

1 INTRODUÇÃO

1.1 Considerações iniciais

Vida e morte são temas de eterna discussão, desde o início dos tempos. O ser humano, durante sua existência procura respostas a inúmeras perguntas relacionadas a esses fatos e não consegue obter uma resposta convincente, concreta, irrefutável, para eles.

Diz-se mesmo que as únicas perguntas das quais não se tem uma resposta, são: quem somos? De onde viemos? Para onde vamos? Deve-se acrescentar a estas, o porquê de nascermos e morrermos.

É através das religiões que buscamos certas respostas e, damos um significado a nossa existência.

Teólogos de um modo geral consideram as religiões como mensagens de salvação. Todas oferecem caminhos que buscam alcançar a felicidade duradoura, constante, eterna, a liberação de todo sofrimento, culpa e morte. Pautam-se na chamada regra de ouro, do não faças aos outros o que não queres que façam a ti, pois consideram a vida como sagrada, inviolável, intangível e como um dom de Deus (este último, exceto no budismo).

Existe, pois, uma preocupação pela afirmação, preservação e cultivo da vida humana, negando-se na sua existência tudo que de mal possa atingi-la.

Nos dias de hoje, com a moderna tecnociência, existe o desafio de manter a fidelidade aos escritos das religiões e o implemento das novas técnicas capazes de cuidar e defender a vida humana, através da medicina de transplantes de órgãos e células, e outras formas alternativas, que preservem e prolonguem o bem maior que é a vida, até o inevitável, que é a morte. Cada vez mais é preciso que essa morte ocorra dentro dos padrões de dignidade.

A moderna tecnologia nos permite o acompanhamento da vida, em sua fase embrionária, desde a concepção até o nascimento propriamente dito. Ao longo desse acompanhamento é possível monitorar seu desenvolvimento, sua formação normal ou não, possíveis anomalias, reversíveis ou não, que poderão colocar em risco a vida da gestante e mesmo do próprio feto.

O homem tem suas leis. Considera que nada pode ser feito que as contrarie, ou sem o consentimento delas. Uma, em especial, analisa a interrupção da gestação de um ser humano.

Imaginemos um mal precoce, que coloque em risco a vida da gestante ou, que aquele feto em gestação possua um mal incorrigível quando de sua separação do ventre materno, ao nascer. Muitas pessoas enfrentam essas situações com coragem e valentia, arriscando-se a ir em frente com uma gravidez e, preparando-se emocionalmente para receber seus filhos que podem morrer prematuramente. Outras optam pela interrupção da gestação, abortando, entendendo que estão realizando o melhor para seus filhos, para elas e para suas famílias. Ambas as decisões devem ser tomadas por amor à vida, a família e aos filhos e não precedidas nem por irreflexões nem pelo desejo de morte. Essas duas atitudes, com matizes próprios de cada caso, não são compartilhadas por todos os pesquisadores, nem por todos os clínicos, nem por todos os teólogos.

Em Medicina Legal existem diversas definições de aborto. São elas classificadas de espontâneos e provocados. O espontâneo é classificado como natural, resultante de estado patológico e psicológico que podem acometer o feto ou a mãe. O provocado é mais complexo, é que gera todo tipo de controvérsias, podendo ser legal ou ilegal.

A Igreja Católica não aceita o aborto em nenhuma situação. O Código de Direito Canônico é claro quando diz: “quem procurar o aborto, incluindo cúmplices, será automaticamente excomungado.” Cita-se o caso do arcebispo do Paraná, que ameaçou de excomunhão todos os envolvidos em uma autorização judicial para um pedido de aborto, feito

por um casal de Maringá, que constatara estar o feto com anencefalia (falta de cérebro). A autorização judicial foi concedida em dezembro de 1996, pelo juiz local, que sentenciou baseado em sua consciência e no interesse social. Houve muita polêmica sobre o caso, sendo o arcebispo considerado de ultraconservador.¹

Áreas menos conservadoras da Igreja reconhecem a legitimação do chamado aborto terapêutico ou indireto. O primeiro é quando o aborto se produz em um feto condenado a morrer e, quando não o fazendo, pode acarretar também a morte da mãe. É uma situação em que se produz um mal, para fazer um bem, ou seja, a morte do feto levará a salvação da vida da mãe. Já o aborto indireto seria o caso de uma extirpação de trompas, atingidas por um câncer, interrompendo-se juntamente a gestação.

Nossa legislação protege a gestante no caso em que existe perigo de vida para ela, porém é omissa nos demais.

O tema relativo ao aborto necessário encontra-se no artigo 128 do Código Penal brasileiro, que vigora a partir de 1940. Também nesse dispositivo legal, os artigos 213 e 214, autorizam o aborto nos casos específicos de gravidez oriunda de estupro ou atentado violento ao pudor. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, aborda os direitos e a dignidade da pessoa humana.

Como podemos observar, nem o Código Penal, nem a Constituição Federal, abordam explicitamente o tema relativo a outras possibilidades de aborto, como no caso que nos propomos a analisar, qual seja, o aborto do anencéfalo, aquele que, está condenado à morte, por via natural, ao nascer.

Diversas tentativas de alteração, através de anteprojetos de lei foram tentadas com relação à parte especial do Código Penal nacional visando ampliar os casos de não antijuridicidade ali presentes.

¹ COELHO, Jaime Luiz. Aborto concedido. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 dez. 1996.

Convém observar que nas sociedades, as estruturas sociais visam determinar modelos a serem seguidos, chamados de estruturas normativas. Essas estruturas devem possuir um caráter dinâmico e atualizarem-se em função da evolução dos acontecimentos ao longo do tempo, criando uma ordem justa, a qual chamamos de Direito Natural.

Podemos observar que os valores, como liberdade, igualdade, e outros, vêm do direito natural e vão se expressar no direito positivo, já que aquele lhe dá fundamento. As leis são criadas pelos fatos semelhantes aos que ela agora irá apreciar, em função da valoração desses fatos, dada pela sociedade.

Segundo Miguel Reale, os três elementos, fato, valor e norma, compõem o cerne da chamada Teoria Tridimensional do Direito, não podendo ser estudados separadamente, pois cada alteração em um deles, acarretará também uma alteração nos outros dois.² É, pois, o Direito, uma realidade trivalente, tridimensional.

Nesses estudos, parte-se do fato, analisam-se os valores que lhe são dados e, chega-se à norma. É, portanto, preciso que o jurista esteja sempre atualizado com a realidade social, onde se observa que a velocidade de atualização das normas é sempre menor que a da evolução da sociedade.

1.2 Questões norteadoras

Estamos diante de uma realidade a qual não podemos virar as costas. Se a ciência evolui a ponto de podermos detectar males futuros precocemente, por que não tentarmos corrigi-los de antemão?

Os males sanáveis são tratados e cuidados com precocidade, e os insanáveis? Como ficam os padrões éticos, religiosos e jurídicos, diante desse problema?

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 65.

Estaria ou não sendo ferida a dignidade da pessoa humana, do feto anencéfalo, ao abreviar-se sua existência com a interrupção da vida que já se faz condenada à morte, ao nascer? E, para essa mãe, ao ser sabedora do problema da anencefalia do feto que está gerando? O que seria mais traumático: abortar ou ver o filho nascer sem cérebro, virtualmente morto? Face à irreversibilidade de um quadro de anencefalia, qual o posicionamento dos juristas para esse fato?

1.3 Objetivos da pesquisa

1.3.1 Objetivos gerais

De modo geral, os acontecimentos de fatos novos vêm sempre indagar da sociedade, de qual maneira devemos encará-los e como devemos nos comportar em relação a eles. É preciso que em qualquer situação que nos deparemos, diante de acontecimentos outrora não conhecidos ou praticados, adotar um posicionamento condizente com os costumes e anseios do comportamento societário atual.

Não é só o fato do conhecer pelo conhecer, mas é preciso uma conscientização das pessoas e da sociedade de modo geral, para encarar e resolver novos problemas.

Destarte, com relação à pesquisa que ora pretendemos, torna-se necessário um aprimoramento da sociedade, levando-se em conta padrões éticos, morais, religiosos e políticos.

O tema é delicado e envolve os padrões acima citados, porém é preciso que seja analisado à luz da moderna ciência e não mais como tabus impostos por conceitos e regras de séculos passados, que ainda nos prendem e tolhem conceitos.

10Essa pesquisa visa, portanto, oferecer subsídios para uma possível evolução da cultura geral e jurídica sobre o tema abordado, vindo a contribuir para a criação de instrumentos jurídicos capazes de satisfazer o binômio existente entre os padrões atuais e a evolução da tecnociência.

Os atuais padrões societários e a evolução da ciência mostram os fatos que teremos que valorar, a fim de que novas normas sejam criadas, arrastadas por esses dois elementos, para fecharmos o ciclo da tridimensionalidade do direito.

1.3.2 Objetivos específicos

Para alcançar nosso objetivo maior, pretendemos especificamente:

- a) analisar a doutrina para detectar o pensamento dos diversos juristas a respeito do tema, procurando fundamentação consistente para a legalização do aborto do feto anencéfalo;
- b) identificar na jurisprudência exarada pelos tribunais nacionais o pensamento dos julgadores diante do caso em concreto;
- c) coletar dados através de entrevistas com pessoas que tenham tido problemas e que militem na área problemática do aborto. Ouviremos seus problemas e os possíveis desdobramentos na procura de um caminho que nos leve a pretensão final da inclusão do aborto do anencéfalo no rol dos abortos não punidos pelo Direito;
- d) caracterizar os conceitos de doutrinas estrangeiras, analisando as possibilidades existentes nos demais ordenamentos jurídicos que possam servir de referencial ao nosso trabalho.

1.4 Justificativa da investigação

A dignidade da pessoa humana é preponderante para que o ser humano viva a plenitude de sua existência na Terra, com total tranquilidade e sem remorsos. Dessa forma, torna-se necessário que tudo que ocorra no nosso entorno, tenha uma explicação e uma solução plausíveis.

O tema escolhido vem sendo objeto de controvérsias e interpretações das mais diversas. Pode-se constatar esse fato pelo número de casos que ocorrem em todo o mundo, vindo desaguar nos tribunais as tentativas de solucioná-los.

Estatisticamente já se comprovou que a possibilidade de ocorrência de um feto com problemas de anencefalia está na ordem de um caso para mil nascimentos normais. Esse número não é desprezível, diante do número total de natalidades mundiais.³

Daí a necessidade da nossa pesquisa, para verificarmos como a sociedade pensa e se comporta diante dos fatos nela abordados e sua conscientização diante do avanço científico e, a conseqüente importância para o Direito, inserindo-se nosso trabalho na linha de pesquisa da Universidade Estácio de Sá: Novos Direitos e Desenvolvimento.

³ SEBASTIANI, Mario. Casos de anencefalia. *Hospital Italiano*, Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.hospitalitaliano.org.ar/1/anencefalia-sebastiani.html>>. Acesso em: 20 mar. 2003.

2 EMBASAMENTO TEÓRICO

Muito já foi escrito sobre o tema aborto. Ele é controvertido e polêmico, gerando posições ideológicas, políticas, étnicas e religiosas.

No sentido etimológico aborto significa privação do nascimento. Uma definição considerada exata é a da interrupção da gravidez. A interrupção, conseqüentemente ocasionaria a morte do feto.

2.1 Conceito

Dá-se o nome de aborto à ação ou efeito de interromper, dolosamente, a gravidez, com ou sem expulsão do feto. Segundo Júlio Fabrini Mirabete: “O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.”⁴ Hélio Gomes define como criminosa a interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não a expulsão, “qualquer que seja seu período evolutivo - da concepção até momentos antes do parto.”⁵

2.2 Histórico do aborto

A política relacionada aos recém nascidos portadores de anomalias advém de milênios. As atitudes tomadas em relação a estes, eram as mais diversas e ocorriam logo após o nascimento, pois na época não se detectavam essas anomalias no período pré-natal.

⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 1998, p. 93.

⁵ GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, p. 405.

Os brâmanes tinham o costume de matar ou abandonar na selva as crianças que, dois meses depois de nascidas, lhes pareciam de má índole.⁶

Na antiga Grécia, os nascidos não desejados eram levados para o alto de alguma montanha e ali abandonados. Aristóteles preconizava ser o aborto método eficaz para limitar os nascimentos e manter estáveis as populações das cidades gregas. Por sua vez, Platão opinava que o aborto deveria ser obrigatório, por motivos eugênicos, para as mulheres com mais de 40 anos e para preservar a pureza da raça dos guerreiros. Sócrates aconselhava às parteiras, por sinal profissão de sua mãe, que facilitassem o aborto às mulheres que assim o desejassem. Já Hipócrates, em seu juramento, assumiu o compromisso de não aplicar pressário em mulheres para provocar aborto.

Em Esparta, face o espírito bélico ali reinante, os aparentemente fracos eram eliminados por não poderem vir a servir ao Estado, principalmente nas guerras. Em Roma, os nascidos com aparência pouco humana, eram atirados de penhascos.⁷

Com o advento do cristianismo, as práticas relacionadas aos recém nascidos malformados, foram desaparecendo, sendo substituídas por um sentimento de sacralidade e intangibilidade da vida.

Santo Agostinho, apoiado na doutrina de Aristóteles, pregava que o aborto só era crime quando o feto já tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer quarenta ou oitenta dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou de mulher, respectivamente.⁸ Mais tarde, a Igreja Católica aboliu a distinção e passou a condenar severamente o aborto, e a pena de morte foi aplicada (morte pela espada, afogamento, fogueira) tanto à mulher como ao

⁶ MARCÃO, Renato Flávio. O aborto no anteprojeto de código penal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2961>>. Acesso em: 4 jul. 2003.

⁷ TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 21-25.

⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 5, p. 263.

partícipe. A questão principal para o direito canônico era a perda da alma do feto, que ficava sem batismo.⁹

Até o início do século passado, não se falava na interrupção de gestação em decorrência de anomalia fetal, porque não se possuía tecnologia para diagnosticá-la ainda no ventre materno. Tais práticas somente foram possíveis a partir de 1950, com o desenvolvimento das técnicas de diagnóstico pré-natal.

2.3 Conceito de vida

É por demais difícil definir-se o que é vida, mesmo porque a vida está em constante movimento, acontecendo a todo instante diante de nós.

Indaga Sílvia Mota a respeito da vida:

Como explicar esse equilíbrio universal intenso, animal e vegetal, que se processa a cada momento, veemente, num movimento dúbio que a um só tempo é uno e, por incrível, tão independente? Como elucidar o irresistível e enigmático segredo que extravasa de uma única célula feminina na conquista de milhões de espermatozoides ou ainda depreender o resfolegar estranho que permanece adormecido por milênios e desperta ao toque do cientista em busca de aventura?¹⁰

E, logo a seguir, anuncia:

Sem querer nem poder atingir a impérvia essência da criação, ou desvendar as verdades biológica, sociológica e psicológica do indivíduo, entende-se a vida como o agrupado de todos esses mistérios revelados através da energia mantida pela ação dos elementos naturais e alterados, iminentemente, pela intercessão da cultura.

A vida se ampara na cumplicidade entre homem e mundo, que os torna inseparáveis e necessários um ao outro. Vertente dos outros bens jurídicos é, pela sua essência - independente de qualquer avanço biotecnológico - única e irreplicável. Por isso, exige o respeito absoluto de não ser tratada como simples meio, mas como fim.¹¹

⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. São Paulo: José Bushatsky, 1958, v. 1, p. 48.

¹⁰ MOTA, Sílvia Maria Leite Mota. *Da bioética ao biodireito: a tutela da vida no âmbito do direito civil*. 1999. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil)- Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999, p. 20-21. Não publicada.

¹¹ Idem.

A vida humana, que é o interesse deste tema, é a que se mantém e desenvolve atividades orgânicas, como o metabolismo, o crescimento, reações a estímulos, adaptações ao meio e reprodução.

O direito a vida está indiscutivelmente protegido no nosso ordenamento jurídico, onde está ressaltada sua inviolabilidade. O conceito de vida estende-se, pois, desde a concepção até a morte. Interromper-se uma gestação, ocasiona um aborto. Se o feto é portador de anomalia incompatível com a vida, tem-se o aborto eugênico ou eugenésico. A eugenia é a ciência da melhora da linhagem humana.

2.3.1 Distinção entre feto malformado e inviável

Nos fetos malformados, ainda que presentes as anomalias de formação (congenitas), em muitos casos é possível a sobrevivência com certas limitações. Existem tratamentos clínicos e cirúrgicos que podem mitigar ou até mesmo curar os efeitos da malformação.

Porém, a malformação pode ser tão severa ou estar associada a outras anomalias, que tornam o feto inviável, com prognóstico certo e irreversível de morte após o parto. São casos, por exemplo, em que órgãos vitais como cérebro, rins, bexiga, não se formam, ou defeitos de formação, como no caso de não fechamento do tubo neural, fechamento de parede abdominal e algumas anomalias cromossômicas.

A anencefalia e acrania são exemplos decorrentes de erros de fechamento do tubo neural, que impossibilitam a vida extra-uterina. A anencefalia é definida pela ausência dos hemisférios cerebrais, onde não se formaram as partes anterior e central do cérebro.

2.4 Legislação

2.4.1 Direito comparado

Dependendo das leis vigentes em relação ao aborto, alguns países consideram lícito interromper a gravidez em função do tempo de gestação e de recomendações médicas, psicológicas, sociais ou econômicas. Podem chegar a ser totalmente liberais, como no caso dos Estados Unidos e da Holanda, onde o entendimento é em favor do direito de opção da mulher, e encontram-se estampados em suas Constituições.¹²

Algumas legislações preferem adotar a nomenclatura de Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) ao invés de aborto, pois esta última vem sendo estigmatizada por um sentimento de reprovação moral e religiosa.

Na Alemanha, o Código Penal, na seção dos crimes e delitos contra a vida, disciplina o auto-aborto, o aborto provocado com ou sem o consentimento da gestante e o anúncio de produtos e práticas abortivas. O aborto terapêutico é consentido desde que realizado até o 3º mês de gravidez.¹³ Após decisão da mãe e do médico, a gestante será submetida a um acompanhamento psicológico, sendo que a interrupção da gestação deverá ocorrer num prazo mínimo de três dias após esse aconselhamento. Quando motivada por malformação do feto, a interrupção da gestação poderá ser feita nas primeiras 22 semanas. Se for em razão de dano à saúde da mãe não está condicionada a nenhum prazo. Conta-se com a gratuidade por parte do Estado para essa cirurgia.¹⁴

¹² TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 43.

¹³ PARREIRA, Palova Armires. Aborto: uma visão ético-jurídica. *Caderno Bioética*, Belo Horizonte, n. 2, p. 60, dez. 1993.

¹⁴ TESSARO, Anelise, op. cit., p. 44.

Da mesma forma acontece na Espanha, quanto ao prazo limite de 22 semanas, porém a interrupção deverá ser feita por médico distinto daquele que diagnosticou a anomalia e mediante apreciação por mais dois médicos especialistas.

Já na França, a interrupção poderá ser feita em até seis meses de gestação. Se a gestante for menor de 18 anos, é preciso o consentimento dos pais. Quando se tratar de malformação fetal e risco de saúde ou vida da mulher, é preciso um certificado médico, reconhecido por um tribunal administrativo. O Estado custeia 80% das despesas hospitalares.¹⁵

Na Itália, há a necessidade de certificado médico e de consentimento dos pais para menores de 18 anos, suprível judicialmente, além de acompanhamento psicológico. A lei estabelece que as interrupções por motivos sociais e econômicos deverão ocorrer nos primeiros 90 dias de gestação. Para os demais casos de malformação fetal ou de risco de vida da gestante, a interrupção poderá ocorrer fora desse prazo.¹⁶

Em Portugal, após reforma do Código Penal de 1997, o prazo para interromper a gestação devido à malformação ou padecimento de grave doença por parte do feto, foi alterado para o limite de 24 semanas. Quando se tratar de preservação da vida ou da saúde física ou psíquica da mãe deverá proceder-se à interrupção nas primeiras 12 semanas.¹⁷

Muitos outros países adotam procedimentos semelhantes, só diferenciando na maneira da execução da interrupção em função do tempo e da gravidade da situação.

2.4.2 Direito brasileiro

Nosso Código Penal define aborto como sendo a interrupção ilícita da gravidez. Existem, porém, diversas formas de aborto nas quais o código desconsidera como ilícitas. São

¹⁵ TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 44.

¹⁶ *Ibidem*, p. 45.

¹⁷ *Idem*.

as oriundas de patologias que colocam em risco a vida da gestante e do feto, os oriundos de estupro ou atentado violento ao pudor, e, os espontâneos, de diversas origens entre as quais, os provocados por acidentes.

Podemos então distinguir dois tipos gerais de aborto: o espontâneo e o provocado, sendo este último, legal ou ilegal, subdividido em necessário e criminoso.

O necessário ou terapêutico é o praticado por médico com o escopo de salvar a vida da gestante e o moral ou humanitário, oriundo de gravidez indesejada resultante de estupro (artigo 128, incisos I e II, do C.P.)

O aborto considerado criminoso está capitulado em nosso código nos artigos de números 124 a 127. Englobam o aborto praticado pela gestante ou com seu consentimento, o provocado por terceiro com o consentimento da gestante e sem esse consentimento e, as cominações desses casos onde poderá advir resultados lesivos a gestante como lesões corporais graves e até a morte.

São muitas as tentativas para reformulação do Código Penal em sua parte especial. Ele é datado de 1940 e, obviamente, com o avanço dos conceitos societários ao longo do século passado e início do atual, esses conceitos foram sendo modificados.

Destacaremos aqui o parecer da Comissão para Reformulação do Código Penal de 1992, na qual o Desembargador Alberto Silva Franco era responsável pela subcomissão que tratava dos crimes contra a vida. Foi criado um anteprojeto de Lei, que acrescentava ao artigo 128, um inciso III e dois parágrafos, onde diz: “não constitui o crime de aborto praticado por médico se há fundada probabilidade do nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais”, tornando, portanto a inviabilidade do mesmo. Nos parágrafos ficava claro o consentimento da gestante ou de seu representante legal.¹⁸

¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. *Anteprojeto do Código Penal: parte especial*. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 mar. 1999.

2.5 Pensamentos de doutrinadores

O Desembargador Alberto Franco, ao encaminhar o anteprojeto de Lei da Comissão para Reforma do Código Penal, deixa claro que se deva excluir da antijuridicidade o aborto praticado no caso de feto inviável.

Uma vez aprovado o anteprojeto, as autorizações seriam desnecessárias como excludente de ilicitude e não haveria causa para invocação da prestação jurisdicional.

Anelise Tessaro, a respeito do tema, diz textualmente:

Faz-se necessária e urgente uma adequação legal aos avanços da tecnologia médica, ressaltando o alto grau de confiabilidade conferido aos exames pré-natais, garantindo assim a todas as gestantes que se depararem com esse dilema, o direito de optar livremente entre interromper ou levar a termo esta gravidez, conforme suas convicções pessoais. Além disso, o direito a interrupção da gravidez assegura a gestante que este procedimento será conduzido por profissional habilitado e realizado em estabelecimento médico-hospitalar adequado, preservando-a dos riscos de um abortamento clandestino.¹⁹

Thomas Rafael Gollop, defende o procedimento abortivo para fetos malformados que não conseguiriam ter uma sobrevida:

Quando se fala em medicina fetal, a idéia que se faz é de uma assistência extremamente elitizada, mas na verdade o que vem ocorrendo no País é exatamente o oposto, pois a maior parte dos centros de medicina fetal está ligada a centros universitários, que atendem a população de mais baixa renda.²⁰

Fernando Altemeyer Junior, vigário da Arquidiocese de São Paulo, relata que:

Muitos moralistas católicos de renome têm se posicionado em favor da operação cirúrgica nos casos específicos de anencefalia, pois não são seres humanos os frutos dessa gestação e portanto não se poderia exigir dessa mãe, o sacrifício de uma gravidez que não pudesse oferecer vida humana a uma criança.²¹

Mario Sebastiani, médico do Hospital Italiano de Buenos Aires, diz que:

Procura-se demonstrar que a interrupção da gestação de um feto anencéfalo merece considerações especiais, que têm um fundamento moral e ético, e que podem constituir uma diferença clara com o aborto. Propõe-se que essas situações sejam avaliadas por comitês de bioética, sendo diagnosticado por médicos, biólogos, filósofos, teólogos e juristas.²²

¹⁹ TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 109.

²⁰ GOLLOP, Rafael Thomas. *Isto É*, Rio de Janeiro, n. 1331, p. 5-7, abr. 1995.

²¹ ALTEMEYER, Fernando. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 1 abr. 1997, p. 21.

²² SEBASTIANI, Mario. Hospital Italiano, de BUE. 2001.

2.6 Alvarás judiciais e acórdãos

É por demais sabido que um grande número de autorizações judiciais foram obtidas a fim de permitir a interrupção de gestação de feto com anomalia incompatível com a vida. Usa-se esse procedimento, por não existir na legislação uma forma expressa da exclusão da ilicitude, para os casos com esse tipo de anomalia.

Mesmo que a Lei n.º 9.434/97, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplantes e tratamentos, é clara quando estabelece o diagnóstico de morte ligada ao perecimento cerebral. O feto anencéfalo é desprovido dessa condição essencial e suas funções vitais são recebidas da mãe, enquanto no seu ventre.

Caso seja aprovado um projeto de lei que dê nova redação ao artigo 128 do Código Penal brasileiro, ou mesmo que seja criado um novo dispositivo específico sobre o assunto, que afaste a ilicitude, a semelhança de outras excludentes de ilicitude já existentes na legislação, as autorizações serão desnecessárias.

Os pedidos de qualquer tipo de autorização judicial demandam tempo, e por vezes vão desaguar em Instâncias Superiores. Para um fato cronologicamente determinado como é o caso de uma gravidez, a demora pode transformar-se em verdadeira tortura psicológica para a mãe.

Se estiver expressa na legislação a antijuridicidade, para os casos de fetos malformados incompatíveis com a vida, não há que se falar, nem propor a autorização judicial, restando apenas ao Juiz declarar a inexistência de crime, não lhe cabendo conceder a autorização.

Muitos juízes têm deferido autorizações para interrupção de gravidez de fetos malformados com base em princípios constitucionais de que ninguém deva submeter-se a tratamento desumano e, na dignidade da pessoa humana. Outros usam a analogia em bonam

partem, pois o prosseguimento de uma gravidez desse tipo, acarretará sérios danos à saúde mental da gestante, comparando ao permissivo legal, do estado de necessidade.

Pode-se registrar o grande número de Alvarás concedidos em nossos tribunais, para os casos de autorização ao aborto por má-formação fetal. Esses casos chegam atualmente à casa de centenas de ocorrências em nossas Varas Criminais, indo desaguar nos Tribunais. A seguir damos alguns exemplos dessas ocorrências em diversos Tribunais nacionais.

Em 9 de março de 2001 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) exarou autorização judicial para interrupção terapêutica da gravidez de feto mal formado, fundada no perigo de vida da mãe.²³ No mesmo diapasão, em 15 de agosto de 2002, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).²⁴

Em 19 de dezembro de 1992 o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) decide pelo aborto de feto inviável.²⁵ Outra autorização para aborto de feto anencéfalo foi emitida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.²⁶

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Câmara de Férias Criminal. Concessão: Autorização judicial. Perigo de Vida. Interrupção terapêutica da gravidez. Feto malformado. Porto Alegre, 9 de março de 2001.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8. Câmara. Criminal. Recurso em sentido estrito. Intervenção cirúrgica para salvar gestante. Acatado recurso. Petrópolis, 15 de agosto de 2002.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Vara Criminal do Paraná. Comarca de Londrina. Londrina, 19 de dezembro de 1992.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Câmara Criminal. Apelo provido. Autorização concedida. Interpretação extensiva da excludente de punibilidade do artigo 128, inciso I do C.P. Florianópolis, 5 de maio de 1998.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

3.1 Tipos de pesquisa

As pesquisas selecionadas foram: bibliográfica, documental e de campo.

3.2 Fontes de pesquisa

Através da legislação existente, da doutrina, da jurisprudência e do direito comparado, buscaremos as orientações e os caminhos a serem percorridos no desenvolvimento deste trabalho.

3.3 Instrumento de coleta de dados

Além da seleção que efetuaremos em todo material fonte, procuraremos extrair das entrevistas a serem realizadas, o máximo de dados técnicos sobre o tema abordado. Nosso investigado deverá ser um Juiz de Direito no afã de obter seu posicionamento crítico frente aos casos em concreto, relacionados ao tema em estudo.

3.4 Análise dos dados

Para a análise dos dados coletados opta-se por uma leitura cuidadosa. É através da leitura que conhece, interpreta, decifra, com um maior alargamento e aprofundamento do saber em determinada seara cultural ou científica.

Ângelo Domingos Salvador, ensina-nos que ler significa “distinguir os elementos mais importantes daqueles que não o são e, depois, optar pelos mais representativos e mais sugestivos.”²⁷ João Bosco Medeiros acrescenta: “a leitura é produzida, uma vez que o leitor interage com o autor do texto”²⁸, ou seja, autor e leitor têm que estabelecer um acordo mútuo, para que ocorra a boa leitura.

Convencidos que estamos sobre a importância da leitura passamos, ainda neste momento, por todas as suas fases: exploratória, seletiva, analítica, reflexiva/interpretativa, a caminho de um posicionamento crítico que venha a contribuir para a cultura jurídica nacional no que se refere ao tema escolhido como objeto de nossa Monografia de final de curso.

3.5 Bibliotecas visitadas

Biblioteca da Universidade Estácio de Sá. Campus tom Jobim, Rio de Janeiro

Biblioteca da Universidade Cândido Mendes. Campus Centro, Rio de Janeiro.

Biblioteca da Faculdade de Direito Morais Júnior. Campus Centro, Rio de Janeiro.

4 CRONOGRAMA E SUMÁRIO PROVISÓRIO DA MONOGRAFIA

Tempo gasto com o trabalho de pesquisa, até o momento da entrega do projeto:

a) levantamento bibliográfico e coleta de dados: 15 fev. 2003 a 31 mar. 2003;

c) análise dos dados: 1 abr. 2003 a 15 abr. 2003;

d) redação provisória: 16 abr. 2003 a 15 maio 2003;

e) redação definitiva: 16 maio 2003 a 30 maio 2003;

²⁷ SALVADOR, Ângelo Domingos. *Métodos e técnicas de pesquisa bibliográfica*: elaboração de trabalhos científicos. 8. ed. Porto Alegre: Sulina, 1980, p. 100.

²⁸ MEDEIROS, João Bosco. *Redação científica*: a prática de fichamentos, resumos, resenhas: estratégias de leitura: como redigir monografias: como elaborar *papers*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 53.

f) revisão: 1 jun. 2003 a 11 jun. 2003;

g) entrega do projeto: 18 jun. 2003.

5 SUMÁRIO PROVISÓRIO DA MONOGRAFIA

INTRODUÇÃO

1 ABORTO

1.1. Conceito

1.2. Histórico do aborto

1.3 Tipos de aborto

2 ANENCEFALIA

2.1 Conceitos necessários

2.1.1 Eugenia

2.1.2 Anencefalia

2.2 Histórico da eugenia

3 O ANENCÉFALO E O DIREITO

3.1 Posição legislativa

3.1.1 Direito brasileiro

3.1.2 Direito comparado

3.2 Posição doutrinária e jurisprudencial

CONCLUSÃO

6 REFERÊNCIAS

- ABORTO: a defesa sai da clandestinidade. *Cláudia*, São Paulo, p. 209, out. 1994.
- ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- ALTEMEYER, Fernando. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 1 abr. 1997.
- COELHO, Jaime Luiz. Aborto concedido. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 dez. 1996.
- COSTA, Marilucia Marinho Araripe. *Aborto eugênico*. Trabalho monográfico de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)- Faculdade de Direito das Faculdades Integradas Cândido Mendes - Ipanema, 1997.
- EM dez anos, apenas 20 abortos legais realizados. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 out. 1997. Rio, p. 26.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. São Paulo: José Bushatsky, 1958, v. 1, p. 48.
- FRANCO, Alberto Silva, GONÇALVES JR., José. Aborto por indicação eugênica: parte II. *Reprodução*, [São Paulo], v. 6, n. 5/6, p. 238, [ago. 1991].
- GOLLOP, Rafael Thomas. *Isto É*, Rio de Janeiro, n. 1331, p. 5-7, abr. 1995.
- GOLLOP, Thomaz Rafael. Aborto por anomalia fetal. *Bioética*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 68, 1994. Simpósio: Aborto.
- GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, p. 405.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 5, p. 263.
- IVANISSEVICH, Alicia. Um luto anunciado. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 19 maio 1996. Saúde, p. 28.
- JUSTIÇA não autoriza aborto de feto que morrerá ao nascer. *O Globo*, Rio de Janeiro, 17 maio 1996. O País, p. 8.
- MARCÃO, Renato Flávio. O aborto no anteprojeto de código penal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2961>>. Acesso em: 4 jul. 2003.
- MENDES, Antonio Carlos; SILVA, J. Vasconcelos; DALLARI, Sueli G. *Bioética e direito*. *Bioética*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 105-109, 1997.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 1998, p. 93.

MOTA, Sílvia Maria Leite Mota. *Da bioética ao biodireito: a tutela da vida no âmbito do direito civil*. 1999. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil)- Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999. Não publicada.

PAPALEO, Celso Cezar. *Aborto e contracepção: atualidade e complexibilidade da questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PARREIRA, Palova Armires. Aborto: uma visão ético-jurídica. *Caderno Bioética*, Belo Horizonte, n. 2, p. 60, dez. 1993.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 65.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Autorização judicial para a prática de aborto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 739, p. 500, maio 1997.

SEBASTIANI, Mario. Casos de anencefalia. *Hospital Italiano*, Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.hospitalitaliano.org.ar/1/anencefalia-sebastiani.html>>. Acesso em: 20 mar. 2003.

SEGRE, Marco, HOSSNE, Willian Saad. O aborto e o transplante de tecido fetal. *Bioética*, Brasília, v. 2, n. 1. p. 74, 1994. Simpósio: Aborto.

TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*. Curitiba: Juruá, 2002.