;*

CONSIDERANDO *que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados;*

CONSIDERANDO *o Parecer CFM nº 24/03, aprovado na sessão plenária de 9 de maio de 2003;*

CONSIDERANDO *o Fórum Nacional sobre Anencefalia e Doação de Órgãos, realizado em 16 de junho de 2004 na sede do CFM;*

CONSIDERANDO *as várias contribuições recebidas de instituições éticas, científicas e legais;*

CONSIDERANDO *a decisão do Plenário do Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2004,*

RESOLVE:

Art. 1º *Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.*

Art. 2º *A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento.*

Art. 3º *Revogam-se as disposições em contrário.*

Art. 4º *Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.*

Brasília-DF, 8 de setembro de 2004.

O tema, aliás, também é abordado na Lei 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos para transplantes, e no artigo 3º estabelece os procedimentos para a dita morte cerebral encefálica. Mas, nunca é demais repetir, trata-se de determinação de morte encefálica com a finalidade de utilização de órgãos em transplantes, ou seja, para salvar ou tentar salvar uma vida.

E esta situação é muito diferente da outra, aqui postulada, em que a pretensão é simplesmente evitar o nascimento, ainda que, muito provavelmente, a vida seja curta.



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997.

[Regulamento](#)

Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

[Mensagem de veto](#)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o espermatozoide e o óvulo.

Art. 2º A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único. A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde. [\(Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

CAPÍTULO II

**DA DISPOSIÇÃO POST MORTEM DE TECIDOS,
 ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO PARA FINS DE TRANSPLANTE.**

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

Ainda que a vida seja curta, e mesmo que seja desprovida de ciência das coisas que possam acontecer, pela ausência de pensamento ou comando sobre as funções vitais do organismo, ainda assim esta vida deficiente e breve merece a proteção legal.

Ou será que chegaremos ao ponto em que a ciência e a tecnologia terão condições de detectar até que ponto um feto terá o desenvolvimento mental pleno, parcial ou nenhum, e neste caso também será possível a simples eliminação antecipada, para evitar o sofrimento futuro?

Derivando para o âmbito do Direito Penal, indispensável o exame de alguns tipos penais, pois com o rótulo de autorização para interrupção de gravidez, na realidade a pretensão é de autorização para a realização de um aborto, e tal conduta pode ser criminosa.

“Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque;

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

“Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Na realidade, então, tanto a gestante como os médicos que eventualmente irão realizar o aborto estão buscando um salvo conduto, um alvará, para que não respondam criminalmente pelos seus atos.

Mas o mesmo Código Penal, na seqüência, relacionou as hipóteses em que:

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Pelo que até aqui foi historiado não é o caso de aborto terapêutico (inciso I) e muito menos sentimental (inciso II). De prática de crime contra os costumes não há qualquer referência.

As disposições legais ainda não protegem a pretensão buscada, e as excludentes do aborto necessário não estão presentes.

E, se entendido que a vida da gestante corre risco, a autorização judicial é dispensável, pois este tal risco é de ser avaliado depois do episódio, a partir de dados concretos, e não de suposições.

Afastam-se, portanto, as hipóteses legais de ausência de punição.

Na realidade, o postulado busca amparo em uma causa supra-legal, não pensada ao tempo da redação do Código Penal, e que o legislador ainda não teve a coragem de enfrentar.

A evolução tecnológica, as novas técnicas, permitem ver o que há algum tempo não era possível perceber, e a natureza já não corre solta, seja para a concepção, seja para terminar com a vida. De um lado, estudos e estudos para prolongar a vida. Mas, por paradoxal que seja, também estudos que recomendam dizer não à vida, evitando o nascimento.

Legalmente, ao menos de forma explícita, não há mesmo possibilidade de deferimento da pretensão.

Por oportuno, transcrevo o voto proferido pelo Desembargador Ranolfo Vieira, que em parte reproduz o parecer do Procurador de Justiça Sérgio Guimarães Britto, no julgamento da apelação nº 70 014 105 597, desta Câmara, na qual foi Relator o Des. Manuel Lucas.

“Por três motivos nego provimento à apelação.

Primeiro, é que, com a máxima vênia da posição esposada pelo eminente Des. Manoel Lucas, entendo que descabe ao Poder Judiciário autorizar matar alguém. Os casos de exclusão de crime estão previstos no Código Penal; é claro que ninguém vai pedir autorização para agir em legítima defesa, ou no estado de necessidade, ou no cumprimento de dever legal. Se o fato não é crime, pratica-se o fato e pronto.

Claro que, nessas hipóteses, a situação fática impede, por si só, prévio pronunciamento judicial. Mas aqui a situação é diferente. Está-se procurando dar maior extensão ao art. 128, I, do Estatuto Repressivo. Mas não vejo também, nessa hipótese, legitimidade de manifestação judicial prévia. A decisão é médica e pelos médicos deve ser tratada.

*O Professor Luiz Flávio Gomes publicou um artigo na Revista Juris Síntese, nº 55, de setembro/outubro de 2005, logo depois que o Min. Marco Aurélio havia concedido a liminar comentada nos votos do eminente Relator e do Revisor. Ele chega à conclusão de que, no caso, não se trata de exclusão da punibilidade, mas simplesmente exclusão da tipicidade. Conclui ele: **“Com o finalismo de WELZEL (cujo apogeu deu-se entre 1945 e a década de sessenta do século passado) o tipo penal passou a ser composto de duas dimensões: objetiva e subjetiva. Esta última era integrada pelo dolo ou culpa (que foram deslocados da culpabilidade para a tipicidade). Também para essa corrente o aborto anencefálico desejado (doloso) seria um fato típico. A conclusão bem diferente chega quando se considera o conceito de tipo penal a partir do funcionalismo, sobretudo de ROXIN.”***

Ou seja, ele defende a idéia de que o fato é atípico. Ora, se é atípico, mais uma vez não há motivo para pedir ao Poder Judiciário autorização para praticar um fato atípico.

Pode-se argumentar com a Constituição Federal, na qual está dito que a lei não poderá privar que alguém recorra ao Poder Judiciário ante a ameaça de direito. Parece-me, contudo, que o direito mais ameaçado, no caso em exame, é o direito à vida, ainda que, pelas circunstâncias, se possa dizer quase inexistente ou tão breve que não se justifica mantê-la.

O segundo motivo é a tese em si mesma. Aqui não vou fazer maiores comentários, apenas digo que estou adotando plenamente o parecer do Dr. Sérgio Guimarães Britto, Procurador de Justiça, que reproduzo, em sua parte essencial;

“2. O decisório não merece ser reformado, pois fornece fundamentação percuciente para o indeferimento do pedido.

“Todavia, em razão do tema ser melindroso e com várias nuances jurídicas, filosóficas, científicas e espirituais, não cabe analisá-lo perfunctoriamente e numa singela visão maniqueísta.

“Em primeiro lugar, é preciso dizer com toda a ênfase, que o nosso sistema jurídico não contempla a autorização do aborto eugenésico, que é o caso dos autos.

*“Com efeito, o Código Penal trata apenas do **aborto necessário**, também chamado de **terapêutico**, e do **sentimental** (art. 128 do Estatuto Repressivo).*

“Conseqüentemente, com a devida vênia dos que pensam o contrário, “a autorização para a realização do aborto eugenésico, fundamentado na anencefalia do feto, não é contemplada pelo direito infraconstitucional como uma das hipóteses de aborto legal, razão pela qual seu deferimento resultaria em afronta à Lei Maior” (2ª Câmara Criminal do TJSP, in REVISTA DOS TRIBUNAIS, 806/540).

*“Decidir em contrário colocaria o Poder Judiciário na condição de **fixar juízo de natureza normativa**, substituindo indevidamente os Poderes Legislativo e Executivo.*

*“Nessa linha, o Código Penal já sofreu diversas modificações ao longo dos tempos, mas o **legislador nacional** não se aventurou a tocar na questão ora em foco apesar dos avanços radiológicos e clínicos que permitem descobrir doenças do feto, pelo receio de se chegar a uma idéia de raça eugênica ou de corpos perfeitos.*

“Não é anacronismo, mas simplesmente o conceito de que há que se evitar a padronização de corpos.

“No final do século XX, várias crianças nasceram com deformações terríveis causadas pela ingestão pelas mães de um remédio chamado Talidomida, algumas sem braços, outras sem pernas, e ainda várias com problemas em todos os membros, mas chegaram à idade adulta e até constituíram famílias. Será que aquelas mães, se pudessem visualizar o estado dos fetos dentro do útero, teriam a fortaleza moral de querer continuar com a gravidez?

“Vivemos numa época em que todos querem utilizar atalhos em suas vidas, sem se darem conta que os desafios e os problemas fazem parte da nossa

missão terrena, para que consigamos evoluir como espíritos.

“O ego predomina, a busca pelo prazer e pelo sucesso não tem limites, e nesse rumo, tudo é transitório e fugaz, inexistindo cuidado com as repercussões futuras dos atos no presente.

“Assim, vem o conceito de que pode o anencéfalo, mesmo que vivo e humano, ser descartado antes do nascimento como um objeto, simplesmente porque vai viver pouco, dar trabalho e gerar custos, sem poucos benefícios.

“É quase um jogo de azar: o feto gerado só merece cuidados e atenção se for perfeito, tiver saúde, e perspectiva de vida duradoura.

“Se isso não é eugenia, o que é?”

“O fato de que a anencefalia é fatal em 100% dos casos não deve ser o fator que permite o desencadeamento da interrupção da gravidez.

“O importante, como destacado em estudo estatístico citado na fl. 31 dos autos da AC nº 70012840971, é que entre 40 e 60% nascem vivos, somente 8% sobrevive mais de 1 semana, e os restantes entre 1 e 3 meses.

“Apesar do defeito congênito portanto, é um ser humano que está a pulsar dentro do corpo da mãe e que pode viver minutos, horas, dias, ou até meses.

“Segundo o Comitê de Bioética da Presidência do Conselho de Ministros da República da Itália, em relatório aprovado em 21/06/96, foi observado um caso de sobrevivência de até 14 meses “e dois casos de sobrevivência de 7 a 10 meses, sem recorrer à respiração mecânica” (“Il neonato anencefalico e la donazioni di organi”, p. 9, in www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm e www.providafamilia.org.br).

*“Como então deferir o aborto, se o **Código Civil**, no seu art. 2º, rege que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.*

“PONTES DE MIRANDA tem lapidar lição a respeito da questão: “quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. Não é preciso que se haja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (sair da mãe) com vida. A viabilidade, isto é, a aptidão a continuar a viver, não é de exigir-se. Se a ciência médica responde que nasceu vivo, porém seria impossível viver mais tempo, foi pessoa, no curto prazo em que viveu. O Código Civil desconhece monstros, monstra. Quem nasce de mulher é ser humano. Não cogita do hermafrodita, no tocante à personalidade (C. Crome, System, I, 206)” (“Tratado de Direito Privado”, RJ, Ed. Borsoi, 1954, Parte Geral, Tomo I, § 5º, nº 4, p. 163).

“Não se pode exigir portanto, a forma humana perfeita como requisito da personalidade civil.

“CLÓVIS BEVILÁQUA aponta que “há monstros e aleijões viáveis, como há formas teratológicas inadequadas à vida. O direito romano recusava a capacidade jurídica aos que ‘contra formam humani generis, converso more, procreantur’ (D. 1, 5, fr. 14). Mas essa doutrina deve ser afastada. É humano todo ser, que é dado à luz por mulher, e como tal, para os efeitos do Direito, é homem” (“Código Civil dos Estados do Brasil Comentado”, 11ª ed., 1956, p. 145).

“E o que é o feto anencéfalo? É ser humano não coisa, pois há normal desenvolvimento dos seus sistemas corporais, possuindo olhos, ouvidos, nariz, boca, mãos, pés, órgãos, sangue, coração. Apenas a calota craniana é que vai se apresentar abaulada, em virtude da ausência do cérebro.

“A **Lei Maior**, por seu turno, estabelece ser **inviolável o direito à vida** (art. 5º, I) e no art. 227, **determina absoluta prioridade ao direito à vida**.

“No caso vertente, ao se negar o aborto, não se está atentando contra a dignidade da pessoa da apelante, ou violando sua liberdade ou autonomia de vontade e nem mesmo o seu direito à saúde, mas **protegendo o bem jurídico vida do nascituro, considerado como inalienável, indisponível e irrenunciável**.

“A propósito, a **Declaração Universal dos Direitos Humanos** consagra que “cada pessoa tem direito à vida...” e, no mesmo diapasão, a **Declaração Universal dos Direitos da Criança** apregoa que a criança deve ter “adequada proteção legal tanto antes como depois do nascimento”.

“Como inserir nesse quadro, a inaudita Resolução nº 1.752/04, de 13/09/04, do Conselho Federal de Medicina que, simplesmente, permite arrancar os órgãos de recém-nascidos encefálicos **mesmo antes que eles estejam mortos, ou seja, com o tronco cerebral ainda funcionando?**

“A violação da Carta Magna e do Código Civil é flagrante.

“O Conselho baseou-se num parecer do oftalmologista gaúcho Marco Antônio Becker que, mesmo absolutamente fora da sua especialidade médica, aventurou-se a fazer a seguinte “recomendação” (sic): “uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá proceder ao transplante de órgãos do anencéfalo após a sua expulsão ou retirada do útero materno, dada a incompatibilidade vital que o ente apresenta, por não possuir a parte nobre e vital do cérebro, tratando-se de processo irreversível, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionando”, isso porque “os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais)” (DJU de 13/09/04, p. 140).

“Em outras palavras, autoriza o homicídio de recém nascidos anencéfalos...”

“Em primeiro lugar, acontece que não existe um “natimorto cerebral”. **Um bebê é natimorto, se nasceu morto. Se nasceu respirando, nasceu vivo.**

“A propósito, “convém enfatizar que o anencéfalo, mesmo com baixa expectativa de vida, detém tronco encefálico, respira após o nascimento, esboça movimentos e, na condição de ser vivente, a ninguém é dado o direito de praticar homicídio, promovendo a retirada de órgãos para serem transplantados” (SÉRGIO I. F. COSTA, “Anencefalia e Transplante”, Revista da Associação Médica Brasileira, v. 50, n.1., p. 10).

“A doutrina estrangeira, igualmente, destaca que “o anencéfalo não é de fato ausente de cérebro, uma vez que a função do tronco cerebral está presente durante o curto período de sobrevivência. Muito pouco se conhece sobre a função neurológica do recém-nascido anencéfalo. Um recente estudo em profundidade indica que eles estão funcionalmente mais próximos dos recém-nascidos normais do que de adultos em estado vegetativo crônico” (EUGENE F. DIAMOND, in

“Management of Pregnancy With na Anencephalic Baby”, disponível em www.asfhelp.com/asf/management_of_a_pregnancy).

“Analisando os bebês anencéfalos, ARTHUR C. GUYTON esclarece que “tais crianças são capazes de executar essencialmente todas as funções de alimentação, como sucção, expulsão de comida desagradável da boca, e levar as mãos à boca para sugar seus dedos. Além disso, elas podem bocejar e estirar-se. Eles podem chorar e seguir objetos com os olhos e movimentos de sua cabeça. Pressionando-se, também, parte anterior de suas pernas, faremos com que eles passem a uma posição sentada” (“Tratado de Fisiologia Médica”, Ed. Interamericana, RJ, p. 619, citado por JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, in “Consulta sobre a Permissão do Aborto de Fetus Anencéfalos, 11/08/04, disponível na Biblioteca on-line do STF).

“Por sua vez, o mesmo Comitê de Bioética do Governo Italiano, concluiu que “o anencéfalo é uma pessoa vivente e a reduzida expectativa de vida não limita os seus direitos e a sua dignidade. A supressão de um ser vivente não é justificável mesmo quando proposta para salvar outros seres humanos de uma morte certa” (ob. cit., p. 26 e www.providaanapolis.org.br/quem eoan.htm).

“Em segundo, a Lei dos Transplantes (Lei nº 9.434/97), permite a retirada de órgãos apenas no caso de **morte encefálica** (art. 3º, caput, § 1º e 3º, e art. 13), **não cogitando de morte cerebral**, ou seja, a parada apenas do cérebro. Assim, o transplante só será possível no caso de paralização de todo o **encéfalo**, isto é, **cérebro, cerebelo e tronco encefálico**.

“Quem obedecer a Resolução do CFM – que na opinião de DERNIVAL DA SILVA BRANDÃO, é uma “**excrescência**” (“Aborto: O Direito do Nascituro à Vida”, Ed. Agir) – está, pura e simplesmente, incorrendo em conduta tipificada na Lei dos Transplantes, com penalidade superior ao homicídio simples do Código Penal:

“Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

[...]

§ 4º. Se o crime é praticado **em pessoa viva** e resulta morte:

Pena: reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa”

“Por outro lado, não há qualquer informação médica nos autos que diga, concretamente, que a recorrente esteja sofrendo perigo de vida, ou que a gestação esteja fugindo completamente da normalidade, causando problemas de saúde. O Parecer Médico e Psicológico de fls. 26 a 34 é genérico, vago, e em nenhum momento examina a situação física real da paciente e eventuais seqüelas que pudesse estar sofrendo, a indicar a solução drástica a que propôs.

“**Parece-me muito claro que os médicos do Hospital São Lucas da PUC que assinaram aquele documento, estão simplesmente jogando a responsabilidade da decisão para o Poder Judiciário.**

“**Se decidiram que a situação de E. L. M. T. permite o aborto terapêutico, como querem dar a entender sem serem explícitos, porque não o fazem, ante o art. 128, I, do Código Penal?**

“Conforme o relato da Dra. MARIA REGINA FAY DE AZAMBUJA que consta no artigo “O Aborto sob a Perspectiva da Bioética”, o Comitê de Bioética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, na dúvida como se teria de agir com uma paciente portadora de feto anencefálico, acabou deixando a decisão para o médico assistente da gestante, que “baseado no seu sentimento do que representava os melhores interesses da paciente, decide interromper a gravidez” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 807/482).

“De outra banda, o recurso alega o abalo à saúde psíquica da mãe como fator determinante para o aborto.

“Vem a calhar a pergunta da colega Procuradora de Justiça MARIA REGINA FAY DE AZAMBUJA: “o aborto, nesses casos, visa a impedir que as crianças entrem numa vida não-humana ou busca evitar a pesada carga de sacrifício para a família e a sociedade? A presença de uma malformação diminui a essência ontológica do nascituro?” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 807/480).

“Na verdade, a partir do conhecimento da situação, a parturiente passa a ser acossada pelos profissionais da área da saúde para que faça o aborto, pois o feto não é um ser humano e não é conveniente, pelo tempo perdido e pelo dinheiro investido, insistir com uma gravidez que não trará uma criança saudável. A insistência é tal, que qualquer outra solução parece odiosa e cruel, ainda mais que há o respaldo pseudo-científico de algumas associações médicas, a considerarem que “o defeito genético e a malformação do feto justificam o aborto”.

“O **aborto eugênico**, visando evitar o nascimento da criança defeituosa, passa a ser a opção mais fácil, rápida e indolor. É não querer ver, é tapar os olhos com as mãos, como se tudo aquilo não passasse de um sonho ruim, de uma fantasia, que a criança gerada não está gravemente doente e que ela nem precisa de amor.

“Sobre isso, o já citado EUGENE F. DIAMOND, Professor de Pediatria da Loyola University Stritch School of Medicine, comenta o seguinte: “O reconhecimento da anencefalia ‘in utero’, ou na enfermaria após o nascimento, é inquestionavelmente traumático para os pais. Embora o período de tempo entre o reconhecimento e a morte da criança seja geralmente breve quando a diagnose é feita pós-parto, a necessidade de apoio e aconselhamento é muito mais prolongada. Embora as estratégias convencionais envolvam manter o bebê anencéfalo separado dos pais, há uma séria questão quanto aos benefícios derivados de uma estratégia de negação. A experiência com fornecimento de apoio aos pais das crianças com defeitos graves, tende geralmente a indicar que há efeitos salutaros de os pais afirmarem seu parentesco com a criança, dando um nome ao bebê, e abraçando-o antes da morte. O processo de luto quando assumido, ao invés de suprimido, pode ser uma parte integral da aceitação e cura definitivas” (ibidem).

“O trauma psicológico decorrente do **aborto premeditado**, segundo estudo da Universidade Oslo, pode durar **5 anos** (Revista Acadêmica On line BMC, em 13/12/05).

“A doutrina nacional também converge neste ponto. A Dra. MARIA

JOSÉ MIRANDA PEREIRA, Promotora de Justiça do Distrito Federal, (in "ABORTO", Revista Jurídica Consulex, Ano VIII, nº 176, 15 de maio/2004, pág. 37), explicou: "A má formação fetal não acarreta qualquer risco à gestante além daqueles inerentes a outras gestações em que a criança é sadia, conforme resposta oficial do Conselho Federal de Medicina a um questionamento do Ministério Público. Confirma a Associação Nacional dos Ginecologistas/Obstetras que o defeito físico do feto NÃO implica por si só risco para a gestante. Vejam explicações inquestionáveis dos médicos João Evangelista dos Santos Alves e Dernival da Silva Brandão, autores do Livro Aborto: o Direito à Vida (Rio de Janeiro, Agir, 1982), laureado pela Academia Nacional de Medicina". Mais adiante, acentuou: "Também é falso que a mãe sentirá repugnância pelo filho deficiente, ao nascer. É próprio do amor materno compadecer-se daquele que está desfigurado pela doença e ameaçado de morte iminente. Ao contrário, se a gestante, pressionada por outros que lhe dizem que seu filho é uma 'coisa' ou um 'monstro', acaba consentindo no aborto, carregará pelo resto da vida o terrível quadro clínico conhecido como síndrome pós-aborto, que inclui: depressão, medo, choro, remorso, tendência ao suicídio, noutras palavras, aniquilação da psique da mulher".

"Ainda no tocante ao sofrimento vivido pela gestante, reproduzo a carta de Ana Lúcia dos Santos Alonso Guimarães, publicada no jornal "O Globo" de 09/07/04, justificando a sua decisão de levar a gravidez até o fim: "Lamentável o comentário do Ministro Marco Aurélio do STF, afirmando que a gestante convive com a triste realidade do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Fui mãe de uma criança com anencefalia e posso afirmar que durante nove meses de gestação convivi com um ser vivo, que se mexia, que reagia aos estímulos externos como qualquer criança no útero. Afirmando também que não existe dano à integridade moral e psicológica da mãe. O problema é que estamos vivendo numa sociedade hedonista e queremos extirpar tudo que nos cause o mínimo incômodo. Pensemos pois na decisão tomada, porque se estamos autorizando a morte dos que não conseguirão fazer história de vida, cedo ou tarde autorizaremos a antecipação do fim da vida dos que não conseguem se lembrar da sua história, como os portadores do mal de Alzheimer"...

"Afora todos estes tópicos que não permitem atender o pleito de expedição de alvará, existe mais um que deve ser levado em conta.

"A apelante já está praticamente com 6 meses de gravidez (23 semanas), o que contra-indica qualquer intervenção médica para interrompê-la.

"Cuida-se da hipótese denominada de aborto tardio (feto com mais de 5 meses), e que nos Estados Unidos, é expressamente vedada por recente lei.

"De fato, no ponto de vista obstétrico, como ensina o Professor gaúcho FRANCISCO SILVEIRA BENFICA, o aborto só deve se dar "até vinte semanas de gestação", porque depois desse tempo o feto poderá nascer com vida ("Medicina Legal Aplicada ao Direito", Ed. Unisinos, p. 88). Tal concepção é unânime na doutrina médica (FERNANDO FREITAS, "Violência Sexual contra a Mulher – Aborto previsto por Lei", in MEDEIROS E ALBUQUERQUE, "Direito de Família

e Interdisciplinaridade”, Curitiba, Juruá, 2001, p. 176).

“Qualquer intervenção depois desse tempo, já se caracteriza como parto prematuro, com a possibilidade do feto nascer respirando, com vida portanto, mesmo que o seu prognóstico, especialmente no caso vertente, seja de falecimento em horas, dias ou poucos meses.

“Por último, cabe ressaltar que o STJ, a quem compete unificar o direito nacional, não autoriza o aborto na hipótese do nascituro ter anencefalia. A ementa oficial, muito elucidativa, na parte que interessa, teve a seguinte redação:

“HABEAS CORPUS. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.

2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental” (HC nº 32.159-RJ, 5ª T. Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJU de 22/03/04, p. 339).

“Em suma, a pretensão contraria a Carta da República e a legislação infraconstitucional.”

Por formação, sempre me posicionei em defesa da vida, sempre contra o aborto. Lembro que já tivemos em várias civilizações costume de avaliar a criança nascida e, se ela não tivesse viabilidade de uma vida produtiva, matá-la, como se matavam os velhos, quando não havia mais sentido mantê-los vivo. São questões filosóficas ou antropológicas, mas, de qualquer maneira, estou pela tese em si mesma.

Em terceiro lugar, como terceiro fundamento deste meu voto, também adoto os argumentos trazidos pelo eminente Relator. Apenas lembro a existência da Portaria nº 1.508, de 1º-09-05, do Ministério da Saúde, em que se fala no aborto referido no art. 128, inc. II, do Código Penal, que é para efeitos de permitir que o aborto seja realizado pelo SUS. Nessa portaria, é dito, num primeiro momento: “O

procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez para os casos previstos em lei é condição necessária para a adoção de qualquer medida de interrupção da gravidez no âmbito do Sistema Único de Saúde, excetuados os casos que envolvam risco de morte à mulher". O risco de morte à mulher está fora dessa normatização. Repito que essa normatização é destinada a permitir que, pelo Sistema Único de Saúde, se faça aborto em condições semelhantes ao que ora se propõe. Diz ainda a referida Portaria "**Esse procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez, nos casos previstos em lei, compõe-se de quatro fases, que deverão ser registradas no formato de termos, arquivados anexos do prontuário médico, garantida a confidencialidade desses termos**". Vêm então enumerados todos os procedimentos que devem ser feitos, sempre no âmbito médico, e com pareceres inclusive de junta médica, para decidir a respeito do procedimento, que então poderá ser feito.

Isso levaria, de certa forma, ao início deste já longo voto: se o fato é atípico ou se há uma exclusão de criminalidade, não há a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, mas, como disse o eminente Relator, se for o caso de o Poder Judiciário ter de resolvê-lo, há a necessidade de uma segura avaliação médica para que se possa autorizar esse procedimento.

Com base nesses três fundamentos, estou acompanhando o eminente Relator, negando provimento ao apelo."

Por esses fundamentos, nego provimento à apelação, tornando insubsistente a liminar, com vênias dos eminentes Relator e Revisor.

Proteja o seu e-mail Terra: <http://mail.terra.com.br/>

Assim, sentimentalmente, emocionalmente examinada a questão, o desenlace poderia ser de uma ou de outra maneira.

Mas a pretensão não deve ser examinada emocionalmente, ou com as razões particulares de cada julgador, mas sim sob a óptica jurídica.

A emoção, justamente pelo envolvimento subjetivo, pode prejudicar a razão.

Já as razões individuais de cada um não devem prevalecer, pela possibilidade de ser estabelecido um desordenamento jurídico, pois cada um teria o direito de decidir como bem entendesse.

O precedente seria perigoso, pois passaria a valer a vontade individual para o caso concreto, e o mesmo raciocínio teria que ser admitido para outras situações.

O debate, então, deve ser feito respeitado o enfoque jurídico da questão, com variações conforme a interpretação das regras vigentes aplicáveis à espécie.

E tanto analisado, evidentemente sem qualquer pretensão de ser dono da verdade, concluo que é autorizada a manutenção mecânica da vida, para extração de órgãos destinados a transplantes, mas ainda não é autorizada a antecipação de parto, para antecipar a morte.

Portanto, a pretensão não encontra amparo no sistema do Código Penal, pois a ausência de punição encontra expressa previsão, e não pode ser ampliada. Não está demonstrado o risco concreto para a gestante.

A eventual afetação psicológica não se constitui em causa excludente da criminalidade.

A decisão judicial atacada não merece reparos.

São as razões pelas quais ***denego a ordem***.

DES. MARCEL ESQUIVEL HOPPE

Conheço do pedido pela urgência em dar solução ao caso em exame.

Tenho posição firmada em casos semelhantes ao presente, votando pelo deferimento de autorização para interrupção de gravidez.

Nesse sentido acompanhei o eminente Des. Manuel José Martinez Lucas na apelação crime n.º 70014105597 e na de n.º 70006088090, e, por oportuno, transcrevo, como razões de decidir, o voto que o colega proferiu na última decisão:

“PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. FETO QUE APRESENTA SÍNDROME DE PATAU. DOCUMENTOS MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. DIFÍCIL POSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA. NESSE CASO, OLIGOFRENIA ACENTUADA E FREQUENTES CONVULSÕES. EXCLUSÃO DA ILICITUDE. APLICAÇÃO DO ART. 128, I, DO CP, POR ANALOGIA *IN BONAM PARTEM*.

Considerando-se que, por ocasião da promulgação do vigente Código Penal, em 1940, não existiam os recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outras anomalias fetais, inclusive com a certeza de morte ou de deficiência física ou mental do nascituro, e que, portanto, a lei não poderia incluir o aborto eugênico entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto, impõe-se uma atualização do pensamento em torno da matéria, uma vez que o Direito não se esgota na lei, nem está

estagnado no tempo, indiferente aos avanços tecnológicos e à evolução social.

Ademais, a jurisprudência atual tem feito uma interpretação extensiva do art. 128, I, daquele diploma, admitindo a exclusão da ilicitude do aborto, não só quando é feito para salvar a vida da gestante, mas quando é necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica.

Diante da moléstia apontada no feto, que provavelmente lhe causará a morte e, em caso de sobrevivência, provocará oligofrenia acentuada e freqüentes convulsões, e da circunstância de que o casal de requerentes já possui um filho com retardo mental e dificuldade motora, pode-se vislumbrar na continuação da gestação sério risco para a saúde mental da primeira apelante, o que inclui a situação na hipótese de aborto terapêutico previsto naquele dispositivo.

Apelo provido, por maioria.

APELAÇÃO CRIME

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70006088090

PORTO ALEGRE

ROSANA DA SILVA RODRIGUES

APELANTE

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, vencido o Presidente, **em dar provimento ao apelo.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores Ranolfo Vieira, Presidente, e Marcel Esquivel Hoppe.

Porto Alegre, 2 de abril de 2003.

DES. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS (RELATOR) – Na Comarca de Porto Alegre, em 21 de março do corrente ano, ROSANA DA SILVA RODRIGUES e SAMUEL MONTEIRO RODRIGUES ingressaram com pedido objetivando autorização judicial para interrupção de gravidez.

A peça inicial informa que a requerente se encontra grávida de seu segundo filho e que, devido ao fato de seu primeiro filho sofrer de retardo mental e dificuldade motora por agenesia de corpo caloso, foi realizado exame acurado onde ficou constatado que o feto sofre de uma síndrome incompatível com a vida (Trissomia do Cromossomo 13, ou Síndrome de Patau). Salienta ponto de vista médico no sentido de interromper-se a gravidez. Requer seja deferido o pedido de forma liminar, dada a urgência do pleito.

Foram juntados os documentos de fls. 4/16.

Processado o feito, sobreveio a sentença de fls. 23/29, julgando improcedente a ação penal.

Irresignados, apelaram ROSANA DA SILVA RODRIGUES e SAMUEL MONTEIRO RODRIGUES (fls. 32/34), reeditando o requerimento inicialmente formulado.

Em contra-razões, o Ministério Público manifestou-se pelo provimento do recurso.

Vieram os autos a este Tribunal.

Nesta instância, o parecer da Dra. Procuradora de Justiça é pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

DES. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS (RELATOR) – Como está posto no relatório, cuida-se de inconformidade manifestada contra a decisão da MMª Juíza da 2ª Vara do Júri da Comarca da Capital que indeferiu pedido de interrupção da gravidez formulado pelos apelantes.

Funda-se o pedido na circunstância de que os recorrentes já possuem um filho com retardo mental e dificuldade motora, por agenesia de corpo caloso, e, na atual gestação, foi constatado que o feto apresenta “trissomia do cromossomo 13” ou Síndrome de Patau, consoante os documentos médicos que instruem o pedido. De acordo com tais informações, essa moléstia, relativamente rara, acarreta a morte no primeiro mês de existência em 44 % dos casos ou até os seis meses de idade em 69 %, sendo que, na hipótese de sobrevivência, os indivíduos por ela atingidos apresentam oligofrenia acentuada e convulsões freqüentes. É de acrescentar-se que o casal de requerentes obteve todos os esclarecimentos pertinentes do Serviço de Obstetrícia do Hospital Nossa Senhora da Conceição e firmou um Termo de Esclarecimentos, Ciência e Consentimento, optando pela interrupção da gravidez, consoante o instrumento de fls. 12 a 15 dos autos.

É certo que, como sustenta a magistrada na decisão querreada, bem como a Dra. Procuradora de Justiça que oficiou no feito, a situação exposta não se inclui entre as excludentes de antijuridicidade do aborto, arroladas taxativamente no art. 128 do Código Penal. Com efeito, a isenção da ilicitude atinge apenas o chamado aborto sentimental, quando a gravidez é resultante de estupro, e o denominado aborto terapêutico, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, nos estritos termos do citado dispositivo legal.

Não obstante isso, tenho que merece acolhimento a irresignação dos apelantes e, em consequência, o pleito formulado, por variadas razões, que passo a expor sucintamente.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que, por ocasião da elaboração e da promulgação do Código Penal, em 1940, não dispunha a Medicina, ainda rústica e incipiente, dos recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outras anomalias fetais, indicativas de morte logo após o parto ou de irrecuperáveis seqüelas físicas ou mentais. Em outras palavras, naqueles tempos já remotos, era preciso esperar o nascimento da criança para constatar a perfeita sanidade ou a eventual deficiência em maior ou menor grau. Por óbvio, a lei não poderia prever uma situação inexistente na realidade e incluí-la entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto.

Hoje, como é amplamente difundido, com os avanços tecnológicos aplicados à Medicina e, no caso particular, à Obstetrícia, e com a evolução das

pesquisas médicas em geral, a situação muda de figura, não sendo desarrazoado supor que, havendo tal possibilidade na época em que foi elaborado, o Código Penal também isentasse de pena o chamado aborto eugênico, como é conhecida a interrupção da gestação na hipótese vertente, o que se extrai da própria *mens legis* do referido preceito da lei penal.

Tal circunstância, por si só, autoriza uma atualização do pensamento em torno da matéria, eis que o Direito, como se sabe, não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, mas necessita acompanhar a evolução social, sob pena de perder o prestígio e o sentido, tornando-se antes um estorvo desprezado pela sociedade do que um efetivo instrumento de concretização da paz social.

De outra banda, a jurisprudência, sensível à realidade da vida e suas constantes mudanças, como não poderia deixar de ser, tem feito uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, do estatuto repressivo, admitindo o aborto, não só quando indispensável para salvar a vida da gestante, mas quando necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica. E penso que não merece qualquer reparo tal orientação jurisprudencial, uma vez que aplica a analogia *in bonam partem*, admissível em matéria penal, já que não está criando nenhuma figura típica, nem enquadrando analogicamente uma conduta em tipo penal que não a preveja estritamente, mas apenas estendendo uma causa de isenção da punibilidade a uma situação assemelhada à que a lei descreve.

Nesse sentido é o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que tem sido apontado como paradigma daquele entendimento em obras doutrinárias sobre o tema:

“Aborto. Autorização judicial. Anencefalia fetal. Comprovada inviabilidade da vida extra-uterina. Pedido instruído com laudo médico irrefutável da anomalia e de suas conseqüências e com favorável parecer psicológico do casal. Consentimento expresso do pai. Evidência de risco à saúde, especialmente mental, da gestante. Interpretação extensiva da excludente de punibilidade prevista no inciso I do art. 128 do CP. Aplicação dos princípios da analogia admitidos no art. 3º do CPP. Autorização concedida. Apelo provido.

Diante da solicitação para realização de aborto, instruída com laudo médico e psicológico favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivência extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez.” (Apelação nº 98.003566-0, Rel. Des. Jorge Mussi).

No mesmo diapasão existe precedente deste Tribunal de Justiça, através de aresto da Colenda 3ª Câmara Criminal assim ementado:

“APELAÇÃO CRIME. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ABORTO EUGENÉSICO. ANENCEFALIA DO FETO. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA APÓS O NASCIMENTO. PROLONGAMENTO DA GESTAÇÃO A IMPLICAR SÉRIO RISCO DE VIDA À GESTANTE. CUNHO TERAPÊUTICO DA INTERVENÇÃO.

A anencefalia ou acrania é uma doença caracterizada pela ausência de ossos do crânio e do encéfalo fetal na vida intra-uterina, o que torna impossível a sobrevivência após o nascimento. E, como patologia de risco, é causa de morbimortalidade materna.

Em que pese não estar o aborto eugenésico incluído no art. 128 do Código Penal, como mais uma indicação de causa excludente de ilicitude, tal circunstância não impede a sua realização quando se está a tratar de caso de malformação fetal, especialmente a anencefalia, pois esta acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra-uterina e implica gravidez de alto risco.

No caso concreto, a indicação da interrupção precoce da gravidez da autora tem caráter não apenas eugênico, mas

também terapêutico, pois visa salvar, conforme parecer médico juntado aos autos, a vida da gestante.

Apelo defensivo provido para deferir o pedido, com fulcro no art. 128, I, do Código Penal. Decisão unânime.” (Apelação nº 70005037072, Rel. Des. José Antônio Hirt Preiss).

Poder-se-á obter-se que ambos os precedentes mencionados envolvem casos de anencefalia, hipótese em que há uma absoluta inviabilidade de vida extra-uterina, enquanto, na situação *sub judice*, existe tal possibilidade, ainda que remota.

Ora, se se entende que a sanidade psíquica da mãe pode restar comprometida pela morte do filho, logo após o parto, em razão daquela deficiência, com muita mais razão, a meu sentir, se pode vislumbrar aquele risco no caso vertente, em que a sobrevivência da criança deficiente pode ser prolongada por vários meses e esta, sobrevivendo, apresentará oligofrenia acentuada e freqüentes convulsões. Tudo sem esquecer a existência de um outro filho do casal portador de retardo mental e dificuldade motora.

Parece-me indubitável que, nessa hipótese, se poderá prever, aí sim, uma terrível desorganização da saúde mental, aliás natural em função do pesadíssimo encargo que a vida impôs a esse casal.

Por tais razões, com a vênia dos que pensam diferentemente e já se pronunciaram no presente feito, não vejo razão jurídica relevante para desacolher a pretensão formulada, o que equivaleria a impor aos recorrentes um árduo sofrimento, coisa que não se inclui entre as funções do Direito, salvo como retribuição pela prática delituosa.

Por derradeiro, incorporo a este voto a singela mas percuciente observação do ilustre Promotor de Justiça que atuou em 1º grau de jurisdição: “A corriqueira resistência ao tema repousa, geralmente, em convicções religiosas. Todavia, não se pode fundir religião e direito. Respondam os petiçãoários, se for o caso, no foro da espiritualidade. Aos aplicadores da lei impõe-se, tão só, atestar a ausência de óbice jurídico ao pleito, sem impor crenças pessoais aos que dela não compartilham.”

Em face do exposto, DOU PROVIMENTO ao apelo, para deferir o pedido de interrupção da gravidez da primeira apelante, determinando a imediata

expedição de ofício ao Serviço de Obstetrícia do Hospital Nossa Senhora da Conceição.

É o voto”.

Assim, voto pela procedência do pedido.

DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE) - De acordo com o Des. Ivan Leomar Bruxel.

DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA - Presidente - Habeas Corpus nº 70020596730, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, DENEGARAM A ORDEM, VENCIDO O DES. MARCEL ESQUIVEL HOPPE."

Julgador(a) de 1º Grau:

ANEXO D - Acórdão nº 70037166238/TJRS

**HABEAS CORPUS.
PEDIDO OBJETIVANDO A SUSTAÇÃO DE ALVARÁ DE
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A INTERRUÇÃO
TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ (FETOTOMIA).**

**PEDIDO OBJETIVANDO A SUSTAÇÃO DE ALVARÁ DE
AUTORIZAÇÃO DE ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO E
POSTERIOR INFORMAÇÃO DA DESISTÊNCIA POR PARTE
DA GESTANTE EM INTERROMPER A GRAVIDEZ,
ENSEJANDO A PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO.**

HABEAS CORPUS PREJUDICADO.

HABEAS CORPUS	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
Nº 70037166238	COMARCA DE RIO GRANDE
J.C.P.S.	IMPETRANTE
..	
N.	PACIENTE
..	
J.D.I.J.C.R.G.	COATOR
..	

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em julgar prejudicada a ordem impetrada.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JAIME PITERMAN (PRESIDENTE) E DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI.**

Porto Alegre, 22 de julho de 2010.

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ,
Relator.

RELATÓRIO

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (RELATOR) -

Em favor de NASCITURO, é impetrada a presente ordem de Habeas Corpus, com pedido de liminar, objetivando a sustação da expedição de alvará judicial, autorizando aborto de feto anencefálico, obtido pela gestante Daniele Nunes Mendes, conforme cópia da sentença de fl. 71.

Primeiramente, o presente feito foi distribuído ao Des. Sergio Fernando Vasconcellos Chaves, consoante termo de fl. 14.

Pelo despacho proferido à mesma fl. 14, foram solicitadas as informações de praxe.

Às fls. 16/22, consta a juntada da petição original, a qual veio acompanhada dos documentos de fls. 23/27.

Às fls. 31/33, aportaram aos autos as informações solicitadas.

Colheu-se parecer escrito da douta Procuradoria de Justiça, no rumo de que fosse distribuído o presente Habeas Corpus “...a um dos Grupos Criminais deste Tribunal de Justiça. ...” (fl. 54), pois a matéria discutida na espécie diz respeito ao direito à vida e não ao direito de família e sucessões (fls. 54).

Pelo despacho de fl. 54 verso, foi determinada a redistribuição do feito.

Às fls. 55/57, consta a juntada do ofício original das informações prestadas, vindo em anexo as cópias de peças processuais de fls. 58/74.

Pelo termo de fl. 74 verso, o presente feito foi distribuído a este Relator.

À fl. 76, foi proferido o seguinte despacho: “...Vistos.

Oficie-se à autoridade coatora (Dra. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Rio Grande), solicitando-lhe informe se foi concretizada a fetotomia autorizada por sua decisão datada de 17JUN2010. ...”. (sic - fl. 76).

A autoridade apontada como coatora informou, em resumo, que: “...Até o presente momento não sobreveio aos autos informações que relatem a realização da fetotomia autorizada por decisão deste juízo. ...”. (sic - fl. 78).

Em prosseguimento, colheu-se parecer escrito da douta Procuradoria de Justiça, no rumo de que fosse declarado prejudicado o pedido (fls. 80/83).

Após, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

VOTOS

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (RELATOR) -

Adianto que a presente ordem está prejudicada, nos precisos termos do parecer ministerial exarado nesta instância, da lavra do Dr. Eduardo Wetzel Barbosa, o qual reproduzo em parte e adoto como razão de decidir, com a vênua de seu subscritor, evitando inútil tautologia:

“O feito é de ser considerado prejudicado.

Dos autos apreende-se que DANIELE NUNES MENDES, em 19/05/2009, ingressou em juízo com pedido de autorização judicial para interrupção de gravidez de feto anencefálico.

Após instrução do feito e parecer favorável do Ministério Público de origem, sobreveio decisão judicial (fl. 71), autorizando a interrupção da gravidez, determinando a expedição de alvará de autorização, em 17/06/2010.

O caso teve repercussão na mídia, conforme cópia de reportagens de fls. 10/11 e 13.

Em decorrência, a Mitra Diocesana do Rio Grande do Sul contratou advogado – Dr. Júlio César P. da Silva (procuração de fl. 73), que impetrou o presente *habeas corpus*, buscando sustar o alvará concedido.

Antes de adentrar na questão meritória, ou mesmo tecer considerações acerca do cabimento da via eleita, em pesquisa na *internet*, obteve-se reportagens

jornalísticas acerca do caso concreto, noticiando – o que revela louvável ponderação da mãe –, a desistência da gestante, após autorização judicial, de interromper a gravidez.

Veja-se a reportagem obtida em edição *on line* de Zero Hora, de 21/06/2010:

DRAMA MATERNO

Gestante decide ter bebê anencéfalo

Espera por autorização judicial para aborto fez mulher escolher maternidade Daniele Nunes Mendes, gestante de um bebê anencéfalo

O filho que a promotora de vendas Daniele Nunes Mendes, 22 anos, carrega no ventre é vítima de uma doença rara, a Síndrome de Meckel-Gruber. Nascerá com má formação cerebral. Sobreviverá por um período incerto. Decidida a interromper a gravidez, ela entrou na Justiça, ganhou, mas mudou de ideia enquanto aguardava uma decisão.

As dúvidas atormentam Daniele, de Rio Grande, desde 3 de maio, quando soube que seu segundo filho nasceria anencéfalo (sem cérebro). Um novo exame ratificou o primeiro e deu início a uma batalha judicial para que a mãe tivesse direito de interromper a gestação. Após 46 dias, já na 19ª semana de gravidez, Daniele obteve, na quinta-feira, autorização para realizar o aborto, concedida pela 1ª Vara Criminal de Rio Grande.

A burocracia concedeu a Daniele o direito de refletir e tempo para que ela ouvisse as batidas do coração do bebê, desistindo de interromper a gravidez. Ao saber da anencefalia, ela procurou a Defensoria Pública, que pediu novos pareceres. A ação entrou na Justiça em 19 de maio. No dia 24, houve a primeira audiência, mas o médico faltou. Outra audiência foi marcada para 31 de maio. Após 17 dias, saiu a decisão:

– A magistrada (Lourdes Helena Pacheco da Silva) precisava apurar bem o fato, já que a decisão seria irreversível – explica o defensor Telmo Mendes.

“Agora eu me sinto mãe”

(21/6/2010)

DRAMA MATERNO

Daniele Nunes Mendes, gestante de um bebê anencéfalo

ZERO HORA

Daniele recebeu Zero Hora e falou sobre a decisão de ter o bebê:

Zero Hora – Por que a desistência de interromper a gravidez após a autorização da Justiça?

Daniele Mendes – Com a demora, refleti melhor. O médico disse que, na maioria dos casos, o corpo faz o aborto. Se não aconteceu, é porque este

bebê deve nascer. Ele me orientou a interromper a gravidez, no máximo, até a 20ª semana. Acho arriscado interromper a gravidez agora.

ZH – Você sabe que bebês anencéfalos duram horas, dias ou, no máximo, semanas?

Daniele – Sei. Meu médico me alertou. Pesquisei e vi um caso de um bebê que sobreviveu por um ano e oito meses. Agora me sinto mãe. Decidi entregar na mão de Deus.

ZH – Como foi receber a notícia de que o feto era anencéfalo?

Daniele – De repente, a tua gravidez é em vão. Quis interromper a gestação e busquei meus direitos. Com a demora, me apeguei ao filho que espero.

Assim, a razão motivadora do presente *habeas corpus* já não mais existe, fato que acarreta a perda de seu objeto.

3. D O E X P O S T O, opina o Ministério Público seja declarado prejudicado o pedido”. (fls. 80/83).

Diante do exposto, julgo prejudicada a ordem impetrada.

É o voto.

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI - De acordo com o Relator.

DES. JAIME PITERMAN (PRESIDENTE) - De acordo com o Relator.

DES. JAIME PITERMAN - Presidente - Habeas Corpus nº 70037166238, Comarca de Rio Grande: "JULGARAM PREJUDICADA A ORDEM IMPETRADA. DECISÃO UNÂNIME ."

Julgador(a) de 1º Grau: LOURDES HELENA PACHECO DA SILVA

Luís Roberto Barroso
ANEXO E - Petição inicial da ADPF nº 54-8/DF

Associados
 ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

NELSON NASCIMENTO DIZ
 CARMEN TIBURCIO

ROBERTO BERNARDES BARROSO
 LUÍS ROBERTO BARROSO
 ANA PAULA DE BARCELLOS
 LUÍS EDUARDO B MOREIRA
 VIVIANE PEREZ
 KARIN BASILIO KHALILI
 MARINA GAENSLY
 RAFAEL BARROSO FONTELLES
 BERNARDO DO AMARAL PEDRETE
 FREDERICO MONTEDONIO
 DANIELLE LINS LIMA LEAL
 BRUNA CARNEIRO TAVARES PEREIRA
 EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA
 ERICK TAVARES RIBEIRO
 MARIA LUISA MARQUES MOREIRA
 GABRIELLE CIONI BITTENCOURT
 ANA CLAUDIA DA SILVA FRADE

Av. Rio Branco, 125 - 21º andar
 Rio de Janeiro - RJ
 20040.006 - Brasil
 Tel.: (21) 2221.1177
 Fax: (21) 2221.8192
 lrbarroso@lrbarroso.com.br
 www.lrbarroso.com.br

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
 Coordenadoria de Registros
 e informações Processuais
 17/08/2004 16:39 67116



ADPF - 54

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS
TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS, entidade sindical de terceiro grau do sistema confederativo, inscrita no CNPJ sob o nº 67.139.485/0001-70 e registrada no Ministério do Trabalho sob o nº 24000.000490/92, com sede e foro na SCS – Qd. 01 – Bl. G – Edifício Bacarat, sala 1605, Brasília, DF, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e no art. 1º e segs. da Lei nº 9.882, de 3.12.99, por seu advogado ao final assinado (doc. nº 01), que receberá intimações na Av. Rio Branco, nº 125, 21º andar, Centro, Rio de Janeiro, vem oferecer **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**, indicando como preceitos vulnerados o art. 1º, IV (a dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República, e como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40).

163

A violação dos preceitos fundamentais invocados decorre de uma específica aplicação que tem sido dada aos dispositivos do Código Penal referidos, por diversos juízes e tribunais: a que deles extrai a proibição de efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina. O pedido, que ao final será especificado de maneira analítica, é para que este Tribunal proceda à interpretação conforme a Constituição de tais normas, pronunciando a inconstitucionalidade da incidência das disposições do Código Penal na hipótese aqui descrita, reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.

A demonstração da satisfação dos requisitos processuais, bem como da procedência do pedido, de sua relevância jurídica e do perigo da demora será feita no relato a seguir, que obedecerá ao roteiro apresentado acima.

I. NOTA PRÉVIA

ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO NÃO É ABORTO

1. A presente ação é proposta com o apoio técnico e institucional da ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, associação civil com sede em Brasília, voltada para a defesa e promoção da bioética, dos direitos humanos e dos grupos vulneráveis, dentre outros fins institucionais¹. A ANIS apenas não figura formalmente como co-autora da ação à vista da jurisprudência dessa Corte em relação ao direito de propositura. Requer, no entanto, desde logo, sua admissão como *amicus*

¹ A ANIS tem, nos termos do art. 3º de seu Estatuto, como objetivos institucionais: defender e promover a bioética, a paz, os direitos humanos, a democracia e outros valores considerados universais; defender e promover a cidadania e a liberdade por meio da difusão de princípios bioéticos pautados nos direitos humanos; colaborar no combate de todas as formas de opressão social e discriminação, especialmente de gênero, que impeçam o exercício da liberdade; e difundir a bioética como um instrumento eficaz na proteção dos direitos humanos, especialmente de grupos vulneráveis, no Brasil ou em qualquer parte do mundo (doc. nº 05).

curiae, por aplicação analógica do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.99.

2. No Brasil, como em outras partes do mundo, é recorrente o debate acerca da questão do aborto e de sua criminalização, com a torrente de opiniões polarizadas que costuma acompanhá-lo. O Código Penal de 1940, como se sabe, tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Esta visão, nos dias atuais, está longe de ser pacífica. A diversidade de concepções acerca do momento em que tem início a vida tem alçado este tema à deliberação de parlamentos e cortes constitucionais de diversos países, como Estados Unidos², Canadá³, Portugal⁴, Espanha⁵, França⁶ e Alemanha⁷, dentre outros. Na presente ação, todavia, passa-se ao largo dessa relevante discussão, com todas as suas implicações filosóficas, religiosas e sociais. A argumentação desenvolvida, portanto, não questiona o tratamento dado ao aborto pelo direito positivo brasileiro em vigor,

² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e, mais recentemente, *Planned Parenthood of Southwestern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992). Nos Estados Unidos, reconhece-se à mulher o direito constitucional amplo para realizar aborto no primeiro trimestre de gravidez. Em relação ao segundo e ao terceiro trimestres, as restrições instituídas por leis estaduais podem ser progressivamente mais severas.

³ *Morgentaler Smoling and Scott v. The Queen* (1988). No julgamento desse caso, a Suprema Corte canadense reconheceu às mulheres o direito fundamental à prática do aborto. Esta nota e as quatro subseqüentes beneficiam-se de pesquisa desenvolvida pelo Doutor e Procurador da República Daniel Samento, gentilmente cedida ao signatário da presente.

⁴ O Tribunal Constitucional português reconheceu a constitucionalidade de lei que permitia o aborto em circunstâncias específicas, dentre elas o risco à saúde física ou psíquica da gestante, feto com doença grave e incurável, gravidez resultante de estupro e outras situações de estado de necessidade da gestante (Acórdão 25/84).

⁵ A Corte Constitucional espanhola considerou inconstitucional lei que autorizava o aborto em casos de estupro, anomalias do feto e riscos à saúde física e mental da mãe porque a lei não exigia prévio diagnóstico médico nos casos de má-formação fetal e risco à saúde da gestante.

⁶ Em 1975, foi editada lei francesa permitindo o aborto, a pedido da mulher, até a 10ª semana de gestação, quando a gestante afirmasse que a gravidez lhe causa angústia grave, ou a qualquer momento, por motivos terapêuticos. A norma foi submetida ao controle de constitucionalidade (antes de editada) e ao controle de convencionalidade (após sua edição), tendo sido considerada compatível tanto com a Constituição francesa quanto com a Convenção Européia dos Direitos Humanos. Hoje, outra norma cuida da matéria, mantendo a possibilidade relativamente ampla de aborto na França.

⁷ Na Alemanha, após uma posição inicial restritiva, materializada na decisão conhecida como "Aborto I" (1975), a Corte Constitucional, em decisão referida como "Aborto II" (1993), entendeu que uma lei que proibisse em regra o aborto, sem criminalizar a conduta da gestante, seria válida, desde que adotasse outras medidas para proteção do feto. Registrou, contudo, que o direito do feto à vida, embora tenha valor elevado, não se estende a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais da gestante, havendo casos em que deve ser permitida a realização do aborto.

posição que não deve ser compreendida como concordância ou tomada de posição na matéria.

3. O processo objetivo que aqui se instaura cuida, na verdade, de hipótese muito mais simples. A antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos situa-se no domínio da medicina e do senso comum, sem suscitar quaisquer das escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária da gravidez viável⁸. Nada obstante, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal tornou-se indispensável na matéria, que tem profundo alcance humanitário, para libertá-la de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstáculos à atuação dos profissionais de saúde.

II. A HIPÓTESE

ANENCEFALIA, INVIABILIDADE DO FETO E ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO

4. A *anencefalia* é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico⁹. Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal¹⁰. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida

⁸ Inexiste qualquer proximidade entre a pretensão aqui veiculada e o denominado aborto *eugenico*, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade da vida extra-uterina do ser nascido, o que não é o caso em relação à anencefalia.

⁹ Richard E. Behrman, Robert M. Kliegman e Hal B. Jenson, *Nelson/Tratado de Pediatria*, Ed. Guanabara Koogan, 2002, p. 1777.

¹⁰ Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 101.

extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.

5. Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevida de no máximo algumas horas após o parto. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa¹¹. Aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterino¹².

6. O exame pré-natal mais comumente utilizado para detectar anomalias resultantes de má-formação fetal é a ecografia¹³. A partir do segundo trimestre de gestação, o procedimento é realizado através de uma sonda externa que permite um estudo morfológico preciso, incluindo-se a visualização, *e.g.*, da caixa craniana do feto. No estado da técnica atual, o índice de falibilidade dessa espécie de exame é praticamente nulo, de modo que seu resultado é capaz de gerar confortável certeza médica.

7. Uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. O mesmo, todavia, não ocorre com relação ao quadro clínico da gestante. A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos. De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal¹⁴. Assim, *a antecipação do parto* nessa

¹¹ Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 44.

¹² Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 102.

¹³ V. definição constante do *Dicionário enciclopédico de medicina* (A. Céu Coutinho), p. 748: "Método auxiliar de diagnóstico baseado no registro gráfico de ecos de ultra-sons que são emitidos e captados por um aparelho especial que emite as ondas e capta os seus reflexos, fazendo também o seu registro gráfico (ecograma)."

¹⁴ Em parecer sobre o assunto, a FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia atesta: "As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstétrica nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente. C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). D) Associação

hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução.

8. Como se percebe do relato feito acima, a antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto, tal como tipificado no Código Penal. O aborto é descrito pela doutrina especializada como “a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)”¹⁵. Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os 9 meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal. Ao ponto se retornará adiante.

9. Note-se, a propósito, que a hipótese em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a Parte Especial daquele diploma, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma.

com vasculopatia periférica de estase. E) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo. G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.” (doc. nº 06)

¹⁵ Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, 2002, p. 424.

III. DO DIREITO

QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES E FUNDAMENTOS DO PEDIDO

III.1. Preliminarmente

a) Legitimação ativa e pertinência temática

10. Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, a legitimação ativa para a ADPF recai sobre os que têm direito de propor ação direta de inconstitucionalidade, constantes do elenco do art. 103 da Constituição Federal¹⁶. Tal é o caso da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que é uma confederação sindical (CF, art. 103, IX), de acordo com o art. 535 da CLT, com registro no Ministério do Trabalho (doc. nº 03) e tem âmbito nacional (Estatuto Social, art. 1º - doc. nº 02). Há expresse reconhecimento, nesse sentido, por parte do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento das ADIns nº 1.458 (Rel. Min. Celso de Mello)¹⁷ e 1.497 (Rel. Min. Marco Aurélio)¹⁸.

11. A pertinência temática é igualmente inequívoca. A CNTS tem, dentre suas finalidades, a de substituir e/ou representar, perante as autoridades judiciárias e administrativas, os interesses individuais e coletivos da categoria profissional dos trabalhadores na saúde (Estatuto, art. 3º, *h*). Ora bem: os trabalhadores na saúde, aí incluídos médicos, enfermeiros e outras categorias que atuam no procedimento de antecipação terapêutica do parto, sujeitam-se a ação penal pública por violação dos dispositivos do Código Penal já mencionados, caso venham a ser indevidamente interpretados e aplicados por juízes e tribunais. Como se percebe intuitivamente, a questão ora submetida à apreciação dessa Corte

¹⁶ CF, art. 103: "Pode propor a ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

¹⁷ STF, ADIn/MC 1.458-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996.

¹⁸ STF, ADIn/MC 1.497-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.12.2002.

afeta não apenas o direito das gestantes, mas também a liberdade pessoal e profissional dos trabalhadores na saúde.

12. Caracterizadas a legitimação ativa e a pertinência temática, cabe agora examinar a presença dos requisitos de cabimento da ADPF.

b) Cabimento da ADPF

13. A Lei nº 9.882, de 3.12.99, que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁹, contemplou duas modalidades possíveis para o instrumento: a arguição autônoma e a incidental. A arguição aqui proposta é de natureza *autônoma*, cuja matriz se encontra no *caput* do art. 1º da lei específica, *in verbis*:

*“Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.*²⁰

14. A ADPF autônoma constitui uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Tem por singularidade, todavia, o parâmetro de controle mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle mais amplo, compreendendo os atos do Poder Público em geral, e não apenas os de cunho normativo.

¹⁹ Anteriormente à promulgação desse diploma legal, a posição do Supremo Tribunal Federal era pela não-autoaplicabilidade da medida. V. DJU, 31.05.1996, Ag. Reg. na Pet. 1.140, rel. Min. Sydney Sanches.

²⁰ A arguição incidental decorre do mesmo art. 1º, parágrafo único, I: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, combinado com o art. 6º, § 1º da mesma lei: “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações,

15. São três os pressupostos de cabimento da arguição autônoma: (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental; (ii) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; (iii) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Confira-se, a seguir, a demonstração da satisfação de cada um deles na hipótese aqui examinada.

(i) Ameaça ou violação a preceito fundamental

16. Nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução “preceito fundamental”. Nada obstante, há substancial consenso na doutrina de que nessa categoria não de figurar os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa tipificação, compreendendo, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5º e segs). Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (art. 34, VII), que são aqueles que, por sua relevância, dão ensejo à intervenção federal²¹.

17. Conforme será aprofundado pouco mais à frente, na questão aqui posta os preceitos fundamentais vulnerados são: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República brasileira; a cláusula geral da liberdade, extraída do princípio da legalidade (art. 5º, II), direito fundamental previsto no Capítulo dedicado aos direitos individuais e coletivos; e o direito à saúde (arts. 6º e 196), contemplado no Capítulo dos direitos sociais e reiterado no Título reservado à ordem social.

em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (grifo acrescentado).

²¹ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* (obra ainda inédita), 2004.

(ii) Ato do Poder Público

18. Como decorre do relato explícito do art. 1º da Lei nº 9.882/99, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados do Poder Público, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Na presente hipótese, o ato estatal do qual resulta a lesão que se pretende reparar consiste no conjunto normativo extraído dos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, ou mais propriamente, na interpretação inadequada que a tais dispositivos se tem dado em múltiplas decisões (docs. nºs 7 a 9). Os dispositivos têm a seguinte dicção:

“Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

“Aborto provocado por terceiro

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

19. O que se visa, em última análise, é a interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.

(iii) Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade (subsidiariedade da ADPF)

20. A exigência de “inexistir outro meio capaz de sanar a lesividade” não decorre da matriz constitucional do instituto. Inspirada por dispositivos análogos, relativamente ao recurso constitucional alemão²² e ao recurso de amparo espanhol²³, a subsidiariedade da ADPF acabou por constar do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99:

“§ 1º. Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

21. A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm construído o entendimento de que a verificação da subsidiariedade em cada caso depende da *eficácia* do “outro meio” referido na lei, isto é, da espécie de solução que as outras medidas possíveis na hipótese sejam capazes de produzir²⁴. O *outro meio* deve proporcionar resultados semelhantes aos que podem ser obtidos com a ADPF. Ora, a decisão na ADPF é dotada de carácter vinculante e contra todos, e dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá

²² A Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal exige, em seu § 90, alínea 2, que antes da interposição de um recurso constitucional seja esgotada regularmente a via judicial.

²³ Lei Orgânica 2, de 3.10.79, do Tribunal Constitucional, art. 44, 1, a.

²⁴ Embora na ADPF nº 17 (DJU 28.09.2001), o relator, Min. Celso de Mello, não tenha conhecido da argüição, por aplicação da regra da subsidiariedade, esse ponto não lhe passou despercebido, como se vê da transcrição da seguinte passagem de seu voto: “É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação da lesividade.

Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público” (negrito no original).

atingir tais efeitos²⁵. Ademais, caso, a pretexto da subsidiariedade, se pretendesse vedar o emprego da ADPF sempre que cabível alguma espécie de recurso ou ação de natureza subjetiva, o papel da nova ação seria totalmente marginal e seu propósito não seria cumprido. É por esse fundamento, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF autônoma, que o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

22. Assim, não sendo cabível qualquer espécie de processo objetivo – como a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade –, caberá a ADPF. Esse é o entendimento que tem prevalecido nesse Eg. STF²⁶.

23. No caso presente, as disposições questionadas encontram-se no Código Penal, materializado no Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40. Trata-se, como se percebe singelamente, de diploma legal pré-constitucional, não sendo seus dispositivos originais suscetíveis de controle

²⁵ A exceção pode ocorrer em certas hipóteses de ação popular ou de ação civil pública.

²⁶ DJU 2.12.2002, p. 70, ADPF 33-5, Rel. Min. Gilmar Mendes: "De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.

(...) Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogados ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

(...) Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

(...) Assim, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional".

mediante ação direta de inconstitucionalidade, consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁷. Não seria hipótese de ação declaratória de constitucionalidade nem de qualquer outro processo objetivo.

24. Pelas razões expostas, afigura-se fora de dúvida o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental na hipótese.

III.2. No mérito: preceitos fundamentais violados

25. No início desta peça, mencionou-se que a hipótese aqui em exame não envolve os elementos discutidos quando o tema é aborto. De fato, a discussão jurídica acerca da interrupção da gravidez de um feto viável envolve a ponderação de bens supostamente em tensão: de um lado, a potencialidade de vida do nascituro e, de outro, a liberdade e autonomia individuais da gestante²⁸. Como já referido, no caso de feto anencefálico, há certeza científica de que o feto não tem potencialidade de vida extra-uterina.

26. Diante disso, o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante. O reconhecimento de seus direitos fundamentais, a seguir analisados, não é a causa da lesão a bem ou direito de outrem – por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro²⁹,

²⁷ STF, DJU 21.11.1997, p. 60.585, ADIn nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard. Sobre este tópico específico e as sutilezas que pode envolver, v. itens 45 e segs. da presente petição, nos quais se veicula o pedido alternativo.

²⁸ Sobre a ponderação de bens como técnica de decisão, v. na doutrina brasileira o trabalho pioneiro de Daniel Sarmiento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000.

²⁹ Aurélio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2ª ed., 36ª, imp.: "Nascituro. (...) 3. *Jur.* O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo". No caso, só a morte é certa, anterior ou imediatamente após o parto. Veja-se, por relevante, que a Lei nº 9.437/97 estabelece como momento da morte humana o da morte encefálica, para fins de autorização de transplante. Confirma-se sua dicção expressa: "Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina".

cujo interesse se possa eficazmente proteger. É até possível colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores, mas a rigor técnico não há esta necessidade. A hipótese é de não-subsunção da situação fática relevante aos dispositivos do Código Penal. A gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto está protegida por direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva.

a) Dignidade da pessoa humana. Analogia à tortura

27. A dignidade da pessoa humana foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos. A banalização do mal³⁰ ao longo da primeira metade do século XX e a constatação, sobretudo após as experiências do fascismo e do nazismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista, também identificada como pós-positivismo.³¹ Nesse novo paradigma, dá-se a reaproximação entre o Direito e a Ética, resgatam-se os valores civilizatórios, reconhece-se normatividade aos princípios e cultivam-se os direitos fundamentais. Sob este pano de fundo, a Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito (art. 1º, III).³²

³⁰ A expressão foi empregada por Hannah Arendt em *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*, trad. José Rubens Siqueira, Companhia das Letras, 1999.

³¹ V. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 237. Sobre o tema, na doutrina nacional, v. tb. Luís Roberto Barroso, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)". In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

³² Alguns trabalhos monográficos recentes sobre o tema: José Afonso da Silva, *Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, Revista de Direito Administrativo 212/89; Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1999; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; Cleber Francisco Alves, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 2001; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001.

28. O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. Aliás, o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos³³, de que todo indivíduo é titular³⁴, generalizou-se também após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanções da própria dignidade, funcionando como “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.”³⁵ Tais direitos, reconhecidos a todo ser humano³⁶ e consagrados pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado³⁷.

29. Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.

³³ Sobre a discussão acerca da existência autônoma dos direitos da personalidade, v. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 155.

³⁴ Pietro Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, apud Gustavo Tepedino, “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”, in *Temas de direito civil*, 2001, p. 42: “O direito da personalidade nasce imediatamente e contextualmente com a pessoa (direitos inatos). Está-se diante do princípio da igualdade: todos nascem com a mesma titularidade e com as mesmas situações jurídicas subjetivas (...) A personalidade comporta imediata titularidade de relações personalíssimas.”

³⁵ Gustavo Tepedino, “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”, in *Temas de direito civil*, 2001, p. 33.

³⁶ Mônica Neves Aguiar da Silva Castro, *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*, 2002, p. 67: “Identificados como inatos, no sentido de que não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir, os direitos da personalidade vêm sendo reconhecidos igualmente aos nascituros.”

³⁷ Miguel Ángel Alegre Martínez, *El derecho a la propia imagen*, 1997, p. 140: “Es de notar, además, que los destinatarios de esse deber genérico son todas las personas. El respeto a los derechos fundamentales, traducción del respeto a la dignidad de la persona, corresponde a todos, precisamente porque los derechos que deben ser respetados son patrimonio de todos, y el no respeto a los mismos por parte de cualquiera privará al otro del disfrute de sus derechos, exigido por su dignidad.”

30. A relevância desses direitos para a hipótese aqui em discussão é simples de ser demonstrada. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infra-constitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental³⁸ (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada).

b) Legalidade, liberdade e autonomia da vontade

31. O princípio da legalidade³⁹, positivado no inciso II do art. 5º da Constituição, na dicção de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, flui por vertentes distintas em sua aplicação ao Poder Público e aos particulares. Para o Poder Público, somente é facultado agir por imposição ou autorização legal⁴⁰. Em relação aos particulares, esta é a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe determinado

³⁸ Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997: “Art 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.”

³⁹ Sobre o princípio da legalidade, dentre muitos, v. Geraldo Ataliba, *República e constituição*, 1985, p. 98/99; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 1999, p. 32 e ss; e Maria Sílvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2001, p. 67 e ss.

⁴⁰ Não é este o local apropriado para a discussão acadêmica acerca do desenvolvimento de novos paradigmas relativamente à vinculação positiva da Administração Pública à lei. Sobre o tema, v. Gustavo Binenbojm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, mimeografado (projeto de tese de doutorado apresentado ao programa de pós-graduação em direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ).

comportamento ou se a lei não o impõe, têm as pessoas a autodeterminação de adotá-lo ou não.

32. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade que não a da lei, e, mesmo assim, desde que seja ela formal e materialmente constitucional. Reverencia-se, dessa forma, a autonomia da vontade individual, cuja atuação somente deverá ceder ante os limites impostos pela legalidade. De tal formulação se extrai a ilação óbvia de que tudo aquilo que não está proibido por lei é juridicamente permitido.

33. Pois bem. A antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico. O fundamento das decisões judiciais que têm proibido sua realização, *data venia* de seus ilustres prolores, não é a ordem jurídica vigente no Brasil, mas sim outro tipo de consideração. A restrição à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante, nesse caso, não se justifica, quer sob o aspecto do direito positivo, quer sob o prisma da ponderação de valores: como já referido, não há bem jurídico em conflito com os direitos aqui descritos⁴¹.

c) Direito à saúde

34. Os fundamentos básicos do direito à saúde no Brasil estão dispostos no art. 6º, *caput*, e nos arts. 196 a 200 da Constituição Federal. O art. 196 é especialmente importante na hipótese:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e

⁴¹ Como assinalado, nada impede que se opte por colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores contrapostos: de um lado os direitos fundamentais da mãe e, de outro, a convicção religiosa ou filosófica que defenda a obrigatoriedade de levar a termo a gravidez, mesmo em se tratando de feto inviável. A ponderação, no entanto, é técnica de decisão que se utiliza quando há colisão de princípios ou de direitos fundamentais, funcionando como uma alternativa à técnica tradicional da subsunção. Não se vislumbra colisão no caso aqui estudado, mas sim uma situação de não subsunção ao Código Penal, vale dizer, de atipicidade da conduta.

de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

35. A previsão expressa do direito à saúde na Carta de 1988 é reflexo da elevação deste direito, no âmbito mundial, à categoria de direito humano fundamental. Ressalte-se, neste ponto, que *saúde*, na concepção da própria Organização Mundial da Saúde, é o *completo bem estar físico, mental e social*, e não apenas a ausência de doença. A antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante. Impedir a sua realização importa em indevida e injustificável restrição ao direito à saúde. Desnecessário enfatizar que se trata, naturalmente, de uma faculdade da gestante e não de um procedimento a que deva obrigatoriamente submeter-se.

IV. DO PEDIDO

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

36. A técnica da interpretação conforme a Constituição, desenvolvida pela doutrina moderna⁴² e amplamente acolhida por essa Corte⁴³, consiste na escolha de uma linha de interpretação para determinada norma legal, em meio a outras que o texto comportaria. Por essa via, dá-se a expressa exclusão de um dos sentidos possíveis da norma, por produzir um resultado que contravém a Constituição, e a afirmação de

⁴² O princípio da interpretação conforme a Constituição tem sua trajetória e especialmente o seu desenvolvimento recente ligados à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde sua importância é crescente. V. Honrad Hesse, *La interpretación constitucional*, in *Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 53. V. tb., dentre muitos outros, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 1983, t. 2., p. 232 e ss.; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 284 e ss.; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991, p. 95; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 1991, p. 236.

⁴³ V. sobre o tema, ilustrativamente, STF, Rep. Nº 1.417-7, Rel. Min. Moreira Alves, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 1, p. 314. No mesmo sentido: RTJ 139/624; RTJ 144/146.

outro sentido, compatível com a Lei Maior, dentro dos limites e possibilidades oferecidos pelo texto⁴⁴.

37. Pois bem. O legislador penal brasileiro tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Assim é que são tutelados, nos artigos 124 a 128 do Código Penal, o feto e, ainda, a vida e a integridade física da gestante (vide CP, art. 125 – aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da mãe). A antecipação consentida do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não afeta qualquer desses bens constitucionais. Muito ao contrário.

38. Como já exposto, na gestação de feto anencefálico não há vida humana viável em formação. Vale dizer: não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto. Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto⁴⁵. Sobre o ponto, vale reproduzir a lição clássica de Nelson Hungria que, embora escrita décadas antes de ser possível o diagnóstico de anencefalia, aplica-se perfeitamente ao caso:

⁴⁴ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 189: "À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura do texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal".

⁴⁵ E, no que toca à gestante, já se registrou que a gravidez de feto anencefálico é potencialmente perigosa, trazendo inúmeros riscos de complicações, além de profunda angústia e sofrimento psicológico não só à mãe como a toda a família. Assim, a antecipação do parto nesses casos somente traz benefícios à saúde da gestante, tanto de ordem física quanto psíquica.

“Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.” (grafia original)⁴⁶

39. O Judiciário já tem examinado essa questão em várias ocasiões. Na realidade, nos últimos anos, decisões judiciais em todo o país têm reconhecido às gestantes o direito de submeterem-se à antecipação terapêutica do parto em casos como o da anencefalia, concedendo-lhes alvarás para realização do procedimento⁴⁷. Recentemente, porém, algumas decisões em sentido inverso desequilibraram a jurisprudência que se havia formado. Uma delas, inclusive, chegou à apreciação desse Eg. Supremo Tribunal no início de 2004.

40. Trata-se do HC 84.025-6/RJ, no qual se versava hipótese, precisamente, de pedido de antecipação do parto de feto anencefálico. Seria a primeira vez que o STF teria oportunidade de apreciar a questão. Lamentavelmente, porém, antes que o julgamento pudesse acontecer, a gravidez chegou a termo e o feto anencefálico, sete minutos após o parto, morreu. O eminente Ministro Joaquim Barbosa, relator designado para o caso, divulgou seu preciso voto, exatamente no sentido do que aqui se sustenta. Vale transcrever trecho de seu pronunciamento, que resume toda a questão em análise:

⁴⁶ Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, 1958, p. 297-298.

⁴⁷ Nesse sentido, vejam-se exemplificativamente: em SP: TJ/SP – JTJ 232/391; TJ/SP, 1ª Câmara Criminal, MS nº 309.340-3, Rel. David Haddad, j. 22.05.2000; TJ/SP, 3ª Câmara Criminal, MS nº 375.201-3, Rel. Tristão Ribeiro, j. 21.03.2002; em MG: TAMG, 3ª Câmara Cível, Apel. Cível nº 264.255-3, Rel. Juiz Duarte de Paula, j. 23.09.1998; TAMG, 1ª Câmara Cível, Apel. Cível nº 219.008-9, Rel. Juiz Alvim Soares – RJTAMG 63/272; TAMG, 6ª Câmara Cível, Apel. Cível nº 0240338-5, Rel. Juiz Baía Borges, DJ 10.09.1997; no RS: TJ/RS, 2ª Câmara Criminal, MS nº 70005577424, Rel. José Antônio Cidade Pitrez, j. 20.02.2003; TJ/RS, 3ª Câmara Criminal, Apel. Criminal nº 70005037072, Rel. José Antônio Hirt Preiss, j. 12.09.2002; dentre outros.

“Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.”⁴⁸

IV.1. Pedido cautelar

41. No curso da argumentação desenvolvida demonstrouse, de maneira que se afigura inequívoca, a presença do *fumus boni iuris*. A violação dos preceitos fundamentais representados pela dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde é ostensiva, caso se interpretem as normas penais como impeditivas da antecipação terapêutica do parto na hipótese de feto anencefálico.

42. Quanto ao *periculum in mora*, note-se que tramitam perante tribunais de todo o país diversas ações judiciais em que gestantes –

⁴⁸ Íntegra do voto acessível no site “Consultor Jurídico”, no endereço <http://conjur.uol.com.br/textos/25241/>. No mesmo sentido decidiu a Suprema Corte da Argentina, ao examinar, precisamente, hipótese de antecipação de parto encefálico. O Tribunal confirmou decisão de tribunal inferior no sentido de que “en el caso aquí analizado, y particularmente para una de las hipótesis posibles: la inducción o adelantamiento del parto no se verifican los extremos de la vigencia del tipo objetivo del aborto – artículo 86 del Código Penal”. E acrescentou: “Frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, cobran toda su vitalidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y, en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional, a los que se ha hecho referencia supra”. Referência: T.421.XXXVI. T., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (doc. n° 10).

notadamente as de baixa renda, que dependem da rede pública de saúde – buscam autorização judicial para poderem submeter-se à antecipação terapêutica do parto, por serem portadoras de feto anencefálico. Note-se que o procedimento médico somente é realizado na rede do SUS – e mesmo na maioria dos hospitais privados – mediante a apresentação de tal autorização. Desnecessário dizer (e o caso do HC 84.025-6/RJ, acima citado, é prova disso) que a demora inerente aos trâmites processuais muitas vezes torna inócua eventual decisão judicial favorável à gestante.

43. Configurados o *fumus boni iuris* e o *grave periculum in mora*, a CNTS requer, com fulcro no art. 5º, *caput* e § 3º da Lei n.º 9.882/99, seja concedida medida liminar para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os dispositivos do Código Penal aqui indigitados, nos casos de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. E que se reconheça, como consequência, o direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento aqui referido, e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia descrita na presente ação.

IV.2. Pedido principal

44. Por todo o exposto, a CNTS requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que essa Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

IV.3. Pedido alternativo

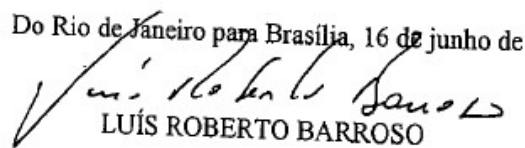
45. Por fim, alternativamente e por eventualidade, a CNTS requer que, caso V. Exa. entenda pelo descabimento da ADPF na hipótese, seja a presente recebida como ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, sem redução de texto, hipótese, portanto, em que não incidiria a jurisprudência consagrada dessa Corte relativamente à inadmissibilidade desse tipo de ação em relação a direito pré-constitucional.

46. De fato, a lógica dominante na Corte, reiterada na ADIn nº 2, é a de que lei anterior à Constituição e com ela incompatível estaria revogada. Conseqüentemente, não se deve admitir a ação direta de inconstitucionalidade cujo propósito é, em última análise, retirar a norma do sistema. Se a norma já não está em vigor, não haveria sentido em declarar sua inconstitucionalidade. Esse tipo de raciocínio, todavia, não é válido quando o pedido na ação direta é o de interpretação conforme a Constituição. É que, nesse caso, não se postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha a dar a Corte.

Por fim, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, a CNTS se coloca à disposição de V. Exa. para providenciar a emissão de pareceres técnicos e/ou a tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria, caso se entenda necessário.

Nestes termos, pede deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 16 de junho de 2004.


LUÍS ROBERTO BARROSO

OAB/RJ 37.769