

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THALITA BIZERRIL DULEBA

A INTERRUPTÃO SELETIVA DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO
RECEPCIONADA PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO

CURITIBA

2007

THALITA BIZERRIL DULEBA

A INTERRUPTÃO SELETIVA DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO
RECEPCIONADA PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografia,
Pesquisa e Extensão como requisito parcial à
conclusão do Curso de Bacharelado em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof.º Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA
2007

À minha família, por possibilitar
a realização de tantos sonhos.
Por todo o aprendizado,
estímulo e apoio.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
CAPÍTULO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	5
1.1. Conceito de Aborto.....	5
1.2. História da Criminalização e Punibilidade do Aborto.....	6
1.3. A História da Criminalização e Punibilidade do Aborto no Direito Brasileiro.....	12
1.3.1. Projetos para Alterações do Código Penal Vigente que Pretendiam Descriminalizar Espécies de Aborto	15
1.4. Espécies de Aborto	17
1.4.1. Aborto Terapêutico.....	17
1.4.2. Aborto Sentimental.....	18
1.4.3. Aborto Eugênico ou Eugenésico	19
1.4.4. Aborto Seletivo.....	20
1.4.5. Aborto Social ou Econômico ou Econômico-Social	20
CAPÍTULO II – O ABORTO NO CENÁRIO ATUAL	22
2.1. O Aborto no Código Penal Brasileiro Atual.....	22
2.1.1. O Objeto Tutelado	22
2.1.2. Sujeitos do Delito	23
2.1.3. Configuração da Tipicidade	23
2.1.4. Aborto Provocado Amparado pelo Código Penal (Aborto Legal)	24
2.2. Cenário Político, Cultural e Tecnológico da Elaboração e Promulgação do Código Penal Vigente.....	25
CAPÍTULO III - O PROBLEMA DA ANENCEFALIA.....	33
3.1. Definição de Anencefalia	33
3.1.1. Incidência.....	34
3.1.2. Diagnóstico.....	35
3.1.3. A Gestação e o Parto	35
3.1.4. O Caso Marcela de Jesus	37
CAPÍTULO IV – A DETECÇÃO DE EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE VIDA	38
4.1. Teorias Sobre o Início da Vida	38
4.1.1. Teoria da Concepção	38
4.1.2. Teoria da Nidação.....	39
4.1.3. Teoria da Gastrulação	39
4.1.4. Teoria da Formação dos Rudimentos do Sistema Nervoso Central	40
4.2. Conceito Jurídico de Vida e Morte.....	40
4.3. A Inexistência de Vida no Caso do Feto/ Bebê Anencefálico Segundo Critérios Médicos	43
CAPÍTULO V - A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO	47
5.1. A Atipicidade da Conduta Interruptiva da Gestação de Feto Anencefálico.....	47
5.2. Hipótese de se Considerar como Aborto a Interrupção Seletiva da Gestação – Aborto Impunível.....	50
5.3. A Situação da Gestante de Feto Anencefálico.....	52
5.4. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida	57
5.4.1. A Perspectiva da Gestante	61
5.4.2. A Perspectiva do Feto/Bebê	64

CAPÍTULO VI – O PLEITO PARA A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO DOS ESTADOS E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	67
6.1. Linhas Principais para Negar o Pedido de Interrupção da Gestaço.....	67
6.2. Linhas Principais para Autorizar o Pedido de Interrupção da Gestaço	71
6.3. A Eficiência da Resposta do Judiciário	75
CAPÍTULO VII – A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO	77
7.1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54	77
7.2. O Caso Maria Vida	84
CAPÍTULO VIII – A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA	87
CONCLUSÃO.....	93
Anexo I.....	96
Anexo II.....	97
REFERÊNCIAS	100

INTRODUÇÃO

A gestação é o marco de uma vida. Trata-se de um período de, em média, 40 semanas em que vida é gerada no ventre da mulher, culminando no nascimento de um novo ser. Desta forma, traz consigo a simbologia de uma nova vida.

Pode ser planejada ou não, conseqüentemente desejada ou indesejada. Infelizmente, às gestantes que vivem no Brasil é imposto que levem a gestação até seu termo natural, com exceção de ser oriunda de estupro ou se não houver outra forma de salvar-lhe a vida.

Afora todas as discussões que permeiam o tema, o presente trabalho trata da hipótese específica de o feto sofrer de anencefalia. Esta é uma má-formação congênita em que o feto não desenvolve os hemisférios cerebrais, assim como o córtex cerebral. Resta-lhe apenas o tronco cerebral (geralmente rudimentar) que lhe garante por algum tempo as funções primitivas, como batimentos cardíacos e respiração. Deste modo, não há sobrevivência razoável, conforme será demonstrado no presente trabalho.

A gestante, portanto, ao receber o diagnóstico da anomalia de seu feto, depara-se com uma situação extremamente inversa ao que deveria significar sua gestação: aguarda não o nascimento de seu filho, mas seu perecimento certo e irremediável.

Muitas gestantes, não desejando passar por toda a (complicada e arriscada) gestação, optam pela interrupção. Desta forma, pretendem evitar o maior desgaste físico e psicológico da gestação patológica.

No entanto, atualmente, apesar de não haver norma legal proibindo a conduta, faz-se necessária autorização judicial para interromper a gestação. Assim, além de todo o sofrimento do diagnóstico, da opção pela interrupção, a gestante (e sua família) ainda tem que se expor à opinião alheia, e sofre a angústia inerente ao processo judicial.

Além de todo o desgaste emocional já mencionado, ainda há o risco do indeferimento do pleito. Nesta hipótese, a mulher é obrigada pelo Poder Público a levar a gestação até que a natureza faça seu trabalho, e se tenha o inevitável perecimento do bebê.

Devido a todo o sofrimento que, injustificadamente, o Poder Judiciário tem imposto às gestantes que optam pela interrupção da gestação neste caso, é que desenvolvemos o presente trabalho.

Desta forma, trataremos do aborto e suas espécies, além da evolução histórica que culminou na sua criminalização, para que seja possível a diferenciação da interrupção seletiva da gestação.

Para comprovar a atipicidade da conduta interruptiva da gestação no caso de anencefalia fetal, trabalharemos o tipo de aborto e seus elementos. Apontaremos também o contexto histórico em que foi elaborado e promulgado o Código Penal Brasileiro vigente, pretendendo demonstrar a impropriedade de se invocar o tipo de aborto para negar o pleito judicial da gestante de feto anencéfalo.

Então, será introduzida a questão da anencefalia, sua definição, a precisão do diagnóstico, além dos problemas e riscos da gestação e parto. Será possível, neste momento, avaliar os riscos desnecessários pelos quais passa a gestante durante o período em que é obrigada a manter a gravidez, até que obtenha provimento favorável.

Serão então tratadas as (principais) teorias sobre o início da vida, de modo a se verificar a ausência de vida do feto anencefálico, inclusive através de critérios médicos, afastando, assim, a tipicidade da conduta da interrupção seletiva da gestação em questão.

Demonstraremos todo o caminho percorrido pela gestante, desde o diagnóstico da anomalia fetal, o processamento de ação visando autorização judicial para interromper a gestação até o provimento final desta.

Assim será possível a análise jurisprudencial destas ações ajuizadas visando a interrupção da gestação de feto anencéfalo.

Então indicaremos a tendência da jurisprudência nacional, apontando os equívocos mais comuns, e o tímido delineamento da solução proposta no presente trabalho.

CAPÍTULO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Até pouco tempo, em virtude da falta de recursos tecnológicos, interrupção da gestação e aborto eram tidos como equivalentes. No entanto, como será demonstrado no presente trabalho, hoje não se pode tratar ambas as figuras da mesma forma.

Portanto, para traçarmos um panorama lógico até a problemática de que tratamos neste trabalho, se faz necessária a análise do aborto, tanto para diferenciar da interrupção da gestação, quanto para conhecer o caminho percorrido até tal diferenciação. Assim, trataremos do conceito de aborto, da história de sua punibilidade e seu tratamento legislativo ao longo dos tempos até a atualidade.

Assim, restará clara a diferença entre ambas as figuras, de modo a demonstrar a realidade em que estamos inseridos, em que é imperioso o abandono do estigma do aborto. Com isso, poder-se-á tratar mais adequadamente a gestação de feto anencefálico e sua eventual interrupção.

1.1. Conceito de Aborto

Em termos mais técnicos, o ato de abortar seria o **abortamento**, enquanto que aborto seria o *“produto da concepção, morto ou inviável, resultante.”* (CROCE, 2004, p. 523). No entanto, utiliza-se, como se fará no presente trabalho, o termo **aborto** para significar o ato, pois, segundo Veloso de França (2004), é o termo mais correto terminologicamente, e por ser a expressão utilizada pela legislação penal.

Quanto à conceituação, a obstetrícia e a medicina legal divergem.

Para a obstetrícia, o aborto é *“a interrupção da gravidez, espontânea ou propositada, desde o momento da fecundação do óvulo pelo gameta masculino até a 21ª semana de gestação;”* (CROCE, 2004, p. 523)

À Medicina Legal não importa o tempo gestacional em que ocorre a interrupção da prenhez, seja desde a fecundação até momentos antes do início do trabalho de parto ou o termo, no 9º mês [...]; expulso morto (o conceito), em qualquer fase do processo gestatório, ou vivo, mas que morra logo após a inaptidão para a vida extra-uterina, será aborto. (CROCE, 2004, p.524)

Assim, em um conceito bastante superficial, o aborto é, em suma, a interrupção antecipada da gravidez **com a conseqüente morte do conceito**. Não é

correto incluir no conceito sua expulsão, pois isto nem sempre se dá, como é o caso do aborto retido. O aborto ainda pode ser espontâneo ou provocado.

O aborto espontâneo é caracterizado pela inviabilidade natural do conceito e sua morte devida a fatores etiológicos [...] não vinga devido a [...] fatores impeditivos da normal evolução da prenhez, não havendo, portanto, participação da vontade na interrupção da gestação. (CROCE, 2004, p. 524-525)

A questão polêmica é, por óbvio, o aborto provocado. Tal conduta envolve questões éticas, morais, políticas e principalmente religiosas. Desta forma, ao longo da história, a prática abortiva foi vista de diversas formas, dependendo do momento histórico e da cultura.

Atualmente, o Brasil tem uma das legislações mais rígidas do mundo, em que o aborto provocado pode ser legal somente no caso de ser terapêutico e sentimental, sendo criminoso nos demais casos. É tipificado como crime contra a vida, como será demonstrado a seguir. No entanto, nem sempre foi assim.

O presente trabalho demonstrará a evolução histórica da punibilidade da prática abortiva, demonstrando as raízes de nossa legislação penal. Assim, poder-se-á ter uma real visão do presente, e apontar uma evolução necessária de nosso código penal, de modo a se resguardar a dignidade da pessoa e da vida humana.

1.2. História da Criminalização e Punibilidade do Aborto

Ao longo da história, tem-se notícia de que a prática do aborto foi ora criminalizada e punida, ora permitida. Nos momentos em que não foi considerada crime, o fundamento era de que o feto fazia parte do corpo da mulher, e desta forma cabia a ela a decisão da prática abortiva.

No Código de Hamurábi (2235 – 2242 a.C.), a previsão do aborto enquanto crime deu-se nos artigos 209 a 213, assim enunciados:

Art. 209 – Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, pagará pelo feto 10 sicles de prata.

Art. 210 – Se esta mulher morre, matar-se-á o filho do agressor.

Art. 211 – Se é uma mulher nobre, que, em consequência das pancadas, aborta, ele pagará 5 sicles de prata.

Art. 212 – Se esta mulher morre, pagará meia mina de prata.

Art. 213 – Se ele bate numa serva e a faz abortar, pagará 2 sicles de prata.

Vê-se que no referido Código não era prevista a punição do auto-aborto. Aplicava-se ao agente causador do aborto uma pena pecuniária. No caso de morte

da gestante, a pena capital era aplicada ao filho do agressor. Note-se, também, que era explícita a diferença entre a mulher dita “livre” e a “serva”, de forma que a punição ao agressor desta era menos severa.

Da mesma forma, o Código de Hitita (séc. XIV a.C.)

punia apenas o terceiro que desse causa ao aborto, estabelecendo uma pena pecuniária conforme a idade do feto. Já as leis de Manu,¹ provavelmente contemporâneas ao séc. XIII a.C., também cuidavam do crime de aborto, e traziam regras de eugenia, proibindo a união matrimonial entre pessoas doentes ou portadoras de taras. (TEODORO, 2007, p. 63)

O Código de Hitita era semelhante ao de Hamurábi, pois levava em conta a condição social da gestante.

Os assírios eram bastante severos, conforme denota sua legislação. Parece ser a primeira legislação que acrescenta a cominação penal à reparação civil. Puniam-se as gestantes que praticavam o aborto com empalação e privação de sepultura. “*Caso o marido da abortada não tivesse outro filho, o culpado sofreria decapitação.*” (PAPALEO, 2000, p. 23)

O Edito de Milão (313 d.C.), assinada pelo Imperador Constantino, que tornava a religião católica uma das religiões do Império Romano (cessando-se as perseguições aos católicos – previa a liberdade das religiões), previa a pena de morte a quem que praticasse o aborto.

Entre os hebreus, o aborto só era punido quando ocasionado mediante violência, como se lê em Êxodo, 21:22-24². A prática abortiva foi considerada ilícito penal após a Lei Mosaica (de 1445 a.C.)³. Era punida pela simples violência empregada sobre a mulher grávida, mesmo que involuntária. Não há qualquer menção ao auto-aborto ou aborto consentido.

É o que se verifica da seguinte passagem da lei mosaica:

Se homens querelam e um deles golpeia mulher grávida e ela pare, se não o caso de morte, o culpado será condenado à multa que o marido lhe imponha e ele a pagará segundo o determinem os juízes.

¹ Contido no livro sagrado indiano- hindu - *Rig Veda*, ditado por *Brama* há (aparentemente) cerca de 3000 anos antes de Cristo.

² “*Numa briga entre homens, se um deles ferir uma mulher grávida e for causa de aborto sem maior dano, o culpado será obrigado a indenizar aquilo que o marido dela exigir, e pagará o que os juízes decidirem. Contudo, se houver dano grave, então pagará vida por vida, olho por olho, dente por dente, pé por pé[...].*”

³ Lei Mosaica é a Lei de Moisés, chamada pelos Hebreus de *Torá*.

Mas se não houver acidente, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, pisadura por pisadura. (PAPALEO, 2000, p. 23)

Já entre os gregos havia divergências. Platão e Aristóteles defendiam o aborto em casos especiais. Havia os que eram radicalmente contra. No entanto, a prática era corrente, principalmente entre as prostitutas. Defendia-se também o aborto em mulheres com mais de quarenta anos. (TEODORO, 2007, p.65)

Aristóteles, ao defender o aborto, entendia que a alma era implantada no feto masculino após quarenta dias, e no feto feminino após oitenta dias. Atualmente, estudos demonstram que este marco de quarenta dias é o tempo de finalização do desenvolvimento do córtex cerebral.

Em Roma os abortos eram freqüentes, pois o feto era considerado parte do corpo da mãe, e a decisão cabia a ela. No entanto, superior à decisão da mulher estava o *paterfamilia*, que tinha poder absoluto sobre sua mulher, filhos e escravos. Tinha o poder de vida e morte sobre eles.

Justiniano admitia o aborto quando a mulher era repudiada pelo marido. No entanto, quando provocado por interesses materiais, era motivo de banimento.

Com o Imperador Septimus Severus (193-211 d.C), a prática abortiva passou a ser considerada crime. Seria lesão ao direito de paternidade, e era punida com pena de morte. Segundo Spolidoro (1997), era tido como “*uma ofensa ao direito do marido à prole esperada.*” (SPOLIDORO, 1997, p. 31) O mesmo autor ressalta que se tratava exclusivamente de mulher casada, sendo que a não-casada poderia abortar. No entanto, quando o marido e a gestante entravam em consenso pelo aborto, não se o tratava como crime. Ainda, no caso de resultado em morte da mulher, a punição era a pena capital.

Válido ressaltar que a abominação à prática abortiva nem de longe tinha como base preceitos cristãos para Septimus Severus e (principalmente) seu filho, Antonino Caracala. Ambos repeliam igualmente os preceitos cristãos, sendo Caracala inclusive considerado o mais cruel dos Césares, tendo matado seu irmão ainda criança no colo de sua mãe.

Para os germanos, não influenciados pelo cristianismo, não havia unanimidade na punição da prática abortiva. Eram especificações diversas, peculiares a cada tribo.

O Código Persa também previu como crime, em seus arts. 40 a 47, que tinham a seguinte redação:

Art. 40 – Se um homem conhece uma mulher, sob poder ou não, casada ou não, e a faz mãe;
 Art. 41 – Se ela declara que a criança é desse homem;
 Art. 42 – Se este lhe diz: manda ir e consulta uma velha;
 Art. 43 – Se a mulher manda consultar e procura uma velha;
 Art. 44 – Se esta velha traz venenos ou remédios próprios para matar o germe ou o expulsar, ou plantas capazes de fazer abortar;
 Art. 45 – E se disser à mulher: desembaraça-te dessa criança;
 Art. 46 – E se a mulher se desembaraça da criança;
 Art. 47 – O homem, a mulher e a velha são igualmente culpados por este crime.

Verifica-se que, embora não fosse um instituto à época, a previsão assemelha-se à atual co-autoria. Zoroastro, no séc. VII a.C. previa penas duras aos provocadores do aborto.

Com a influência do cristianismo, reforçou-se a reprovação à prática do aborto. Foi comparada ao crime de homicídio, e passou a ser entendida como a morte de um ser humano. A partir de 450 d.C. o aborto e a contracepção eram pecados de lascívia, uma agressão ao casamento, cujo objetivo era a reprodução.

Carlos Magno, Imperador entre 768 e 814 d.C., extremamente cristão, punia o aborto “*física e espiritualmente [...] em nome de Cristo*”. (PAPALEO, 2000, p. 26)

Durante a Idade Média os autores e seus cúmplices eram punidos pelo abortamento. A tortura antes do enforcamento parecia ser uma imposição das leis dos juízes. Ressalta-se acerca do tema os trabalhos dos teólogos Santo Agostinho, Teodósio, Tertuliano e São Basílio. Eles divergiram quanto à incriminação do aborto, conforme fosse o feto animado ou inanimado.

Feto animado seria o feto com alma, o que aconteceria cerca de 40 dias após a concepção⁴, mas variava caso o feto fosse do sexo feminino ou masculino, conforme já anteriormente descrito.

Assim, para Santo Agostinho (como para Aristóteles) o abortamento antes dos quarenta ou oitenta dias (feto inanimado – *corpus informatum*), deveria ter punição pecuniária. Depois deste período, ter-se-ia o aborto do *corpus formatum*, em que Deus já havia lhe soprado o espírito, a pena seria a mesma que do homicídio – pena capital. Trata-se da teoria da animação retardada.

No entanto, diferente da teoria de Santo Agostinho e Aristóteles, São Basílio não distinguia feto animado de inanimado. Para ele, o aborto era sempre crime.

⁴ No entanto, segundo Luiz Spolidoro, há divergências, havendo quem alegasse que o feto teria alma no 60º dia, ou até no terceiro mês de gravidez.

O Direito Canônico o condenava, afirmando que o nascituro perderia sua alma, pois padeceria sem o sacramento do batismo.

As Leis Carolinas (1532) estabeleciam a “morte pela espada” como pena aos que obrigassem mulher a abortar. Àquela que praticasse o auto-aborto de feto animado, a pena culminada era de morte por afogamento. A *Constitutio Criminalis Carolina* distinguia a criança com vida da sem vida (SPOLIDORO, 1997). Sob influência do direito alemão, o aborto foi considerado nesta época inclusive forma de feitiçaria.

Como muitas vezes era difícil constatar o início da gravidez (até para a mulher), aceitava-se a idéia de vida, ou de animação do feto quando já fosse possível perceber seus movimentos no ventre materno.

Com o advento do Iluminismo, o aborto deixa de ser equiparado ao crime de homicídio, não deixando de ser crime. Houve conseqüente diminuição de sua pena. Isto repercutiu nas legislações modernas. No entanto, a visão cristã sobre o aborto permaneceu.

Há relatos de que no Concílio de Elvira o aborto era punido com isenção dos sacramentos da Igreja. No Concílio de Ancrya a punição era a mesma do anterior, no entanto havia a limitação pelo prazo de 10 anos. Já no Concílio de Constantinopla a pena prevista era de morte.

Em 1869, o Papa Pio IX, na *Apostolicae Sedis*, mantém a equiparação do aborto ao crime de homicídio, impondo a excomunhão aos que o praticassem, em qualquer fase da gestação. No mesmo ano o Direito Canônico adotou a idéia de que estaria presente a alma desde o momento da concepção.

Seguindo tal entendimento, o direito leigo tornou-se mais severo com a punição do aborto. O *Ancian Regime*, dos Reis da França, condenava à morte os réus que tivessem praticado o aborto, em qualquer estágio da gravidez.

Segundo Papaleo (2000), havia duas razões para tais monarcas:

- a) *práticas* – não se cogitaria de saber da animação ou inanimação do feto no ato do aborto, pois os cálculos dessa indagação eram arbitrários, hipotéticos, de vez que se via, desde logo, o produto da concepção como [...] vida humana em desenvolvimento, terminantemente proibida sua extinção voluntária;
- b) *políticas e demográficas*, pois o aborto colidia com reais interesses do Estado e seu soberano, os destes se projetando e confundindo com os daquele, donde, na interrupção da gravidez, a perda de um súdito. Não compareciam, portanto, no caso, razões morais,

filosóficas ou religiosas: eram do monarca do Estado, nada mais.
(2000, p. 29)

Vê-se que, na grande maioria dos momentos em que o aborto foi criminalizado e severamente punido, havia interesse político e demográfico, seja para obter apoio dos cristãos e da Igreja, seja para evitar um controle de natalidade. Assim haveria mão-de-obra disponível, e quanto maior a população disponível, mais barata a mão-de-obra. Manter-se-ia grande parte da população miserável, de forma que o controle ao bel interesse da classe dominante seria facilitado, e então mantido.

No entanto os filósofos iluministas, como Voltaire e Rousseau eram radicalmente contrários ao rigor da lei, rechaçando-se a equiparação do aborto ao homicídio, e a pena de morte.

Assim, o Código Napoleônico, de 1791, deixava impune a mãe, mas punia seus cúmplices a 20 anos de prisão com grilhetas.

O código francês de 1810 não equipara o aborto ao infanticídio, singularizando-se a lei penal francesa, diversamente da italiana, que considerava o aborto crime contra a raça e a família, por admitir, inclusive, a possível responsabilidade, em certos casos, da própria gestante. Punia-se o crime com reclusão e trabalhos forçados[...]. Perderia depois a condição de crime, passando a delito, e até infração de lei penal menos grave após 27.03.23: repressão mais branda, além de julgamento não mais pelo júri popular. Inobstante o menor rigor da lei, registrava-se, a partir daí, a punibilidade da tentativa, sujeitando médicos responsáveis a suspensões temporárias ou inabilitação para o exercício da profissão, extensiva aos eventuais auxiliares do clínico. Não se concedia sursis, salvo à gestante (PAPALEO, 2000, p.30).

Mais recentemente, após as Guerras Mundiais, houve grande discussão acerca da criminalização do aborto, devido ao enorme número de estupros praticados pelas tropas invasoras. Noticia-se que sequer as religiosas em convento estiveram a salvo destas terríveis práticas.

Frediano Teodoro (2007) aponta a Alemanha como um dos países em que mais se praticou o aborto, devido inclusive à escassez de recursos e alimentos, causados pela devastação da Primeira Guerra Mundial.

Desta forma alguns ordenamentos descriminalizaram o aborto sentimental, aquele cuja gravidez é resultado de estupro.

1.3. A História da Criminalização e Punibilidade do Aborto no Direito Brasileiro

Nas Ordenações Filipinas, assim como nas Ordenações Manuelinas e Afonsinas⁵, não havia a previsão do crime de aborto. No entanto autores afirmam que estaria implícita tal criminalização, vez que os atos lesivos à Igreja eram considerados praticados contra *El Rey*. Assim, como a Igreja recriminava o aborto, este pode ser tido como crime pelas Ordenações do Reino.

No Código Penal do Império (1830), o aborto estava previsto como crime nos arts. 199 e 200, no capítulo dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida. Os referidos dispositivos enunciavam o seguinte:

Art. 199 – Ocasionar aborto por qualquer meio empregado, interior ou exteriormente, com consentimento da mulher pejada.

Pena: prisão com trabalho de 1 a 5 anos. Se esse crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada.

Penas: dobradas.

Art. 200 – Fornecer, com conhecimento de causa, drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique.

Pena: prisão com trabalho de 2 a 6 anos. Se esse crime for cometido por médico, boticário ou cirurgião ou ainda praticante de tais artes.

Penas: dobradas.

No referido diploma não era criminalizado o auto-aborto, e também não se cogitava a morte da gestante.

O Código Penal Republicano (1890) tratava o aborto de forma diversa se houvesse ou não a expulsão do feto. A previsão de crime estava nos arts. 300 a 302, que dispunham o seguinte:

Art. 300 – Provocar aborto, haja ou não a expulsão do produto da concepção.

No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos.

No segundo caso: pena de prisão celular de 6 meses a 1 ano.

§1º - Se em consequência do aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher.

Pena: prisão celular de 6 a 24 anos.

§2º - Se o aborto foi provocado por médico, parteira, legalmente habilitada para o exercício da medicina:

Pena: a mesma precedente estabelecida e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão.

Art. 301 – Provocar aborto com anuência e acordo da gestante:

Pena: prisão celular por 1 a 5 anos.

⁵ Segundo MENDONÇA CORREIA. (Aborto: o Juízo Final. Disponível em: <www.ucp.pt/site/resources/documents/ISDC/ABORTO%20-%20JPMC(ARTIGO)>.doc. Acessado em 31.08.07), o aborto era considerado homicídio e punido como tal nas Ordenações Manuelinas e Afonsinas.

Parágrafo único: Em igual pena incorrerá a gestante que conseguiu abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com redução da terça parte se o crime foi cometido para ocultar desonra própria.

Art. 302 – Se o médico ou parteira, praticando o aborto, legal, para salvar a gestante de morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligência:

Penas: de prisão celular de dois meses a 2 anos, e privado de exercício da profissão por igual tempo ao da condenação.

Verifica-se que é punido o auto-aborto e passa a prever aborto necessário. Autores criticam a redação do caput do art. 300, pois aparentemente pretendia o legislador diferenciar aborto tentado do consumado, mas acabou por atrelar à materialidade da conduta.

Além disso, verifica-se a legalização do aborto necessário, pois o art. 302 trata do caso em que a morte tenha advindo de uma conduta permitida, mas praticada com imperícia ou negligência.

Diferente da codificação imediatamente anterior, prevê o aumento da pena no caso de morte da gestante.

O atual Código Penal (1940) é uma das legislações mais severas do mundo, em que prevê o aborto como crime nos arts. 124 a 127, no capítulo dos crimes contra a vida. Os dispositivos têm a seguinte redação:

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoques.

Pena: detenção de 1 a 3 anos.

Art. 125 – Provocar o aborto sem o consentimento da gestante.

Pena: reclusão de 3 a 10 anos.

Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante.

Pena: reclusão de 1 a 4 anos.

Parágrafo único: Aplica-se a pena do artigo anterior se a gestante é menor de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, violência ou grave ameaça.

Art. 127 – As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Há, portanto, punição do auto-aborto, e agravamento da pena no caso de grave lesão ou morte da gestante em consequência da prática abortiva. Não se fala mais de “expulsão do feto”.

No entanto, pela primeira vez, há expressamente os casos em que o aborto não é punível, descritos pelo art. 128 do Código Penal. O dispositivo tem a seguinte redação:

*Art. 128 – 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.*

Desta forma, só há excludente de ilicitude no caso de gravidez oriunda de estupro (aborto sentimental) ou em que haja sério risco de vida para a gestante (aborto terapêutico), em que alguns autores defendem que deve ser a única forma de salvar-lhe a vida.

Verifica-se que, pela evolução da criminalização e punição da prática abortiva, esta teve diversas conotações e fundamentos. Nota-se, principalmente, que a religião católica teve papel decisivo na sua criminalização e severa punição.

Para continuar a evolução da concepção da prática do aborto, e concretizar os princípios enunciados pela Constituição brasileira vigente, deve-se fazer séria análise da validade e adequação dos motivos que levaram à redação do art. 128 do Código Penal. Isto porque se trata de dispositivo adequado à sociedade das décadas de 30/40, no entanto é notório que houve profundas transformações na sociedade brasileira, e o direito deve adequar-se à sociedade a que se destina.

Além disso, é de extrema relevância para o presente trabalho a verificação dos avanços médicos e tecnológicos ocorridos desde a época da edição do Código Penal vigente até hoje. Na década de quarenta não havia possibilidade de verificar a saúde do feto anterior ao nascimento, ou seja, se ele era ou não viável. Assim, não havia como excluir a ilicitude do aborto ou prever interrupção legal de gestação quando a vida extra-uterina do feto fosse inviável. Não havia condições médicas nem tecnológicas para tal análise.

Diferente é a situação atual, em que não só é possível analisar a saúde do feto no início da gestação, como é possível salvar-lhe a vida ainda no ventre da mãe.

Desta forma, a precisão dos diagnósticos, possível pelo aparato tecnológico disponível na atualidade, deve ser levada em conta para adequar os dispositivos

penais, para que estes possam ser aplicados em consonância com os preceitos Constitucionais.

1.3.1. Projetos para Alterações do Código Penal Vigente que Pretendiam Descriminalizar Espécies de Aborto

O primeiro anteprojeto que pretendia incluir a interrupção da gestação no caso de má-formação fetal (não necessariamente feto inviável) foi de 1984, que sugeria a seguinte redação ao art. 128 do Código Penal:

Art. 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico, se:
I – Não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II – a gravidez resulta de estupro ou de atentado violento ao pudor;
III – há fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.
Parágrafo Único. No caso do inciso III, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal, e, se casada, do cônjuge.

O mesmo texto foi mantido no anteprojeto que data de 1987.

O Médico Thomas Gollop ainda testemunha sua experiência como membro da Comissão de outro anteprojeto em 1992. Pedimos licença para transcrever passagem relevante de sua experiência:

Em 1992 foi criada uma Comissão para Reformulação do Código Penal, e a parte específica dos crimes contra a vida foi orientada por uma subcomissão, presidida pelo desembargador Dr. Alberto Franco, e da qual tivemos o privilégio de participar. É necessário fazermos justiça ao mencionar que, antes dos trabalhos da Comissão, um grupo de conselheiros do Conselho Federal de Medicina já havia elaborado um estudo contemplando uma possível descriminalização do aborto por anomalia fetal até 24 semanas de gravidez. A Comissão propõe a seguinte redação para o futuro Código Penal:

*‘Não constitui crime o aborto praticado por médico: Se se comprova, através de diagnóstico pré-natal, que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésima semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daquele que, ou sob cuja direção, o aborto é realizado’.*⁶

Note-se que pela primeira vez houve a sugestão de um limite de tempo gestacional para a interrupção da gestação. Mas o texto não foi acatado.

⁶ GOLLOP, Thomaz Rafael. *Aborto por Anomalia Fetal*. In: Revista Bioética, v. 2, n.1. Conselho Federal de Medicina, 1994. <http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v2.htm>. Acessado em 25.07.2007

Em 1999 o anteprojeto foi encaminhado ao Congresso Nacional, e apresentava a seguinte sugestão de redação ao art. 128 do Código Penal:

Exclusão de llicitude.

Art. 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico se:

I – não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante;

II – a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.

§1º. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro;

§2º. No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro.

Tal redação demonstra maior adequação com a situação atual, além de coadunar-se com a Constituição vigente.

No entanto, nenhum destes anteprojotos previu a diferença entre má-formação fetal e invibilidade fetal, pois o feto mal-formado pode ter possibilidade de vida, tal como o deficiente, o portador da *Síndrome de Down*, etc..., enquanto que o inviável não, como é o caso do feto anencefálico, tal como se verá a seguir.

Em 11.08.2004, o Senador Mozarildo Cavalcanti apresentou ao senado o projeto de lei nº 227/2004, que tem a seguinte ementa:

Ementa: *Altera o art.128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dedezembro de 1940, Código Penal, para não punir a prática do aborto realizado por médico em caso de anencefalia fetal.⁷*

De acordo com as informações fornecidas no sítio do Senado Federal, não foram feitas emendas ao projeto, e o Senador Edílson Lobão, relator, votou pela sua aprovação. Atualmente, o projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça, pronto para ser incluído em pauta desde 24.01.07.

Apesar da impropriedade do termo “aborto”, do qual discordamos, como será demonstrado a seguir, tal projeto seria a resposta aos clamores de juristas que insistem em defender o indeferimento dos pedidos judiciais de interrupção de

⁷Projeto de Lei do Senado nº 227 de 11.08.2004. Informação disponível no site http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=69514. Acessado em 25.07.07.

gestação de fetos anencefálicos simplesmente no argumento de que o Código Penal vigente não prevê tal hipótese, sem qualquer esforço hermenêutico.

1.4. Espécies de Aborto

Nos são apresentadas diversas espécies de aborto. Assim, para manter a objetividade e coerência do presente trabalho, serão tratadas apenas as espécies mais recorrentes na doutrina, e que têm relevância para o tema.

1.4.1. Aborto Terapêutico

Trata-se de gravidez que oferece grave risco à gestante. Segundo Juarez Cirino dos Santos, o aborto terapêutico se dá para proteger a vida e a saúde da gestante, por indicação eugênica, por indicação psiquiátrica e por indicação humanitária.

No caso de o aborto terapêutico ser por indicação para proteger a vida da mulher, ou o aborto é o único meio de salvar a vida da gestante, ou o risco de vida na continuação da gestação é muito alto, em que **provavelmente** a única solução para salvá-la seria a interrupção gestacional.

Já no caso de o aborto terapêutico visar a proteção da saúde da mulher, a interrupção se faz necessária frente a um alto risco à sua saúde na continuação da gravidez, no parto, ou mesmo após o parto.

Algumas legislações permitem o aborto terapêutico de forma mais ampla, outras optam por uma das hipóteses, tal como a brasileira, que só o admite no caso de ser a única forma de salvar a vida da gestante. Neste caso, adota-se também a nomenclatura de aborto necessário. Por este motivo, trataremos os demais casos como diferentes da indicação terapêutica.

Segundo Luiz Regis Prado (2004), cabe somente ao médico a decisão de optar pela vida da mãe e praticar o aborto, tendo em vista a verificação da absoluta necessidade. Assim, poderia inclusive ser contrária à vontade dos pais. É também o entendimento de Magalhães Noronha (2003).

Este último ainda ressalta que, na grande maioria das vezes, “*não sacrificar um é sacrificar os dois*” (NORONHA, 2003, p. 64), caracterizando o estado de necessidade.

Luiz Regis Prado (2004) ainda aponta a opção de nossa legislação pela prevalência da vida extra-uterina sobre a intra-uterina, tendo em vista a diversidade

de penas ao homicídio simples (art. 121), em que se tem pena de reclusão de 6 a 20 anos, e a de aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125), que é de reclusão de 3 a 10 anos.

Quanto ao aborto terapêutico por indicação psiquiátrica, segundo nos informa o professor Juarez Cirino dos Santos (1978), trata-se de casos em que a gestante possui qualquer doença mental latente ou manifesta, em que a gestação (e até os cuidados com o bebê) pode comprometer ainda mais o quadro. Muitas vezes, mulher com perturbações mentais, ao se flagrar gestante pode cometer suicídio.

1.4.2. Aborto Sentimental

Este é a prática abortiva quando a gestação se deu em razão de estupro. É também chamado de ético ou humanitário. No entanto, a intervenção deve ser feita por médico e com o consentimento da gestante (ou de seu representante, se incapaz).

É a segunda hipótese de aborto permitido pelo direito penal brasileiro.

Trata-se de questão controvertida, em que os que a defendem entendem

não ser humano (que) se imponha à mulher trazer nas entranhas um ser que não é gerado pelo amor, que só lhe recorda o momento de pavor que viveu, como desumano também será impor-lhe alimento e crie esse ente. (NORONHA, 2003, p.66)

Manzini entende ser estado de necessidade, pois a gravidez seria conseqüência permanente do estupro, ou seja, do perigo atual e grave dano à pessoa.

Os que a impugnam entendem não ser possível a destruição de um ser que não tem culpa, cabendo ao Estado sua criação.

Segundo Luiz Regis Prado (2004), trata-se de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, baseando-se num preceito basicamente moral, em que se pretende evitar um mal maior por um mal menor. Para o autor, neste caso o consentimento do ofendido não poderia ser uma causa de exclusão de ilicitude, pois o ofendido é o conceito (tendo sua vida tutelada), que não pode exprimir seu consentimento.

Não é necessária qualquer autorização judicial, bastando a presença de sérios indícios do estupro, seja boletim de ocorrência, declarações da vítima (tem-se mitigado a necessidade de boletim de ocorrência, inclusive para preservar a vítima,

tendo em vista que grande parte dos abusos sexuais são perpetrados por conhecidos e até familiares), e exame de corpo de delito, etc.

Caso seja decorrente de violência presumida (art. 224), basta a prova da menoridade da vítima.

O Professor Juarez Cirino dos Santos (1978) entende que o aborto humanitário é também terapêutico, e não visa apenas a gestação advinda de estupro, mas também aquela incestuosa ou quando se trata de gestante muito jovem. No entanto, tal como demonstrado, a legislação brasileira é muito mais restritiva, somente prevendo legalidade no caso de aborto de feto fruto de estupro (inclusive estupro por violência presumida, em que a gestante é menor de 14 anos).

1.4.3. Aborto Eugênico ou Eugenésico

Trata-se de aborto de feto acometido (até presuntivamente) de anomalia, seja física ou psíquica.

Luiz Regis Prado (2004) entende que é causa de exclusão da culpabilidade, pela inexigibilidade de conduta diversa. Assim também entendem Fragoso e Noronha. No entanto, não é prática autorizada pela legislação pátria vigente.

À época da elaboração da legislação penal de 1940, um dos maiores medos que acometiam a população era a situação da gestante que contraía rubéola, o que, quando ocorre até a 12ª semana de gestação, em 30% dos casos gera bebês com lesões cardíacas, microcefalia (em que só uma diminuta parte do encéfalo se desenvolve), surdez, etc (CIRINO DOS SANTOS, 1978, p.15). No entanto, mesmo assim, a prática foi incriminada.

Reacendeu a discussão a situação das gestantes que utilizaram o medicamento **Thalidomide** (ou *talidomida - cytotec*), que a partir de 1959, foi largamente utilizado na prevenção de vômito por gestantes. Tal substância ocasionou o nascimento de diversas crianças disformes, principalmente sem os membros inferiores e superiores. “*Acredita-se que mais de doze mil crianças foram afetadas por seus efeitos.*” (TEODORO, 2007, p. 52)

No Brasil, a Portaria 354/97, do Serviço de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, proibiu o uso, obtenção e comercialização da Talidomida. No entanto, as gestantes que fizeram uso do medicamento não poderiam interromper a gestação, prevalecendo nossa legislação penal.

A enorme aversão legislativa a este tipo de aborto se dá principalmente pelas práticas eugênicas experimentadas pela Alemanha nazista.

1.4.4. Aborto Seletivo

Embora umbilicalmente ligado ao aborto eugênico, autores defendem se tratar de espécie diversa, com o que concordamos.

Genival Veloso de França (2004) entende que o aborto eugênico evita “o nascimento de crianças com graves defeitos físicos ou perturbações psíquicas”, enquanto que o aborto seletivo “*promove a interrupção da gravidez cujo feto não tem nenhuma condição de vida autônoma*” (França, 2004, p.266)

Cezar Roberto Bitencourt (2007) trata de “*interrupção seletiva da gestação (ISG), que são os casos de abortos ocorridos em nome de anomalias fetais, em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões no feto, apresentando patologias incompatíveis com a vida extra-uterina [...]*.” (2007, p. 143)

Este é o caso da interrupção da gestação de feto anencéfalo, de extrema importância para o presente trabalho.

Como se verá a seguir, o feto anencéfalo não possui expectativa de vida extra-uterina razoável. Alguns deles chegam a perder suas funções vitais ainda durante a gestação, e a maioria absoluta daqueles que completam o período gestacional, não tem mais do que algumas horas de “vida”⁸ extra-uterina. Isto porque não formam o córtex cerebral ou não têm parte essencial deste (vide Capítulo III a seguir).

Nossa legislação penal também não permite tal forma de aborto.

No presente trabalho, acreditamos não se tratar de aborto o caso de inviabilidade da vida extra-uterina. No entanto, tal como será demonstrado, entendemos ser adequado o termo *interrupção seletiva da gestação*, nos termos acima explicitados.

1.4.5. Aborto Social ou Econômico ou Econômico-Social

Tal espécie de aborto tem vários motivos: estritamente econômicos, geralmente baixa-renda, situação econômica precária, dentre outros, com todas as conseqüências que tais situações podem gerar; e motivos de índole social, como

⁸ Evita-se utilizar o termo **vida** devido à vasta discussão acerca do seu início, e as implicações com relação ao feto anencéfalo (se neste caso há ou não vida).

implicação psíquica grave da gestante, gestante sem condições de ser responsável pela criança (seja pela idade, seja pela maturidade), e gravidez fruto de relações extra-conjugais, dentre outros.

Assim, o aborto é praticado quando a gestante (e eventualmente sua família ou comunidade) não possuem condições econômicas e/ou sociais de levar a gestação e conseqüentemente criar a criança.

Não é uma espécie de aborto permitida pelo Código Penal brasileiro.

CAPÍTULO II – O ABORTO NO CENÁRIO ATUAL

2.1. O Aborto no Código Penal Brasileiro Atual

O aborto, no Código Penal brasileiro vigente, é tratado como crime contra a pessoa, no capítulo dos crimes contra a vida, nos arts. 124 a 128, que têm a seguinte disposição:

Aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar o aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provoca-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

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.

2.1.1. O Objeto Tutelado

O Objeto protegido pela referida norma penal é a formação embrionária, e não verdadeiramente a pessoa, como erroneamente nos conduz o Código Penal.

Até porque o tipo penal homicídio (art. 121) diverge do tipo de aborto, inclusive com penas diversas, tal como já demonstrado anteriormente. Assim, não se pode sustentar que ambos tratem da pessoa, pois se protege diferentemente a vida intra e extra-uterina.

Assim, o bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação. A opção de nosso legislador se dá no sentido de tutelar desde a concepção até momentos antes do início do parto (BITENCOURT, 2007, p.128).

Ressalte-se que, conforme determina Luiz Regis Prado (2004, p. 103), “o objeto material do delito, aquele sobre o qual recai a conduta delitiva, é o **embrião ou feto humano vivo**, implantado no útero materno.” Original sem grifos.

No caso de aborto praticado por terceiro, protege-se também a vida e a incolumidade (física e psíquica) da gestante. Tal proteção torna-se muito evidente no art. 128, em que prevalece a vida da gestante em detrimento do concepto.

2.1.2. Sujeitos do Delito

No caso do art. 124, tem-se um crime de mão própria, pois somente a gestante pode praticar o auto-aborto, ou consentir que o faça. Assim, esta será o sujeito ativo nestes casos.

Já no aborto provocado por terceiro, seja com ou sem o consentimento da gestante, qualquer indivíduo pode ser o sujeito ativo.

Não há co-autoria entre a gestante e o terceiro no crime de aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante, sendo uma exceção à teoria monista da ação. Assim, a gestante praticará o tipo previsto no art. 124, e o terceiro, o art. 126 do Código Penal.

No entanto, o crime permanecerá uno e indivisível quanto a todos os terceiros que concorrerem para que se dê, respondendo todos igualmente pelo aborto.

O sujeito passivo, no caso do auto-aborto e no aborto consentido, é o concepto. Não há como caracterizar, nestes casos, a gestante como sujeito ativo e passivo do crime, pois não se pune a auto-lesão. É, inclusive, o entendimento de Fragoso e Bitencourt.

Assim, a gestante só será o sujeito passivo do crime quando é praticado por terceiro sem seu consentimento. Neste caso “há dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante.” (BITENCOURT, 2007, p. 129)

2.1.3. Configuração da Tipicidade

Nosso código penal cuida da prática criminosa do aborto, ou seja, o aborto provocado, ignorando o espontâneo. A regra geral é a criminalização, e a legalidade exceção (de certa forma, contrariando a subsidiariedade do direito penal).

Desta forma, o código dispõe sobre o crime de aborto nos art. 124 a 127, apontando o aborto legal como as duas únicas hipóteses do art. 128: o aborto terapêutico e o aborto sentimental.

No entanto, não define a conduta abortiva, como já se fizera outrora (como a expulsão do conceito, por exemplo). Assim, partindo do pressuposto de que nosso legislador pretendeu proteger a vida desde a concepção, o aborto criminoso seria a interrupção da gestação provocada e de forma antecipada, ou seja, antes do limite fisiológico da gestação, em que se teria a morte do conceito.

Para Aníbal Bruno (1979, p. 60), “*provocar o aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto.*”

Segundo Cezar Bitencourt (2007), Hélio Gomes dá a definição mais completa do aborto criminoso:

É a interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não a expulsão, qualquer que seja seu estado evolutivo, desde a concepção até momentos antes do parto.

Bitencourt (2007) ainda ressalta que o aborto pressupõe gravidez em curso e feto vivo, caso contrário teríamos um crime impossível, pois **não se pode interromper o que não está em curso, e não se pode matar o que não esteja vivo** (seria impropriedade do objeto). Além disso, a morte do feto deve ser conseqüência direta dos meios abortivos empregados. Isto também pressupõe meio idôneo, em que, não o tendo, seria um crime impossível (ex: rezas e despachos não são meios idôneos a causar o aborto – inadequação absoluta do meio).

Assim, em apertada síntese, as condições para o crime de aborto seriam: dolo (tipo subjetivo), gravidez, manobras abortivas e a conseqüente (relação de causa e efeito) morte do conceito.

Assim, a morte do produto da concepção é a consumação do crime, o que pressupõe um feto vivo.

2.1.4. Aborto Provocado Amparado pelo Código Penal (Aborto Legal)

Conforme já apontado, nosso atual Código Penal prevê duas formas de aborto permitido: aborto terapêutico (em que é o único meio de salvar a gestante) e aborto sentimental (quando a gravidez é oriunda de estupro e a gestante consente), ambos dispostos no art. 128.

O aborto necessário exige que haja perigo de vida da gestante e inexistência de outro meio para salvá-la, em que é dispensável o consentimento da gestante.

Já o aborto humanitário, ou sentimental, é aquele em que o produto da concepção é oriundo de estupro, e há necessidade de prévio consentimento da gestante (ou de seu representante legal, quando incapaz).

A legislação, neste último caso, não prevê limite de tempo gestacional, nem perigo de vida para a gestante, ou qualquer inviabilidade do feto. Bastam fortes indícios de estupro (boletim de ocorrência, declaração, exame, etc...) e o consentimento para a prática abortiva.

Vê-se que, neste caso, há proteção da dignidade da gestante, além da proteção de sua incolumidade física e psíquica. Não se levou em conta critérios éticos ou religiosos. Trata-se de política legislativa, uma opção do legislador.

2.2. Cenário Político, Cultural e Tecnológico da Elaboração e Promulgação do Código Penal Vigente

O Decreto-Lei nº 2.848 foi promulgado em 7 de dezembro de 1940, em momento cultural, político e tecnológico absolutamente diverso do atual. Permanece em vigência (com poucas alterações) como nosso Código Penal até hoje.

O Projeto Alcântara Machado (1938) serviu de base para o código penal de 1940, de cuja elaboração encarregou-se comissão (ainda que designada de revisora) integrada por Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e Nelson Hungria e que contou com a colaboração do grande penalista Antônio José da Costa e Silva, de São Paulo.⁹

A economia do Brasil estava em plena mudança, após a crise de 1929, com a queda da bolsa de Nova Iorque, e a conseqüente crise do café. Assim, a economia industrial vinha substituindo rapidamente a tradição agrícola brasileira (mas que ainda prevalecia).

Na iminência da Segunda Guerra Mundial (que eclodiu em 1939), a expansão comunista era extremamente temida, principalmente pelos países capitalistas.

Assim também Getúlio Vargas a temia, Presidente à época, e insistia numa ameaça comunista no país. Quando da campanha à presidência, simulou neutralidade, enquanto planejava o golpe de Estado.

⁹SOUZA, Carlos Fernando Mathias. *Evolução histórica do direito brasileiro (XXV): o século XX*. Disponível em: <http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/carlos_mathias/anterior_26.htm>. Acesso em: 11.07.2007.

*O pretexto veio através da ‘descoberta’ de um plano de insurreição comunista, em setembro de 1937. Era um documento forjado que se tornou conhecido como **Plano Cohen**, pois, de acordo, com as fontes oficiais, trazia a assinatura de um certo Cohen – militante comunista e judeu.*

Desta forma, apoiado pela cúpula das Forças Armadas, por intelectuais e pelos integralistas (alijados em 1938 da arena pública pelas forças governistas), Vargas suspendeu a Constituição e aboliu os partidos políticos, iniciando uma era de autoritarismo que duraria até 1945 (MOTA, 1997, p. 500)

conhecida como Estado Novo.

Em 10.10.1937, Vargas dissolveu o Congresso e outorgou uma Constituição “baseada na constituição autoritária da Polônia, com elementos vindos do fascismo italiano [...] (que se tornou) conhecida como ‘Polaca’”. (MOTA, 1997, p.501)

A constituição foi elaborada pelo jurista Francisco Campos, ministro da Justiça do novo regime, e obteve a aprovação prévia também do ministro da Guerra, general Eurico Dutra. Dentre seus dispositivos, tinha-se pena de morte para os crimes contra a ordem pública e a organização do Estado.

O Estado era intervencionista, e controlava tanto o mercado quanto o setor financeiro, enfraquecendo os estados federados e fortalecendo o poder central.

O regime do Estado Novo, instaurado pela Constituição de 1937 em pleno clima de contestação da liberal-democracia na Europa, trouxe para a vida política e administrativa brasileira as marcas da centralização e da supressão dos direitos políticos. Foram fechados o Congresso Nacional, as assembléias legislativas e as câmaras municipais. Os governadores que concordaram com golpe do Estado Novo permaneceram, mas os que se opuseram foram substituídos por interventores diretamente nomeados por Vargas. Os militares tiveram grande importância no novo regime, definindo prioridades e formulando políticas de governo, em particular nos setores estratégicos, como siderurgia e petróleo. Em linhas gerais, o regime propunha a criação das condições consideradas necessárias para a modernização da nação: um Estado forte, centralizador, interventor, agente fundamental da produção e do desenvolvimento econômicos. Por todas essas características, muitos identificaram Estado Novo e fascismo.¹⁰

Quanto à população, segundo estudos divulgados em 25 de maio de 2007 pelo IBGE, a expectativa de vida em 1940 era de 42,7 anos, e as mulheres de 15 a 49 anos tinham em média 6,2 filhos. A redução da taxa de fecundidade da mulher só reduziu em 1960, com a utilização de métodos anti-contraceptivos.

¹⁰Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos37-45/ev_poladm001.htm> Acesso em: 11.07.07.

A população brasileira era de 41,2 milhões de habitantes na época. Dois terços dos brasileiros vivia na zona rural, com 28,2 milhões de habitantes vivendo no campo (grau de urbanização de 31,3%).¹¹ A quantidade de homens e mulheres era equilibrada.

Predominava a população de 15 a 59 anos, que correspondia a 53%. Era de 42,9% a população de 0 a 14 anos, e somente 4,1% a população com mais de 60 anos.

Segundo o censo 2000, realizado e divulgado pelo IBGE, em 1940, 95,2% da população brasileira era católica, 2,6% era evangélica, 1,9% se declarou como pertencendo a outras religiões, e 0,2% sem religião.

A renda per capita, segundo dados publicados pela Revista Veja de 07 de outubro de 1998, era de US\$900,00. A taxa de analfabetismo era de 56% na população maior de 15 anos.¹²

“Em 1940, as altas taxas de natalidade ‘garantiam às famílias futuros trabalhadores’, segundo o IBGE”¹³ (BECKSTEIN, 2007)

Tratava-se de questão estratégica, de contingentes militares crescentes (o que garantiria a soberania), além de mão-de-obra barata, útil na implantação da atividade industrial e do mercado em larga escala (tanto estimuladas por Vargas).

Contribuía com a aversão ao controle de natalidade, a propagação das idéias de eugenia, surgidas na Alemanha nazista (diga-se socialista, uma constante ameaça à época), em que se pregava a “pureza da raça”.

Assim, prevalecendo a população católica, por trás das justificativas religiosas, resta claro um interesse político e econômico na aversão ao controle de natalidade e conseqüente criminalização do aborto.

Estudos feitos pelos médicos Ogino e Knaus sobre a fisiologia da reprodução humana esclarecem o fenômeno da ovulação, provando a existência de uma época fértil e outra de esterilidade dentro do ciclo menstrual. Tais estudos foram explorados pelo Dr. Francisco de Carvalho Azevedo, assistente da Clínica

¹¹ IBGE, Censo Demográfico 1940/2000. Disponível em: <*Tendências demográficas no período de 1940/2000..* www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/analise_populacao/1940_2000/comentarios.pdf>. Acesso em: 12.07.07.

¹² Revista Veja. São Paulo: Abril, nº 1567, 7.10.1998.

¹³BECKSTEIN, Aline. *População cresce quatro vezes e grau de urbanização chega a 81% em 60 anos.* In:http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3281&Itemid=1. Acessado em 07.07.07.

Obstétrica da Universidade do Rio de Janeiro, e deram origem a artigo publicado em 1936.

Azevedo (1936) já em 36 falava em anticoncepção (note-se que não se trata de aborto, visto que era contra) por:

- 1 *Indicação eugênica* – Quando os pais sofrem doenças transmissíveis aos filhos por herança ou congenitamente.
- 2 *Indicação social ou econômica* – Quando a sua situação econômica não lhes permite criar e educar os filhos por nascer.
- 3 *Indicação médica* – Quando a saúde da mulher periga com a concepção.
- 4 *Indicação sentimental* – Quando existe o desejo de não ter filhos.¹⁴

Segundo Fabíola Rodhen (2006),

a contracepção, pelo menos publicamente, parecia ser um assunto suficientemente imoral para que os médicos não se dignassem a considerá-lo. [...]

Na década de 1930, durante a chamada era Vargas, percebe-se uma redobrada valorização da maternidade por parte da ginecologia e da obstetrícia, em um contexto de maior aproximação com o Estado.

Nos Annaes Brasileiros de Gynecologia encontram-se vários exemplos deste processo, como é o caso do editorial do segundo volume de 1936. O texto começa citando a circular emitida por Getulio Vargas no Natal de 1932, qualificada como ‘uma prece em prol da infância no Brasil, um grito de patriotismo, que criou para o governo brasileiro uma obrigação moral e um compromisso de honra’ (Annaes Brasileiros de Gynecologia 1936:326).

Na circular, o presidente dizia que:

‘Os poderes públicos têm no amparo à criança, sobretudo quanto à preservação da vida, à conservação da saúde e ao desenvolvimento físico e mental, um problema de maior transcendência, chave da nossa opulência, principalmente em nossa terra, onde, mais talvez do que nas outras, se acumularam fatores nocivos à formação de uma raça forte e sadia’. (Apud Annaes Brasileiros de Gynecologia 1936:326).¹⁵

A educação era dirigida, deveria inculcar os valores do regime de Vargas. “Os currículos escolares foram alterados para que pudessem estimular o orgulho nacional, a disciplina, bons hábitos de trabalho, valores relacionados à família, hábitos de economia e a moralidade. A história, a geografia e a literatura do Brasil receberam nova ênfase. (LEVINE, 2001, p. 93)

¹⁴ AZEVEDO, Francisco de Carvalho. *Annaes Brasileiros de Gynecologia*, 1936.pg. 477-478. Citado por ROHDEN, Fabíola. *Natalidade, nação e raça no Brasil a partir das especialidades médicas em torno de sexo e reprodução*. Instituto de Medicina Social da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, s.d. Disponível em: <www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0240.pdf> Acesso em: 09.07.07.

¹⁵ ROHDEN, Fabíola. *Natalidade, nação e raça no Brasil a partir das especialidades médicas em torno de sexo e reprodução*. Instituto de Medicina Social da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, s.d. Disponível em: <www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0240.pdf> Acesso em: 09.07.07.

O órgão mais importante à época era o DIP – Departamento de Imprensa e Propaganda, que promovia a censura e, na maior parte das vezes, distribuía artigos e matérias e “sugería” que os editores as publicassem. O que contrariasse as idéias do Estado Novo era rechaçado, tendo muitos livros e jornais sido recolhidos e queimados.

Com Vargas inicia-se maior preocupação com a mortalidade infantil, e proteção à maternidade e à infância, o que incluía medidas legislativas, como o Decreto-Lei nº 2.024 de 17 de fevereiro de 1940, que fixava as bases da organização da proteção à mulher mãe e à criança. Há, então, significativa queda nos índices de mortalidade infantil.

Era uma época em que se limitava a educação das meninas, protegia-se a qualquer custo a instituição do casamento (não havia divórcio e o desquite tinha carga pejorativa).

Em suma, a questão da procriação era nacional, e não privada. O paternalismo era muito forte. Era da “natureza feminina ser mãe”.

Tratava-se uma família nuclear, com papéis bem definidos, em que cabia à mulher ser mãe e esposa. O modelo da família deveria estar de acordo com os objetivos do Estado Novo, e qualquer alteração de tal estrutura deveria ser fortemente reprimida.

Assim, neste governo ditatorial, os legisladores deveriam partilhar das idéias do Governante (ou ao menos não contrariá-las), e as legislações deveriam refletir os ideais de Vargas. Assim se deu, portanto, a elaboração do Código Penal brasileiro até hoje vigente.

Resta claro tal influência quando se verifica a homenagem prestada por Jorge Severiano Ribeiro em sua obra *“Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado).”*, publicada em 1941.

Antes mesmo de dedicar a obra ao seu falecido filho Raul, escreveu:

“Ao grande estadista brasileiro GETÚLIO VARGAS, dedica este trabalho, como pequena homenagem,

Jorge Severiano Ribeiro.”

Na exposição de motivos do Ministro Francisco Campos tem-se breve história da elaboração do código, o que nos reforça a idéia do direcionamento da legislação pelos ideais do Estado Novo.

Pedimos a licença para transcrever excertos que consideramos importantes para tal constatação.

Senhor Presidente:

1 – [...] Sá Pereira organizou o seu projeto, que submetido a uma comissão revisora composta do autor do projeto e dos Drs. Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira, foi apresentado em 1935 à consideração da Câmara dos Deputados. Aprovado por esta, passou ao senado e nesse se encontrava em exame na Comissão de Justiça, quando sobreveiu o advento da nova ordem política¹⁶.

A Conferência de Criminologia reunida no Rio de Janeiro em 1936, dedicou os seus trabalhos ao exame e à crítica do projeto revisto, apontando nele deficiências e lacunas, cuja correção se impunha. Vossa Excelência resolveu, então, que se confiasse a tarefa de formular novo projeto ao doutor Alcantara Machado, eminente professor da Faculdade de Direito de São Paulo. Em 1938, o Dr. Alcantara entregava ao governo o novo projeto, cuja publicação despertou o mais vivo interesse.

A matéria impunha, entretanto, [...] um exame minucioso e demorado.

[...] Assim, constitui a Comissão revisora com os ilustres magistrados Vieira Braga, Nelson Hungria e Narcelio de Queiroz e com o ilustre representante do Ministério Público, o dr. Roberto Lyra. (RIBEIRO, 1941, p. III – IV)

José Luiz Ribeiro de Sousa, magistrado paulista, em publicação de 1943 sobre o “novo Direito Penal”, tratou do aborto terapêutico e sentimental, em comentário ao art. 128 do Código Penal recém entrado em vigor.

Informa que

Ninguém mais discute se deve ou não o médico sacrificar a vida embrionária quando, sem esse recurso, seria sacrificar a vida da mãe, considerada mais preciosa sob todos os pontos de vista em que nos coloquemos.

É o aborto terapêutico, admitido por todos os juristas, salvo um ou outro preso ainda a preconceitos religiosos, de todo, injustificáveis.

Eu admitiria até mesmo o aborto eugênico – para evitar descendência tarada – mesmo quando se houvesse a mulher engravidado, naturalmente num momento de irreflexão, espontaneamente.

Ora, em sendo assim, parece-me mais que justa a disposição de nossas leis penais, admitindo o aborto eugênico quando engravidada a mulher por ação violenta, isto é, em casos de estupro.

[...]

O nosso legislador andou bem admitindo-o sempre, venha de onde vier o ataque cobarde, a brutalidade injustificável, o fruto invenenado pela sexualidade bestial do autor do crime. (SOUSA, 1943, p. 288-289)

¹⁶ Diga-se, o golpe de estado perpetrado por Vargas, em 1937.

O conhecimento médico e a tecnologia eram deveras diferente da situação atual.

Em 1895 o físico alemão William Conrad Roentgen, em Würzburg, descobriu o que denominou como raios X. Na noite de 08.11.1895 expôs a mão esquerda de sua esposa aos raios sobre uma chapa, que, ao ser revelada, mostrou seus ossos e seu anel de ouro.

Esta foi a primeira radiografia(2), a primeira imagem de uma parte interna do corpo realizada sem pro-cesso cirúrgico ou dissecação. Por esta descoberta, Roentgen foi o primeiro cientista a receber o Prêmio Nobel de Física, em 1901.

[...]No início da década de 20, o ultra-som tinha por função avaliar a profundidade dos oceanos e detectar a presença de submarinos. No início da década de 50, começou a ser utilizado pela medicina e foi Keidel(5) quem primeiramente o usou para examinar um coração.[...]¹⁷

O diagnóstico pré-natal (DPN) de anomalias fetais foi uma aquisição incorporada à medicina na década de 50 nos países desenvolvidos, e iniciada no Brasil no final dos anos 70.

[...]Também é indiscutível que em 1940 era inexistente qualquer meio de avaliação da saúde fetal.¹⁸

O ultra-som surgiu apenas em 1974, e o diagnóstico das anomalias fetais só foi possível no Brasil em 1979, de forma que entre 1938 e 1940 não havia condições de detectar anomalia fetal durante a gestação. Assim, não havia possibilidade de a legislação penal da época prever a interrupção da gestação de feto inviável, sequer como (erroneamente) forma lícita de aborto.

Assim, vê-se que, pelo dinamismo da vida, a situação histórica da época da elaboração e promulgação do Código Penal era absolutamente diversa da realidade atual.

Desta forma, hoje conhecemos situações problemáticas antes desconhecidas, e temos de solucioná-las, e jamais ignorá-las, sob o pretexto de que o legislador de 1940 não previra a hipótese. Tal atitude não se coaduna, principalmente, com o atual papel do jurista, que deve ser sensível às questões da

¹⁷ GALVÃO, Paulo Bezerra de Araújo. *Tecnologia e medicina: imagens médicas e a relação médico-paciente*. In: Revista Bioética, v. 8, n.1. Conselho Federal de Medicina, 2000. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista.htm>>. Acesso em: 25.07.2007

¹⁸ GOLLOP, Thomaz Rafael. *Aborto por Anomalia Fetal*. In: Revista Bioética, v. 2, n.1. Conselho Federal de Medicina, 1994. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/ind1v2.htm>>. Acesso em: 25.07.2007.

vida, e tratá-las de acordo com os preceitos Constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO III - O PROBLEMA DA ANENCEFALIA

3.1. Definição de Anencefalia

A anencefalia, ou meroanencefalia, é uma anomalia do sistema nervoso central congênita, em que há um defeito no fechamento do tubo neural (DTN), que ocorre durante a quarta semana de gestação. Genericamente, caracteriza-se pela ausência da abóboda ou calota craniana, parte superior do crânio. A “*massa encefálica é reduzida a vestígios da substância cerebral*” (REZENDE, 1998, p. 1073)

*Apesar de este DTN denominar-se anencefalia (gr. an, **sem** + enkephalos, **cérebro**), em infantes vivos, sempre estão presentes um tronco encefálico rudimentar e tecido nervoso funcionando (Filly, 1994). Por este motivo, meroencefalia (gr. meros, **parte**) é um nome mais adequado para esta anomalia. (MOORE, 2005, p. 455)*

Geralmente encontra-se associada a outros problemas, tais como glândulas renais subdesenvolvidas e alterações da coluna vertebral, por serem estas também defeitos do fechamento do tubo neural.

Por estar presente o tronco cerebral (estrutura que liga o córtex cerebral à medula), o feto possui as funções vegetativas, tais como batimentos cardíacos, o que lhe garante o desenvolvimento dentro do útero materno. No entanto, ao desligar-se da mãe, não há tempo de sobrevivência razoável.

Há registro na doutrina médica de caso em que a gestação foi prolongada por um ano e vinte e quatro meses, em que o feto manteve-se em movimento até o momento do parto. É o chamado caso Higgins (1954).

O feto, quando não perde suas funções vitais antes do término da gestação, geralmente tem desenvolvimento físico (aparente) normal dos pés ao nariz. No entanto, pode não ocorrer o desenvolvimento dos olhos, ou ainda dos ossos onde estes ficam alojados, em que os olhos projetam-se para fora da cabeça. Forma-se a chamada “face-de-sapo”.

Ainda, por não haver calota craniana (chamada acrania) e encéfalo desenvolvido, há uma massa de pele amorfa na cabeça, quando não aberta, deixando exposta a cavidade craniana do feto, caracterizado por uma “ferida”.

Neste caso, há progressiva degeneração, pelo líquido amniótico, da parcela (porventura existente) do encéfalo.

Dentro do capítulo das monstruosidades fetais, a anencefalia é malformação comum e das que mais impressiona médicos e leigos. A assistência à paciente não se poderá limitar a acompanhar a parturição e resolver distocias. (REZENDE, 1998, p. 1074)

A anencefalia é letal, o que significa que não há tempo de vida extra-uterina razoável, sendo que em 50% (até 65%) dos casos, a gestação não se completa. Quando se tem o termo, a expectativa de vida destes bebês é de minutos ou horas. Desde a detecção da anomalia, não há nada que a medicina possa fazer. Trata-se de um quadro irreversível.

3.1.1. Incidência

A anencefalia é, dos defeitos do fechamento do tubo neural, uma das mais comuns. Dados estatísticos demonstram que há uma ocorrência a cada mil **nascimentos**¹⁹ (1:1000). Ocorre de duas a quatro vezes mais freqüente em fetos do sexo feminino que no masculino.

Tem-se que nas mulheres que já passaram por uma gestação de feto anencefálico, há 10% a mais de chances de uma segunda gestação de feto anencefálico.

“Na Grã-Bretanha, a anencefalia é responsável por cerca da metade dos DTN graves”. (MOORE, 2000, p. 455)

O Brasil é o quarto país em prevalência de anencefalia segundo dados recentes da Organização Mundial da Saúde. Em cada dez mil gestações levadas a termo no país, cerca de nove são de anencéfalos, uma taxa mais de cinquenta vezes maior que a observada em países como a França, Bélgica ou Áustria. (2004, p.21)

Segundo Marcelo Medeiros²⁰, esta maior incidência de anencefalia no Brasil poderia estar relacionada com a carência nutricional da população, vez que o defeito no desenvolvimento no feto está relacionado com a deficiência de vitaminas do complexo B, principalmente o ácido fólico.

¹⁹ Assim, a ocorrência de gestação de fetos anencefálicos é com certeza maior, mas sem dados estatísticos precisos, tendo em vista as interrupções ilegais que se verificam, além daquelas autorizadas judicialmente, ou ainda dos casos em que a gestação não chega a seu termo.

²⁰ Marcelo Medeiros é doutor em Sociologia e pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

No entanto o mesmo autor verifica que em países tão pobres como o Brasil, tal como Bolívia, Equador e China, as taxas são menores. No entanto nota-se que, apesar da falta de acesso a exame pré-natal, justifica que estes são países em que a interrupção da gestação nos casos de anencefalia é autorizada.

Isto justifica também porque no Chile as taxas são ainda mais altas que no Brasil, pois a cultura e legislação são ainda mais rígidas neste sentido.

3.1.2. Diagnóstico

O fechamento do tubo neural dá-se durante a quarta semana de gestação. Assim, o diagnóstico da anencefalia pode ser feito a partir da quinta semana de gestação. No entanto, o diagnóstico preciso (de acordo com a tecnologia disponível à maior parte da população) usualmente se dá entre a 12ª e 18ª semanas de gestação.

Pelo exame físico, pode-se constatar a ocorrência de polidrâmnio, em que há excesso de líquido amniótico na placenta, provocando um inchaço anormal do útero da gestante. Assim, pode-se suspeitar da anencefalia também por exame físico da gestante.

Além disso, mulheres que já tiveram gestações anteriores de fetos normais relatam que o feto anencefálico tem movimentos mais lentos e esparsos.

Pelo exame da *alfafetoproteína*, proteína presente no líquido amniótico, também se pode verificar (quando em alta quantidade) a existência de alguma DTN.

A ultra-sonografia é bastante precisa para o diagnóstico da anencefalia, pois é possível verificar a acrania do feto, além da ausência de encéfalo, que se apresenta como um vazio no ultra-som.

3.1.3. A Gestação e o Parto

A gestação, assim como o parto, deve ser acompanhado de forma mais cautelosa e diversamente de gestações comuns.

Isto porque há uma maior chance de problemas de hipertensão da gestante, podendo ocorrer pré-eclampsia e eclampsia (casos que podem levar

a gestante à morte). Assim, o acompanhamento da pressão arterial deve ser mais freqüente.

Além disso, 50% das gestações de fetos anencefálicos apresentam a ocorrência do polidrâmnio, pois como o feto não possui o encéfalo, não há “o controle nervoso necessário para a deglutição do fluido amniótico²¹; por este motivo, o fluido não vai para o intestino para sua absorção e subsequente transferência para a placenta para ser eliminado.” (MOORE, 2000, p. 457-458)

Nestes casos, o útero materno incha demasiadamente, muitas vezes tendo de ser drenado para não prejudicar a saúde da gestante, que relata até dificuldades para respirar.

Se a gestação chega a termo e tem-se o parto, surgem outras dificuldades. Segundo o Dr. Jorge Andalaft,²² o risco do parto nesta situação é aumentado em cerca de 22%.

Como o bebê não tem a calota craniana, ele não força a dilatação do colo do útero. Assim, a mulher fica de 14 a 18 horas em trabalho de parto, superando em muito o normal de 4 a 6 horas. Além disso, o feto não se encaixa corretamente, podendo ficar sentado ou atravessado.

Com contrações durante todo o período de trabalho de parto, a mulher sente dores fortíssimas, e o útero pode perder resistência (também devido ao polidrâmnio, em que o útero se dilata excessivamente), ocorrendo a *atonía uterina*, em que, após a expulsão do bebê, o útero não mais se contrai para voltar ao tamanho normal.

Neste caso, há hemorragias gravíssimas, em que 2,5% dos casos se faz necessária a retirada do útero (e então se dá a esterilidade da mulher).

Além de todos estes problemas para a saúde física da mulher, há ainda o óbvio abalo psicológico, que não está preparada para receber o diagnóstico de uma gestação de feto inviável, da notícia de um natimorto, ou ainda do falecimento precoce de seu bebê.

Assim, há a necessidade de um acompanhamento psicológico intenso e específico da mulher, assim como da família, sobre o que trataremos a seguir.

²¹ Que é o ciclo normal do fluido.

²² O Dr. Jorge Alandaft é coordenador da Comissão Violência Sexual e Interrupção da Gestação, da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia.

3.1.4. O Caso Marcela de Jesus

Dentre diversos casos tristes de anencefalia, em que, conforme esperado, o bebê teve poucos minutos ou horas de “vida” extra-uterina, há um caso recente de uma garotinha chamada Marcela de Jesus, nascida às 13:30 de 20.11.2006 em Patrocínio Paulista - SP, que, ao que se tem notícias, sobrevive até hoje.

Ela sofreu uma parada cardíaca em dezembro e foi reanimada com massagem, respira com o auxílio do capacete de oxigênio e alimenta-se por sonda.

Marcela não tem o córtex cerebral, sendo cega e surda, reagindo a estímulos exteriores por serem estas as chamadas reações primitivas, em que não se tem atividade cerebral. Assim, a pequena Marcela tem movimentos, chora, segura o dedo de sua mãe, e reage ao toque, podendo esboçar até sorrisos. No entanto não tem qualquer consciência de sua existência, ou do carinho e devoção de sua mãe.

Em abril deste ano a criança teve alta, e foi para um apartamento alugado pela prefeitura, para que pudesse ficar próxima ao hospital, tendo em vista sua família (de lavradores) morar na zona rural da cidade.

A bebê surpreende a cada dia os médicos, tendo ganhado peso e altura. Aos sete meses, Marcela tinha 7 quilos e 60 centímetros, o que é o patamar normal para um bebê de sua idade.

No entanto, com tal desenvolvimento, cada vez mais o tronco cerebral vai se tornando insuficiente para manter as funções vitais do bebê.

Marcela de Jesus é um caso raríssimo, merecendo grande destaque. Há também o caso norte-americano do *Baby K*, que nasceu em 1992. Por exigência da mãe, ficou entubado e foi mantido artificialmente em uma UTI, até sofrer um ataque cardíaco aos dois anos de idade.

Ao contrário do que se pode afirmar, estes casos raros só vêm a reafirmar a necessidade de dar às gestantes na mesma situação a oportunidade de escolha, de forma assistida e muito bem informada, e não deixadas simplesmente à sombra da ilegalidade.

CAPÍTULO IV – A DETECÇÃO DE EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE VIDA

Ao longo dos tempos foram desenvolvidas e adotadas diferentes teses para se detectar a existência de vida. A determinação do momento do início da vida e da morte de um ser humano tem muita importância para o direito.

Como exemplos, temos que determina a tutela dos direitos da pessoa, vocação hereditária, ambos para o direito civil, e a prática ou não de crime contra a vida, no direito penal. Assim, pode-se ter uma conduta atípica quando os meios empregados para um homicídio são próprios, mas a pretensa vítima está morta, o que é um crime impossível.

Este último exemplo é de extrema relevância para o presente trabalho.

No caso de interrupção da gestação de feto anencefálico, ter-se-ia aborto caso se considerasse que o feto tem vida. No entanto, para chegar a esta conclusão – se há ou não vida no feto anencéfalo – deve-se fazer uma análise das teorias sobre o início da vida, e determinar um conceito jurídico de vida e morte, sobre o qual pautaremos nosso trabalho.

4.1. Teorias Sobre o Início da Vida

Há diversas teorias sobre o início da vida, não havendo consenso entre os autores. Assim, trataremos apenas das principais, para manter a objetividade do trabalho.

4.1.1. Teoria da Concepção

Em tal teoria, a vida tem seu início na fecundação, ou seja, no momento em que o gameta masculino se funde com o gameta feminino para formar um ser. Não importa se tal fecundação se deu fora do corpo (como no caso da fecundação *in vitro*).

Assim, o embrião seria pessoa humana desde a concepção, merecendo proteção como tal.

Tal concepção do início da vida traz alguns problemas, como a condenação de métodos anticoncepcionais, pois seriam, desta forma, abortivos.

É o caso do DIU (dispositivo intra-uterino), que evita a fixação do óvulo fecundado no útero.

É também a situação da recente **pílula do dia seguinte**, que, devido à alta dosagem hormonal, provoca uma menstruação antecipada. Isto evitaria que eventual óvulo fecundado se aloje no útero.

No entanto, ambos os métodos contraceptivos são legais, o que nos leva a concluir que não é a teoria adotada pelo legislador brasileiro.

4.1.2. Teoria da Nidação

Faz parte da linha de teorias genético-desenvolvimentistas. Segundo tal teoria, a vida tem seu início quando da fixação do óvulo fecundado na parede uterina, o que se denomina nidação. Isto ocorre normalmente no sexto dia após a fecundação, quando se inicia a gestação.

É após a nidação, por exemplo, que ocorre a divisão das células para formar gêmeos univitelinos. É também nesta fase que o número de eliminação natural de óvulos fecundado diminui (cairia de 50% para 20%). Assim, só a partir da nidação é que se teria vida.

A adoção de tal teoria resolve o problema dos métodos contraceptivos, que então não seriam abortivos. Também soluciona a questão de manipulação dos embriões humanos fertilizados *in vitro*, em voga com a recente polêmica das pesquisas com células-tronco.

4.1.3. Teoria da Gastrulação

Também faz parte da linha de teorias genético-desenvolvimentistas. Não se tem a época precisa de quando se dê e quando termina a gastrulação, mas se iniciaria a partir da nidação.

É a fase em que o disco embrionário passa de duas camadas (didérmico) a três camadas (tridérmico). Formam-se a endoderme, mesoderme e ectoderme, que são as três camadas germinais primitivas (folhetos embrionários), que originarão os órgãos do feto. É onde se inicia a condução de nutrientes da mãe para o embrião.

Nesta fase, forma-se a placa neural, que se invaginará, dando origem ao tubo neural, pelo qual se desenvolve o sistema nervoso central. Este estágio é concluído após o décimo oitavo dia de gestação. (TEODORO, 2007, p.29)

4.1.4. Teoria da Formação dos Rudimentos do Sistema Nervoso Central

Assim como as duas anteriores, também faz parte da linha de teorias genético-desenvolvimentistas. Nesta teoria, tem-se que a vida tem início quando surge a linha primitiva do que formará o córtex cerebral e os hemisférios do cérebro. Numa aproximação, dar-se-ia entre o décimo quinto e quadragésimo dia depois da nidação.

A não-formação do córtex cerebral, na maior parte das vezes, gera o aborto espontâneo, uma vez que o organismo materno nega o embrião, como se não o reconhecesse, eliminando-o. Este é o principal motivo que leva os fetos anencéfalos a não nascerem no tempo normal. (TEODORO, 2007, p. 30)

Aproximadamente na oitava semana da gestação tem-se os primeiros impulsos elétricos cerebrais, momento em que parte dos autores que aderem tal teoria dizem ser o início da vida.

Frediano José Teodoro (2007), apesar de pouco considerar a interrupção da gestação no caso de feto anencefálico, e ser radicalmente contra o aborto eugênico, ainda ressalta que os seguidores desta vertente fazem um paralelo entre a vida e a morte, em que a morte se constata pela ausência de sinais elétricos emitidos pelo cérebro. Assim, a vida deve ser considerada a partir do momento em que tais impulsos elétricos se verificam.

4.2. Conceito Jurídico de Vida e Morte

É inerente à cultura que, para a definição de vida, tenhamos o concurso de elementos religiosos, filosóficos, morais, científicos, dentre outros. No entanto, para o presente trabalho, é necessário fixar uma definição jurídica do que seja a vida, seu início e fim.

Apresentamos teorias científicas (que levam em conta o conhecimento da medicina) das quais pode o conceito jurídico partir, sem quebrar com o compromisso constitucional de um Estado laico.

Demonstrou-se, ainda que bastante superficialmente, que a definição do que seria vida, e seu início, é de extrema dificuldade. Pode-se ter vários marcos, que não passam de ficção humana, sem precisão.

No entanto, mais facilmente se tem a verificação da morte, ou seja, o fim da vida.

Ao longo da história tivemos algumas características que definiriam o fim da vida. Até a década de sessenta, o fim da vida era caracterizado pela parada cardíaco-respiratória. Ainda se avaliavam outros sinais que seriam consequência da morte, tal como aperiçgaminhamento da pele, mancha verde abdominal, parada completa e prolongada da circulação. No entanto era critério de precisão duvidosa.

A partir do momento em que surgiram as possibilidades de manutenção dos batimentos cardíacos, com os recursos proporcionados pela moderna tecnologia (inclusive aparelhos para circulação extracorpórea, respiradores artificiais, entre outros), distinguiu-se a morte clínica (paralisação da função cardíaca e respiratória) da morte biológica (destruição celular) e da morte cerebral (paralisação das funções cerebrais). (MINAHIM, 2005, p. 73)

Atualmente, o critério legal para definir a morte está expresso na lei de transplante de órgãos, nº 9.434, de 04.02.1997.

O art. 3º da referida lei de transplantes tem a seguinte disposição:

*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.*²³

Ainda, a resolução nº 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina, posterior à lei acima descrita, também trata da morte como a morte encefálica, assim dispendo:

*[...]CONSIDERANDO que a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica;
CONSIDERANDO que **a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte**, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial²⁴;
Original sem grifos.*

²³ Lei nº 9.434/1997, DOU de 05.02.1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm>. Acesso em: 24.07.07. Original sem grifos.

²⁴ Resolução CFM nº 1.480/97. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 23.07.2007

Assim, a morte é tida como a ausência de atividade encefálica total (o que inclui córtex e tronco cerebral) de forma irreversível. No entanto, a referida lei, assim como a resolução do CFM, não define a constatação de morte encefálica em bebês prematuros, ou com menos de 7 dias.

No entanto, nem a referida lei, nem a resolução do Conselho, previram a hipótese de feto anencefálico, em que não se tem sequer o cérebro, quiçá atividade cerebral.

Segundo Marco Antônio Becker,

A morte não é um evento, mas sim um processo. O conceito de morte é uma convenção que considera um determinado ponto desse processo. Quando não havia transplantes, a morte se caracterizava pela parada cardiorrespiratória. Com o advento dos transplantes o diagnóstico clínico convencional tornou-se menos importante, passando-se a adotar os critérios de morte encefálica. No entanto, isto não significa que todo o corpo esteja morto. A morte encefálica atesta a total impossibilidade de perspectiva de vida.

Os critérios de morte encefálica, constantes da Resolução CFM nº 1.480/97, são baseados na ausência de atividade de todo o cérebro, incluindo, obviamente, o tronco cerebral.²⁵

A Resolução expedida pelo Conselho Federal de Medicina determina quais exames devem ser feitos para confirmar a morte encefálica do paciente (Vide Anexo II).

Há critérios diferentes de acordo com a idade do paciente, e diversos exames e análises, além de repetição dos exames, de forma a garantir uma maior precisão do diagnóstico.

Válido ressaltar que a doutrina médica sempre adverte que, embora os critérios para a confirmação da morte encefálica sejam definidos, a interpretação dos exames pode ser diversa. Por isto é que se exige mais de um diagnóstico.

No entanto, há situações bem definidas de morte e de vida, podendo haver uma zona de incerteza nos demais casos, o que deve ser avaliado de forma específica e cuidadosa em cada caso.

²⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Processo-Consulta CFM Nº 1.839/1998 PC/CFM/Nº 24/2003. Relatado pelo Conselheiro Cons. Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, e relato vista feito por Marco Antônio Becker. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm>. Acesso em: 25.07.07.

Outra corrente entende que, sendo o córtex o centro da consciência humana, sua destruição – e então inexistência – seria tida como morte encefálica, pois o indivíduo não tem mais as condições inerentes a ser humano.

De qualquer forma, resta claro que a morte hoje é tida como morte encefálica, em que cessa a atividade cerebral.

4.3. A Inexistência de Vida no Caso do Feto/ Bebê Anencefálico Segundo Critérios Médicos

Conforme já descrito anteriormente, o feto anencefálico não tem o córtex, apenas o tronco cerebral, de forma que possui as funções vegetativas, mas não possui os hemisférios cerebrais e o córtex, responsáveis por todas as demais atividades vitais.

Assim, não há, por óbvio, possibilidade de atividade cerebral, o que caracterizaria a morte encefálica.

O anencéfalo (ausência de cérebro) não tem as mínimas condições de sobrevivência, haja vista não possuir as estruturas neocorticais. Possui tão-somente o tronco cerebral. Cumpre também salientar que esses seres não têm uma vida de relação com o mundo exterior.

O diagnóstico da anencefalia, seguro, é realizado durante a gestação pelos exames de ultra-sonografia e dosagem de alfafetoproteína. [...]

No anencéfalo não existe a possibilidade de aplicação dos critérios dos exames complementares de diagnóstico de morte encefálica, constantes nos artigos 6º e 7º da resolução (nº 1480) supracitada, sejam os métodos gráficos (eletroencefalograma), sejam os métodos circulatorios, pela ausência do neocórtex, anormalidades da rede vascular cerebral e ausência da calota craniana. Restaria a utilização dos parâmetros clínicos de morte encefálica (coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia), respeitando-se a idade mínima de sete dias (artigos 4º e 5º). Entretanto, corroborando sua total inadequação para essas situações, os anencéfalos morrem clinicamente durante a primeira semana de vida; nesse estado, os órgãos estão em franca hipoxemia, tornando-os inúteis para uso em transplantes.²⁶

²⁶ Parecer proferido pelo Conselho Federal de Medicina. PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 1.839/1998 PC/CFM/Nº 24/2003. Relatado pelo Conselheiro Cons. Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, e relato vista feito por Marco Antônio Becker. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm. Acessado em 25.07.07

Assim, tem-se que o anencéfalo (quando muito) possui atividade do tronco cerebral, o que ficaria, aparentemente, sem resposta perante a legislação e orientação normativa até então.

Não se pode falar em vida no caso do anencéfalo, já que suas funções vegetativas correspondem a um estado de morte cerebral. Já se demonstrou que, caso o feto chegue a nascer, estará em estado vegetativo permanente, e só terá algum tempo de “vida” extra-uterina com o auxílio da tecnologia. Ou seja, o bebê só se manterá com o emprego de respiradores, só se alimentará com o auxílio de sonda, e terá paradas cardíaco-respiratórias, e poderá ser reanimado por meio de desfibriladores, etc.

O tronco cerebral não pode sustentar todas as funções vitais por muito tempo. Com o avanço no desenvolvimento do bebê, o tronco vai se tornando insuficiente.

Assim, o médico Marco Antônio Becker, no parecer acima citado, conclui:

A Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, diz que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida. O anencéfalo é o resultado de um processo irreversível, sem qualquer possibilidade de sobrevida e de causa conhecida.

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, dispõe em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica.

Concluimos que, uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá proceder ao transplante de órgãos do anencéfalo após 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 ainda temporariamente funcionando.²⁷

Como já apontado, a lei brasileira de transplante de tecidos e órgãos não prevê o diagnóstico de morte encefálica no caso de bebês prematuros nem anencéfalos, o que muitas vezes causa a falência múltipla dos órgãos do anencéfalo, impedindo o transplante que poderia salvar a vida de outro bebê. Isto porque sem a autorização expressa, muitas vezes o médico não sabe como proceder, e a demora é fatal.

²⁷ Parecer proferido pelo Conselho Federal de Medicina. PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 1.839/1998 PC/CFM/Nº 24/2003. Relatado pelo Conselheiro Cons. Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, e relato vista feito por Marco Antônio Becker. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm. Acessado em 25.07.07

Para mudar tal situação, foi apresentado no Senado Federal, em dezembro de 2005, um projeto de lei (nº 405/2005) pelo Senador Serys Slhessarenko para resolver tal impasse.

O projeto tem a seguinte ementa:

Altera a Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, para permitir o transplante de órgãos de doadores anencéfalos.²⁸

O projeto encontra-se na Comissão de Assuntos Sociais desde 08.02.07, pronto para ser incluído em pauta, segundo informações constantes no sítio do Senado Federal.

Por esta lacuna legislativa no caso de feto anencefálico, o Conselho Federal de Medicina expediu em setembro de 2004 a Resolução nº 1.752, que informa expressamente que o anencéfalo não tem vida.

É o que se verifica no excerto a seguir transcrito:

*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 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 sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro,²⁹

²⁸Projeto de lei do Senado nº 405 de 06.12.2005. Informação disponível no site http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=76088. Acessado em 25.07.07.

²⁹ Resolução nº 1.752. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm. > Acesso em 30.07.07.

O anencéfalo, tal como já demonstrado, é cego, surdo, não tem consciência de si ou dos outros, não respira sozinho, não se alimenta sem ajuda de sonda, não se relaciona com o mundo.

Na anencefalia [...] há ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as funções dependentes da medula espinhal. Com esse quadro neurológico se cumprem os critérios de morte neocortical, ao contrário do encerramento da função encefálica completa, que define a morte encefálica. (RIBEIRO, 2004, p. 102)

Assim, concluímos que o feto ou bebê anencefálico não tem vida, por estar em estado vegetativo permanente, morte encefálica irreversível. É também, como se viu, a conclusão da comunidade médica.

CAPÍTULO V - A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO

5.1. A Atipicidade da Conduta Interruptiva da Gestação de Feto Anencefálico

Ronald Dworkin (2003) afirma que a discussão acerca do início da vida é demais complexa para ser útil à questão do aborto. Trata-se de verificar se o nascituro tem direitos e interesses a serem tutelados, que possam inclusive sobrepujar aos direitos da gestante.

Na mesma linha, tem-se que no caso de feto anencefálico a discussão do início da vida seja demasiadamente conturbada para ser útil. O anencéfalo encaixa-se no conceito de estado de morte cerebral, de acordo com os parâmetros ditados pela Lei nº 9.434, vez que não pode ser registrada atividade cerebral, e principalmente pela Resolução nº 1.752 de 2004. Não podendo ter vida e morte ao mesmo tempo, teríamos que o anencéfalo não tem vida, e assim não tem interesses e direitos a serem tutelados que superem os direitos da gestante.

Não se podendo falar em morte daquele que não está vivo, não há aborto, mas crime impossível, conduta atípica.

Segundo Diaulas de Costa Ribeiro (2004, p. 99),

[...] o Direito Penal, ao punir o aborto, está, efetivamente, punindo a expectativa, a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa. [...] Significa ainda que apenas o feto com capacidade fisiológica de ser pessoa pode também ser sujeito passivo do crime de aborto.

O mesmo autor define a anencefalia como uma inviabilidade fetal **extraordinária**, que é aquela que não decorre da simples imaturidade, mas de uma má-formação fetal que torna a gravidez patológica.

Assim, o feto anencefálico não é apto a ter vida extra-uterina. Então, o perecimento das atividades vegetativas do feto não é resultado da conduta do médico.

É também o que entende Paulo César Busato (2005), ao apontar que a vida se detecta por atividade cerebral, e não cardíaca. O bem jurídico que visa proteger o tipo de aborto não existe no caso de feto anencefálico. Assim, não haveria o que preservar, não se configurando o tipo do aborto. Busato chama de *indiferente penal*.

Em suas palavras:

Por lamentável que seja, não há o que preservar. A vida do feto é impossível, dada a anencefalia, daí por que, sendo a vida inviável, a interrupção da gestação é conduta que, a rigor, não atinge o bem jurídico visado pela norma penal, e, de conseqüência, não havendo bem-jurídico a ser protegido, da mesma forma não há tipicidade penal. (BUSATO, 2005, p. 96)

Tendo contribuído para a elaboração do Código Penal vigente, Nelson Hungria (1958, pp. 297-298), ao comentar a obra, já previa o caso de inviabilidade do feto, e entendia que a interrupção da gestação não seria aborto. É o que demonstra o excerto a seguir transcrito:

No caso de gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. 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.

Diaulas Ribeiro e Debora Diniz (2004) sugerem o termo “*antecipação terapêutica do parto*”, pois não é a interferência do médico que leva o feto/bebê à morte, mas sua patologia prévia. Estar-se-ia apenas evitando um risco desnecessário para a gestante, pois, como já demonstrado, a gestação de um feto anencefálico não é normal, com maiores riscos à vida da gestante.

Luis Roberto Barroso (2005) também é adepto de tal terminologia (*antecipação terapêutica do parto*), e ainda confirma que a morte do feto anencefálico não seria conseqüência dos meios empregados pelo médico, mas de sua malformação congênita irreversível, pregando a atipicidade da conduta, faltando ao tipo de aborto o suporte fático.

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 118)

Nos tipos dolosos de resultado, a atribuição do tipo objetivo pressupõe dois momentos essenciais, constituídos pela causação do resultado, explicada pela lógica da determinação causal, e pela imputação do resultado, fundada no critério da realização do risco [...]

Assim, além da relação de causalidade, deve o agente ter elevado o risco do resultado, para que então lhe seja imputado, enquadrando-se ao tipo penal.

Conforme se demonstrou, a ausência de vida no feto anencefálico não é causada pela prática interruptiva da gestação, nem sequer aumentou o risco de que tal ocorresse. Desta forma, não há tipicidade na conduta interruptiva da gestação no caso de feto anencefálico.

Cirino dos Santos (2006) ainda prossegue, e ao tratar da equivalência das condições (em que mais de uma conduta pode concorrer para a ocorrência do resultado), afirma que o resultado deve ser produto real dos fatores que o constituem. Utiliza o seguinte exemplo:

[...] a ação do médico que protela a morte inevitável do paciente é condição do resultado morte deste, porque influi na existência real do acontecimento concreto; contudo, como a causalidade não é o único critério de atribuição, a mera existência da condição não permite atribuir o resultado morte ao médico. (CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 123)

É exatamente o caso do médico que realiza a interrupção da gestação de feto anencefálico. A causa da ausência de vida do feto é preexistente às atividades interruptivas. Por óbvio, com o desligamento do corpo da mãe, o feto não sobrevive, seja qual for o momento da gestação. Assim, jamais se tratará de conduta tipificada como aborto, caso contrário se teria como aborto mesmo eventual parto, natural ou (pior) cesariana.

E embora concordemos com a posição adotada por Diaulas Ribeiro (2004), Débora Diniz (2004) e Barroso (2005), não entendemos se tratar de antecipação terapêutica do **parto**. Isto porque, conforme a literatura médica, só se trata de parto a partir da 22ª semana de gestação, pois só então o feto tem *vitabilidade*, nas palavras de Jorge de Rezende (1998, p. 286). Assim, se o feto é expulso antes da 22ª semana, tratar-se-ia de abortamento. Desta forma restringiríamos a interrupção da gestação, de forma que só poderia ser feita após este período. Não é o que pretendemos.

Assim, entendemos ser mais adequado adotar a expressão “*interrupção seletiva da gestação*”, em que a interrupção pode se dar a qualquer tempo, e

seria seletiva tendo em vista a inviabilidade do feto em razão de sua má-formação.

Ainda desconstitui o tipo do aborto a ausência de dolo. Isto porque, conforme Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 132), o dolo “*é a vontade consciente de realizar um crime, também definível como **saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal.***”

Não havendo qualquer controle sobre a ausência de encéfalo e córtex cerebral, não há que se falar em vontade em encerrar a vida do feto, nem consciência dos elementos do tipo penal de aborto, vez que não se deseja realizá-lo.

Demonstra-se, portanto, não estar presente qualquer dos elementos que possa configurar o tipo penal **aborto**. Não há vida fetal, conduta abortiva, nem dolo. Assim, **a interrupção seletiva da gestação, no caso de feto anencefálico, é conduta atípica.**

5.2. Hipótese de se Considerar como Aborto a Interrupção Seletiva da Gestação – Aborto Impunível

Ainda que se ignore todo o já demonstrado e se queira considerar a interrupção da gestação no caso de feto anencefálico como aborto, este não seria punível.

Isto porque a interpretação dos dispositivos legais deve ser feita de forma sistemática, isto é, entendendo como parte de algo maior e mais complexo, sob a luz da Constituição, com seus princípios norteadores.

Além disso, devem ser levados em conta o momento histórico e cultura em que o dispositivo está inserido. Assim, deve-se fazer uma interpretação dos arts. 124 a 128 do Código Penal de acordo com a Constituição, e adequá-los à situação concreta em que se insere.

Como já demonstrado no item 2.2 supra, o momento histórico-cultural e principalmente tecnológico-científico da elaboração e promulgação do Código Penal ainda vigente era absolutamente diverso do atual.

A população era menor, os problemas diversos, a ética, moral e valores eram distintos, e principalmente a medicina e tecnologia tiveram avanços extraordinários desde 1938-1940. Não havia como prever a viabilidade do feto

durante a gestação. Assim, não poderia o legislador prever a interrupção seletiva da gestação como lícita.

Atualmente, temos tecnologia suficiente para diagnosticar anomalias fetais que possam levar à inviabilidade do feto.

Pode-se afirmar que há segurança suficiente para o diagnóstico preciso de inviabilidade fetal, como é o caso da anencefalia. Então hoje não há mais motivo para se invocar a omissão do Código Penal para proibir ou punir a interrupção seletiva da gestação.

Além disso, podem-se interpretar os critérios adotados pelo Código Penal para eleger os casos em que não se pune o aborto, como no caso de estupro ou de risco de vida para a gestante.

Em qualquer dos casos vê-se a opção do legislador pela vida da gestante em detrimento da vida do feto, e não há sequer ponderação da viabilidade deste.

Trata-se de casos em que se protege a vida e saúde da gestante, sendo a saúde física no caso de salvar-lhe a vida, e a saúde psíquica no caso do estupro. Neste último valora-se o sofrimento da mulher, que tem em seu ventre um ser fruto de uma traumatizante violência. O legislador fez uma valoração moral e optou em legalizar o aborto neste caso.

Conforme Luís Roberto Barroso (2005, p. 102),

No caso aqui estudado, a ponderação é mais simples e envolve escolha moral menos drástica: o imenso sofrimento da mãe, de um lado, e a ausência de potencialidade de vida, de outro lado. Parece claro que o Código Penal, havendo autorizado o mais, somente não fez referência ao menos porque não era possível vislumbrar esta possibilidade no momento em que foi elaborado.

Além disso, pode-se considerar tal interrupção como um caso de aborto terapêutico (caso se o entenda como aborto) na acepção mais ampla, conforme ensinamento de Juarez Cirino dos Santos (1978, p.14) :

*A interrupção da gravidez para b) proteger a **saúde** da mulher é indicada sempre que (1) a continuação da gravidez, (2) a realização do parto, ou (3) os cuidados maternos posteriores, afetarem, seriamente, suas condições orgânicas.*

Como já se demonstrou, e voltará a ser tratado, a gestação no caso de feto anencefálico tem muito mais riscos que uma gravidez de um feto normal. O parto tem mais riscos, e os cuidados com o bebê (caso sobreviva) após o parto implica extremo sofrimento à mãe, que verá seu bebê envolto em aparelhos e deve se preparar para sua morte. Sem falar em todo o sofrimento experimentado pela gestante (e sua família) desde o diagnóstico.

Assim, caso se considere a interrupção da gestação um aborto, ou ele é impunível em decorrência de interpretação da lógica do legislador, ou porque é o caso de aborto terapêutico, em que é o único meio de salvar a vida da mãe - que pode falecer devido a complicações inerentes a esta gestação patológica, que causa (no mínimo) danos psicológicos irreversíveis na gestante.

5.3. A Situação da Gestante de Feto Anencefálico

Uma gestação (quando desejada, ou no mínimo bem recebida) é comemorada e envolve muitas expectativas. A gravidez associa-se à idéia de uma nova vida.

Sem conhecer a face de seu bebê, sem conhecer sua personalidade, a família idealiza aquele ser humano em formação. É um período repleto de sonhos e medos.

No entanto, quando a mulher recebe a notícia de que seu bebê é anencefálico, todos os seus sonhos são destruídos, suas expectativas são frustradas. Muitas delas procuram em si mesmas a culpa da má-formação de seu feto, sentem-se responsáveis pela sua imperfeição.

Ao ser informada das condições de saúde, da pequena expectativa de “vida” de seu bebê, ela (e sua família) se depara com a inevitável morte precoce de seu idealizado bebê.

Ela talvez veja sua barriga crescer, sinta o bebê mexer, mas sabe que ele não vai ter sobrevida razoável, embora no seu íntimo tenha esperanças de erro de diagnóstico, ou até de um milagre. É o que relatou Cacilda Galante Ferreira, a mãe de Marcela, apresentada no item 3.1.4 supra.

A sociedade também vê na gestante uma nova vida, e esta cobrança lhe faz muito mal. Quem já foi gestante ou conviveu intensamente com alguma sabe que até pessoas desconhecidas pedem para acariciar sua barriga,

querem saber o sexo do bebê, quando irá nascer, etc, e conversam com grande entusiasmo.

No entanto, jamais esperam que seja um bebê com um triste e curto destino. E a gestante é obrigada a conviver com tais situações, e lembrar constantemente o diagnóstico.

Durante o pré-natal não é diferente. O Dr. Jorge Andalaft Neto³⁰, obstetra, em entrevista dada à organização Anis, relata uma história em que suspeitou que a gestação de sua paciente era de feto anencefálico (pelo excesso de líquido amniótico, comum nestes casos).

Para confirmar, solicitou uma ecografia, e acompanhou a gestante no exame. O médico que operava a ecografia não sabia do que se tratava, e então procedeu normalmente, com muito entusiasmo: “Olha, mamãe, é uma menininha! Olha que pezinho lindo!”, e o Dr. Jorge tentava alertar que se tratava de um caso de polidrâmnio, mas o especialista continuou, sem perceber. “Olha, mamãe, que barriguinha linda”, o que logo virou um triste “Meu Deus... Vocês já sabiam?”³¹.

Gabriela de Cordeiro Oliveira, que teve a gestação de um feto anencefálico - caso que trataremos a seguir -, relata que quando foi informada do diagnóstico não quis ver a imagem da ecografia. “[...] *Nem quis mais fazer ecografia. Na ultra-sonografia colorida se vê tudo direito. Quando ela virava a cabecinha, não tinha nada.*”³²

Conforme já apontado, em 50 a 65% dos casos, o feto perde suas funções vitais ainda dentro do útero materno.

Conforme Julieta Quayle³³ (1998, p.219),

A constatação do óbito fetal, mesmo se já previsto, traz em si importantes implicações emocionais. [...] No ventre da mulher (grávida?) há agora “algo” morto, onde um dia houve

³⁰ O Dr. Jorge Andalaft Neto é médico ginecologista e obstetra e professor titular de ginecologia e obstetrícia da Universidade de Santo Amaro.

³¹ Entrevista cedida pelo Dr. Jorge Andalaft Neto ao Instituto ANIS, disponível no Vídeo “Dr., eu não sabia!”

³² Entrevista concedida à Debora Diniz em 03.03.2004, em Teresópolis. Disponível In: *Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Anis, 2004. pg.15.

³³ Julieta Quayle é Doutora em Psicologia Clínica pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Psicóloga da Divisão de Clínica Obstétrica e da Divisão de Psicologia do Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

um bebê, um filho, uma história, uma promessa. Hoje algo que não vingou, não deu certo, que não virá a ser. Algo que se deteriora, que pode estragá-la, consumi-la, contaminá-la.

Muitas mulheres querem continuar a gestação, e estas têm seu direito garantido. Mas a enorme maioria destas gestantes não suporta tal idéia. A estas não há nenhuma norma expressa que lhes garanta este direito de escolha. Atualmente devem recorrer à justiça para obter uma autorização para interromper a gestação. Então têm seu sofrimento ainda aumentado, pois são julgadas de todas as formas, e sofrem à espera de uma decisão final. Enquanto isso, a gravidez continua, e em grande parte dos casos, o bebê falece antes da solução judicial.

Gabriela Cordeiro, que passou pela experiência de pedir autorização judicial para interromper sua gestação confessa que sofreu ainda mais com o processo. *“Se eu pudesse ter tirado antes, teria sido mais fácil. O sofrimento teria sido mais curto.”* (DINIZ, 2004, p. 15)

As gestantes decididas a interromper a gestação no caso de o feto ser inviável (em que a anencefalia é apenas um dos casos) costumam descrever a obrigação de manter esta gestação como tortura. Elas sentem-se carregando um feto para aguardar, paradoxalmente, sua morte (HOROVITZ, 2004, p. 29).

Consirerando o sofrimento dessas mulheres e o cumprimento aos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade, a afirmação da tortura nos parece correta. O Estado não deve e não pode penalizar as mulheres obrigando-as a levar adiante uma gravidez cujo feto não tem condições de sobreviver fora do útero. (FREIRE, 2004, p. 38)

Nós, humanos, lidamos mal com as perdas. Quaisquer perdas. [...] Na ordem natural das coisas, nenhum pai, nenhuma mãe, espera perder seu filho. Talvez atrelado ao instinto de sobrevivência da espécie, os adultos gostariam de acreditar que crianças e bebês não morrem, não ficam doentes, não sofrem. (ZUGAIB, TEDESCO, QUAYLE, 1998, p. 216)

Muitas delas relatam se sentir como o “caixão” de seus filhos, “um caixão ambulante”. Elas passam a gestação preparando o funeral de seus filhos, e não o seu quarto, para a sua chegada.

Vê-se na *internet* um grande número de sítios em que, além de muitas informações a respeito da anencefalia, as mulheres se ajudam a vivenciar esta gestação, compartilhando suas próprias experiências.

É extremamente triste e chocante a morbidez com que estas gestantes têm de lidar. Num destes sítios, há conselhos para guardar boas recordações do bebê que não viveu. Inclusive “dicas” de como fotografar os bebês (mesmo já desfalecidos), pois eles são (geralmente) perfeitos dos pés ao nariz, mas tendo uma deformidade grotesca a partir de então.

Algumas destas mães contam como prepararam o funeral de seus bebês durante a gestação, pois sabiam que não o conseguiriam fazê-lo depois.

“A construção da ‘identidade materna’ que vinha se desenvolvendo gradativamente é subitamente interrompida.” (ZUGAIB, TEDESCO, QUAYLE, 1998, p. 219)

Vê-se, então, que é uma gestação demasiadamente sofrida, e que o Estado deve dar suporte para que as gestantes decididas a interromper a gestação possam fazê-lo com segurança, pois, como já demonstrado, não há motivo (a não ser uma convicção e desejos íntimos) para levar esta gestação infrutífera adiante.

As gestantes (e seus parceiros) normalmente relatam sonhos recorrentes de bebês com cabeça de monstro, funeral, etc.

Além de todo o sofrimento psicológico, já se apontou que esta gestação não é como normalmente deve ser. Há um aumento expressivo de riscos para a gestante.

Há estatísticas de que em 65% dos casos de gestação de feto anencefálico, o feto perde suas funções vitais antes do termo gestacional. Tal situação é perigosa, pois se não for rapidamente verificado e o feto retirado do útero, pode causar a morte da gestante em função da deterioração do feto. Além disso, ou se faz uma curetagem cirúrgica, em que dependendo do tamanho do feto (época gestacional) se faz necessária uma cesariana, com todos os riscos inerentes a uma cirurgia. Outras vezes se faz uma indução de parto.

Segundo o médico obstetra Thomaz Gollop (2004, pp. 27-28),

[...]há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâmnio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia, e, no esvaziamento do excesso de líquido (durante a gestação) a possibilidade de deslocamento prematuro de placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os

feto anencéfalos, por não terem o pólo encefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero, e ter o que nós chamamos de distócia do ombro, porque nesses fetos, com freqüência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão no parto do ombro. [...] A distócia do ombro acontece em 5% dos casos, o excesso de líquido em 50% dos casos e a atonia do útero pode ocorrer em 10% a 15% dos casos.

Nos casos de atonia do útero (em que este não consegue se retrair após a expulsão do feto), é difícil conter a hemorragia, e em muitos casos se faz necessária a retirada do útero para salvar a vida da mulher, o que a esteriliza de forma irreversível.

Além disso, há também o risco aumentado de problemas de pressão arterial, como a pré-eclampsia e eclampsia, que pode ser fatal (para mãe e filho).

A gestação é conturbada e o parto (caso chegue a ocorrer) não é diferente, como já demonstrado no item 3.1.3 supra. Por faltar ao feto a calota craniana, ele não tem estrutura para forçar o colo do útero, e a parto pode levar de 14 a 16 horas, e, como acima tratado, pode ocorrer a distocia do ombro do bebê.

Depois disso, superado o parto, inevitavelmente vem a morte do bebê. A maioria absoluta dos que chegam a nascer falecem em minutos ou horas. Como já relatado anteriormente, a literatura médica só relata dois casos em que esta sobrevida foi superior (com o auxílio determinante de tecnologia).

Assim, a mulher sofre durante toda a gestação, durante o parto, e seu filho falece logo em seguida. Algumas sequer querem ver seu filho, devido à má-formação que as choca.

Neste caso, a mãe, assim como o pai e a família, tem que passar pela experiência de enterrar seu filho recém-nascido. Se a família tiver dinheiro para enterrar seu bebê, não terá maiores problemas (além de ter que providenciar todos os documentos e formalidades necessários).

Mas aquela família que não tem condições financeiras para tal, deve levar o atestado de óbito (ou de natimorto) a uma delegacia de polícia para que façam a verificação do óbito. Depois de liberado o corpo, ele poderá ser enterrado em uma vala pública.

Ainda, a aquelas parturientes que não têm recursos financeiros para pagar uma internação particular, ficam em enfermarias coletivas. Isto significa que compartilhará o ambiente com mulheres que tiveram seus bebês, que podem amamentá-los. Elas são constrangidas a ver outras mães felizes com seus filhos.

Além disso, há ainda a produção do leite, estimulada pelos hormônios do parto. As mulheres sentem a dor de produzir leite sem ter a quem amamentar. Normalmente os médicos prescrevem medicação para que o leite seque.

Gabriela Cordeiro relata:

Agora depois do parto, estou me sentindo melhor. Meu peito está inchado, cheio de leite e estou tomando remédio para secar. O problema foi explicar para minha filha que o bebê não veio para casa. (DINIZ, 2004, pp. 18-19)

É comum que a mulher que passou por tal experiência traumática desenvolva um quadro depressivo.

A ausência do objeto de amor parece tão irreparável que pode levar ao desejo de morrer, como maneira de reunir-se ao filho perdido. Tal dinâmica merece cuidados especiais, podendo levar a comportamentos impulsivos de autodestruição, especialmente se associada à depressão. (ZUGAIB, TEDESCO, QUAYLE, 1998, p. 221)

Tratamos do sofrimento físico e psicológico das mães, que vivenciam esta situação de forma mais intensa, mas também os pais e demais familiares sofrem com tal experiência. *“A dor dessa perda geralmente rompe o equilíbrio familiar e institucional, não havendo espaço na maternidade para esses ‘pais sem filhos’.”* (ZUGAIB, TEDESCO, QUAYLE, 1998, p. 218)

5.4. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida

Trata-se de questão de suma importância, e de vasta e produtiva discussão doutrinária e jurisprudencial. Assim, não poderíamos passar ao largo da questão. Trataremos este ponto de forma (demasiadamente) sucinta, mas que seja satisfatória à adequada compreensão do tema.

Em resposta ao abuso notório das legislações experimentado pela humanidade à época da Segunda Guerra Mundial, sistemas jurídicos ao redor

do mundo elegeram a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento de proteção.

Nossa Constituição, promulgada em 1988, elegeu tal expressamente como princípio fundamental. Isto significa que, como princípio fundamental, a Dignidade da Pessoa Humana tem como principais funções a fundamentadora, interpretativa, supletiva e hermenêutica, tal como enunciado pelos principais constitucionalistas brasileiros.

Pela função fundamentadora, segundo Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 67), as normas que vierem de encontro ao presente princípio, perderão sua validade (eficácia diretiva) e/ou sua vigência (eficácia derogatória).

Já pela função interpretativa, os princípios orientam as soluções jurídicas nos casos submetidos à apreciação do intérprete.

Pela função supletiva, os princípios preenchem as lacunas do Direito, integrando-o.

Acrescemos ainda a visão de Daniel Sarmento (2001, p. 50), em que os princípios ainda cumprem a função hermenêutica, em que servem como base para a análise e interpretação das questões submetidas ao intérprete.

Quanto à distinção entre princípios e regras, Dworkin e Alexy partem de um pressuposto de que é uma distinção qualitativa, e não de grau. Neste sentido, uma colisão entre princípios deve ser resolvida num sopesamento entre ambos, em que se possa chegar a um resultado ótimo.

Para Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 612), apesar das diferenças das nomenclaturas eventualmente adotadas pelos doutrinadores brasileiros, a idéia principal da distinção seria de que

princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.

O jurista ainda aponta que Humberto Bergmann Ávila distingue princípios e regras em seu grau de abstração, em que aqueles seriam mais abstratos e gerais que estas. (SILVA, V. A., 2003, pp. 610-611)

Virgílio ainda trata da colisão entre princípios, demonstrando teorias adotadas pelo sistema brasileiro que considera antagônicas. Aponta, na colisão entre princípios, que um pode ser afastado, mas, ao contrário do que ocorre

com as regras, este não perde sua validade, e continua a pertencer ao ordenamento jurídico. Como os princípios enunciam um “dever-ser”, podem ter parcela de seu conteúdo realizável, mesmo em conflito com outro princípio, haverá uma ponderação. Isto não acontece com as regras, que devem ser aplicadas no todo. (SILVA, V. A., 2003, p. 624)

Martin Borowski afirma que os direitos fundamentais são componentes básicos de todo ordenamento jurídico, sendo a máxima hierarquia. (BOROWSKI, 2003, p. 19)

Desta forma, a adoção expressa do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundamental, no art. 1º, III, da Constituição, impõe a interpretação de toda e qualquer norma de acordo com tal princípio. É eleito pela Constituição brasileira como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Segundo José Afonso da Silva,

A dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. (SILVA, J. A. da, 2006, p. 146)

Ingo Sarlet, (2002, p. 38-39) com razão, aponta a dificuldade em definir o conceito de dignidade da pessoa humana. Mas aponta que não há dúvidas de que seja algo real, vez que pode ser apontada claramente em diversas situações, principalmente nos casos em que é ferida.

De todo modo, Wolfgang (2002, p.62) afirma que se deve entender

por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Luís Roberto Barroso assevera que

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 condições materiais de subsistência. (BARROSO, 2005, p. 103)

Quanto ao Direito à Vida, também sagrado pela Constituição, não deve haver colisão. Segundo Rizzatto Nunes (2002, p. 52), o que se busca garantir é o direito a uma vida digna.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida são interligados, vez que é necessário ter vida para ter dignidade humana, e ainda não há proteção efetiva da vida se não lhe é garantida a dignidade.

É o que consigna Cármen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 11):

Percebe-se que não basta o viver-existir. Há que se assegurar que a vida seja experimentada em sua dimensão digna, entendida como a qualidade inerente à condição do homem em sua aventura universal.

A autora ainda aponta que “O direito à vida não tem conteúdo fechado em sua estrutura sistêmica, como a vida não o tem em sua dinâmica.” (2004, p. 14)

Cármen Lúcia (2004), ao falar do início da vida, preocupa-se com a vida digna do pai e da mãe daquele ser em desenvolvimento. Isto porque, embora seja humanidade em potencial, ainda não é peso. (2004, p. 17). Conduz ao questionamento do que seria protegido pelo direito à vida digna: a vida ou o viver?

A questão remete-se ao ponto de saber se há vida antes da possibilidade de cada um viver (o que supõe autonomia e condições de levar por si a aventura humana), se o viver digno é que é compreendido pelos direitos humanos, tal como hoje se entende e se assegura que, em qualquer caso, o viver tem de ser preservado, ainda quando as condições de saúde não possibilitem um viver com dignidade (2004, p. 25)

A jurista, frente à dificuldade em uma definição, afirma que o direito à vida, presente nas Constituições, é mais restrito que a vida digna. Este ainda seria mais restrito que o direito à existência digna, adotado por muitos países.

Este último permitiria a concepção do direito à morte quando a existência já não mais demonstrasse condições de dignidade da pessoa.

Segundo Cármen Lúcia (2004, p. 26), este direito à existência digna é que estaria expresso em nossa Constituição vigente, tratado como direito fundamental, remetendo-se aos arts. 5º, *caput*, e 170, *caput*.

A primeira extensão do direito à vida enquanto existência digna teria sido na Carta de 1937, que primava pelo desenvolvimento físico, intelectual e moral do jovem e da criança, de forma contemporânea à elaboração e posterior vigência de nosso Código Penal.

Ainda mais clara foi a Constituição brasileira de 1946, que em seu art. 145, parágrafo único, tratou expressamente da *existência digna*. No entanto, o direito à vida em si esteve presente desde nossa primeira Constituição, de 1824.

5.4.1. A Perspectiva da Gestante

Cármen Lúcia trata da situação da mulher de forma metafórica, sendo que, aos que não permitem sua liberdade de decidir pela interrupção da gestação, a gestante seria como um armário, que uma vez que é depositado esperma nela e fecundando seu óvulo, não haveria a possibilidade de rejeitá-lo.

No entanto, deve-se atentar à dignidade da mulher, que, muito diverso de um armário, tem sonhos, desejos, sentimentos e (geralmente) amor ao que se desenvolve em seu ventre.

Desta forma, ao receber o diagnóstico da anencefalia de seu bebê, tem suas expectativas e sonhos destruídos, tal como já tratado no item 5.3 supra.

As pessoas recebem tal notícia de formas diferentes. Algumas aceitam, por mais difícil que seja, e desejam levar a gestação até quando for possível. Estas têm proteção legal para manter sua decisão, pois ninguém pode obrigá-la do contrário.

Outras sofrem tão profundamente, que entendem não ser saudável levar a gestação até seu termo, e ainda suportar a inevitável “morte” precoce de seu bebê. Estas, que estão firmes em sua decisão de interromper a gestação, não têm proteção legal efetiva.

Apesar de a Constituição Federal assegurar a igualdade entre as pessoas, a inviolabilidade física, psicológica da pessoa e de sua intimidade, e

garantir a dignidade humana a todos, a necessidade de requerer autorização judicial para a interrupção da gestação parece acenar que esta mulher não tem a mesma proteção legal. Tal é reforçado quando as decisões judiciais são contrárias a seu interesse, de resguardar sua integridade física e principalmente psicológica, sentindo-se ferida em sua dignidade humana.

A mulher decidida a minimizar seu sofrimento é obrigada a levar a gestação até que a natureza faça seu trabalho. É obrigada pelo aparato judicial, que deveria protegê-la nesta lamentável e triste situação.

Conforme Cármen Lúcia (2004, pp. 151-152),

A indignação a que possa chegar a mulher assim compelida a gerar por circunstâncias de fato que lhe são insuperáveis, sequer questionáveis por atos próprios, o distanciamento de sua vida, com a liberdade que lhe seria inerente pela condição humana, a distância entre ela e a autonomia que lhe seria própria pela essência de ser dado à liberdade, tudo isso seria de menor grau e importância em relação ao direito do embrião de vir a viver, a despeito de quem lhe tenha sido necessário para o atingimento de sua formação.

[...] Seria condenar a liberdade da mulher a um único momento ou determinar que o aborto indignaria em sua humanidade o feto, mas a imposição da maternidade não indignaria também a mulher.

Tratar-se-ia de proteger apenas um dos seres da relação, e privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, nem sequer tem expectativa de vida digna a ser protegida.

A Ilma. Ministra citada, apesar de entender que mesmo no caso do feto anencefálico se teria **aborto eugênico**, afirma que o cerne da questão é o princípio da dignidade humana. Assevera que

Há que se considerar, então, o feto (sem condições médicas comprovadas de nascer com vida ou de sobreviver) e a mãe, atingida em sua condição humana de continuar a portar um feto sem vida ou sem condições mínimas de sobreviver. (2004, p.156)

Luís Roberto Barroso (2005, p. 104) ainda divide os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grandes grupos, em que um engloba os direitos à integridade física, dentre eles o direito à vida, e outro grupo engloba os direitos à integridade moral.

Desta forma, assevera que

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 frustrações, importa em 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 comparados à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5, III) e a legislação infra-constitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental. (BARROSO, 2005, p. 104)

Muitas mulheres nesta situação registram a sensação de serem “caixões ambulantes”, apontando a obrigação de carregarem o bebê anencéfalo em seu ventre como tortura.

Cezar Roberto Bitencourt (2007, p.140) se refere a tal imposição como “condenação” a esperar a perda irreparável de seu bebê, que ao invés de se preparar para a chegada de uma nova vida, se prepara para enterrar seu filho.

No mesmo sentido, Diaulas Costa Ribeiro (2004, p. 122) afirma que a legislação impor à mulher que prossiga uma gestação indesejável já seria uma agressão, mas pior é a situação da mulher obrigada a manter um “*neomorto*” seria tortura.

Ainda, o professor René Ariel Dotti, em artigo publicado no jornal Gazeta do Povo, assevera que

Não pode haver preceito legal, princípio ético ou mandamento religioso que obrigue uma desditosa mulher a acalantar no ventre e na alma o fruto de uma dolorosa concepção definida pelo dicionário como ‘monstruosidade em que não há abóbada craniana e os hemisférios cerebrais não existem, ou se apresentam como pequenas formações aderidas à base do crânio.’ Afinal, do parto deve surgir a vida, e não a morte.³⁴

Assim, no caso de gestação de feto anencefálico, sentindo-se ofendida em sua dignidade, a gestante que opte pela interrupção da gestação deve ser protegida e ter seu direito garantido pelo Estado. Isto porque diante de um aparente conflito de direitos fundamentais, o direito à vida digna da gestante deve prevalecer, frente ao duvidoso e efêmero direito à vida do feto anencéfalo.

³⁴ DOTTI, René Ariel. *Aborto de uma tragédia*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5452>>. Acesso em: 15.09.2007.

Somente com a efetiva proteção da vida digna é que se pode dar efetividade aos princípios constitucionais, sob a luz os quais devem ser interpretadas todas as disposições do sistema jurídico, posto que não mais se questiona sua imperatividade.

5.4.2. A Perspectiva do Feto/Bebê

Conforme demonstrado no item 4.3, em termos científicos, no caso do feto anencefálico não há vida a ser protegida. Conseqüentemente, não há que se levantar a bandeira da proteção constitucional da vida, o direito à vida.

Segundo a Ministra do STF, Cármen Lúcia (2004, p. 144),

A sacralidade, a intangibilidade e a inviolabilidade da vida juridicamente assegurada em seu exercício, tutelada e protegida em todas as suas dimensões é aquela que se considere digna, e não qualquer existência ou sobrevivência.

É o caso do feto anencefálico. Tal como demonstrado, neste caso há mera sobrevivência, muitas vezes estendida por meios artificiais, tendo o bebê pouquíssimo tempo de sobrevivência, quando não perece ainda no ventre da mãe.

Demonstrou-se a dificuldade em definir o direito à vida, no entanto, é instintivo que não se trata de qualquer vida, mas da vida digna, como já enunciado.

A referida Ministra ainda prossegue, asseverando que

As pessoas que são contra o aborto dizem que há um direito à vida, e não um direito sobre a vida. Embrião e feto constituem, inegavelmente, vida humana, um ser dado a viver. Mas a dignidade da vida humana somente pode ser pensada a partir do espaço de liberdade e de autonomia que um ser pode experimentar.

[...]A vida digna sobre a qual repousa a construção jurídica é aquela do ser que guarda identidade e possibilidade verdadeira de titularizar os direitos, máxime os fundamentais como a liberdade do embrião, pela sua só natureza e condição humana. Nem se há cogitar de liberdade do embrião ou de direito fundamental a viver, de que ele fosse titular desde a concepção, porque não se encontraria, nem mesmo cientificamente, razões a demonstrar a condição necessária para possibilitar seu exercício. (ROCHA, 2004, pp. 148-149)

Por óbvio, por falta do córtex cerebral, o feto anencefálico não tem consciência sequer da própria existência. Assim, jamais terá liberdade e

autonomia para experimentar a vida, não podendo desfrutar da dignidade assegurada constitucionalmente.

No mesmo sentido, Ronald Dworkin (2003, pp. 19-20) assevera que

é muito difícil conferir qualquer sentido à idéia de que um feto tem interesses próprios, sobretudo um interesse de não ser destruído, já a partir do momento de sua concepção. [...] Também não é suficiente, para que alguma coisa tenha interesses, que esteja viva e em processo de transformar-se em algo mais madura [...].

Dworkin ainda esclarece que não se pode considerar que o feto tenha interesse a ser protegido, pois seu desenvolvimento depende da vida da gestante (2003, p.20). É o que Cármen Lúcia (2004, p. 148) trata como falta de autonomia.

Afirma ainda que um ser teria interesse em não sentir dor, e causar dor ao feto seria sim ferir frontalmente seus interesses. No entanto, demonstra que o feto só passa a sentir dor a partir da trigésima semana (aproximadamente), quando tem a maturação cortical, o aperfeiçoamento de seu sistema nervoso (DWORKIN, 2003, pp. 22-23).

No entanto, tal como se demonstrou, não há desenvolvimento do sistema nervoso do feto anencefálico. Não há encéfalo nem córtex cerebral. Portanto neste caso é ainda mais claro que seu pretense interesse, seu “direito à vida”, não deve sobrepujar ao direito fundamental da dignidade da gestante, se esta sentir-se ofendida.

Para Dworkin (2003, p. 26), se não há uma vida mental, não se pode ter interesses a serem protegidos.

Assim, tanto Cármen Lúcia quanto Dworkin concordam que o cerne da discussão não deve ser a qualidade de pessoa do feto, de forma a tornar legítima a tutela de seus interesses (vez que é inegável que tem qualidades de ser humano), mas a dignidade da sua vida, se deve ou não sobrepujar o direito à vida digna da gestante.

Também concordam que a sacralidade da vida do embrião não passa de uma opinião, convicção interna com raízes morais e religiosas, um conceito demasiadamente vago para ser argumento apto a ferir (de forma irreversível) o direito à dignidade, e até a liberdade, da gestante.

Além disso, já se demonstrou no presente trabalho que inclusive a legislação penal brasileira concede maior proteção à vida daquele já nascido que ao nascituro. É o que se verifica nos arts. 121, 123 e 124 do Código Penal, em que se tem penas maiores no homicídio que no aborto. Ainda mais específico é a autorização legal ao aborto sentimental (art. 128, II, do CP), em que a legislação privilegia a vida da mulher em detrimento da vida do feto, concebido com violência.

Cármem Lúcia ainda rebate os argumentos contra a interrupção da gestação³⁵ baseados na legislação civil, em que se teria a proteção dos direitos do nascituro. Isto porque o nascituro não é titular de direitos, e o Código Civil visa reger apenas atos e fatos ocorridos durante a gestação, retrotraindo seus efeitos. Trata-se de proteção simplesmente patrimonial (ROCHA, 2004, p. 158).

Portanto, conclui-se que o direito à vida deve necessariamente ser complementado pelo princípio da dignidade humana, de forma que só se terá efetiva proteção constitucional quando for possível proteger ambos. Não tendo possibilidade de vida digna, o direito do feto anencefálico não pode prevalecer sobre a dignidade da vida da gestante. Isto sempre ressalvado ao caso da gestante sentir-se ofendida em sua dignidade, resguardando-se sua opção em manter ou interromper a gestação.

³⁵ Cármem Lúcia Rocha trata de aborto, não diferenciando da interrupção da gestação.

CAPÍTULO VI – O PLEITO PARA A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO DOS ESTADOS E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, cumpre ressaltar a abrangência da pesquisa jurisprudencial que apresentamos no presente trabalho. Utilizamos as Unidades Federadas cuja produção jurisprudencial é mais relevante ao presente trabalho, com maior repercussão na questão da interrupção seletiva da anencefalia. Assim, temos o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, do Paraná, de São Paulo e Minas Gerais, além do Superior Tribunal de Justiça.³⁶

Segundo Débora Diniz (2004, p. 117),

Até onde se tem notícia, o primeiro alvará autorizando que uma mulher antecipasse o parto em caso de anencefalia data de 1989. Outros registros sugerem que um alvará de 1991 emitido pela Comarca de Rio Verde tenha sido, de fato, o primeiro. Ou seja, podemos falar em uma jurisprudência em torno de 15 anos no Brasil e que, segundo dados do médico Thomaz Gollop e sua equipe, estima-se que 3.000 autorizações foram emitidas no país permitindo que mulheres antecipassem o parto. Esse dado, no entanto, não significa o total de mulheres que buscaram socorro da Medicina para antecipar um parto após diagnóstico de anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina. Esse dado representa apenas as mulheres que buscaram o apoio da Justiça antes de antecipar o parto.

Desta forma, faremos uma breve análise de jurisprudência dos Tribunais dos Estados acima apontados, além do Superior Tribunal de Justiça.

6.1. Linhas Principais para Negar o Pedido de Interrupção da Gestaçã

Três são as principais razões invocadas para negar o pedido de interrupção da gestaçã de feto anencefálico: inadequaçã da via processual, omissã da legislaçã penal e convicçã religiosa pessoal.

Quanto à inadequaçã da via eleita, tem-se como exemplo o precedente a seguir ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. ABORTO TERAPÊUTICO. PARA A CONCESSÃO DO PEDIDO É PRECISO A

³⁶ Apesar da específica relevância ao trabalho da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, não há disponibilidade de precedentes úteis. Foram encontrados apenas dois acórdãos (10673 e 1264).

CONFIRMAÇÃO DA ANOMALIA FETAL, A VERIFICAÇÃO DA SAÚDE DA GESTANTE, A EVOLUÇÃO DA GRAVIDEZ E, EM CASO DA PRESENÇA DE ANENCÉFALIA, UMA ANÁLISE DA VIABILIDADE OU NÃO DO FETO. TODOS ESSES TÓPICOS SOMENTE PODEM SER ESCLARECIDOS MEDIANTE PERÍCIA E LAUDO MÉDICO, DEVIDAMENTE FUNDAMENTOS. HÁ AUSÊNCIA DE TAIS ELEMENTOS NO BOJO DA IMPETRAÇÃO, O QUE INVIABILIZA A CONCESSÃO DA SEGURANÇA. SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME. (Mandado de Segurança nº 70006994644. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS. Rel. Des. José Antônio Hirt Preiss. Julgado em 25.09.2003)

No entanto, diverso do que entendeu o Exmo. Desembargador, é aceita a via do mandado de segurança e habeas corpus para se buscar, em Tribunal Estadual, a autorização da interrupção seletiva da gestação de feto anencefálico.

Para tanto, tem-se admitido, para comprovar o direito líquido e certo, laudos médicos da situação do feto e da gestante, além do ato coator que indefira o pleito em primeira instância. Assim, restam preenchidos os requisitos do mandado de segurança.

É o que se verifica do seguinte julgado:

Consigne, de início, que mandado de segurança é o meio constitucional previsto para garantir efetivo cumprimento e o respeito a direito líquido e certo que, no presente caso se apresenta como a necessidade de autorizar o aborto pleiteado, embora não expressamente prevista tal autorização na lei vigente. (MS nº 458.690-3/4-00. TJSP, 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. Salles Abreu. Julgado em 05.05.2004)

No caso de habeas corpus, é entendimento pacificado pelo E. STJ o cabimento da via no caso presente. É o que se verifica no seguinte julgado:

A via do habeas corpus é adequada para pleitear a interrupção de gravidez fora das hipóteses previstas no Código Penal (art. 128, incs. I e II), tendo em vista a real ameaça de constrição à liberdade ambulatorial, caso a gestante venha a interromper a gravidez sem autorização judicial. (HC nº 56572. 5ª T. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 25.04.2006)

Desta forma, tem-se que abster-se de julgar casos extremos como a hipótese por impropriedade da via eleita (quando o erro não é grosseiro, tal como o caso demonstrado) fere diretamente a Constituição, tanto pelo preceito de inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF),

quanto pelo direito fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Quanto à omissão da legislação penal, temos os vv. acórdãos a seguir ementados:

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 nº 70020596730. Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS. Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel. Julgado em 25.07.2007)

HABEAS CORPUS. PENAL. 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, nesse 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.” (Habeas Corpus nº 32159. STJ, 5ª T. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 17.02.2004 - Original sem grifos)

Demonstra-se, portanto, a falta de sensibilidade para perceber a importância da atuação do julgador no caso concreto. Segue-se o molde em que o juiz era considerado apenas aplicador da lei. Adotando tal posição, o magistrado deixa de aplicar a Constituição Federal, ofendendo diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, e da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário.

No mesmo sentido: Apelação Cível nº 1.0166.05.008655-1/001. 16ª Câmara Cível, TJMG. Rel. Des. Batista de Abreu. Julgado em 14.09.2005; MS nº 905.037-3/8-00. 2ª Câmara Criminal, TJSP. Rel. Des. Roberto Martins de Souza (vencido). Julgado em 30.01.2006.

Finalmente, verifica-se o indeferimento do pedido fundado essencialmente em convicção religiosa pessoal do julgador.

Verifique-se o excerto de v. acórdão a seguir transcrito:

Inviável a concessão de segurança.

*Segundo a dogmática cristã, o feto adquire o estado de pessoa desde a concepção, ou seja, [...] há **vida** a partir desse momento.*

Essa crença prevalece desde os primórdios do Cristianismo e restou preservada no correr dos séculos. (MS nº 376.036.3/3-00. TJSP, 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. Egydio de Carvalho. Julgado em 22.04.2002)

Assim tem-se que, apesar de suscitar ao longo de seu voto dispositivos legais (Estatuto da Criança e Adolescente, Constituição Federal e Código Penal), a razão basilar para o indeferimento é de cunho religioso.

No mesmo sentido, temos os seguintes excertos de vv. acórdãos proferidos pelo TJMG:

O tema, repito, é extremamente aflitivo e angustiante, muito embora não de tanta monta quanto o trauma e o sofrimento por que, com toda a certeza, passaram e passam os requerentes, especialmente a gestante.

De qualquer modo, é imperativo lembrar que, estando nós diante de um pleito judicial, a decisão, embora voltada para interesses ligados diretamente à mais pura essência do ser humano, não pode se divorciar dos Princípios de Direito vigente, sob pena de, aí sim, invadirmos seara eminentemente

Divina. O sentimentalismo deve ser deixado, neste momento, para os leigos - muito embora reconheçamos ser difícil a separação do sentimento que nos invadiu desde o primeiro momento em que vimos este processo, na manhã da última sexta-feira. Entretanto, deve prevalecer o reconhecimento de que a disposição sobre quem pode viver e quem pode morrer somente a Deus cabe. (Apelação Cível nº 302.437-1, 1ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada. Rel. Des. Alvim Soares (vencido). Julgado em 08.02.2000)

Além de todo o aspecto legal supra abordado, autorizar a interrupção de uma gravidez, atormentaria a minha convicção Cristã de que a vida vem de Deus e somente Ele tem o poder de dela dispor. (APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.06.199818-3/001. 12ª Câmara Cível. Rel. Des. Nilo Lacerda. Julgado em 08.11.2006)

Tal posição é extremamente perniciosa, pois demonstra que o julgador mantém-se parcial, além de impor à sociedade (representada pelos demandantes) sua convicção religiosa pessoal, contrariando a Constituição Federal, que garante a liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF), tendo em vista o Brasil ser um Estado laico, por excelência.

Desta forma, resta demonstrado o vazio argumentativo das decisões denegatórias, ou ao menos baseada em fundamentos extremamente frágeis, que não atendem ao Estado Democrático de Direito, ao sentido de Justiça, não concretizando, portanto, os ideais da Constituição vigente.

6.2. Linhas Principais para Autorizar o Pedido de Interrupção da Gestação

Apesar de nosso entendimento de conduta atípica no caso de interrupção seletiva da gestação, a maioria dos precedentes invoca a analogia ao art. 128, I, do Código Penal, em que se tem o aborto terapêutico, permitido. Levam em conta o sofrimento físico e psicológico da gestante, pretendendo evitar o prolongamento da gestação de risco aumentado (conforme já apontado anteriormente).

É o caso do julgado do Rio Grande do Sul, a seguir ementado:

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.” (Apelação Crime nº 70016858235. 3ª Câmara Criminal. Rel. Des. Newton Brasil de Leão. Julgado em 28.12.2006)

No mesmo sentido, os seguintes julgados: Apelação nº 70006088090. TJRS, 1ª Câmara Criminal. Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas. Julgado em 02.04.2003; Habeas Corpus nº 70010543098. TJRS, 3ª Câmara Criminal. Rel. Newton Brasil de Leão. Julgado em 17.2.2005; Apelação nº 70011918026, TJRS, 3ª Câmara Criminal. Rel. Desa. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Julgado em 09.06.2005; Apelação Crime nº 70005037072. TJRS, 3ª Câmara Criminal. Rel. Des. José Antônio Hirt Preiss. Julgado em 12.09.2002; Apelação Cível Nº 1.0191.05.007719-4/001. TJMG, 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Lucas Pereira. Julgado em 15.09.2005; MS nº 498.281-3/0-00. TJSP, 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. Pires Neto. Julgado em 08.08.2005.

Verifica-se, ainda, hipóteses em que o julgador entende tratar-se de aborto eugênico, e deferem o pleito com base na inviabilidade do feto.

É o que se apreende de excerto de v. acórdão a seguir transcrito:

A lei admite, expressamente, a realização do aborto terapêutico ou sentimental, por gravidez produto de estupro[...], mesmo quando o feto é sadio e perfeito, para preservar os sentimentos da mãe.

Estes, com muito mais razão, devem ser garantidos, porque tanto ela tem direito líquido, certo e até natural, que independe de norma jurídica positiva, no caso de aborto eugênico ou necessário, em decorrência de má-formação congênita do feto, em geral a anencefalia, evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, por cerca de quatro meses, no mínimo, à mãe que já sabe que o filho não tem qualquer possibilidade de viver, e aos demais membros da família. (MS nº 458.690-3/4-00. TJSP, 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. Salles Abreu. Julgado em 05.05.2004)

Com o mesmo entendimento, temos o seguinte julgado: MS nº 884.716-3/6-00. TJSP, 5ª Câmara Criminal. Rel. Des. Marcos Zanuzzi. Julgado em 15.12.2005.

Há jurisprudência reconhecendo a atipicidade da conduta, embora não seja o entendimento majoritário. Pedimos licença para transcrever excerto do acórdão proferido pelo E. TJRS, relatado pelo Exmo. Desembargador Marcel Esquivel Hoppe, de extrema relevância ao presente trabalho:

Ora, posta a questão científica, não existiria rigorosamente bem a ser protegido penalmente, por inexistir vida própria possível. A mulher, em casos de gravidez de

anencéfalos não carrega a vida, mas a morte, por inviabilidade do feto como pessoa.

Ante a constatação científica de que o anencéfalo é um morto cerebral não se poderia exigir outra conduta da mulher que por vontade pretender antecipar o parto submetendo-se à cirurgia terapêutica e não a um aborto dentro da conceituação penal.

A meu ver não haveria verdadeira afronta à lei penal vigente, não sendo justo considerar-se a interrupção da gravidez nestes caso como um crime que exija do Estado a movimentação do aparato judicial e a condenação da mulher e do médico a condenação dentro dos preceitos dos arts. 124 a 127 do CP. (Apelação Crime Nº 70012840971. Primeira Câmara Criminal. Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 05.10.2005)

Assim, a interrupção seletiva da gestação de feto anencefálico³⁷ seria caso de inexigibilidade de conduta diversa.

Ainda, v. acórdão exarado pelo E. TJMG, a seguir ementado:

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. GRAVIDEZ. INTERRUPÇÃO. MÁ FORMAÇÃO DO FETO. CONSTATAÇÃO TÉCNICA E MÉDICA DE VIDA INVIÁVEL. APELO DA MÃE A QUE SE DÁ PROVIMENTO. O fato da ausência de previsão autorizativa para o aborto no art. 128 do CP não impede que o Judiciário analise o caso concreto e o resolva à luz do bom senso e da dignidade humana, preocupando-se com a saúde da própria mãe. Havendo constatação médica de inviabilidade de vida pós-parto, dada a ausência de calota craniana no feto - anencefalia - o Judiciário deve autorizar a interrupção da gravidez até como medida de prevenção profilática à genetriz. (Apelação Cível nº 515.561-1. 13ª Câmara Cível. Rel. Des. Francisco Kupidlowski. Julgado em 09.08.2005)

Assim, verifica-se que estes d. julgadores reconhecem a atipicidade da conduta, informando o dever de julgar de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, não se eximem do dever de julgar, o fazendo de maneira democrática.

É o que extraímos dos seguintes excertos de v. acórdão proferido pelo E. TJMG:

Como se pode ver, cuida-se de situação angustiosa, na qual se tem matéria altamente complexa fundada, essencialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, na cláusula geral da liberdade, extraída do princípio da legalidade, e no direito à saúde.

³⁷ O referido precedente adota a expressão “antecipação do parto”, cuja ressalva já fizemos em momento anterior.

Não obstante, à luz dos princípios e normas vigentes no ordenamento jurídico, resta ao Judiciário - convém destacar - a incumbência de prestar a devida tutela jurisdicional, conferindo um desfecho ao calvário passado pela Apelante.

Malgrado inexistir legislação expressa, não significa que não possa o Judiciário, embasando-se em fundamentos jurídicos, entender pela viabilidade da antecipação de parto em casos de anencefalia cabalmente comprovada. Ainda que seja tarefa árdua, o Julgador não deve declinar de seu ofício, haja vista que a sociedade, para a qual ele se deve voltar, reclama uma solução.

Como é cediço, é indispensável que o Julgador ao examinar a causa se dissocie de suas convicções pessoais e estritamente religiosas, pois, num Estado laico, as decisões precisam estar fundamentadas em princípios do direito e não nas crenças religiosas.

[...]Para haver a mais límpida e verdadeira promoção da justiça, é de fundamental importância realizar a adaptação do ordenamento jurídico às técnicas medicinais advindas com a evolução do tempo. Vale dizer, o direito não é algo estático, inerte, mas sim uma ciência evolutiva, a qual deve se adequar à realidade.

[...]Além disso, é indubitável que impor a manutenção de uma gravidez inviável causa à mulher e à respectiva família danos irreparáveis à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos pela medicina.

Sobressai, com isso, a necessidade de se voltar os olhos e impingir efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior do ordenamento jurídico, do qual emanam todos os demais, e objetivo central da República, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal. (Apelação Cível nº 1.0079.07.343179-7/001. 13ª Câmara Cível. Rel. Des. Cláudia Maia. Julgado em 31.05.2007)

É, também, o entendimento do seguinte v. acórdão proferido pelo E. STJ em que, apesar de ter havido perda do objeto, o Ilmo. Min. Relator ousou manifestar-se quanto ao mérito da questão. Confira-se:

3. Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. (Habeas Corpus nº 56572. 5ª T. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 25.04.2006)

No mesmo sentido, temos os seguintes precedentes: Apelação Crime nº 70011918026. Terceira Câmara Criminal, TJRS. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Julgado em 09.06.2005; Apelação Crime nº 70011400355. Terceira Câmara Criminal, TJRS. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Julgado em 14.04.2005; Mandado de Segurança nº 70005577424, Segunda Câmara Criminal, TJRS. Rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez. Julgado em 20.02.2003; MS nº 329.564-3/3-00. TJSP, 1ª Câmara Criminal. Rel. Des. David Haddad. Julgado em 20.11.2000; MS nº 309.340-3/5. TJSP, 1ª Câmara Criminal. Rel. Des. David Haddad. Julgado em 22.05.2000.

6.3. A Eficiência da Resposta do Judiciário

Tratando-se de gestação humana, com duração média de 38-40 semanas, a solução do pleito para interrupção da gestação deve ter primazia. Isto porque a autorização, que diminuiria o sofrimento do(s) requerente(s), caso tarde, torna-se inócuo.

Ainda mais grave é a hipótese em tela, em que o feto anencéfalo, devido às suas anomalias incompatíveis com a vida, pode não completar o tempo normal de uma gestação, e vir a perecer no ventre da gestante.

Assim, a análise do pedido de interrupção seletiva da gestação deve ser feita o mais célere possível, em respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, de forma a diminuir (ao menos um pouco) o sofrimento principalmente da gestante.³⁸

No entanto, em grande parte dos casos, a resposta do judiciário é ineficiente, em que há no curso do processo o parto e/ou o perecimento do feto, causando a perda superveniente do objeto do processo.

É o caso do único precedente localizado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, tal como a ementa a seguir transcrita:

APELAÇÃO CRIME - Pedido para interrupção de gravidez por tratar-se de feto anencéfalo. Sentença indeferindo o requerimento - Irresignação - Apelação. Gestação levada a termo - Certidão de óbito do neonato. Pedido que se julga prejudicado, face a perda de objeto.” (Apelação crime nº

³⁸ Os registros de gestantes e familiares que pleitearam a autorização judicial para interromper a gestação são no sentido de que o próprio ajuizamento da ação e a espera (além de eventuais decisões denegatórias do pedido) potencializam o sofrimento experimentado, principalmente em virtude da exposição a julgamento alheio, assim como a insegurança do caminho a ser percorrido e da resposta final.

42277-1. Acórdão nº 10673. 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. Martins Ricci. Julgado em 04.06.1998)

É o mesmo caso do seguinte precedente do E. STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR NO WRIT ORIGINÁRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE. CABIMENTO DE HABEAS CORPUS PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ. PATOLOGIA CONSIDERADA INCOMPATÍVEL COM A VIDA EXTRA-UTERINA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. GESTAÇÃO NO TERMO FINAL PARA A REALIZAÇÃO DO PARTO. ORDEM PREJUDICADA.
[...]

5. Contudo, considerando que a gestação da paciente se encontra em estágio avançado, tendo atingido o termo final para a realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração.

6. Ordem prejudicada.” (Habeas Corpus nº 56572. 5ª T. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 25.04.2006)

No mesmo sentido: Habeas Corpus nº 54317. STJ, 5ª T. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 09.05.2006; Apelação Criminal nº 237.941 – 3/9-00 – Acórdão nº 226.314. TJSP, 2ª Câmara Criminal Extraordinária. Rel. Des. Prado de Toledo. Julgado em 09.02.2000; MS nº 311.212- 3/1-00. TJSP, 6ª Câmara Criminal. Rel. Des. Lustosa Goulart. Julgado em 18.05.2000; AI nº 189.558-4/0. TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Alfredo Migliore. Julgado em 24.04.2001; HC nº 909.309-3/9. TJSP, 1ª Câmara Criminal. Rel. Des. Mário Devienne Ferraz. Julgado em 03.10.2006; MS nº 274.732-3/6. TJSP, 5ª Câmara Criminal. Rel. Des. Passos de Freitas. Julgado em 06.04.1999; Apelação Cível nº 1.0166.05.008655-1/001. TJMG, 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Francisco Lopes de Albuquerque. Julgado em 09.04.2002.

Assim, tem-se que a demora do judiciário em julgar as referidas ações acabam por significar um indeferimento do pleito, e torna inócuo o esforço despendido e todo o desgaste para evitar o prolongamento do sofrimento.

CAPÍTULO VII – A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO

Poucos processos requerendo a interrupção da gestação de feto anencefálico chegaram ao Supremo Tribunal Federal. Bastou um para sensibilizar a população mais atenta. Trata-se da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54/2004, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

O processo causou fervor na sociedade, pelos mais diversos motivos. Assim, acendeu a discussão acerca da interrupção da gestação no caso de fetos anencefálicos, dando a devida importância à questão que até então somente era alvo de matérias jornalísticas sensacionalistas. Ainda que insuficiente, houve importante análise da situação pela comunidade científica, mas que infelizmente rendeu-se aos clamores da ideologia de setores mais poderosos da sociedade.

7.1. A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é instrumento previsto constitucionalmente, no art. 102, §1º, regulamentada pela lei nº 9.882/99.

A referida lei dispõe que

Art. 1o A argüição 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.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

[...]

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.³⁹

³⁹ BRASIL. Lei federal nº 9.882/1999. D.O.U. de 6.12.1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm> Acesso em: 10.10.2007.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 554),

O descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º) [...] refere-se à violação de preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, enquanto a inconstitucionalidade constitui uma forma de violação de qualquer preceito ou princípio constitucional. A lei só admite o descumprimento de preceito fundamental por atos do Poder Público (art. 1º). Atos do Poder Público podem ser normativos ou simplesmente materiais.

Nelson Nery Junior (2006, pp.575-576) ainda aponta que o

Objetivo da arguição. [é] *Evitar ou reparar lesão a preceito constitucional fundamental, impedindo que o ato do Poder Público seja praticado (efeito inibitório) ou anulando e reparando o ato que já tenha sido praticado (efeito constitutivo) A decisão do STF na arguição de descumprimento de preceito fundamental possui também caráter interpretativo, funcionando de forma parecida com a que ocorria no sistema constitucional revogado (CF/69 119 II – ação direta interpretativa [...]).*

Assim, o instrumento constitucional ora tratado visa ato do Poder Público que fira preceito constitucional fundamental. A doutrina ainda alerta para a especificidade da ação, devendo ser a única forma de sanar o descumprimento pelo Poder Público. É o que José Afonso da Silva chama de “*princípio da subsidiariedade*.” (2005, p. 554)

Desta forma, a ADPF nº 54 foi ajuizada em 16 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, entidade sindical com quinze anos de existência, formada pela união de representantes de oito federações: de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Região Nordeste e Região Norte. Hoje tem cerca de 190 sindicatos filiados, e mais de um milhão de federados no Brasil.⁴⁰

Com o interesse de “*garantir o livre exercício profissional dos médicos na assistência às mulheres grávidas de fetos com anencefalia*” (2004, p. 9-10), a ação foi patrocinada pelo advogado constitucionalista Luis Roberto Barroso.

A petição inicial da referida ação indicava 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), [...]e como ato do Poder Público causador da lesão o

⁴⁰ Informação disponível em: < <http://www.cnts.org.br/historia.htm>>. Acesso em: 10.10.2007.

conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei n° 2.848, de 7.12.40).⁴¹

Apontou, ainda, que

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.⁴²

A descrever a hipótese objeto da ação, o peticionante esclarece expressamente que

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.⁴³

Conforme já apontado no item 5.1 acima, não concordamos com o termo “antecipação terapêutica do parto”, vez que só se trata de parto a partir da 22ª semana de gestação, o que é demasiadamente e desnecessariamente restritivo. Caso adotássemos tal expressão, teríamos uma nova controvérsia quanto a gestações em período inicial em que se detectasse a anencefalia do

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. *Petição Inicial de ADPF n° 54/2004*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?op=true&cod=5461>. Acesso em: 20.03.2007.

⁴² BARROSO, Luis Roberto. *Petição Inicial de ADPF n° 54/2004*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?op=true&cod=5461>. Acesso em: 20.03.2007.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. *Petição Inicial de ADPF n° 54/2004*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?op=true&cod=5461>. Acesso em: 20.03.2007.

feto, momento em que a interrupção da gestação é feita com maior segurança (devido, principalmente, ao tamanho do feto).

Apesar de tal discordância, é extremamente relevante que seja feita uma diferenciação clara e objetiva entre aborto e interrupção de gestação neste caso. Afastam-se desta forma os “pré-conceitos”, os estigmas que enveredam o tipo de aborto.

O pedido formulado na inicial consistia na declaração de que a interpretação dos arts. 126 a 128 do Código Penal se desse conforme a Constituição Federal, e que se determinasse

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 Estado⁴⁴

Em 1º de julho de 2004, o pedido de decisão liminar foi deferido pelo Min. Relator Marco Aurélio Mello, nos seguintes termos:

DECISÃO-LIMINAR ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR - ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99. LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUPTÃO - FETO ANENCEFÁLICO.

[...]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, entrementes, reserva surpresas, às vezes

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Petição Inicial de ADPF nº 54/2004*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?op=true&cod=5461>. Acesso em: 20.03.2007

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 (SIC) em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desconfortos em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do 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. É como decido na espécie. 3. Ao Plenário para o crivo pertinente. 4. Publique-se. (ADPF nº 54 MC/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 01.07.2004)

Durante o processamento do feito, diversas entidades religiosas solicitaram sua participação no processo como *amicus curiae*, tais como: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Pró-Vida - Pró-Família e Associação Univida, Associação de Desenvolvimento da Família (ADEF) e Conectas Direitos Humanos (CDH). Todos os pleitos foram indeferidos.

Em 28.09.2004, o Min. Relator convocou audiência para oitiva de todas as entidades supracitadas, conforme se depreende do excerto a seguir:

A matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9882, de 3/12/99[...] Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como 'amicus curiae', [...] como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente,

*Igreja Universal, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero [...] Deputado Federal José Aristodemo Pinotti, [...].*⁴⁵

Em respeito ao rito previsto na lei nº9.882/1999, a r. decisão liminar (decidida monocraticamente em vista da urgência do pedido) deveria ser referendada pelos demais Ministros.

Foi o que ocorreu em 20.10.2004, em que a r. decisão liminar foi revogada, por maioria de votos, restando vencidos o Min. Marco Aurélio, Min. Carlos Britto, Min. Celso de Mello e Min. Sepúlveda Pertence.⁴⁶

Note-se que o chamamento para oitiva das entidades supra citadas demonstra um universo restrito para servir de base a qualquer decisão legítima e democrática. Restringiu-se a representantes de poucas religiões, além de algumas entidades científicas. Note-se que, apesar de ser considerado o maior país católico do mundo, o Brasil é juridicamente um Estado laico por excelência (arts. 5º, VI e 19, I, da Constituição vigente).

Além disso, a diversidade religiosa tem aumentado tão rapidamente que em estudo feito pela FGV, baseado no Censo de 2000, aponta-se cerca de 140 correntes religiosas (sendo muitas derivações) no Brasil.⁴⁷

Desta forma, não há democracia ao decidir com a oitiva de alguns poucos setores da sociedade, como apontado. Assim, ou tem-se a oitiva da maioria absoluta dos setores representativos da comunidade religiosa (o que, por óbvio, é impossível), ou não se pode fundamentar a decisão em qualquer posição religiosa ou crença, pelo que protestamos.

Cada mulher, convicta de suas próprias crenças, deve ter liberdade para optar em levar a gestação de feto anencéfalo adiante ou interrompê-la. Não pode o Estado, representado pelo julgador, impor qualquer crença, sequer a de determinado segmento da sociedade (em geral, dominante e opressor). Trata-se de, no mínimo, mera aplicação da Constituição (liberdade de crença).

A última decisão proferida nos autos de ADPF nº 54 foi a seguinte:

⁴⁵ ADPF nº 54/2004. Rel. Min. Marco Aurélio. Despacho publicado em 05.10.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10.10.2007.

⁴⁶ Decisão tomada, portanto, por sete votos a quatro.

⁴⁷ Informação disponível em: <http://www.fgv.br/cps/religioes/Apresenta%E7%E3o/Localiza%E7%E3o_NOVA_lista_opcoes.htm>. Acesso em 10.10.2007.

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.⁴⁸

O processo continua em andamento, estando concluso desde 13.09.2007.

Demonstra-se que a decisão que revogou a r. liminar incorreu nos equívocos demonstrados no item 6.1 acima.

Isto porque, primeiramente, considerou a interrupção de gestação de feto anencéfalo caso de aborto, o que restou afastado no item 5.1 supra.

Depois, entendeu ser taxativa a legislação penal, partindo-se da idéia já equivocada de aborto. Assim, prende-se à redação do Código Penal, ressalte-se, de 1940.

Por último, ao considerar a manifestação de entidades religiosas, demonstra pretender fundar-se também em posição religiosa, que deveria ser restrito à convicção íntima de cada um.

Assim, infelizmente, as gestantes nesta situação que desejam a interrupção da gestação têm de permanecer em sofrimento por tempo indeterminado. Estas já têm sua convicção formada, mas necessitam da

⁴⁸ ADPF nº 54/2004. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 31.08.07.

proteção e autorização do Estado para realizar algo que a legislação penal não proíbe.

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, **guardião da Constituição**, não aplica seus preceitos mais fundamentais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de crença.

É exatamente o que denota a expressão de Agostinho Ramalho Marques Neto: “Quem nos salva da bondade dos bons?”.

7.2. O Caso Maria Vida

O primeiro caso envolvendo o pedido de interrupção seletiva da gestação que chegou ao STF foi o *Habeas Corpus* nº 84025 / RJ, em que era paciente Gabriela Oliveira Cordeiro. Uma jovem de 19 anos que recebeu aos quatro meses de gestação o diagnóstico de que seu bebê tinha anencefalia.

Gabriela e seu marido resolveram buscar apoio jurídico para realizar a antecipação do parto e amenizar o sofrimento de uma gravidez que, para ambos, já não fazia sentido.

[...] O casal procurou a Defensoria Pública de Teresópolis. Lá, foram maltratados e deixados no corredor, à espera de um promotor ou promotora que ouvisse seu caso. Bateram em quase todas as portas, e as pessoas nos corredores lhes apontavam dedos e lhe acusavam de assassinos. (DINIZ, 2004, p. 11)

Após convencer a promotora Soraya Taveira Gaya, ajuizaram (em 6.11.2003) o pedido para interromper a gestação, mas lhes foi negado, sob o argumento de que o Código Penal não previra tal hipótese de “aborto”.

Gabriela recorreu da decisão, e em 19.11.2003, o pedido foi deferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A esta altura, Gabriela estava no quinto mês de gestação.

Mas antes mesmo de ser intimada da r. decisão, em 21.11.2003, a autorização foi cassada por meio de recurso impetrado por advogados católicos que souberam do caso pela mídia. (DINIZ, 2004, p. 12)

Na mesma data, “o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente do movimento Pró-Vida da Igreja Católica, [...] do interior de Goiás” (DINIZ, 2004, p. 12) ajuizou habeas corpus em defesa do feto no STJ.

Em entrevista, Gabriela desabafou:

Eu sofri muito. Um dia a promotora ligou avisando que havia conseguido a autorização. Eu estava de malas prontas, quando a Dra. Soraya telefonou informando que haviam cassado a autorização.[...] Quatro oficiais de justiça vieram na minha casa. Entrei em pânico. [...]Aquilo tudo estava me fazendo sofrer tanto, até mais que a gravidez. (DINIZ, 2004, p. 18)

Por fim, conclui: “*Se pudesse ter tirado antes, teria sido mais fácil.*” (DINIZ, 2004, p. 18)

Note-se que nenhuma destas pessoas (advogados e o padre) conheciam Gabriela. Simplesmente queriam evitar a interrupção da gestação.

A defensora pública conseguiu derrubar a liminar do recurso dos advogados, mas a Min. Laurita Vaz, Relatora no Habeas Corpus impetrado pelo padre Lodi, cassou no mesmo dia a autorização, determinando que se aguardasse o julgamento de mérito.

Neste momento, Gabriela já estava no sexto mês de gestação de um feto com anencefalia e a Justiça entrou no recesso de fim de ano. Em 26 de fevereiro de 2004, as organizações não-governamentais Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero entraram com um pedido de hábeas corpus em favor de Gabriela no Supremo Tribunal Federal. O pedido [...] se fundamentou no direito à saúde, à liberdade e à dignidade [...]. (DINIZ, 2004, p. 18)

Apesar da rapidez do Supremo Tribunal Federal, o esforço não foi suficiente. O parto de Gabriela foi em 28.02.2004, e sua filha viveu por sete minutos. Gabriela decidiu chamá-la de Maria Vida.

Assim, o único habeas corpus neste sentido que chegou ao STF perdeu objeto.

Gabriela, assim como muitas outras gestantes de feto anencefálico, sofreram o diagnóstico da anomalia que acometia seu bebê, fizeram sua opção e foram impedidas de poupar (ao menos um pouco) seu sofrimento. Ao contrário, foram expostas e sofreram ainda mais. Com elas, sofre todo o núcleo social que a rodeia, dentre familiares e amigos.

No entanto, tal como demonstrado, caso se fizesse uma análise hermenêutica do Direito, seria reconhecido o direito destas gestantes em optar livremente pela interrupção ou não da gestação com o apoio do Estado. Não seria necessário o suplício de ter de ajuizar ação com pedido de autorização

para interromper a gestação inócua, além de muitas vezes ter de se prevenir contra eventual prisão pela conduta interruptiva da gestação.

CAPÍTULO VIII – A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

João Baptista Herkenhoff (1997, pp. 7-8) indica que muitas vezes se utiliza a expressão *hermenêutica jurídica* como sinônimo de *interpretação da lei*, outras como algo mais amplo, abrangendo também a aplicação da lei.

Segundo o autor,

Interpretar é apreender ou compreender os sentidos implícitos nas normas jurídicas, e a hermenêutica é sempre uma compreensão de sentido: buscar o ser que me fala e o mundo a partir do qual ele me fala; descobrir atrás da linguagem o sentido radical, ou seja, o discurso. (HERKENHOFF, 1997, pp. 6-9).

Entendemos, assim, que a interpretação se dá já na simples leitura da letra da lei, ao compreender os sentidos da norma. Já a hermenêutica seria um passo à frente, em que se analisa não só a letra da lei, mas seu contexto no ordenamento jurídico e na sociedade em que se aplica, para só então adequá-la ao caso concreto.

Desta forma, Herkenhoff (1997, p. 10) assevera que

Na pesquisa da relação entre o caso concreto e o texto abstrato, entre a norma e o fato social, a tarefa do aplicador, sobretudo a do juiz, não se resume, contudo, a um mero silogismo no qual fosse a lei a premissa maior, o caso, a premissa menor, e a sentença judicial, a conclusão.

O autor demonstra que a evolução da hermenêutica jurídica se deu de forma que o aplicador não mais se preocupe com a vontade soberana do legislador, mas com a “*pesquisa da própria lei, como produto social, fruto da consciência jurídica do povo [...]*.” (HERKENHOFF, 1997, p. 10)

Conclui, portanto, que:

O novo salto que penso deva ser dado, corajosamente, pelo aplicador do Direito, sobretudo pelo juiz, impõe que este não se enclausure na sua ciência, causadora da rigidez perceptiva, mas que se abra às outras ciências, à Economia, à Política, à Sociologia, à Psicologia, e que se deixe tocar pela influência das correntes fenomenológica e existencialista, bem como das escolas sociológicas.

Desta forma, o Direito pode ser instrumento a serviço do homem e de sua libertação, e não de sua opressão (HERKENHOFF, 1997, p. 126).

Conforme Herkenhoff,

A perspectiva fenomenológica também contribuirá para a humanização da lei: é descendo ao homem julgado, à sua pauta de valores, é reconhecendo a desigualdade econômica e cultural vigente em nossa sociedade, é tentando compreender a individualidade de cada ser, seu mundo, suas percepções seus condicionamentos, é penetrando no campo fenomenal – que o juiz vencerá a frieza da norma jurídica, para lhe transmitir o sopro da vida (HERKENHOFF, 1996, p. 126).

Alessandro Baratta (2002), ao tratar da nova sociologia criminal frente às teorias criminológicas tradicionais, aponta que a criminalidade ou o criminoso, enquanto objeto de estudo, deve ser visto como uma realidade social, que é construída na experiência. Assim, não pode ser vista como uma realidade pré-constituída ou entidade natural (BARATTA, 2002, p.86).

Assim, por conseqüência, também deve ser vista a regra criminalizadora. Isto porque não é uma realidade dada, mas regra de conduta criada pelo legislador, inserido num contexto sócio-cultural próprio.

O jurista ainda ensina que se deve ter uma conduta como desviante quando assim for considerado pelo senso comum, não bastando que simplesmente contrarie norma objetiva (BARATTA, 2002, pp. 95-96). Nem todo comportamento considerado desviante pela norma seria socialmente negativo (.BARATTA, 2002, p. 98).

Assim é, portanto, a situação da gestante de feto anencefálico. Apesar da ampla discussão, é notória a aceitação social da interrupção da gestação nesta situação.

Ainda Baratta (2002, p. 119), ao tratar das teorias conflituais da criminalidade, demonstra que as normas penais sedimentam interesse de grupos que detém poder para influir na criminalização, tendo sempre natureza política. Assim, deve ser vista sempre de forma crítica.

Além da reprovação religiosa (diga-se católica), não há subsídio legal nem social para a proibição da interrupção seletiva da gestação no caso de anencefalia do feto. Tal como se demonstrou, trata-se de conduta atípica e, se não proibida, é permitida ao particular. É o que prenuncia o art. 5º, II, da Constituição Federal vigente.

Assim, não se exige autorização judicial para a realização desta interrupção seletiva.

No entanto, infelizmente, ainda não é esta a posição jurisprudencial, tal como apontado nos capítulos VI e VII supra.

Desta forma, aos pleitos neste sentido que forem submetidos ao judiciário, deve ser dada especial atenção, numa análise hermenêutica.

Ao tratar das técnicas de interpretação, tendo em vista as opções político-criminais evidenciadas pelas normas, Baratta (2002, p.156) consigna que

A indicação do momento técnico-jurídico e da sua dependência da ciência social, [...] quer suscitar a consciência de uma nova dignidade científica do jurista, indicando claramente a sede em que esta dignidade deve poder se realizar. Ele será cientista, e não mero técnico, na medida em que, finalmente, se tornará um cientista social e sustentará com a ciência a sua obra de técnico.

Desta forma, demonstra o papel do juiz, que ao apreciar um caso concreto, não deve simplesmente ater-se à norma, mas analisar a sociedade em que se insere, e os interesses que realmente devem ser protegidos, a depender também da época. A norma engessa valores, e o sistema jurídico, disciplinado regras da vida, então uma realidade dinâmica, não será suficiente se quedar-se estática.

Assim, as soluções judiciais devem preencher a lacuna sócio-cultural deixada entre a elaboração da norma e seu destinatário, no preciso tempo em que se faz necessária.

É, portanto, inadmissível que o julgador pretenda abster-se de analisar e aplicar uma solução socialmente adequada ao caso concreto (buscando um ideal de justiça) simplesmente invocando a norma, sem qualquer juízo de valor.

Plauto Faraco de Azevedo (1989, p. 69) aponta que

se mostram as potencialidades do processo hermenêutico, em que se insere o poder criativo dos juizes, adaptando as leis à concretude dos fatos, precisando-as, modificando-as, suprimindo-lhe as lacunas, em face de novas necessidades humanas ou de caracteres novos que se acresçam a velhos fatos, ou, ainda, de formas diversas de valorizar os mesmos fatos, advindas da evolução social.

Faraco de Azevedo aponta que antes que submissão à lei, deve-se ter submissão ao Direito (1989, p. 76). Demonstra que pode haver casos em que a lei contrarie o Direito, e então a função do juiz é justamente afastar tais efeitos nefastos, buscando dar ou descobrir novo sentido à norma (1989, p.70).

Assevera ainda que

Trata-se das exigências da justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, de tal sorte que ignorá-las, para dar prevalência à lei ou leis em descompasso com o processo histórico-cultural, importa em negação da justiça, e conseqüentemente frustração das expectativas sociais, impedindo a normal evolução do direito e a superação das contradições sociais pela via pacífica e criativa da jurisprudência (AZEVEDO, 1989, p.70) .

Assim deve ser tratado o caso de gestação de feto anencefálico. Deve-se perceber que, em virtude da evolução técnico-cultural, não há mais razões para se atrelar aborto à interrupção da gestação. Desta forma, não se deve ter tal interrupção seletiva pelo estigma do tipo penal de aborto, elaborado em época demasiadamente diversa da atual.

A análise hermenêutica da interrupção seletiva da gestação de feto anencefálico é imperativa, tendo em vista principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também todo o sistema jurídico em vigor, assim como os valores socialmente relevantes.

Juarez Freitas (1995, p. 174), ao tratar da interpretação sistemática do Direito, afirma ser

Inegável o valor para a hermenêutica jurídica da chamada interpretação sistemática, a qual decididamente não deve prosseguir sendo tratada como se fosse um mero elemento ou método interpretativo, porquanto somente uma exegese que realize tal concatenação axiológica é capaz de determinar o alcance teleológico dos dispositivos, realizando o mister de harmonizar os comandos, de sorte a realizar e, depois, a resguardar a unidade axiológica.

O doutrinador assevera que

cada preceito deve ser visto como uma parte viva do todo, eis que é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço, desde que se busque descobrir qual é, na respectiva situação, o interesse

mais fundamental. [...] mais do que leis esparsas, o que importa compreender é o Direito (FREITAS, 1995, p. 47-49).

Assim, para a aplicação da norma, há de se fazer uma interpretação sistemática do Direito, seguindo as diretrizes axiológicas do sistema, consubstanciadas nos direitos e princípios fundamentais dispostos na Constituição Federal.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia (2004, p. 157), ao tratar da omissão da Constituição em determinar o que seria vida e quando iniciaria, determina que *“cabe ao intérprete da norma fundamental e ao legislador infraconstitucional extrair os elementos para a exata compreensão do quanto constitucionalmente estabelecido como o direito à vida.”*

Portanto, denota-se que o próprio legislador, considerando o dinamismo da vida, optou em manter alguns conceitos (determinantes) em aberto, de modo que o julgador possa fazer a correta correspondência entre o dispositivo legal e o caso concreto. Assim acontece com o próprio conceito de aborto, que não possui definição legal expressa.

Jiménez Asúa, citado por Cezar Bitencourt (2007, p. 141), consigna que através da hermenêutica é que se deve adequar as normas produzidas outrora aos tempos em que é aplicada. Tal seria incumbência dos juízes, que devem ajustar as normas às situações não previstas pelo legislador à época de sua elaboração.

Ainda Marcelo Neves (1994, p. 115), baseando-se em Luhman, ao tratar do Direito como Sistema Autopoiético, aponta que o Direito é um sistema normativo fechado, mas cognitivamente aberto. Isto possibilita que o Direito se altere para adaptar-se ao meio ambiente.

O professor Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 107), citando a teoria da adequação social, de Welzel, afirma que *“ações realizadas no contexto da ordem social histórica da vida são ações socialmente adequadas – e, portanto, atípicas, ainda que correspondam à descrição do tipo legal.”*

Assim, caso se entenda que a interrupção seletiva da gestação seja uma hipótese de aborto, pode-se ter que, em virtude da realidade atual, a conduta se torne socialmente adequada, e, portanto atípica.

Jacinto Nelson Miranda Coutinho (2006, p. 225) define a lei como um fato gráfico, não aprisionando sentido em si. Sua interpretação, com toda carga

valorativa inerente à linguagem característica de cada época e lugar, é que resultaria na norma. Assim, reafirma-se a importância de uma cuidadosa e adequada interpretação legal no momento de aplicação ao caso concreto.

E aos que invocam a segurança jurídica contra a atividade criativa do juiz, Plauto (1989, p. 74) ainda afirma que *“Sem dúvida, a percepção e o sentimento da vida e da situação do povo pelos magistrados fortalecerão a segurança jurídica, a menos que seja essa associada aos interesses de uns poucos e dissociada dos interesses da maioria.”*

Tem-se, portanto, que é papel do julgador o trabalho hermenêutico, fundamental na busca pelos ideais de justiça.

Ainda José Luiz Ribeiro de Sousa (1943, p. 290) na década de 40 prenunciava: *“Alguém há de inovar a ciência e, pois, não haverá mal nenhum, vez ou outra, sejamos nós os inovadores. O que nos interessa é que seja uma inovação útil.”*

No caso de gestação de feto anencefálico, deve haver muita sensibilidade na solução do caso, que só passa a ser judicialmente relevante quando se requer a sua interrupção seletiva.

Então, o julgador, com o dever de adequar as normas aplicáveis ao caso concreto, não pode abster de julgar simplesmente invocando insuficiência normativa. Deve-se ter por norte os valores denunciados pela Constituição Federal, principalmente a dignidade da pessoa humana, atrelado ao direito à vida.

Demonstrou-se a atipicidade da conduta interruptiva da gestação em caso de anencefalia fetal, de forma que, dada a certeza do diagnóstico, deve ser assegurada à gestante a liberdade de escolha, tendo apoio do aparato Estatal seja qual for sua decisão, resguardando-se seu direito fundamental à vida digna.

CONCLUSÃO

A gestação altera de diversas formas a mulher, seja fisicamente, seja psicologicamente. Atinge, de forma menos abrupta, o núcleo social mais próximo da gestante. Assim, a recepção da gestação tem peculiaridades diversas para a cada mulher.

Assim, o diagnóstico de anencefalia fetal é extremamente negativo e sofrido à gestante e sua família, conforme demonstrado. Os envolvidos entram num turbilhão de emoções, e atualmente não têm qualquer amparo estatal para superar esta situação.

Infelizmente, quem tem seu sofrimento agravado é a população mais carente. Isto porque depende da assistência médica fornecida pelo Estado (Sistema Único de Saúde), que é deficiente e despreparada por excelência. A exemplo, temos que a gestante que marca sua ecografia (parte importante do acompanhamento pré-natal) no início da gestação, só vem a realizá-la nas semanas que antecedem o parto.

Deste modo, à gestante de feto anencefálico, em regra, não há acompanhamento médico adequado, quiçá psicológico. Conforme apontado no presente trabalho, a gestação, o parto e os cuidados após o parto (seja com o bebê que eventualmente nasça com vida, seja com a mãe que perdeu seu filho) têm peculiaridades inerentes na anencefalia.

Quem tem condições financeiras para sair do país e realizar a interrupção da gestação onde seja expressamente legalizada, assim como quem pode pagar as clínicas clandestinas de aborto, fazem a interrupção seletiva da gestação sem maiores problemas.

No entanto, aos que dependem essencialmente do aparato estatal, recorrem ao judiciário para obter a autorização para a interrupção seletiva da gestação, tendo em vista o receio da comunidade médica em fazê-lo, devido ao tratamento penal (equivocadamente) dado atualmente à conduta interruptiva. Neste caso, tal como observado, têm sua opção exposta e julgada a esmo. Sofrem com o processamento da ação e principalmente com a demora, que acaba por significar um indeferimento do pleito.

Tal como indicado na pesquisa jurisprudencial desenvolvida na presente monografia, cerca de 33% dos pleitos perde o objeto por superveniência do perecimento do feto. Aproximadamente 17% das decisões indeferiu o pedido, sendo que 50% das decisões concedeu a autorização para interromper a gestação.

Vê-se que, apesar de não ser uma conduta típica, tem se feito necessário o pedido de interrupção seletiva da gestação ao judiciário. Ainda pior, há decisões que indeferem o pedido por meio de interpretação analógica ao tipo de aborto (art. 124 do Código Penal). Tem-se, portanto, uma criminalização da conduta por analogia, o que é repugnado pelo Direito Penal.

Assim, tem-se que a interrupção seletiva da gestação é conduta atípica, vez que não há vida fetal a ser tutelada (que não a da gestante, em sua dignidade e saúde). Jamais se poderia utilizar do tipo de aborto para impedir que a dignidade da vida da gestante fosse ferida. Trata-se de ofensa à Constituição Federal e ao Código Penal.

Portanto, o deferimento de 50% dos pleitos que requerem a interrupção seletiva da gestação no caso de feto anencefálico é ainda um pequeno avanço, pois tem-se que metade dos casos fica sem solução satisfatória. Mas a situação atual ainda é muito primitiva, pois se tem a necessidade de ajuizar ação para ter a conduta (atípica) autorizada. Nenhuma das decisões encontradas sinaliza em sentido contrário.

Já é, no entanto, um pequeno avanço o deferimento do pleito fundamentado no reconhecimento da atipicidade da conduta, e o reconhecimento de ofensa à dignidade da vida da gestante na negativa do pedido.

O Direito Penal deve ser mínimo, é a última *ratio* do sistema. Há subsídios suficientes no ordenamento jurídico brasileiro para solucionar o caso de anencefalia fetal e a opção pela interrupção seletiva da gestação, tal como demonstrado. Não há necessidade de recorrer ao direito penal para tanto, muito menos para criminalizar judicialmente uma conduta atípica.

Para que o ideal de justiça seja possível, é necessário que o operador do direito, especialmente o julgador (na hipótese presente), tenha consciência da importância de seu papel em cada caso específico. Deve dar a atenção como se cada caso fosse o único, pois atualmente é a única chance de reduzir

o sofrimento da gestante e sua família, e a cada nova instância ainda aumenta a possibilidade de toda a angústia causada pelo processo restar inócua.

Anexo I

Fotos de bebê acometido de anencefalia.

Anexo II

TERMO DE DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA
(Res. CFM nº 1.480 de 08/08/97)

NOME: _____

PAI: _____

MÃE: _____

IDADE: _____ ANOS _____ MESES _____ DIAS DATA DE
NASCIMENTO _____/_____/_____

SEXO: M F RAÇA: A B N Registro
Hospitalar: _____

A. CAUSA DO COMA
A.1 - Causa do Coma:
A.2. Causas do coma que devem ser excluídas durante o
exame

a) Hipotermia () SIM () NÃO
b) Uso de drogas depressoras do sistema nervoso central ()
SIM () NÃO

Se a resposta for sim a qualquer um dos itens, interrompe-se o
protocolo

B. EXAME NEUROLÓGICO - Atenção: verificar o intervalo
mínimo exigível entre as avaliações clínicas, constantes da
tabela abaixo:

IDADE	INTERVALO
7 dias a 2 meses incompletos	48 horas
2 meses a 1 ano incompleto	24 horas
1 ano a 2 anos incompletos	12 horas
Acima de 2 anos	6 horas

(Ao efetuar o exame, assinalar uma das duas opções
SIM/NÃO. obrigatoriamente, para todos os itens abaixo)

Elementos do exame neurológico	Resultados
1º exame	2º exame
Coma aperceptivo ()SIM ()NÃO	()SIM ()NÃO
Pupilas fixas e arreativas ()SIM ()NÃO	()SIM ()NÃO
Ausência de reflexo córneo-palpebral ()SIM ()NÃO	()SIM ()NÃO
Ausência de reflexos oculocefálicos ()SIM ()NÃO	()SIM ()NÃO
Ausência de respostas às provas calóricas ()SIM ()NÃO	()SIM ()NÃO
Ausência de reflexo de tosse ()SIM ()NÃO	()SIM ()NÃO
Apnéia ()SIM ()NÃO	()SIM ()NÃO

C. ASSINATURAS DOS EXAMES CLÍNICOS - (Os exames devem ser realizados por profissionais diferentes, que não poderão ser integrantes da equipe de remoção e transplante.

*1 - PRIMEIRO EXAME 2 - SEGUNDO EXAME
[...]*

D. EXAME COMPLEMENTAR - Indicar o exame realizado e anexar laudo com identificação do médico responsável.

1. Angiografia Cerebral 2. Cintilografia Radioisotópica 3. Doppler Transcraniano 4. Monitorização da pressão intracraniana 5. Tomografia computadorizada com xenônio 6. Tomografia por emissão de foton único 7. EEG 8. Tomografia por emissão de positrons 9. Extração Cerebral de oxigênio 10. outros (citar)

E. OBSERVAÇÕES

1 - Interessa, para o diagnóstico de morte encefálica, exclusivamente a arreatividade supraespinal. Consequentemente, não afasta este diagnóstico a presença de sinais de reatividade infraespinal (atividade reflexa medular) tais como: reflexos osteotendinosos ("reflexos profundos"), cutâneo-abdominais, cutâneo-plantar em flexão ou extensão, cremastérico superficial ou profundo, ereção peniana reflexa, arrepio, reflexos flexores de retirada dos membros inferiores ou superiores, reflexo tônico cervical.

2 - Prova calórica

2.1 - Certificar-se de que não há obstrução do canal auditivo por cerumem ou qualquer outra condição que dificulte ou impeça a correta realização do exame.

2.2 - Usar 50 ml de líquido (soro fisiológico, água, etc) próximo de 0 grau Celsius em cada ouvido.

2.3 - Manter a cabeça elevada em 30 (trinta) graus durante a prova.

2.4 - Constatar a ausência de movimentos oculares.

3 - Teste da apnéia

No doente em coma, o nível sensorial de estímulo para desencadear a respiração é alto, necessitando-se da pCO₂ de até 55 mmHg, fenômeno que pode determinar um tempo de vários minutos entre a desconexão do respirador e o aparecimento dos movimentos respiratórios, caso a região ponto-bulbar ainda esteja íntegra. A prova da apnéia é realizada de acordo com o seguinte protocolo:

3.1 - Ventilar o paciente com O₂ de 100% por 10 minutos.

3.2 - Desconectar o ventilador.

3.3 - Instalar catéter traqueal de oxigênio com fluxo de 6 litros por minuto.

3.4 - Observar se aparecem movimentos respiratórios por 10 minutos ou até quando o pCO₂ atingir 55 mmHg.

4 - Exame complementar. Este exame clínico deve estar acompanhado de um exame complementar que demonstre inequivocadamente a ausência de circulação sanguínea

intracraniana ou atividade elétrica cerebral, ou atividade metabólica cerebral. Observar o disposto abaixo (itens 5 e 6) com relação ao tipo de exame e faixa etária.

5 - Em pacientes com dois anos ou mais - 1 exame complementar entre os abaixo mencionados:

5.1 - Atividade circulatória cerebral: angiografia, cintilografia radioisotópica, doppler transcraniano, monitorização da pressão intracraniana, tomografia computadorizada com xenônio, SPECT.

5.2 - Atividade elétrica: eletroencefalograma.

5.3 - Atividade metabólica: PET, extração cerebral de oxigênio.

6 - Para pacientes abaixo de 02 anos:

6.1 - De 1 ano a 2 anos incompletos: o tipo de exame é facultativo. No caso de eletroencefalograma são necessários 2 registros com intervalo mínimo de 12 horas.

6.2 - De 2 meses a 1 ano incompleto: dois eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas.

6.3 - De 7 dias a 2 meses de idade (incompletos): dois eletroencefalogramas com intervalo de 48 h.

7 - Uma vez constatada a morte encefálica, cópia deste termo de declaração deve obrigatoriamente ser enviada ao órgão controlador estadual (Lei 9.434/97, Art. 13).⁴⁹

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, P. F. de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. 3ed. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROSO, L. R. *Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-Tronco: Dois Temas Acerca da Vida e da Dignidade na Constituição*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 241. Jul/Set 2005
- BECKSTEIN, A. *População cresce quatro vezes e grau de urbanização chega a 81% em 60 anos*. Disponível em: <http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3281&Itemid=1>. Acesso em: 07.07.2007.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal. Parte especial 2*. Saraiva: São Paulo, 2007.
- BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRASIL. Código Penal (1940). Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. DOU de 31.12.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Diversos Acessos.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal, 2007.
- BRASIL. Lei nº 9.434/1997, DOU de 05.02.1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm> Acesso em: 24.07.2007.
- BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 405 de 06.12.2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=76088>. Acesso em: 25.07.2007.

BRASIL. Senado Federal.

<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=69514>. Acesso em: 25.07.2007.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Diversos acessos.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <

<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Diversos acessos.

BRUNO, A. *Crimes contra a pessoa*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BUSATO, P. C. Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia. In: *Revista Jurídica*, n. 327. Brasília: Consulex, janeiro de 2005.

CIRINO DOS SANTOS, J. *Aborto, a política do crime*. In: *Revista de Direito Penal*, Vol. 25. Rio de Janeiro: Forense, janeiro – junho de 1978. pp. 13/24.

_____. *Direito Penal: Parte geral*. Curitiba: ICPC LumenJuris, 2006

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Consulta nº 1.839/1998 PC/CFM/Nº 24/2003. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm>. Acesso em: 25.07.2007

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Consulta CFM Nº 1.839/1998 PC/CFM/Nº 24/2003. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm>. Acesso em: 25.07.07

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.480/97.

Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 23.07.2007

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.752. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm>. Acesso em: 30.07.07.

COUTINHO, J. N. de M. *Dogmática Crítica e Limites Lingüísticos da Lei*. In: J. N. de M. C.; M. M. B. de L. (Org.). *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. São Paulo: Renovar, 2006. pg. 225-232.

CROCE, D. ; CROCE Jr, D. *Manual de medicina legal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva , 2004.

Diretrizes do Estado Novo (1937-1945) Política e Administração. A Era Vargas. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos37-45/ev_poladm_1937.htm>. Acesso em:23.07.2007

DOTTI, R. A. *Aborto de uma tragédia*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5452>>. Acesso em:15.09.2007.

DWORKIN, R. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPÍNDOLA, R. S. *Conceito de Princípios Constitucionais: Elementos Teóricos para uma Formulação Dogmática Constitucionalmente Adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANÇA, G. V. de. *Medicina Legal*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

FREIRE, N. *Duas Mil Mulheres Apóiam a Liminar*. In: *O pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Anis, 2004.

FREITAS, J. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GALVÃO, P. B. de A. *Tecnologia e medicina: imagens médicas e a relação médico-paciente*. In: *Revista Bioética*, v. 8, n.1. Conselho Federal de Medicina, 2000. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista.htm>>. Acesso em:25.07.2007

GOLLOP, T. R. *Aborto por Anomalia Fetal*. Em: Revista Bioética, v. 2, n.1. Conselho Federal de Medicina, 1994. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v2.htm>> Acesso em:25.07.2007.

HERKENHOFF, J. B. *Como Aplicar o Direito*. 4ª ed., ver., ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

HOROVITZ, D. *Um caixão ambulante*. In: *Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Anis, 2004.

HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*, 4ª ed., vol. V. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

IBGE, Censo Demográfico 1940/2000. *Tendências demográficas no período de 1940/2000*. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/analise_populacao/1940_2000/comentarios.pdf>. Acesso em:12.07.2007.

LEVINE, R. M. *Pai dos Pobres? O Brasil e a Era Vargas*. Tradução de Anna Olga de Barros Barreto. Companhia da Letras: São Paulo, 2001.

MENDONÇA CORREIA. In: *Aborto: o Juízo Final*. Disponível em: <[www.ucp.pt/site/resources/documents/ISDC/ABORTO%20-%20JPMC\(ARTIGO\).doc](http://www.ucp.pt/site/resources/documents/ISDC/ABORTO%20-%20JPMC(ARTIGO).doc)> Acesso em:31.08.2007

MEDEIROS, M. *Anencefalia no Brasil: o que os dados mundiais revelam?* In: *Anencefalia: o Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade*. Ed. Anis: Brasília, 2004.

MINAHIM, M. A. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: RT, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br/>>. Diversos acessos.

MOORE, K. L. *Embriologia Clínica*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan,2000.

MOTA, M. B. ; BRAICK, P. R. *História: das Cavernas ao Terceiro Milênio*. 1ª Ed. Moderna: São Paulo, 1997.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, M. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NORONHA, E. M. *Direito Penal*. Vol. 2. 33ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2003.

NUNES, R. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAPALEO, C. C. *Aborto e Contracepção: Atualidade e Complexidade da Questão*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PARANÁ .Tribunal de Justiça. Disponível em:
<<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/>>Diversos acessos.

PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 2: parte especial, arts.121 a 183*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

Revista Veja. São Paulo: Abril, nº 1567, 7.10.1998.

REZENDE, J. de. *Obstetrícia*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1998.

RIBEIRO, D. C. *Antecipação Terapêutica do Parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil*. Brasília: Letras Livres, 2004.

RIBEIRO, J. S. *Código Penal dos estados Unidos do Brasil (comentado)*.Vol. 1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1941.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <
<http://www.tj.rs.gov.br/>> Diversos acessos.

ROCHA, C. L. A. *Vida Digna: Direito, Ética e Ciência*. In: ROCHA, C. L. A. (coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004

ROHDEN, F. *Natalidade, nação e raça no Brasil a partir das especialidades médicas em torno de sexo e reprodução*. Instituto de Medicina Social da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, s.d. Disponível em: <www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0240.pdf>. Acesso em: 09.07.2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/>> Diversos acessos.

SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, D. *Os princípios constitucionais e a Ponderação de Bens*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, V. A. *Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. n.1 – jan./jun. 2003.

SOUZA, C. F. M. *Evolução histórica do direito brasileiro (XXV): o século XX*. Disponível em: <http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/carlos_mathias/anterior_26.htm>. Acesso em: 11.07.2007.

SOUZA, J. L. R. de. *O Novo Direito Penal: Código penal de 1940 e Código de Processo Penal de 1941 – Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1943.

SPITZ, C. *Proporção de idosos no Brasil mais que duplica em 60 anos, diz IBGE*. Disponível em: <http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3281&Itemid=1>. Acesso em: 07.07.2007.

SPOLIDORO, L. C. A. *O aborto e sua antijuridicidade*. São Paulo: Lejus, 1997.

TEODORO, F. J. M.. *Aborto Eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*. Curitiba: Juruá, 2007.

ZUGAIB, M.; TEDESCO, J. J.; QUAYLE, J. *Obstetrícia Psicossomática*. São Paulo: Atheneu, 1998.