

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

RAFAEL DA SILVA GLATZL

**ADPF 54 EM ANÁLISE: ARGUMENTAÇÃO TELEOLÓGICA E A POSSIBILIDADE
DE OCORRÊNCIA DA *SLIPPERY SLOPE***

Juiz de Fora

2014

RAFAEL DA SILVA GLATZL

**ADPF 54 EM ANÁLISE: ARGUMENTAÇÃO TELEOLÓGICA E A POSSIBILIDADE
DE OCORRÊNCIA DA *SLIPPERY SLOPE***

Dissertação apresentada à Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Orientador: Ms. João Beccon de Almeida Neto

Juiz de Fora

2014

RAFAEL DA SILVA GLATZL

**ADPF 54 EM ANÁLISE: ARGUMENTAÇÃO TELEOLÓGICA E A POSSIBILIDADE
DE OCORRÊNCIA DA *SLIPPERY SLOPE***

Monografia apresentada à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em: Juiz de Fora, 09 de Dezembro de 2014

Prof. Me. João Becon de Almeida Neto - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Ma. Ellen Cristina Carmo Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Fernando Horta Tavares
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O presente estudo justifica-se por tratar de uma temática da mais alta complexidade, caracterizada por um exasperado componente multidisciplinar, e sempre objeto de prolongadas e acaloradas discussões sociais: a permissão ou não da interrupção antecipada de gestações de fetos anencefálicos. No curso do ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal foi conclamado a decidir e, de forma histórica, em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, decidiu que o ordenamento brasileiro não contempla como criminosas as condutas perpetradas por aqueles que realizam o que se entendeu por antecipação terapêutica lícita nestes casos específicos. Ampliou-se, desta maneira, o rol das hipóteses em que o aborto não é punido no Brasil. Não obstante tenha-se dado solução definitiva à controvérsia, muito preocupante é a fundamentação utilizada nos votos vencedores em sede da discussão sobre a atipicidade das condutas. Argumentaram os ministros favoráveis à procedência da ação objetiva que o feto portador de anencefalia não é merecedor de tutela penal, pois que careceria de potencialidade de se expressar como pessoa, e que não possui qualquer viabilidade ou expectativa de vida extrauterina. Analisaremos a questão sob este aspecto peculiar, aludindo às possíveis implicações futuras em situações não desejadas ou queridas originalmente pelos Ministros, como a eventual permissão de abortamentos em outras doenças congênitas letais análogas à anencefalia, através da ocorrência de um fenômeno lógico conhecido como *Slippery Slope* ou Teoria da Ladeira Escorregadia, com o fim de mostrar que esta preocupação, de fato, se justifica.

Palavras-chave: Anencefalia. Aborto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54. Potencialidade. Slippery Slope.

ABSTRACT

The present study is justified by the fact that it deals with a theme of high complexity, strong multidisciplinary interest, and which has always been subject of long and intense social discussions: the (dis) allowance of the anticipated interruption in case of anencephalic fetuses pregnancies. In 2012, the Brazilian Supreme Court was called upon to decide the matter and in a historic manner, in the judgment of the Allegation of Disobedience of Fundamental Precepts n. 54, ruled that the Brazilian legal system does not criminalize the acts of those who perpetrate the therapeutic discontinuation in those cases. The list of types of legal abortion in Brazil was, thus, extended. Nevertheless, while the ruling definitively settled the controversy, the reasoning used to abide to the thesis of atypicality by the winning side highly concerns us. The Ministers who abided to the relevance of the ADPF claims justified the non-punishment by stating that the anencephalic fetuses is not worthy of criminal law enforcement because it is unable to express himself as a potential human being, and lacks any possibility of a regular extrauterine life. In this respect, we'll deal with the matter by pointing out the possible future implications to wrong or originally undesired cases, like the allowance of abortion in cases of other similar congenital letal diseases, in occasion of the occurrence of the Slippery Slope argument, aiming to demonstrate that it is a real and justified cause of concern.

Keywords: Anencephaly. Abortion. Allegation of Disobedience of Fundamental Precepts 54. Potentiality. Slippery Slope.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
CP	Código Penal
HC	Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1) ORIGENS E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: OS QUÊS E PORQUÊS DA ADPF 54.....	12
2) ANENCEFALIA, ABORTO E O OBJETO DE PROTEÇÃO DOS TIPOS PENAIS	18
2.1) DA ANENCEFALIA.....	18
2.2) DO ABORTO	19
2.3) ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À TUTELA PENAL AO FETO ANENCÉFALO	21
2.4) ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À TUTELA PENAL DO FETO ANENCÉFALO	25
3) OS ARGUMENTOS ADOTADOS PELOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	29
3.1) RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO E MAIORIA – PELA ATIPICIDADE	29
3.2) MINISTROS RICARDO LEWANDOWSKI E CÉZAR PELUSO – PELA TIPICIDADE	32
4) A TEORIA DA SLIPPERY SLOPE: “O ARGUMENTO DA LADEIRA ESCORREGADIA” NA ADPF 54	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

No que se refere ao aborto, temos que tal tema sempre foi (e será) merecedor das mais profundas reflexões e das mais acaloradas discussões, seja nas searas jurídica, moral, política ou religiosa. Quanto às questões que envolvem o aborto nos casos específicos de gestações de fetos anencéfalos, a controvérsia se torna ainda maior.

A legislação brasileira, regra geral, proíbe a realização de abortamentos, sendo considerada uma das mais severas dentre as que tratam do tema¹. O Código Penal pátrio, Decreto Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940, traz o rol de condutas abortivas que se convencionou considerar típicas, e portanto passíveis de sanção penal, em seus artigos 124, 125 e 126. Regula ainda os casos em que não se considera punível o aborto praticado por médico em seu artigo 128, quais sejam o aborto necessário ou terapêutico, em que se o realiza para salvar a vida da gestante, sendo o risco elevado de morte decorrente do processo gestacional, sem que haja outro meio igualmente capaz de fazê-lo, e o aborto sentimental, que torna lícita a conduta do profissional que perpetra o aborto em casos em que a gestação é resultado de estupro.

Não obstante a legislação penal traga em seu rol apenas estes dois casos, há muito já se questionava, dados os avanços da ciência médica ecográfica e da capacidade diagnóstica dos profissionais à serviço da população, se não se poderia considerar como autorizada a prática do aborto no caso em que houvesse comprovação de que a gestante estava carregando em seu ventre um feto anencefálico – em tese, diziam tratar-se de um natimorto.

A discussão prolongou-se por muitos anos, com reiterada desarmonia e posições conflituosas entre os julgados das cortes nacionais. Algumas decisões autorizavam, outras desautorizavam a prática, e já não havia segurança jurídica às mães que desejavam proceder ao abortamento nos casos de anencefalia.

Isso levava em muitos casos à realização de abortos clandestinos, sem qualquer esterilidade, o que resultava, via de regra, em consequências catastróficas, sobretudo às mães de baixa renda, as quais não podiam recorrer ao Sistema Único de Saúde para solucionar seus anseios². Ressalte-se ainda a notória e habitual morosidade do poder Judiciário para resolver as questões a ele submetidas, e tornou-se relevante e urgente a necessidade de o Supremo

¹ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The World's Abortion Laws*. Disponível em: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/pub_fac_abortionlaws2008.pdf> Acesso em: 28 Nov 2014.

² STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 168.

Tribunal Federal, nosso órgão de cúpula do Judiciário Nacional, enfrentar o tema e resolver a controvérsia.

Assim, em 17 de Junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), patrocinada pelo eminente ex-advogado, e hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, ajuizou junto ao STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/2004, buscando que a Corte Constitucional se pronunciasse sobre o caso, e declarasse patente de total inconstitucionalidade qualquer interpretação que levasse à criminalização das práticas de antecipação terapêutica dos partos nos casos de gravidez de feto anencefálico, quando diagnosticadas por médico habilitado. Ou seja, que as condutas direcionadas ao fim de interromper a gestação, perpetradas por mães e profissionais da saúde, nestes casos essencialmente incomuns, não se amoldassem aos preceitos contidos nos artigos 124 e 126 do Código Penal, ficando livre a gestante, em seu campo de autonomia pessoal, buscar a interrupção gestacional sem a necessidade de apresentação prévia de qualquer autorização judicial dada pelo Estado.³

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2012, decidiu a controvérsia em prol da procedência dos pleitos contidos na inicial, por 8 votos a 2, prevalecendo a tese de que se permitiria, doravante, o que se convencionou chamar de “antecipação terapêutica do parto” nos casos que envolvessem fetos anencéfalos. É o que foi decidido e formalizado na ementa da decisão. A ADPF nº 54, então, culminou em acréscimo de nova modalidade jurisprudencial a excluir a hipótese de crime de aborto, qual seja, quando se tratar de casos de anencefalia.⁴

Contudo, para se atingir tal decisão sobre a questão principal contida na petição inicial da ação, foram levantadas e discutidas incidentalmente muitas questões intermediárias a fundamentar a *opinio* dos julgadores, dentre elas a discussão sobre o merecimento ou não da tutela penal por parte do feto anencefalo, prevalecendo *in fine* a opinião de que sua inviabilidade extrauterina, além de notada impossibilidade de desenvolvimento deste como uma vida autônoma, ou de expressar-se como pessoa (ao menos juridicamente), o excluiriam do âmbito de proteção criminal.

Diante desta questão espinhosa é que motivou-se a presente reflexão, consubstanciada em sede deste trabalho. Apesar de o STF ter encerrado o julgamento ao decidir-se

³ BARROSO, Luís Roberto. *Petição Inicial da ADPF 54*. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e1/ADPF_54_Peti%C3%A7%C3%A3o_Inicial.pdf> Acesso em: 28 nov 2014.

⁴ SCHULZE, Clenio Jair. *STF, aborto de fetos anencéfalos, ADPF 54 e legislador positivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3212, 17 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21532>>. Acesso em: 28 nov 2014.

favoravelmente aos pleitos da exordial, deve-se proceder a uma cautelosa análise das possíveis consequências que advirão do fenômeno formador da decisão judicial.

De início, far-se-á uma contextualização histórica das origens e motivos que levaram à impetração da ADPF nº 54, trazendo dados que mostram a pertinência da ação e a relevância de o Supremo Tribunal Federal ter sido conclamado a solver a controvérsia jurídico-social.

Em seguida, busca-se aclarar questão principal que interessa, dentre as discussões havidas em sede do acórdão da ação objetiva ora cerne deste estudo, que revolve em torno da discussão da anencefalia, mais precisamente sua relação com o tipo penal de aborto e o bem jurídico por este tutelado.

Não se debruçará aqui sobre as outras questões intermediárias, como o possível conflito de direitos fundamentais (vida do feto *versus* liberdade pessoal, saúde, autonomia reprodutiva da gestante), as questões que revolveram à laicidade do Estado, ou à interpretação evolutiva do Direito Penal e a *mens legislatorum* dos criadores do Código Penal nos há muito idos anos 40. Para fins de delimitação de tema-problema, analisar-se-ão em minúcia somente as questões concernentes às teses de (a)tipicidade das condutas no caso dos fetos portadores da anomalia já referida, e os fundamentos e justificativas levantadas pelos Ministros para se chegar à decisão final.

Quanto às justificativas, seguindo-se à discussão penal, será realizada análise dos votos dos favoráveis e contrários à tese da atipicidade, para fins de se mapear, sucintamente, as digressões realizadas em sede de fundamentação do *decisum*, que de fato preocupam, sobremaneira aquelas ligadas à questão da proteção da vida em si *versus* a vida com potencial de se exprimir de forma regular no ambiente extrauterino.

Analisados e sintetizados os argumentos, procede-se à discussão acerca de quais as repercussões que a exaustiva argumentação realizada pelos ministros, em sede de uma ação objetiva que vinculará a todo o Judiciário, pode ter para que se concretize a ocorrência do fenômeno da *Slippery Slope* (ou “Teoria da Ladeira Escorregadia”), e como estes argumentos poderiam ser utilizados futuramente para a permissão do aborto de fetos acometidos de situações análogas à anencefalia, como as demais patologias congênicas de caráter indubitavelmente letal – também fatalmente dotadas de sobrevivência em ambiente extrauterino limitada -, em casos possivelmente eugênicos. Ou seja, a possibilidade da extensão da decisão para além dos limites da anencefalia, dada sua patente densidade argumentativa e ter sido proferida pelo órgão máximo do Judiciário brasileiro, e de consequências tidas como originalmente indesejadas (ou errôneas) pelos julgadores.

A conclusão intentará determinar se há, de fato, uma necessidade de preocupar-se com a possível ocorrência do fenômeno lógico ora aludido, e se há risco de ter sido aberto pelo STF um precedente com aptidão a promover eventuais efeitos “deslizantes” aptos a, futuramente, franquear outras hipóteses de abortamentos fora dos casos já delimitados, como os eugênicos.

Para o cumprimento dos objetivos propostos, utilizou-se exclusiva e extensamente de pesquisa bibliográfica, de livros, sítios e artigos especializados no tema, bem como, pesquisa legislativa e jurisprudencial.

1) ORIGENS E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: OS QUÊS E PORQUÊS DA ADPF 54

Conforme palavras do próprio Ministro Relator Marco Aurélio Mello, em seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, a questão posta a debate naquela ação era uma das mais importantes já analisadas pelo tribunal⁵. Segundo dados trazidos pelo Jornal “O Estado de São Paulo” e referenciados pelo próprio eminente Ministro Marco Aurélio, foram concedidas, desde o ano de 1989, por volta de três mil autorizações judiciais para o aborto de fetos anencéfalos, sendo que a maior parte envolvia famílias de baixa renda a que somente se permitia o acesso à saúde, direito dos mais fundamentais, por meio do Sistema Único de Saúde, o SUS.⁶

Veja-se ainda que a realidade fática torna a necessidade de decisão ainda mais crucial e urgente. Em 2003, por exemplo, o Sistema Único de Saúde realizou em torno de 1900 (um mil e novecentos) abortos legais, a um custo estimado de R\$ 231.400,00 (duzentos e trinta e um mil e quatrocentos reais). Por outro lado, no mesmo ano, gastou por volta de R\$ 29.000.000,00 (vinte e nove) milhões de reais com curetagens uterinas e demais intervenções cirúrgicas para a correção de problemas derivados de abortos espontâneos ou provocados.⁷

Como ressaltado pelos próprios ministros em sede do julgamento, muitas vezes os abortos clandestinos perpetrados pelas mães, sem autorização e sem meios de se socorrer à saúde pública, tinham consequências drásticas à vida da gestante, pois que em geral eram realizados clandestinamente em verdadeiros “açougues”, por profissionais de técnica duvidosa.⁸ Sobre o tema, veja-se:

De fato, no Brasil, as condições em que o aborto é praticado são muito variadas. Desde clínicas sofisticadas, dotadas de ambiente adequado, equipamento, técnicas modernas e profissionais qualificados até ‘quartinhos de fundo de quintal’ (...) É evidente que entre estes dois extremos existe uma variada gama de recursos mais ou menos efetivos, mais ou menos arriscados (inclusive passando pelo tráfico de misoprostol por algumas farmácias), dependendo do que cada mulher pode pagar.⁹

⁵ STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 32. 6 JORNAL “O ESTADO DE SÃO PAULO”. *Riscos: Grávida que leva gestação em frente pode apresentar aumento do líquido amniótico, hemorragia pós-parto e problemas na contração do útero*. edição 22.10.2004, pág A-15.

⁷ CONSTANTINO, Luciana. *Governo Lula põe lei do aborto em discussão*. Folha Online. Brasília. 09/12/2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u102802.shtml>> Acesso em: 28 nov 2014.

⁸ STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 168.

⁹ BACHA, Angela Maria, GRASSIOTTO, Oswaldo da Rocha. Aspectos Éticos das Práticas Abortivas Clandestinas. in *Bioética*. V. 2 n. 1. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1994, p. 54.

Ainda, ressalta-se os casos recorrentes de desarmonia e dissenso entre os julgados das mais diferentes cortes no país. Conforme exposto por Luís Roberto Barroso na petição inicial da ADPF nº 54, o Judiciário vinha examinando a questão e inclinava-se, ao menos majoritariamente, a conceder à gestante o direito de se submeter, se assim fosse sua vontade livre, à antecipação terapêutica da gestação. Contudo, havia também a ocorrência de esparsas decisões jurisprudenciais em sentido contrário, o que dotava o ambiente jurídico de insustentável insegurança.¹⁰

O caso paradigmático, que foi o primeiro a chegar à apreciação do Supremo Tribunal Federal e ensejou a posterior discussão em sede da ADPF 54, foi o Habeas Corpus 84.025-6/RJ, no caso da brasileira Gabriela Alves Cordeiro. Veja-se, a seguir, uma síntese do moroso percurso jurisdicional a que foi submetida a gestante.

Representada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, entrou com ação perante a Comarca de Teresópolis-RJ, com o fim de obter autorização judicial para interromper a gestação do feto anencefálico que carregava em seu ventre, tendo em vista a constatação médica desta condição.

Sua pretensão foi indeferida liminarmente pelo magistrado em primeiro grau, no dia 06 de Novembro de 2003, cujo entendimento foi de que não havia previsão legal para tanto dentre o rol das excludentes do artigo 128 do CP, não cabendo a concessão da autorização.¹¹

Houve apelação da decisão, manifestando-se favoravelmente pela pretensão da apelante o Ministério Público, na figura da douta promotora de justiça Dra. Soraya Taveira, e o caso foi encaminhado ao Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro e distribuído à Segunda Câmara Criminal.

A Desembargadora relatora, de posse dos autos de apelação, decidiu-se, no dia 19 de Novembro de 2003, pela concessão de medida liminar satisfativa a fim de que se permitisse a interrupção da gravidez, ressaltando ainda a complexidade do caso e as supostas agruras sofridas pela mãe. Não foi dada, porém, solução definitiva ao caso, conforme se verá.¹²

De conhecimento da suprarreferida decisão por meio de reportagens publicadas pelo jornal O Globo, o Desembargador aposentado do TJ-RJ, senhor Carlos Brasil, acompanhado de Paulo Silveira Martins Leão Junior, ambos na condição de advogados, interpuseram agravo regimental contra a decisão da relatora.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Petição Inicial da ADPF 54*.

¹¹ STF. HC 84025-6 RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 25/06/2004, Ementário nº 2157-2. Disponível em:<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>> Acesso em: 28 nov 2014, p. 330.

¹² *ibidem*, p. 331.

O Presidente da Câmara Criminal a que estava afeto o processo, Desembargador Dr. José Murta Ribeiro, acolheu o agravo – não obstante a ilegitimidade dos agravantes e a ausência de qualquer interesse jurídico na causa - e suspendeu a decisão de sua colega – com base em suposta hierarquia (que não há) entre Desembargadores de uma mesma Turma - , no dia 21 de Novembro de 2003. Entretanto, processado o agravo pelo Tribunal, foi tido como desprovido pelo colegiado, que manteve a decisão inicialmente proferida pela desembargadora relatora. Mais uma vez, não se deu solução final ao caso, senão veja-se.¹³

Ocorre que o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, sacerdote e presidente da Associação Pró-Vida, ainda antes da decisão confirmatória dada pela Segunda Câmara Criminal, baseando-se em conhecimento que teve da decisão monocrática de Gizelda Leitão Teixeira, impetrou o HC 32.159/RJ no Superior Tribunal de Justiça, buscando sua desconstituição.¹⁴

Chegando o *HC* ao STJ, foi distribuído à Quinta Turma, encaminhando-se o feito às mãos da relatora ministra Laurita Vaz, sua Excelência, que decidiu pelo deferimento da pretensão, em sede liminar, mandando sustar a decisão do TJ-RJ até que sua Turma o apreciasse de forma definitiva. O Egrégio Tribunal, ao invés de julgar o feito de forma o mais célere possível, dada a manifesta urgência que um caso como este requer – já que envolve a vida e saúde humana, além da gestação em curso –, optou por requerer diligências ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e somente veio a julgar o *habeas corpus* no dia 18 de Fevereiro de 2004.

Decidiu a Quinta Turma, então, que a legislação penal buscava tutelar a vida como o bem maior, pautando-se ainda no princípio da reserva legal e na inadmissibilidade de interpretação extensiva do rol do artigo 128 do Código Penal, para fundar entendimento no sentido de que o legislador não previu, dentre as hipóteses expressamente autorizativas do aborto, o caso de fetos portadores de anencefalia, sendo descabida a pretensão. Desautorizou, assim, o aborto que se buscava *in casu*. Note-se que neste momento já haviam transcorrido cerca de três meses e meio desde a primeira decisão jurisdicional quanto ao caso, proferida em primeiro grau. E mais uma vez não houve a solução definitiva para a controvérsia.¹⁵

De posse do teor inteiro do acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça quanto ao caso de Gabriela, impetraram conjuntamente Fabiana Paranhos, ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, THEMIS: Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, além da Agência de Direitos Humanos: Gênero, Cidadania e Desenvolvimento, por plena

¹³ STF. HC 84025-6 RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 25/06/2004, Ementário nº 2157-2, p. 334.

¹⁴ *ibidem*, p. 334.

¹⁵ *ibidem*, p. 335-336.

desconformidade com a decisão proferida, um novo *habeas corpus* - o HC 84.025/RJ a que se referiu inicialmente – perante o Supremo Tribunal Federal, pedindo que a decisão fosse cassada e se restabelecesse a autorização à paciente para que procedesse à antecipação do parto. O feito foi distribuído e chegou às mãos do ministro relator Joaquim Barbosa no dia 27 de fevereiro de 2004.¹⁶

Conhecendo da impetração do *habeas corpus*, entendeu que o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça era nulo, pois que era caso de incompetência absoluta, e então adentrou ao mérito da questão. Seu voto se deu nos mesmos moldes do que virá a ser explanado em sede do trabalho – atipicidade da conduta – e concedeu parcialmente a ordem, no dia 04 de Março de 2004, a fim de se permitir à Gabriela Oliveira Cordeiro o direito de interromper a gravidez, além de estender a permissão a todo os profissionais da saúde que eventualmente se envolvessem no procedimento hospitalar.¹⁷

Neste meio tempo, entretanto, houve o parto e óbito da criança, e ainda que havida a concessão da ordem pelo Ministro Relator Joaquim Barbosa – que descobriu a morte após entrar em contato com uma das organizações impetrantes do HC - , já havia perecido o objeto da ação, pois que a gestação já tinha regularmente se encerrado.¹⁸ Veja-se o problema que se poderia enfrentar pela desinteligência de julgados e desencontro de entendimentos, pois que entre o dia em que se impetrou o *habeas corpus* no STJ para cassar a decisão do Tribunal de Justiça, e a decisão do Ministro Joaquim Barbosa que a anulou, passaram-se dois meses.¹⁹

Destes dados e fatos é possível depreender-se que a decisão acerca da possibilidade ou não de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, que viria a ser tomada pelo Egrégio Tribunal Constitucional alguns anos depois, era assunto de extrema relevância e repercussão social indiscutível no país, seja baseando-se nas questões meramente estatísticas, seja por uma avaliação empírica dos problemas enfrentados pelas mães quando do contato com o Poder Judiciário, seja nos casos de trâmite processual moroso, seja nas decisões contrastantes.

Quanto ao crime de aborto (ou abortamento), temos sua regulamentação e sanções previstas em sede do sistema repressivo penal brasileiro. O Código Penal Brasileiro de 1940, recepcionado por ocasião da vigência da Constituição Federal de 1988, foi originalmente elaborado com a cominação de penas para os crimes de aborto em geral –

¹⁶ STF. HC 84025-6 RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 25/06/2004, Ementário nº 2157-2, p. 337.

¹⁷ *ibidem*, p. 361.

¹⁸ *ibidem*, p. 362.

¹⁹ *ibidem*, p. 363.

proibindo a prática como regra -, salvo nas hipóteses previstas já mencionadas, em que há elevado risco de morte para a gestante ou as gestações decorrentes de estupro.

Necessitavam, então, os defensores dessa ampliação do rol de casos permissivos à prática de aborto, de buscar, dentre os instrumentos previstos constitucionalmente – as chamadas ações objetivas, como as Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), como contidas nos artigos 102, I, “a”, e parágrafo primeiro – o apropriado para levar o questionamento acerca da questão do feto anencéfalo ao Supremo Tribunal Federal, para que este se posicionasse de forma definitiva quanto ao tema e, ainda, seu posicionamento vinculasse o restante do Judiciário. E o meio apto, *in casu*, foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ou ADPF).

Não atendo-se a minúcias ou maiores controvérsias, temos que o Glossário Jurídico do Supremo Tribunal Federal define, de forma sintética, o que seria a ADPF:

É um tipo de ação, ajuizada exclusivamente, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Neste Caso, diz-se que a ADFP é uma ação autônoma. Entretanto, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente às ADIs, podendo questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição Federal, mas tal norma deve ser municipal ou **anterior à Constituição Vigente (no caso, anterior à de 1988)**. A ADPF é disciplinada pela Lei Federal 9.882/89. Os legitimados para ajuizá-la são os mesmos da ADI. Não é cabível ADPF quando existir outro tipo de ação que possa ser proposto.²⁰ (grifo nosso)

Embora não relevantes as questões atinentes à admissibilidade no caso ora estudado, pois que foi recebida e julgada, tenha-se que as Confederações, como o é a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, possuem legitimidade para a impetração da ação, além do questionamento ter recaído sobre a interpretação de artigos contidos na redação original do Código Penal Brasileiro de 1940, anterior à Constituição da República de 1988, ora vigente. Reconheceu-se, ainda, a pertinência de se reparar lesão a preceitos fundamentais (saúde) resultantes de ato do Poder Público (as eventuais sanções penais).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54 foi então proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, estruturada sobre uma espinha dorsal que continha três alegações principais:

- a) Como pedido principal, que fosse julgada procedente a ação intentada, com a finalidade de que o Supremo Tribunal Federal procedesse a uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código

²⁰ STF. Glossário Jurídico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>> Acesso em: 28 nov 2014.

Penal, para que fosse declarada inconstitucional – com eficácia erga omnes e efeito vinculante, pois que se trata de ação de natureza objetiva – qualquer interpretação dos dispositivos que impedisse a antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado. Assim, pretendia que a gestante tivesse o direito de interromper a gravidez por realização voluntária e legal da antecipação terapêutica.

- b) Para esta finalidade, trouxe a questão de que a hipótese em julgamento não configurava aborto, pois que o aborto pressuporia existência de potencialidade de vida do feto, o que neste caso não restava configurado.
- c) E também aludiu ao fato de que, embora o sistema jurídico pátrio falhe em definir o início da vida, fixou o fim – morte encefálica, em sede da Lei de Transplante de Órgãos – e que na hipótese, por se tratar o anencéfalo de um natimorto, não haveria vida, e por conseguinte não seria crime a interrupção destas gestações.

O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, recebeu a ação, conforme prevista no artigo 102, parágrafo primeiro da Constituição Federal e na Lei 9.882/99 – lei que regulamenta as ADPFs - , e concedeu, em 1º de Julho de 2004, uma liminar *ad referendum*, em que ordenou que ficassem sobrestados os processos e decisões não transitadas em julgado concernentes à prática do delito de aborto, nos casos em que houvesse questão da anencefalia, e concedeu às gestantes o direito de optar pela submissão à interrupção da gestação, desde que de posse de laudo médico que atestasse a ocorrência da patologia. Em 2 de Agosto do mesmo ano, foram apreciados os fundamentos da medida cautelar concedida e a decisão foi cassada parcialmente pelo Pleno do STF, em se tratando de sua segunda parte, quando à concessão do direito de escolha à gestante.²¹ Já em sede desta decisão liminar, frise-se, aludiu à questão da inviabilidade do feto anencéfalo, que será tratada em pormenores *a posteriori*.

Por ocasião de 12 de Abril do ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a ação de forma definitiva, num resultado que contou de oito votos a favor da procedência da ação (Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa) e dois pela improcedência (César Peluso e Ricardo Lewandowski), impedido o ministro Dias Toffoli pois que já havia atuado no processo enquanto ocupante do cargo de Advogado-Geral da União.

²¹ FRANCO, Alberto Silva. *ANENCEFALIA – Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. Disponível em: <http://nemgeusp.weebly.com/uploads/6/1/5/7/6157532/anencefalia_silvafranco.pdf> Acesso em: 28 nov 2014.

A tese albergada no STF, pela maioria dos votantes, foi a de seguir a linha adotada pela ciência médica, em muita embasada nos pareceres técnicos e argumentos de autoridade de diversos *Amici Curiae*, considerando-se assim que o feto anencéfalo padecia de doença que inviabilizava sua subsistência, tratando-se de natimorto cerebral. Anote-se que as decisões dos Ministros não se limitam apenas a discutir os fundamentos trazidos em sede da inicial, pois que no julgamento poderão utilizar-se de outros motivos para lançar o *decisum* definitivo. Afinal, vige o princípio do *iura novit curia*, ou de que o juiz sabe o direito.

Cabe então estudarmos as questões específicas que concernem ao crime de aborto e qual seria o bem jurídico tutelado, o que foi sede de discussões acaloradas entre os Ministros, polarizando-se de um lado o voto do relator Marco Aurélio, acompanhado pela maioria, favorável à tese da atipicidade, contrastados aos marcantes votos, contrários à adoção da mesma, dos Ministros Ricardo Lewandowski e César Peluso.

2) ANENCEFALIA, ABORTO E O OBJETO DE PROTEÇÃO DOS TIPOS PENAIIS

2.1) DA ANENCEFALIA

Conforme Alberto Silva Franco, a anencefalia era a questão central a ser enfrentada pelo Pleno do STF, como o foi.²² Venceram os partidários da tese da atipicidade das condutas neste caso, seguindo-se a *opinio* do Excelentíssimo Ministro Relator, com base nos fundamentos que a seguir serão referenciados.

Tem-se que o diagnóstico pré-natal foi incorporado à medicina brasileira por volta de meados da década de 1970. A partir daí, o diagnóstico pré-natal passou a permitir aos médicos treinados a detecção de anomalias fetais, o que deu início às discussões sobre o aborto nestas hipóteses, sobretudo pela inauguração de uma nova ordem constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988.²³

Em sede de audiências públicas, levantou-se dados de que o Brasil é o quarto país do mundo em incidência de anencefalia, ficando atrás apenas de Chile, México e Paraguai. Além

²² FRANCO, Alberto Silva. *ANENCEFALIA – Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*.

²³ STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 50.

disso, afirmou-se que a incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial da Saúde.²⁴

Conforme definição de especialistas da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO):

Anencefalia consiste em malformação congênita caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, entre os dias 23 e 28 da gestação. Ocorre com maior frequência em fetos femininos, pois, parece estar ligado ao cromossomo X.²⁵

De conhecimento da definição da doença conforme os especialistas na ciência médica, torna-se clara a dificuldade que terão os operadores do Direito, fora de sua área de expertise, de compreender a questão. Assim, necessariamente as valorações serão permeadas dos conceitos advindos das ciências da saúde, de acordo com a interpretação dada pelo jurista, baseada em sua carga de experiências pessoais, profissionais e morais.

Ainda neste viés, outra definição, mais detalhada, que traz também as características da anencefalia para a embriologia médica:

São malformações ocasionadas pelo fechamento defeituoso do tubo neural e dos tecidos mesodérmicos que o rodeiam, em particular a abóbada craniana e a coluna vertebral. De acordo com a sua localização, sua extensão e as estruturas afetadas, ocorre a anencefalia. A anencefalia ou falta de cérebro é acompanhada de acrania (ausência de abóbada craniana) e é devida ao não-fechamento da parte cefálica do tubo neural. Esta malformação é incompatível com a vida pós-natal e durante a gestação ocasiona a formação de poliidrânio, isto é, acúmulo excessivo de líquido na cavidade amniótica. O excesso de líquido se deve ao fato de que, ao não possuir cérebro, o feto carece dos centros nervosos da deglutição e não ingere o líquido amniótico.²⁶

Da dificuldade de entendimento dos conceitos, percebe-se que a leitura e interpretação pode ser utilizada para fundar qualquer discurso e posição sobre o tema a que se filie, sobretudo o que se pautar na questão da inviabilidade da vida pós-natal ou extrauterina. Entende-se que a Medicina trabalha, na questão da anencefalia, com diagnósticos ditos de certeza e precisão, com a afirmação unânime de que o feto é incompatível com a vida, e que sua morte é inevitável. Baseando-se nisso, inegável o interesse em discutir a questão do aborto, que está, *in casu*, intrinsecamente ligada ao posicionamento que se depreende dos conceitos a que se filie o julgador.

2.2) DO ABORTO

²⁴ STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 32.

²⁵ ALDALAFT NETO, Jorge. *Anencefalia: Posição de FEBRASGO*. Disponível em: < www.FEBRASGO.org.br>. Acesso em: 28 nov 2014.

²⁶ HIB, José. *Embriologia Médica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

No que se entende por aborto, nos dias de hoje, não há nenhuma novidade histórica. À época do Código de Hamurabi, anos de 2235-2242 A.C., já se o referenciava como crime, nos seguintes termos²⁷:

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

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

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

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

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

Para fins de interessante e breve apanhado histórico, cabe transcrever interessante excerto:

O aborto foi assunto tratado pela legislação babilônica como um delito contra a propriedade. Na civilização hebraica, só era punido o aborto ocasionado, ainda que involuntariamente, mediante violência, mas a partir da lei mosaica passou-se a considerar ilícita a interrupção da gravidez. Em Roma, nem as XII Tábuas nem as leis da República cuidaram do aborto, entendendo-se que o feto fazia parte do corpo da gestante, que dele podia dispor livremente. Portanto, no mundo greco-romano, era prática comum. [...] Hipócrates, nos séculos V e IV antes da era cristã, no seu juramento, declarou não dar a nenhuma mulher uma substância abortiva. Já Aristóteles estimulava essa prática, desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma, para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência. Platão também era favorável ao aborto em toda mulher que concebesse depois dos quarenta anos. Foi com o cristianismo que o aborto passou a ser reprimido e a Igreja Católica passou a condenar severamente os executores, sendo aplicada a pena de morte tanto à mulher como ao executor.²⁸

Veja-se que as legislações foram mudando à medida em que iam se alterando e evoluindo em seus aspectos sócio-culturais as sociedades, algumas defendendo e outras punindo severamente a prática abortiva.

Na contramão de outras nações desenvolvidas, como Alemanha, França e Estados Unidos, que já permitem o aborto de forma geral, desde que obedecidos certos requisitos, como um limite máximo de gestação²⁹, temos que o legislador pátrio expressamente se propôs a criminalizar o aborto como regra.

O Código Penal, conforme se verá abaixo, não trouxe uma definição do tipo penal de aborto. Trata-se, *in casu*, de uma norma penal em branco, a qual, conforme entendimento de

27 CIRNE, Mariana Barbosa. *Anencefalia: acrescentando questões médicas a uma discussão jurídica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3496, 26 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23524>>. Acesso em: 28 nov 2014.

28 MOISÉS, Elaine Christine Dantas, [et al]. *Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil*. São Paulo: Funcep, 2005.

29 CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The World's Abortion Laws*.

Prado, necessita de complementação de outro ato normativo.³⁰ *In casu*, coube à doutrina, como fonte do Direito, buscar delimitar o objeto jurídico a que o tipo visava tutelar.

Para uma análise mais clara dos tipos penais incriminadores em questão, à luz da doutrina penal mais abalizada, cabe aqui transcrevê-los, *in verbis*:

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

Pena - detenção, de um a três anos.

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

Pena – reclusão, de três a dez anos.

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

E com fins didáticos e de maior elucidação lógica, cabe aqui referir aos ensinamentos do eminente jurista Alberto Silva Franco sobre a discussão a que se alude:

A legislação penal brasileira não definiu, de forma expressa e pormenorizada, o tipo objetivo do aborto, ou seja, os elementos configuradores desse fato criminoso. *Provocar* é o verbo indicador da ação criminoso e se trata de verbo comum aos tipos dos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal. Como tal, *provocar* não se traduz, em si mesmo, numa conduta carregada de ilicitude, como seria o caso dos verbos matar, subtrair, caluniar, injuriar, etc., e, por isso, exige complementação. Destarte, a estrutura típica só se torna definível com a referência explícita ao objeto direto do comportamento criminoso, ou seja, ao vocábulo *aborto*, cuja área de significado e de extensão deve ser preenchida logicamente a partir da configuração do bem jurídico tutelado. Cuida-se, aqui, de elemento normativo do tipo e, portanto, necessitado de valoração. A esses dados tipológicos acrescentam-se, no auto-aborto, a mulher grávida como sujeito ativo e, nas demais hipóteses, a mulher gestante enquanto concorda ou dissente das manobras abortivas.

A partir dessa polêmica é que se debruçaram os juristas a buscar desvendar qual o objeto jurídico tutelado pelo tipo, e se os fetos anencéfalos estariam abarcados no bojo da proteção penal conferida pelos tipos incriminadores da conduta abortiva.

2.3) ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À TUTELA PENAL AO FETO ANENCÉFALO

Da doutrina tida por mais conceituada no campo da Medicina Legal, pode-se extrair como relevantes e de interesse o conceito de Genival Veloso de França, que traz como aborto criminoso a conduta que leva à destruição, à morte intencional e dolosa do ovo³¹. Não importa em qual etapa se encontre o desenvolvimento da gestação. Em qualquer fase, ocorrendo a morte fetal, está configurada a subsunção ao tipo penal. Além dele, outro respeitável escritor

³⁰ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3ª Ed. RT: São Paulo. 2006. p. 45.

³¹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A, 2001, p. 309.

da área, Delton Croce, também não se preocupa com qualquer questão referente ao estado clínico do feto, ao delinear seu conceito de aborto. Basta que se proceda de forma a empregar meios e manobras tais que tenham a intenção de interromper o regular processo de gravidez.³²

Tomando-se por interpretação literal tais conceitos médico-legais, funda-se a *opinio* daqueles que defendem o aborto de fetos anencéfalos como conduta passível de sanção penal, pois que, aí, nesta conceituação, encontram-se amparados os fetos anencéfalos pela tutela penal.

Esta discussão em muito circunda o debate sobre quando se dá o início da vida de um ser humano. Quanto às questões pertinentes, tem-se que na seara biológica, entende-se que a vida humana é iniciada já com a fecundação, e o decorrente processo nada mais é que um combinado de transformações morfológico-temporais até o eventual nascimento ou óbito.³³ A seara jurídica penal brasileira, assim como a civil, concordam com os entendimentos manifestados pelo campo de estudo das ciências biomédicas. Para fins elucidativos, leia-se o que nos diz Maria Helena Diniz, em obra em que trata do que entende como a necessária “biologização” ou “medicalização” da lei:

A vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto erga omnes, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é ilícito desobedecer. Ainda que não houvesse tutela constitucional ao direito à vida, que, por ser decorrente de norma de direito natural, é deduzida da natureza do ser humano, legitimaria aquela imposição erga omnes, porque o direito natural é o fundamento do dever-ser, ou melhor, do direito positivo.³⁴

Neste sentido, a doutrina penalista brasileira majoritariamente entende pela proteção à vida, em se tratando de aborto, no sentido da não interrupção do processo vital regular. Neste viés, Luis Regis Prado assevera que “feto, é pelo menos uma pessoa em formação”³⁵, ideia em que é acompanhado por Damásio de Jesus³⁶. Na mesma linha de pensamento, Cezar Roberto Bitencourt, ao conceituar o bem jurídico passível de tutela no crime de aborto, ressalta que o que se protege “é a vida do ser humano em formação”³⁷. São acompanhados ainda por Julio Fabbrini Mirabete, que entende a tutela penal recair sobre “a chamada vida intra-uterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe (...)”³⁸.

³² CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1996

³³ MOISÉS, Elaine Christine Dantas, [et al]. *Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil*. São Paulo: Funcep, 2005.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. - 5. ed. Red., aum. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p.20.

³⁵ PRADO, Luis Regis. *Código penal anotado e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 501.

³⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, volume 2: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344.

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal. 24.ed.* – São Paulo: Atlas, 2006, p. 62.

No sentido de proteger o feto anencéfalo, de suma importância referir a Nélson Hungria, que asseverava que:

andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passe de uma das muitas *trouvailles* dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de ‘eugenia’. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma sólida base científica. **Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado.** Eis a lição de Von Franqué: ‘Não há doença alguma da mãe ou do pai, em virtude da qual a ciência, de modo geral ou nalgum caso particular, possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que mereça, sem maior indagação, ser sacrificado’.³⁹ (grifos nossos)

Entendia o autor que o direito brasileiro não contemplava, desta forma, regra permissiva do aborto nas hipóteses em que havia indicação diagnóstica de que a criança nasceria com graves deformações físico-psíquicas, não havendo autorização que contemplasse o que se entendia por abortos eugênicos ou eugenésicos. O Código Penal, então, tutelava a vida humana em seu mais amplo sentido, independente de quaisquer anomalias que pudesse apresentar:

É suficiente a vida. Não importa o grau da capacidade de viver. Igualmente não importam, para a existência do crime, o sexo, a raça, a nacionalidade, a casta, a condição ou o valor social da vítima. Varão ou mulher, ariano ou judeu, parisiense ou zulu, brâmane ou pária, santo ou bandido, homem de gênio ou idiota, **todos representam vidas humanas. O próprio monstro (abandonada a antiga distinção entre *ostentum e monstrum*) tem sua existência protegida pela lei penal.**⁴⁰

Em suma, o argumento de defesa que se pode extrair é o de que o que fundamenta a tipificação das condutas de aborto é a preservação da dignidade da vida intra-uterina, independentemente de eventuais deformidades ou malformações que este venha a sofrer, ou mesmo diante de limitada/ínfima/irrisória expectativa de vida extrauterina. Ora, para essa parcela dos pensadores jurídicos, se há expectativa, há vida. O direito de um feto à vida não depende de qualquer expectativa temporal de sobrevivência que este tenha ou venha a ter. Isto não está previsto no ordenamento, conforme visto na transcrição dos tipos penais.

Ora, ainda como aludido pelo próprio procurador da CNTS na ação ora em comento, não há no ordenamento pátrio qualquer medida prevista para fins de disponibilidade da vida, pois que este não delimita, seja em sede constitucional, penal ou civil, em que momento esta se inicia. Não é prudente considerar-se o feto anencéfalo como um mero natimorto cerebral, sem qualquer direito a ser amparado pela tutela penal. Não é lícito distinguir e privilegiar seres humanos perfeitamente formados em detrimento daqueles que, por ocasião de um

³⁹ HUNGRIA, Nélson apud BITENCOURT, CEZAR. *Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa, 14ª Edição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 180.

⁴⁰ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, v.5, p. 37.

fortuito da natureza, não gozaram da mesma sorte. O direito à vida, o mais importante e basilar, está expresso e não cabe ofender esse princípio maior sob qualquer fundamento, compreendendo-se desta forma desde sua existência como ovo até o nascimento.

O próprio Procurador Geral da República à época em que foi proposta a ADPF nº 54, Cláudio Fontelles, asseverou pela supremacia da vida como princípio universal, referindo a Genival França.⁴¹

Baseiam-se, sobretudo, na utilização do Princípio da Legalidade (*nullum crimen sine lege*), entendendo incabível uma interpretação que possa desvirtuar a ideia originalmente trazida no tipo penal. Entende Prado que, o princípio, quando de sua aplicação na seara do Direito Penal:

proibe qualquer incriminação sem prévia definição da lei. Donde concluir-se que a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito não podem criar novas figuras delituosas, nem tampouco penas ou sanções jurídicas: nesse terreno, o Direito Penal não apresenta lacunas porque tudo aquilo que não for ilícito punível em consequência de previsão legal explícita deve ser considerado como ato penalmente lícito.⁴²

Desta forma, *contrario sensu*, não se poderia ampliar o rol de permissivos legais além dos já previstos pelo legislador em sede do artigo 128, incisos, quais sejam as hipóteses atípicas de aborto terapêutico ou necessário e de aborto sentimental, *in verbis*:

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário)
II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto sentimental)

Se o Código Penal traz em seus artigos 124, 125 e 126 expressamente quais as hipóteses caracterizadoras de aborto, então o rol de permissivos somente poderá se dar por enumeração taxativa. Quanto aos demais casos, incidirão nas iras penas.

Porém, como em todo conceito amplo e polissêmico – como o são as normas infraconstitucionais relativas ao aborto -, há, e sempre haverá, infundáveis controvérsias. Inexiste, nos dias de hoje, opinião pacífica sobre o tema, e o preceito primário incriminador, redigido da forma como nos trouxe o legislador, somente fez aumentar a possibilidade de variados conceitos e definições a serem construídas pela doutrina. Neste vácuo conceitual, surgem os partidários de opinião contrária aos supracitados, e favoráveis, portanto, à tese da atipicidade.

⁴¹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 1987, p. 261.

⁴² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: volume1 – parte geral: arts. 1º a 120*. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

2.4) ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À TUTELA PENAL DO FETO ANENCÉFALO

Por outro lado, há aquela parcela da doutrina que adota o posicionamento de que, por carecedor de viabilidade extrauterina e de potencial de se expressar como pessoa, o feto anencefálico não merece tutela penal.

Adotam a posição dos livros de medicina quanto a este caso em específico, que são unânimes quanto à forma de tratamento possível da anencefalia: não há, pelo menos no momento. Trata-se, assim, de patologia fetal letal em 100% dos casos.⁴³

Importante é trazer o entendimento majoritário na doutrina penalista brasileira, conforme expresso por Bitencourt. Não obstante entenda que a vida é tutelada desde a fecundação, como referido supra, o autor considera perfeitamente defensáveis as disposições contidas no Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, quando autoriza o aborto em casos de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, em que haverá inviabilidade da vida extrauterina.⁴⁴ Ao abrir tópico em separado para tratar do bem jurídico protegido nestes casos em específico, Bitencourt reafirma que o tipo penal de aborto tutela a vida do ser humano em formação – e no caso de aborto provocado por terceiro, também a incolumidade física e psicológica da gestante -, mas abre parêntese para tratar dos fetos anencefálicos:

No entanto, a *antecipação consentida do parto* na hipótese de comprovada gravidez de feto anencefálico **não afeta nenhum desses bens jurídicos que a ordem constitucional protege. Na hipótese de gestação de feto anencefálico não há vida viável em formação.** Em outros termos, falta o suporte fático-jurídico, qual seja, a potencial vida humana a ser protegida, esvaziando-se o conteúdo material que fundamentaria a existência da norma protetiva. (...) Na hipótese de *aborto anencefálico*, o feto não incorpora a condição de **sujeito passivo, por faltarem-lhe as condições fisiológicas que lhe permitam tornar-se um dia pessoa, não passando de um produto patológico sem qualquer possibilidade de vida.** (...) A antecipação do parto, nessas circunstâncias, portanto, **não pode ter repercussão penal** (...) (grifos nossos).⁴⁵

Em suma, entende ser inadequado a utilização do termo aborto para estes casos, na medida em que se trata de “feto sem vida, ou, na linguagem médica, trata-se de um *feto com morte cerebral*”. Além disso, entende que o pensamento de Hungria, quando da defesa

⁴³ CYPEL, Saul e DIAMENT, Aron Judka. *Neurologia Infantil*. 3ª ed. São Paulo: Atheneu, 1996, p. 745.

⁴⁴ BITENCOURT, CEZAR. *Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa, 14ª Edição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 164.

⁴⁵ *ibidem*, p. 178

irrestrita da vida dos fetos, era em muito fruto do desconhecimento, à época, da tecnologia médica suficiente para o diagnóstico preciso das anomalias.⁴⁶

Não há, como já dito, consenso sobre em que momento se dá o início da vida para o direito pátrio, embora tenda-se para a fecundação. Entretanto, há definição para o momento que põe termo à vida humana: reconhece positivamente o legislador brasileiro que, aos moldes do entendimento médico-científico, a chamada morte cerebral.

Os defensores da atipicidade do feto anencéfalo, assim, utilizam-se para a defesa de sua posição, sobretudo, do conceito trazido pela Lei de Transplante de Órgãos, a Lei nº 9.434/97, em que se adotou no Brasil, como já dito, a utilização do critério da morte cerebral:

Art 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Ainda, o Conselho Federal de Medicina, por ocasião da Resolução no 1.752/04, trouxe a conclusão de que o estado do feto anencéfalo é de morto encefálico, sendo que é permitida a doação de seus órgãos, in verbis:

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes;

CONSIDERANDO que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica;

CONSIDERANDO que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças;

CONSIDERANDO que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões compatíveis;

CONSIDERANDO que a Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro;

CONSIDERANDO que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados.

De posse destes dados, assevera Bitencourt:

Ora, se a “morte cerebral” significa a *morte*, ou, se preferirem, ausência de vida humana, a ponto de autorizar o “esquartejamento médico” para fins científico-humanitários, o que se poderá dizer de um feto que, comprovado pelos médicos, nem cérebro tem? Portanto, a *interrupção de gravidez* em decorrência de

⁴⁶ BITENCOURT, CEZAR. *Tratado de direito penal*, 2, p. 180.

anencefalia não satisfaz aqueles elementos, que destacamos anteriormente, de que “o crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo”, e ainda que “a morte do feto seja resultado direto das manobras abortivas”. Com efeito, na hipótese da *anencefalia*, embora a gravidez esteja em curso, o feto **não está vivo**, e sua morte não decorre de manobras abortivas. Diante dessa constatação, na nossa ótica, essa *interrupção de gravidez* revela-se **absolutamente atípica** e, portanto, nem sequer pode ser tachada como aborto, criminoso ou não.⁴⁷ (grifos nossos)

Defendendo posição em mesmo sentido, quanto à impossibilidade da regular vida extrauterina do anencéfalo, e em sintonia com as disposições elencadas pela Lei 9.434/1997, assevera Cléber Masson:

O Conselho Federal de Medicina (CFM) considera o anencéfalo um *natimorto cerebral*, por não possuir os hemisférios cerebrais e o córtex cerebral, mas somente o tronco. Consequentemente, sua eliminação em intervenção cirúrgica constitui-se em **fato atípico**, pois o anencéfalo **não possui vida humana que legitima a intervenção do Direito Penal**. O raciocínio é o seguinte: o art 3º, caput, da Lei 9.434/1997 admite a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano para fins de transplante ou tratamento somente após a morte encefálica. Em outras palavras, o ser humano **morre quando cessam suas atividades cerebrais**. E, no tocanto ao anencéfalo, é razoável concluir que, se nunca teve atividade cerebral, **nunca viveu**. **Não se trata, portanto, de aborto, e sim de antecipação de parto em razão de anencefalia ou de antecipação de parto de feto inviável**.⁴⁸ (grifos nossos)

Por fim, para maior ilustração, transcreva-se a lição de Guilherme de Souza Nucci em seu entendimento que concerne a questão relativa aos abortos de fetos anencéfalos:

A polêmica certamente existe. Preferimos acreditar que a lei penal, ao punir o aborto, busca proteger a vida humana, porém a **vida útil e viável** (...) O anencéfalo **não é protegido pelo direito penal, que se volta à viabilidade do feto e não simplesmente à sua existência física** (...) Não se tem notícia da existência de um ser humano vivo, sem integral calota craniana, que tenha se **desenvolvido e atingido a vida adulta**. (...) E concluir José Henrique Pierangeli: “em se tratando de anencefalia, não pode a interrupção da gravidez ser considerada como aborto ou antecipação do parto, posto que falta o elemento básico, **fundamental, que é a existência da vida humana. A malformação congênita do anencéfalo inviabiliza a vida extrauterina** (...) A interrupção da gravidez ou antecipação do parto, em caso de anencefalia, constituem condutas atípicas.”⁴⁹ (grifos nossos)

Ora, se o feto anencéfalo é considerado morto, não há vida. A conduta abortiva será destituída de qualquer lesividade ou ofensividade que venham a lhe enquadrar como fatos merecedores das iras penais. O anencéfalo – tido então como natimorto - não poderia nunca considerado um ser vivo, pois que sua situação equivale à do paciente apto à doação de órgãos, sendo sua situação nada além de um processo irreversível, sem qualquer possibilidade de sobrevivida.

⁴⁷ BITENCOURT, CEZAR. *Tratado de direito penal*, 2, p. 184.

⁴⁸ MASSON, Cléber. (2013). *Direito Penal Esquemático - Parte Especial - Vol. 2*. 5ª Ed. São Paulo: Método, 2013. p. 86.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 10ª edição. Disponível em:

<<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5463-5/epubcfi/6/94>> Acesso em: 28 nov 2014.

Não havendo presença de vida, facilmente se torna defensável a ideia de que não há ali bem jurídico passível de tutela pelo Direito Penal, e a ‘antecipação terapêutica’ torna-se lícita.⁵⁰

Finalmente, as conclusões do eminente doutrinador Franco sobre o tema, que resumizam a posição dos demais defensores da ideia da (flagrante) atipicidade:

- a) a anencefalia pode ser detectada, de modo precoce, em virtude do desenvolvimento tecnológico das ciências biomédicas, no exame pré-natal, e com margem total de certeza;
- b) a anencefalia é, em altíssimo percentual, incompatível com os estágios mais avançados da vida intra-uterina e de **total incompatibilidade com a vida extra-uterina**;
- c) não se aplica a anencefalia o critério da morte cerebral ou encefálica porque o feto anencéfalo não dispõe do equipamento cerebral necessário a dar suporte a esse critério;
- d) leva-se em conta, na anencefalia, o critério da morte neocortical que **abandona o sentido puramente biológico da vida e prioriza os aspectos vinculados à existência da consciência, afetividade e comunicação, como expressões de identidade da pessoa**;
- e) o anencéfalo constitui um projeto embriológico falido, **não sendo m processo de vida, mas um processo de morte**; destarte, não há como considerá-lo tecnicamente vivo, pois ele é **carente de toda capacidade biológica para a concretização de uma vida humana viável**. (grifos nosso)⁵¹

Note-se que Franco vai mais além, ao adotar um critério diverso do da morte encefálica, para os casos de feto anencéfalo, o qual chama de morte neocortical. Para o autor, por tratar-se de um processo patológico, a vida biológica é condição necessária mas não suficiente para a vida humana, não havendo no caso qualquer vida humana intra-uterina a ser protegida pelo tipo penal.⁵²

Nesta seara, delinea-se importante conceito para nossa discussão mais relevante no trabalho posto, que se desenvolve acerca dos perigos de uma argumentação que se paute em critérios valorativos como o viabilidade e da potencialidade da pessoa humana, ao contrário da valorização da vida como um bem por si só. É o que se tratará em sede dos principais votos representativos das posições assumidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal: o de Marco Aurélio, favorável à permissão das antecipações terapêuticas, já enunciado como vencedor, e o dos ministros que antagonizaram sua posição, Peluso e Lewandowski, que já à época manifestavam preocupação com as consequências de se adotar o posicionamento vencedor.

⁵⁰ CAPEZ, FERNANDO. *Curso de Direito Penal, Volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)*, 13ª. Ed. p.163. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502196155/page/145>> Acesso em: 28 nov 2014.

⁵¹ FRANCO, Alberto Silva. *ANENCEFALIA – Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*.

⁵² ibidem.

3) OS ARGUMENTOS ADOTADOS PELOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Expostos os argumentos majoritariamente adotados pelas doutrinas a favor ou contra a permissão do aborto de fetos anencéfalos, temos que a ADPF foi julgada procedente, impedindo-se a criminalização das condutas dos que agem em caso de anencefalia. Não obstante, é importante aludir à problemática de estes argumentos poderem ser utilizados posteriormente para embasar pensamento que leve, por analogia, à eventuais permissões de abortos em outras casos de patologias congênicas letais.

Alguns dos próprios ministros que votaram pela procedência dos pedidos da exordial preocuparam-se com a questão, ainda que *en passant*, o que mostra a relevância de um estudo sobre as possíveis consequências do precedente.

3.1) RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO E MAIORIA – PELA ATIPICIDADE

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, sustenta que o fato é atípico, pois que o anencéfalo é um natimorto, não havendo que se falar em vida, biológica ou jurídica, *in verbis*:

O anencéfalo **jamais se tornará uma pessoa**. Em síntese, não se cuida de vida **em potencial**, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão [...] De fato, a anencefalia mostra-se **incompatível** com a vida extra-uterina. [...] Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são **termos antitéticos**. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo **não tem potencialidade de vida**. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser **absolutamente inviável**, o anencéfalo **não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida** (grifos nossos).⁵³

Ainda nestes termos, de forma bastante parecida à já defendida por Franco, o Ministro alude ao fato de que:

sob o ângulo biológico, o início da vida pressupor não só a fecundação do óvulo pelo espermatozoide como também a **viabilidade**, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral, consoante opinião majoritária [...] Logo, em caso de inviabilidade de vida humana, presente vida **tão somente biológica**, não há como concluir proteja, o ordenamento, o feto em detrimento da mãe.(grifos nossos)⁵⁴

⁵³ STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 46.

⁵⁴ *ibidem*, p. 57.

Note-se que a posição defendida pelo eminente relator trabalha a questão da vida ou não do anencéfalo pautando-se num critério de viabilidade. Para uma definição do que se tem como base para adoção deste critério, cumpre referir a Maria Valeria Massaglia:

viável é um adjetivo cujo significado se descreve como *capacidade de viver*. Aplicado, *a contrario sensu*, a um feto humano, sua caracterização como *nãoviável* refere-se concretamente à sua **incapacidade para desenvolver-se até dar lugar a um ser humano, a uma pessoa**. Neste sentido, entendemos que nunca vão ter uma vida própria independente da mãe. Chama-se viabilidade à aptidão para **a vida extra-uterina**. **Ser viável é ter nascido vivo**, ter vivido com uma vida diferente da fetal e apresentar um desenvolvimento e uma conformação não incompatíveis, em absoluto, com a continuação da vida. (grifos nossos)⁵⁵

Neste mesmo viés, Joaquim Barbosa sustenta que:

A própria lei de transplante de órgãos (Lei 9.434/1997), ao fixar como momento da morte do ser humano o da morte encefálica, reforça esse argumento. Concluo. O feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor da tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou sua **inviabilidade, embora biologicamente vivo**, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal. Por fim, entendo que a antecipação do parto nesses casos não encontra tipicidade no direito brasileiro. De fato, se a conduta não é típica, sequer há de se cogitar de ilícito penal.⁵⁶

Carmen Lúcia, em seu voto, seguiu o relator, aduzindo que:

De se afirmar que, hoje, a malformação no fechamento do tubo neural não dispõe de tratamento médico conhecido ou vacina para superar tal lesão e, por isso, no ventre materno mesmo **este feto é desprovido de direito, por não dispor das condições para aquisição da personalidade do ser com vida**, a despeito de merecer a proteção estatal, **não mais como ente vivo**, mas como ente **desprovido da possibilidade de vida**, protegendo-o indiretamente, com direito a nome, sepultura, respeito à imagem. Não haveria, pois, “aborto do feto anencéfalo” pela ausência de tipicidade, **ausente o objeto jurídico tutelado, inexistindo sujeito passivo**. [...] Ainda que o feto anencéfalo viva um minuto, 10 minutos ou mesmo semanas, **sua inviabilidade para a vida é, hoje, dada como certa pela medicina** (grifos nossos)⁵⁷

Ayres Britto, em seu voto, acompanha o eminente relator e os suprarreferidos colegas, conforme se depreende do seguinte excerto bastante elucidativo de seu voto:

Quero dizer: o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação desse organismo, que ali se desenvolve, **numa pessoa humana em sentido biográfico**. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser **a meio do caminho do humano**, mas, isto sim, em um ser que, de alguma forma, parou a meio caminho do ciclo, do próprio ciclo do humano; ou seja, **não há uma vida a caminho de uma outra vida estalando de nova**. **O que existe é um organismo incontornavelmente empacada ou sem nenhuma possibilidade de sobreviver por lhe faltar as características todas da espécie humana**.

⁵⁵ MASSAGLIA, Maria Valeria. *Responsabilidade médica e inviabilidade*, p. 5. Disponível em: <www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/respomed.htm>. Acesso em: 28 nov 2014.

⁵⁶ STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 151.

⁵⁷ *ibidem*, p. 214-215.

Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta porque não alçará voo jamais. O que já importa proclamar que se a gravidez “é destinada ao nada” – a figuração é do Ministro Sepúlveda Pertence -, sua voluntária interrupção é **penalmente atípica, já não corresponde a um fato-tipo legal**, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de **frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri***, donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à **vida de um ser humano em potencial**, faltando esta **potencialidade vital** aquela vedação penal já não tem como permanecer.⁵⁸ (grifos nossos)

O Ministro Celso de Mello também acatou a teoria defendida pelos colegas, aludindo ao fato de que:

Com efeito, evidencia-se, no caso, para efeitos criminais, a caracterização de **absoluta impropriedade do objeto, eis que inexistente organismo cuja integridade deva ser protegida pela legislação penal**, pois, segundo o Conselho Federal de Medicina, o anencéfalo qualifica-se como “natimorto cerebral”, vale dizer, o feto revela-se organismo **destituído de viabilidade e de autonomia existencial em ambiente extra-uterino**, ou seja, torna-se lamentavelmente plena a certeza de letalidade, seja no curso do processo de gestação, seja no momento do nascimento, seja, ainda, em alguns minutos, horas ou dias após o parto. Isso significa, presente tal situação, que não se mostra configurado o próprio objeto material do tipo penal, a tornar evidente **a ausência de tipicidade penal** da própria conduta da mulher gestante e de quem a auxilie no procedimento de antecipação terapêutica de parto.⁵⁹ (grifos nossos)

Os Ministros Luiz Fux e Gilmar Ferreira Mendes, entretanto, embora tenham acolhido a pretensão da exordial, não concordam com a tese da atipicidade, mas defendem a construção jurisprudencial de uma nova hipótese de estado de necessidade supra legal para os casos em que haja gestação de fetos anencefálicos, conforme dito por Gilmar Mendes em sede de conclusão de seu voto. Os demais ministros acompanharam o relator, excetuando-se Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski.

As referências feitas a título ilustrativo já bastam para demonstrar as linhas argumentativas principais utilizadas pela corrente majoritária quando da decisão da ADPF nº 54 e exemplificar as preocupações quanto a um possível efeito deslizando por ocasião do argumento da *slippery slope*.

Para fins didáticos, apresentar-se-ão as noções principais trazidas pelos votos vencidos na decisão final, pois que a contraposição de argumentos facilitará a visualização do que aqui se apresenta.

⁵⁸ STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 259.

⁵⁹ *ibidem*, p. 355.

3.2) MINISTROS RICARDO LEWANDOWSKI E CÉZAR PELUSO – PELA TIPICIDADE

O Ministro Ricardo Lewandowski, contrapondo-se aos argumentos utilizados por Marco Aurélio e os que lho acompanharam, faz referência aos ensinamentos de Celso Delmanto e outros criminalistas de renome, ao afirmar que:

O Código Penal não legitima o chamado aborto eugenésico, ainda **que seja provável ou até mesmo certo que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável.** [...] O legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez nessa situações. Quer dizer, considerou penalmente imputável **o abortamento induzido de um feto mal formado.**⁶⁰ (grifos nossos)

Defende ainda o ponto de vista de que existem vários diplomas infraconstitucionais em vigor no país que objetivam o resguardo da vida intra-uterina, como o art. 2º do Código Civil, entendendo que:

Ou seja, mesmo que se liberasse genericamente o aborto de fetos anencéfalos, por meio de uma decisão prolatada nesta ADPF, ainda assim remanesceriam hígidos outros textos normativos que **defendem o nascituro**, os quais, por coerência, também teriam de ser havidos como inconstitucionais, quiçá mediante a técnica de arrastamento, ou, então, merecer uma interpretação conforme a Constituição, de modo a evitar lacunas no ordenamento jurídico no tocante à **proteção legal de fetos que possam vir a ter sua existência abreviada em virtude de portarem alguma patologia.**⁶¹ (grifos nossos).

Por fim, entende que deve-se ter em mente que o respeito à dignidade humana previsto na Constituição deve implicar que toda pessoa humana, de forma indistinta, deve ser tratada como um fim em si mesma. Ou seja, não há de se cogitar de tutela apenas em caso de vida em potencial, mas de vida humana como vida, e apenas isso.

Cezar Peluso, por sua vez, iniciou o voto referindo-se às diferenças que se apresentavam entre a discussão dada na ADPF 54 e a havida em sede da ADI 3510, em que se discutia a questão da utilização das células tronco-embrionárias excedentárias em pesquisas científica. O ministro defende que:

o fenômeno vida se apresenta e define, em substância, tipicamente como processo. [...] uma sucessão unitária e permanente de mudanças ou contínuo processar-se, que distingue dos entes inanimados os chamados seres vivos.⁶²

⁶⁰ STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 240-241.

⁶¹ *ibidem*, p. 248.

⁶² *ibidem*, p. 383.

Defende então que esta sucessão contínua de mudanças, que leva ao que denomina de capacidade de movimento autógeno, embora ausente nos embriões congelados, se apresenta plenamente presente em todos os fetos anencéfalos. Cita ainda o raciocínio de Lenise Martins Garcia, que diz que, se o anencéfalo morre, só pode morrer por estar vivo.

Defende sua posição dizendo que a conduta de aborto é considerada como criminosa pelo ordenamento, entendendo-se como aborto toda interrupção dolosamente provocada do curso da vida intrauterina:

Não obstante vozes respeitáveis defendam que “o aborto pressupõe uma potencialidade de vida” fora do útero, para que possa ter por configurado o aborto como crime basta, a meu juízo, a **eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto a sua viabilidade futura ou extra uterina.** [...] A conduta censurada transpõe a esfera da autonomia e da liberdade individuais, enquanto implica, sem nenhum substrato de licitude, imposição de **pena capital ao feto anencefálico.** [...] É que, nessa postura dogmática, ao feto, reduzido, no fim das contas, à condição de **lixo ou outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada, de nenhum ângulo, a menor consideração ética ou jurídica, nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica e ética que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humanas.** [...] No caso do extermínio do anencéfalo, encena-se a atuação avassaladora do ser poderoso superior que, detentor de toda a força, inflige a pena de morte ao incapaz de pressentir a agressão e de esboçar-lhe alguma defesa.⁶³ (grifos nossos).

Reafirma que deve prevalecer o respeito à vida humana como tal, citando um brilhante exemplo, e de sua convicção mais profunda de que está ali presente uma conduta evidentemente típica:

Estou de todo convicto da ofuscante tipicidade da conduta que, preconizada pela argente, se acomoda, com folga, à definição legal do crime de aborto. A ação de **eliminação intencional de vida intrauterina, suposto acometida esta de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica de dialética capaz de conduzir a conclusão diversa.** [...] Argumentação análoga à da autora poderia, e isto revela mais uma das facetas do seu equívoco, ser empregada, com ligeiras adaptações, para defesa de **assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos** [...] seria legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencéfalo, porque, entre um e outro casos, muda só o **momento de execução, não o ato insensível de extermínio.** [...] A história da criminalização do aborto mostra que essa tutela se fundamenta da necessidade de **preservar a dignidade dessa vida intrauterina, independentemente das eventuais deformidades que o feto possa apresentar.**⁶⁴ (grifos nossos).

Como visto, Peluso defende o valor inestimável da vida, seja intra ou extrauterina, não importando sua qualidade ou duração, conforme conclui no seguinte trecho:

A curta potencialidade ou perspectiva de vida em plenitude, com desenvolvimento perfeito segundo os padrões da experiência ordinária, não figura, sob nenhum

⁶³ STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 384.

⁶⁴ ibidem, p. 386.

aspecto, **razão válida para obstar-lhe à continuidade. A ausência dessa perfeição ou potência**, embora tenda a acarretar a morte nas primeiras semanas, meses ou anos de vida, não é empecilho ético nem jurídico ao curso natural da gestação, pois a **dignidade imanente à condição de ser humano não se degrada nem se decompõe só porque seu cérebro apresenta formação incompleta.**⁶⁵ (grifos nossos).

Conclui-se desta forma a necessária análise mais detida sobre a argumentação utilizada pelos ministros para fundar suas decisões quanto à procedência ou improcedência da ação.

O argumento vencedor foi o que se pautou na questão da inviabilidade extrauterina para declarar como atípicas as condutas abortivas no tocante aos casos de gestação de anencéfalos. Mas como toda argumentação, não se pode contê-la e restringi-la à apenas uma decisão, sobretudo em um acórdão cujo teor integral conta de 443 páginas de votos e discussões jurídico-filosóficos de grande monta, no órgão máximo do Judiciário pátrio.

Os próprios ministros preocuparam-se com a possibilidade de se abrir um precedente apto a ensejar novas ações que busquem estender a permissão do aborto para outros casos análogos ao da anencefalia, conforme se verá no próximo capítulo. Serão tratadas, ora, as possibilidades do fenômeno lógico da *Slippery Slope* no caso desta decisão judicial.

4) A TEORIA DA SLIPPERY SLOPE: “O ARGUMENTO DA LADEIRA ESCORREGADIA” NA ADPF 54

A princípio, cabe conceituar o que significa o termo “Slippery Slope”. Este termo foi proposto por Frederik Schauer em 1985. É passível de tradução para o português como *ladeira escorregadia*. De forma sucinta, o argumento lógico pretende justificar que não é recomendável que se faça concessões aparentemente inócuas em temas exacerbadamente controvertidos, que pareçam à primeira vista algo benéfico e restrito a um certo caso apenas, mas que possam adquirir força de precedente para eventos futuros, os quais se consubstanciem em resultados errôneos ou em inequívocos malefícios. Ou seja, permitir-se um eventual “deslizamento” em direção a um resultado indesejável ou tido como errôneo.⁶⁶

Eugene Volokh em seu estudos sobre a temática, assevera serem as *slippery slopes* causa suficiente a suscitar real preocupação por parte dos interlocutores. Aduz que todo homem pode extrair, de sua experiência pessoal, situações em que o apoio de certo grupo para um primeiro passo X eventualmente tornou mais fácil para que outro grupo implementasse

⁶⁵ STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 392.

⁶⁶SCHAUER, Frederick. *Slippery slopes*. Disponível em:<
<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1341127?uid=2&uid=4&sid=21104713891421>> Acesso em: 28 nov 2014.

um segundo passo Y que possivelmente não teria ocorrido sem que se tivesse dado o primeiro passo. Não se entenda que Y dependia de X para acontecer, mas por certas razões, este auxiliou para que Y viesse a existir.⁶⁷

Para fins didáticos, refira-se a um exemplo conforme enunciado pelo autor:

Considere um projeto de lei hipotético para que se instalem câmeras de vídeo nos postes de iluminação das cidades com o objetivo de prevenir e solucionar crimes nas ruas. Embora o plano obviamente não seja perfeito, parece promissor: criminosos inteligentes vão ser desincentivados e os estúpidos serão presos.

Considerado por si só, o plano não parece suscetível de ser considerado como abuso do poder policial, pelo menos enquanto (por exemplo) as fitas de vídeo sejam recicladas todos os dias e as câmeras não estejam ligadas a programas de reconhecimento facial. Obedecendo-se a tais condições, as câmeras provavelmente seriam efetivas em conter os crimes toscos cometidos nas ruas, mas não tornaria muito mais fácil para a polícia vigiar os inimigos do Governo.

O povo, então, pode apoiar a instalação dessas câmeras (decisão A), mesmo que se opusessem à implementação de programas de reconhecimento facial ou o arquivamento permanente das fitas de gravação (decisão B).

Mas a partir do momento em que os legisladores implementem A e o governo invista grande quantia na instalação de milhares de câmeras, ligando-as a centrais de gravação de vídeo ou a linhas telefônicas, e as protegendo dos vândalos, implementar B torna-se extremamente mais barato, econômica, e portanto, politicamente falando.⁶⁸

O que o autor pretende demonstrar é que, embora a questão seja meramente hipotética, pois que as preferências das pessoas possam levar a resultados em que não ocorra a slippery slope, há a possibilidade de que, sob certas condições totalmente plausíveis, seus efeitos “deslizantes” possam, sim, ocorrer. O argumento é importante para que se reflita sobre o peso que uma decisão complexa a ser tomada hoje, com base em certos argumentos, para não ter problemas de se chamar a opinar sobre questões semelhantes amanhã.

O trabalho de Volokh se pautou, em suma, em descrever os caminhos passíveis de ocorrência no mundo fático do que o argumento metaforicamente representa, ao se focar em situações concretas em que uma questão A possa auxiliar à ocorrência de uma questão B. No que concerne à força de precedente das decisões judiciais, o autor explica o seguinte:

Um dos argumentos mais comuns de “A levará a B” é o argumento de que a decisão judicial A “firmaria um precedente” para a decisão B. Isso, de forma geral, significa que a decisão A se baseia em uma justificativa J, e que a justificativa J também seria suficiente para fundamentar uma decisão B.⁶⁹ (tradução livre).

Ou seja, uma decisão e sua fundamentação subjacente podem, algumas vezes, facilitar a ocorrência de decisão semelhante ser dada para casos cuja justificativa seja análoga. Cita ainda a força extra de precedente das decisões tomadas em sede de Cortes Superiores. Ao

⁶⁷ VOLOKH, Eugene. *The Mechanisms of the Slippery Slope*. Disponível em:

<<http://www2.law.ucla.edu/volokh/slippery.pdf>> Acesso em: 28 nov 2014, p. 1036.

⁶⁸ *ibidem*, p. 1041.

⁶⁹ *ibidem*, p. 1064.

tratar em tópico específico sobre o que se pode inferir de decisões judiciais, o autor assevera o seguinte:

Decisões judiciais, ao contrário da maioria das legislações, explicitamente estabelecem suas fundamentações, e portanto tem maior possibilidade de causar efeitos de alteração de ideologias. Mas as pessoas podem, ainda, interpretar uma decisão como baseada em uma certa fundamentação, ainda que não seja exatamente aquela contida para a tomada da decisão, em parte porque a maioria das pessoas não lê as decisões judiciais de forma detida ou não recordam de forma precisa seus detalhes [...] Essa tendência pode ser exacerbada quando a decisão A é justificada por uma combinação de fatores, pois é fácil, dada a imagem mental simplificada que o povo tem da decisão, que se enfatize apenas certos aspectos dentre os abordados.⁷⁰ (tradução livre)

Embora retrate a condição de um homem médio, do povo, necessário faz-se refletir acerca da possibilidade de que os conhecedores do Direito, possuidores do arcabouço teórico e argumentativo à disposição, possam se utilizar com certa facilidade da argumentação utilizada pelos Ministros para fundamentar interesses diversos dos envolvidos na anencefalia, inclusive eugênicos.

Volokh então reflete sobre as possibilidades existentes aos julgadores para quando, em sede de uma decisão acerca de certo caso, vislumbassem a possibilidade de ocorrência dos efeitos deslizantes. Sugere, então, que busquem tornar suas justificativas o mais explícitas possível, e talvez fosse interessante dar alguns exemplos para os quais a justificativa não pudesse servir no futuro. Contudo, e é o que nos interessa neste momento, Volokh se preocupa com a situação, e confessa que as condutas acima mencionadas podem não ter efeito algum.⁷¹

Temos aqui uma decisão emitida por uma Corte Constitucional, que acatou a uma tese de que o aborto de fetos anencefálicos não é passível de punição pelo sistema repressivo penal. A justificativa para tal posicionamento teve por base argumentativa os fundamentos da inviabilidade destes fetos para a vida extrauterina, e para a inaptidão para desenvolver uma vida em potencial. Entenda-se, um argumento eminentemente teleológico.

Ora, quando uma decisão é tomada por nossa Corte Constitucional, sobretudo em sede de ação objetiva, pode ocorrer que, além da vinculação de todo o Judiciário para a uniformidade das soluções a serem dadas naquele caso específico – em se tratando do contido no decisum – permita-se em casos análogos que as cortes inferiores entendam que a mesma fundamentação é aplicável, ampliando-se os efeitos da decisão para além do caso originário.

⁷⁰ VOLOKH, Eugene. *The Mechanisms of the Slippery Slope*, p. 1090.

⁷¹ *ibidem*. p. 1093.

Ou seja, ainda que os juízes muitas vezes optem por apoiar suas decisões em suas próprias concepções morais ou de vida, uma decisão com tamanha força, emitida em sede de ação de natureza vinculante, pode levar a, no mínimo, um efeito persuasivo considerável, até por questões atinentes à segurança jurídica.

Em sede da ADPF 54, o ministro Cézar Peluso preocupou-se expressamente com a possibilidade dos efeitos deslizantes da decisão, conforme extrai-se do seguinte trecho:

É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação **de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida.**(grifos nossos)⁷²

Realizou ainda alusão a casos análogos de dezenas de patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas, como as trazidas pelo Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes na Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita legal, mas certamente **não é a única**; existem outras: **acardia, agenesia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, osteogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18.** São todas afecções congênicas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido **à inexorabilidade da morte.**

Por que foi escolhida a anencefalia para provocar-se a antecipação da morte, ainda no ventre materno, não se esperando o nascimento natural?(grifos nossos)⁷³

Conclui Peluso que é possível imaginar um risco ponderável de declive escorregadio decorrente do acolhimento da procedência da ADPF, justificada nos argumentos já exauridos, e a consequente possibilidade de esta decisão tornar-se uma norma abstrata apta a autorizar abortos eugênicos.

Até mesmo os Ministros que defenderam a atipicidade demonstraram preocupação com a possibilidade de ocorrência do fenômeno lógico, senão leia-se Gilmar Mendes:

As sociedades plurais modernas vêm enfrentando esses dilemas, em que os desacordos morais razoáveis geram a incapacidade de se chegar a consensos sobre diversos assuntos. O rol de questões capazes de gerar essa perplexidade certamente inclui o aborto, razão por que, desde já, advirto que as ponderações que faço neste voto **não devem ser estendidas a quaisquer outras hipóteses de aborto, seja o aborto puro, seja o eugênico.** (grifos nossos).⁷⁴

⁷² STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 247.

⁷³ ibidem.

⁷⁴ ibidem, p. 289.

Ainda, o próprio relator Marco Aurélio tratou da temática, ainda que *en passant*:

Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênicas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave **que permita sobrevivida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia.**⁷⁵ (grifos nossos).

Concluindo-se, temos que o voto de Luis Fux traz uma boa síntese quanto ao problema exposto:

Aliás, fazendo justiça mais uma vez, o Ministro Marco Aurélio, no seu exauriente voto, citou casos de **conjuração de qualquer pensamento de eugenia ou de aborto eugênico, mencionando inúmeras doenças gravíssimas que poderiam levar a uma estratégia de seletividade pessoal do ser humano.** Então, este caso é um caso típico em se exige do Judiciário uma “passividade virtuosa”, na célebre expressão de Alexander Bickel no famoso estudo *The Least Dangerous Branch* e, também, na expressão utilizada por Cass Sustein sobre o minimalismo na Suprema Corte Americana.

Por essa razão, estou **adotando essa postura de contenção judicial à hipótese** de criminalização da mulher que realiza a antecipação terapêutica do parto **em razão da anencefalia do feto.**⁷⁶ (grifos nossos).

Porém, como já dito, isso pode não ser o suficiente. É aí que o receio que se apresenta é justificado. Um temor de que a tese que preponderou, pela permissão do aborto no caso de gestações de anencéfalos, possa acarretar futuramente a permissão ampla para a realização do mesmo ato em outras circunstâncias, a partir de uma ampliação dos entendimentos esposados na construção teórica dos votos para além dos limites do caso específico em análise.

Tenha-se em conta, por exemplo, autorização concedida, no ano de 2009, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que autorizou a interrupção da gestação de gêmeos xipófagos (unidos pelo abdômen e bacia), diante da grave deformidade do feto – o que configura, a princípio, típico caso de aborto eugênico.⁷⁷ Ainda, colacione-se recentíssima decisão do Juízo de Direito da Comarca de Descalvado a autorizar o procedimento em caso de diagnóstico da patologia Complexo de parede abdominal-membros – ou ‘limb-body-wall- complex’:

Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária formulado por DANIELA APARECIDA GARBUJO objetivando a autorização judicial para interrupção de gravidez. E como fundamento de sua pretensão, sustenta em síntese que em 23 de Setembro de 2014, na 22ª semana de gestação, realizou ultrassonografia obstétrica no Hospital das Clínicas da Faculdade de medicina de Ribeirão Preto USP, por meio do qual foi diagnosticado limb-body-wall-complex e que o feto apresentava defeito cardíaco complexo associado, além de especificar má formação na anatomia

⁷⁵ STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, p. 48.

⁷⁶ *ibidem*, p. 158.

⁷⁷ CONJUR. *TJ paulista autoriza aborto de fetos com má formação*. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2009-jun-16/tribunal-justica-sao-paulo-autoriza-aborto-fetos-ma-formacao>>

Acesso em: 28 nov 2014.

fetal(...) Quanto ao mérito, extra-se dos autos que a autora é gestante e foi submetida à ultrassonografia obstétrica quando se constatou que **a vida extrauterina do feto portador de limb-body-wall-complex é irrealizável. Não bastasse, o feto da requerente apresenta defeito cardíaco complexo associado, de modo que os médicos responsáveis afirmaram a certeza da mortalidade nessa condição** (...) ACOLHO o pedido autoral para AUTORIZAR a INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ.(grifo nosso)⁷⁸

O mesmo tribunal tem consolidado entendimento jurisprudencial⁷⁹ no sentido da concessão de autorização para aborto de fetos portadores de trissomia do cromossomo 18 – ou síndrome de Edwards - em sede de Mandado de Segurança:

Mandado de Segurança Interrupção de gravidez de 22ª semanas indeferida pela origem Feto portador de trissomia do cromossomo 18 (Síndrome de Edwards) Aborto eugênico - Liminar concedida Medida convalidada Ordem concedida.⁸⁰

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 0000410-73.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante PALOMA DE OLIVEIRA AMORIM, é impetrado MM JUIZ DE DIREITO 1ª VARA TRIBUNAL DO JURI DA CAPITAL.

ACORDAM , em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "concederam a segurança, ratificada a liminar. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente sem voto), FÁBIO GOUVÊA E FRANCISCO BRUNO.⁸¹

Ainda neste sentido, houve publicidade de decisão de magistrado do Tribunal de Justiça de Goiás que ordenou expedição de alvará judicial a autorizar o aborto de feto portador da já referida Síndrome de Edwards, datada de fins de 2013, em que a argumentação foi no sentido de que “não se trata de situação que a medicina chama de caso fronteira, como o feto portador de trissomia do cromossoma 21, mas de caso limite, em que há absoluta impossibilidade de vida biológica e moral”.⁸² O mesmo magistrado já havia concedido a autorização para aborto de feto acometido da síndrome de *body stalk* ou síndrome de cordão curto, no ano de 2005, pois que a má formação comprovadamente inviabilizaria a vida fora do útero.⁸³

⁷⁸ TJ-SP, Processo 0002819-27.2014.8.26.0160, Data de Julgamento: 30 de Setembro de 2014, Juízo de Direito da Comarca de Descalvado, Data de Publicação: 16/10/2014.

⁷⁹ CONJUR. *TJ paulista autoriza aborto de fetos com má formação*.

⁸⁰ TJ-SP - Fato Atípico: 20299867720148260000 SP 2029986-77.2014.8.26.0000, Relator: Pedro Menin, Data de Julgamento: 08/04/2014, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 10/04/2014

⁸¹ TJ-SP – Fato Atípico: 00004107320148260000 SP 0000410-73.2014.8.26.0000, Relator: Carlos Bueno, Data de Julgamento: 17/03/2014, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/03/2014

⁸² TJGO. *Autorizado aborto de feto com Síndrome de Edwards*. Disponível em:

<http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/4304-autorizado-aborto-de-feto-com-sindrome-de-edwards> Acesso em: 28 nov 2014.

⁸³ CONJUR. *Juiz autoriza aborto de feto com cordão umbilical curto*. Disponível em: <

http://www.conjur.com.br/2005-out-07/juiz_autoriza_aborto_feto_cordao_umbilical_curto> Acesso em: 28 nov 2014.

Ora, nestas patologias, em especial a síndrome de Edwards, contudo, não há como se cogitar, como ocorre na anencefalia, de hipótese de morte encefálica nos termos da Lei de Transplante de Órgãos. Entretanto, conforme jurisprudência colacionada, já há uma tendência de se autorizar o aborto nestes casos. Sobre as características dos fetos portadores da trissomia do 18, a fim de fundamentar o que ora se afirma:

Pacientes com a trissomia do 18 apresentam **retardo mental, defeitos cardíacos congênitos**, orelhas de implantação baixa e flexão dos quirodáticos e das mãos. Além disso, os pacientes frequentemente apresentam micrognatismo, anomalias renais, sindactilia e malformações do sistema esquelético. A incidência desse quadro é de aproximadamente 1 em 5 mil recém-nascidos. **Oitenta e cinco por cento são perdidos (aborto espontâneo) da décima semana de gestação até o termo, enquanto os que nascem vivos morrem, em geral, até o segundo mês de vida. Aproximadamente 5% sobrevivem além de 1 ano de idade.**⁸⁴ (grifo nosso)

De posse destas informações, não será estranha ainda a ulterior concessão de autorização para o aborto, dadas as similitudes verificadas no processo de desenvolvimento, nos casos de fetos portadores da patologia congênita conhecidas como trissomia do 13 – ou síndrome de Patau, pelas mesmas razões:

As principais anomalias da trissomia do 13 são: retardo mental, **holoprosencefalia, defeitos cardíacos congênitos**, surdez, fendas labial e palatina e defeitos nos olhos, como microftalmia, anoftalmia e coloboma. A incidência dessa anomalia é de cerca de 1 em cada 20 mil nascimentos, **e mais de 90% morrem no primeiro mês após o nascimento. Aproximadamente 5% vivem além de 1 ano de idade.**⁸⁵ (grifos nossos)

Por fim, ilustre-se já terem chegado aos nossos Tribunais diversas outras solicitações, afora as já referenciadas, para abortos em casos de malformações congênitas que, embora em nada análogas à anencefalia, possuíam causas de pedir similares – a incompatibilidade com a vida extrauterina. Embora denegadas em muitos casos, evidenciam ainda mais os porquês dos temores a que se aludiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. ABORTO EUGÊNICO. GASTROQUISE. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DO FETO COM A VIDA EXTRAUTERINA QUE NÃO SE DEMONSTRA MODO SUFICIENTE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. Recurso desprovido, por maioria.⁸⁶

APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. PARA REALIZAÇÃO DE ABORTO. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. RECURSO DEFENSIVO. FETO COM MÁ-FORMAÇÃO DECORRENTE DE DISPLASIA RENAL BILATERAL E MEGABEXIGA.

⁸⁴ SADLER, T. W. *Langman Embriologia Médica* 12. Ed. Disponível em:<

<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-277-2467-8>> Acesso em: 28 nov 2014, p. 14.

⁸⁵ *ibidem*, p. 15.

⁸⁶ TJ-RS - ACR: 70051817393 RS , Relator: João Batista Marques Tovo, Data de Julgamento: 22/11/2012, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/12/2012.

AUSÊNCIA DE LÍQUIDO AMNIÓTICO (OLIGOIDRÂMNIÓ ABSOLUTO). INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE INDICATIVOS DE RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA DA GESTANTE, GRAVIDEZ QUE JÁ SE ENCONTRA EM ESTÁGIO AVANÇADO (32 SEMANAS DE GESTAÇÃO), INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O FETO NÃO SOBREVIVERÁ, EM HIPÓTESE ALGUMA, NO AMBIENTE EXTRAUTERINO. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO.⁸⁷

⁸⁷ Apelação Crime Nº 70060082864, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Julgado em 10/07/2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das preocupações manifestadas pelos próprios julgadores quanto às justificativas utilizadas para embasar decisão sobre a questão posta, sobretudo por parte do eminente Ministro Peluso, denota-se a pertinência e relevância do presente trabalho em se debruçar sobre o fenômeno da Slippery Slope, e traçar alguns meandros deste tema tão controvertido.

Receia-se, a título de conclusão, que haja um risco real, conforme ensinado por Volokh, de que possam ocorrer futuramente ações buscando autorizações para abortos fora dos limites legais, em que a justificativa utilizada pelos Ministros para a atipicidade no caso dos anencéfalos – os argumentos da potencialidade e da viabilidade – se estenda para além dos resultados desejados (ou desejáveis), como em patologias congênitas letais análogas à anencefalia supracitadas, ainda que aqui se evite adentrar em juízos valorativos quanto à ocorrência de possíveis casos de eugenia (em sua pior vertente) e práticas abortivas irresponsáveis (fundadas em atestados falaciosos) que possam ocorrer por ventura dos chamados “efeitos deslizantes”. Estes que se dão, com base no já exposto, quer-se pela invariável amplitude de certas questões-problema e da fragilidade dos elementos de convicção científica utilizados para embasar o *decisum*, quer-se pela inexistência de regulamentação específica a tratar dos casos concernentes a anencéfalos. Conforme a jurisprudência referenciada, vê-se que já há tentativas – com relativo sucesso – de estender a outras patologias a permissão de proceder ao aborto, fundando-se em argumentação similar.

Não obstante as tentativas expressas de contenção dos fundamentos da decisão apenas ao caso da anencefalia, conforme realizado, dentre outros, por Gilmar Mendes, crê-se serem de todo inócuas. Os argumentos, enquanto produtos de um discurso, não pertencem a um, mas a todos.

Assim, caberá às cortes - e ao livre convencimento dos magistrados jurisdicionalmente investidos no cumprimento de suas funções -, ao se defrontarem com eventuais questionamentos cujas raízes possam-se derivar da problemática posta - por ocasião de seu sacerdócio diário -, decidir com base em juízos constituídos de boas doses de racionalidade, cautela e sensibilidade, tudo a fim de dar à sociedade uma solução justa e adequada a tais *hard cases*.

REFERÊNCIAS

ALDALAFT NETO, Jorge. *Anencefalia*: Posição de FEBRASGO. Disponível em: <www.FEBRASGO.org.br>. Acesso em: 28 nov 2014.

BACHA, Angela Maria, GRASSIOTTO, Oswaldo da Rocha. Aspectos Éticos das Práticas Abortivas Clandestinas. In. *Bioética*. Vol 2 n. 1. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *Petição Inicial na ADPF 54*. Disponível em: <http://academico.diretorio.fgv.br/ccmw/images/e/e1/ADPF_54_Peti%C3%A7%C3%A3o_Inicial.pdf> Acesso em: 28 nov 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa, 14ª Edição*. São Paulo: Saraiva, 2013

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. Sequência (Florianópolis), Florianópolis , n. 65, Dec. 2012 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217770552012000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 nov 2014.

CAPEZ, FERNANDO. *Curso de Direito Penal, Volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)*, 13ª. Ed. p.163. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502196155/page/145>> Acesso em: 28 nov 2014.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The World's Abortion Laws*. Disponível em: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/pub_fac_abortionlaws2008.pdf> Acesso em: 28 nov 2014.

CIRNE, Mariana Barbosa. *Anencefalia: acrescentando questões médicas a uma discussão jurídica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3496, 26 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23524>>. Acesso em: 28 nov 2014.

CONJUR. *Juiz autoriza aborto de feto com cordão umbilical curto*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-out-07/juiz_authorized_aborto_feto_cordao_umbilical_curto> Acesso em: 28 nov 2014.

CONSTANTINO, Luciana. *Governo Lula põe lei do aborto em discussão*. Folha Online. Brasília. 09/12/2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u102802.shtml>>. Acesso em: 28 nov 2014.

CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1996

CYPEL, Saul e DIAMENT, Aron Judka. *Neurologia Infantil*. 3ª ed. São Paulo: Atheneu, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. - 5. ed. Red., aum. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. *Do aborto de fetos anencéfalos e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54: a reflexão continua!*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3220, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21612>>. Acesso em: 28 nov 2014.

FRANCO, Alberto Silva. *ANENCEFALIA – Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. Disponível em: <http://nemgeusp.weebly.com/uploads/6/1/5/7/6157532/anencefalia_silvafranco.pdf> Acesso em: 28 nov 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. São Paulo: Fundo Editorial BYK , 1987, p. 261.

_____. *Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A, 2001.

GIORGI, M. M. G. (2010). *Aborto no poder judiciário: o caso da ADPF 54*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-26082010-152613>> Acesso em: 28 nov 2014.

HIB, José. *Embriologia Médica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

HUNGRIA, Nélon apud BITENCOURT, CEZAR. *Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa, 14ª Edição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, v.5

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, vol. 2: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JORNAL “O ESTADO DE SÃO PAULO”. *Riscos: Grávida que leva gestação em frente pode apresentar aumento do líquido amniótico, hemorragia pós-parto e problemas na contração do útero*. edição 22.10.2004, pág A-15.

MARCHIORI, Carolina Milani. *Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf> Acesso em: 28 nov 2014.

MASSAGLIA, Maria Valeria. *Responsabilidad medica e inviabilidade*. Disponível em: <www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/respomed.htm>. Acesso em: 28 nov 2014.

MASSON, Cléber. (2013). *Direito Penal Esquematizado - Parte Especial - Vol. 2. 5ª Ed.* São Paulo: Método, 2013

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal. 24.ed.* São Paulo: Atlas, 2006.

MOISÉS, Elaine Christine Dantas, [et al]. *Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil.* São Paulo: Funcep, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal, 10ª edição.* Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5463-5/epubcfi/6/94>> Acesso em: 28 nov 2014.

PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. *ADPF 54 e a hipostasiação do Poder Judiciário.* Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3211, 16 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21520>>. Acesso em: 28 nov 2014.

PRADO, Luis Regis. *Código penal anotado e legislação complementar.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Comentários ao Código Penal.* 3ª Ed. RT: São Paulo, 2006.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: vol. 1 – parte geral: arts. 1º a 120.* 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SADLER, T. W. *Langman Embriologia Médica* 12. Ed. Disponível em:< <http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-277-2467-8/page/14>> Acesso em: 28 nov 2014

STF. ADPF: 54 DF , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 > Acesso em: 28 nov 2014.

STF. Glossário Jurídico. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>> Acesso em: 28 nov 2014.

STF. HC 84025-6 RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 25/06/2004, Ementário nº 2157-2.

SCHAUER, Frederick. *Slippery slopes.* Disponível em:< <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1341127?uid=2&uid=4&sid=21104713891421>> Acesso em: 28 nov 2014.

SCHULZE, Clenio Jair. *STF, aborto de fetos anencéfalos, ADPF 54 e legislador positivo.* Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3212, 17 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21532>>. Acesso em: 28 nov 2014.

TJGO. *Autorizado aborto de feto com Síndrome de Edwards.* Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/4304-autorizado-aborto-de-feto-com-sindrome-de-edwards> Acesso em: 28 nov 2014.

VOLOKH, Eugene. *The Mechanisms of the Slippery Slope.* Disponível em: <<http://www2.law.ucla.edu/volokh/slippy.pdf>> Acesso em: 28 nov 2014.