



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**ABORTO DO FETO ANENCEFÁLICO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À
VIDA E À SAÚDE PELA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**

Leonardo José da Rocha Rezende

RIO DE JANEIRO
2012

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESSE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

LEONARDO JOSÉ DA ROCHA REZENDE

ABORTO DO FETO ANENCEFÁLICO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA E À
SAÚDE PELA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

**Monografia apresentada ao Curso de
Preparação à Carreira da Magistratura da
Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro – EMERJ**

**Orientador: Procurador de Justiça
Ricardo Martins.
Coorientadora: Prof^a. Néli L. C. Fetzner**

RIO DE JANEIRO
2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao nosso Deus por estar presente em todos os momentos das nossas vidas, Deus misericordioso que tem a capacidade de nos dispensar tanto amor mesmo com tantos pecados que a humanidade comete contra ele.

Agradeço aos meus pais Lúcia e Erivelto pelo sacrifício que fazem todos os dias, e pela preocupação exclusiva em garantir a nossa felicidade.

Agradeço aos meus irmãos Patrícia e Eduardo por todo amor e apoio sem o qual não teria conseguido.

Agradeço ainda à minha família pois se há uma prova do amor de Deus pelos homens é a permissão de vivermos em família.

Dedico esta Monografia à minha Avó Maria José da Rocha por ter me dispensado amor de mãe durante toda a minha vida, ter me ensinado a maior parte de aquilo que sei de mais importante.

Agradeço à minha namorada Letícia por ter sido uma verdadeira companheira por mostrar a cada dia o prazer que é amar e ser amado.

Agradeço ainda a todos meus professores dos quais tive o prazer de aprender sobre a ciência e sobre a vida. Agradeço, em especial, aos Professores Néli, Mônica, Nelson e Ana Dina que a todo instante me transmitiram valiosos ensinamentos.

Agradeço, ainda ao Professor Ricardo Martins não apenas pelos valiosos ensinamentos, mas também pelos exemplos de determinação, perseverança e ética que fazem ter o orgulho de dizer que ele é meu orientador.

Obrigado a todos que de alguma forma interferiram em minha vida, quero mesmo compartilhar essa alegria com todos vocês.

SÍNTESE

Uma das questões mais intrigantes que o operador do direito tem enfrentado é a possibilidade de antecipação terapêutica do parto quando o feto é portador de malformação que o torne incompatível com a vida extra-uterina. A questão é de fato tormentosa ao intérprete da norma, uma vez que, em casos como o do feto portador de anencefalia, a efetivação do inderrogável direito à saúde e bem estar da gestante parece insuscetível de compatibilização com o direito à vida do feto, o qual deve ser respeitado ainda que seja exercido por breves instantes e em condições precárias. Dessa forma, o escopo desse estudo é o de propor ao operador de direito uma forma de efetivação, tanto do direito à vida quanto ao direito à saúde, do feto, e da gestante, de modo a compatibilizá-los quando em conflito. Nesse sentido, sugere a criação de uma política pública de saúde capaz de conferir informações ao magistrado e, em especial, oferecer à gestante o tratamento que melhor se adéqua ao caso concreto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1 – HISTÓRICO RELEVANTE: A PRÁTICA DO ABORTO NAS DIFERETES CIVILIZAÇÕES.....	07
2 – O NASCITURO E A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS NA ORDEM JURÍDICA.....	11
2.1 – O nascituro como sujeito de direitos.....	11
2.2 – Breves considerações sobre a vida como um direito fundamental.....	16
3 – A TUTELA JURÍDICA NA VIDA INFRAUTERINA.....	20
3.1 – O crime de aborto e a tutela da vida intrauterina.....	20
3.2 – As hipóteses de exclusão da ilicitude no crime de aborto e sua aplicabilidade no caso do aborto dos fetos portadores de malformações genéticas.....	26
4 – AS MALFORMAÇÕES FETAIS E A INAPLICABILIDADE DO CRITÉRIO DE MORTE ENCEFÁLICA.....	35
5 – A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA, À SAÚDE E A DIGNIDADE À LUZ DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.....	51
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIA.....	61

INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe trazer reflexões acerca do aborto, ou interrupção da gestação, de fetos anencefálicos, aos quais correspondem aos fetos com malformação¹ genética que impossibilita o desenvolvimento do encéfalo e, por isso, acarreta um mau prognóstico do mesmo; Deste modo, sugere-se ponderar os princípios jurídicos fundamentais, como o direito à vida do feto e à saúde, em sua totalidade, da gestante, e a criação de uma política pública de saúde que proporcione suporte científico ao magistrado.

No primeiro capítulo, em um breve histórico relevante, pretende-se abordar a aceitabilidade social e jurídica do aborto em diferentes contextos e sociedades, bem como, enfocar a criminalização do aborto como meio de proteção à vida intra-uterina.

No segundo capítulo, serão discutidas as condições jurídicas do nascituro, ou seja, se a ele são atribuídos direitos e deveres enquanto sujeito de direitos, delineando diferentes teorias que versam acerca de tal temática. Ainda, no mesmo capítulo, serão apresentadas sucintas considerações acerca do direito à vida enquanto direito fundamental.

No terceiro capítulo, serão apresentados os aspectos relativos à tutela da vida intra-uterina, o momento a partir do qual é iniciada essa proteção. Ilustrar-se-ão, ainda, aspectos relativos ao crime de aborto tal como definido no Código Penal Brasileiro, e as hipóteses de exclusão da ilicitude da conduta abortiva e a eventual aplicabilidade aos casos de fetos portadores de malformação.

No quarto capítulo, apresentar-se-ão diferentes exemplos de malformações e a eventual possibilidade de utilização do critério de morte encefálica para a solução do conflito de direitos fundamentais estudado no presente trabalho.

¹ A expressão malformação é consagrada na doutrina médica e amplamente utilizada em todos os livros consultados sobre o tema. Razão pela qual adota-se o termo no presente trabalho.

No quinto capítulo, demonstrar-se-á que a utilização da técnica da ponderação de princípios é a que confere a melhor solução ao intérprete da norma de modo a compatibilizar ambos os direitos fundamentais que se põem em conflito e impedir que se incorra em arbitrariedade ao decidir pela saúde da mãe ou pela vida do feto. Demonstrar-se-á, ainda, que tal técnica deve ser aplicada à luz de cada caso concreto que lhe seja apresentado.

Por fim, serão apresentadas as conclusões da presente pesquisa no sentido de que a opção pela vida do feto ou pela vida da mãe, sem a efetiva ponderação de princípios no caso concreto, configura arbitrariedade do aplicador da norma. Do mesmo modo, propõe a criação de política pública de saúde capaz de conferir à gestante acompanhamento de modo que se possa indicar se a antecipação terapêutica do parto é a solução adequada ao tratamento, em cada caso concreto. Conclui, ainda, pela inconstitucionalidade de eventual inovação legislativa no sentido de se criar a exclusão do crime de aborto em razão de malformação fetal, de modo objetivo.

1. HISTÓRICO RELEVANTE

O aborto é uma das mais antigas práticas humanas. Com efeito, as mais antigas civilizações já conheciam métodos para interromper a gestação fosse ela indesejada, que trouxesse risco à saúde ou à vida da mãe, ou simplesmente pela inviabilidade do feto.

A proibição de tal prática variava de acordo com a civilização e com o contexto histórico por ela vivido. Nas civilizações antigas o aborto não era punido, via de regra, a menos que causasse dano à saúde ou a morte da gestante. De acordo com Nelson Hungria, citado por Renato Marcão, os hebreus foram os primeiros a proibirem, após a lei mosaica, o aborto em si mesmo considerado. Até então, somente era punido o aborto ocasionado por violência.²

Entre os gregos era corrente a prática do aborto. Aristóteles³ aconselhava a prática, devendo essa somente ser punida quando o feto já tivesse adquirido alma, para que se desse o controle populacional e a racionalização dos meios de subsistência. Platão, por sua vez, considerava que o aborto deveria ser praticado em todas as gestantes com idade superior aos quarenta anos. Na civilização grega, o aborto era bastante difundido, praticados por diversas camadas sociais.

Entre os Romanos a prática também foi bastante difundida uma vez que, para eles, o nascituro nada mais era do que uma parte do corpo da mãe, só possuindo esses direitos após o nascimento com vida.

²MARCÃO. Renato. *O aborto no anteprojeto de código penal* disponível em: <http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=239> Acesso em: 20 ago 2008.

³ Ibid.

Mais tarde, o Direito canônico passou a abominar o aborto com fundamento na perda da alma do nascituro. Para a Igreja Católica na Idade Média, o aborto deveria ser punido com pena de morte para a mãe e para o partícipe.

Posteriormente, a doutrina alemã de Von Liszt⁴ pregava que o aborto não se configuraria em crime porque este pressupõe um ataque a um bem jurídico, como o nascituro não teria direitos a serem tutelados pelo ordenamento jurídico, não haveria bem jurídico violado quando praticado um aborto.

O crime de aborto e suas exclusões, começou a ganhar os contornos da sociedade contemporânea, quando em 1916, na Suíça, foi aprovado o Código Penal, que em seu artigo 112 dispunha:

O aborto praticado por um médico diplomado e com o consentimento da mulher grávida não é punível: Se executado para evitar um perigo para a vida ou para a saúde da mãe e se esse perigo não pode ser evitado por outros meios; se o embaraço provém de uma violação, de um atentado contra o pudor cometido em uma mulher idiota, alienada, inconsciente ou incapaz de resistência, ou de um incesto. Se a vítima é idiota ou alienada, o consentimento do seu representante legal deverá ser requerido para o aborto.⁵

No Brasil, o Código Penal anterior ao de 1940 previa o crime de aborto, permitindo, contudo, a conduta do aborto necessário, desde que realizado por médico ou parteira para evitar a morte da gestante, bem como previa como causa de diminuição de pena o fato de o aborto ter sido provocado com a concordância da gestante para ocultar desonra própria.

O Código Penal em vigor, desde 1940, prevê o crime de aborto em seus artigos 124,125,126 e 127, bem como, prevê a não ocorrência do crime nas hipóteses descritas no artigo 128: quando realizado por médico “se não há outro meio de salvar a vida da gestante”;

⁴ Von Liszt *apud* MARCÃO, Renato. *O aborto no anteprojeto de código penal*. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=239>. Acesso em 20 ago 2008.

⁵ *Ibid.*

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

A promulgação da Constituição de 1988, e a evolução da medicina que permitiu o diagnóstico da anencefalia quando o feto ainda está no ventre materno leva a sociedade contemporânea a discutir se o aborto do feto anencefálico não mereceria o mesmo tratamento das causas de exclusão do crime de aborto descritas no artigo 128.

Com efeito, encontram-se diversos princípios constitucionais em conflito. O primeiro deles é o direito à saúde da mãe, ao bem-estar psíquico e físico da mãe bem como a dignidade da pessoa humana. Sendo pertinente o questionamento acerca da razoabilidade de se obrigar a mãe a dar continuidade gestação de um feto, cuja vida extra-uterina é abreviada levando a mãe a mais sofrimento, dor e angústia. Do mesmo modo é também razoável o questionamento daqueles que se opõem à chamada antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico, uma vez que o direito à vida deve ser resguardado a todos os cidadãos, inclusive aos seres humanos que se encontram em desenvolvimento no útero materno e que sejam portadores de graves moléstias a exemplo da anencefalia.

A referida matéria está sendo objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal. Durante o trâmite da arguição de descumprimento de preceito fundamental 54, o STF cassou a liminar dada pelo ministro Marco Aurélio, suspendendo todos os processos de pedido de autorização judicial para a realização de aborto do feto anencefálico, bem como proibindo a prática até o julgamento final desta ação.

É evidente que o artigo 128 do Código Penal, assim como todas as normas jurídicas, está a demandar uma nova interpretação à luz do ordenamento jurídico vigente, em especial da ordem constitucional. No entanto, para que se dê máxima efetividade aos comandos constitucionais, é necessário que tal reinterpretação se dê de acordo com os princípios contidos na Carta, de modo a que não se aniquile por completo a dignidade da

pessoa humana, seja na vertente do direito a saúde da gestante, seja na forma de direito à vida do feto anencefálico.

Nesse diapasão, este trabalho tem o escopo de sugerir a criação de uma política pública de saúde apta a conferir ao magistrado apoio científico, para que esse, ao realizar a devida ponderação de princípios em cada caso concreto, possa proferir a solução ao aludido conflito de forma que essa esteja o mais aproximada possível dos parâmetros impostos pela Constituição de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

2. O NASCITURO E ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS NA ORDEM JURÍDICA.

2.1 O NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITOS.

A legalidade do aborto, ou antecipação terapêutica do parto, dos fetos malformados, em especial daqueles portadores de anencefalia, é uma das questões mais perturbadoras que a doutrina jurídica contemporânea tem enfrentado.

Com efeito, a discussão está permeada por aspectos relativos à bioética e por outras de conteúdo polêmico e controvertido, inclusive para a ciência jurídica. Uma dessas questões está relacionada à condição jurídica do nascituro.

Com efeito, a questão tomará contornos diversos a depender da condição jurídica que se atribui ao nascituro: se o nascituro já deve ser considerado sujeito de direitos e deveres na ordem civil, ou se isso somente ocorreria com o nascimento com vida do feto.

Em outras palavras, é de fundamental importância responder se o ordenamento jurídico não reconhece personalidade ao nascituro, de modo a proteger somente seus interesses, ou se o nascituro tem personalidade jurídica subordinada à condição do nascimento com vida; ou ainda, se o nascituro tem personalidade desde a sua concepção.

Essas diversas possibilidades de interpretação decorrem do confuso regramento dado pelo Código Civil à matéria em questão: “Artigo 2º do Código Civil - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”.

No código civil anterior, a redação do artigo equivalente - o artigo 4º do Código Civil Revogado - estabelecia a mesma disposição, mas usava a palavra homem em vez da palavra pessoa, para designar o ser humano.

Diante desses dispositivos doutrinadores do Direito Civil⁶ concluíram que a lei dispõe que, na verdade, a personalidade jurídica da pessoa natural se inicia do nascimento com vida, mas ficam resguardados os interesses do nascituro. Assim, somente após o nascimento com vida, é que se teria aptidão para ser titular de direitos e deveres na órbita civil, sendo que, ao nascituro, tutelar-se-ia somente os seus interesses diante da grande probabilidade deste vir a nascer com vida. Tal teoria é apontada pela doutrina como teoria natalista.

Nessa linha de pensamento Silvio Rodrigues entende que:

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico, desde logo, preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade em breve serão seus.⁷

Verifica-se da análise do trecho supracitado, que por essa corrente doutrinária, a atribuição de personalidade jurídica não é estendida aos nascituros. Desse modo a proteção ao nascituro abrangeria somente seus interesses, uma vez que ele não seria detentor de qualquer direito subjetivo a ser tutelado.

Do mesmo modo, entende Caio Mário que:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra o direito não chega a constituir-se, e não há que falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direitos. Tão certo é isto que se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não se chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração se opera

⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil Parte Geral*. Vol.1, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 36

⁷ *Ibid*, p. 36

como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento.⁸

Com base nos ensinamentos de Caio Mário formulou-se uma nova teoria cujos adeptos entendem que o nascituro é uma pessoa condicional, isso é, a aquisição da personalidade jurídica do nascituro está subordinada à condição suspensiva do nascimento com vida. Para esta corrente denominada da personalidade condicional, o nascituro tem uma personalidade condicional, ou seja, sua personalidade ainda não é eficaz, ela somente produzirá efeitos no mundo jurídico após o nascimento com vida. Assegurando-se, no entanto, os direitos da personalidade, inclusive para assegurar o nascimento.

Esse também é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho⁹ para quem: “A condição para que o nascituro seja sujeito de direito, isto é, tenha seus direitos legalmente protegidos, é a de que venha a nascer com vida”.

Por se entender dessa forma, denomina-se essa teoria condicionalista ou da personalidade condicional visto que caso não venha a nascer com vida e assim não se implementando a condição suspensiva considerar-se-á que o nascituro nunca existiu não se considerando nenhum direito àquele ente concebido, mas natimorto.

Há ainda quem pense que o nascituro já possui personalidade jurídica considerando que já a partir da concepção este é apto a ser titular de uma imensa gama de direitos, conferindo-lhe, assim personalidade eficaz e incondicionada ao nascituro, ressalvando-se apenas alguns direitos patrimoniais, como o de receber herança, legado e doação, estes sim pendentes à condição resolutiva do nascimento sem vida.

Como assevera Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “impõe-se registrar uma posição mais avançada da moderna doutrina civilista, esposando a tese de que o

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol.1, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 216

⁹ COELHO *apud* FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil Teoria Geral*. 4.ed. São Paulo: Lúmen Iuris, 2006. p.184 .

nascituro possui personalidade jurídica.”¹⁰ Tal teoria é denominada concepcionista, pela qual o nascituro adquire a personalidade jurídica com a concepção, sendo apto para ser titular de direitos e deveres, ficando ressalvados os direitos patrimoniais, aos quais pende a condição resolutiva do nascimento sem vida.¹¹

Tal teoria tem como precursores Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo e Felício dos Santos¹² que admitiam ser a proteção de interesses uma espécie de reconhecimento de direitos ao nascituro. Atualmente, encontram-se filiados a esta doutrina Ilustres mestres como José Maria Leoni Lopes de Oliveira; Rubens Limongi França, Francisco Amaral, José Ascensão de Oliveira, Silmara Juny A. Chinelato e Cristiano Chaves de Farias¹³.

A teoria concepcionista encontra alicerces no próprio Código Civil que confere ao nascituro a possibilidade de receber doação (art. 542), de ser herdeiro, de ter curador, e o reconhecimento de sua filiação. Há ainda outros direitos que o nascituro tem titularidade no que tange aos direitos fundamentais e aos direitos da personalidade a ele aplicáveis.

A teoria concepcionista é a que melhor se aplica às disposições do ordenamento jurídico. Em tempos de primazia do direito constitucional, o fato de a aquisição de direitos patrimoniais estar subordinada ao nascimento com vida, não pode implicar o entendimento de que o nascituro não pode ter direitos na órbita civil, pois assim se estará afastando o postulado da dignidade da pessoa humana, o que representaria um retrocesso na teoria da personalidade.

Ademais, cumpre notar que a teoria concepcionista é a única que consegue explicar, com exatidão, a atribuição de direitos não patrimoniais ao nascituro, como os

¹⁰ Ibid, p.184

¹¹ CHINELATO, Silmara Juny. *Tutela Civil do Nascituro*. Disponível em: www.saraivajur.com.br. Acesso em: 05 de junho de 2006.

¹² FREITAS, Teixeira; ARAÚJO, Nabuco de; SANTOS, Felício dos *apud* FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD. Op Cit. p.185.

¹³ Ibid, p. 185.

direitos inerentes à personalidade, em especial o direito à vida que, embora não se trate de um direito absoluto, é um direito conferido a todo e qualquer ser humano pelo Estado Brasileiro.

A teoria natalista, no entanto, defende que alguns direitos são conferidos ao nascituro em razão da existência de um “transbordamento dos direitos fundamentais”, dessa forma, o ordenamento jurídico emprestaria direitos ao nascituro que ele ainda não possui¹⁴.

Analisando esse argumento de uma perspectiva mais ampla, chegar-se-á conclusão de que, embora esse seja dotado de uma refinada técnica, e de uma rara sabedoria, tal entendimento não merece prosperar, porque se o ordenamento estende ao nascituro direitos que ele ainda não possui, ele, na verdade, confere a esse mesmo nascituro um direito: o de fazer jus ao empréstimo desses direitos. Dessa forma, além de conferir ao nascituro a condição de sujeito de direitos, tal argumento seria de pouca relevância prática no sentido de que os nascituros teriam direito a exercer as prerrogativas a eles emprestadas pelo ordenamento jurídico.

Deve-se notar que o texto da Convenção Americana dos Direitos do Homem, Pacto de San José da Costa Rica, anuncia que; “qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida. Este direito deve ser protegido por lei em geral a partir da concepção”¹⁵.

Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald¹⁶ ressaltam ainda o seguinte:

Não há dúvida, por conseguinte, quanto ao reconhecimento dos direitos da personalidade ao nascituro. Aliás, essa proteção dedicada aos direitos da personalidade alcança, inclusive, o natimorto, que somente não poderá adquirir direitos de cunho patrimonial.

Ainda de acordo com o posicionamento, estampado no enunciado 1º da jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, a proteção que o ordenamento

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, Rel. Min. Carlos Brito, 28 e 29 de maio de 2008.

¹⁵ BRASIL, Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD. Op Cit. p.187.

jurídico confere ao nascituro se estende ao natimorto no que se refere aos direitos da personalidade, tais como, nome, imagem e sepultura.

Em razão do que foi acima exposto, é que o ordenamento jurídico, em especial, as normas penais proíbem a conduta do aborto.

2.2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO À VIDA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL.

A criminalização do aborto tem o condão de proteger a vida intra-uterina. Tal proibição, em conjunto com a proteção constitucional da vida aposta no artigo 5º da Constituição erige a vida humana, incluída a vida intra-uterina, como um dos bens jurídicos de maior relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, o direito à vida pertence ao conjunto de direitos que a doutrina convencionou chamar de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva. Em sentido formal, tem-se por direitos fundamentais todos os direitos conferidos aos cidadãos, individual ou coletivamente considerados, previstos na Constituição, em capítulo próprio ou de maneira esparsa.

A previsão de tais direitos em determinado texto constitucional se explica pela perspectiva material dos direitos fundamentais, pela qual os direitos fundamentais são direitos elencados por uma determinada sociedade, num dado período histórico, como direitos de suma importância para aquela sociedade. Em razão disso, são conferidos aos cidadãos em sua lei maior de forma que estes possam ser exigidos por todos.

Com isso, a doutrina vê superada a dificuldade de explicar a origem dos chamados direitos fundamentais trazida pela perspectiva dos chamados direitos individuais, ou ainda, direitos naturais ou direitos humanos. Segundo tal perspectiva, direitos ligados à vida, igualdade, liberdade, segurança e propriedade privada, seriam direitos inerentes à natureza humana, que independeriam de qualquer previsão normativa, bem como, seriam desvinculados do tempo e do espaço, não encontrando limites à sua aplicação. Seriam direitos extensíveis a todos os seres humanos, onde quer que se encontrem, seja qual for o período histórico em que sua incidência será analisada.

Com efeito, o conceito de direitos humanos se liga às inspirações iluministas que sob uma perspectiva jusnaturalista, encontravam na razão humana o reconhecimento necessário a um conjunto mínimo de direitos que deveriam ser reconhecidos pelo estado, independentemente de qualquer previsão normativa.

Com o triunfo do positivismo jurídico sobre o jusnaturalismo, passou-se a questionar a origem e mesmo a existência de tais direitos inerentes à natureza humana que independem de qualquer previsão normativa que os assegure. No entanto, como lembrado por José Afonso da Silva: “Sua historicidade repele, por outro lado, a tese de que nascem pura e simplesmente da vontade do Estado para situá-los no terreno político da soberania popular, que lhes confere o sentido apropriado na dialética do processo produtivo”¹⁷.

De toda sorte, ainda que não se considere o direito à vida como um direito inerente à condição humana, não é possível negar que a Constituição o protege de modo uniforme a todos os cidadãos, em sua dupla perspectiva: Em relação ao direito de permanecer vivo, e em relação ao direito de exercer a vida com dignidade, o que traz consigo os direitos à saúde, e à integridade física, moral e psíquica.

¹⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005. p. 176.

É importante ressaltar que o direito à vida, na sua perspectiva mais ampla, não se confunde com o chamado “direito à vida digna”. Naquela se determina a proteção de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana tais como a saúde, a integridade física, moral e psíquica, enquanto o chamado “direito à vida digna” nada mais é que uma série de providências básicas sem as quais a vida não poderia ser exercida dignamente e, dessa forma, a vida protegida pelo ordenamento jurídico seria apenas aquela que pudesse ser exercida com um mínimo de dignidade.

Dessa forma, possibilitar-se-ia a eutanásia, bem como a eliminação de indivíduos portadores de malformações ou deficiências graves, sempre que se considerasse que esse cidadão não tivesse condições de exercer existência digna. Essa seria a orientação que permitiria, por exemplo, o aborto de fetos portadores de malformações, sem que fossem necessárias maiores reflexões do intérprete da norma jurídica, não sendo necessária a aplicação da técnica da ponderação de princípios nesses casos.

Contudo, não é sob essa perspectiva que o texto constitucional confere proteção ao direito à vida. Inicialmente, protege-se o direito de existência, pois é a partir dele que todos os demais direitos virão a surgir, e a partir de tal existência é que o indivíduo poderá exercer os demais direitos conferidos pela norma jurídica, mesmo aqueles que se estendem para depois da morte como à honra, à imagem, à sepultura, à dignidade da pessoa humana.

Em suma, apenas se confere dignidade àquele que existe ou já existiu, e não o contrário. É a existência que confere a dignidade, e não a dignidade que confere a existência. Tanto é assim que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, devendo a lei sempre operar para garantir ao máximo a dignidade a todos os cidadãos.

Pode-se assim dizer que a dignidade não é o pressuposto da existência, o ser primeiro existe, e cabe a todos, em especial ao Estado garantir-lhe a dignidade. Ainda que não seja aceita como um direito inerente à natureza humana, é inegável que no atual momento histórico, a garantia à dignidade da pessoa humana seja um dos mais importantes valores sobre o qual se sustenta toda sociedade.

É com base nessa premissa que não se pode aceitar o aborto dos fetos portadores de malformação congênitas sem uma prévia ponderação de princípios que leve em conta as peculiaridades do caso concreto, à luz dos princípios proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, uma decisão que determine a eliminação de um feto portador de uma malformação congênita, pelo simples fato de que esse feto não tem condições de exercer a vida extra-uterina não é legítima à luz dos mandamentos constitucionais acima descritos.

Por outro lado, uma decisão que impeça o aborto de tal feto, sem que se leve em conta a proteção da vida materna em sua ampla acepção, será igualmente atentatória ao preconizado pelo texto constitucional.

Se a proibição do aborto nos casos de fetos viáveis e saudáveis é aceita quase pela unanimidade dos doutrinadores, isso não ocorre nos casos de fetos portadores de malformações, a exemplo da anencefalia, que praticamente inviabilizam a vida extra-uterina, e cuja gestação se reflete num doloroso processo de constante sofrimento para a gestante.

Dessa forma, uma vez evidenciado o direito à vida que assiste ao nascituro, mesmo em relação aos fetos malformados, em que hipóteses seriam admitidas as chamadas antecipações terapêuticas do parto? E como elucidar o conflito entre o direito à vida do feto e à saúde plena da mãe, que em casos como esses parecem incompatíveis entre si? Há alguma forma de se efetivar ambos os direitos fundamentais em conflito? É possível ao operador do direito garantir a convivência harmônica entre esses dois princípios?

Exatamente essas questões que esta pesquisa busca focar.

3. A TUTELA JURÍDICA DA VIDA INTRA-UTERINA, PROIBIÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE ABORTAMENTO.

A tutela jurídica na vida intrauterina tem na criminalização do aborto sua proteção mais fundamental. Com efeito, pela tipificação de tal conduta, é reprovada a interrupção da gravidez e protegida a vida do ser em formação.

3.1 O CRIME DE ABORTO E A TUTELA DA VIDA INTRAUTERINA.

Indubitavelmente, o aborto é um dos temas mais polêmicos discutidos pela sociedade contemporânea. Os diversos enfoques e ideologias, o conflito entre o pensamento político e o religioso, e suas posições sólidas e diametralmente opostas fazem do tema um dos mais difíceis de serem discutidos em âmbito acadêmico, sendo a paixão de ambos os pólos um dos maiores entraves à formação de um discurso científico mais próximo da neutralidade tão sonhada pelos positivistas no início do século passado, cuja busca se faz necessária ainda hoje para a valorização do tema em análise.

Inicialmente, importa trazer à discussão a crítica formulada pela doutrina acerca do emprego da palavra aborto. Salientam alguns autores que aborto é o resultado da ação, em outras palavras, o produto do abortamento, esse sim o ato de provocar a expulsão do feto do útero materno, que em sendo bem sucedida, configura o aborto¹⁸.

¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 62.

No entanto, a expressão aborto já é consagrada na doutrina e na *práxis* jurídica sendo empregada, às vezes, como o real sentido de aborto e outras como sinônimo de abortamento.

Outra relevante crítica é a levantada por Silmara Juni Chinellato¹⁹ acerca do emprego da expressão “produto da concepção” para referir-se ao feto. Com efeito, ao se utilizar a supracitada expressão para designar o feto, aproxima-se este às coisas, reificando o ser humano, o que evidentemente possui um conteúdo ético negativo.

Feitas essas considerações iniciais, cumpre identificar os principais aspectos da criminalização da conduta de abortamento como forma de proteção da vida intra-uterina.

Pela sua etimologia, identifica-se o aborto como a privação do nascimento. *Ab* significa privação, enquanto *Ortus* se refere ao nascimento, dessa forma, aborto é a privação de alguém em nascer.²⁰

No sentido jurídico, o aborto é a interrupção da gravidez com a morte do nascituro que, conforme a fase de sua evolução, pode ser classificado como ovo (três primeiras semanas de gestação), embrião (da terceira semana até o terceiro mês de gestação) ou feto (do terceiro mês de gestação até o nascimento).

O nascituro é o ser já concebido, mas ainda não nascido²¹, que ainda se encontra ligado ao ventre materno. Assim, o nascituro é o ser, uma vez concebido, ainda não separado das entranhas da mãe.

Nota-se assim, que o indivíduo somente adquire a condição de nascituro uma vez ocorrida a chamada nidação, fenômeno pelo qual o óvulo fecundado se gruda às paredes do útero materno para, a partir daí começar a se desenvolver, interrompendo o ciclo menstrual

¹⁹ CHINELATO, *op. cit.*, p. 254.

²⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Vol. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 101

²¹ RODRIGUES, Silvio; *Direito Civil*. Vol 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 36

de sua mãe e estabelecendo com a mesma conexão vascular de onde retirará o necessário à sua própria subsistência, que ocorre em 4-5 dias após a fecundação²²

Com isso, verifica-se que é bem assentado o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald no sentido de que:

A toda evidência, o nascituro não se confunde com o concepturo que não foi concebido ainda, é o caso da chamada prole eventual, isto é, aquele que será gerado, concebido, a quem se permite deixar benefício em testamento, dêis que venha a ser concebido nos dois anos subseqüentes à morte do testador²³

Em face do exposto percebe-se que dois são os requisitos para que se configure um indivíduo na situação de nascituro: A) O primeiro se refere à concepção; pois somente quando ela ocorre é que surge um indivíduo com características, e metabolismo próprios, distintos de sua mãe; B) Ainda não ter ocorrido o nascimento, posto que o indivíduo não estará mais ligado ao ventre materno, não estando mais na situação jurídica de nascituro.

Quando ausentes esses dois requisitos estar-se-á diante de um indivíduo já nascido, ou de um concepturo (prole eventual). A nidação também é um importante marco na gestação que produz efeitos jurídicos, pois, no feto naturalmente concebido, somente após a nidação é que a ordem jurídica pode conferir proteção à sua vida pelo crime de aborto, pois somente após esse fato, a mãe tem condições de perceber a presença do feto que passa a se nutrir, tendo metabolismo próprio, através da conexão vascular estabelecida entre ele e o corpo de sua mãe.

Por tal razão, não se configura aborto a morte de indivíduos concebidos mas cuja nidação ainda não ocorreu no ventre materno, daí mais uma das dificuldades da doutrina jurídica em lidar com questões aliadas à condição jurídica dos embriões *in vitro* que demandam estudo detalhado e específico.

²² NEME, Bussamara. *Obstetricia Básica*. 2. ed. São Paulo: Sarvier, 2000. p.10

²³ FARIAS & ROSENVALD. *Op. Cit.*, p. 184

O mesmo pode-se dizer da pílula do dia seguinte, tratado pela medicina como método contraceptivo sem natureza abortiva uma vez que esta impede a nidação, fenômeno sobre o qual não se pode ter a certeza se vai ou não ocorrer.

Dessa forma, o aborto é o tipo penal que visa a tutelar a vida intra-uterina, apenando todo aquele que voluntária e conscientemente interrompê-la impedindo sequer o nascimento do indivíduo gerado pela concepção.

A doutrina divide o aborto em espontâneo (ou natural), acidental ou provocado. Aborto espontâneo é o que ocorre em razão de causas naturais, casos em que o corpo da mãe, naturalmente, expulsa o feto. O aborto acidental é o que se dá em função de um traumatismo sem a interferência da gestante ou de um terceiro que contribua para tal resultado, como no caso da interrupção da gravidez causada pela queda de uma escada. Por fim, o aborto provocado é aquele artificialmente provocado pela gestante ou por terceiro, este sim suscetível de ensejar a punição do agente se este não estiver amparado em nenhuma das duas causas de exclusão da antijuridicidade apostas no artigo 128 do Código Penal, pois caso isso ocorra, haverá o chamado aborto legal.²⁴

Dessa forma, pode-se afirmar que o aborto provocado se divide em aborto criminoso e aborto legal. Para que ocorra o aborto criminoso, basta a realização da conduta típica “provocar aborto”, cuidando a lei penal de atribuir penas mais graves conforme o a gravidade da conduta do agente, em especial, com a observância do consentimento ou não da gestante, nos termos dos artigos 124,125 e 126 do Código Penal.

Em outras palavras, para que ocorra o crime de aborto, não existe um modo específico de execução, pode o agente provocá-lo por qualquer meio ou ato capaz de provocar a interrupção da gravidez e a conseqüente morte do feto dentro ou fora do útero materno.

²⁴ JESUS. Op. Cit., p. 102.

Note-se que o aborto pode ser provocado, inclusive pela omissão daquele que tem o dever de agir nos termos do artigo 13, § 2º do Código Penal.

Por óbvio, para a condenação, exige-se a prova da gravidez por exame de corpo de delito direto, ou indireto quando já ausentes os vestígios da gravidez. A confissão dos agentes não exclui a necessidade do referido exame.

Outra prova exigida, como em qualquer crime, é a do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado aborto.

Mirabete, assenta que: “O objeto material do delito é o produto da fecundação (ovo, embrião ou feto), não se exigindo que haja viabilidade fetal.”²⁵ Dessa forma, irrelevante o estado de saúde do feto, ou a probabilidade deste dar prosseguimento à vida extra-uterina.

Desse modo, deveria ser indubitoso que aquele que age deliberadamente para provocar a interrupção da gravidez do feto malformado, cujo exemplo mais conhecido é o do feto anencefálico, pratica o crime de aborto numa das modalidades descritas nos artigos 124, 125 ou 126 do Código Penal. No entanto, conforme se verificará, o estudo acerca da antecipação e do aborto do feto anencefálico é questão bem mais tormentosa para a doutrina jurídica, não podendo ser resolvida por parâmetros dotados de tal simplicidade.

O aborto pode ser provocado também pelo consentimento da gestante, exigindo-se dessa forma a figura de terceiro, que em praticando ato material de execução, este responderá na forma do artigo 126 do Código Penal. No entanto, se sua participação se limitar à determinação, ou instigação, o agente responde nos termos do artigo 124 do Código Penal. Por fim, sendo inválido o consentimento, responde o terceiro na modalidade mais grave descrita no artigo 125 do Código Penal.

No que se refere à tipicidade subjetiva, isso é, no que tange à discussão do dolo ou culpa do agente na prática do crime, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê o aborto

²⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 969

na modalidade culposa, sendo indispensável que o autor atue com dolo, ainda que eventual, para provocar a antecipação do parto adicionada à morte do nascituro. Se o agente desconhece a circunstância da gravidez esse responderá nos termos do artigo 129 § 1º, do Código Penal se sua conduta não resultar em morte do nascituro, mas apenas em aceleração do parto, e nos termos do artigo 129, § 2º do Código Penal se constatada a morte do nascituro em razão da antecipação do parto.

Em razão de o aborto exigir o binômio antecipação do parto - morte do nascituro para sua configuração, verifica-se a tentativa sempre que a empreitada abortiva não interromper a gravidez ou não acarretar no término da vida intra-uterina tutelada, causando apenas a aceleração do parto, e nesse último caso, a morte do recém nascido fora do ventre materno, em decorrência do ato do agente, implica o concurso da tentativa do aborto com o homicídio.

De acordo com o que dispõe o artigo 127 do Código Penal, em todas as condutas acima descritas, haverá o agravamento de um terço da pena cominada pelo resultado em caso de lesão corporal de natureza grave à gestante, e do dobro se à empreitada abortiva sobrevier a morte da gestante.

No entanto, o ponto mais relevante à discussão da legalidade do aborto de fetos portadores de malformações congênitas, que os tornam praticamente inviáveis ao exercício da vida extra-uterina reside nas causas de exclusão dos crimes de aborto.

3.2. AS HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE NO CRIME DE ABORTO E SUA APLICABILIDADE NO CASO DO ABORTO DOS FETOS PORTADORES DE MALFORMAÇÕES GENÉTICAS.

O artigo 128 do Código Penal define apenas duas situações nas quais a prática do aborto é considerada lícita. Trata-se o artigo 128 de norma penal não incriminadora, cujo condão é o de excluir a antijuridicidade da conduta de abortamento de modo a não incidir qualquer reprimenda por parte do Estado perante aquele que pratica o aborto nas situações por ela elencadas.

De acordo com o que dispõe o artigo 128 do Código Penal, não se pune o aborto praticado por médico: Se não há outro meio de salvar a vida da gestante e; se a gravidez resultar de estupro e o aborto for precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Por razões acadêmicas, é aconselhável que se trate, inicialmente, da segunda causa de exclusão do crime de aborto previsto pelo Código Penal. Quando a gravidez é resultado de um estupro e a interrupção dessa é realizada por médico, com o consentimento da gestante ou de seu representante legal, ocorre o que se chama na doutrina de aborto sentimental, ético ou humanitário²⁶. Como se sabe, o debate acerca da legitimidade desta motivação para a exclusão do crime de aborto iniciou-se na Primeira Guerra Mundial, em função dos inúmeros casos de gravidez resultante de estupros praticados pelos exércitos invasores.

Hoje, no Brasil, tal previsão se justifica, do ponto de vista legal, porque se vislumbra uma hipótese especial de estado de necessidade uma vez que a gravidez e as

²⁶ Ibid, p. 982.

consequências morais, familiares e sociais decorrentes do nascimento do feto configurariam o perigo de grave dano à pessoa da vítima-gestante. Outros, embora não vislumbrem hipótese de estado de necessidade, justificam o aborto sentimental em função da inexigibilidade de conduta adversa, o que parece mais adequado²⁷.

De toda sorte, tal hipótese de exclusão do crime de aborto evidencia, embora de forma oblíqua, o ponto central da discussão que ora se propõe: O conflito de interesses e direitos fundamentais entre a vida do feto e a saúde da gestante.

Com efeito, cumpre aqui fazer algumas indagações: Se o feto possui direito à vida, e o princípio da intranscendência impõe que nenhuma pena deve passar da pessoa do condenado, como justificar o aborto do feto resultante de estupro? Pode-se dizer então que o ordenamento jurídico atribuí maior valor ao bem jurídico que a mãe detém, no caso o direito à saúde?

Ocorre que, no caso em análise, a lei realiza uma ponderação objetiva de princípios. Efetivamente o feto, mesmo resultante de estupro possui direito à vida, como todo e qualquer semelhante seu. No entanto, o legislador penal achou por bem privilegiar, nesse caso a saúde mental da genitora, de modo que essa não seja obrigada a levar a cabo uma gravidez que provavelmente trará um impacto irreparável em suas relações afetivas, familiares, isso sem mencionar o fato de que a criança gerada será uma lembrança viva dos momentos de horror experimentados pela mãe, de modo que ela, talvez, seja incapaz, de se relacionar com essa criança.

Desse modo, a conduta de abortamento se justifica perante a comunidade jurídica, uma vez que não é razoável que o Estado exija da gestante, vítima de estupro, conduta diversa daquela do abortamento. Confere-se, portanto, a prerrogativa à gestante violentada de não arcar com a obrigação de cuidar e ter esse filho com quem, talvez ela nunca

²⁷ TONETTO, Fernanda Figueira. *A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/exclus%E3o.culpabilidade.lia.pdf>> . Acesso em 10 dez. 2009.

tenha a capacidade de se relacionar afetivamente, pois isso seria equivalente a prolongar a violência por ela experimentada, de modo a tornar a vida insuportável para ela.

Contudo, é importante frisar que há sempre de se fazer uma ponderação de princípios ante o caso concreto, uma vez que o abortamento do feto resultante de estupro somente pode ser justificado quando praticado para interromper.

Se a prática do aborto, contudo, trouxer consigo o perigo de dano irreparável à saúde ou à vida da gestante não se deve privilegiar a interrupção da gravidez, pois assim, da mesma forma, pode-se prolongar para sempre a violência por ela sofrida. Nessa esteira, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que a autorização para a prática do aborto deve ser negada quando, em razão do avançado estágio da gravidez, essa implicar perigo de vida à gestante.

ABORTO SENTIMENTAL -- Menor -- Autorização judicial -- Admissibilidade nos casos de expressa e inequívoca deliberação da mulher estuprada ou de seus representantes legais -- Período avançado de gravidez -- Perigo de vida da gestante -- Autorização negada.²⁸

Do mesmo modo, deve-se cogitar a seguinte hipótese: se a interrupção é admitida para, de certa forma, livrar a mãe da violência e demais consequências trazidas pelo estupro, pode-se admitir a interrupção da gravidez quando a vítima se casa ou constitui família com o agressor posteriormente? Note-se que o casamento do ofensor com a vítima não é mais causa de extinção da punibilidade dos crimes contra os costumes desde a promulgação da Lei nº 11.106/2005 que revogou o disposto no artigo 107, VII do Código Penal. Todavia, ao aceitar como marido seu agressor, perdem-se as justificativas para o aborto do feto resultante de estupro uma vez que se a mãe suporta a vida em comum ao lado de seu agressor, não é

²⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.editorarevistadostribunais.com.br/JurisOnline/resultados.aspx> . Acesso em: 10/10/2009.

razoável o sacrifício da vida de um feto inocente para que se resguarde um bem-estar que por si só já está garantido.

Fica, portanto, evidente que, embora o legislador tenha realizado uma ponderação objetiva de interesses, não pode o operador do direito, em função da importância dos interesses em conflito, deixar de realizar tal ponderação à luz da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade, em cada caso concreto que se apresenta, pois esse pode trazer particularidades que a generalidade e a abstratividade da norma jurídica não são sempre capazes de prever.

Acrescente-se que a doutrina e a jurisprudência têm, cada vez mais, se distanciando da idéia de direitos absolutos, pois nos conflitos entre direitos fundamentais deve o intérprete da norma jurídica se valer da técnica da ponderação de interesses fundamentais de modo que o interesse fundamental que prevalecerá dependerá das peculiaridades do caso concreto.

Assim, pode-se dizer que não há relação de hierarquia entre os direitos fundamentais em colisão no caso que ora se comenta, e portanto, nem a vida ou saúde da mãe ou do feto possuem maior valor a ser conferido pelo intérprete da norma jurídica, sendo que a opção pela prevalência de um ou de outro dependerá das peculiaridades dos casos que se apresentarem.

Nos casos de aborto necessário, cuja norma penal não-incriminadora permite identificar com maior facilidade os direitos fundamentais em conflito, a mesma ponderação de interesses deve ser realizada.

O aborto necessário está previsto no artigo 128, I do Código Penal:

Artigo 128: Não se pune o aborto praticado por médico: I-Se não há outro meio de salvar a vida da gestante.(...)²⁹

²⁹ BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 7 de Dezembro de 1940.

A hipótese do aborto necessário em si não traz muitas dificuldades ao intérprete da norma jurídica permissiva. O aborto necessário tem como pressupostos a interrupção da gravidez praticada por médico, e ausência de outro meio de salvar a vida da gestante.

O aborto necessário ou terapêutico é caracterizado como espécie de estado de necessidade em que se elimina a vida fetal em favor da vida da gestante, sem que, como ocorre nos demais casos de estado de necessidade, não seja necessária a atualidade do perigo.

Com efeito, no caso da gestação de risco, nem sempre a afronta à vida da mãe se dá de imediato. Mas, a equipe médica, pode verificar que a continuidade da gestação implicará extremo risco à vida da mãe, sendo o aborto terapêutico o único meio de salvar a vida da gestante.

Contudo, verifica-se que a idéia de não haver outro meio de salvar a vida da gestante é mutável de tempos em tempos. O avanço tecnológico e da medicina podem fazer com que novos métodos sejam utilizados de modo a compatibilizar a vida da gestante com a do feto. Dessa forma, pode-se concluir que o conceito de “único meio de salvar a vida da gestante” deve ser aferido de acordo com a tecnologia e métodos que a medicina dispõe no momento da realização do aborto necessário.

Outro conceito que merece especial atenção do intérprete da norma jurídica do inciso I do artigo 128 do Código Penal, e de especial relevância ao presente estudo, é o conceito de vida da gestante. Isso porque, de acordo com uma interpretação sistemática, verifica-se que tanto o legislador constitucional quanto o legislador ordinário se referem à vida, não apenas como mera manutenção das funções vitais. Com efeito a definição de vida ultrapassa o sentido biológico.

Obviamente, é o sentido biológico a fonte primária de todos os demais direitos fundamentais que são tutelados pela Constituição. No entanto, quando se fala em proteção à

vida, o vocábulo adquire extensão muito maior, de modo a relacionar-se intimamente com a noção de dignidade.

Nesse sentido é a lição de José Afonso da Silva:

[...] a vida, no texto constitucional, não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva.³⁰

Verifica-se, então, que a proteção à vida tem abrangência maior que o direito à existência. O direito de permanecer vivo, contudo, não deixa de ser o mais basilar dos direitos, uma vez que o fato de se estar vivo é o que confere a possibilidade de alguém exercer os demais direitos, tais como a liberdade, a dignidade a honra, os direitos patrimoniais, e todos os outros que o ordenamento jurídico confere aos seres humanos.

O ordenamento jurídico, quando confere qualquer proteção ao direito à vida visa, portanto, a abranger, além do direito de existência ou de permanecer vivo, proteger a vida em sua acepção mais ampla, que corresponde à proteção de outros aspectos do direito à vida ligados à dignidade da pessoa humana como a integridade física, moral e psíquica. Dessa forma, ao se proteger a vida, o ordenamento jurídico confere especial proteção também a tais direitos uma vez que estes são decorrência direta do exercício da vida, e também do postulado da dignidade da pessoa humana.

José Afonso da Silva ensina ainda que:

No conteúdo de seu conceito, se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e especialmente o direito à existência.³¹

Verifica-se, portanto, que o direito à vida possui duas esferas de proteção: Na mais básica, tutela-se o direito à existência ou o direito de permanecer vivo, que como

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.197

³¹ *Ibid*, p.198

anteriormente explicado, abrange o direito de não ter o processo de vida interrompido pela atividade humana, interrupção essa que deve ocorrer apenas por processo natural cujo final se denomina morte.

É importante ressaltar que nessa primeira esfera de proteção, o direito à vida corresponde ao aspecto orgânico, tal aspecto não depende da possibilidade de interação do indivíduo com o mundo. Dessa forma, é irrelevante que o titular do direito à vida possa ou não ter consciência, ou mesmo a possibilidade de obter percepções sensoriais tais como o riso, o choro, a dor, o frio. Interação e vida são conceitos distintos, e associar um conceito ao outro significa tutelar a vida apenas sob o enfoque da vida digna, o que foi rejeitado pelo legislador constitucional.

A atividade humana, deve estar sempre voltada à manutenção da vida, direito de existir, razão pela qual são proibidas as condutas de homicídio, aborto, e considera-se ilícita a conduta de suicídio, uma vez que a ninguém é dado o direito de dispor da própria vida, embora o suicídio não seja conduta penalmente proibida por razões de política criminal. No entanto, deve-se ressaltar que a conduta de auxiliar o suicídio é punível com pena de dois a seis anos, caso o suicídio se consuma.

Nesse sentido, é também o que dispõe o recém aprovado código de ética médica - Resolução 1931/09 do Conselho Federal de Medicina - que em seu artigo 41 veda que o médico “abrevie a vida de seu paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”³².

Conclui-se, portanto, que o direito de existir, ou de permanecer vivo é apenas a proteção mais básica que o ordenamento jurídico confere ao direito à vida.

No entanto, quando o ordenamento jurídico permite o aborto necessário, praticado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, o vocábulo vida deve ser

³² BRASIL.Resolução do Conselho Federal de Medicina 1931 de 24 de Setembro de 2009. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novoportal/index5.asp> Acesso em: 31/10/2009.

interpretado em sua acepção mais ampla, pela qual não se está defendendo apenas a permanência das funções vitais da mãe, mas também, sua integridade física, e psíquica de modo que ela não está obrigada a levar a cabo uma gestação que lhe apresente risco.

Portanto, quando se lê no artigo 128, I do Código Penal “Se não há outro meio de salvar a vida da gestante” deve o intérprete da norma jurídica entender vida como o conjunto de direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, que abrange o direito de permanecer vivo, como também, os direitos à integridade física, à integridade psíquica e moral.

Ressalte-se ainda que a dignidade da pessoa humana recebe especial proteção do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é um dos fundamentos da república, conforme dispõe o artigo 1º, inciso III, da Constituição. Dessa forma, pode-se dizer que a Dignidade da Pessoa Humana não é um princípio, mas sim um postulado, uma vez que deve permear todas as relações jurídicas e sociais. Sua aplicação não admite ponderação que permita ao intérprete da norma afastá-lo em hipótese alguma. Ao contrário do que ocorre com os princípios fundamentais, os postulados são sempre aplicados, não podendo ser derogados em hipótese alguma, pois, caso isso ocorra, a decisão, norma ou regulamento que a afastar estará irremediavelmente eivada de inconstitucionalidade.

No entanto, o mencionado conjunto de direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana não se confunde com o chamado “direito à vida digna” pelo qual o direito à vida apenas poderia ser exercido se presente um grupo de providências materiais que configurariam um mínimo necessário para que o direito à vida fosse exercido.

O direito à vida digna já era conhecido pelo legislador constituinte, uma vez que chegou a ser discutida a inclusão do direito à vida digna no texto constitucional. Com

feito, a Comissão Afonso Arinos elaborou anteprojeto que dispunha em seu artigo 16: “todos têm direito à existência digna”³³.

No entanto, foi clara a intenção do Constituinte em rejeitar a orientação da Comissão Afonso Arinos, pois a redação descrita poderia conduzir à interpretação de que o direito à vida estaria condicionado a esse grupo de providências materiais que confeririam tal direito um mínimo necessário ao seu exercício digno.

Poder-se-ia concluir, assim, que portadores de determinadas deficiências poderiam ser eliminados, caso se concluísse que tais pessoas não tivessem, no caso concreto, condições de exercer a vida com um mínimo de dignidade.

A Constituição Brasileira, por outro lado, foi eloquente ao silenciar sobre o direito à vida digna, protegendo a vida apenas nas duas esferas de proteção supracitadas: a primeira, o direito à existência, ou de permanecer vivo, sendo esta a esfera de proteção mais básica do direito à vida e; a segunda, ligada a uma proteção mais ampla na qual se tutelam também, como direito à vida, outros direitos ligados à dignidade da pessoa humana, como a integridade física, moral e psíquica.

O fato de se tutelar a vida nessa acepção mais ampla, não significa que a proteção e o exercício do direito à vida esteja condicionado à possibilidade de exercício de tais direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, uma vez que a proteção ao direito à existência, é o primeiro passo para que a vida possa ser exercida com dignidade.

Diga-se, pois, que a melhor interpretação é a que entende que o direito à existência é a condição primária para que a vida seja exercida com dignidade, e não o contrário. Não se admite portanto que a dignidade, seja o pressuposto do exercício do direito à existência.

³³BRASIL, *Anteprojeto Constitucional* de 18 de setembro de 1986. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf> acesso em 12 nov 2009.

Dessa forma, é necessário que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas à luz desse paradigma. Assim, verifica-se que a melhor interpretação para o inciso I do artigo 128 do Código Penal é a que estende a exclusão da ilicitude do crime de aborto para os casos em que a gestação possa acarretar risco à saúde da mulher, mesmo quando o direito de permanecer viva da mãe – direito à existência - não esteja efetivamente em risco. Isso, independentemente de o feto ser ou não portador de malformação genética incompatível com a vida.

A saúde deve ser compreendida como essa segunda esfera de proteção do direito à vida, abrangendo-se em tal conceito os direitos relacionados à dignidade da pessoa humana tais como a integridade física, psíquica e moral.

Não se pode deixar de frisar, no entanto, que para que a prática abortiva esteja autorizada é necessário que os direitos relativos à dignidade materna estejam efetivamente em risco, e que o abortamento seja o único meio de se resguardar tais direitos.

Desse modo, pode-se concluir que a causa de exclusão do crime de aborto aposta no artigo 128, I do Código Penal, pode ser aplicada nos casos de gestações de auto-risco de modo a se tutelar a vida materna na sua acepção de saúde. Contudo, ressalva-se desde já que tal aplicabilidade somente deve ser admitida diante de uma efetiva ponderação dos interesses em conflito realizadas diante das peculiaridades do caso concreto que se apresenta ao juiz. Não se pode admitir que o sacrifício da vida humana se dê ao capricho do julgador, uma vez que a opção pela prática abortiva, em muitos casos, além de gerar a morte do feto - o que deve sempre ser evitado em razão da proteção ao direito de existência, como proteção básica à vida – não efetiva a saúde da gestante como se pretende demonstrar na seqüência do presente estudo.

Não se pode deixar de registrar, ainda, que o intérprete da norma deve ter especial cautela em relação ao conceito de saúde. Isso porque, saúde segundo a Organização

Mundial de Saúde é a situação de perfeito bem estar físico, mental e social. Tal conceito vem sofrendo severas críticas da doutrina, em especial da doutrina médica, por considerá-lo irreal e utópico, incompatível com os tempos modernos. Consideram ainda os médicos que o perfeito bem-estar preconizado pela OMS inexistente, bem como, que esse conceito de saúde é falho por estabelecer uma cisão entre o psíquico e o somático.³⁴

Dessa forma, ao ponderar tais direitos fundamentais em conflito, deve o intérprete da norma jurídica ter em mente que o perfeito bem-estar da gestante é inalcançável, em especial, quando se tratar de feto portador de malformação genética, o que exige do intérprete extrema cautela e vinculação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para que o exercício da técnica da ponderação de interesses não se transforme em arbitrariedade do julgador, não podendo este decidir com base na sua convicção política ou religiosa.

Conclui-se, então, que a decisão acerca da realização da antecipação terapêutica do parto, ou mesmo do aborto do feto deve ser tomada apenas quando for possível a efetivação da saúde da gestante, e, ainda assim, quando tal medida for a mais aconselhável para que ocorra a maior efetivação de tal direito, uma vez que sem que seja atendida tal finalidade, o sacrifício da vida humana será sempre inadmissível.

Do mesmo modo, não se aceita que a negativa da autorização se baseie em argumentos afastados a uma ponderação apta a considerar tais conflitos entre os direitos fundamentais em conflito.

Por essa razão, não se faz necessária a inclusão de uma terceira causa de exclusão do crime de aborto no artigo 128 do Código Penal para que ali se inclua o aborto do feto portador de malformação fetal, em especial o anencéfalo, uma vez que tal aborto pode ser admitido desde que haja efetivo risco à vida materna (em ampla acepção) e que a interrupção

³⁴ SEGRE, Marco; FERRAZ Flávio Carvalho. *O conceito de Saúde*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101997000600016&script=sci_arttext&tlng=es> Acesso em: 30 out. 2009.

da gestação seja a medida aconselhável à efetivação da saúde materna sob pena de se estar consagrando o refutado direito à vida digna, bem como o aborto eugênico, que não encontra, como visto, apoio no direito constitucional, bem como no direito infraconstitucional.

Esclarece-se, desde já, que a ponderação de princípios é técnica que se realiza sempre levando em conta as especificidades do caso concreto que se apresenta perante o julgador, uma vez que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais. Por tal razão, o fato de ser portador de malformação fetal, por si só não autoriza a prática do aborto.

Far-se-á ainda necessário que, no caso concreto se verifique o efetivo risco à integridade física, psíquica ou moral da mãe, e que o abortamento seja o único modo de se efetivar tais direitos, sob pena de se aplicar o “o errôneo entendimento de existência de hierarquia”³⁵ entre os direitos em conflito uma vez que “é vedada qualquer solução que implique negação absoluta dos interesses em conflito”³⁶.

³⁵ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Campus. 2006. p. 159

³⁶ *Ibid*, p. 159

4. AS MALFORMAÇÕES FETAIS E A INAPLICABILIDADE DO CRITÉRIO DE MORTE ENCEFALICA.

Conforme ilustrado nos capítulos anteriores, se a vedação do aborto de fetos normais não atrai maior atenção da doutrina, o mesmo não ocorre com os fetos portadores de malformações fetais, cujo abortamento é defendido com base no rejeitado princípio da “vida digna”, seja, por se entender que portadores de determinadas malformações - como a anencefalia - não seriam titulares de qualquer vida a se tutelar, seja, por vezes, com base em uma ponderação objetiva de princípios fundamentais pela qual o aborto do feto malformado seria sempre a melhor medida para a efetivação da saúde da mãe que, no caso em análise, seria o bem jurídico de maior valor.

Por outro lado, muitas vezes, defende-se a proibição do aborto de fetos portadores de malformações com base em outra ponderação objetiva de interesses que derroga a saúde materna em favor da vida fetal sem que se leve em conta as peculiaridades do caso concreto.

Fato é que argumentos não jurídicos, tais como políticos, ideológicos e religiosos muitas vezes permeiam a discussão de modo que o operador do direito corre sempre o risco de se posicionar em favor de uma tese ou de outra em razão de tais argumentos, de modo a afastar-se da neutralidade que o discurso científico exige, em especial, o discurso científico-jurídico, sob pena de incorrer o intérprete na arbitrariedade.

Dessa forma, levando-se em conta a dificuldade do operador do direito em resolver questão tão complexa à luz do que preconiza o texto constitucional, é fundamental que se esclareçam algumas noções e conceitos básicos sobre os quais se pode construir uma tese sólida que venha a efetivar ambos os princípios fundamentais em conflito, levando-se em

conta a dignidade da pessoa humana, e a realização de uma ponderação de princípios que leve sempre em conta as peculiaridades do caso concreto.

A primeira dessas noções é a que versa sobre o que seriam malformações fetais e quais seriam os exemplos de tais malformações, em especial as incompatíveis com a vida extra-uterina.

Malformação fetal é definida na doutrina como “Defeito morfológico de um órgão ou de uma região maior do corpo que resulte de um processo do desenvolvimento intrinsecamente anormal.”³⁷

As malformações se distinguiriam das deformações e das interrupções porque as deformações e interrupções se originariam de fatores externos, enquanto as malformações indicariam um desenvolvimento anormal do corpo sem a participação de qualquer fator externo ou ambiental como drogas e vírus. As interrupções seriam os defeitos morfológicos decorrentes da interrupção do desenvolvimento normal por fatores externos, como é o exemplo da talidomida, enquanto as deformações seriam a “forma ou posição anormal de uma parte do corpo resultantes de forças mecânicas que atuem sobre esse corpo.”³⁸

Dentre as malformações, as mais relevantes para o presente estudo são as malformações congênitas do encéfalo, uma vez que podem conduzir à incompatibilidade do feto com a vida extra-uterina prolongada. Razão pela qual o presente estudo se limita a tratar a título de exemplo e para que ocorra a melhor compreensão do operador do direito, três malformações: Anencefalia, Síndrome de Edwards e Síndrome de Patau, podendo essas servirem de paradigma a outros casos semelhantes.

O exemplo mais emblemático de malformação e que tem sido objeto de estudo mais atento da comunidade jurídica é a anencefalia, que de acordo com a embriologia é:

³⁷ MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia Clínica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1994. p. 136.

³⁸ *Ibid*, p. 136

uma malformação letal comum, que ocorre cerca de uma vez a cada 1000 nascimentos, é duas a quatro vezes mais freqüentes em indivíduos do sexo feminino. Apresenta-se sempre associada à acrania (ausência do epicrânio) podendo associar-se também à raquisquise quando o defeito do tubo neural é extenso (...) é a malformação séria mais comum observada em fetos natimortos³⁹.

Trata-se, portanto, de doença altamente letal, cuja causa, todavia não pode ser confundida com a ausência completa do encéfalo. Com efeito, o portador de anencefalia possui tubo neural defeituoso, mas existente.

Ainda sobre anencefalia, é importante trazer à lume a observação de Moore e Persaud:

Devido à estrutura e vascularização anormais do encéfalo exoencefálico embrionário, os tecidos nervosos sofrem degeneração. Os restos do encéfalo aparecem como uma massa esponjosa e vascularizada, consistindo principalmente em estruturas do encéfalo posterior. Embora este defeito do tubo neural seja frequentemente chamado anencefalia (do grego an sem + enképhalos, encéfalo), um tronco cerebral rudimentar (medula oblonga, ponte e mesencéfalo) está presente. Por essa razão, o nome meroanencefalia (do grego meros, parte) é mais apropriado para esta anomalia⁴⁰.

Dessas observações, pode-se concluir então que o nome anencefalia muitas vezes trai o intérprete da norma, uma vez que induz a se imaginar que a anencefalia seria a ausência de cérebro no feto. O que não se revela verdadeiro, uma vez que há presença de um tronco cerebral rudimentar, embora falte ao anencefálico partes significativas do encéfalo e da parte superior do crânio.

Muitas decisões são proferidas no sentido de autorizar o aborto do feto anencefálico sob a fundamentação de que em razão da ausência de atividade encefálica, deve-se equiparar o feto portador de tal malformação à pessoa que tem a morte cerebral constatada por médicos de forma que não haveria qualquer vida a se tutelar, assim, o aborto do feto anencefálico seria fato atípico à luz dos princípios da ofensividade e lesividade. Eis o exemplo de como tem se posicionado os diversos Tribunais do país:

³⁹ Ibid, p. 378.

⁴⁰ Ibid, p. 378.

HABEAS CORPUS ABORTO AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DOENÇA CONGENITA INDEFERIMENTO ORDEM CONCEDIDA

Habeas Corpus". **Aborto.** Feto anencefálico. Autorização judicial indeferida. Cabimento do "writ". Decisão judicial imparcial. Princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da lesividade. "Habeas Corpus" que merece conhecimento em razão da necessária celeridade e também pelo risco à locomoção da paciente advindo de eventual prática do ato sem autorização. A decisão judicial a ser proferida no presente não pode se fundar em valores éticos, religiosos, morais e afetivos - todos eminentemente pessoais, nem pode pretender retratar a decisão certa, porque impossível ao ser humano, pois a vida é assunto divino. Todavia, a decisão deve observar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade, buscando uma solução justa, o que significa permitir a gestante ter assegurado o direito de escolher entre interromper a gravidez ou levá-la a termo, para ver nascer e morrer o filho, que comprovadamente não tem como sobreviver, por padecer de **anencefalia**. Ademais, à luz do princípio da lesividade do bem jurídico tutelado, é possível admitir-se atipicidade do **aborto**, "in casu", pela inexistência de vida do feto anencefálico, mormente à luz do disposto no artigo 3.º, da Lei n. 9434/97, que dispõe ser possível o transplante apenas após a constatação de morte encefálica. Concessão da ordem⁴¹.

APELAÇÃO CÍVEL. ALVARÁ JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO. FETO ANENCEFÁLICO. EXAMES MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. VIABILIDADE DO PLEITO. Não se pode lançar mão dos avanços médicos, mormente, em casos de anencefalia cabalmente comprovada, cujo grau de certeza é absoluto acerca da impossibilidade de continuidade de vida extra-uterina do feto anencefálico por tempo razoável. Para haver a mais límpida e verdadeira promoção da justiça, é de fundamental importância realizar a adaptação do ordenamento jurídico às técnicas medicinais advindas com a evolução do tempo. Vale dizer, o direito não é algo estático, inerte, mas sim uma ciência evolutiva, a qual deve se adequar à realidade. Seja pela inexigibilidade de conduta diversa, causa supra legal de exclusão da culpabilidade, seja pela própria interpretação da lei penal, a interrupção terapêutica do parto revela-se possível à luz do vetusto Código Penal de 1940. Considerando a previsão expressa neste diploma legal para a preservação de outros bens jurídicos em detrimento do direito à vida, não se pode compreender por qual razão se deve inviabilizar a interrupção do parto no caso do feto anencefálico, se, da mesma maneira, há risco para a vida da gestante, com patente violação da sua integridade física e psíquica, e, ainda, inexistente possibilidade de vida extra-uterina. Dentre os consectários naturais do princípio da dignidade da pessoa humana deflui o respeito à integridade física e psíquica das pessoas. Evidente que configura clara afronta a tal princípio submeter a gestante a sofrimento grave e desnecessário de levar em seu ventre um filho, que não poderá sobreviver. Não bastasse a gravíssima repercussão de ordem psicológica, a gestação de feto anencefálico, conforme atestam estudos científicos, gera também danos à integridade física, colocando em risco a própria vida da gestante. Ademais, com o advento da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, adotou-se o critério de morte encefálica como definidor da morte. Nessa linha, no caso de anencefalia, dada a ausência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, é impossível se cogitar em vida, na medida em que o seu contraponto, a morte, está configurado⁴².

ALVARÁ JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO. FETO ANENCEFÁLICO. Configura clara afronta ao princípio da dignidade humana

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus n. 2003.059.05355. Rel. Des. Marly Macedônio França. Publicado no DOE de 11.02.2004.

⁴² BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0079.07.343179-0 Rel. Des. Claudia Maia. Publicado no DOE em 10.08.2007.

submeter a gestante a sofrimento grave e desnecessário de levar em seu ventre um filho, que não poderá sobreviver. No caso de anencefalia, dada a ausência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, é impossível se cogitar em vida, na medida em que o seu contraponto, a morte, está configurado⁴³.

Ocorre que o critério de morte encefálica é inaplicável ao caso dos nascituros portadores de anencefalia. Inicialmente porque, o critério da morte encefálica se configura na antecipação da morte, quando já iniciado o tal processo, para uma finalidade específica: possibilitar o transplante de órgãos e tecidos do corpo humano, com a segurança de que tais órgãos estarão aptos a cumprir a finalidade a qual se destinam que é a de salvar a vida (em sua ampla acepção) de outro ser humano que com tal órgão seja compatível.

Como bem assenta Víctor Santos Queiroz:

Veja-se que o que a Lei 9.434/97 afirma é que a morte encefálica ocorreu para fins de transplantes de órgãos e tecidos de seres humanos, já que antes dela não se pode dispor do corpo humano ou de partes dele, em respeito ao direito à vida e ao direito à integridade física, como seu corolário. Trata-se, pois, de conceito de morte para específica finalidade. Fora do seu âmbito, havendo sinais de funções vitais, há vida.⁴⁴

Com efeito, o critério de morte encefálica é apenas adotado no Brasil com a finalidade exclusiva de possibilitar a realização de transplantes de órgãos. A legalidade de tal norma afere-se, mais uma vez, pela técnica da ponderação de princípios fundamentais, de modo que o legislador achou por bem antecipar o marco final daquele que está em processo irreversível de morte, em prol da chance de que outra vida humana seja salva. Se por outro lado, não fosse essa a finalidade da norma, sua constitucionalidade certamente seria posta em dúvida por quase a unanimidade da doutrina jurídica.

Reforce-se, ainda, que o critério de morte encefálica é inaplicável aos anencéfalos também porque se o feto vem a falecer instantes após o nascimento é porque tal

⁴³BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0297.07.006271-8 Rel. Des. Mota e Silva. Publicado no DOE em 22.01.2008.

⁴⁴QUEIRÓZ, Víctor Santos; *Reflexões Acerca da equiparação da anencefalia à morte para a justificativa para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=7111>. Acesso em: 10 mai. 2008.

nascimento ocorreu com vida, e, ante a impossibilidade de doação de órgãos dos portadores de anencefalia para outros seres humanos, não há porque antecipar a morte daquele por ausência de específica e adequada finalidade.

Ademais, a literatura médica indica ainda que: “o distúrbio (anencefalia) é letal, embora tenha sido descrita sobrevivência por um período de meses”⁴⁵. Do mesmo modo, Moore e Persaud assentam que bebês portadores de tal doença sobrevivem, no máximo, poucas horas após o parto⁴⁶. Diante de tal constatação, levanta-se mais um argumento contrário à utilização do critério de morte encefálica. Como aplicar o critério de morte encefálica ao feto portador de anencefalia, se ele sobrevive ainda que por curto espaço de tempo ao nascimento? A questão não encontra resposta na doutrina.

Conclui-se, que a utilização de tal critério é de fato incompatível com a situação descrita no caso em análise. Com efeito, os órgãos do feto anencefálico não podem ser utilizados em transplantes, uma vez que se tratam de órgãos ainda em formação e que muitas vezes são atingidos por deformações semelhantes às que ocorrem no encéfalo, e a utilização de tal critério para legitimar o aborto do anencefálico desvia a morte encefálica da finalidade central da Lei 9434 no sentido de que a morte encefálica deva ser decretada para possibilitar o transplante de órgãos humanos, preservando-se sua utilidade.

Por outro lado, ainda que se admita a equiparação da morte encefálica para os fetos portadores de anencefalia, essa não seria a melhor solução para o conflito de ambos os interesses fundamentais que se busca solucionar. Isso porque tal equiparação não encontra estabilidade no tempo, com a evolução da medicina, e com o estudo das chamadas células - tronco, é possível que no futuro se encontre tratamento e cura para tal deformidade de forma que a solução da equiparação se verá ultrapassada, e anacrônica, o que a equipararia ao chamado aborto eugênico afastado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁵ CUNNINGHAM, F. Gary et al. *Williams Obstetrícia*. 20 ed. Rio de Janeiro: Guanabara. 2000. p. 798.

⁴⁶ MOORE; PERSAUD, op. cit., p. 379.

Ademais, tal critério somente se aplicaria aos casos de anencefalia, o que afastaria a antecipação terapêutica do parto em diversos outros casos nos quais a malformação não recai sobre o encéfalo, mas cuja gravidade resulta, igualmente, na incompatibilidade do feto com a vida extra-uterina. Ao se equiparar a anencefalia à morte encefálica, o intérprete da norma se furta em realizar a devida ponderação de interesses no caso concreto. Por tal posicionamento, não há qualquer direito à saúde da mãe a ser considerado, apenas o fato de haver um indivíduo já falecido em seu ventre, bem como não haveria qualquer vida a ser considerada uma vez que o feto já estaria morto.

Ocorre que há inúmeras outras espécies de malformações, que preservam o encéfalo do feto intacto, mas que também impedem que o feto seja compatível com a vida extra-uterina. Nesses casos, a utilização do critério da equiparação à morte encefálica é insuscetível de aplicação, ainda mais porque, se aplicado tal raciocínio, concluir-se-á que o feto está vivo uma vez que sua atividade encefálica permanece positiva e, dessa forma, a mãe seria obrigada a levar até o fim a gravidez que lhe causa igual angústia e sofrimento, o que não parece razoável.

Com efeito, além das malformações encefálicas, há ainda malformações que, embora não atinjam a formação do encéfalo com a mesma gravidade, tornam o feto, do mesmo modo como ocorre com a anencefalia, incompatível com a vida extra-uterina por tempo prolongado.

Esse é o caso da Trissomia do 18, também chamada de Síndrome de Edwards. As trissomias ocorrem quando uma célula germinativa (espermatozóide ou óvulo) é formada sem que ocorra a disjunção de determinado cromossomo, de modo que estes estejam em número de 24 e não de 23, como acontece com os indivíduos normais. Dessa forma o zigoto que deveria ser formado com 46 cromossomos é formado com 47. No caso da Síndrome de Edwards essa não disjunção ocorre no cromossomo 18, de modo que o zigoto possuirá três

cromossomos em vez de um par como usualmente deve ocorrer, e, por tal razão, dá-se a tal moléstia o nome de trissomia do 18.

Segundo Moore e Persaud, as crianças com essas anormalidades apresentam “malformações graves, são mentalmente retardadas, vindo a falecer quase sempre durante a infância”,⁴⁷ acrescentam ainda que a “maioria dos fetos com trissomia do 18 aborta espontaneamente. Para os que chegam a nascer, a sobrevivência média é de apenas 2 meses”.⁴⁸

O mesmo ocorre com os portadores da chamada Síndrome de Patau ou trissomia do 13, que igualmente gera nas crianças portadoras de tal moléstia retardo mental e malformações cardíacas e renais graves. Tal síndrome é letal em cerca de metade dos recém nascidos durante o primeiro mês de vida, e menos de 30% dos fetos tem sobrevida superior a um ano.⁴⁹

Verifica-se que, portanto, o mesmo risco à saúde da mãe que se apresenta na gestação de feto portador de anecefalia também se apresenta na gestação do feto portador da Síndrome de Edwards, bem como na gestação do feto portador da Síndrome de Patau. Com efeito, em todos os casos em análise, a gestante trará em seu ventre feto que se sabe de antemão que não terá sobrevida prolongada, do mesmo modo como ocorre com o feto anencefálico o que lhe causaria igual dor, angústia e frustração.

Ocorre que no caso do feto portador da Síndrome de Edwards e no caso do portador da Síndrome de Patau, embora as malformações afetem de modo grave o desenvolvimento mental, não há qualquer discussão acerca da efetiva atividade encefálica dos portadores de tais síndromes, de modo que é indiscutível a do critério de morte encefálica a tais casos.

⁴⁷ Ibid, p. 141.

⁴⁸ Ibid, p. 141.

⁴⁹ Ibid, p. 141.

Cabe então fazer uma indagação? Se os riscos para a gestante são os mesmos, e os danos à vida materna - considerando-se o conceito vida em sua ampla acepção – não se deveria aplicar os mesmos critérios em ambos os casos? A resposta mais razoável a tal indagação é no sentido afirmativo.

Com efeito, não é razoável que o portador de uma determinada malformação receba tratamento jurídico diferenciado daquele que porta malformação igualmente grave. Do mesmo modo, não é aceitável que gestantes que passam por situações análogas que estão expostas aos mesmos riscos e que experimentam igual sofrimento recebam da ordem jurídica tratamento diametralmente oposto.

Por mais essa razão, adotar o critério de morte encefálica ao portador de anencefalia está longe de ser a solução mais razoável ao conflito de interesses sob análise, uma vez que tal critério reifica o nascituro portador de anencefalia, e, portanto, viola a sua dignidade, bem como impõe, de modo desarrazoado e desproporcional soluções diferentes para casos análogos, pois se a anencefalia é moléstia mais grave e mais letal, as Síndromes de Edwards e Patau impõem aos seus portadores tempo de vida igualmente diminuto.

Resta claro, portanto, que o operador do direito não pode solucionar o presente conflito de interesses por outro modo que não seja pela técnica da ponderação que leve em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Pode-se verificar certa dificuldade da comunidade jurídica em lidar com a questão: Em sentido favorável à interrupção da gravidez em casos diversos da anencefalia já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

ABORTO - Interrupção da gravidez - Admissibilidade - Pedido formulado em razão de o feto padecer de má formação congênita, acometido da chamada Síndrome de Edwards - Irrelevância de a gestação não gerar risco de morte para a gestante.⁵⁰

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão publicado na *REVISTA DOS TRIBUNAIS*. Disponível em: <http://www.editorarevistadoatribunais.com.br/JurisOnline/resultados.aspx> . Acesso em 11/10/2009.

ABORTO - Interrupção da gravidez - Admissibilidade - Feto portador da Síndrome de Edwards - Mal grave e extraordinário que oferece potencial perigo à vida da gestante e concreta possibilidade de óbito neonatal, além do intenso sofrimento psicológico dos pais.⁵¹

Verifica-se nos acórdãos colacionados a clara intenção de se conferir a mesma solução que se conferiria às gestantes de fetos anencefálicos às gestantes de fetos portadores da Síndrome de Edwards. No entanto, como se pode verificar, as decisões que autorizam o aborto não se fundam na inexistência de vida do feto, o que geraria a atipicidade do crime de aborto. Pelo contrário, nesses casos é reconhecida a vida do nascituro, mas a autorização para seu sacrifício, especialmente na segunda decisão tem fundamento no perigo à vida da gestante em sua ampla acepção, que preponderaria, no caso concreto, sobre a vida do feto.

Desse modo, pode-se perceber que o critério da morte encefálica é, além de desconforme ao ordenamento jurídico, irrelevante para a solução do caso concreto, uma vez que o reconhecimento do direito à vida do nascituro, mesmo do portador de grave moléstia como a descrita, não é óbice, à efetivação do direito fundamental à gestante em proceder à antecipação terapêutica do parto e, por conseguinte, à sua vida, na ampla acepção do conceito, conforme abordado anteriormente.

No entanto, é importante que se ressalte, que a existência pura e simples da malformação, não autoriza por si só o aborto, sob pena de se retroceder a tempos terríveis nos quais os abortos eugênicos eram estimulados à busca de uma raça pura pela qual dever-se-ia eliminar todo e qualquer ser humano que portasse estas e outras malformações, ou de se consagrar a já rejeitada doutrina do direito à vida digna.

Desse modo, a efetivação do aborto fundada exclusivamente na existência da anomalia viola o princípio da vedação do retrocesso uma vez que a proteção da vida já alcançou patamares mais profundos e se estende a todos, tanto no que se refere ao direito de

⁵¹ Ibid.

permanecer vivo, quanto no que se refere ao direito à saúde mental e psíquica e demais aspectos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana.

É bem verdade que a dignidade da pessoa da gestante deve ser garantida não apenas por aquele que elabora a lei, mas também e, principalmente, por aquele que a aplica. Contudo, também é verdade que a mesma dignidade deve ser garantida ao feto, uma vez que, mesmo portador de moléstia grave, também é sujeito de direitos e do mesmo modo que a gestante, tem o direito de não se ver reificado pelo aplicador da norma, de modo a transmutar sua situação jurídica de sujeito de direitos para objeto de direito.

Indaga-se então, em que casos a antecipação terapêutica do parto seria legítima? A resposta para tal indagação perpassa pela ponderação dos direitos fundamentais em conflito diante do caso concreto, ou seja, quando diante de um juízo de razoabilidade a medida -antecipação do parto - seja a mais indicada para a efetivação do direito da gestante, e quando, diante de um juízo de proporcionalidade, se verificar que não existem outras medidas eficazes à efetivação da saúde da gestante que não perpassem pela drástica solução do sacrifício de uma vida humana. Tal ponderação de princípios merecerá maior atenção nos capítulos posteriores.

Outro ponto que merece destaque é a distinção estabelecida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde, nos autos da ADPF 54, entre aborto e antecipação terapêutica do parto. De acordo com tal linha de pensamento, o aborto teria como pressuposto a potencialidade de vida extra-uterina, enquanto a antecipação terapêutica do parto teria como pressuposto a inviabilidade do feto com a vida extra-uterina.

Assim, entende tal instituição que a primeira conduta seria ilícita enquanto a segunda, lícita ante aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, liberdade, proteção à saúde e autonomia da vontade, razão pela qual se requer a declaração da inconstitucionalidade, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II,

do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado.

Ocorre que tal distinção, do ponto de vista jurídico, é de pouca ou nenhuma relevância. Isso porque a conduta será considerada lícita ou ilícita diante das peculiaridades do caso concreto independentemente do nome que se confira a ela. Como dito anteriormente, o crime de aborto se configura com a interrupção da gravidez e com a morte do feto (portanto, com o abortamento). Nem todos os abortos são ilícitos, uma vez que estes podem ser naturais ou provocados, e mesmo os provocados nem sempre serão ilícitos, uma vez que podem estar abrangidos por uma das causas de exclusão da ilicitude do artigo 128 do Código Penal.

Ademais, é irrelevante a viabilidade do nascituro para a vida extra-uterina prolongada para a configuração e mesmo para a exclusão do crime de aborto. E daí se extrai mais uma razão para a inadequação do conceito de morte encefálica ao portador de anencefalia, uma vez que, se assim o fosse, uma vez diagnosticada por médico a anencefalia, a mãe estaria autorizada a provocar em si mesma o aborto, a conduta seria crime impossível em razão da impropriedade absoluta do meio, já que não se teria o bem jurídico vida humana a se tutelar na hipótese.

Todavia, numa ordem constitucional que prima pela dignidade da pessoa humana, e pela proteção da saúde, em especial da mulher no caso concreto, não seria razoável entender pela atipicidade do auto-aborto quando se trate de feto anencefálico, porque o que se busca é a tutela da vida em sua ampla acepção. O sacrifício da vida humana é uma das medidas mais drásticas, e que só se legitima se ocorrer em razão da proteção de bem jurídico de maior relevância, no caso em análise, a saúde materna.

Deve-se atentar para o fato de que, na hipótese em análise, estar-se-ia, na verdade, criando um risco maior à gestante do que a própria gestação, pois, como é cediço, graves são as conseqüências de um aborto mal realizado, sem assistência médica que, em

última ratio, podem gerar danos permanentes, que podem resultar na incapacidade total ou até mesmo no óbito da gestante.

Razão pela qual, o sacrifício da vida humana na hipótese analisada não seria razoável, e mesmo sendo o feto inviável para a vida extra-uterina prolongada, a conduta se configuraria em aborto uma vez que inexistiria a ponderação de interesses que legitimaria sob o prisma constitucional da proteção à vida, tanto do feto quanto da gestante, a conduta descrita.

Conclui-se que, a utilização do critério de morte encefálica aos fetos portadores de anencefalia não se configura na melhor solução ao conflito de interesses fundamentais objeto do presente estudo. Apenas pela técnica da ponderação de princípios pode o aplicador da norma proferir decisão que seja conforme ao preconizado no texto constitucional, tanto no sentido de que se mantenha a gravidez, quanto no sentido de se autorizar a interrupção da gestação. Por outro lado, será ilegítima toda e qualquer decisão cuja ponderação de ambos os direitos em conflito não se realize, seja para que se conceda a interrupção da gestação, seja para que se denegue a autorização para o aborto do feto anencefálico.

5. A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA, À SAÚDE E À DIGNIDADE À LUZ DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

Em casos como os do presente estudo, verifica-se o conflito entre dois direitos fundamentais: O direito à vida do feto portador de malformação, e o direito à saúde da gestante. Verifica-se ser necessário ao operador da norma jurídica efetivar outros direitos fundamentais, que pertencem a ambas as partes tais como os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a matéria exige que nenhuma das partes seja reduzida à coisa, de modo a lhes retirar a condição humana.

De fato, a dignidade da pessoa humana se configura um postulado, que, ao contrário dos princípios não pode ser mitigado. Dessa forma, todas as decisões proferidas pelo judiciário, toda atividade legislativa, e toda atuação administrativa estatal deve ser pautada no postulado da dignidade da pessoa humana. O mesmo ocorre nas relações privadas, nas quais não é dado a qualquer indivíduo desrespeitar a dignidade do outro.

Como então resolver o conflito objeto desse estudo de modo a se efetivar o direito de ambas as partes, sendo que um terá que prevalecer sobre o outro? O primeiro passo para a solução de tal questão está na desmistificação de que a efetivação de um dos direitos implica, necessariamente, a exclusão do outro. É bem verdade que, adotando-se a solução no sentido da manutenção ou da interrupção da gravidez, ao fim e ao cabo, estar-se-á optando por acolher um direito em detrimento do outro. Mas isso não significa que ambos os direitos não tenham sido efetivados, e que a opção por um deles tenha sido automática e definitiva.

Em casos como esses, quando o intérprete realiza a devida ponderação de princípios fundamentais, verifica-se que muitas vezes a efetivação do direito à saúde da

gestante, por exemplo, não se faz, necessariamente, pela interrupção da gestação. Tudo dependerá da ponderação de princípios que o intérprete da norma realizará no caso concreto.

A colisão entre direitos fundamentais ocorre sempre que uma das partes se vê protegida por um dado direito fundamental, e a outra parte, no outro pólo da relação jurídica também é detentora de outro direito fundamental, de modo que não se pode saber de antemão quais dos direitos prevalecerá no caso em análise.

É o que ocorre no caso da gestação de feto portador de anencefalia ou outra malformação incompatível com a vida extra-uterina prolongada. Se por um lado assiste ao feto o direito à vida em sua dupla acepção (o direito de permanecer vivo e o direito de viver, ainda que por tempo ínfimo, com dignidade) assiste à mãe os mesmos direitos.

Se a vida da mãe, numa acepção estrita não resta tão ameaçada, embora o risco exista, é inegável que a gestação de fetos portadores de moléstia que os torna incompatíveis à vida extra-uterina prolongada, traz consigo a frustração, e a angústia à mulher que traz em seu ventre feto que se sabe que a vida será efêmera, fetos nos quais se vislumbra o processo de morte com muito mais facilidade do que se vislumbra o processo de geração da vida como nas gestações normais, o que, inegavelmente, pode trazer danos irreparáveis à sua estrutura psíquica de modo que uma eventual interrupção da gestação, pode, atestada sua finalidade terapêutica, efetivar o direito à saúde materna, de modo a se evitar a ocorrência do dano.

Ocorre que o conflito de direitos fundamentais não pode ser solucionado com base em uma ponderação objetiva de direitos fundamentais, isso é, ao realizar a ponderação dos interesses fundamentais em conflito, deve o intérprete da norma considerar as peculiaridades do caso concreto, não sendo este autorizado a partir da premissa de que há superioridade hierárquica de um dos direitos que assiste a uma das partes, em relação aos direitos que assistem a outra.

Sylvio Mota e Gustavo Barchet salientam que:

[...] em situações como esta se impõe ao intérprete constitucional que se utilize do princípio da concordância prática buscando harmonizar os direitos em conflito, mediante a redução do alcance semântico de cada um, considerando-se as peculiaridades do caso em concreto. Não há como avaliar a priori, o grau de redução de cada direito, qual deles terá certa preponderância sobre o outro (ou não) pois isso depende, como já dito, das especificidades de cada conflito.⁵²

Com efeito, são as especificidades de cada caso que se apresenta ao intérprete da norma jurídica que o farão reduzir o âmbito de eficácia de determinado princípio em favor do outro.

Por essa razão, a solução para o conflito em tela não se resolve por outro modo que não pela análise dos direitos fundamentais em conflito à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de modo a se levar em conta as peculiaridades do caso concreto.

À luz da razoabilidade, deve o intérprete constitucional identificar se a medida que se pretende é adequada à efetivação do direito fundamental que se supõe violado pelo outro. Realizando-se tal análise no presente estudo, verifica-se que, em geral, a gestante requer a autorização para que ela possa se submeter à antecipação terapêutica do parto, sob a alegação de que a gestação de feto portador de malformação que o torna incompatível para a vida extra-uterina prolongada, traz-lhe abalo psíquico, e que portanto a antecipação do parto seria a medida adequada à efetivação de sua saúde.

Diante de uma primeira análise, a medida será sempre adequada ao alívio do sofrimento experimentado pela mãe. Ocorre que o intérprete da norma não pode se furtar de analisar todas as peculiaridades do caso concreto. A experiência da vida em comum nos revela que, muitas vezes, a melhor forma de se efetivar a saúde materna é indeferindo o pedido de modo que a gravidez seja levada até o fim com o acompanhamento de equipe médica de confiança da gestante de modo prestar melhor assistência a ela.

⁵² MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Campus, 2006. p. 159.

É o que ocorre nos casos em que é avançado o estágio da gestação nos quais a prática da interrupção da gestação trará risco maior à gestante, do que a própria gravidez. Nesse caso haverá ruptura da relação meio-fim apta a justificar a interrupção da gravidez, uma vez que ausente a efetivação da saúde da gestante.

Nesse sentido, tem-se algumas decisões:

AÇÃO CAUTELAR - Pleito de interrupção de gravidez - Feto anencéfalo — Controvérsia jurídica incidente sobre o tema – Confronto de direitos fundamentais que cede ante a inviabilidade de vida pós-parto - Iminência, entretanto, do parto, face à avançada idade gestacional — Perda do objeto da ação — Recurso provido.⁵³

O mesmo deve ocorrer quando a interrupção não for aconselhável à gestante por qualquer razão erigida pela equipe médica, tais como tendência a estágios depressivos, que podem levar a gestante a padecer com posterior e infundável sentimento de culpa, ou mesmo quando, por alguma razão de ordem corpórea a equipe médica desaconselhar.

Casos como esses são de rara apreciação do judiciário uma vez que a gestante tende a confiar na equipe médica que a acompanha de forma que, uma vez desaconselhada à se submeter à antecipação terapêutica do parto, a gestante ou acata o aconselhamento do profissional de sua confiança ou consulta outro médico na busca de um novo aconselhamento.

No entanto, diante da magnitude dos direitos em conflito, dentre os quais se envolve o direito à vida, seria excelente medida que toda vez que determinada gestante ajuizasse ação requerendo a autorização para a realização de antecipação terapêutica do parto, que a mesma fosse submetida a acompanhamento de competentes profissionais de saúde os quais elaborariam pareceres tendentes a conferir ao juiz o substrato eficiente de modo que este pudesse tomar a decisão mais adequada àquela gestante que quer, acima da realização da antecipação terapêutica do parto, a efetivação do seu direito à saúde e à dignidade.

⁵³BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 516299-4 Rel. Des. .Sebastião Carlos Garcia. Publicado no DOE em 20.09.2007.

Deve-se notar ainda, que não há que se falar em livre escolha da gestante. Isso porque um dos postulados da bioética é o de que a dor não é a melhor conselheira. Ademais, não se pode esquecer que, se há a dignidade da gestante a se tutelar, também existe a dignidade do feto, de cuja extirpação da vida deve ser o último recurso, de forma que, havendo outra medida igualmente eficaz à saúde materna, mas que seja alternativa à antecipação e à conseqüente morte do feto, deve o intérprete da norma ter preferência por essa última, uma vez que se trata da melhor maneira de se efetivar ambos direitos fundamentais.

Com efeito, o acompanhamento psicológico às gestantes pode se revelar medida alternativa à antecipação terapêutica do parto e extremamente eficaz.

Isso porque, o sofrimento psíquico, que de fato é devastador para a gestante, é uma das causas que as levam a requerer o último recurso da antecipação terapêutica. No entanto, a literatura da psicologia nos ensina que a vivência do luto é uma forma bastante eficaz de manter nossa saúde psíquica ante a perda atual, recente, ou iminente de pessoa próxima, ou de quando se sabe que a morte está próxima.

Como enfatizou a médica Kübler-Ross, o ser humano tende a enfrentar cinco estágios diante de uma perda significativa. Sendo elas a negação e isolamento, a raiva, a barganha, a depressão e finalmente a aceitação⁵⁴. Não cumpre nesse estudo esmiuçar cada um desses estágios, mas de qualquer forma, é importante que se ressalte que o feto portador de anencefalia ou malformação semelhante está em situação equiparada a de doentes terminais.

Dessa forma, a vivência dessas cinco fases – que correspondem os estágios do luto - durante a gestação podem ajudar a gestante a entender o que se passa com ela, com seu bebê de modo que assistida pelo profissional adequado, possa chegar à fase de aceitação com maior facilidade de modo que neste caso ambos os princípios fundamentais estariam efetivados.

⁵⁴ KUBLER-ROSS, Elizabeth. *Sobre a Morte e Morrer*: o que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. 9. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 43-142.

Obviamente, a solução proposta é quase utópica, levando-se em conta a realidade de países em desenvolvimento como Brasil. No entanto, as dificuldades de ordem prática e material não podem constituir óbice à efetivação dos mais caros direitos fundamentais ainda existentes na ordem jurídica. A constituição impõe o apego à dignidade e à vida humana aos intérpretes da norma, e quando esses dois princípios estão em conflito, cabe ao operador do direito efetivar do melhor modo tais direitos.

De toda sorte, em que pesem as dificuldades de ordem prática, é imperiosa a conclusão no sentido de que é inadmissível a denegação da autorização para que se exerça a antecipação do parto sob a justificativa de que o direito à vida sempre prepondera sobre o direito à saúde psíquica. Do mesmo modo, conceder-se-á autorização baseada em eventual ausência do direito à vida do nascituro, sob o prisma da viabilidade é medida igualmente atentatória ao postulado da dignidade da pessoa humana, uma vez que remete a um conceito já rejeitado de vida digna.

CONCLUSÃO

Malformações fetais ocorrem de modo crescente à medida em que aumenta a idade materna. Vive-se momento histórico no qual a tendência de aumento da idade materna é evidente. Isso significa que é tempo de o operador do direito aprender a lidar com questões deste tipo uma vez que elas se tornarão cada vez mais frequentes.

Vive-se, ainda, momento no qual as transformações tecnológicas estão em constante avanço, em especial no que se refere à ciência genética. Tamanha evolução está a provocar novas respostas do operador do direito. Respostas essas que não se parecem com nada do que o aplicador da norma já presenciou no passado.

Ao mesmo tempo em que o progresso derruba sistematicamente barreiras, valores éticos, morais e ideológicos, exige-se do operador do direito a intangibilidade do princípio da dignidade humana como freio a esse progresso selvagem que cria sistemas capazes de excluir seres humanos do processo produtivo e ideológico.

Do mesmo modo, é na dignidade da pessoa humana que o progresso encontra o norte para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, capaz de proporcionar a todos os seres humanos pleno bem-estar, físico, psíquico, moral, ideológico e social.

O caso dos fetos portadores de malformações e o conflito existente entre o seu direito à vida e à saúde da gestante é um dos casos mais emblemáticos desses novos tempos enfrentados pela ciência jurídica que deve negar, ao mesmo tempo, o direito à vida de embasamento puramente religioso, e um direito à liberdade e à prole perfeita, de embasamento puramente político.

É a dignidade da pessoa humana que se apresenta como uma moeda de duas faces que confere ao operador do direito as melhores respostas. Apenas por meio da tentativa

de efetiva-lá, a um só turno, e a ambas as partes é que o operador do direito poderá proferir decisões que não sejam afastadas do bem jurídico quimérico que persegue: A Justiça.

Desse modo, é imperioso que se reconheça, que o nascituro, independente de ser saudável ou não, é portador do direito à vida. Se a vida não poderá ser exercida por muito tempo, não significa que tal direito não exista. E com efeito existe, se o feto nasce, e respira, por óbvio ele viveu, viveu vida extra-uterina, mas deu-se a ele o direito de esperar, até o último sopro de vida, que a sociedade lhe conferisse condições de exercer tal vida, ainda que efêmera, com a melhor e maior dignidade possível.

Do mesmo modo, é imperioso que se reconheça o direito à vida materna em sua ampla acepção. Também decorre da dignidade da pessoa humana que não se imponha à nenhuma mulher tamanho sofrimento, assiste à mãe o direito de requerer a antecipação terapêutica do parto.

Como se ressaltou anteriormente, tais direitos não são necessariamente antagônicos. Casos há em que um não pode existir sem que o outro desapareça, nesses apenas uma ponderação de princípios que leve em conta as peculiaridades do caso concreto será capaz de conferir justa decisão ao conflito, uma vez que, assim, ambos os direitos serão considerados.

Nessa esteira, cabe ainda ao estado buscar meios de efetivação conjunta de tais princípios. É por essa razão que se propõe por este estudo a criação de uma política pública de saúde capaz de atender os anseios daqueles que infelizmente estejam envolvidos em tal conflito.

Não podem as dificuldades de ordem material serem óbice à efetivação dos direitos fundamentais, em especiais direitos de tal magnitude.

Dessa forma, apenas pela criação de tal política de saúde é que será possível fornecer aos magistrados, em cada caso que lhes apresentem a melhor solução ao caso concreto, pois esta é a única forma de harmonização dos direitos fundamentais em conflito.

Conclui-se, então, que a legalidade ou ilegalidade da antecipação terapêutica do parto dependerá das peculiaridades do caso concreto. Cabe ao intérprete da norma sopesar se a antecipação do parto é a melhor forma de garantir a saúde materna no caso concreto. Não pode, contudo, que tal ponderação não seja realizada.

Por essa mesma razão, é desnecessária e inconstitucional a inserção de uma terceira causa de extinção da ilicitude do crime de aborto no artigo 128 do Código Penal. Desnecessária porque o Código Penal já apresenta no seu artigo 128, inciso I do Código Penal a causa que autoriza o aborto do feto portador de malformação, basta que para isso, além da malformação, no caso concreto, seja demonstrado o risco à vida materna, vida essa examinada à luz de sua ampla acepção.

Uma vez verificado que essa é a medida mais eficaz e mais aconselhável à efetivação da saúde daquela dada gestante, naquele dado momento histórico e naquela situação jurídica que se apresenta ao magistrado, é possível a antecipação terapêutica do parto. Por outro lado, demonstrado que há outra alternativa igualmente eficaz à saúde materna, mas que a seu turno não acarrete no sacrifício da vida humana, essa deve ser a medida que o agente de saúde e o aplicador da norma devem exercer, pois a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, que prima pela dignidade da pessoa humana, perpassa pela valorização e preservação da vida humana, ainda que gravemente afetada por moléstia..

Por tal razão, ainda, será inconstitucional a inserção de uma nova causa de exclusão do crime de aborto em razão da malformação fetal, porque a preservação da vida humana já atingiu *status* de proteção superior. Nossa ordem constitucional repudia o sacrifício

da vida humana ainda que seu portador não esteja em condições de exercê-la com um mínimo de dignidade. Do mesmo modo, o ponto inicial do exercício da dignidade é a vida, em sua mais estrita acepção, ainda que seja apenas para que o ser humano permaneça vivo.

Ademais, a inserção desta nova causa implicaria no chamado aborto eugênico, o que é rechaçado pelo ordenamento jurídico brasileiro uma vez que implica em reduzir à coisa o outro, o diferente, o inviolável, violando da forma mais brusca o postulado da dignidade da pessoa humana que a comunidade jurídica tanto se orgulha em defender.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Anteprojeto Constitucional* de 18 de setembro de 1986. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em 12 nov 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, Rel. Min. Carlos Brito, Publicado no DJE de 28.05.2010.

_____. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

_____. Decreto-Lei 2.848 de 7 de Dezembro de 1940.

_____. Resolução do Conselho Federal de Medicina 1931 de 24 de Setembro de 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>. Acesso em: 31/10/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus n. 2003.059.05355. Rel. Des. Marly Macedônio França. Publicado no DOE de 11.02.2004.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.1.0079.07.343179-0 Rel. Des. Claudia Maia. Publicado no DOE em 10.08.2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0297.07.006271-8 Rel. Des. Mota e Silva. Publicado no DOE em 22.01.2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão publicado na REVISTA DOS TRIBUNAIS. Disponível em: <http://www.editorarevistadostribunais.com.br/JurisOnline/resultados.aspx>. Acesso em 11/10/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 516299-4 Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia. Publicado no DOE em 20.09.2007.

CHINELATO, Silmara Juny; Tutela Civil do Nascituro Disponível em: www.saraivajur.com.br. Acesso em: 05 de junho de 2006.

_____. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva 2000

CUNNINGHAM, F. GARY et al. *Williams Obstetrícia*. 20 ed. Rio de Janeiro: Guanabara. 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil Teoria Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

KUBLER-ROSS, Elizabeth. *Sobre a Morte e Morrer: o que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes*. 9. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. vol. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MARCÃO, Renato. *O aborto no anteprojeto de Código Penal*. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=239>. Acesso: 20 ago 2008.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito Penal*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia Clínica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1994.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

NEME, Bussamara. *Obstetrícia Básica*. 2. ed. São Paulo: Sarvier, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol.1. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

QUEIROZ, Víctor Santos. *Reflexões Acerca da equiparação da anencefalia à morte para a justificativa para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=7111>. Acesso em 10 maio 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil Parte Geral*. vol.1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

SEGRE, Marco; FERRAZ Flávio Carvalho. *O conceito de Saúde*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003489101997000600016&script=sci_arttext&tlng=es. Acesso em 30 out. 2009.

SILVA; José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. Rio de Janeiro: Malheiros editora, 2005.

TONETTO, Fernanda Figueira. *A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/exclus%E3o.culpabilidade.lia.pdf>. Acesso em 10 dez. 2009.