

Aborto de Feto Anencéfalo

Áurea Pimentel Pereira

Desembargadora do TJRJ

A Constituição Federal brasileira de 1988 alinha, no *caput* de seu artigo 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais, a todos assegurados, o direito à vida.

De outro lado, o artigo 2º do Código Civil em vigor, declara:

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, o direito do nascituro”.

Por fim, os artigos 124 *usque* 127 do Código Penal, consideram a interrupção da gravidez, por meio de aborto, crime; sendo as duas únicas hipóteses em que a criminalidade se encontra excluída, as previstas nos incisos I e II do artigo 128, do Código citado, a saber: o aborto havido como necessário, quando constituir o único meio para salvar a vida da gestante e o aborto em caso de gravidez resultante de estupro.

Do teor do artigo 2º do Código Civil pátrio - em harmonia com o estatuído no artigo 5º do *caput* da Carta Magna - resulta clara a intenção da Lei de garantir o direito à vida, desde a concepção, criminalizando o aborto quando realizado fora das situações excludentes de criminalidade que são, sabidamente, as previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Penal.

Antes da edição da Lei 2.848, de 07/12/40, discutia-se a possibilidade, ou não, da realização do aborto conceituado como eugênico, naqueles casos em que estivesse comprovado exibir o feto deformidade, ou ser portador de enfermidade incurável.

Com a edição daquela Lei, porém, a discussão se esvaziou, declarando que foi, de forma expressa, no referido diploma legal, como absolutamente inadmissível, a realização do denominado “aborto eugênico”, para interrupção da gestação de fetos portadores de deformações físicas ou malformações graves, insuscetíveis de serem corrigidas.

Constitui questão nova que, mais recentemente despertou discussão, dentre os doutos, na área médica e na Justiça, a admissibilidade, ou não da interrupção da gravidez, no caso de feto anencéfalo.

Como é sabido, a anencefalia é malformação, exibida pelo feto, consistente na ausência total, ou parcial, do encéfalo e calota craniana, deformidade que, informam as estatísticas, tem sido observada em 1(um) em cada mil bebês.

A ciência médica tem conceituado, a encefalia, como patologia irreversível, por excluir a possibilidade de vida, após o parto.

Do ponto de vista médico, então, em casos tais, não havendo para o feto expectativa de vida, a não ser por alguns instantes, no máximo, por alguns dias, a não concessão de autorização, nesses casos, para a interrupção da gravidez, constituiria, tão somente, para a gestante, injusto sofrimento físico e moral.

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça, de nosso país - vem-bora durante certo tempo, não inteiramente pacificada - vinha admitindo, nos casos comprovados de anencefalia, autorização para a realização do aborto, sob a consideração de que, não havendo possibilidade de sobrevivência, do feto anencéfalo, após o parto, não haveria, então, nesse caso, “bem jurídico da vida” a ser preservado.

Segundo pesquisas feitas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - que podem ser conferidas, na *internet*, no *site* SEAPE - entre os anos de 2001 e 2006, os Tribunais de Justiça do Brasil receberam quarenta e seis pedidos de interrupção de gravidez de fetos anencéfalos, sendo que, em 54% dos casos, as decisões foram no sentido de autorizar o aborto; nos demais casos, em razão da demora das decisões, os fetos vieram a falecer antes que ditas decisões tivessem sido proferidas.

Sabe-se que na América do Norte e na Europa, em caso de anencefalia, o aborto tem sido permitido.

Em parte da África, nos países, mulçumanos e em parte da América Latina, todavia, o aborto de feto anencéfalo não vem sendo admitido.

No Brasil, as decisões da Justiça têm se orientado no sentido de conceder autorização para a interrupção da gestação, em caso de feto anencéfalo; do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, merecendo ser trazidos à colação, com destaque, os acórdãos de que foram Relatores, respectivamente: a Des. Gizelda Leitão Teixeira, quando do julgamento da Apelação Cível 2003.052.05208 da 2ª Câmara Criminal, e a Des. Suely Lopes Magalhães, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 2004.059.06681, da 8ª Câmara Criminal.

Em hipóteses idênticas, em que foi pedida autorização para interrupção da gravidez de feto anencéfalo, as pretensões foram também acolhidas, respectivamente, nos Tribunais de Justiça: de Minas Gerais, por ocasião do julgamento do Proc: 10079.07.343179-7/001, que teve como Relatora a Des. Cláudia Maia; no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por ocasião do julgamento da Apelação Criminal 70012840971, de que foi Relator o Des. Manuel Esquivel Hoppe e no Tribunal de Justiça de São Paulo, quando da apreciação do Recurso interposto no Proc: 5162994500, que teve como Relator o Des. Sebastião Carlos Garcia. Em dois outros casos, contudo, em que pedidos de autorização para interrupção da gestação de fetos anencéfalos foram formulados, as pretensões deixaram de ser acolhidas, respectivamente: pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nos casos julgados, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça (*Habeas Corpus* nº 2006/0062671-4 - que teve como Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima (Quinta Turma) - e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (Proc: 5162994500, de que foi Relator o Des. Sebastião Carlos Garcia), os pedidos de interrupção da gravidez, em casos de fetos anencéfalos só deixaram de ser acolhidos em razão da “avançada idade gestacional, com a aproximação do termo final para a realização do parto”.

Todavia, em outra hipótese, apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 70020596730, na 1ª Câmara Criminal, de que foi Relator o Des. Ivan Leomar Bruxel, o pedido de autorização para a interrupção da gestação de feto anencéfalo deixou de ser concedido, por ter-se considerado não configurada, na espécie, hipótese em que, de acordo com a Lei, a criminalidade da conduta abortiva pudesse ser excluída.

A discussão de tão instigante questão, que envolve a possibilidade, ou não, da interrupção da gravidez, em caso comprovado da existência de feto anencéfalo, já chegou ao Tribunal Maior do país (STF), tendo sido solvida quando do julgamento, feito em 30/04/2012, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de que foi Relator o Ministro Marco Aurélio de Mello, quando, então por maioria de votos, reconheceu-se ser inconstitucional a tipificação, como crime, nos termos dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo (Vide ementa de acórdão transcrito no final deste capítulo).

Da leitura de ementa do acórdão, proferido quando daquele julgamento, vê-se que seu ilustre prolator, o Ministro Marco Aurélio de Mello, depois de haver como impertinente, para apreciação, na espécie, de qualquer questão religiosa, sob a consideração de ser o Brasil uma república laica, e de enfatizar, como valores que, na hipótese em julgamento, deviam ser preservados, o direito da mulher à autodeterminação; à liberdade sexual e reprodutiva e à saúde, vistos como direitos fundamentais, concluiu por reconhecer como “inconstitucional a interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal”.

No corpo do acórdão, lembrou o seu douto relator que:

“Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo por ser formado por células vivas e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida”.

Foi na esteira de tal entendimento que o Tribunal Maior do País, concluiu pela não tipificação, como crime, o aborto de feto anencéfalo que, na espécie, foi havido como não detentor do direito de proteção do Estado.

Dando ênfase a tal argumentação, foi trazido, no acórdão, à colação, o ensinamento do Dr. Thomás Rafael Gallop - membro emérito da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - forte a lembrar que 75% dos anencéfalos não chegam a alcançar o ambiente extrauterino, e os 25% restantes têm cessados a respiração e batimentos cardíacos nas primeiras 24 horas ou nas primeiras semanas seguintes, podendo, assim, o anencéfalo ser considerado como: “um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”.

A decisão do Pretório Excelso, como já se registrou, anteriormente, não foi unânime, tendo havido dois votos divergentes, que *in casu*, foram os dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso, que alinharam, em seus pronunciamentos, judiciosas considerações, em nossa visão, merecedoras de destaque.

No primeiro dos votos referidos: do Ministro Ricardo Lewandowski, vê-se que aduzido foi argumento, de grande relevância, quando se registrou que, o Supremo Tribunal Federal não podia, como na hipótese ocor-

reu, dar à Lei Penal, *in casu*, aos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, interpretação com a intenção de: *Verbis* “inserir conteúdos”, sob pena de usurpação da competência para legislar que é do Poder Legislativo.

Com efeito, como é sabido, o aborto constitui crime, tipificado nos artigos 124 *usque* 127 do Código Penal.

As duas únicas hipóteses em que a prática abortiva não é considerada crime são as previstas nos incisos I e II do artigo 128, do Código citado, ou seja, quando a interrupção da gravidez precisa ser feita para salvar a vida da gestante (inciso I) e no caso de gravidez resultante de estupro (inciso II).

O aborto de feto anencéfalo, evidentemente, não se inclui em nenhuma das hipóteses excludentes de criminalidade, no artigo 128 do Código Penal previstas.

Destarte, o que se fez no v. acórdão do STF, sob apreciação, foi, na verdade, o reconhecimento de uma terceira excludente de criminalidade, no texto legal não prevista, nesse passo - como observou o voto vencido do Ministro Lewandowski - invadindo a competência do Poder Legislativo.

A observação feita, no voto do Ministro Lewandowski, parece-nos perfeita e de absoluta pertinência, merecendo o destaque e as considerações que ora fazemos, para deixar registrado que o nosso entendimento sobre a matéria, coincide, inteiramente, com o contido naquele douto pronunciamento, ou seja, o de que não é possível, a pretexto de interpretar uma lei, fazê-lo de modo a nela inserir conteúdos inexistentes.

É certo que o juiz ao interpretar um texto legal, para aplicá-lo a uma hipótese concreta, pode fazê-lo, em certos casos, *cum grano salis*, de modo a dar, à referida hipótese, solução ao mesmo tempo legal e justa.

Na interpretação da norma legal, porém - como advertiu o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em Estudo Jurídico, publicado na Revista da EMERJ, vol. 3, nº 11, páginas 24/42 - “não pode o juiz, em regra, modificá-la, para aplicá-la, ao caso concreto, como se livre fosse o direito, embora possa adaptá-la à realidade”.

Isto porque, como ensina o magistério de Lopes da Costa: “O juiz não é legislador. A autoridade de suas decisões assenta na autoridade da Lei”.

Foi em harmonia com esses doutos ensinamentos, que votou vencido, o Ministro Cesar Peluso, quando do julgamento, no Supremo Tribunal Federal, da Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54,

observando que, não existindo, na Lei Penal brasileira, norma expressa excluindo a criminalidade de aborto praticado fora das disposições contidas nos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal, em sua opinião:

“Permitir o aborto de anencéfalo é dar autorização judicial para se cometer um crime”.

Do referido voto, merece, ainda, destaque a observação feita, por seu ilustre prolator - impregnada de jurisdição e conteúdo humano - forte a lembrar que, no caso de aborto de feto anencéfalo:

“Ao feto, reduzido, no fim das contas, à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada, de nenhum ângulo, a menor consideração ética ou jurídica, nem reconhecido grau algum de dignidade jurídica que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humana. Essa forma de discriminação em nada difere, ao meu ver, do racismo, do sexismo e do chamado especismo”.

Os argumentos aduzidos nos doutos votos vencidos, a que acabamos de nos referir, estão cercados de indiscutível *substractum* jurídico merecendo aguda reflexão.

Todavia, proclamada que foi, pelo Pretório Excelso, a não tipificação como crime, do aborto de feto anencéfalo, a matéria deve ser vista, agora como definitivamente solvida, insuscetível de nova discussão.

Perpassa-nos, contudo, o receio de que, inspirados em tal decisão, novas investidas possam vir a ser feitas, buscando autorização para o aborto em casos de malformações, com a inauguração do que, sempre em nosso país foi inadmitido, *in casu*, o aborto eugênico.

Foi essa mesma preocupação que assaltou o Ministro Cesar Peluso, quando no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, no corpo de seu bem lançado voto vencido, registrou:

“Uma discussão judicial, isentando de sanção o aborto de fetos, anencéfalos, ao arrepio da legislação existente, além de discutível, do ponto de vista científico, abrirá as portas para a interrupção de gestações de inúmeros embriões que sofram ou viriam a sofrer outras doenças genéticas ou adquiridas que de algum modo, levariam ao encurtamento de sua vida *intra* ou *extrauterina*.”

Toda essa discussão, contudo, a esta altura - após a decisão proferida pelo Tribunal Maior do País, que reconheceu não constituir crime o aborto de feto anencéfalo - restou ultrapassada: *magister dixit*.

Sem embargo do maior respeito que é indiscutivelmente devido, àquela douda decisão, permitindo-nos, porém, deixar registrado que os argumentos jurídicos que foram nela aduzidos, em nenhum momento lograram alterar o entendimento que sempre tivemos sobre essa delicada questão, que mantemos já agora iluminado pelos doutos votos vencidos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso, proferidos quando do julgamento no Pretório Excelso, da Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental nº 54. ❖

Supremo Tribunal Federal

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello

Acórdão de 30/04/2012

Ementa

Estado Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro, quanto às religiões. Considerações.

Feto Anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e Reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos Fundamentais. Crime. Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal.