



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CINELÂNDIA BANDEIRA DE MORAIS

A LEGALIZAÇÃO DO DIREITO DA MULHER INTERROMPER A
GESTAÇÃO DE FETO PORTADOR DE ANCEFALIA

SOUSA - PB
2009

CINELÂNDIA BANDEIRA DE MORAIS

A LEGALIZAÇÃO DO DIREITO DA MULHER INTERROMPER A
GESTAÇÃO DE FETO PORTADOR DE ANCEFALIA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Iranilton Trajano da Silva.

SOUSA - PB
2009

Cinelândia Bandeira de Moraes

A LEGALIZAÇÃO DO DIREITO DA MULHER INTERROMPER A GESTAÇÃO DE
FETO PORTADOR DE ANENCEFALIA

Aprovado em: de de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Iranilton Trajano da Silva - UFCG
Professor Orientador

Prof. mestre Paulo Henriques da Fonseca - UFCG
Professor(a)

Prof. Misael Fernandes - UFCG
Professor(a)

Às mulheres que, mesmo diante de tantos preconceitos, de tantas agressões, não desistem de lutar.

À minha mãe, mulher dedicada, forte, aguerrida.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

Dizem que “quem dá nunca deve se lembrar, quem recebe, não deve jamais esquecer”

Agradeço...

A Deus, por ter me dado a fé necessária e não ter permitido que eu desistisse quando cheguei a acreditar que o tempo não seria suficiente.

Aos meus pais: “Tico de Sinfrônio” e “Corrinha de Tico de Sinfrônio” por, na medida de suas possibilidades, terem proporcionado minha educação.

À minha mãe, em especial, por dispensar todo amor, todo carinho e todo cuidado, que só uma mãe pode oferecer e por tentar, através do seu instinto materno, me proteger dos “perigos do mundo”.

Ao meu pai, em especial, por sempre me amparar com uma palavra amiga e reconfortante nos momentos em que teimo em me estressar e por ser um exemplo de luta e dignidade.

Aos meus irmãos: Samara, Samiran e Nilmar por cada um, à sua maneira e de acordo com as suas vivências, me passarem ensinamentos para a vida.

Aos meus sobrinhos: Tainá, Vitória, Nicolás e Samuel, por encherem a minha vida de alegria, por me fazerem, por um momento, voltar a ser criança e esquecer das responsabilidades que acompanham um adulto. Titia ama vocês, bem muitão! (Uma opinião: Não há nada melhor do que ser tia!)

Aos meus lindos avós: “seu Joaquim” e “dona Bia”, por demonstrarem a todo hora o quanto acreditam na minha capacidade e o quanto são desejos da minha vitória.

Às minhas queridas cunhadas: Aparecida e Luana por atuarem tão bem no papel de mães dos meus sobrinhos e esposas dos meus irmãos e por demonstrarem, por mim, um carinho de irmãs.

Aos meus vários e queridos amigos, que ao longo destes vinte e sete anos me acompanharam (e espero que continuem a me acompanhar!) nesta misteriosa, porém, maravilhosa jornada que é a vida. Em especial, à Adailma e Marciana, por terem compreendido minhas agonias, “fechado os olhos” quando tive que me ausentar do trabalho e por não saberem disfarçar o carinho que sentem por mim.

Aos meus colegas de faculdade e, futuros colegas de profissão por, ao longo destes cinco anos e meio, terem partilhado um pouco dos seus conhecimentos e absorvido, espero, um pouco dos meus. Em especial, a Laíz – “lala”, Ana Izabelle – “aninha”, Germano – “germân”, Natália – “borel” e José Danilo – “dânilo”, por terem se mostrado mais do que colegas de faculdade, verdadeiros amigos.

Aos companheiros de viagem, com quem partilhei muitos quilômetros desta caminhada. Em especial, ao nosso motorista “peithon”, por sempre nos transportar com segurança.

Aos professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, campus de Sousa/PB, por terem me transmitido não apenas ensinamentos jurídicos, mas, também, ensinamentos para a vida jurídica. Em especial ao meu orientador, “professor Trajano”, por toda a paciência e orientação dispensadas à consecução deste trabalho.

Enfim, a todos que, direta ou indiretamente, fizeram ou fazem, de alguma forma, parte da minha caminhada que, apenas, se inicia. Graças a Deus!!!

“Não é admissível que a mulher seja vista como uma incubadora ou como um objecto de reprodução. O respeito pela vida humana não pode ser encarado numa perspectiva unilateral, consagrando-se em termos absolutos os direitos de uma parte, que é um dever, contra qualquer hipótese de decisão de um ser humano que já o é em toda a sua plenitude. (...) Ser mãe não é só um acto físico e passivo, é, também e, sobretudo, um acto de vontade e de consciência, um acto de amor, um acto espiritual. É isso que distingue a vida humana das outras formas de vida. (...) Ninguém é dono de ninguém. Ninguém - nenhum Estado, nenhuma religião, nenhum sistema - é dono da íntima liberdade da mulher.”

MANUEL ALEGRE DE MELO DUARTE

(Poeta e político português)

RESUMO

As leis não surgem do nada. Como são feitas em prol do bem da coletividade, desta mesma coletividade surge a necessidade de criá-las. A legalização do aborto em caso de feto anencefálico tem se apresentado muito polêmica, principalmente, porque em discussão está, de um lado, a permanência da gestação para garantir o direito à vida do feto e, do outro, a interrupção da gestação visando garantir, basicamente, os direitos à saúde e a dignidade da mulher. A anencefalia é uma malformação congênita irreversível, que torna o feto inviável à vida extra-uterina. Além disto, caso chegue a ocorrer o nascimento, o feto não apresentará qualquer sinal de vitalidade, uma vez que não interagirá com o mundo exterior, por lhe serem ausentes os sentidos. Ademais, a gestante portadora de feto anencefálico apresenta quadro clínico considerável, tendo em vista a ocorrência, comprovada, de danos físicos e, principalmente, psíquicos, provenientes desta gestação, devido a total inviabilidade do feto e a degradação da saúde da gestante. Os médicos, vendo esgotadas todas as possibilidades científicas, têm orientado a gestante ou o casal a interromper a gestação de feto anencefálico, por ser a decisão mais sensata e salutar, no entanto, a legislação penal brasileira só prevê a possibilidade de aborto em dois casos: quando ocorrer comprovado risco de morte para a gestante ou quando a gravidez for resultante de estupro. Diante deste fato, a gestante, decidida a não levar a termo este tipo de gestação, busca a solução para o conflito, recorrendo ao único remédio jurídico existente, qual seja, a autorização judicial, que, por sua vez, nem sempre atende aos anseios de quem a procura, por, ante a ausência de lei, depender de interpretações subjetivas dos operadores do Direito. Ademais, tais decisões são pontuais e não trazem uma solução definitiva ao problema, ao contrário, gera uma insegurança jurídica. Além disto, a não autorização da interrupção deste tipo de gestação, nega à gestante, ser dotado de plena capacidade, o seu direito à saúde, à sua liberdade, à autonomia da sua vontade e, acima de todos estes, o direito à sua dignidade. Portanto, este trabalho tem como objetivo geral analisar os aspectos sócio-jurídicos do aborto em casos de gestação de feto portador de anencefalia, visando, a partir da constatação médica e da autorização livre e consciente da gestante, a legalização desta prática e, como objetivos específicos, identificar os aspectos histórico e legal do aborto; traçar um esboço informativo acerca da anencefalia, inclusive, quanto aos efeitos ocasionados à gestante; avaliar a questão da possível legalização do aborto em caso de fetos portadores de anencefalia. Para tanto, serão utilizados os métodos exegético-jurídico e o histórico-evolutivo, vez que apropriados para desenvolver a pesquisa bibliográfica e documental que apóiam o presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Palavras-chave: gestação. anencefalia. interrupção. legalização.

ABSTRACT

The laws do not arise from nothing. As is done for the good of the community, this same community is the need to create them. The legalization of abortion in cases of fetal anencephaly has made much controversy, mainly because it is under discussion, on the one hand, the permanence of pregnancy to ensure the right to life of the fetus and on the other, the interruption of pregnancy to ensure, basically, the right to health and dignity of women. The anencephaly is a congenital malformation irreversible, which makes the fetus viable extra-uterine life. Besides, if it comes to the birth occurs, the fetus does not present any sign of vitality, since it does not interact with the outside world, for being absent the senses. Moreover, the pregnant woman carrying anencephalic fetus presents clinical considerable in view of the occurrence, as evidenced in physical and, especially, psychological, from this pregnancy, for the total viability of the fetus and degradation of the health of pregnant women. The doctors, watching exhausted all the scientific possibilities, have driven the pregnant or the couple to interrupt the pregnancy of anencephalic fetus, the decision to be more sensible and healthy, however, the Brazilian criminal law only provides for the possibility of abortion in two cases: occurs when proven risk of death for pregnant and when pregnancy is the result of rape. Considering this fact, the pregnant, decided not to carry this pregnancy to term, seeking a solution to the conflict, using the only existing legal remedy, that is, judicial authorization, which, in turn, not always meet the desires of those who search for, at the absence of law, depend on subjective interpretations of the operators of the law. Moreover, such decisions are punctual and do not bring a definitive solution to the problem, in contrast, creates legal uncertainty. Moreover, the denial of such interruption of pregnancy, denies the pregnancy, be given full capacity, the right to health, freedom, freedom of choice and, above all, the right to their dignity. Therefore, this study aims to examine the general socio-legal aspects of abortion in cases of pregnancy the fetus bearer of anencephaly, seeking from the medical findings and permit free and conscious of pregnant women, the legalization of this practice, and goals specific, identifying the historical and legal aspects of abortion, draw an outline of information about anencephaly, including as to the effects caused to pregnant women, to evaluate the question of the possible legalization of abortion in cases of individuals with fetal anencephaly. Thus, the methods will be used exegetic-legal and historical-evolutionary, as appropriate to develop a literature search and document to support this work completion of course.

Keywords: pregnancy. anencephaly. interruption. legalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I VIDA: DA CONCEPÇÃO À MORTE.....	13
1.1 Surgimento da vida: gestação.....	13
1.1.1 Conceito.....	13
1.1.2 Sinais comprobatórios da gestação.....	13
1.2 O que é vida?	15
1.2.1 Quando se dá o início da vida?	15
1.2.2 O início da vida sob a perspectiva científica	16
1.2.3 O início da vida sob a perspectiva religiosa	18
1.2.4 O início da vida sob a perspectiva filosófica	19
1.2.5 O início da vida sob a perspectiva jurídica	20
1.3 Fim da vida	22
1.3.1 Teorias sobre o fim da vida	22
1.3.2 A morte ao longo do tempo	23
1.3.3 Critérios científicos de morte	26
CAPÍTULO II O ABORTO E SUAS PECULIARIDADES	28
2.1 Conceito	28
2.2 Histórico sobre o aborto	29
2.3 O aborto e sua projeção mundial	32
2.4 Aborto e religião	35
2.5 O aborto na legislação penal brasileira	38
2.5.1 Tipos de aborto no código penal brasileiro	40
2.5.1.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento	40
2.5.1.2 Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante	42
2.5.1.3 Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante	43
2.5.1.4 Aborto qualificado	44
2.5.1.5 Aborto permitido	45
CAPÍTULO III O ABORTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA	49
3.1 Concepções doutrinárias sobre a anencefalia	49
3.2 O anencéfalo no âmbito jurídico	52
3.2.1 A proteção jurídica do anencéfalo	54
3.3 Considerações acerca da gestante de feto anencefálico	56
3.3.1 O direito da gestante portadora de feto anencefálico	58
3.4 Decisões judiciais nos casos de anencefalia	61
3.4.1 A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a polêmica suscitada no cenário jurídico brasileiro	64
3.5 O direito da gestante interromper a gestação de feto anencéfalo	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	71
ANEXO A	74

INTRODUÇÃO

Vida e morte sempre pautaram o pensamento humano, algumas religiões, com seus dogmas, lançam a idéia de que um ser superior nos dá a vida e, apenas este ser superior, pode tirá-la, outras, defendem que em “nome de Deus (ou Alá)”, tudo é permitido, inclusive tirar a vida de pessoas inocentes e, ao homem, ser dotado do livre arbítrio, cabe escolher qual “caminho” seguir, cabe acreditar na teoria que mais atrai a sua simpatia, de acordo com seu convencimento próprio ou induzido. De outra banda a ciência tenta encontrar conceitos precisos que definam em qual momento se dá o início da vida e em qual momento esta chega ao seu fim.

Desta forma, ao longo dos anos, a ciência tem contribuído intensamente na melhoria da qualidade de vida e, até mesmo, na forma mais “confortável” para a morte. Cada vez mais se podem ter diagnósticos precisos, mesmo na fase embrionária, quando o ser humano ainda está em formação.

A medicina preventiva tem ganhado destaque e, melhor, obtido resultados, tendo em vista muitas doenças, antes desconhecidas, hoje poderem ser tratadas e, até mesmo, evitadas, no entanto, também, tem encontrado entraves às suas descobertas, uma vez que a religião, lançando mão de toda a sua moral e vendo, nestas descobertas, uma ameaça a prevalência dos seus dogmas, dos seus escritos religiosos, tem interferido frontalmente na utilização das mesmas.

Contudo, mesmo em meio a tantas descobertas, algumas patologias ainda desafiam os conhecimentos científicos, como é o caso da anencefalia e de outras doenças congênitas que promovem a malformação fetal, não dando ao feto qualquer possibilidade de sobrevivência e trazendo à gestante, aos seus familiares, aos médicos e, porque não dizer, à coletividade uma polemização acerca do tema.

Polemização esta decorrente do conflito interno que se instala na gestante, quando se vê portadora de feto acometido por anencefalia, por se encontrar diante de um problema que, na hodiernidade, não tem se apresentado só como um problema da gestante ou da família desta, mas tem se apresentado como um problema ético, moral, religioso, social e, sobretudo, médico-jurídico.

A discordância que se instala nos mais diversos campos da pesquisa e do pensamento humano acerca desta anomalia fetal congênita, reside nos argumentos que visam a preservação da vida do feto, mesmo cientes de que este, sob cem por cento de certeza, não

tem possibilidade de sobrevivida e nos argumentos que visam a preservação e o respeito à saúde, à liberdade, à autonomia da vontade e, acima de todos estes, o respeito à dignidade da mulher, por ser esta detentora de uma vida plena e de direitos, os quais, por sua vez, são garantidos pela Carta Constitucional de 1988.

É certo que a legislação penal brasileira, por datar de 1940, há muito deixou de amparar o cidadão em suas diversas necessidades. O tempo muda, a sociedade evolui, descobertas são feitas e o Código Penal vigora no passado, mesmo que infringindo princípios constitucionais fundantes de um Estado Democrático de Direito e o legislador permanece silente, delegando, ao intérprete do direito, a tarefa de, na ausência da lei, criar uma “lei” específica para cada caso, já que este, quando instigado, não poderá se negar a dar uma solução ao caso apresentado, solução, por sua vez, nem sempre “justa”, nem sempre condizente com a realidade e a necessidade de quem a busca.

O fato é que esta realidade está cada vez mais presente no dia-a-dia da coletividade, quando casos de anencefalia são diagnosticados com freqüência. E, apesar da ciência permanecer buscando uma solução, quer para a sua cura, quer para a sua prevenção, até o momento, nada foi encontrado, por ser uma anomalia de etiologia, ainda, desconhecida.

Diante deste quadro e na ausência de uma lei que regulamente, tem sido dada ao Direito a responsabilidade no tocante a solução dos litígios atinentes à interrupção da gestação de feto portador de anencefalia. No entanto, ante a existência de diversas decisões acerca do tema, tem-se instalado uma insegurança jurídica, levando boa parte das pessoas que buscam uma solução legalmente aceita a procurarem uma solução ilícita ou, pior, levarem a termo uma gestação indesejável, da qual advirá um feto sem possibilidade de sobrevivida.

Sendo assim, a gestante obrigada a levar adiante uma gravidez que, sob cem por cento de certeza, o produto não sobreviverá, sentir-se-á, sem dúvida, injustiçada, pois violados estarão seus direitos à liberdade e à autonomia da vontade. Além disto, esperar por longos nove meses para não ter em seus braços o filho tão esperado, gera angústia, dor e sofrimento, violando-se, dessa forma, o Princípio da Dignidade Humana, fundamento basilar da Constituição Federal. Ademais, obrigar a mulher a levar a termo uma gestação que apresenta sérios riscos à sua saúde e integridade física, além de ocasionar sérios danos psíquicos a esta, viola, frontalmente, o direito à saúde, garantido, por sua vez, a qualquer cidadão.

Daí esta pesquisa ter como objetivo principal avaliar a questão da interrupção da gestação de feto portador de anencefalia, visando a segurança jurídica e demonstrando que negar este direito à mulher, é violar o princípio da dignidade humana, o direito à liberdade, à autonomia da vontade e à saúde.

Especificamente, no primeiro capítulo serão abordadas, de maneira breve, porém, essencial, a gestação, o conceito e as teorias sobre o início e o fim da vida, tendo em vista ser este o caminho natural da existência do ser humano.

No segundo capítulo será dado enfoque ao aborto, conceituando-o, analisando-o ao longo da história e em outras legislações, bem como, as diversas formas existentes na legislação penal brasileira, desde a tipicidade da conduta até as causas excludentes da ilicitude.

O terceiro capítulo, por sua vez, abordará a temática principal deste trabalho, apresentando os aspectos sociais e jurídicos da anencefalia, sua definição na literatura médica, a exposição dos problemas físicos e psicológicos, pelos quais passa a gestante. Abordará, também, o direito à vida do feto e o direito à saúde, à liberdade, à autonomia da vontade e, principalmente, o respeito à dignidade da pessoa humana, dos quais a gestante é detentora.

No terceiro capítulo, ainda, serão mostrados exemplos das diversas decisões acerca da interrupção da gestação de anencéfalo, bem como, uma demonstração da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que tem mobilizado os mais diversos seguimentos da sociedade na busca de uma solução para este litígio e, por fim, a necessidade da legalização da interrupção da gestação de feto portador de anencefalia, concedendo, para tanto, à gestante o direito ao livre arbítrio, como forma de ver assegurados os seus direitos e sua dignidade.

Observar-se-á, enfim, que a gestante é a protagonista deste tema, no entanto, a coletividade torna-se coadjuvante quando, da omissão do poder Legislativo, instala-se uma insegurança jurídica na sociedade.

CAPÍTULO I VIDA: DA CONCEPÇÃO À MORTE

Para se falar em aborto, há que se falar, mesmo que brevemente, em gestação, conseqüentemente, em vida e, fatidicamente, no fim desta, tendo em vista não ser outra, senão a gestação, a via necessária ao surgimento de uma nova vida humana.

1.1 Surgimento da Vida: Gestação

1.1.1 Conceito

Segundo Gabriela Cabral, em artigo publicado na internet e disponível em <http://www.brasilecola.com/biologia/gravidez.htm>, acesso em 30.03.2009, tem-se por gravidez o seguinte:

Entende-se por gravidez o período de crescimento e desenvolvimento de um ou mais embriões dentro do organismo feminino que normalmente tem duração de 39 semanas contadas após o último ciclo menstrual.

De acordo com o Dicionário Aurélio, gestação é “o tempo decorrido da concepção até o nascimento”.

Ainda sobre o conceito de gravidez, E. Magalhães Noronha (1996, p. 54) diz o seguinte:

Sob o ponto de vista médico, gravidez é o período que se estende desde a fixação do óvulo fecundado na mucosa uterina, passando pela segmentação e desenvolvimento do ovo animado até à maioridade do produto da concepção, terminando com a expulsão do feto a termo (parto) [...], sob o aspecto jurídico ela vai desde a fecundação até o início do parto.

1.1.2 Sinais comprobatórios da gestação

Segundo Paulo Sérgio Leite Fernandes (1984, p. 13 a 18), para a comprovação da gravidez existem sinais, uns de probabilidade (ou clínicos), que tem relação com a mulher presumivelmente grávida, como a supressão do ciclo menstrual; a modificação nos seios; a depressão da cicatriz umbilical; a modificação da vagina e do útero; a máscara gravídica; e as

náuseas e vômitos repetidos. Cabe frisar que estes, por serem sinais de probabilidade, nem sempre ocorrem, variando de gestante a gestante, bem como, caso se apresentem, ainda podem levar a conclusões errôneas.

Continuando a sua exposição, o autor supracitado, afirma existirem, além dos sinais de probabilidade, os sinais de certeza, que são os ligados diretamente ao feto e que se manifestam através dos movimentos ativos do feto; dos ruídos do coração do feto (ou batimentos cardíacos); e dos movimentos passivos do feto.

Além destes, o mesmo autor, ainda menciona como provas comprobatórias da gravidez, as provas ditas complementares como as provas radiológicas e as provas biológicas, estas entendidas como a prova biológica (ou laboratorial) de “Ascheim-Zondek” que se destina a identificar na urina ou sangue da mulher a presença de hormônio ganodotrópico, e aquelas, como sendo as obtidas através da ultrassonografia, tanto abdominal (identifica-se saco gestacional com 6 semanas) quanto a endovaginal (já no segundo dia após a falha menstrual).

Além dos sinais e provas – físicos - comprobatórios da gravidez, é importante destacar que, no período gestacional, a mulher, também, é acometida de sintomas psicológicos que, por vezes, dispensam atenção especial por parte dos profissionais da saúde. Neste tocante, vejamos a opinião de Plínio Montagna, médico formado pela FMUSP, mestre pela mesma instituição e pós-graduado em psiquiatria na Universidade de Londres, citada na obra *Aborto e legalidade: malformação congênita*, Yendis editora, 2007, p. 142/143:

A gravidez é uma situação crítica para uma mulher, é uma crise que a afeta independentemente de seu estado de saúde física ou mental. As crises levam a desequilíbrios súbitos que, sob condições favoráveis, trazem desenvolvimento maturação em direção a novas funções. Isto é notável particularmente na primeira gestação, ainda que cada gestação seja uma gestação diferente da outra. [...] De todo modo a gravidez é um período de emoções fortes e intensas, lábeis, passando de um pólo para o outro em geral, de muitos sentimentos ambivalentes. É um período de adaptações que vai testar a capacidade da mulher se aproximar das dramáticas transformações da nova vida, de mãe, ou de mãe novamente [...] (sic) (destaquei).

É fato, dispensável até de comprovação científica, que para se gerar uma nova vida humana, há de se existir uma gravidez, no caso, iniciada com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. No entanto, para se explicar a vida, o início dela, entre outras questões, secularmente, levantadas, a gravidez em si não traz as respostas desejadas, portanto, necessário se faz o levantamento, nos diversos campos estudados pela humanidade, de teorias que busquem explicar, razoavelmente, a partir de qual momento a vida tem seu início.

1.2 O que é vida?

Para se gerar uma nova vida humana há que se existir, previamente, uma gravidez, esta, como dito acima, originada da fecundação do óvulo pelo espermatozóide.

No entanto, o conceito de vida não se encerra no simples fato da essencial ocorrência da gravidez. Para que a vida, especificadamente o seu início, seja conceituado, muitos outros fatores são postos em discussão.

A palavra vida tem muitos significados, conceitos e interpretações. O início desta, portanto, é bastante complexo e discutido desde os primórdios da humanidade e, por isso, muitas são as teorias existentes para explicá-lo.

Vejamos o que diz Agambem, citado em artigo escrito por João Ibaixe Júnior, disponível em www.conjur.com.br/2006-out-03/estudo_conceito_vida_protegido_constituicao?pagina=2 acesso em 30.03.2009:

(...) os gregos, na Antiguidade, não possuíam um termo único para expressar o que se hoje diz com a palavra vida. Serviam-se eles de dois termos semântica e morfológicamente distintos, sendo o primeiro deles *zoe*, o qual exprimia o simples fato de viver, aquele viver inerente a todos os seres vivos, a vida sem qualquer qualificativo, a vida natural de todo ser vivente sem nenhum predicado a atribuir-lhe qualquer qualidade, sendo que, no humano, seu grau de possibilidade cognitiva é maior que os demais seres. O outro termo era *biós*, o qual por sua vez indicava a forma ou a maneira de viver própria ou qualificada de um indivíduo ou grupo, a vida com um atributo, fosse civil, político, nacional, cultural, social, jurídico ou econômico.

Hodiernamente, como nos primórdios, conceituar vida não é uma tarefa das mais fáceis, visto que existem conceitos vários, de origens várias, podendo, para tanto, serem utilizados conceitos biológicos, legais ou, até mesmo, filosóficos. Senão, vejamos a acertada conclusão, acerca do conceito de vida, feita por Rosa Maria Ferraz *in* Aborto e legalidade: malformação congênita, Yendis editora, 2007, p. 2:

O conceito de vida não pertence somente aos cientistas, aos filósofos, aos religiosos ou a qualquer outro ramo do pensamento humano. Se algum dia for possível chegar-se a uma definição única e absoluta, certamente será uma mistura de todos os conceitos defendidos pelos mais diversos ramos do saber humano, encampando os que hoje já são conhecidos e aqueles que no futuro virão se juntar ao esplêndido e diversificado universo do conhecimento da raça humana.

1.2.1 Quando se dá o início da vida?

Outro grande impasse que envolve o tema vida é delimitar, precisamente, quando se dá o seu início, visto que, nas ciências médicas e biológicas, consideradas as responsáveis por essa delimitação, existem muitas controvérsias acerca do tema, controvérsias estas, plenamente justificáveis, ante o atual e acelerado desenvolvimento dos métodos científicos que visam explicá-lo, ou seja, por mais paradoxal que seja, o avanço do conhecimento humano tem tornado cada vez mais difícil chegar a um consenso.

O certo é que para cada grupo de estudiosos, a vida se inicia em um momento diferente e, dentre o amplo leque de conceitos, podem ser citadas algumas visões que justificam (ou tentam justificar) o início da vida. Saliente-se, para tanto, que estas visões/teorias podem não ser as mais corretas ou absolutas, são apenas algumas das diversas formas de analisar o início da vida, como passaremos a expor.

1.2.2 O início da vida sob a perspectiva científica

Segundo informações obtidas na Revista superinteressante, edição 219, de novembro de 2005, disponível em <http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/sumario-edicao-219.shtml> acesso em 30.03.2009, o início da vida é explicado sob diversas perspectivas, ou seja, de acordo com a **visão genética**, a mesma defendida pela Igreja Católica, a vida humana tem início na fertilização, ou seja, na combinação do espermatozóide com o óvulo para formar um indivíduo com um conjunto genético único, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro; já do **ponto de vista embriológico**, a vida começa na terceira semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas e, para os embriologistas, é essa a idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez.

De outra banda, a **visão neurológica** compartilha do mesmo princípio utilizado para determinar a morte, ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica do cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema enfrentado pelos cientistas que defendem esta opinião, está relacionado a data exata em que esses sinais se manifestam, vez que para uns esses sinais cerebrais já existem na 8ª semana, para outros, só na 20ª semana .

Podem-se citar, ainda, no campo científico, as **visões ecológica e metabólica**, onde, para a primeira, a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser

independente e determina o início da vida. O pilar de sustentação desta teoria reside na afirmação médica de que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Saliente-se que este foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto.

Já para a segunda, ou seja, a visão metabólica, a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozóides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural.

Como dito acima, na ciência existem controvérsias quanto ao momento em que se inicia a vida e, portanto, alguns critérios biológicos são utilizados para se estabelecer o início da vida de um ser humano, conforme demonstrado em tabela apresentada por José Roberto Goldim, disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>. acesso em 30.03.2009.

TEMPO DECORRIDO	CARACTERÍSTICA	CRITÉRIO
0min	Fecundação fusão de gametas	Celular
12 a 24 horas	Fecundação fusão dos pró-núcleos	Genotípico estrutural
2 dias	Primeira divisão celular	Divisional
3 a 6 dias	Expressão do novo genótipo	Genotípico funcional
6 a 7 dias	Implantação uterina	Suporte materno
14 dias	Células do indivíduo diferenciadas das células dos anexos	Individualização
20 dias	Notocorda maciça	Neural
3 a 4 semanas	Início dos batimentos cardíacos	Cardíaco
6 semanas	Aparência humana e rudimento de todos os órgãos	Fenotípico
7 semanas	Respostas reflexas à dor e à pressão	Sensciência
8 semanas	Registro de ondas eletroencefalográficas (tronco cerebral)	Encefálico
10 semanas	Movimentos espontâneos	Atividade
12 semanas	Estrutura cerebral completa	Neocortical
12 a 16 semanas	Movimentos do feto percebidos pela mãe	Animação
20 semanas	Probabilidade de 10% para sobrevivida fora do útero	Viabilidade extra-uterina
24 a 28 semanas	Viabilidade pulmonar	Respiratório
28 semanas	Padrão sono-vigília	Autoconsciência
28 a 30 semanas	Reabertura dos olhos	Perceptivo visual
40 semanas	Gestação a termo ou parto em outro período	Nascimento

2 anos após o nascimento	"Ser moral"	Linguagem para comunicar vontades
--------------------------	-------------	-----------------------------------

Ainda acerca do início da vida, em 1965, quando do recebimento do Prêmio Nobel de Medicina e Fisiologia, os pesquisadores franceses François Jacob e Jacques Monod, citados por Rosa Maria Ferraz (2007, p. 2), assim se manifestaram: "não há solução para este problema, pois é bem evidente que a vida jamais começa, ela continua, e continua a três bilhões de anos".

1.2.3 O início da vida sob a perspectiva religiosa

Ainda na mesma reportagem de novembro de 2005, da revista superinteressante, pôde-se concluir que, não diferente do que ocorre com a ciência, o início da vida também é amplamente discutido sob a ótica religiosa. Algumas doutrinas defendem-na de forma categórica, outras, no entanto, defendem-na de forma ponderada.

Para o catolicismo, apoiando a visão genética, o início da vida se dá na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não um ser humano em potencial e, portanto, devendo, desde este momento, ter seus direitos garantidos. Por mais de uma vez, o papa Bento XVI reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões, segundo Sua Santidade, o ato de "negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano". Para os católicos, somente Deus pode tirar a vida.

No entendimento do **judaísmo**, a vida começa no 40º dia, momento em que o feto começa a adquirir forma humana. Segundo o rabino Shamai, de São Paulo. "Antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio". Assim, o judaísmo permite a pesquisa com células tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de estupro.

Para a doutrina **islâmica**, o início da vida acontece quando a alma, no feto, é soprada por Alá, o que ocorre cerca de 120 dias após a fecundação, no entanto, existem estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a vida da mãe e tendem a apoiar o estudo com células tronco embrionárias.

Na concepção **budista** a vida é um processo contínuo e ininterrupto, não começando quando da união de óvulo e espermatozóide, mas estando presente em tudo o que existe – nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água, ou seja, para os budistas, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões.

Por fim, **para o hinduísmo**, alma e matéria se encontram na fecundação e é aí onde começa a vida. Para os hindus, como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Quanto ao aborto, os hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: mãe, pai, feto e sociedade, assim, em geral, se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe.

1.2.4 O início da vida sob a perspectiva filosófica

Além dos critérios científicos e religiosos, a filosofia dá a sua contribuição na conceituação e/ou delimitação acerca do início da vida.

Heveline Sanchez Marques, citando Alarcón em seu trabalho monográfico, intitulado “A anencefalia e o direito da mãe de interromper a gestação” (2006, p. 12) fala sobre o início da vida filosoficamente, expondo o que segue:

[...] o conceito aristotélico de vida, apontando que o filósofo grego definia a vida como *‘aquellos por lo cual un ser se nutre, cresce e perece por si mismo’*, [...] a segunda consideração, concede uma peculiar importância à idéia de um interior e um exterior, o que não pode ficar despercebido, visto que, sendo a vida algo que passa e torna a passar, entre a alma e um corpo, isto sugere, então, a noção de, pelo menos duas dimensões vitais, uma material e outra imaterial, no caso fortemente ligadas uma a outra.

Por sua vez, Olinto A. Pegoraro, filósofo PHD pela UERJ, no “caderno Saúde Coletiva”, disponível em www.nesc.ufrj.br/cadernos/2004_1/opiniaocad20041_olinto.pdf, acesso em 17.04.2009, afirma que a filosofia defende duas posições principais a respeito de quando começa a pessoa humana, sendo uma clássica, elaborada no século VI pelo filósofo Severino Boécio e a outra contemporânea, construída sobre o conceito de existência. Segundo ele, Severino Boécio defendia que a pessoa é uma essência dada e constituída toda inteira desde o início da concepção, pessoa é uma natureza capaz de raciocínio: animal racional. Onde há vida humana, ali há uma pessoa intocável e do mesmo valor e dignidade dos adultos.

De outra banda, a filosofia contemporânea não define a pessoa a partir da essência racional, mas considera a pessoa como uma existência em expansão, isto é, a pessoa não é dada desde o início, mas vai acontecendo, constituindo-se ao longo de toda a vida; nossa personalidade é constituída pelas relações positivas familiares, sociais, culturais e podemos destruí-la pelas relações negativas. Por isso, afirma o autor, para esta teoria, a pessoa é um processo de acontecer, nunca terminamos de nos construir, porque a pessoa é uma realidade potencial que está sempre desenvolvendo e explicitando suas virtualidades.

Como visto até aqui, o ser humano há muito é estudado por diversos grupos, a exemplo da filosofia e, por sua complexidade, nunca deixará de ser, pois a cada dia surgem novas dúvidas e, com estas, o desejo de desvendá-lo.

1.2.5 O início da vida sob a perspectiva jurídica

Não diferente dos outros estudos já citados, o aspecto jurídico do conceito vida, bem como, a partir de qual momento ela se inicia, é bastante polêmico, tendo em vista a relevância da questão do início da personalidade jurídica, já que, com esta, o homem torna-se sujeito de direitos.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, garante, dentre outros direitos fundamentais, o direito à vida, sendo este considerado o mais fundamental de todos os direitos, já que, segundo Alexandre de Moraes (2004, p. 65), se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

O mesmo autor (2004, p. 66), continua afirmando que este direito à vida, difundido por nossa Carta Magna, deve ser assegurado em sua dupla significação: o direito de continuar vivo e o direito de se ter vida digna quanto à subsistência, já que, a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive uterina.

O nascituro possui, em nosso ordenamento jurídico, amparo legal peculiar, vez que, tanto o Direito Civil, como o Direito Penal, dispensam, a ele, regime protetivo.

O artigo 2º, do Código Civil pátrio diz que *a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*. Predomina, portanto, para se ter início a personalidade jurídica, a teoria do nascimento com vida, onde nascimento com vida, para o direito civil, é entendido como a ocorrência da respiração, ou seja, respirou, logo nasceu com vida, não se exigindo, assim, outros critérios, nem mesmo que a vida seja viável, apenas que tenha existido respiração, o

que fica bem corroborado quando da análise do art. 53, § 2º, da Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos): “No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o do nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas”.

Tal critério deixa claro que, ao nascituro, serão garantidos os seus direitos desde a concepção, apenas se vier a nascer com vida, ou seja, como observado por Venosa (2005, p. 153), os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva e, explicado por Patrícia Partamian Karagulian (2007, p. 71 e 72): “[...] o nascituro tem expectativa de direitos, os quais só vão se concretizar quando do nascimento com vida e, a partir daí, poderá receber doações, herdar, ser legitimado, reconhecido, ser representado por seu curador, entre outros direitos”.

Em contrapartida, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, citados por Patrícia Partamian Karagulian (2007, p. 73), defendem que

[...] Mesmo não havendo nascido com vida, ou seja, *não tendo adquirido personalidade jurídica*, o natimorto tem humanidade e por isso recebe proteção jurídica do sistema de direito privado, pois a proteção da norma ora comentada a esse se estende, relativamente aos direitos de personalidade (nome, imagem, sepultura etc.).

Para o Direito Penal, segundo ensinamento de Capez (2005, p.109), ao tratar de aborto, afirma que todos os direitos do nascituro estão garantidos desde o momento da concepção, sem relevar o aspecto do nascimento. Senão, vejamos:

[...] A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez está configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto [...], pois após o início do parto poderemos estar diante do delito de infanticídio ou homicídio.

O certo é que critérios tão subjetivos como vida e morte nunca serão definitivamente conceituados, principalmente porque as pesquisas científicas avançam diuturnamente. No entanto, visando a proteção jurídica tão difundida em nosso ordenamento jurídico e defendida por um Estado, dito, Democrático de Direito, urge necessária, a adoção de um critério, claro, simples e homogêneo para delimitar a partir de quando tem-se início a vida, assim como aconteceu, para a aprovação da lei de transplantes (Lei nº 9.434/1997, alterada pela Lei nº 10.211/2001), a delimitação de um critério para definir quando se dá a morte do ser humano.

1.3 Fim da vida

A morte é o evento natural encarado com menos naturalidade pelo ser humano, talvez porque, desde a infância, o assunto é banido do nosso cotidiano, é tido como um mistério, chegando a ser encarado até como assunto inconveniente pelos nossos semelhantes. No entanto, há de se convir que o evento morte é mais abrangente e instigante do que imaginamos, basta, para tanto, nos depararmos com comentários acerca dela em diversos campos da literatura, quer artística, como elegantemente descrita pelo escritor irlandês Oscar Wilde e disponível em www.gostodeler.com.br/materia/5420/A_Morte_e_efeit.html acesso em 30.03.2009: “(...) Morte é o fim da vida, e toda a gente teme isso, só a Morte é temida pela Vida, e as duas refletem-se em cada uma (...)” ou com o desdém expressado pelo poeta e dramaturgo Garcia Lorca e disponível em <http://www.fae.unicamp.br/vonzuben/morte.html> acesso em 30.03.2009: "Como no me he preocupado de nacer, no me preocupo de morir".; quer religiosa, como descrito no livro de Gênesis 3:19: “(...) porque és pó, e em pó te hás de tornar”.

Diante destas considerações, deve-se concluir que vida e morte se contrapõem e andam lado a lado. Se nascemos, um dia morreremos, no entanto, não encaramo-las com a mesma naturalidade, vez que, nascimento sugere vida, celebração, alegria, dá ensejo a possibilidades, ao passo que morte nos traz sentimentos de perda, insatisfação, incerteza, seja pelo fato do momento de comprovação da morte, seja pelo misticismo que nos envolve ao indagarmos o que nos acontecerá após este evento, enfim, interpretamo-la como sendo o fim.

1.3.1 Teorias sobre o fim da vida

A morte, como fato que é, é considerada através de várias perspectivas, sendo o seu significado discutido nos âmbitos religioso, social, filosófico, biológico, jurídico, etc, e divulgada sob a égide de várias teorias. Segundo artigo escrito por Max Heindel, disponível em <http://linknatural.wordpress.com/2008/05/30/vida-e-morte-tres-teorias> acesso em 30.03.2009, três são as teorias mais divulgadas e preponderantes acerca da morte, quais sejam:

A teoria Materialista (monista) ou a teoria da “extinção absoluta”, a qual sustenta que a vida é uma viagem do berço ao túmulo, que a mente é o resultado de certas correlações

da matéria, que o homem é a mais elevada inteligência do Cosmos, e que a sua inteligência perece quando o corpo desintegra-se, após a morte.

A teoria Teológica ou a teoria do “céu e inferno”, que, por sua vez, afirma que em cada nascimento uma alma recém-criada por Deus entra na arena da vida, passando pelas portas do nascimento, a esta existência visível e que ao fim de um curto período de vida no mundo material passa, através dos portais da morte, ao invisível além, de onde não volta mais; que sua felicidade ou desgraça ali é determinada para toda a eternidade pelas ações que tenha praticado durante o período infinitesimal que vai do nascimento à morte.

E, por fim, a teoria do Renascimento (dualista) ou a teoria da “reencarnação”, que ensina que cada alma é uma parte integrante de Deus, contendo em si todas as potencialidades divinas, do mesmo modo que a semente contém a planta; que por meio de repetidas existências em corpos terrestres de qualidade gradualmente melhor, as possibilidades latentes convertem-se lentamente em poderes dinâmicos; que ninguém se perde neste processo, mas que toda a humanidade alcançará por fim a meta da perfeição e a religação com Deus.

Além destas teorias, a morte é estudada, cientificamente, pela tanatologia, oportunidade onde são estudados fenômenos, causas, consequências, repercussões jurídico-sociais, para serem amplamente utilizados pela Medicina legal.

1.3.2 A morte ao longo do tempo

Em reportagem da revista *superinteressante*, edição 221, de dezembro de 2005, disponível em http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo_418494.shtml#top acesso em 30.03.2009, foi abordada a história da morte ou de como a mesma era encarada: no século XVIII, começaram as dúvidas sobre a morte, vez que, o fato de pessoas serem enterradas vivas, assustava toda a Europa. Nesse período foram inventados os mais curiosos métodos de comprovação do óbito. O médico francês Jean Baptiste Vincente Laborde criou a técnica de puxar a língua do defunto por três horas. Na Alemanha, eram construídas câmaras mortuárias, onde os cadáveres eram mantidos, sob vigilância, até começarem a apodrecer.

Apenas por volta de 1846 e, a partir de estudos realizados pelo francês Eugene Bouchut, começaram a ser estabelecidos critérios para determinar o fim da vida. O estudo de Bouchut consistia em observar, durante dez minutos, três sinais de morte: ausência de respiração, dos batimentos cardíacos e da circulação. Essa técnica ficou conhecida como a

tríade de Bouchut e passou a ser adotada pela medicina em geral. Neste momento, portanto, o coração ganhou status de principal órgão da vida e, sua parada, indicação definitiva da morte.

Mais tarde, no final do século XIX, o legista Paul Brouardel, verificou que o coração de pessoas decapitadas continuava a bater por até uma hora, concluindo, assim, que a morte não era uma questão de coração e pulmão, mas de sistema nervoso central. À observação de dano ao sistema nervoso central foi somada a tríade: se, sob um forte feixe de luz, a pupila estiver dilatada, quer dizer que as funções neurológicas não existem mais. É sinal de morte.

Ainda na mesma reportagem foi relatado que o último suspiro do batimento cardíaco, como critério de vida, aconteceu nos anos 50, com a fabricação dos respiradores artificiais, vez que, as batidas do coração passaram a ser controladas por estímulos elétricos do marcapasso e reanimadas pelo desfibrilador. Por isso, em 1957, um grupo de médicos franceses foi ao Vaticano pedir ajuda ao papa Pio XII, o qual respondeu, após três dias, no texto, O prolongamento da vida, que "a morte não é território da Igreja. Cabe aos médicos dar sua definição".

Em 1968, foi formado um comitê, na Universidade de Harvard, para estabelecer critérios mínimos de morte. Referido comitê determinou, após a realização do primeiro transplante, que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte total, ou seja, a idéia difundida foi a de que existe um ponto, a partir do qual, a destruição das células do tronco cerebral é de tal ordem que o indivíduo não tem mais como se recuperar. Esse momento engloba toda a atividade encefálica, não apenas lesões que deixam uma pessoa em coma ou inconsciente para sempre. Desde então, o padrão de morte de Harvard vem sendo adotado pela maioria dos países, inclusive pelo Brasil, quando do sancionamento da Lei de transplantes de órgãos e tecidos (Lei nº 9.434/1997, alterada pela Lei nº 10.211/2001).

Acerca do critério adotado para definir quando se dá a morte, a doutora em direito, Daisy Giogliano em estudo publicado no site www.portalmedico.org.br, acesso em 02.02.2009, sobre a morte encefálica de pacientes terminais, referindo-se ao transplante em seres humanos em que necessita de sinais de vida para retirada de órgãos, assim se posiciona:

[...] a fixação de critérios na determinação da morte denominada "cerebral" foi-se estabelecendo à luz das normas que se criaram para a realização dos transplantes, o que ensejou os mais variados debates sobre o assunto, na busca de uniformização de conceitos [...]

O conceito de morte do ser humano, como visto, tem variado ao longo do tempo, todavia a definição da morte humana, como sendo a morte do encéfalo é hoje universalmente aceita. Senão, vejamos a opinião de Fernando Tenório Gameleira, Ricardo Macedo Camelo, Rogério Correia de Araújo, João Pedro Jatobá Neto e Roberto Lúcio de Gusmão Verçosa, em trabalho coletivo sobre morte isolada do tronco encefálico, disponível no site www.epilepsia.org.br, acesso em 01.04.2009:

O diagnóstico de morte encefálica baseia-se num princípio elementar de perda completa e irreversível de todas as funções do encéfalo, concomitante ao início da desintegração encefálica. Desse modo, é um equívoco conceituar a morte apenas em bases funcionais.[...] A clareza no conceito de morte encefálica é essencial para a credibilidade do processo de doação de órgãos para transplantes e quaisquer dúvidas sobre a morte do doador, poderia ser catastrófico para este processo.

Dando continuidade com a abalizada tese dos pesquisadores suso mencionados, os mesmos afirmam existirem três vertentes no conceito de morte encefálica, quais sejam, morte de todo o encéfalo, morte do tronco encefálico e morte neocortical. No entanto, advertem que considerar a morte isolada do tronco encefálico como sinônimo de morte encefálica constitui um pragmatismo que pode levar ao exagero de se considerar, também, a morte neocortical como equivalente à morte encefálica e, nesta situação, também indicar a doação de órgãos para transplante [...].

Os pesquisadores advertem, ainda, que esta argumentação traz consigo o perigo de implementar conceitos falsos na determinação da morte e considerar a pessoa como morta quando ainda está viva e compartilham da opinião de que uma pessoa deva ser considerada morta quando todos os processos metabólicos encefálicos tenham cessado irreversivelmente e a autólise¹ tenha sido iniciada. Por fim, firmam sua opinião na afirmação de que **a morte, desta forma, é uma situação absoluta e de fácil definição, não dependendo, portanto, de conceitos filosóficos, religiosos ou morais.** (destaquei).

É importante destacar que no Reino Unido, na Índia e em outras ex-colônias britânicas, a morte isolada do tronco encefálico (bastante rara) é suficiente para definir a morte humana, já nos Estados Unidos, Holanda e América Latina, inclusive o Brasil, permanece a necessidade da morte encefálica para caracterizar a morte do indivíduo. Resultado desta afirmação, repita-se, é o critério de morte, adotado com o surgimento da lei de transplantes (Lei nº 9.434/1997, alterada pela Lei nº 10.211/2001), onde o conceito de

¹ Processo pelo qual uma célula se autodestrói espontaneamente.

morte, em seu artigo 3º, foi definido, vez que necessário à realização da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento:

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.

1.3.3 Critérios científicos de morte

Como visto, a morte, para o senso comum, é encarada como o fim da vida, não há distinção, ou seja, morte é morte e fim. Portanto, é interessante expor alguns dos critérios científicos existentes para se delimitar a morte, uma vez que, não podem deixar de ser considerados por, cada um deles, trazer fundamentos viáveis.

De acordo com informações obtidas no artigo “Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia”, escrito por Rodrigo Siqueira Batista e Fermin Roland Schramm e disponível em http://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S1413-81232004000100004&script=sci_arttext. acesso em 30.03.2009, a morte, cientificamente considerada, pode ser clínica, biológica, encefálica, cerebral, neocortical, psíquica, entre outras. Aqui, apenas estas já citadas, serão, brevemente, abordadas.

A morte clínica é caracterizada pela parada cardíaca, respiratória e midríase paralítica (evento que surge 30 segundos após a suspensão dos batimentos cardíacos) e, dependendo das medidas adequadas de reanimação, pode ser reversível; já a biológica, de caráter irreversível, é considerada uma progressão da morte clínica, caracterizada pela destruição celular em todo organismo e pela ativação da enzima catepsina, a qual permanece inerte durante a vida.

A morte encefálica ou *whole brain criterion*, por sua vez, é a adotada pela legislação brasileira, quando do sancionamento da lei dos transplantes e se caracteriza por uma série de parâmetros que atestam a lesão encefálica irreversível, ou seja, é a morte do cérebro, incluindo o tronco cerebral, que desempenha funções vitais como o controle da respiração. Quando há morte encefálica, o centro respiratório se torna danificado de forma irreversível; de outra banda, na morte cerebral, há a perda da consciência da respiração, no entanto, por a mesma ser dotada de um componente voluntário e outro involuntário, este, na morte cerebral, permanece funcionando de forma automática, portanto, a morte cerebral não

deve ser confundida com a encefálica, por nesta a perda da respiração ser irreversível; por sua vez, a morte neocortical ou high brain criterion, em oposição à morte aceita como encefálica, se dá quando um indivíduo perde irremediavelmente sua consciência, perdendo a capacidade de comunicação e a sua afetividade, características identificadoras de sua personalidade, ou seja, apesar de o seu corpo ser considerado, biologicamente, vivo, este indivíduo já pode ser considerado morto, no entanto, como advertido linhas acima, o critério de morte neocortical não é bem aceito pela medicina, por não ser um diagnóstico irrefutável.

E, por fim, a morte psíquica ou psicológica que é caracterizada quando a percepção psicológica da morte antecede a morte biológica ou, ainda, quando alguém se vê reduzido com suas possibilidades de existência, se negando a viver, por não ver sentido em continuar vivendo. A morte psíquica, assim, pode ser entendida como uma inibição da vida, uma morte que ocorre com a psique e não com o corpo, é a identidade estabelecida entre a morte e o processo de morrer.

Assim como acontece com o início da vida, a morte é estudada sob diversos ângulos e muitos são os conceitos a ela dados, sem que, no entanto, tenha se chegado a um consenso, a um critério uno, a não ser, diante da necessidade médica surgida, o conceito adotado na lei de transplantes, qual seja, o critério de morte encefálica, como visto linhas acima.

CAPÍTULO II O ABORTO E SUAS PECULIARIDADES

O aborto, por ser um tema bastante polêmico e dividir opiniões em diversos campos do pensamento da humanidade, pode ser focado por vários ângulos, como o social, o religioso, o político, o jurídico, o médico, o psicológico, o ético, entre outros e, dessa forma, faz com que existam diversas definições para conceituá-lo.

2.1 Conceito

Etimologicamente, a palavra aborto tem origem no latim *abortus*, derivado de *aboriri* (perecer), por sua vez, composto de *ab* (distanciamento, a partir de) e *oriri* (nascer).

Doutrinariamente, vários são os conceitos existentes para defini-lo, senão vejamos:

Segundo Capez (2005, p. 109):

Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno.

Ladislane Ferreira da Paixão, citando Ney Moura Teles, em trabalho monográfico, intitulado “A legalização do aborto em casos de fetos anencefálicos”, (2006, p. 12), diz que:

Tem-se por aborto o ato pelo qual se interrompe, de forma natural, acidental ou provocada, uma gravidez, tendo como resultado a conseqüente morte do feto, pelo qual se pode inferir, desde logo, a existência de três espécies do mesmo: os abortos natural ou involuntário, acidental e o provocado ou voluntário, que, por sua vez, desdobra-se em criminoso ou legal.

Já Paulo Sérgio Leite Fernandes (1984, p. 32), acompanhando a opinião de Hélio Gomes, entende por aborto “a interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu estado evolutivo, desde a concepção até momentos antes do parto”.

E complementa, arazoadamente, sua definição, dizendo:

É evidente que para se tornar penalmente relevante, o abortamento deve ter por fim a interrupção da gravidez, na qual o feto apresente ou desenvolvimento regular ou, pelo menos, um mínimo de condições que o tornem apto a sobreviver, quer dentro do útero, quer, mais tarde, em vida extra-uterina.

E. Magalhães Noronha (1996, p. 53), sinteticamente, diz que aborto “é a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo, embrião ou feto”.

Expostos alguns dos muitos conceitos existentes para a definição do aborto, é interessante destacar que tanto é usado o termo aborto quanto abortamento para designar o ato de abortar, onde aborto é considerado como sendo o produto da interrupção da gravidez e abortamento o ato em si. Para critérios de especificação, utilizaremos o termo aborto, por ser o adotado no Código Penal Pátrio.

2.2 Histórico sobre o aborto

O aborto é um dos temas mais polêmicos em discussão na atualidade, no entanto, por mais que se apresente como assunto contemporâneo, o aborto há muito é discutido pela humanidade.

De acordo com informações obtidas no site: http://pt.wikipedia.org/wiki/Legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_o_aborto. acesso em 10.05.2009, sobre a história do aborto, este, com sua história ainda em marcha, nem sempre foi considerado crime, vez que, o feto era considerado simples apêndice do corpo da mulher e, esta, poderia dele assim dispor.

Para a incriminação do aborto, como acontece na atualidade, os mais diversos fatores, sejam eles de ordem social, política, econômica ou religiosa, foram levados em consideração.

Na civilização grega, Aristóteles defendia a prática abortiva, por entender apropriada ao equilíbrio do crescimento populacional; Platão, por motivos eugênicos, visando preservar a pureza da raça dos guerreiros; Sócrates, de outra banda, por entender o aborto como sendo um direito da mãe, aconselhava as parteiras a facilitarem o aborto às mulheres que assim o desejassem; e, por sua vez, Hipócrates, considerado o pai da medicina, negava o

direito ao aborto, tendo inclusive exigido dos médicos juramento², para que estes não dessem às gestantes bebidas fatais à criança no ventre.

Os sumérios, os assírios, o Código de Hamurabi e dos persas, proibiam o aborto e impunham punições severas àqueles que causassem a morte de uma criança nascitura.

Já a civilização dos gauleses, considerava o aborto como um direito do pai, ou seja, o método não visava a preservação da vida do feto e, sim, a autoridade exercida pelo chefe de família.

Em Roma, o aborto era uma prática comum e tolerada, nos primeiros anos da República, quando a natalidade era alta. No entanto, era punível quando feito sem o consentimento do pai. A atitude permissiva de Roma em relação ao aborto modificou-se quando, no segundo século depois de Cristo, a população começou a declinar, tendo, durante o Império, sido criadas leis antiabortivas muito rígidas.

Na Idade Média, a *Lex Romana Visigothorum* editava penas severas contra o aborto.

Com o surgimento do Cristianismo o aborto passou a ser repudiado socialmente, com base no mandamento: *não matarás*. É importante destacar que a Igreja, com os seus ensinamentos, exerceu primordial influência na criminalização do aborto, no entanto, nem sempre foi assim durante os séculos, vez que, interesses de ordem econômica e política interferiam nesta posição.

Senão, vejamos o que diz a respeito, Luiz Carlos Martins Alves Jr, em artigo publicado na Revista Juris Plenum, ano V, número 26, março de 2009, p. 84:

À luz desse paradigma social, a questão do aborto deixa de ser um tema privativo do indivíduo e se torna de interesse do Estado. O indivíduo, assim como a propriedade e os bens, deve ter uma função social, deve ser útil ao Estado. Nessa linha, a depender da sociedade, não cabia à mulher livremente dispor do seu corpo ou do feto que albergava em seu ventre, pois tanto ela – a mulher – quanto o feto poderiam ser úteis para o Estado. Obviamente que se descobrissem a ‘inutilidade’ do feto, o Estado poderia autorizar a prática do aborto. O interesse do Estado – e não o da mulher ou o do feto – deve prevalecer. [...]. O indivíduo, em vez de cidadão, é cliente dos serviços e favores estatais.

Durante o século XVIII muitos países do mundo criaram leis que convertiam o aborto em ilegal. O Código Penal francês de 1791, em plena Revolução Francesa, por exemplo, determinava que todos os cúmplices de aborto fossem flagelados e condenados a vinte anos de prisão. Mais tarde, o Código Penal francês de 1810, promulgado por Napoleão

² Juramento de Hipócrates: “Também não darei a uma mulher pessário abortivo”.

Bonaparte, previa a pena de morte para o aborto e o infanticídio, depois, no entanto, a pena de morte foi substituída pela prisão perpétua. Além disso, os médicos, farmacêuticos e cirurgiões eram condenados a trabalhos forçados.

Durante a Revolução Industrial, devido ao êxodo rural e conseqüente inchaço populacional nas cidades, o aborto clandestino foi freqüentemente praticado, vez que, muitas eram as gestações indesejadas, porque oriundas de relações extraconjugais. A burguesia insatisfeita com tal prática, por temer a diminuição da mão-de-obra barata, aderiu ao pensamento cristão e, utilizando-se de forte influência política, passou a condenar rigidamente a prática abortiva através de uma política de repressão sexual.

O surgimento da Segunda Guerra Mundial fez com que o Estado punisse severamente a prática abortiva, em virtude, principalmente, do elevado número de soldados mortos em combate. Tal pensamento perdurou até a década de sessenta, momento de relevantes modificações, principalmente, no campo da sexualidade, onde a mulher, através de manifestos feministas, deixou de ser vista como mero aparelho reprodutivo e passou a ser enxergada como peça essencial à estrutura social, tendo, em conseqüência, o exercício ao livre arbítrio e, assim, podendo dispor do seu próprio corpo.

A União Soviética, em meio a grandes transformações políticas e sociais, foi o primeiro país a legalizar o aborto, os quais seriam gratuitos e sem restrições para qualquer mulher que estivesse em seu primeiro trimestre de gravidez. Saliente-se que Lenin foi o precursor na defesa à legalização do aborto, embasando-se, para tanto, na emancipação das mulheres, para que estas obtivessem informações sobre métodos contraceptivos e sobre o próprio aborto, visando, assim, livrá-las da função de meras reprodutoras. No entanto, a política de despenalização foi interrompida por Stalin, só sendo retomada após sua morte.

A segunda nação moderna a legalizar o aborto foi a Alemanha Nazista, em junho de 1935, mediante uma reforma da Lei para a Prevenção das Doenças Hereditárias para a Posteridade. Inicialmente tal lei visava a prática abortiva em crianças geradas por mulheres de "má hereditariedade" ("não-arianas" ou portadoras de deficiência física ou mental). Posteriormente, os critérios e idade das crianças foram se ampliando, chegando a alcançar crianças já nascidas até se transformar em um programa de eutanásia, onde milhares de crianças alemãs, mesmo consideradas racialmente "arianas", foram enquadradas dentro de tal programa, muitas por razões sociais em vez de defeitos físicos, ou seja, nos primeiros anos de vigência do programa somente crianças portadoras de sérios defeitos congênitos foram mortas, mas, à medida em que o tempo foi passando, a idade das crianças submetidas à

eutanásia foi aumentando e as indicações para as quais esta era recomendada foram se ampliando.

Foram mortas crianças por apresentar orelhas deformadas, por urinar na cama e outras enquadradas como "difíceis de educar". O programa nazista de esterilização, aborto e eutanásia foi um dos motivos que levou o Papa Pio XI a condenar o nazismo, na Encíclica *Mit Brennender Sorge*, publicada em 14 de março de 1937.

Em seguida, o aborto foi legalizado na Islândia (1935), na Dinamarca (1937) e na Suécia em (1938). Segundo alguns autores que tratam deste assunto, o pano de fundo comum na legalização do aborto nesses países escandinavos foi um passado de tradição protestante luterana, que criou um ambiente favorável para que esses países fossem mais receptivos a uma reforma sexual.

No Brasil, o Código Penal do Império, datado de 1830, não previa a criminalização do aborto praticado pela própria gestante (auto-aborto), apenas o praticado por terceiro, o auto-aborto só passou a ser punido mais tarde, em 1890.

Como se pode observar, já em 1830, o legislador dava preferência ao direito da gestante de dispor do seu próprio corpo, ou seja, o direito à liberdade, naquela época, se sobrepunha ao direito à vida.

2.3 O aborto e sua projeção mundial

Antes de falar de aborto no Brasil é interessante discorrer sobre o mesmo tema em outras legislações, haja vista, as diversidades que se sucedem. Segundo Carolina Alves de Souza Lima (2009, p. 54/56), os sistemas jurídicos, ao tratarem do aborto, são divididos em sistema restritivo, permissivo e intermediário, onde, no sistema restritivo “predomina a proibição absoluta do aborto, autorizando-se, excepcionalmente, o aborto terapêutico para salvar a vida da gestante”; no sistema permissivo, “considera a prática do aborto um direito da mulher, por entender os direitos desta, superiores aos direitos do feto”; e no sistema intermediário, “a vida humana intra-uterina está protegida no âmbito penal como bem jurídico fundamental e a gestante só poderá solicitar autorização para abortar em situações expressamente permitidas pelo ordenamento jurídico, como nos casos de indicação terapêutica ou médica, indicação ética, indicação eugênica e indicação econômico-social”.

Em pesquisa realizada no site <http://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto> acesso em 30.03.2009, alguns dados acerca da legislação sobre o aborto no mundo foram colhidos, como veremos a seguir.

Dentre os países do continente americano que apóiam o aborto estão o Canadá e Cuba. Desde 1969, que a lei canadense permite a prática de aborto em situações de risco à saúde da gestante, tendo, em 1973, legalizado, completamente, a interrupção voluntária da gravidez. Vale salientar que o Canadá é um dos países do mundo a dar mais liberdade na prática abortiva, sendo, inclusive, dispensada assistência médica pública, nos hospitais do país, às cidadãs canadenses e às residentes em caráter permanente. Já em Cuba, desde o ano de 1959, a prática é permitida, sem restrição, até as doze semanas de gestação.

Em relação aos países do continente americano que proíbem o aborto em qualquer fase da gestação e sob qualquer circunstância, pode-se citar o Chile e a Nicarágua. Já, nos Estados Unidos da América, desde a década de setenta, o aborto foi legalizado na maioria dos estados, não o tendo sido no estado de Dakota do Sul e, na Argentina, o aborto é ilegal, com exceção do realizado a fim de evitar danos para a vida ou saúde da mulher e desde que não existam outros meios de evitar tais danos, bem como, quando a gravidez é resultante de estupro.

No continente europeu, todos os países, com exceção de Malta, permitem a realização do aborto:

Na Alemanha, é permitido, até as doze semanas, a pedido da mulher ou em consequência de violação ou outro crime sexual e, após as doze semanas, por razões médicas, como saúde mental, bem como, em condições sociais adversas; na Áustria, o aborto, também, é permitido até as doze semanas a pedido da mulher e, após este período, em caso de perigo de vida, risco de malformação fetal e quando a mulher é menor de quatorze anos; na Bélgica, até as doze semanas nos casos de gravidez que coloque em risco a vida da mulher, razões sociais ou econômicas e, após as doze semanas, em caso de sério risco para a saúde da gestante.

Já na Bulgária, o aborto é permitido, a pedido da mulher, até as doze semanas de gravidez, até as vinte semanas, se caracterizado risco médico e, após as vinte semanas, em caso de malformação do feto; na Dinamarca, é permitido, a pedido da mulher e mediante a apresentação de um requerimento a um médico ou centro social, até as doze semanas de gestação e, após este período, em caso de risco de vida ou saúde física da mulher, bem como, no caso de malformação fetal.

Na Espanha a prática abortiva foi legalizada em 1985 sendo permitida até as doze semanas em caso de violação sexual, após as vinte e duas semanas em caso de risco de malformação fetal e, em qualquer tempo, quando pode ocasionar perigo grave para a saúde física ou mental da mulher; na França, o aborto foi legalizado em 1975 e é permitido até as doze semanas a pedido da mulher, caso não tenha razões, sociais ou econômicas, para ser mãe e, após as doze semanas, em caso de risco de vida ou saúde física da mulher, risco de malformação fetal, sendo, para tanto, exigida a certificação da situação por dois médicos.

Não diferente, na Grécia, o aborto é permitido, até as doze semanas, a pedido da mulher, até as vinte semanas em caso de risco de vida ou saúde física ou mental da mulher, violação ou outros crimes sexuais e, até as vinte e quatro semanas, no caso de risco de malformação do feto. Já nos Países Baixos, o aborto é permitido, até as treze semanas, a pedido da mulher, após as vinte e quatro semanas em comprovadas situações de dificuldade e falta de alternativas da mulher; na Itália, é permitido entre as doze e treze semanas, por razões sociais, médicas ou econômicas e, permitida em qualquer momento, em caso de risco de vida ou de saúde física ou mental da mulher, risco de malformação do feto, violação ou outro crime sexual.

Com referência à Irlanda o aborto é permitido, apenas, em caso de risco de vida da mulher, incluindo o risco de suicídio; na Noruega é permitido, até as doze semanas, a pedido da mulher e, após as doze semanas, para proteger a saúde da mulher e nos casos de violação sexual; na Polônia, o aborto é permitido em caso de estupro, incesto, risco de vida ou saúde física da mulher ou risco de malformação do feto. Saliente-se, que, nos casos de justificação médica, esta deve ser realizada por dois médicos diferentes do que vai realizar o aborto.

Em Portugal, por sua vez, o aborto foi legalizado, por referendo, no ano de 2007, o qual criou a Lei nº 16/2007 e é permitido até as dez semanas a pedido da mulher e independentemente das razões; até as dezesseis semanas, em caso de violação ou crime sexual, não sendo, para tanto, necessária a queixa policial; até as vinte e quatro semanas, em caso de malformação do feto; e, em qualquer momento, em caso de risco de vida, perigo de irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida ou no caso de fetos inviáveis. É bom destacar que a lei que regulamenta o aborto em Portugal, exige que a grávida faça um período reflexivo de, no mínimo, três dias e que, durante tal período, seja disponibilizado atendimento psicológico e assistencial à gestante.

No Reino Unido, o aborto é legal na Inglaterra, Escócia e País de Gales desde 1967 e é permitido até as vinte e quatro semanas de gestação por razões sociais, médicas ou

econômicas e, após este período, nos casos de risco de vida, grave e permanente doença para a mãe e risco de malformação do feto.

Na Suécia, a primeira legislação acerca do tema data de 1938 e é permitido, a pedido da mulher, até as dezoito semanas de gestação e, até as vinte e duas semanas, por motivos de forma maior, como no caso de inviabilidade fetal; por fim, na Suíça, o aborto é permitido até as doze semanas de gestação, quando a mulher se encontra numa situação de emergência, no entanto, a mulher deverá ser informada, exaustivamente, antes de ser submetida à intervenção.

No continente asiático, o poder executivo da República da China, ante o elevado número de abortos realizados, propôs uma emenda à legislação vigente, visando, entre outras coisas, estabelecer um período de reflexão de três dias para todas as mulheres que desejam abortar, tal como acontece com a legislação portuguesa. Referida emenda obrigaria as mulheres a provar que consultaram um médico antes de decidir sobre o aborto, bem como, exigiria que as menores de dezoito anos obtivessem autorização de seus pais ou responsáveis.

Na oceania, em especial na Austrália e Nova Zelândia, o aborto foi legalizado desde a década de setenta, no entanto, na Austrália, por ter se tornado um problema de saúde pública, o governo anunciou um plano para reduzir o número de abortos, o qual visa o aconselhamento das gestantes na prevenção do aborto. Já na Nova Zelândia, o aborto é permitido, em qualquer caso, até as vinte semanas de gravidez e, após este prazo, quando prejudicar a saúde da mulher e, para tanto, exige-se que o mesmo seja realizado em instituições licenciadas, normalmente hospitais.

2.4 Aborto e religião

Como dito linhas acima, por ser um tema bastante polêmico, o aborto é enfocado pelas diversas áreas do conhecimento humano. A religião, como não poderia deixar de ser, é uma destas áreas e o aborda sob as mais diversas matizes, influenciando, desde os primórdios, na sua legalidade ou não.

Conforme estudos divulgados em www.wikipedia.org/wiki/Religioeaborto e www.aborto.com.br/religiao/index.htm acesso em 11.05.2009, o Cristianismo, a religião mais difundida no mundo, desde o seu início, afirmou a ilicitude de todo aborto provocado,

quando, no Didaché³, os apóstolos ensinavam que “*não matarás o fruto do ventre por aborto, e não farás perecer a criança já nascida*” .

Muitos outros seguidores dos ensinamentos cristãos confirmaram este pensamento quando afirmavam a ilicitude moral do aborto. A partir do século II, os concílios deram forma jurídica à condenação moral e decretaram que a mulher que praticasse aborto seria excomungada até o fim da vida e esta pena persiste até hoje, vez que, o Código de Direito Canônico prevê o seguinte: “quem provoca aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão *latae sententiae*”.

Segundo entendimento do canonista Pe. Jesus Hortal, a pena de excomunhão não deve ser restringida apenas à mãe, mas, também, a todos que no aborto intervieram, como médicos, enfermeiras, parteiras, bem como, marido, amante, pai etc. No mesmo sentido e, recentemente, o arcebispo de Olinda e Recife, dom José Cardoso Sobrinho, excomungou os envolvidos no processo de aborto realizado em uma menina de nove anos de idade, a qual fora estuprada pelo padrasto, afirmando, em reportagem publicada no site www.estadao.com.br/vidae/not_vid333981,0.htm acesso em 12.05.2009: “que o fim não justifica os meios. Este é o princípio, a doutrina moral da Igreja. Os adultos, quem aprovou e quem realizou esse aborto, incorreu na excomunhão”. (*sic*)

É interessante destacar que o cristianismo está subdividido em três: os adeptos do catolicismo romano, os seguidores do cristianismo ortodoxo e os partidários do protestantismo. Em relação ao aborto, católicos e ortodoxos não o aceitam em hipótese alguma, por entenderem que, se Deus dá a vida, só Ele poderá tirá-la. De outra banda e partilhando de um pensamento mais flexível e atualizado, encontram-se os protestantes ou evangélicos, que ponderam a prática abortiva, inclusive a de feto portador de anencefalia, optando pela preservação da vida da mãe, nos casos em que se pode optar. Saliente-se, também, que foram os países de maioria protestante, os primeiros a adotar legislações mais liberais em relação ao aborto.

Já nas religiões “secundaristas” o aborto é tratado sob as mais diversas posições, senão vejamos.

Para o Judaísmo, o feto só se transforma em ser humano quando nasce, bem como, a vida da mãe é mais sagrada que a do feto. Diversas correntes do Judaísmo aceitam o aborto apenas no caso de perigo de vida da mulher, enquanto outras o permitem em situações mais abrangentes por decisão da mulher.

³ Primeiro catecismo da religião cristã.

Em 1969, o rabino David Feldman, ao prestar depoimento num processo instaurado em Nova Iorque, em que se erguia a inconstitucionalidade das leis desse Estado contra o aborto afirmou que “do ponto de vista judaico, se o aborto não é desejável, também não é considerado um assassinato, e que em todos os casos é a saúde da mulher que prevalece, tanto no que se refere ao equilíbrio físico como psíquico”, e confirmou seu pensamento enfatizando o seguinte: “Ele interrompe indubitavelmente uma vida possível, mas o que os rabinos acentuam é que uma mulher que decide, após a concepção, interromper a gravidez, não estaria muito distante daquela que deixa de ter relações com seu marido para não conceber. Se no segundo caso não há homicídio, também não há no primeiro”.

Já o Islamismo permite o aborto nos casos em que a vida da mulher corre risco de morte e, até os 120 dias, por entender que neste período o feto ou embrião tem um estatuto de vida similar aos animais e plantas. Acerca deste período, em 1964, o grão mufti da Jordânia, escreveu: “Antigos juristas, há 1500 anos, afirmaram que é possível tomar medicamentos abortivos durante a fase da gravidez anterior à conformação do embrião em forma humana. Esse período gira em torno dos 120 primeiros dias, durante os quais o embrião ou feto não é um ser humano”.

Por sua vez, o Budismo fica dividido em relação a esta questão, pois uns vêem o aborto como sendo um ato de tirar a vida de um ser vivo e, como tal, inadmissível, outros, o aceitam, especialmente, nas situações em que o feto apresente problemas de desenvolvimento ou a gravidez possa ser problemática para os pais.

O Hinduísmo, apesar de classificar o aborto como um ato abominável, vem, desde 1971, permitindo-o, no entanto, a utilização do aborto como forma de seleção do sexo, levou o governo indiano, em 1994, a tomar medidas sérias contra esta prática em particular.

O Espiritismo, religião extremamente difundida no Brasil, considera o aborto um crime, mas por razões diversas das apontadas pela Igreja católica, já que vêem no ato uma recusa aos desígnios de Deus, ou seja, o espírito, segundo sua doutrina, sempre existiu, desligando-se, de um corpo, pela morte para, em seguida, reencarnar em outro. Portanto, para os espíritas, o aborto é tido como a frustração de um espírito que tem seu corpo abortado e que, caso a interrupção seja injustificável, referido espírito poderá tornar-se um inimigo perigoso, vindo a causar males futuros ao causador do aborto. Frise-se que, caso haja risco para a mãe, a interrupção da gravidez pode ser praticada, vez que, para esta doutrina, a vida do ser já existente é prioritária em relação ao ser que ainda não existe.

2.5 O aborto na legislação penal brasileira

O delito de aborto está disposto na parte especial do Código Penal pátrio, no Título I “Dos crimes contra a pessoa”, Capítulo I “Dos crimes contra a vida”, nos artigos 124 ao 128.

Nos artigos supracitados, o objeto jurídico tutelado, no auto-aborto (art. 124), é a vida do feto, ou seja a vida intra-uterina, já no aborto provocado por terceiro, tutelados estão o direito à vida do feto, bem como, a vida e a integridade física e psíquica da mulher (art. 127).

Dos tipos de aborto previstos, o auto-aborto, por tratar-se de crime de mão própria, poderá ser cometido, apenas, pela gestante, no entanto, é admitida a participação de terceiros, quando este apenas induz, instiga ou auxilia, de maneira secundária, a gestante a provocar o aborto em si mesma, senão, vejamos o que diz a respeito Delmanto (2007, p. 374):

Quem apenas auxilia a gestante, induzindo, indicando, instigando, acompanhando, pagando, etc., será co-partícipe do crime do art. 124 e não do art. 126 do CP. A co-autoria do art. 126 deve ser reservada, apenas, a quem eventualmente auxilie o autor da execução material do aborto (exs.: enfermeira, anestesista etc.).

De outra banda, os outros tipos de aborto, como o aborto provocado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante, por tratar-se, ambos, de crime comum, podem ser praticados por qualquer pessoa.

No tocante ao sujeito passivo, no delito de auto-aborto, apenas o feto é considerado sujeito passivo, por sua vez, o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, por tratar-se de crime de dupla subjetividade passiva, são considerados sujeitos passivos deste delito, tanto o feto quanto a gestante.

É importante frisar que a legislação penal brasileira não faz distinção, no crime de aborto, entre ovo – três primeiras semanas de gestação -, embrião – de três semanas a três meses de gestação - ou feto – a partir de três meses de gestação, sendo, portanto, caracterizado o aborto em quaisquer destas fases, desde que tenha havido a interrupção da gravidez, antes de se iniciar o parto. A respeito disto, Capez (2005, p. 112) descreve: “A ação física deve ser realizada antes do parto, ou seja, deve visar o ovo, embrião ou feto, pois, iniciado o parto, o crime passa a ser outro (homicídio ou infanticídio)”.

Como visto, a legislação penal brasileira não faz distinção entre ovo, embrião ou feto na caracterização do crime de aborto, como também não o faz no tocante à vitalidade ou

não do feto, todavia é relevante considerar a existência de um produto fisiologicamente normal, como defendido por E. Magalhães Noronha (1996, p. 54):

A gravidez há de ser normal. Difere da extra-uterina e da molar. A primeira se dá no ovário, fimbria, trompas, parede uterina (interstício), tendo como conseqüência, v.g., aborto tubário, rotura da trompa e litopédio. A segunda consiste em formação degenerativa do ovo fecundado, sendo sangüínea, carnosa e vesicular. A interrupção da gravidez extra-uterina não é aborto, pois o produto da concepção não atingirá a vida própria; sobrevirão antes, conseqüências muito graves, matando a mulher, ou pondo em sério risco sua vida. A expulsão da mola também não é crime, já que não existe aí vida.

Compartilhando deste pensamento, Mirabete (2001, p. 94), o afirma citando o julgado RT 397/101: “Já se decidiu que não importa ter havido prática tipicamente abortiva se o laudo pericial concluiu que a gravidez não era viável por se tratar de uma concepção frustrada que gerou embrião degenerado, inapto para produzir uma nova vida”.

Além disto, para a caracterização do crime, faz-se necessária a prova de que o feto se encontra com vida no momento da realização da conduta abortiva, pois, caso o feto já se encontre morto ou inexista a gravidez, haverá crime impossível, ante a impropriedade absoluta do objeto. Também ocorrerá crime impossível, pela ineficácia absoluta do meio empregado, quando a gestante ingere medicamentos não eficazes à ocorrência do aborto, ou se utiliza de rezas e/ou práticas supersticiosas.

De outra banda, quando há o emprego de meio relativamente inidôneo, como a ingestão de substância química capaz de provocar o aborto, no entanto, em quantidade não suficiente à consumação do delito, estar-se-ia, como afirmado por Capez (2005, p. 116), “diante de uma forma tentada do crime de aborto, afastando-se, então, a figura do crime impossível”.

O aborto é um crime doloso contra a vida, ou seja, é necessário que o agente queira o resultado ou assuma o risco de produzi-lo. Não se admite a modalidade culposa. Consuma-se com a interrupção da gravidez e a, conseqüente, morte do feto, inexigindo-se, para tanto, a expulsão do feto, pois como já visto, basta, para sua caracterização, a prova de que o feto se encontrava vivo quando do emprego dos meios ou manobras abortivas.

A tentativa, por sua vez, por tratar-se de crime material, é seguramente admitida e ocorrerá sempre que a morte do feto não se verificar por circunstâncias alheias à vontade do agente ou então quando, apesar das manobras ou meios utilizados, ocorra o nascimento precoce do feto e, este, mantenha-se vivo.

Responderá, também, pela forma tentada, o agente que, mesmo tendo se utilizado de meio idôneo à ocorrência do aborto, este veio a consumir-se em decorrência de outra causa independente. Como exemplo desta afirmação, o citado largamente na doutrina e, referendado por Capez (2005, p. 115): “gestante que, logo após o ministramento de substância abortiva pelo médico, sofre uma queda, vindo o feto a morrer em decorrência desta e não do emprego do meio abortivo.” Neste caso, gestante e médico, respondem pelo crime de aborto em sua forma tentada.

2.5.1 Tipos de aborto no código penal brasileiro

Antes de discorrer acerca dos tipos de aborto previstos no nosso ordenamento jurídico, é interessante mencionar que o aborto pode ser natural ou espontâneo, ou seja, é uma espécie de aborto, não criminoso, onde a interrupção da gravidez se dá pela ocorrência de patologias; acidental, também não criminoso e que se concretiza quando da ocorrência de situações exteriores e traumáticas, como quedas e choques, por exemplo; e o provocado que, por sua vez, divide-se em criminoso e legal, sendo o primeiro punível e o segundo causa excludente da ilicitude, como amplamente defendido pela doutrina.

O Código Penal pátrio prevê, ao longo dos seus cinco artigos, a existência de cinco formas de aborto provocado, a saber: aborto provocado pela gestante (auto-aborto) ou com seu consentimento (art. 124); aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125); aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126); aborto qualificado (art. 127); e aborto legal (art. 128), os quais serão, a seguir, analisados.

2.5.1.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Previsto no Código Penal no artigo 124 e, também, conhecido como auto-aborto, o tipo penal descrito é o seguinte: provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: pena - detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

Observa-se que a figura típica prevista neste artigo divide-se em duas, onde, a primeira figura, a do auto-aborto, é o praticado pela própria gestante e, segundo Capez (2005, p. 118), “é a própria mulher quem executa a ação material do crime, ou seja, ela própria emprega os meios ou manobras abortivas em si mesma.” Ou como defendido por Mirabete

(2001, p. 96): “Trata-se de crime especial, só podendo praticá-lo a mulher gestante.” Já, a segunda figura, a do aborto consentido, é o que se dá quando a gestante consente na prática abortiva, no entanto, a execução material é realizada por terceira pessoa, ou seja, à gestante compete apenas o consentimento para que o terceiro, nela, provoque o aborto. Acerca do aborto consentido, vejamos o que diz E. Magalhães Noronha (1996, p. 60):

Já no aborto consentido é outrem quem o executa, porém com aquiescência da mulher. A atuação desta não é secundária, como pode parecer a alguns, [...] a gestante não é inerte, mas coopera, consentindo nas práticas abortivas, isto é, sujeitando-se a estas com movimentos corpóreos (ao menos, pondo-se em... posição obstétrica): não omite, age.

Como já mencionado, por tratar-se de crime de mão própria, somente a gestante pode realizá-lo, no entanto, no tocante à possibilidade de concurso de pessoas, a doutrina divide seu entendimento. Para alguns o concurso de pessoas pode ocorrer na modalidade participação, jamais na co-autoria, senão vejamos a opinião de Capez (2005, p. 118/119):

É possível a participação nessa modalidade delitativa, na hipótese em que o terceiro apenas induz, instiga ou auxilia, de maneira secundária, a gestante a provocar o aborto em si mesma, por exemplo, indivíduo que fornece os meios abortivos para que o aborto seja realizado. Nessa hipótese, responderá pelo delito do art. 124 do CP a título de partícipe. Há, contudo, posicionamento na jurisprudência no sentido de que o terceiro, ainda que atue como partícipe, teria a sua conduta enquadrada no art. 126 do Código Penal.

E a opinião do ilustre Mirabete (2001, p. 96/97): “Se o sujeito intervém na conduta de a gestante *consentir*, aconselhando, v.g., deve responder como partícipe do art. 124. Agora, se, de qualquer modo, concorrer no fato do terceiro provocador, responderá como partícipe do crime do art. 126 do CP”.

De outra banda, E. Magalhães Noronha (1996, p. 60), defendendo a não participação no delito de auto-aborto, assim menciona: “Em dita hipótese, o terceiro que materialmente provoca o aborto devia ser co-autor, porém, em face da disposição expressa do art. 126, comete este crime.”

É de se ressaltar que, por tratar-se de crime de ação múltipla, a gestante que consentir que terceiro lhe provoque o aborto, mas, logo em seguida, o auxilie no emprego das manobras abortivas em si mesma, responderá, somente, pela conduta do art. 124 do Código Penal, ao passo que o terceiro que executou materialmente a ação provocadora do aborto, responderá pelo tipo previsto no art. 126 do CP (aborto provocado com o consentimento da gestante).

Neste caso, como bem defendido por Capez (2005, p. 119) há uma exceção à teoria monística defendida no art. 29, do Código Penal, qual seja, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, ou seja, o mesmo Código Penal, defensor da teoria monística, dispensou tratamento penal diverso a quem executa o tipo penal mais gravoso, constante no artigo 126 (pena de reclusão, que varia de um a quatro anos) e a quem consente que terceiro lhe provoque a conduta descrita na segunda parte do artigo 124 (pena de detenção, que varia de um a três anos).

2.5.1.2 Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante

O aborto provocado por terceiro e sem o consentimento da gestante está previsto no art. 125 do Código Penal, assim disposto: provocar aborto sem o consentimento da gestante: pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos. Como visto, trata-se da forma mais grave do crime de aborto vez que, ao contrário da figura prevista no artigo 126, aqui a gestante não consente na utilização dos meios ou manobras abortivas, ou seja, esta, também, é sujeito passivo do delito.

Para a caracterização do tipo em estudo, não é exigida a discordância expressa da gestante, bastando, apenas, o emprego de meios ou manobras abortivas necessárias à concretização do crime sem o conhecimento daquela. No entanto, por constituir a elementar do tipo a ausência de concordância, se esta se encontrar presente, a conduta do agente não será atípica, será, por sua vez, enquadrada no tipo previsto no art. 126 do CP (aborto com o consentimento da gestante).

Como disposto no parágrafo único do artigo 126 do Código Penal, haverá a ocorrência do aborto sem o consentimento da gestante, quando o agente se utilizar de fraude, violência ou grave ameaça contra a gestante (dissentimento real) ou quando a gestante for menor de 14 (quatorze) anos, alienada ou débil mental (dissentimento presumido).

Segundo E. Magalhães Noronha (1996, p. 61) fraude “é o ardil, o artifício que gera ou faz permanecer o erro da gestante”; violência “é a força física, a *vis corporalis* ou *atrox*”; e ameaça “é a promessa de um mal a alguém”, ou seja, na fraude a gestante não percebe que está sendo enganada, já na violência e grave ameaça, ela tem o conhecimento da agressão, no entanto, por motivos físicos ou psíquicos, cede à conduta do agente, por encontrar-se impedida de agir de forma diversa. Saliente-se que se o agente acredita ter tido o

consentimento da gestante movido por erro justificado pelas circunstâncias, haverá, segundo Capez (2005, p. 120), “o deslocamento da subsunção penal para a norma do art. 126”.

2.5.1.3 Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante

Figura disposta no artigo 126 da legislação penal brasileira vigente e assim configurada: provocar aborto com o consentimento da gestante: pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Aqui, como visto no item 2.5.1.1, ocorre a incidência de duas figuras, uma para quem consente, no caso a gestante, que responderá pelo delito previsto no art. 124 do CP e outra para o terceiro que pratica as manobras abortivas ou provoca o aborto, respondendo, assim, pelo crime aqui descrito.

A elementar deste tipo é o consentimento da gestante, o qual poderá ser válido ou inválido, como defendido por Capez, que afirma ser consentimento válido o dado pela gestante que tenha capacidade para consentir, advertindo, para tanto, que esta capacidade não é a civil e sim, a vontade real da gestante, desde que juridicamente relevante, respondendo o agente, dessa forma, pelo delito do art. 126 do CP e, consentimento inválido, o consistente nas hipóteses previstas no parágrafo único do artigo em tela, as quais levarão o agente a responder pela figura típica do já comentado artigo 125 do Código Penal.

Além disto, o consentimento, que pode ser expresso ou tácito, deve existir desde o início da conduta até a consumação do crime, pois, caso a gestante desista do seu intento e o terceiro prossiga com a manobra, este responderá pelo delito mais grave (artigo 125) e a gestante não responderá por delito algum.

Capez (2005, p. 121), citando Damásio de Jesus, afirma que se a gestante semi-imputável consentir o aborto, o crime permanecerá no art. 126, vez que, o parágrafo único deste artigo fala em alienada ou débil mental e estas são assim consideradas como os inimputáveis descritos no *caput* do art. 26, do mesmo *codex* e, em seguida, adverte que, a gravidez de menor de 14 (quatorze) anos, de alienada e débil mental, mesmo sendo considerado estupro com violência presumida, conforme previsto no art. 224, alíneas *a* e *b*, do CP não terá o seu consentimento válido quando este não for dado por representante legal, incorrendo o médico que o praticar no crime previsto no art. 125 do CP.

2.5.1.4 Aborto qualificado

O artigo 127 do Código Penal prevê a seguinte figura típica:

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 corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Antes de analisar esta forma de aborto, é interessante destacar o posicionamento de Capez (2005, p. 122) em relação ao mesmo, vez que, mencionado autor não considera as figuras descritas no artigo 127 como sendo qualificadoras, mas sim, como causas especiais de aumento de pena, funcionando como majorantes na terceira fase de aplicação da pena, ao contrário das qualificadoras, que fixam os limites mínimo e máximo da pena, entendimento este, frise-se, não acompanhado pela maioria dos doutrinadores.

Como se observa, o artigo 127 atinge os tipos penais previstos nos artigos 125 e 126, não atingindo, assim, a figura típica prevista no artigo 124, vez que, o ordenamento jurídico brasileiro não pune a autolesão nem o ato de matar-se. Conforme salientado por Mirabete (1996, p. 98):

Não responderá, também, pela qualificadora o partícipe quando lhe for imputado o crime previsto no art. 124. Há os que sustentam que responderão eles por lesões corporais culposas ou homicídio culposo, mas a nosso ver, trata-se de solução forçada, respondendo o agente por aborto simples, uma vez que não participou do ato de execução.

O delito em questão é espécie de crime preterdoloso, por existir o dolo no antecedente (aborto) e a culpa no consequente (lesão corporal grave ou morte). Observa-se, no entanto, que para ser considerado preterdoloso o agente não deve ter pretendido a conduta mais gravosa, sequer, eventualmente, pois, caso tenha havido dolo direto ou eventual, no tocante aos resultados mais gravosos, ele deverá responder pelo concurso de crimes, quais sejam, aborto e lesão corporal grave ou aborto e homicídio.

Além disto, tomando por base o comando previsto no artigo 19 do CP: “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”, para que possa incidir a qualificadora, o terceiro provocador deve ter contribuído, ao menos, de forma culposa, para a produção do resultado maior (lesão corporal grave ou morte da gestante), do contrário, não responderá pelo resultado qualificado, bem como, a inexistência de um nexos causal entre o aborto ou os meios empregados para a sua

prática e a ocorrência do resultado mais grave, o agente responderá pelo aborto na sua forma simples.

Frise-se que a lei exclui do delito em questão as lesões de natureza leve, por serem estas absorvidas por tal delito. Além desta, a lei também exclui as lesões de natureza grave, consideradas como “normais”, “necessárias” à concretização do aborto, como as lesões ocasionadas no útero, por exemplo, ou seja, a lei só leva em consideração as lesões de natureza grave “não-necessárias” ou “extraordinárias”, como bem defendido por E. Magalhães Noronha (1996, p. 62) e confirmado por Capez (2005, p. 123/124): “A lei, na verdade, teria em vista as lesões graves extraordinárias, ou seja, não necessárias a causação do aborto, como, por exemplo, infecções; do contrário, o crime de aborto seria sempre qualificado.”

2.5.1.5 Aborto permitido

Reza o art. 128, o seguinte:

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.

Como visto até aqui, o aborto é considerado crime, no entanto, nosso ordenamento abre duas exceções a esta regra, quais sejam, o aborto necessário ou terapêutico e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, também, denominado sentimental, humanitário ou ético e, a maioria da doutrina, considera-os como causas de exclusão da ilicitude, ou seja, o aborto é uma conduta ilícita, no entanto, quando praticado sob estas duas hipóteses, excluída estará sua ilicitude.

O aborto necessário ou terapêutico, segundo Delmanto (2007, p. 375) “é o aborto praticado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante”. Trata-se, conforme entendimento majoritário da doutrina, de espécie de estado de necessidade, sem necessitar, no entanto, que o perigo de vida seja atual, basta, para tanto, a constatação de que a gravidez trará um risco futuro para a vida da gestante.

Sendo assim, observa-se que o legislador optou pela preservação do bem maior e independente, que no caso, é a vida da mãe, em detrimento de um bem menor, ainda em formação e, por isso, dependente, o qual poderá, ante a superveniência de eventos naturais, sequer nascer. Como bem frisado por E. Magalhães Noronha (1996, p. 63): “É mister que haja risco de vida e não apenas dano à saúde ou higidez da mulher.”

Neste tipo penal, é dispensável tanto a autorização judiciária, vez que o médico já se encontra amparado legalmente, como a concordância da gestante ou dos seus familiares, no entanto, há necessidade do médico solicitar parecer de outros dois colegas, lavrando ata em três vias, das quais, uma será enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor do nosocômio onde o procedimento será efetuado.

Além disto, é de se observar que, apenas o médico poderá realizar o aborto terapêutico, ou seja, caso a enfermeira ou parteira o realize, incorrerá no delito previsto no art. 125 do Código Penal, contudo, estas não responderão por tal conduta se o perigo de vida para a mulher for atual, ocasião em que poderão alegar estado de necessidade em detrimento de terceiro, previsto no art. 24 do CP ou quando realizarem o aborto conjuntamente com o médico, auxiliando-o.

Saliente-se, por fim, que se o médico age com dolo, mesmo que eventual, realizando o aborto quando não necessário, responderá pela conduta prevista no art. 125, anteriormente apresentado, no entanto, segundo entendimento de Capez (2005, p. 125), “se a junta médica, **por erro de diagnóstico**, concluir pela necessidade do aborto que se revelou absolutamente desnecessário, ocorre erro, que exclui o dolo, e, portanto, o crime em questão. Trata-se de discriminante putativa prevista no art. 20, § 1º, do CP.” (destaquei).

No tocante ao aborto sentimental, previsto no inciso II, do art. 128 do CP, considera-o como sendo o realizado por médico nos casos em que a gravidez resulta de estupro, este, por sua vez, como definido por E. Magalhães Noronha (1996, p. 64), “é o delito definido no art. 213, que, sinteticamente, pode ser considerado como o coito vagínico violento”.

Como bem lembrado por Delmanto (2007, p. 375): “O aborto sentimental, também, denominado ético ou humanitário, leva-se em consideração a saúde psíquica da mãe decorrente do trauma causado pelo crime sexual de que foi vítima.”

Sendo assim, o nosso ordenamento jurídico permite que a mulher, vítima desta cópula, aborte, fundando-se, para tanto, no fato de que à mulher não deve se impor uma gravidez oriunda de um ato tão repugnante. Por outro lado, há quem impugne tal prática, sob

o argumento de que a origem delituosa de uma vida, que nenhuma culpa teve, não pode justificar sua destruição.

O certo é que, apesar de o feto ser um bem juridicamente protegido, tem-se como bem significativamente relevante a violência que põe em cheque a liberdade sexual da mulher, desse modo, mais importante do que o direito social da preservação da vida do fruto da concepção é a liberdade da mulher de não gerar uma vida proveniente da violação de um dos seus direitos mais sagrados, qual seja, o direito à liberdade e, neste caso, à liberdade sexual.

É de se lembrar que a lei não faz distinção entre o estupro com violência real ou presumida, o que se pode concluir que se trata de qualquer forma de estupro. Seguindo o posicionamento de Capez (2005, p. 126):

Embora a lei só fale na gravidez resultante de estupro, admite-se também no caso de ela resultar de práticas libidinosas diversas, aplicando-se, segunda a doutrina e a jurisprudência, a analogia *in bonam partem*, pois não há que se duvidar que o atentado violento ao pudor é um crime tão repugnante quanto o estupro, não se podendo impor à mulher, nesses casos, que suporte uma gravidez involuntária.

Ou seja, o que importa é o ato violento do homem contra a mulher e, que deste, ocasione uma gravidez indesejada.

Nesta forma de aborto, há necessidade, para que o médico o realize, do consentimento da gestante ou, caso esta não possa, do seu representante legal. Note-se que a autorização judicial é indispensável, bem como a existência de sentença condenatória em desfavor do autor do delito, basta, para tanto, prova idônea do atentado sexual, como boletim de ocorrência, atestado médico relativo às ofensas sofridas, depoimentos testemunhais etc, bem como, de que, caso não tenha ocorrido o estupro e o médico tenha sido induzido a erro e realize o aborto, o dolo será excluído e, conseqüentemente, a tipicidade da conduta.

Assim como no crime previsto no inciso I, se a autora for enfermeira e praticar o aborto, responderá pelo delito em tela, no entanto, se dentro das circunstâncias concretas não tinha como se exigir outra conduta, responderá por causa excludente da culpabilidade, consistente na inexibibilidade de conduta diversa, além disto, como afirmado por Capez (2005, p. 127): “se ela auxilia o médico na realização do aborto humanitário, não há crime, uma vez que a conduta daquele não constitui fato típico e ilícito”.

Além das excludentes de ilicitude previstas no art. 128 do CP e acima abordadas é importante frisar que outras legislações consideram lícitos outros tipos de aborto, como, a título de exemplo, o *honoris causa*, o social ou econômico, o eugenésico e a interrupção da

gestação em caso de anencefalia, por ser esta considerada uma malformação congênita irreversível e que será, em seguida, debatida. Saliente-se, no entanto, que tais práticas abortivas, por não estarem previstas no nosso ordenamento jurídico, são consideradas ilícitas e, por isso, passíveis de punição.

CAPÍTULO III O ABORTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA

Como visto no capítulo II, o aborto é considerado crime na legislação penal brasileira, no entanto, no art. 128 do CP, existem duas exceções a essa regra, tidas como causas excludentes da ilicitude, ou seja, o aborto é ilícito, no entanto, se realizado para salvar a vida da gestante ou visando o bem-estar psíquico da mulher, no caso de gravidez resultante de estupro, os envolvidos na prática abortiva não responderão por tal delito.

Foi posto, também, que muitos países são concordes à realização do aborto quando as causas forem justificadas, como nos casos de risco de morte para a gestante, gravidez resultante de violência sexual, por razões sociais e econômicas, nos casos de fetos com malformação genética etc, bem como, que a religião exerce forte influência nas questões sociais, mesmo que estas tenham cunho eminentemente médico-jurídico.

No entanto, apesar de toda a polêmica que o aborto suscita nos âmbitos social, religioso e jurídico, há de se convir que com o passar do tempo, o ser humano evolui e esta evolução é responsável pelas diversas modificações ocorridas na sociedade, uma vez que, novas tecnologias são criadas visando o conforto e bem-estar desta dinâmica sociedade.

A ciência é uma das grandes responsáveis pela evolução da humanidade e, atualmente, muitas patologias são detectadas quando o ser humano ainda se encontra em plena formação no útero materno, a exemplo da anencefalia, patologia incompatível com a vida extra-uterina, detectada nos primeiros meses de gestação e que será o ponto central deste capítulo.

3.1 Concepções doutrinárias sobre a anencefalia

Para que seja discutida a anencefalia com propriedade, trazendo fundamentações lógicas e embasamentos concretos, faz-se necessário apresentar o seu conceito.

De acordo com artigo publicado por Manuel Sabino Pontes, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538> acesso em 23.05.2009, a anencefalia “é uma alteração na formação cerebral, resultante de falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural e que se caracteriza pela falta dos ossos cranianos (frontal, occipital e parietal), hemisférios e do córtex cerebral.”

O advogado constitucionalista Luís Roberto Barroso, que subscreveu a petição inicial de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, impetrada perante o

Supremo Tribunal Federal, tendo por finalidade principal a constitucionalidade da antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidez de feto anencéfalo, utilizando-se de critérios médicos, definiu a anencefalia como sendo: “má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.”

Segundo magistral entendimento doutrinário de Maria Helena Diniz (2001, p. 281):

O anencéfalo pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela de tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.

Portanto, na anencefalia, a inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) provoca a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Tais funções estão relacionadas com a existência da consciência e implicam na cognição, percepção, comunicação, afetividade e humanidade, todas estas tidas como características que denotam a expressão da identidade humana, ou seja, existe, apenas, uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vaso motoras e as dependentes da medula espinhal, o que não é de se estranhar, vez que a medula espinhal e o bulbo raquidiano (responsável pela respiração sanguínea) encontram-se presentes no anencéfalo.

Mediante pesquisa on-line, disponível em: www.bioeticaefecrista.med.br/textos/anencefalia_febrasgo acesso em 23.05.2009, foram colhidas informações acerca das características dos portadores desta malformação congênita, comprovando-se, destarte, tratarem-se de fetos com características muito singulares.

Sendo assim, os fetos portadores desta anomalia, quando chegam a nascer, haja vista, que setenta e cinco por cento morrem ainda dentro do útero materno, não possuem testa, couro cabeludo, calota craniana, meninges, cérebro com seus hemisférios e cerebelo. Contudo, possuem tronco cerebral e medula espinhal conservada, e, em muitos casos, ocorrem defeitos no fechamento da coluna vertebral.

É importante também destacar que, além disto, são cegos (o nervo óptico, quando existente, não se estende até o cérebro), surdos e possuem pouco ou nenhum reflexo, respondem, apenas, a estímulos auditivos vestibulares e dolorosos, apresentando quase todos

os reflexos primitivos do recém-nascido o que faz com que, muitas vezes, sejam confundidos com funções vitais. Os fetos que chegam a nascer, têm uma expectativa de vida de poucas horas, poucos dias e, raramente, poucos meses. Ademais, o quadro clínico do anencéfalo não se resume às seqüelas já referidas, inclui-se, ainda, a falta do hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio.

A estrutura facial é alterada, os globos oculares são protuberantes, as orelhas têm implantação baixa, o pescoço é curto, a boca é pequena e o nariz é longo e aquilino, o que dão, ao anencéfalo, uma aparência impactante, chegando, por isso, a serem comparados a uma “rã”.

No tocante ao diagnóstico, dentro da mesma pesquisa, pôde-se colher que este pode ser efetuado no pré-natal, através de sonda transvaginal, a partir da décima primeira semana, momento no qual se observará a ausência da calota craniana, com a exteriorização do tecido cerebral, bem como, que a partir das doze semanas de gestação, dois métodos poderão ser utilizados para constatar tal anomalia, quais sejam: a ultrassonografia e a dosagem de alfafetoproteína na corrente sanguínea da gestante, ou seja, quanto maior a taxa de alfafetoproteína, maiores são as chances da ocorrência da anencefalia.

Ao lado da ultrassonografia, existe a ressonância magnética que tem sido considerado outro meio bastante eficaz não só no diagnóstico desta malformação, como, também, no diagnóstico de tantas outras malformações congênitas como a espinha bífida, a raquisquise (forma mais grave da espinha bífida), a agenesia renal bilateral etc.

Apesar de ter o seu diagnóstico precoce, de ser considerada uma patologia de forte incidência, já que atinge um em cada mil bebês em todo o mundo (no Brasil a incidência de anencefalia é muito alta), a sua etiologia ainda é desconhecida, vez que multifatorial o que, sem dúvida, dificulta a prevenção de tal anomalia. No entanto, muitos estudos vêm sendo realizados nesse sentido e, mesmo com sua causa desconhecida, acredita-se que a anencefalia está relacionada a fatores genéticos e ambientais, bem como, à ausência de folatos (ácido fólico) na dieta nutricional da gestante.

Tecendo comentários acerca dos fatores etiológicos da anencefalia, merece destaque o ensinamento de Jorge Andalaft Neto, disponível em: http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/anencefalia_febrasgo.pdf acesso em 23.05.2009:

Fatores nutricionais e ambientais podem influenciar indiretamente nesta malformação. Entre elas estão: exposição da mãe durante os primeiros dias de gestação a produtos químicos e solventes; irradiações; deficiência materna de ácido fólico; alcoolismo e tabagismo. Presume-se que a causa mais freqüente seja a deficiência de ácido fólico. O melhor modo de prevenir esta malformação é que toda

mulher em idade fértil utilize ácido fólico três meses antes da concepção e nos primeiros meses de gestação, na dose de 5,0 mg, por via oral, por dia.

É de se compreender, portanto, que o feto portador de anencefalia tem uma vida vegetativa, ou seja, é como se sobrevivesse ligado a aparelhos – no caso o útero materno – e, quando do desligamento destes aparelhos, sua morte passa a ser uma questão de tempo, vez que, o portador de anencefalia é completamente incompatível com a vida extra-uterina.

Frise-se, para tanto, que a viabilidade para a vida extra-uterina, em alguns, casos, depende de fatores externos, ou seja, muitos fetos prematuros necessitam de suporte tecnológico, como oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vaso motora, nutrição, hidratação etc, para manterem-se vivos o período necessário à garantia de sua “independência”, no entanto, repita-se, o feto portador de anencefalia, independentemente, de qual seja a data do parto e dos suportes tecnológicos disponíveis nas ciências médicas, é considerado até agora, sob cem por cento de certeza, um feto, intrinsecamente, inviável.

Apesar da gama de estudos realizados acerca da anencefalia, poucos têm sido os resultados, tendo em vista que estes estudos, apenas, puderam analisar o diagnóstico e a provável ou prováveis causas que a ocasionam, estando, portanto, a possibilidade de cura ou mesmo de condições de sobrevivida para o feto acometido desta anomalia congênita, em um plano, por enquanto, intangível.

3.2 O anencéfalo no âmbito jurídico

Recentemente, muito se tem discutido acerca da anencefalia, como também, muitas têm sido as decisões judiciais prolatadas, algumas favoráveis ao pedido de interrupção da gestação de feto portador dessa anomalia, outras, por sua vez, contrárias. O certo é que o argumento mais utilizado para embasar o pedido de interrupção da gravidez é o da equiparação da anencefalia ao critério de morte encefálica, adotado pela lei de transplantes, como já mencionado no Capítulo I, item 1.3.2, ou seja, neste contexto, o anencéfalo seria considerado natimorto cerebral, não teria, portanto, direito à vida a ser tutelado e, de forma simplificada, ocorreria a viabilidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico.

No entanto, nosso ordenamento jurídico, de acordo com o artigo 2º do Código Civil brasileiro (CCB), diz que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro. Além disto, o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, também, apóia que o direito à vida

deve se protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção, ou seja, é lícito afirmar que, mesmo antes de separar-se do corpo da mãe, o ser humano já é titular de direitos.

Deve-se ressaltar, ainda, que uma coisa é empregar o critério de morte encefálica para permitir a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e outra é se utilizar do mesmo critério para difundir que o feto portador de anencefalia não tem direito a qualquer proteção jurídica.

Como visto no Capítulo I, existem diversos critérios para delimitar a morte e nossa legislação, na Lei 9.434/1997 (Lei de transplantes), especificamente no artigo 3º, adotou o da morte encefálica, no entanto, o mesmo artigo 3º, enfatiza que os critérios clínicos e tecnológicos serão definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina que, por sua vez, no artigo 1º, da Resolução nº 1.480/1997, diz que “a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, **próprios para determinadas faixas etárias.**” (destaquei).

Logo adiante, no artigo 5º da mesma resolução, são definidas as faixas etárias e o período necessário, para cada faixa etária, à realização da constatação da morte encefálica. Sem necessidade de citar as demais, de pronto, na alínea “a”, do artigo suso mencionado, observa-se que a faixa etária mínima, necessária à constatação da morte encefálica, é de **sete dias** a dois meses (destaquei).

Portanto, sob uma ótica lógica irrefutável, há de se afirmar que o critério de morte encefálica adotado pela nossa legislação não abarca os fetos portadores de anencefalia, por estes não disporem de tão longo tempo de sobrevivência, pois, como retro dito, a maioria dos fetos que chegam a nascer, vivem algumas horas, poucos dias e, raramente, breves meses.

Levando-se em consideração todo o exposto, é de se afirmar, portanto, que o critério de morte encefálica atende a uma finalidade específica, qual seja, a de delimitar qual o momento seguro à retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, bem como, de que para se atestar com certeza a morte encefálica é indispensável a ausência total da respiração para se confirmar a lesão total do encéfalo, o que nem sempre ocorre com os portadores de anencefalia, pois, como visto, o bulbo raquidiano, intacto no anencéfalo, é quem controla a respiração sangüínea deste.

Ademais, partindo do pressuposto contido no nosso ordenamento jurídico de que os direitos do nascituro estão salvaguardados desde a concepção, é de se observar que, mesmo sendo portador de uma vida vegetativa, o anencéfalo, com toda a sua inviabilidade, é tido como um ser humano e, portanto, detentor de direitos, bastando, para tanto, o nascimento com

vida, mesmo que esta seja efêmera. Senão, vejamos o que diz a respeito o filósofo australiano Peter Singer (2002, p. 26):

Não há dúvida de que, desde os primeiros momentos de sua existência, um embrião concebido do esperma e dos óvulos humanos é um ser humano; e o mesmo se pode dizer do ser humano com as mais profundas e irreparáveis deficiências mentais, até mesmo de um bebê que nasceu anencefálico – literalmente, sem cérebro.

É de se concluir, por toda argumentação feita, que o critério de morte encefálica é inaplicável ao feto portador de anencefalia, vez que não cabe ver neste um morto intra-útero ou um ser com morte encefálica quando da existência extra-útero, pois, conforme já se expôs, o anencéfalo não possui parte do tecido cerebral, de fato, a parte mais importante e que lhe daria autonomia extra-uterina, mas, a parte existente, proporciona a este funções comprobatórias da existência de vida, como a respiração, critério, por sua vez, adotado na medicina legal quando da realização de exame necroscópico. Ou seja, respirou, houve vida e, conseqüentemente, aquisição de direitos, do contrário, não há que se falar em direitos.

3.2.1 A proteção jurídica do anencéfalo

O artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 em seu *caput* afirma que todos são iguais perante a lei e garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É de se observar que o direito à vida não está disposto em primeiro lugar aleatoriamente, que tal direito é tido como o mais importante de todos, que, segundo, Alexandre de Moraes (2004, p. 65): “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”

Ainda segundo Alexandre de Moraes (2004, p. 66): “A Constituição protege a vida de forma geral, inclusive uterina.” É de se inferir, portanto, que a vida, desde a concepção, é protegida em todos os seus aspectos, ainda que imperfeita, ainda que com limitações, ou seja, para a vida protegida pela nossa Carta Magna, não há qualificativos.

Ademais, a Constituição Federal, impõe respeito à vida em outros dispositivos, como a exemplo, o direito à saúde, amparado em seu artigo 196, a proteção absoluta à criança e ao adolescente, prevista no art. 227, o respeito e amparo aos idosos, delimitado no art. 230,

entre outros, deixando claro, dessa forma, que o direito à vida assume caráter de verdadeiro princípio, norteador do nosso ordenamento jurídico.

Contudo, mesmo sendo considerado o mais fundamental de todos os direitos, o direito à vida, ou qualquer outro dos direitos fundamentais dispostos no artigo 5º da nossa Lei Maior, não são absolutos e, em determinados casos, fatidicamente, um sobrepor-se-á ao outro, ou seja, no caso de guerra declarada, a pena de morte será permitida (art. 5º, XLVII, *a*, CF/88), no caso de estupro, o aborto não será punido (art. 128, II, CP) e, nestes casos, o direito à vida é posto em outro patamar, por existir um direito “superior” a ser protegido. No primeiro caso, a soberania nacional sobrepõe-se à vida do indivíduo, no segundo, a honra, o sentimento, a dignidade da mulher e, porque não dizer da sua família, sobrepõe-se à vida do feto, mesmo que este seja plenamente viável.

Igualmente, o direito à liberdade e à propriedade só serão protegidos enquanto não ocorrer um crime passível de pena de reclusão ou enquanto a propriedade não for desapropriada por interesse público.

Especificamente, no caso de interrupção da gestação de feto portador de anencefalia, apesar de todo o exposto no item 3.2, bem como, de toda a importância dada à vida pela nossa Carta Magna, a vida do anencéfalo não é o único bem a ser tutelado. Assim como a gestante e o feto são tidos como vítimas no crime capitulado no artigo 125 do CP, conforme já explanado no Capítulo II, item 2.5.1.2, neste caso, também, feto e gestante são vítimas, aquele por, naturalmente, não ter direito à vida e aqui, frise-se, direito à uma vida plena, a uma vida digna quanto à subsistência e, esta, por não ter os direitos à liberdade, à saúde, à autonomia da vontade e, principalmente à dignidade como pessoa humana e ser humano independente que é, plenamente garantidos pelo nosso ordenamento jurídico, como será demonstrado em tópico adiante.

Portanto, faz-se necessário repetir que determinado direito só será considerado absoluto, enquanto não surgir outro direito que a este se sobreponha, ou seja, enquanto não for utilizado o Princípio da Proporcionalidade, bem como, de que não está sendo negado ao feto o seu direito à vida, no entanto, há de ser garantida, à gestante, a faculdade desta decidir se interromperá ou não a gestação de feto anômalo, respeitando, assim, sua liberdade, sua autonomia e, principalmente, sua dignidade como ser humano.

3.3 Considerações acerca da gestante de feto anencefálico

Como visto anteriormente, não resta dúvida de que o feto é a grande vítima da anencefalia, no entanto, não é a única, tendo em vista ser a mãe a maior atingida por tal enfermidade. Atingida não só em sua saúde física, mas, também, em sua saúde psíquica. Aliás, cabe aqui, citar o conceito de saúde definido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), disponível em: www.oncopediatria.org.br, acesso em 17.05.2009, onde consigna que saúde “é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade.” Como se denota, a saúde não se limita, apenas, ao corpo, inclui, também, a mente, as emoções, as relações sociais etc.

No tocante aos danos físicos causados à gestante, apesar de existir divergências quanto às complicações advindas de uma gestação de anencéfalo, uma vez que, alguns médicos afirmam não existir nenhum risco para a mesma, por ser a gestação de anencéfalo, no tocante às complicações, idêntica à gestação de um feto normal, algumas complicações ocasionadas à gestante podem ser listadas, conforme descrição feita por Patrícia Partamian Karagulian (2007, p. 40):

A gestação de anencéfalos, portanto, apresenta muitas complicações, tais como: polidrâmnio que, por sua vez, causa: dificuldade respiratória, hipotensão no decúbito dorsal, rompimento do útero, embolia de líquido amniótico, desprendimento normoplacentário. Vasculopatia periférica de estase. Hipertensão arterial. Atonia uterina pós-parto. Distocia grave: os fetos anencéfalos, geralmente, são grandes e a ausência de pescoço e o tamanho diminuto da cabeça fazem com que o tronco tenda a penetrar no canal do parto, causando dificuldade na saída do ombro do feto. Gravidez dura mais de 40 semanas. Cerca de cinquenta por cento (50%) desses fetos têm morte intra-uterina; a gestação é por isso de alto risco.

Neste sentido, importante trazer a opinião do deputado José Aristodemo Pinotti, em artigo publicado em 27 de agosto de 2008 e disponível em <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=58235>, acesso em 24.05.2009:

As gestações de anencéfalos causam, com maior freqüência, patologias maternas, como hipertensão e hidrâmnio (excesso de líquido amniótico), pelas alterações do processo fetal de deglutição, levando as mães a percorrer uma gravidez de risco elevado. *(sic)*.

Além das doenças físicas causadas pela incidência da anencefalia e que já foram demonstradas, como dito acima, a saúde não se restringe, apenas, ao aspecto físico, mas, envolve, também e, principalmente, o aspecto psicológico, sendo a dor moral, a qual a mulher se submete quando gestante de anencéfalo, a mais insuportável.

Neste aspecto, repita-se, o perfeito bem-estar físico é tão importante quanto o psíquico, sendo necessário que ambos estejam em perfeita harmonia, a fim de evitar-se que

ocorra a morte psíquica que, no caso da gestante de feto anencefálico, não é caso raro de acontecer, uma vez que, por vezes, ela se sente obrigada a levar a termo esta gravidez, seja por questões religiosas, morais ou, até mesmo, jurídicas, quando vê o seu intento de antecipá-la negado por quem poderia lhe “socorrer”.

Esta dor psíquica sofrida pela gestante de anencéfalo pode ser equiparada à tortura, tendo em vista a mãe, muitas vezes, ser obrigada a conviver por nove meses com a idéia de estar gerando um filho tão esperado, mas, que será “enterrado” logo em seguida. Compartilhando desse entendimento, José Aristodemo Pinotti, no mesmo artigo suso mencionado, esclarece que: “Para essas mães, a alegria de pensar em berço e enxoval será substituída pela angústia de preparar vestes mortuárias e sepultamento.”

É de notável relevância o drama psíquico sofrido pela mulher gestante de feto dessa natureza, constitui um sofrimento de grandeza tal que nenhuma mulher merece passar, tampouco, merece que alguém lhe imponha. Desta forma, preceitos e garantias constitucionais são violados ao impor que a mulher deva levar a gravidez à termo, submetendo-a, frise-se, à condição análoga à da tortura, ferindo, assim, o Princípio da Dignidade Humana, por ser vítima de danos psicológicos irreversíveis, vez que propensa a desequilíbrio emocional, depressão, fobias etc, além do sentimento de culpa que carrega por estar gerando uma anomalia.

Ademais, a gravidez, por si só, já desencadeia uma série de conflitos psicológicos, capazes de afetar a gestante das mais diversas formas e, no caso da gravidez de anencéfalo, os conflitos psicológicos não ficam restritos à gestante, a família desta sofre conjuntamente. Além disto, o casal, geralmente, é acometido de sintomas psiquiátricos ou psicossomáticos, alcoolismo, afonia histérica, insônia, falta de apetite, falta de cuidado em relação aos outros filhos do casal etc.

Neste sentido, vejamos o que diz Bowlby, citado por Érika Lôbo, disponível em http://www.ffb.edu.br/_download/Dialogo_Juridico_n5_07.PDF acesso em 24.05.2009:

Pais de crianças que saem mortas do ventre ou que morrem dias ou meses após o nascimento – apesar de o laço entre estes pais e o filho ser recente – apresentam os mesmos padrões gerais de reação daqueles que perdem entes com os quais conviveram e compartilharam suas vidas, como os viúvos. O torpor seguido de aflição somática, anseio, raiva e subseqüentes depressão e irritabilidade são comuns, bem como as preocupações com a imagem do bebê morto e os sonhos com ele.

É comum que, ao se deparar com o diagnóstico de anencefalia, a mulher passe por dúvidas e questionamentos e entre em uma incessante busca por opiniões a fim de negar ou

confirmar o diagnóstico recebido. No entanto, apesar de ser afirmado que a decisão entre manter ou interromper uma gestação de anencéfalo pertence ao casal, a mulher é quem, de fato, deverá exercer o livre arbítrio, por ser ela quem, direta e intensamente, sofre os malefícios, tanto físicos quanto psicológicos, advindos desta gravidez.

Desta forma, diante de um quadro irreversível, muitas mulheres optam por interromper a gravidez, enfrentando, a partir de então, outras situações de angústia e apreensão, uma vez que, no Brasil não há previsão legal expressa que autorize a interrupção da gestação em casos de malformação incompatível com a vida, neste caso, a anencefalia.

Segunda Érika Lôbo, no mesmo artigo supracitado:

Há mais de uma década, grávidas de feto portador de malformação sem viabilidade de vida extra-uterina, como a síndrome de Edwards, e feto portador de anencefalia têm buscado amparo judicial para sua dignidade e seus direitos individuais e sociais fundamentais. Em muitos casos, geralmente em razão do diagnóstico comprovado de anencefalia, têm recebido a solidariedade de juristas, advogados, defensores e promotores de justiça, e juízes dispersos por todo o País, que vêm autorizando a interrupção da gravidez em qualquer estágio dela.

3.3.1 O direito da gestante portadora de feto anencefálico

O número de gestações de fetos anencéfalos vem crescendo no Brasil. Dados obtidos em pesquisa *on line*⁴, informam que o Brasil é o 4º país no ranking de gestações de fetos portadores de anencefalia, com 8,6 casos para cada dez mil nascidos vivos e, um dos poucos, onde a autorização para a interrupção desta gestação não é permitida.

Como visto, as mulheres protagonizam um árduo dilema: de um lado por não acreditarem estar gerando um ser que não tem qualquer expectativa de vida, de outro por não possuírem amparo no ordenamento jurídico vigente, quando, finalmente, decidem-se pela interrupção da gestação. Diante desse quadro, a elas restam, paralelamente, formular o pedido de autorização judicial, o qual será avaliado sob os mais diversos entendimentos e, por isso, inicia-se e, por vezes, finda-se em meio a uma intensa insegurança jurídica.

Sensíveis à realidade de muitas mulheres que têm a desventura de receber o diagnóstico de uma anomalia fetal incompatível com a vida, no caso, a anencefalia, muitos juízes têm proferido decisões, baseando-se em princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, por entenderem que ninguém deverá ser submetido a tratamento desumano ou degradante.

⁴ www.jornaldaciencia.org.br

Mesmo assim, algumas decisões não foram proferidas a tempo, a gravidez veio a termo e a gestante viu-se obrigada a suportar todas as conseqüências oriundas de uma gravidez desta natureza, como no caso do julgamento do Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, impetrado no Supremo Tribunal Federal em 04.03.2004, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa, o qual, depois de ter percorrido todas as instâncias do judiciário da Comarca do Rio de Janeiro, não pode ser mais julgado, vez que confirmada a notícia do parto.

O artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz os Princípios Fundamentais que norteiam a pátria, *in verbis*:

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

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a **dignidade da pessoa humana**; (destaquei)
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

Em linhas gerais, entende-se por Estado Democrático de Direito, o Estado no qual o poder é emanado do povo, por meio do voto, bem como, o Estado onde a proteção jurídica deve respeitar as necessidades individuais de cada um, ou seja, um Estado onde se respeite as liberdades civis, os direitos humanos.

A Carta Magna, lei hierarquicamente superior, com todos os seus princípios, ganhou a condição de mola propulsora às demais normas do Direito. Sendo assim, os princípios constitucionais são equiparados às normas jurídicas e, nesse sentido, tidos como coercitivos e imperativos, no entanto, esta coercitividade expressada pelos princípios constitucionais se apresenta num patamar ainda mais elevado do que nas outras normas jurídicas, por referidos princípios submeterem todo o ordenamento jurídico inferior às suas disposições.

O texto constitucional consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, tendo reservado a este o caráter de princípio máximo. O conteúdo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana diz respeito ao atributo intrínseco de todo ser humano, o qual justifica o exercício da sua liberdade e a plena realização de seu direito à existência. Decorre, assim, da ascensão do ser humano ao patamar mais elevado das considerações, que tem por finalidade impedir a sua degradação e a sua redução a mero objeto de manipulação.

Compreende, ainda, a proteção e a promoção das condições fundamentais para uma vida digna e adequada, a garantia da independência e autonomia do ser humano, a coibição de qualquer obstáculo que o impeça de desenvolver seu potencial e sua personalidade, bem como, garante a efetivação dos direitos essenciais e inalienáveis.

Por isso, a dignidade da pessoa humana, como principal valor constitucional que é, faz-se necessária à efetiva materialização do princípio humanitário para que se consolide o Estado Democrático de Direito.

No processo legislativo e aqui, no processo legislativo penal, algumas exigências devem ser atendidas para que o sistema penal possua legitimidade e se coadune ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Dessa forma, as principais pontes de ligação da dignidade da pessoa humana com o processo legislativo penal são os imperativos oriundos da legalidade penal, dos Princípios da Supremacia da Constituição e da Intervenção Mínima.

Contudo, mesmo em meio a uma sociedade organizada sob a proteção jurídica de uma Constituição que tem como princípio fundante a dignidade da pessoa humana, não é raro de se observar a liberdade e a autonomia do indivíduo serem cerceadas por normas positivas inferiores que ferem princípios, mesmo que estes sejam considerados, hierarquicamente, superiores. Especificamente, ilustre-se o caso da mulher que recebe o diagnóstico de gestação de feto portador de anencefalia e, decidida a interromper esta gestação, se vê impedida por uma norma infraconstitucional arcaica que não respeita, sequer, a sua dignidade humana.

Sendo assim, diante desta realidade, fica claro o conflito existente entre o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o silêncio do legislador penal que, por não prevê a interrupção de gestação de feto portador de anomalia, o qual não terá possibilidade de sobrevivida, submete à gestante a um tratamento análogo ao da tortura, por fazê-la suportar as dores físicas e, principalmente, a dor psíquica, por desejar um filho vivo e, à contragosto, ser obrigada a esperar, por longos nove meses, para vê-lo morto.

É de se enfatizar que nenhuma mulher merece ser vitimada duplamente. A natureza, quando da geração, em seu ventre, de um feto anômalo, já a vitimou e o legislador, frise-se, infringindo preceito constitucional ao não facultar-lhe o direito de interromper esta gestação, a vítima novamente, além do mais, retira dela o único direito, intrinsecamente, seu, como de fato o é a dignidade da pessoa humana e, em consequência, os direitos à liberdade e à autonomia da vontade.

Neste diapasão, o ministro Marco Aurélio de Mello em voto proferido acerca do pedido liminar constante da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

nº 54, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&sl=54&processo=54> acesso em 26.05.2009:

Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade.

De ver-se que a Constituição Federal, enquanto lei superior, deveria ter seus princípios respeitados, inclusive por estes denotarem caráter coercitivo e imperativo, no entanto, o que se tem observado é a clara inobservância a estes princípios e, com esta, a desvalorização de um bem maior que é a vida digna, a vida em potencial, a vida cheia de possibilidades, a vida viável, independente, plena em saúde física e mental, em oposição a uma mera expectativa de vida que, com certeza, se vier a nascer, não existirá por muito tempo.

Diante de tal quadro, percebe-se, ao longo dos anos, que o pedido de autorização judicial visando à interrupção da gestação de anencéfalo, apenas vem se somando, em todas as instâncias judiciais, às estatísticas dos casos de anencefalia. O legislador, por sua vez, permanece inerte e a responsabilidade para valorar o sofrimento da mulher fica a cargo de um terceiro, muitas vezes alheio a todo o sofrimento que a mulher está sujeita.

3.4 Decisões judiciais nos casos de anencefalia

Reza o art. 126, do Código de Processo Civil o seguinte: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Baseados, no princípio jurisdicional da indeclinabilidade⁵, ou da inafastabilidade, previsto no artigo supracitado, os julgadores, ao se vêem diante de um pedido de autorização judicial à interrupção de gestação de feto anencéfalo e não terem uma lei a qual recorrer, devem se utilizar da analogia, dos costumes e, principalmente dos princípios que regem o direito para dar uma resposta ao jurisdicionado.

⁵ Costa Machado, Código de Processo Civil Interpretado, Manole, 6ª ed., 2007, p. 123.

No entanto, por ser o direito bastante subjetivo e passível de diversas interpretações, onde cada um enxerga o mesmo caso por ângulos diversos, variadas têm sido as decisões prolatadas nos casos de gestação de anencéfalo, o que, sem dúvida, gera uma insegurança jurídica na sociedade e, principalmente, em quem tem o infortúnio de receber um diagnóstico de feto portador de anomalia congênita.

Neste aspecto jurídico, vejamos algumas das diversas decisões já prolatadas acerca do tema, onde muitas delas deferem a interrupção da gestação:

EMENTA: PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. FETO QUE APRESENTA ANENCEFALIA. DOCUMENTOS MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA EXTRA-UTERINA. Nos dias atuais, com os avanços tecnológicos aplicados, especialmente, às áreas médica, radiológica, biológica e genética, pode-se detectar toda a situação do feto, como no caso dos autos, em que se constatou a ocorrência de má-formação fetal, consistente em defeito de fechamento do tubo neural proximal, com conseqüente ausência de formação da calota craniana e atrofia da massa encefálica. Nesse sentido, considero viável e oportuna uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, da Lei Penal, admitindo o aborto em decorrência de má formação congênita do feto (anencefalia), evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico. (TJ/MG. Processo nº 1.0191.05.007719-4/001(1). Relator: Lucas Pereira. Data do Acórdão: 15/09/2005).

EMENTA: APELAÇÃO – ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO E ANACRÂNICO – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA – CAUSA SUPRA-LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA – ANENCEFALIA – IMPOSSIBILIDADE DE VIDA APELAÇÃO – ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE FETO ANENCEFÁLICO E ANACRÂNICO – LIMINAR DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM ANDAMENTO GARANTINDO DIREITO DA GESTANTE – DEMAIS DISPOSIÇÕES DA LEI 9.882/99 – ARTIGO 11 – MAIORIA DE 2/3 – RELEVÂNCIA DO TEMA – INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA – CAUSA SUPRA-LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA – ANENCEFALIA – IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA. O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os abortos eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto-extra-uterina. Embora não incluída a antecipação de parto de fetos anencéfalos nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, o embasamento pela possibilidade esteia-se em causa supra-legal autônoma de exclusão da culpabilidade por inexigível outra conduta. O “aborto eugênico” decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto que tem possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade, o que não é o caso presente, atestada a impossibilidade de sobrevivência sem o fluido do corpo materno. Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a “vida” e não a “falsa vida”, legitimada a pretensão da mulher de antecipar o parto de feto com tal anomalia que o torna incompatível com a vida. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno. Não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe que tem garantido o direito à dignidade. Não há confronto no caso concreto com o direito à vida porque a morte é certa e o feto só sobrevive às custas do organismo materno. Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade (genérica) de natureza supra-legal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento. PROVIDO. (TJ/RS. 3ª Câmara Criminal. Processo nº 7011918026. Relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos. 09/06/2005).

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO CABÍVEL. DECISÃO TERATOLÓGICA. ANENCEFALIA. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA DO NASCITURO. SOFRIMENTO DESNECESSÁRIO DOS GENITORES. «ABORTO» EUGÊNICO. PREJUÍZO IMINENTE PARA A IMPETRANTE. LIMINAR CONFIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. UNANIMIDADE DE VOTOS. - Tratando-se de situação excepcional e grave, tanto para a mãe como para o bebê, não poderia ser negada a impetrante a possibilidade de ser realizado o «aborto» eugênico, vez que o nascituro poderia sobreviver, conforme ensinamentos médicos, durante, apenas, 02 (dois) a 03 (três) dias; - O «aborto» eugênico visa garantir a diminuição do sofrimento da genitora, bem como cessar o sofrimento de um ser que viria ao mundo apenas para passar um mínimo de tempo, tido como insignificante; - A medida liminar foi concedida corretamente, devendo ser ratificada, pois do contrário, causar-se-iam prejuízos incomensuráveis tanto a mãe como ao nascituro, que não possuía nenhuma condição de vida, vez que foi caracterizada a anencefalia do mesmo; - Segurança concedida. Decisão indiscrepante. (TJ/PE. 3ª Câmara Cível. Acórdão nº 123022-6. Relator: Sílvio de Arruda Beltrão. 07/12/2006).

E outras, mesmo em meio a provas suficientes, mas, levando em consideração, unicamente, o princípio do livre convencimento do juiz, indeferem pedidos de interrupção de gravidez anencefálica, fundamentando-se, apenas, no fato de não existir previsão legal, agindo contrariamente aos princípios que regem o Direito, dentre eles o da inafastabilidade e, principalmente, o da dignidade humana, por não atender aos postulados de igualdade, humanidade e dignidade e por negar, dessa forma, o acesso à justiça e o direito à saúde. Vejamos:

EMENTA: ALVARÁ JUDICIAL – ANENCEFALIA – PEDIDO DE INTERRUPTÃO TERAPÊUTICA DA GESTAÇÃO – DIREITO A VIDA. Impossível decretar ou mesmo antecipar a morte, mesmo diante da situação apresentada nos autos, pois o feto é incontroverso pode nascer com vida, não sendo possível utilizar a analogia e/ou princípios genéricos para fundamentar suposições e ilações desprovidas de qualquer fundamento legal. (TJ/MG. Processo nº 1.0024.06.199818-3/001(1). Relator: Nilo Lacerda. Data do Acórdão: 08/11/2006).

EMENTA: 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. (TJ/RS. Primeira Câmara Criminal. Processo nº 70020596730. Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 25/07/2007).

Constata-se, dessa forma, no cenário jurídico brasileiro, o desencontro de entendimentos e, em meio a essa dúvida, sobressai-se a insegurança jurídica, demonstrando, assim, a urgência de legislação que pacifique esta questão.

Nesse sentido, o Ministro do STF, Celso de Mello, quando da apreciação do pedido liminar constante na Ação Constitucional de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>, acesso em 26.05.2009:

A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.

3.4.1 A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a polêmica suscitada no cenário jurídico brasileiro

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou ADPF consiste numa Ação Constitucional, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988 e regulamentada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Como observado no art. 1º da Lei supracitada, a ADPF será proposta perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, conforme transcrito na íntegra: “Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Baseando-se neste dispositivo, em 17.06.2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, através do advogado constitucionalista Luís Roberto Barroso, ingressou, perante o STF, com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF nº 54 (vide anexo A), levando o Judiciário brasileiro a se deparar com um dos casos mais polêmicos das últimas décadas, vez que, fez levantar opiniões de vários seguimentos da sociedade, inclusive, travando uma discussão entre religiosos e profissionais da saúde das mais diversas especialidades das ciências médicas.

Tal pedido teve por finalidade o posicionamento do STF em relação à antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo e, alegou, para tanto, que a não autorização, violaria princípios como o da dignidade da pessoa humana, o da legalidade, o da liberdade e o da autonomia da vontade, bem como, violaria o direito à saúde da gestante.

Referida petição requereu dois pedidos: um principal, consistente na declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, por serem impeditivos à antecipação terapêutica do parto em casos de gestação de anencéfalo e, um secundário, que, caso julgada incabível a ADPF, o Supremo a recebesse como Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADIn.

Distribuída a petição, foi nomeado relator, o ministro Marco Aurélio de Mello, o qual em decisão monocrática acerca da liminar prolatada em 01.07.2004, acolheu os pedidos formulados na inicial, reconhecendo a CNTS como parte legítima, o pedido de argüição de descumprimento de preceito fundamental condizente com o mérito da questão, bem como determinou o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado e o reconhecimento do direito constitucional da gestante de fetos anencéfalos, a partir de laudo médico que ateste a anomalia, submeter-se à antecipação terapêutica do parto. Em seguida, determinou que o pedido fosse à plenário para a votação pertinente.

Tal medida liminar foi revogada, sob a alegação de que a repercussão do decidido, sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar, redundou na emissão de entendimentos diversos. Declarou-se, no mesmo ato, a importância de realização de audiência pública e a admissão de diversas entidades no feito como *amicus curiae*, como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, a Católicas pelo Direito de Decidir e a Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF e, de pronto, já foram designadas datas para a realização das audiências públicas. Vejamos, portanto, o trecho respectivo da decisão do ministro Marco Aurélio de Mello acerca da realização das audiências públicas:

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, 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 Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP. Já agora incluo, no rol de entidades, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC. Visando à racionalização dos trabalhos, delimito o tempo de quinze minutos para cada exposição – viabilizada a juntada de memoriais – e designo as seguintes datas das audiências públicas, que serão realizadas no horário matutino, a partir das 9h: a) 26 de agosto de 2008: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; Igreja Universal; Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e Católicas pelo Direito de Decidir. b) 27 de agosto de 2008: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF; Escola de Gente e Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e

Direitos Reprodutivos. c) 28 de agosto de 2008: Conselho Federal de Medicina; Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Sociedade Brasileira de Genética Clínica; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e, por último, o Deputado Federal José Aristodemo Pinotti.

Quatro audiências públicas foram realizadas e, nelas muitas opiniões foram ouvidas, como as de padres, pastores, professores, médicos das mais diversas áreas, representantes de entidades não-governamentais, tanto defensoras do direito da gestante em interromper gestação de feto anencéfalo, quanto defensoras da permanência da gravidez, independente de qual seja o produto resultante, políticos, enfim, todos os segmentos da sociedade, sem exceção.

Muito se foi debatido, no entanto, até o momento nada foi decidido, visto que em consulta realizada, em 26.05.2009, no site do Supremo Tribunal Federal, observou-se que, em 09.04.2009, foi aberta vista dos autos à Procuradoria Geral da República, após a CNTS e a Advocacia Geral da União terem apresentado suas alegações finais em 30.03.2009 e 03.04.2009, respectivamente. Portanto, a insegurança jurídica permanece e a sociedade espera no Supremo Tribunal Federal, última instância a quem o cidadão pode recorrer, a pacificação de tamanha celeuma, não só jurídica, mas, frise-se, social.

3.5 O direito da gestante interromper a gestação de feto anencéfalo

A interrupção da gestação de anencéfalo vem repercutindo em vários seguimentos da sociedade, propiciando debates acalorados, levantando uma enorme celeuma jurídica, ante o conflito de interesses, pois de um lado existe o feto e os que defendem a permanência da gestação, visando a preservação da vida deste, mesmo que esta vida seja efêmera, inviável, mesmo que esta vida acarrete problemas físicos e psíquicos a quem a gerou e, do outro existe a mulher e os que defendem a liberdade desta em interromper ou não tal gestação, conforme seus princípios morais, éticos, religiosos, conforme sua capacidade física e psíquica em suportar os efeitos advindos de uma gestação desta natureza e em defesa da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, abarca os direitos à liberdade, à saúde, à autonomia da vontade, direitos estes tidos como mínimos à existência de uma vida digna.

Nossa Constituição afirma que somos um Estado laico e, por Estado laico, entende-se não o Estado sem religião, mas, o Estado que não permite que esta religião interfira em suas decisões. De outra banda, no preâmbulo da Constituição Federal de 1988,

diz-se que um Estado Democrático, destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O Brasil é formado pelas mais variadas culturas, pelos mais diversos credos, no entanto, não se pode deixar influenciar por cada valor social existente, há que se garantir a igualdade e não deixar que se confundam questões jurídicas com questões morais e religiosas, há que, em meio a tantas diferenças, garantir os valores mínimos vitais à sociedade como um todo. Portanto, Estado e religião estão em posições diferentes e não devem um interferir nas questões do outro.

É fato que a interrupção da gestação de feto anencéfalo será, para uma parcela da sociedade, um comportamento reprovável, mas, este fundamento, não é suficiente para que seja um comportamento proibido juridicamente, vez que outros valores, que não só o religioso, estão em discussão.

Diante deste impasse, o Princípio da Proporcionalidade apresenta-se como o ponto de partida na busca desta solução, vez que necessário ao equilíbrio dos direitos constitucionais e, conseqüentemente, à compatibilização dos interesses envolvidos, pois, apesar da vida ser um bem indiscutivelmente precioso, há de se respeitar a dignidade, pois de nada adiantaria uma vida sem dignidade.

Ademais, quando falamos no conflito de interesses, na celeuma existente entre os direitos fundamentais da gestante e os direitos fundamentais do feto que esta carrega, pode-se comparar um ser em potencial, que independentemente de nascer com vida ou não, certamente morrerá, a um ser em ato e que possui todos os sentidos que dão razão à vida? Como bem levantado por Peter Singer (2002, p. 163): “Arrancar uma bolota de carvalho em germinação não é o mesmo que derrubar um venerável carvalho. Colocar um frango vivo dentro de uma panela com água fervente seria muito pior do que fazer o mesmo com um ovo”.

Portanto, é de se inferir que, por mais complementares que sejam, o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, nesta situação, não podem e não devem ser vistos sob a mesma ótica, um, fatidicamente, sobrepor-se-á ao outro e, aqui, sem dúvida, o direito da gestante em ver garantida a sua dignidade, a sua liberdade, a autonomia da sua vontade, bem como, o direito à sua saúde, deverão prevalecer, vez que, repita-se, ao feto não restará, se vier a nascer, mais do que um nascimento com vida e, mais uma vez entenda-se, vida não é apenas nascer com vida e, sim, nascer com vida e usufruir de todas as possibilidades inerentes a esta.

O Estado ao incriminar a conduta da mulher quando da interrupção da gestação de anencéfalo, está cerceando todos os direitos, dos quais deveria ser garantidor. Ademais, não se pode compartilhar da idéia de um Estado, cuja constituição garante os direitos mínimos ao bem-estar dos seus cidadãos, viver em meio a tamanha insegurança jurídica, valendo-se de pedidos autorizatórios, que, nem sempre, são recepcionados como deveriam, face a larga subjetividade das decisões, em virtude da permanência de uma lei penal arcaica, que não acompanha os avanços científicos.

Legalizar a interrupção da gestação em caso de feto anencefálico e, porque não dizer, em caso de fetos portadores de malformações congênitas incompatíveis com a vida, não consiste em tornar obrigatória a prática abortiva desenfreadamente, consiste, como já enfatizado, no direito à gestante decidir o que será melhor ao seu bem-estar físico e psíquico, até porque, esta decisão não seria tomada por acaso, seria, com certeza, tomada sob uma análise médica especializada e, a comprovação da existência de uma anomalia incompatível com a vida, seria certificada por um laudo conclusivo.

Portanto, ao Estado cumpre a tarefa de assegurar, à gestante de feto portador de anencefalia, o direito de decidir pela interrupção ou não da gestação e, caso esta decida pela interrupção, cumpre garantir que, a ela e a quem do processo de interrupção participe, não será imputada nenhuma sanção criminal. Além disto, deverá ser garantida proteção à gestante, no tocante à sua saúde, disponibilizando, para tanto, médicos, psicólogos, assistentes sociais e outros profissionais, necessários ao tratamento digno desta, para que se sinta confortável, segura, valorizada, quando da sua decisão, para que se sinta, enfim, detentora de direitos.

Por enquanto, a esperança dessas mulheres, famílias, médicos que buscam garantir a saúde da população, está nas mãos, dos homens e mulheres que compõem o Supremo Tribunal Federal, guardião de uma Constituição rica em direitos fundamentais e que devem ser amplamente garantidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Código Penal Brasileiro o aborto é tido como uma conduta ilícita, um crime contra a vida, passível, inclusive, de julgamento perante o Tribunal do Júri, no entanto, existem duas exceções a essa regra, tidas como causas excludentes da ilicitude, ou seja, não se nega a ilegalidade do aborto, no entanto, sob determinadas condições, a prática abortiva não será punida.

As causas excludentes da ilicitude, previstas no artigo 128, incisos I e II do Código Penal, autorizam a prática abortiva quando constatado risco de morte à gestante ou quando a gravidez é resultante de estupro, ou seja, mesmo que o feto seja completamente viável, nestes casos, sobrepor-se-á, à vida do feto, a vida da mãe (inciso I) e a saúde psíquica e a moral da gestante e, porque não dizer, da sua família (inciso II).

Como se infere, nestes casos, sob o manto protetivo do Princípio da Proporcionalidade, o direito à vida - tido como o mais fundamental dos direitos, tido como o direito que gera direitos - é colocado em segundo plano, em detrimento de outro direito, que em dado momento, a depender da necessidade e das circunstâncias, sobrepor-se-á ao direito à vida do feto, ou seja, nenhum direito pode ser considerado, de todo, absoluto, as decisões devem se pautar pela ponderação, pela necessidade de cada caso.

Como visto, a anencefalia, como tantas outras patologias a ela equiparadas, caracteriza-se, fundamentalmente, pela inviabilidade do feto, uma vez que este, sob cem por cento de certeza, não terá capacidade de sobrevivência, ou porque ocorrerá a morte intra-útero, ou porque, caso ocorra o nascimento, o feto em poucas horas, dias ou alguns meses, fatidicamente, morrerá. Ademais, os argumentos em defesa à continuação da gestação de anencéfalo, levam em consideração, apenas, a vida do feto, esquecendo-se, dessa forma, de todos os direitos, dos quais faz jus a gestante.

Saliente-se, contudo, que não se pretende negar ao feto o seu direito à vida. O que se pretende, de fato, é assegurar à gestante a liberdade de escolher qual decisão tomar, qual decisão lhe será mais confortável, menos traumática, como tem sido dado este mesmo direito quando a gestação é resultante de estupro, mesmo, insista-se, que o feto seja completamente saudável.

Pretende-se, portanto, assegurar à gestante os direitos que são previstos constitucionalmente e que, diante de uma legislação infraconstitucional ultrapassada, estes direitos estão sendo negados e, o que é pior, princípios, tidos como elementos basilares do

Direito, estão sendo postos em segundo plano, porque o legislador tem preferido calar a tomar uma iniciativa justa e sensata, tem preferido delegar poderes a ser responsabilizado por tomar uma iniciativa que, com certeza, desagradará uma parcela da sociedade que, hipocritamente, insiste em sobrepor uma mera expectativa de direito a um direito em plenitude e potência, como o é o direito da gestante portadora de feto anencéfalo, não se importando, destarte, com as conseqüências que advirão.

Além disso, frise-se, uma gestação de anencéfalo em nada poderá se sobrepor aos direitos da gestante, pois, como visto, é uma gestação que, além de não gerar uma vida em possibilidades, acarretará danos, não só físicos, mas, principalmente, psicológicos, pois, a partir do diagnóstico, a gestante, terá certeza de que nunca poderá ter em seus braços o filho tão esperado, que não terá o prazer de, durante nove meses, preparar um enxoval digno à chegada do seu fruto descendente, que, ao contrário, terá que suportar, por longos e traumáticos nove meses, toda angústia, dor e sofrimento para, enfim, comprar vestes mortuários e preparar o funeral do seu filho.

Diante deste fato, não é de se estranhar que a obrigatoriedade da permanência da gestação de feto anencéfalo deva ser comparada à tortura, por ser uma situação, verdadeiramente, de tratamento desumano e degradante, de pleno e total desrespeito à dignidade da mulher, que ao longo dos tempos, sempre sofreu discriminação, sendo, inclusive, considerada o “sexo frágil”.

O presente trabalho, portanto, não tem por escopo a permissão generalizada do aborto, ou seja, não pretende a legalização do aborto por qualquer motivo, ao contrário, pretende-se exigir do legislador uma segurança jurídica a fim de evitar-se o tolhimento de direitos, constitucionalmente, garantidos, como o são a liberdade, a autonomia da vontade, a saúde e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AQUILES VON ZUBEN, Newton. **Questões de Bioética: Morte e o direito de morrer.** Disponível em <http://www.fae.unicamp.br/vonzuben/morte.html>. Acesso em 30 de março de 2009.

As religiões e o aborto. Disponível em www.aborto.com.br/religiao/index.htm. Acesso em 11 de maio de 2009.

BATISTA, Rodrigo Siqueira; SCHRAMM, Fermin Roland. **Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia.** Disponível em http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232004000100004&script=sci_arttext. Acesso em 30 de março de 2009.

BÍBLIA SAGRADA. A. T. **Gênesis.** 92ª edição. São Paulo: Editora Ave-Maria, 1994.

CABRAL, Gabriela. **Gravidez.** Disponível em <http://www.brasilecola.com/biologia/gravidez.htm>. Acesso em 30 de março de 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** volume 2: parte especial. 5ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.480, de 08 de agosto de 1997.** Disponível em http://www.transplantes.pe.gov.br/arquivos/resolucao_cfm.doc. Acesso em 30 de março de 2009.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado/Celso Delmanto...** [et al]. 7ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUARTE, Paulo. A morte e efeitos jurídicos. Disponível em www.gostodeler.com.br/materia/5420/A_Morte_e_efeit.html. Acesso em 30 de março de 2009.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e Infanticídio.** 2ª ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Sugestões literárias, 1984.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa.** 4ª ed. rev. ampliada- Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico.** 6ª ed. revista e aumentada. São Paulo: Fundação BYK, 1994.

GAMELEIRA, Fernando Tenório; CAMELO, Ricardo Macedo; ARAÚJO, Rogério Correia de; NETO, João Pedro Jatobá; VERÇOSA, Roberto Lúcio de Gusmão. **Morte Isolada do Tronco Encefálico.** Disponível em <http://www.epilepsia.org.br/epi2002/JEp10-155-158.pdf>. Acesso em 01 de abril de 2009.

GIOGLIANO, Daisy. **Pacientes – terminais: morte encefálica.** Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v1/pacienterm.html>. Acesso em 02 de fevereiro de 2009.

GOLDIM, José Roberto. **Início da vida de uma pessoa humana.** Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>. Acesso em 30 de março de 2009.

HEINDEL, Max. Disponível em <http://linknatural.wordpress.com/2008/05/30/vida-e-morte-tres-teorias>. Acesso em 30 de março de 2009.

JÚNIOR, João Ibaixe. **Estudo sobre o conceito de vida protegido pela Constituição.** Disponível em www.conjur.com.br/2006-out-03/estudo_conceito_vida_protegido_constituicao?pagina=2. Acesso em 30 de março de 2009.

JÚNIOR, Luís Carlos Martins Alves. **O Direito Fundamental do Feto Anencefálico: uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** *Júris Plenum*. Ano V, n. 26 (mar./abr. 2009). Caxias do Sul, Rio Grande do Sul: Eidtora Plenum, 2009.

KARAGULIAN, Patrícia Partamian. **Aborto e legalidade: malformação congênita.** São Caetano do Sul, São Paulo: Yendis editora, 2007.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão.** 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

LÔBO, Cecília Érika D'almeida. **Gestantes de Fetos Anencéfalos: Mulheres que lutam.** Disponível em http://www.ffb.edu.br/_download/Dialogo_Juridico_n5_07.PDF Acesso em 24 de maio de 2009.

MARQUES, Heveline Sanchez. **Trabalho monográfico: “A anencefalia e o direito da mãe de interromper a gestação”.** Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo. Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 18ª edição revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

NETO, Jorge Andalaft. **Anencefalia: posição da FEBRASGO.** Disponível em http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/anencefalia_febrasgo.pdf. Acesso em 23 de maio de 2009.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** Volume 2. 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996.

O que é saúde? Disponível em www.oncopediatria.org.br/portal/artigos/pais/conheca_direitos/oque_saude.jsp. Acesso em 17 de maio de 2009.

PAIXÃO, Ladislane Ferreira da. **Trabalho monográfico: “A legalização do aborto em casos de fetos anencefálicos”**. Universidade Federal de Campina Grande. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Sousa, Paraíba, 2006.

PEGORARO, Olinto A., **Caderno Saúde Coletiva**. Disponível em www.nesc.ufrj.br/cadernos/2004_1/opinia/cad20041_olinto.pdf. Acesso em 17 de abril de 2009.

PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia de volta**. Disponível em <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=58235> Acesso em 24 de maio de 2009.

PONTES, Manuel Sabino. **A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por falta de lesividade**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>. Acesso em 23 de maio de 2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.434, de 07 de fevereiro de 1997**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9434.htm>. Acesso em 30 de março de 2009.

REVISTA SUPERINTERESSANTE. edição 219, novembro de 2005, disponível em <http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/sumario-edicao-219.shtml>. Acesso em 30 de março de 2009.

REVISTA SUPERINTERESSANTE. edição 221, dezembro de 2005. Disponível em http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo_418494.shtml#top Acesso em 30 de março de 2009.

_____. **Vade Mecum**. 4ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em 26 de maio de 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 5ª edição. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2005.

ANEXO A

Luis Roberto Barroso
 &
 Associados
 ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA



Constituintes

NELSON NASCIMENTO DIZ
 CARMEN TIBURCIO

ROBERTO BERNARDES BARROSO
 LUIS ROBERTO BARROSO
 ANA PAULA DE BARCELLOS
 LUIS EDUARDO B MOREIRA
 VIVIANE PEREZ

KARIM BASHLO KHALIL
 MARINA GAENSLEY
 RAFAEL BARROSO FONTELLES
 BERNARDO DO AMARAL PEDRETE
 FEDERICO MONTEDOMIO

DANIELE LINS LIMA LEAL
 BRUNA CARNEIRO TAVARES PEREIRA
 EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA
 ERICK TAVARES RIBEIRO
 MARIA LUISA MARQUES MOREIRA
 GABRIELLE CIONI BITTEN COURT
 ANA CLAUDIA DA SILVA FRADE

Av. Rio Branco, 125 - 21º andar
 Rio de Janeiro - RJ
 20040-006 - Brasil
 Tel.: (21) 2221-1177
 Fax: (21) 2221-2192
 lrbarroso@lrbarroso.com.br
 www.lrbarroso.com.br

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADPF 54-8

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
 Coordenadoria de Registros
 e Informações Processuais
 17/08/2004 16:38 87116



CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS

TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS, entidade sindical de terceiro grau do sistema confederativo, inscrita no CNPJ sob o nº 67.139.485/0001-70 e registrada no Ministério do Trabalho sob o nº 24000.000490/92, com sede e foro na SCS – Qd. 01 – Bl. G – Edifício Bacarat, sala 1605, Brasília, DF, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e no art. 1º e segs. da Lei nº 9.882, de 3.12.99, por seu advogado ao final assinado (doc. nº 01), que receberá intimações na Av. Rio Branco, nº 125, 21º andar, Centro, Rio de Janeiro, vem oferecer **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**, indicando como preceitos vulnerados o art. 1º, IV (a dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República, e como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40)

1/11/04

Luis Roberto Barroso & Associados
Escritório de Advocacia



A violação dos preceitos fundamentais invocados decorre de uma específica aplicação que tem sido dada aos dispositivos do Código Penal referidos, por diversos juizes e tribunais: a que deles extrai a proibição de efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina. O pedido, que ao final será especificado de maneira analítica, é para que este Tribunal proceda à interpretação conforme a Constituição de tais normas, pronunciando a inconstitucionalidade da incidência das disposições do Código Penal na hipótese aqui descrita, reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.

A demonstração da satisfação dos requisitos processuais, bem como da procedência do pedido, de sua relevância jurídica e do perigo da demora será feita no relato a seguir, que obedecerá ao roteiro apresentado acima.

I. NOTA PRÉVIA

ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO NÃO É ABORTO

I. A presente ação é proposta com o apoio técnico e institucional da ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, associação civil com sede em Brasília, voltada para a defesa e promoção da bioética, dos direitos humanos e dos grupos vulneráveis, dentre outros fins institucionais¹. A ANIS apenas não figura formalmente como co-autora da ação à vista da jurisprudência dessa Corte em relação ao direito de propositura. Requer, no entanto, desde logo, sua admissão como *amicus*

¹ A ANIS tem, nos termos do art. 3º de seu Estatuto, como objetivos institucionais: defender e promover a bioética, a paz, os direitos humanos, a democracia e outros valores considerados universais; defender e promover a cidadania e a liberdade por meio da difusão de princípios bioéticos pautados nos direitos humanos; colaborar no combate de todas as formas de opressão social e discriminação, especialmente de gênero, que impeçam o exercício da liberdade; e difundir a bioética como um instrumento eficaz na proteção dos direitos humanos, especialmente de grupos vulneráveis, no Brasil ou em qualquer parte do mundo (doc. nº 05).

Luis Roberto Barroso & Associados
Escritório de Advocacia



curiae, por aplicação analógica do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.99.

2. No Brasil, como em outras partes do mundo, é recorrente o debate acerca da questão do aborto e de sua criminalização, com a torrente de opiniões polarizadas que costuma acompanhá-lo. O Código Penal de 1940, como se sabe, tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Esta visão, nos dias atuais, está longe de ser pacífica. A diversidade de concepções acerca do momento em que tem início a vida tem alçado este tema à deliberação de parlamentos e cortes constitucionais de diversos países, como Estados Unidos², Canadá³, Portugal⁴, Espanha⁵, França⁶ e Alemanha⁷, dentre outros. Na presente ação, todavia, passa-se ao largo dessa relevante discussão, com todas as suas implicações filosóficas, religiosas e sociais. A argumentação desenvolvida, portanto, não questiona o tratamento dado ao aborto pelo direito positivo brasileiro em vigor,

² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e, mais recentemente, *Planned Parenthood of Southwestern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992). Nos Estados Unidos, reconhece-se à mulher o direito constitucional amplo para realizar aborto no primeiro trimestre de gravidez. Em relação ao segundo e ao terceiro trimestres, as restrições instituídas por leis estaduais podem ser progressivamente mais severas.

³ *Morgentaler Smoling and Scott v. The Queen* (1988). No julgamento desse caso, a Suprema Corte canadense reconheceu às mulheres o direito fundamental à prática do aborto. Esta nota e as quatro subseqüentes beneficiam-se de pesquisa desenvolvida pelo Doutor e Procurador da República Daniel Sarmiento, gentilmente cedida ao signatário da presente.

⁴ O Tribunal Constitucional português reconheceu a constitucionalidade de lei que permitia o aborto em circunstâncias específicas, dentre elas o risco à saúde física ou psíquica da gestante, feto com doença grave e incurável, gravidez resultante de estupro e outras situações de estado de necessidade da gestante (Acórdão 25/84).

⁵ A Corte Constitucional espanhola considerou inconstitucional lei que autorizava o aborto em casos de estupro, anomalias do feto e riscos à saúde física e mental da mãe porque a lei não exigia diagnóstico médico nos casos de má-formação fetal e risco à saúde da gestante.

⁶ Em 1975, foi editada lei francesa permitindo o aborto, a pedido da mulher, até a 10ª semana de gestação, quando a gestante afirmasse que a gravidez lhe causa angústia grave, ou a qualquer momento, por motivos terapêuticos. A norma foi submetida ao controle de constitucionalidade (antes de editada) e ao controle de convencionalidade (após sua edição), tendo sido considerada compatível tanto com a Constituição francesa quanto com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Hoje, outra norma cuida da matéria, mantendo a possibilidade relativamente ampla de aborto na França.

⁷ Na Alemanha, após uma posição inicial restritiva, materializada na decisão conhecida como "Aborto I" (1975), a Corte Constitucional, em decisão referida como "Aborto II" (1993), entendeu que uma lei que proibisse em regra o aborto, sem criminalizar a conduta da gestante, seria válida, desde que adotasse outras medidas para proteção do feto. Registrou, contudo, que o direito do feto à vida, embora tenha valor elevado, não se estende a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais da gestante, havendo casos em que deve ser permitida a realização do aborto.

J. J. J.

Luis Roberto Barroso & Associados
Escritório de Advocacia



posição que não deve ser compreendida como concordância ou tomada de posição na matéria.

3. O processo objetivo que aqui se instaura cuida, na verdade, de hipótese muito mais simples. A antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos situa-se no domínio da medicina e do senso comum, sem suscitar quaisquer das escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária da gravidez viável⁸. Nada obstante, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal tornou-se indispensável na matéria, que tem profundo alcance humanitário, para libertá-la de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstáculos à atuação dos profissionais de saúde.

II. A HIPÓTESE

ANENCEFALIA, INVIABILIDADE DO FETO E ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO

4. A *anencefalia* é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico⁹. Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal¹⁰. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida

⁸ Inexiste qualquer proximidade entre a pretensão aqui veiculada e o denominado aborto eugênico, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade da vida extra-uterina do ser nascido, o que não é o caso em relação à anencefalia.

⁹ Richard E. Behrman, Robert M. Kliegman e Hal E. Jenson, *Nelson/Tratado de Pediatria*, Ed. Guanabara Koogan, 2002, p. 1777.

¹⁰ Debora Diniz e Diáguas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 101.



extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.

5. Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevivência de no máximo algumas horas após o parto. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa¹¹. Aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterino¹².

6. O exame pré-natal mais comumente utilizado para detectar anomalias resultantes de má-formação fetal é a ecografia¹³. A partir do segundo trimestre de gestação, o procedimento é realizado através de uma sonda externa que permite um estudo morfológico preciso, incluindo-se a visualização, e.g., da caixa craniana do feto. No estado da técnica atual, o índice de falibilidade dessa espécie de exame é praticamente nulo, de modo que seu resultado é capaz de gerar confortável certeza médica.

7. Uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. O mesmo, todavia, não ocorre com relação ao quadro clínico da gestante. A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos. De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal¹⁴. Assim, a antecipação do parto nessa

¹¹ Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 44.

¹² Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 102.

¹³ V. definição constante do *Dicionário enciclopédico de medicina* (A. Céu Coutinho), p. 748: "Método auxiliar de diagnóstico baseado no registro gráfico de ecos de ultra-sons que são emitidos e captados por um aparelho especial que emite as ondas e capta os seus reflexos, fazendo também o seu registro gráfico (ecograma)".

¹⁴ Em parecer sobre o assunto, a FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetria atesta: "As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstétrica nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâmnio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito frequente. C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). D) Associação



hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução.

8. Como se percebe do relato feito acima, a antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto, tal como tipificado no Código Penal. O aborto é descrito pela doutrina especializada como "a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)"¹⁵. Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os 9 meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal. Ao ponto se retornará adiante.

9. Note-se, a propósito, que a hipótese em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a Parte Especial daquele diploma, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma.

com vasculopatia periférica de estase. E) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencefálos de termo. G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo." (doc. nº 06)

¹⁵ Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, 2002, p. 424.



III. DO DIREITO

QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES E FUNDAMENTOS DO PEDIDO

III.1. Preliminarmente

a) Legitimação ativa e pertinência temática

10. Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, a legitimação ativa para a ADPF recai sobre os que têm direito de propor ação direta de inconstitucionalidade, constantes do elenco do art. 103 da Constituição Federal¹⁶. Tal é o caso da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que é uma confederação sindical (CF, art. 103, IX), de acordo com o art. 535 da CLT, com registro no Ministério do Trabalho (doc. nº 03) e tem âmbito nacional (Estatuto Social, art. 1º - doc. nº 02). Há expresse reconhecimento, nesse sentido, por parte do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento das ADIns nº 1.458 (Rel. Min. Celso de Mello)¹⁷ e 1.497 (Rel. Min. Marco Aurélio)¹⁸.

11. A pertinência temática é igualmente inequívoca. A CNTS tem, dentre suas finalidades, a de substituir e/ou representar, perante as autoridades judiciárias e administrativas, os interesses individuais e coletivos da categoria profissional dos trabalhadores na saúde (Estatuto, art. 3º, h). Ora bem: os trabalhadores na saúde, aí incluídos médicos, enfermeiros e outras categorias que atuem no procedimento de antecipação terapêutica do parto, sujeitam-se a ação penal pública por violação dos dispositivos do Código Penal já mencionados, caso venham a ser indevidamente interpretados e aplicados por juízes e tribunais. Como se percebe intuitivamente, a questão ora submetida à apreciação dessa Corte

¹⁶ CF, art. 103: "Pode propor a ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

¹⁷ STF, ADIn/MC 1.458-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996.

¹⁸ STF, ADIn/MC 1.497-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.12.2002.

JRS

Luís Roberto Barroso & Associados
Escritório de Advocacia



afeta não apenas o direito das gestantes, mas também a liberdade pessoal e profissional dos trabalhadores na saúde.

12. Caracterizadas a legitimação ativa e a pertinência temática, cabe agora examinar a presença dos requisitos de cabimento da ADPF.

b) Cabimento da ADPF

13. A Lei nº 9.882, de 3.12.99, que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁹, contemplou duas modalidades possíveis para o instrumento: a arguição autônoma e a incidental. A arguição aqui proposta é de natureza autônoma, cuja matriz se encontra no *caput* do art. 1º da lei específica, *in verbis*:

"Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público".²⁰

14. A ADPF autônoma constitui uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Tem por singularidade, todavia, o parâmetro de controle mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle mais amplo, compreendendo os atos do Poder Público em geral, e não apenas os de cunho normativo.

¹⁹ Anteriormente à promulgação desse diploma legal, a posição do Supremo Tribunal Federal era pela não-autoaplicabilidade da medida. V. DJU, 31.05.1995, Ag. Reg. na Pet. 1.140, rel. Min. Sydney Sanches.

²⁰ A arguição incidental decorre do mesmo art. 1º, parágrafo único, I: "Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição", combinado com o art. 6º, § 1º da mesma lei: "Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações,

JLB

Luis Roberto Barroso & Associados
Escritório de Advocacia



15. São três os pressupostos de cabimento da arguição autônoma: (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental; (ii) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; (iii) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Confirma-se, a seguir, a demonstração da satisfação de cada um deles na hipótese aqui examinada.

(i) Ameaça ou violação a preceito fundamental

16. Nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução “preceito fundamental”. Nada obstante, há substancial consenso na doutrina de que nessa categoria não de figurar os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa tipificação, compreendendo, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5º e segs). Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (art. 34, VII), que são aqueles que, por sua relevância, dão ensejo à intervenção federal²¹.

17. Conforme será aprofundado pouco mais à frente, na questão aqui posta os preceitos fundamentais vulnerados são: o princípio da dignidade da persona humana (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República brasileira; a cláusula geral da liberdade, extraída do princípio da legalidade (art. 5º, II), direito fundamental previsto no Capítulo dedicado aos direitos individuais e coletivos; e o direito à saúde (arts. 6º e 196), contemplado no Capítulo dos direitos sociais e reiterado no Título reservado à ordem social.

em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (grifo acrescentado).

²¹ Sobre o tema, v. Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* (obra ainda inédita), 2004.

LRB



(ii) Ato do Poder Público

18. Como decorre do relato explícito do art. 1º da Lei nº 9.882/99, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados do Poder Público, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Na presente hipótese, o ato estatal do qual resulta a lesão que se pretende reparar consiste no conjunto normativo extraído dos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal, ou mais propriamente, na interpretação inadequada que a tais dispositivos se tem dado em múltiplas decisões (docs. nº 7 a 9). Os dispositivos têm a seguinte dicção:

"Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

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

"Aborto provocado por terceiro

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

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

"Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

19. O que se visa, em última análise, é a interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado. //

123



(iii) Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade
(subsidiariedade da ADPF)

20. A exigência de “inexistir outro meio capaz de sanar a lesividade” não decorre da matriz constitucional do instituto. Inspirada por dispositivos análogos, relativamente ao recurso constitucional alemão²² e ao recurso de amparo espanhol²³, a subsidiariedade da ADPF acabou por constar do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99:

“§ 1º. Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

21. A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm construído o entendimento de que a verificação da subsidiariedade em cada caso depende da *eficácia* do “outro meio” referido na lei, isto é, da espécie de solução que as outras medidas possíveis na hipótese sejam capazes de produzir²⁴. O *outro meio* deve proporcionar resultados semelhantes aos que podem ser obtidos com a ADPF. Ora, a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, e dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá

²² A Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal exige, em seu § 90, alínea 2, que antes da interposição de um recurso constitucional seja esgotada regularmente a via judicial.

²³ Lei Orgânica 2, de 3.10.79, do Tribunal Constitucional, art. 44, 1, a.

²⁴ Embora na ADPF nº 17 (DJU 28.09.2001), o relator, Min. Celso de Mello, não tenha conhecido da arguição, por aplicação da regra da subsidiariedade, esse ponto não lhe passou despercebido, como se vê da transcrição da seguinte passagem de seu voto: “É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação da lesividade.

Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público” (negrito no original).

JL 13

Luís Roberto Barroso & Associados
Escritório de Advocacia



atingir tais efeitos²⁵. Ademais, caso, a pretexto da subsidiariedade, pretendesse vedar o emprego da ADPF sempre que cabível alguma espécie de recurso ou ação de natureza subjetiva, o papel da nova ação seria totalmente marginal e seu propósito não seria cumprido. É por esse fundamento, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF autônoma, que o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

22. Assim, não sendo cabível qualquer espécie de processo objetivo – como a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade –, caberá a ADPF. Esse é o entendimento que tem prevalecido nesse Eg. STF²⁶.

23. No caso presente, as disposições questionadas encontram-se no Código Penal, materializado no Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40. Trata-se, como se percebe singelamente, de diploma legal pré-constitucional, não sendo seus dispositivos originais suscetíveis de controle

²⁵ A exceção pode ocorrer em certas hipóteses de ação popular ou de ação civil pública.

²⁶ DJU 2.12.2002, p. 70, ADPF 33-5, Rel. Min. Gilmar Mendes: “De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.

(...) Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogados ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

(...) Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

(...) Assim, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional”.

Luís



mediante ação direta de inconstitucionalidade, consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁷. Não seria hipótese de ação declaratória de constitucionalidade nem de qualquer outro processo objetivo.

24. Pelas razões expostas, afigura-se fora de dúvida o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental na hipótese.

III.2. No mérito: preceitos fundamentais violados

25. No início desta peça, mencionou-se que a hipótese aqui em exame não envolve os elementos discutidos quando o tema é aborto. De fato, a discussão jurídica acerca da interrupção da gravidez de um feto viável envolve a ponderação de bens supostamente em tensão: de um lado, a potencialidade de vida do nascituro e, de outro, a liberdade e autonomia individuais da gestante²⁸. Como já referido, no caso de feto anencefálico, há certeza científica de que o feto não tem potencialidade de vida extra-uterina.

26. Diante disso, o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante. O reconhecimento de seus direitos fundamentais, a seguir analisados, não é a causa da lesão a bem ou direito de outrem – por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro²⁹,

²⁷ STF, DJU 21.11.1997, p. 60.585, ADIn nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard. Sobre este tópico específico e as sutilezas que pode envolver, v. itens 45 e segs. da presente petição, nos quais se veicula o pedido alternativo.

²⁸ Sobre a ponderação de bens como técnica de decisão, v. na doutrina brasileira o trabalho pioneiro de Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000.

²⁹ Aurélio Suarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2ª ed., 36ª, imp.: "Nascituro. (...) 3. *Jur.* O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo". No caso, só a morte é certa, anterior ou imediatamente após o parto. Veja-se, por relevante, que a Lei nº 9.437/97 estabelece como momento da morte humana o da morte encefálica, para fins de autorização de transplante. Confira-se sua dicção expressa: "Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina".

LRB



cujo interesse se possa eficazmente proteger. É até possível colocar questão em termos de ponderação de bens ou valores, mas a rigor técnico não há esta necessidade. A hipótese é de não-subsunção da situação fática relevante aos dispositivos do Código Penal. A gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto está protegida por direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva.

a) Dignidade da pessoa humana. Analogia à tortura

27. A dignidade da pessoa humana foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos. A banalização do mal³⁰ ao longo da primeira metade do século XX e a constatação, sobretudo após as experiências do fascismo e do nazismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista, também identificada como pós-positivismo.³¹ Nesse novo paradigma, dá-se a reaproximação entre o Direito e a Ética, resgatam-se os valores civilizatórios, reconhece-se normatividade aos princípios e cultivam-se os direitos fundamentais. Sob este pano de fundo, a Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito (art. 1º, III).³²

³⁰ A expressão foi empregada por Hannah Arendt em *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*, trad. José Rubens Siqueira, Companhia das Letras, 1999.

³¹ V. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 237. Sobre o tema, na doutrina nacional, v. tb. Luis Roberto Barroso, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)". In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

³² Alguns trabalhos monográficos recentes sobre o tema: José Afonso da Silva, *Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, Revista de Direito Administrativo 212/89; Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1999; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; Cleber Francisco Alves, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 2001; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001.



28. O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. Aliás, o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos³³, de que todo indivíduo é titular³⁴, generalizou-se também após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanações da própria dignidade, funcionando como "atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano."³⁵ Tais direitos, reconhecidos a todo ser humano³⁶ e consagrados pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado³⁷.

29. Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.

³³ Sobre a discussão acerca da existência autônoma dos direitos da personalidade, v. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 155.

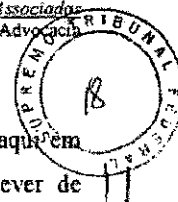
³⁴ Pietro Perlingieri, *La personalidad humana nell'ordenamento giuridico*, apud Gustavo Tepedino, "A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro", in *Temas de direito civil*, 2001, p. 42: "O direito da personalidade nasce imediatamente e contextualmente com a pessoa (direitos inatos). Está-se diante do princípio da igualdade: todos nascem com a mesma titularidade e com as mesmas situações jurídicas subjetivas (...) A personalidade comporta imediata titularidade de relações personalíssimas."

³⁵ Gustavo Tepedino, "A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro", in *Temas de direito civil*, 2001, p. 33.

³⁶ Mônica Neves Aguiar da Silva Castro, *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*, 2002, p. 67: "Identificados como inatos, no sentido de que não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir, os direitos da personalidade vêm sendo reconhecidos igualmente aos nascituros."

³⁷ Miguel Ángel Alegre Martínez, *El derecho a la propia imagen*, 1997, p. 140: "Es de notar, además, que los destinatarios de esse deber genérico son todas las personas. El respeto a los derechos fundamentales, traducción del respeto a la dignidad de la persona, corresponde a todos, precisamente porque los derechos que deben ser respetados son patrimonio de todos, y el no respeto a los mismos por parte de cualquiera privará al otro del disfrute de sus derechos, exigido por su dignidad."

Luis



30. A relevância desses direitos para a hipótese aqui em discussão é simples de ser demonstrada. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infra-constitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental³⁸ (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada).

b) Legalidade, liberdade e autonomia da vontade

31. O princípio da legalidade³⁹, positivado no inciso II do art. 5º da Constituição, na dicção de que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*", flui por vertentes distintas em sua aplicação ao Poder Público e aos particulares. Para o Poder Público, somente é facultado agir por imposição ou autorização legal⁴⁰. Em relação aos particulares, esta é a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe determinado

³⁸ Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997: "Art 1º Constitui crime de tortura: I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo."

³⁹ Sobre o princípio da legalidade, dentre muitos, v. Geraldo Ataliba, *República e constituição*, 1985, p. 88/99; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 1999, p. 32 e ss; e Maria Sílvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2001, p. 67 e ss.

⁴⁰ Não é este o local apropriado para a discussão acadêmica acerca do desenvolvimento de novos paradigmas relativamente à vinculação positiva da Administração Pública à lei. Sobre o tema, v. Gustavo Binbenbajm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, mimeografado (projeto de tese de doutorado apresentado ao programa de pós-graduação em direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ).

Handwritten signature or initials.



comportamento ou se a lei não o impõe, têm as pessoas a auto-determinação de adotá-lo ou não.

32. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade que não a da lei, e, mesmo assim, desde que seja ela formal e materialmente constitucional. Reverencia-se, dessa forma, a autonomia da vontade individual, cuja atuação somente deverá ceder ante os limites impostos pela legalidade. De tal formulação se extrai a ilação óbvia de que tudo aquilo que não está proibido por lei é juridicamente permitido.

33. Pois bem. A antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico. O fundamento das decisões judiciais que têm proibido sua realização, *data venia* de seus ilustres prolores, não é a ordem jurídica vigente no Brasil, mas sim outro tipo de consideração. A restrição à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante, nesse caso, não se justifica, quer sob o aspecto do direito positivo, quer sob o prisma da ponderação de valores: como já referido, não há bem jurídico em conflito com os direitos aqui descritos⁴¹.

c) Direito à saúde

34. Os fundamentos básicos do direito à saúde no Brasil estão dispostos no art. 6º, *caput*, e nos arts. 196 a 200 da Constituição Federal. O art. 196 é especialmente importante na hipótese:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e

⁴¹ Como assinalado, nada impede que se opte por colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores contrapostos: de um lado os direitos fundamentais da mãe e, de outro, a convicção religiosa ou filosófica que defenda a obrigatoriedade de levar a termo a gravidez, mesmo em se tratando de feto inviável. A ponderação, no entanto, é técnica de decisão que se utiliza quando há colisão de princípios ou de direitos fundamentais, funcionando como uma alternativa à técnica tradicional da subsunção. Não se vislumbra colisão no caso aqui estudado, mas sim uma situação de não subsunção ao Código Penal, vale dizer, de atipicidade da conduta.

RLB

Luis Roberto Barroso & Associados
Escritório de Advocacia



de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

35. A previsão expressa do direito à saúde na Carta de 1988 é reflexo da elevação deste direito, no âmbito mundial, à categoria de direito humano fundamental. Ressalte-se, neste ponto, que *saúde*, na concepção da própria Organização Mundial da Saúde, é o *completo bem estar físico, mental e social*, e não apenas a ausência de doença. A antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante. Impedir a sua realização importa em indevida e injustificável restrição ao direito à saúde. Desnecessário enfatizar que se trata, naturalmente, de uma faculdade da gestante e não de um procedimento a que deva obrigatoriamente submeter-se.

IV. DO PEDIDO

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

36. A técnica da interpretação conforme a Constituição, desenvolvida pela doutrina moderna⁴² e amplamente acolhida por essa Corte⁴³, consiste na escolha de uma linha de interpretação para determinada norma legal, em meio a outras que o texto comportaria. Por essa via, dá-se a expressa exclusão de um dos sentidos possíveis da norma, por produzir um resultado que contravém a Constituição, e a afirmação de

⁴² O princípio da interpretação conforme a Constituição tem sua trajetória e especialmente o seu desenvolvimento recente ligados à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde sua importância é crescente. V. Konrad Hesse, *La interpretación constitucional*, in *Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 53. V. tb., dentre muitos outros, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 1983, t. 2, p. 232 e ss.; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 284 e ss.; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991, p. 95; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 1991, p. 236.

⁴³ V. sobre o tema, ilustrativamente, STF, Rep. N° 1.417-7, Rel. Min. Moreira Alves, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n° 1, p. 314. No mesmo sentido: RTJ 139/624; RTJ 144/146.

fls



outro sentido, compatível com a Lei Maior, dentro dos limites possibilidades oferecidos pelo texto⁴⁴.

37. Pois bem. O legislador penal brasileiro tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Assim é que são tutelados, nos artigos 124 a 128 do Código Penal, o feto e, ainda, a vida e a integridade física da gestante (vide CP, art. 125 – aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da mãe). A antecipação consentida do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não afeta qualquer desses bens constitucionais. Muito ao contrário.

38. Como já exposto, na gestação de feto anencefálico não há vida humana viável em formação. Vale dizer: não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto. Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto⁴⁵. Sobre o ponto, vale reproduzir a lição clássica de Nelson Hungria que, embora escrita décadas antes de ser possível o diagnóstico de anencefalia, aplica-se perfeitamente ao caso:

⁴⁴ Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 189: "À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admira. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura do texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal".

⁴⁵ E, no que toca à gestante, já se registrou que a gravidez de feto anencefálico é potencialmente perigosa, trazendo inúmeros riscos de complicações, além de profunda angústia e sofrimento psicológico não só à mãe como a toda a família. Assim, a antecipação do parto nesses casos somente traz benefícios à saúde da gestante, tanto de ordem física quanto psíquica.

filos

Luís Roberto Barroso & Associados
Escritório de Advocacia



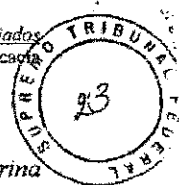
“Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. Q feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.” (grafia original)⁴⁶

39. O Judiciário já tem examinado essa questão em várias ocasiões. Na realidade, nos últimos anos, decisões judiciais em todo o país têm reconhecido às gestantes o direito de submeterem-se à antecipação terapêutica do parto em casos como o da anencefalia, concedendo-lhes alvarás para realização do procedimento⁴⁷. Recentemente, porém, algumas decisões em sentido inverso desequilibraram a jurisprudência que se havia formado. Uma delas, inclusive, chegou à apreciação desse Eg. Supremo Tribunal no início de 2004.

40. Trata-se do HC 84.025-6/RJ, no qual se versava hipótese, precisamente, de pedido de antecipação do parto de feto anencefálico. Seria a primeira vez que o STF teria oportunidade de apreciar a questão. Lamentavelmente, porém, antes que o julgamento pudesse acontecer, a gravidez chegou a termo e o feto anencefálico, sete minutos após o parto, morreu. O eminente Ministro Joaquim Barbosa, relator designado para o caso, divulgou seu preciso voto, exatamente no sentido do que aqui se sustenta. Vale transcrever trecho de seu pronunciamento, que resume toda a questão em análise:

⁴⁶ Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, 1958, p. 297-298.

⁴⁷ Nesse sentido, vejam-se exemplificativamente: em SP: TJ/SP – JTJ 232/391; TJ/SP, 1ª Câmara Crim., MS nº 309.340-3, Rel. David Haddad, j. 22.05.2000; TJ/SP, 3ª Câmara Crim., MS nº 375.201-3, Rel. Tristão Ribeiro, j. 21.03.2002; em MG: TAMG, 3ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 264.255-3, Rel. Juiz Duarte de Paula, j. 23.09.1998; TAMG, 1ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 219.008-9, Rel. Juiz Alvim Soares – RJTAMG 63/272; TAMG, 6ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 0240338-5, Rel. Juiz Baia Borges, DJ 10.09.1997; no RS: TJ/RS, 2ª Câmara Crim., MS nº 70005577424, Rel. José Antônio Cidade Pirez, j. 20.02.2003; TJ/RS, 3ª Câmara Crim., Apel. Crim. nº 70005037072, Rel. José Antônio Hirt Preiss, j. 12.09.2002; dentre outros.



"Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal."⁴⁸

IV.1. Pedido cautelar

41. No curso da argumentação desenvolvida demonstrouse, de maneira que se afigura inequívoca, a presença do *fumus boni iuris*. A violação dos preceitos fundamentais representados pela dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde é ostensiva, caso se interpretem as normas penais como impeditivas da antecipação terapêutica do parto na hipótese de feto anencefálico.

42. Quanto ao *periculum in mora*, note-se que tramitam perante tribunais de todo o país diversas ações judiciais em que gestantes –

⁴⁸ Integra do voto acessível no site "Consultor Jurídico", no endereço <http://conjur.uol.com.br/textos/25241/>. No mesmo sentido decidiu a Suprema Corte da Argentina, ao examinar, precisamente, hipótese de antecipação de parto encefálico. O Tribunal confirmou decisão de tribunal inferior no sentido de que "en el caso aquí analizado, y particularmente para una de las hipótesis posibles: la inducción o adelantamiento del parto no se verifican los extremos de la vigencia del tipo objetivo del aborto – artículo 86 del Código Penal". E acrescentou: "Frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, cobran toda su vitalidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y, en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional, a los que se ha hecho referencia supra". Referência: T.421.XXXVI. T., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (doc. n° 10).

Luís Roberto Barroso & Associados
Escritório de Advocacia



notadamente as de baixa renda, que dependem da rede pública de saúde buscam autorização judicial para poderem submeter-se à antecipação terapêutica do parto, por serem portadoras de feto anencefálico. Note-se que o procedimento médico somente é realizado na rede do SUS – e mesmo na maioria dos hospitais privados – mediante a apresentação de tal autorização. Desnecessário dizer (e o caso do HC 84.025-6/RJ, acima citado, é prova disso) que a demora inerente aos trâmites processuais muitas vezes torna inócua eventual decisão judicial favorável à gestante.

43. Configurados o *fumus boni iuris* e o *grave periculum in mora*, a CNTS requer, com fulcro no art. 5º, *caput* e § 3º da Lei n.º 9.882/99, seja concedida medida liminar para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os dispositivos do Código Penal aqui indigitados, nos casos de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. E que se reconheça, como consequência, o direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento aqui referido, e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia descrita na presente ação.

IV.2. Pedido principal

44. Por todo o exposto, a CNTS requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que essa Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Luís Roberto Barroso & Associados
Escritório de Advocacia



IV.3. Pedido alternativo

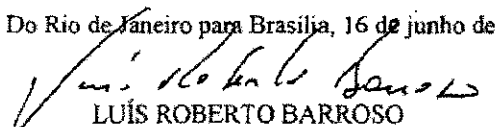
45. Por fim, alternativamente e por eventualidade, a CNTS requer que, caso V. Exa. entenda pelo descabimento da ADPF na hipótese, seja a presente recebida como ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, sem redução de texto, hipótese, portanto, em que não incidiria a jurisprudência consagrada dessa Corte relativamente à inadmissibilidade desse tipo de ação em relação a direito pré-constitucional.

46. De fato, a lógica dominante na Corte, reiterada na ADIn nº 2, é a de que lei anterior à Constituição e com ela incompatível estaria revogada. Conseqüentemente, não se deve admitir a ação direta de inconstitucionalidade cujo propósito é, em última análise, retirar a norma do sistema. Se a norma já não está em vigor, não haveria sentido em declarar sua inconstitucionalidade. Esse tipo de raciocínio, todavia, não é válido quando o pedido na ação direta é o de interpretação conforme a Constituição. É que, nesse caso, não se postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha a dar a Corte.

Por fim, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, a CNTS se coloca à disposição de V. Exa. para providenciar a emissão de pareceres técnicos e/ou a tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria, caso se entenda necessário.

Nestes termos, pede deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 16 de junho de 2004.


LUÍS ROBERTO BARROSO

OAB/RJ 37.769



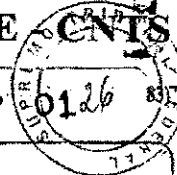
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS

FEDERAÇÕES FILIADAS:

SÃO PAULO (17.09.73) - RIO GRANDE DO SUL (25.05.75) - SANTA CATARINA (18.12.77)

MINAS GERAIS (06.11.86) - MATO GROSSO DO SUL (28.02.90) - NORDESTE

DOC. n.º



PROCURAÇÃO

Por este instrumento particular de procuração, **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS**, entidade sindical de terceiro grau, com sede central em Brasília-DF, à SCS - Qd. 01 - Bl. G - Ed. Baracat, sala 1605, CEP 70309-900, inscrita no CNPJ 67.139.485/0001-70 e registrada no Ministério do Trabalho sob o n.º 24000.000490/92, neste ato representada pelos membros da Junta Governativa Provisória, nomeia e constitui seus bastantes procuradores, **LUÍS ROBERTO BARROSO**, **ANA PAULA DE BARCELLOS** e **KARIN BASILIO KHALILI**, advogados, os dois primeiros casados e a última solteira, inscritos na OAB/RJ, respectivamente, sob os n.º 37.769, 95.436 e 99.501, todos com escritório na Av. Rio Branco, n.º 125, 21º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, e **MARCO TÚLIO DE ALVIM COSTA**, brasileiro, divorciado, advogado inscrito na OAB/MG sob o n.º 46.855, com escritório profissional na cidade de Belo Horizonte-MG, à Av. Augusto de Lima, n.º 1373, 17º andar, Barro Preto, CEP 30190-003, aos quais concede os poderes inerentes à cláusula *ad judicium et extra*, especialmente para o patrocínio de arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

Brasília, 28 de maio de 2004.

[Handwritten Signature]
JOSE LIAO DE ALMEIDA

JGP/CNTS

[Handwritten Signature]
PAULO PIMENTEL

JGP/CNTS

[Handwritten Signature]
JOSE CAETANO RODRIGUES

JGP/CNTS