



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ULLY COSTA PEDREIRA DE FREITAS

**PROIBIÇÃO DA INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETO
INVIÁVEL COMO MÉTODO DE TORTURA:
UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE**

Salvador
2018

ULLY COSTA PEDREIRA DE FREITAS

**PROIBIÇÃO DA INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETO
INVIÁVEL COMO MÉTODO DE TORTURA:
UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro.

Salvador
2018

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (SIBI/UFBA), com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Costa Pedreira de Freitas, Uly

Proibição da Interrupção de Gestação de Feto Inviável:
Uma Análise à luz da Teoria da Tipicidade Conglobante / Uly
Costa Pedreira de Freitas. -- Salvador, 2018.

84 f.

Orientadora: Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro.

TCC (Graduação - Direito) -- Universidade Federal da
Bahia, Faculdade de Direito, 2018.

1. Teoria da Tipicidade Conglobante. 2. Aborto de Feto
Inviável. 3. Tortura. I. Ravazzano Lopes Baqueiro, Fernanda. II.
Título.

ULLY COSTA PEDREIRA DE FREITAS

**PROIBIÇÃO DA INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETO
INVIÁVEL COMO MÉTODO DE TORTURA:
UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Salvador, 25 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a **Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro** – Orientadora
Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito da UFBA

Prof^a **Thaís Bandeira Oliveira Passos**
Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito da UFBA

Prof^a **Ana Gabriela Souza Ferreira**
Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito da UFBA

AGRADECIMENTOS

Escrever agradecimentos em minha monografia sempre me pareceu um imenso clichê que eu não me sentia muito disposta a cumprir. No entanto, quanto mais o meu trabalho progredia, mais eu entendia que este é um clichê que precisa acontecer. Ora, todas as pessoas que, a seu próprio modo, me ajudaram a parir isso daqui, merecem que seu nome esteja estampado nestas páginas, e seria simplesmente injusto excluí-las sob a justificativa de “não gosto de clichês”.

A primeira destinatária de minha gratidão sempre é e sempre será Fátima. Ela, de quem orgulhosamente herdei tudo que sou hoje, desde os cachos do meu cabelo até a cabeça dura, ela que é minha inspiração para sempre buscar ser uma pessoa melhor hoje do que fui ontem. Mãe, eu te amo e jamais conseguiria escrever esse trabalho sem o seu apoio – eu não seria capaz de nada se não fosse por você. Adherbal, o homem da minha vida, obrigada por ser tão presente e por sua eterna capacidade de demonstrar que nós sempre fomos a coisa mais importante da sua vida, sem jamais ter nos dito isso. Você me ensinou que o amor é silencioso. O mundo seria com certeza um lugar muito mais bonito se todos tivessem o privilégio de ter um pai como você. Rai, Beta, Juju e Nanda: vocês são demais. Obrigada pela torcida e pelo apoio. Agora com a caçula defendendo a monografia, não tem muito para onde correr: vocês estão ficando velhos.

Agradeço a minha orientadora, Fernanda Ravazzano, por ser essa fonte de conhecimento, e por se dispor a compartilhar uma parte desse conhecimento comigo, pelos conselhos, pelo norte, e por sempre fazer parecer que tudo ia dar certo, mesmo quando eu estava secretamente desesperada.

Aos meus amigos, que aqui serão citados de maneira específica, o meu muito obrigada. A minhas Gracinhas (lembra?): a Beu, esse ser incrível capaz de alterar o astral de qualquer ambiente, por ser praticamente uma torcida organizada para tudo que eu faço. A Lyra, minha pessoa, pelos eternos debates e pelos infinitos correios para me arrumar bibliografia médica (ninguém mandou você me largar para ir fazer Medicina). Vocês duas não são só amigas, são verdadeiros acontecimentos na minha vida. A Marcelo, meu sensate, pelos papos jurídicos e pelos diversos “mas

que asneira é essa que esse cara está falando?”, pelo apoio, pela torcida, pela existência na minha vida. Eu nunca ganhei nada, mas você foi loteria, meu amigo.

A minhas Neguinhas, Nina, Mari, Jel e Thami, por serem lembrança constante do fato de que as pessoas mais importantes de nossa vida nunca vão sair do nosso lado. Um agradecimento especial a Thamires, a quase médica mais incrível da Bahia, a quem eu também andei atormentando em busca de referências bibliográficas. A Ivana, esse coração gigante que me adotou e, hoje, tem papel essencial na conclusão de mais essa fase da minha vida. Sinceramente, eu não sei o que teria feito sem você. Muito obrigada!

A Rafael, pela parceria infinita, pela amizade, pelas risadas, por se empolgar comigo com a produção desse trabalho, pelas broncas por causa da minha cabeça de vento e pela paciência para minha cabeça dura (ops, eu esqueci de jantar, e não, eu não vou dormir enquanto não terminar de escrever essa parte). A minhas Damas, Jade, Ayla, Isadora e Laryssa, por todos os dias. Obrigada por serem parte do motivo de eu ser tão apaixonada pelo tema que escolhi: vocês sempre são lembrança da razão pela qual eu quero um mundo melhor para as mulheres. A Mércia, por ter praticamente andado de mãos dadas comigo durante todo o processo de redação deste trabalho. A Victor, pelas inúmeras conversas jogadas fora só para esfriar a cabeça.

A Joana Suarez, e a todas as mulheres maravilhosas que ajudaram a construir a indispensável reportagem “Nove meses de luto”, da Agência Pública, pela disponibilidade em me ajudar sem nem me conhecer.

A todos vocês, toda a minha gratidão jamais seria suficiente. Só posso esperar que estejamos sempre juntos, porque esse é só mais um fim. Vamos agora para outro começo.

*“Tenho tanta dificuldade de entender
como alguém pode derramar sua alma
sangue e energia em alguém
sem pedir nada em troca.
Tenho que esperar até ser mãe.”*

(Rupi Kaur)

RESUMO

O aborto, no Brasil, é conduta tipificada pelo ordenamento, disciplinada nos artigos 124 a 128 do Código Penal. O Supremo Tribunal Federal, em 2012, por meio da ADPF 54, autorizou a prática em casos de feto anencefálico, adicionalmente às hipóteses de risco de vida da gestante e estupro. Contudo, a anencefalia não é a única doença que inviabiliza a vida extrauterina, e as gestantes que carregam tais fetos não são autorizadas a realizar o referido procedimento. Em virtude desta realidade, o presente trabalho se propõe a analisar o enquadramento desta modalidade de aborto como fato típico, à luz da Teoria da Tipicidade Conglobante, de Raúl Zaffaroni. Num primeiro momento, realizar-se-á a análise do direito fundamental à vida, sob a perspectiva de sua definição, e do conflito de direitos existente na questão. Posteriormente, investigaremos a questão do aborto de feto inviável em si, passando pela definição de inviabilidade fetal, os tratamentos dados à prática pela Bioética e pelo Direito, e algumas doenças que, da mesma forma, são incompatíveis com a vida. Por último, será realizado o estudo a respeito da tipicidade em si, sob o prisma da Teoria da Tipicidade Conglobante. Aqui, a intenção é demonstrar que a proibição do aborto de feto inviável é um método de tortura e, portanto, não pode ser tolerado pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, segundo a teoria escolhida, uma norma não pode proibir aquilo que outra fomenta, autoriza ou tolera.

Palavras-chave: Teoria da Tipicidade Conglobante. Aborto de Feto Inviável. Tortura.

ABSTRACT

Abortion is forbidden in Brazil, disciplined in articles 124 to 128 of the Penal Code. The Supreme Court, in 2012, through ADPF 54, authorized the practice in cases of anencephalic fetus, in addition to the hypotheses of risk of life to the pregnant woman and rape. However, anencephaly is not the only disease that prevents extrauterine life, and pregnant women who carry such unborn fetuses are not allowed to perform the procedure. Due to this reality, the present work proposes to analyze the framework of this modality of abortion as a crime, using, for that purpose, Raul Zaffaroni's Theory of Conglobant Typicity. In the first instance, the analysis of the fundamental right to life, from the perspective of its definition, and the conflict of rights in the matter will be carried out. Subsequently, we will investigate the issue of fetal abortion that is not feasible in itself, going through the definition of fetal impotence, the treatments given to practice by Bioethics and Law, and some diseases that are similarly incompatible with life. Finally, the study will be carried out on the typicality itself, under the prism of the Theory of Conglobating Typicity. Here, the intention is to demonstrate that the prohibition of abortion of an unfeasible fetus is a method of torture and, therefore, can not be tolerated by the Brazilian legal system, since, according to the theory chosen, one norm can not prohibit what another foments, authorize or tolerate.

Palavras-chave: Theory of Conglobant Typicity. Abortion of unfeasible fetus. Torture

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A VIDA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.1 CONCEITO DE VIDA EM OUTROS CAMPOS DO CONHECIMENTO	12
2.1.1 Conceito filosófico de Vida	13
2.1.2 Conceito biológico de Vida	14
2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA	15
2.3 O INÍCIO E O FIM DA VIDA	17
2.3.1 O que dizem as ciências da saúde?	17
2.3.2 A Lei 9.434/1997 – Lei de Transplante de Órgãos	19
2.4 A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO	20
2.5 O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GESTANTE E O DIREITO À VIDA DO NASCITURO.....	23
3. O ABORTO DE FETO INVIÁVEL	29
3.2 O ABORTO DE FETO INVIÁVEL E OS DIFERENTES CAMPOS DO SABER... 32	
3.2.1 Considerações bioéticas	32
3.2.2 Considerações jurídicas	36
3.3 DOENÇAS EM ESPÉCIE E SEU POTENCIAL PARA INVIABILIZAR A VIDA EXTRAUTERINA.....	40
3.3.1 Agenesia Renal Bilateral	40
3.3.2 Síndrome de Patau	41
3.3.3 Síndrome de Edwards	42
3.3.4 Síndrome de Body-Stalk	43
3.4 A INADEQUAÇÃO DA TERMINOLOGIA “ABORTO EUGÊNICO” EM REFERÊNCIA AO ABORTO DE FETO INVIÁVEL	44
4 O ENQUADRAMENTO DO ABORTO DE FETO INVIÁVEL COMO FATO (A)TÍPICO, À LUZ DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE	47
4.1 A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE, DE EUGENIO RAUL ZAFFARONI48	
4.2 A PROIBIÇÃO DA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO INVIÁVEL COMO UM MÉTODO DE TORTURA.....	54
4.3 A INCONGRUÊNCIA EXISTENTE ENTRE A TIPIFICAÇÃO DO ABORTO DE FETO INVIÁVEL E DA TORTURA.....	61

4.3.1 A ausência de bem jurídico a tutelar no caso da interrupção de gestação de feto inviável	62
4.3.2 A incompatibilidade entre o dever do médico de evitar a tortura e a tipificação do aborto de feto inviável	64
4.3.3 A antecipação terapêutica do parto como forma de garantir a dignidade da mulher e evitar tratamento cruel, desumano ou degradante	65
4.4 O TRATAMENTO DISPENSADO AO TEMA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E PELO DIREITO ESTRANGEIRO.....	67
4.4.1 Análise de jurisprudência pátria	67
4.4.2 Considerações sobre o Direito Estrangeiro.....	70
5. CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS.....	75

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, ainda hoje, o aborto é tipificado em nosso Código Penal. As hipóteses nas quais a referida conduta é autorizada pelo ordenamento dizem respeito aos casos de estupro, risco de vida para a gestante e, mais recentemente, por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 54), a diagnosticada anencefalia do feto. Entretanto, existem casos de gestantes que carregam nascituros com enfermidades igualmente incompatíveis com a sobrevivência extrauterina, e essas mulheres não estão autorizadas a realizar o procedimento.

Apesar deste cenário, mulheres já vêm sendo estimuladas ao ingresso pela via judicial, a fim de obter autorização para realizar o aborto nesses casos, e algumas obtiveram sucesso, por meio da aplicação analógica da norma que autoriza a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia. Contudo, do ponto de vista estritamente legal, a conduta segue tipificada por nosso ordenamento, impedindo mulheres de realizarem o procedimento, mesmo com um claro diagnóstico de inviabilidade extrauterina.

Além disso, existe a discussão a respeito do início da vida humana. Ora, nos casos em que o feto é anencefálico, não há que se falar em proteção à vida do nascituro, uma vez que a medicina define como o fim da vida humana a morte encefálica. Porém, até que ponto este argumento seria suficiente para sustentar que mulheres não podem exercer seu direito de não levar até o fim gestações que resultarão no óbito de seu filho? É necessário que se faça uma análise a respeito do conflito existente entre o direito à vida do feto, e os direitos da mãe que o carrega, a fim de avaliar se um se sobrepõe ao outro, de modo a concluir qual deveria prevalecer.

O primeiro capítulo do presente trabalho buscará compreender a vida como um direito fundamental dentro do contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, pretende-se examinar o conceito do que seria “vida” em outros campos do saber. Em um segundo momento, é necessário concluir onde se inicia e onde termina a vida humana, compreendendo o que diz a Medicina a respeito do assunto, bem como o Direito e a Bioética. Após, discorrer-se-á a respeito do direito

fundamental à vida e da proteção dispensada ao nascituro pelo conjunto normativo pátrio e, por fim, far-se-á um exame do conflito existente entre o direito à vida do nascituro e os direitos fundamentais da gestante.

O segundo capítulo trará a discussão acerca do feto inviável em si. Ora, o que se entende por feto inviável? Quais características precisa ter para que se considere que o mesmo não terá sobrevida extrauterina? É necessário compreender o que exatamente significa dizer que o feto é inviável, para que só então possamos compreender as implicações práticas desse diagnóstico. Após, explorar-se-á os enfoques da Bioética e do Direito Penal com relação à causa e, então, analisaremos um rol exemplificativo de enfermidades de maneira específica, a fim de elucidar quais outros tipos de anomalia fetal poderiam vir a causar o óbito extra útero. Por último, debruçar-se-á sobre a interpretação do aborto de feto inviável como prática eugênica, a fim de concluir se esta é adequada ou não.

Por fim, realizar-se-á a investigação a respeito da tipificação da conduta em si, tratando da premissa de que existiria um conflito dentro do ordenamento entre a referida proibição e diversas outras normas, à luz da Teoria da Tipicidade Conglobante, de Eugenio Raul Zaffaroni. Aqui, estudar-se-á a ideia da proibição da conduta em comento como um método de tortura. Em seguida, examinar-se-á o conflito existente entre a norma que proíbe a tortura e o enquadramento da interrupção seletiva do parto como fato típico. Por fim, será averiguado o modo como os tribunais brasileiros vem entendendo o tema, desde a decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu o aborto de feto anencefálico, bem como recorrer-se ao Direito Estrangeiro, a fim de entender como a questão do aborto é tratada em outros ordenamentos de uma maneira geral.

O que se busca compreender aqui, por meio dos métodos hermenêutico e argumentativo é, portanto, se de fato existe incompatibilidade global entre as normas do sistema jurídico pátrio e a interrupção seletiva do parto em todas as situações nas quais houver o diagnóstico de inviabilidade fetal. Dessa forma, será possível concluir se há lastro para que a referida conduta continue sendo interpretada como fato típico, uma vez que não pode o Direito se manter alheio a tal impasse.

2 A VIDA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quando trazemos à baila a discussão a respeito da interrupção de uma gestação, qualquer que seja o motivo para a realização desta, não há como evitar uma discussão acerca dos Direitos Fundamentais envolvidos na questão. A vida é direito “inviolável”, garantido constitucionalmente (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2017), de modo que qualquer conduta que possa vir a representar uma mitigação da mesma precisa ser devidamente ponderada.

Mas o que é “vida”, afinal? O conceito em si dialoga com diversos campos do saber, de modo que se torna imprescindível para o Direito buscar amparo em outras áreas, na busca por uma definição acurada do que seria exatamente este bem jurídico tutelado por nosso ordenamento. Em sua interdisciplinaridade, o Direito também precisa buscar entender por meio de outras ciências quando começa e quando termina esta vida, a fim de balizar a proteção jurídica à mesma. Apenas desta forma, tornar-se-á possível a análise a respeito do possível conflito de interesses existente entre a vida do feto e os direitos fundamentais da mulher que o carrega.

2.1 CONCEITO DE VIDA EM OUTROS CAMPOS DO CONHECIMENTO

Como anteriormente mencionado, o Direito dialoga com diversos campos do saber. Não há como se falar em produção de conteúdo jurídico sem trazer elementos de áreas como a filosofia ou a sociologia, por exemplo. Assim, a “vida” juridicamente protegida não havia como estar apartada desta ideia, já que representa um bem jurídico de imensa importância para as áreas do Direito de maneira geral.

É impossível negar, portanto, que a construção do conceito conta com contribuições essenciais de outras fontes do saber, de modo que qualquer tentativa de definição não pode, de forma alguma, se ater apenas a questões meramente

jurídicas. Portanto, forçoso acudir-se de outros campos do conhecimento para que se possa realmente obter maior clareza a respeito do tema.

2.1.1 Conceito filosófico de Vida

Aristóteles, em sua obra “Da Alma”, foi o primeiro filósofo a apresentar uma definição para o que seria “vida” (Corrêa *et al.*, 2008). Os seres, aqui, seriam compostos por matéria e forma, onde a “matéria” seria o potencial de vida, e a “forma”, corpo que a matéria habita. Assim, o filósofo prega que a alma “tem de ser necessariamente uma substância, no sentido de forma de um corpo natural que possui vida em potência” (Aristóteles, 2010). Para Aristóteles, a vida está intrinsecamente ligada a alma, uma vez que tudo aquilo que não possui alma, não possui vida.

Para determinar o que seria vida, no entanto, Aristóteles trouxe a ideia de “funções vitais”. Ora, seres vivos têm uma gama de diversas características, mas nem todas elas se aplicam a todos eles. Assim, para chegar ao conceito de vida, seria necessário estabelecer quais funções são partilhadas por todos os seres. (Martins e Martins, 2007) Ao explorar, ainda, trabalhos anteriores sobre a alma, o filósofo refutou a ideia de que a alma só pertenceria a seres humanos, trazendo a possibilidade de se haver alma também para animais e plantas (ARISTÓTELES, 2010).

Dessa forma, traz como função comum de todos os seres vivos a capacidade de se nutrir, pois:

[...] todos os seres que se alimentam parecem viver. Neles existem, manifestamente, uma faculdade e um princípio de determinada natureza, pelo qual obtêm o crescimento e o declínio em direções contrárias. [...] Todos estes seres se alimentam continuamente e vivem enquanto conseguem recolher o alimento. Esta faculdade pode ser separada das outras, mas as outras, nos seres perecíveis, não podem ser separadas desta (ARISTÓTELES, 2010).

Adaptando os pensamentos aristotélicos, São Tomás de Aquino utiliza a “razão” para abortar questões de fé, em seu tratado “Suma Teológica”. Como grande

contraponto ao que prega o filósofo grego, Aquino traz, seguindo a doutrina cristã da alma imortal, a ideia de que esta seria dissociada do corpo, uma vez que “como a alma move o corpo, resulta que não é corpo”. Assim, confere a alma o lugar de “primeiro princípio dos seres vivos”, a referida força externa que dá vida ao corpo (AQUINO, 2017).

Traçando um paralelo entre as duas linhas de pensamento, e considerando que uma deriva da outra, pode-se concluir que vida é aquilo que permite que os seres cresçam e se desenvolvam nos limites de suas particularidades. Tal crescimento só seria possível, no entanto, por meio da ação de algum tipo de energia sem a qual tudo o que qualifica “vida” simplesmente deixaria de existir.

2.1.2 Conceito biológico de Vida

Um dos grandes esforços conceituais da Biologia está justamente no seu objeto de estudo: a vida (Corrêa *et al.*, 2008). Na tentativa de construção do referido conceito, entende-se que o mesmo é polissêmico, ou seja, comporta diversas facetas e significados (Coutinho, Mortimer e El-Hani, 2007). Há, contudo, certo ceticismo nesta tentativa de conceituação do que seria a vida, no sentido de que não há como relacionar “vida” a alguma substância ou objeto específico, o que tornaria a definição excessivamente ampla (CORRÊA *et al.*, 2008).

A Biologia apresenta uma extensa gama de teorias a respeito do que seria a vida. A visão essencialista, por exemplo, não apresenta um conceito propriamente dito, mas uma série de características essenciais que definiriam um organismo como possuidor de “vida”. (Silva, Andrade e Caldeira, 2009) Contudo, os autores afirmam que o essencialismo apresenta um grande problema como meio de definição, pois esbarra em diversas exceções que acabam por invalidar a “lista de características” que indicam o que seria vida.

No Renascimento, surge a ideia de mecanicismo, segundo a qual seres vivos são máquinas, e sua compreensão depende inteiramente da decomposição de suas partes para estudo. O animismo, de George Stahl (1660-1734), por sua vez, trazia a

ideia de uma força exterior, uma “alma”, que seria, portanto, princípio de tudo aquilo que é vivo, o que distingue seres animados de inanimados. Por fim, em oposição aos dois conceitos anteriores, temos o vitalismo, segundo o qual todas as manifestações inerentes ao que seria vivo, tais como evolução, desenvolvimento e reprodução, seriam controlados por um impulso de natureza imaterial – uma energia – do qual decorreria a vida (SILVA; ANDRADE; CALDEIRA, 2009).

Para Coutinho (2007), o conceito de vida possui três zonas: externalista, internalista e relacional. A primeira delas sustenta que a vida decorre de uma força externa que fornece a vida ao corpo vivente. A segunda entende a vida como uma arrumação de matéria, de modo a viabilizar a existência. A terceira, por sua vez, compreende que a relação entre organismos e sistemas é o que possibilita a vida.

A Teoria da Autopoiese, por fim, sugere uma organização circular como característica do que é estar vivo. Isto é, “a vida seria um sistema organizacionalmente fechado, ocorrendo através de uma rede de interações, no qual todos os componentes são ao mesmo tempo produto e produtor da rede” (Corrêa *et al.*, 2008). Tal teoria, no entanto, não descarta a importância do contato entre o sistema vivo e o meio ambiente, de modo que o sistema, ainda que fechado, não está separado, o que permite que troque continuamente matéria e energia com o meio (LIMA JÚNIOR; FERREIRA, 2017).

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Não foi sempre que o chamado “direito à vida” encontrou guarida expressa no constitucionalismo moderno. É verdade que a tal direito sempre foi conferida importância, seja em virtude de ser considerado um dos fins essenciais do Estado por Hobbes (1588-1679), seja por sua associação a uma ideia de direito natural, como traz a obra de Locke (1632-1704). Contudo, diversas Cartas que inauguram o constitucionalismo moderno não fazem menção a um “direito à vida”, apenas ao conceito de “garantia de segurança”, como é o caso das constituições da Revolução Francesa, a Carta Constitucional de 1814 e as constituições brasileiras de 1824 e 1891 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

A ausência de positivação do direito à vida pelas cartas constitucionais da maioria dos Estados apenas foi revertida após a II Guerra Mundial, que abalou até mesmo o papel desempenhado pelas constituições, com os diversos pactos internacionais para proteção dos direitos humanos firmados pelos Estados mundo afora. No Brasil, apenas a partir da Constituição de 1946 o direito à vida é trazido como direito individual a ser protegido (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

A vida é direito inato, inerente ao homem pelo simples fato de possuir personalidade jurídica, e ao mesmo tempo, é direito privado, pertencendo a cada um dos indivíduos, mesmo frente ao Estado (Chaves, 1977). Isso significa dizer que não se pode falar do direito à vida de maneira totalmente dissociada de outros direitos inerentes ao homem, tais como integridade, existência e dignidade da pessoa humana. Quanto ao primeiro, entende-se que atacar o corpo humano configura uma violência contra a vida, uma vez que é nele que a mesma tem lugar. Por isso, a Constituição Federal, além de garantir a proteção à integridade física, também determina, de maneira expressa, que “ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante” (SILVA, 2014).

A existência, por sua vez, traduz-se no direito de estar vivo e de lutar para se manter vivendo, além de que nenhum ser humano pode ter seus processos vitais impedidos por nada além do curso natural inerente a todo ser vivo. É por causa do direito à existência que o Direito Penal pune severamente qualquer lesão ou tentativa de lesão ao bem jurídico “vida”. É a ele, também, que se deve o fato de haver legitimidade em defender a própria vida, mesmo que para tanto seja necessário tirar a vida de outrem (SILVA, 2014).

Como todo direito fundamental, o direito à vida não é absoluto (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2017). As limitações deste direito são vistas em poucos casos no ordenamento, mas estão lá. É o caso da pena de morte, autorizada pela Constituição Federal de 1988 apenas em tempos de guerra, da legítima defesa, que entende ser possível tirar a vida de outrem para defender a sua própria, respeitando a proporcionalidade da reação, ou do aborto em caso de risco de vida para a gestante ou de gestação resultante de estupro (Chaves, 1977). É importante ressaltar, no entanto, que eventuais mitigações do direito à vida precisam apresentar

natureza excepcional, sendo justificada juridicamente por meio de requisitos materiais e formais inquestionáveis (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

2.3 O INÍCIO E O FIM DA VIDA

A vida é um conceito atinente a diversos campos do saber e, no que diz respeito ao Direito, é uma garantia fundamental e um bem jurídico tutelado de maneira enérgica por nosso ordenamento jurídico. Contudo, um bem jurídico não pode ser objeto de proteção se ele não existir. Por isso, é necessário que se entenda onde a vida encontra seu começo e seu fim, pois apenas entre estes dois marcos pode atuar a salvaguarda jurídica.

2.3.1 O que dizem as ciências da saúde?

O Conselho Federal de Medicina trata, em algumas oportunidades, da morte encefálica, em virtude de sua importância para nortear o modo de agir dos profissionais de saúde. Segundo a Resolução CFM nº 1.826/2007, a conduta de suspender qualquer tipo de tratamento médico e terapêutico para pacientes com diagnóstico comprovado de morte encefálica é completamente legal e ética, desde que o indivíduo não seja doador de órgãos. (CFM, 2007) Além disso, a Resolução CFM nº 2.173/17, que define os critérios do diagnóstico de morte encefálica, é taxativa ao determinar que “a perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação das atividades corticais e de tronco encefálico, caracteriza a morte encefálica e, portanto, a morte da pessoa”. (CFM, 2017)

Da interpretação dessas duas normas, podemos extrair que a Medicina entende a morte encefálica como o marco para o fim da vida humana, uma vez que permite, inclusive, que um profissional de saúde se abstenha de oferecer tratamento ao indivíduo cuja morte encefálica tenha sido comprovada, o que seria inconcebível se ainda houvesse ali vida humana a ser salva. Na exposição de motivos da Resolução sobre morte encefálica, o Conselho Federal de Medicina não deixa

qualquer dúvida sobre qual o critério eleito para o reconhecimento da morte. A saber:

A morte encefálica é a forma mais atual de entendimento da morte do ser humano. Com esta Resolução, o CFM renova seu compromisso com a sociedade, garantindo que todo cidadão tenha direito ao diagnóstico seguro da morte, almejando que esse momento seja o menos doloroso possível para seus familiares. (CFM, 2017)

No entanto, não é tão pacífico no meio científico onde, exatamente, se inicia a vida humana, sendo, portanto, assunto que enseja o debate entre diversas teorias. A biologia se divide em cinco linhas de pensamentos principais. Segundo a visão Genética, a vida humana tem início com a fecundação. A visão Embriológica, por sua vez, entende que a vida humana começa quando cessa o período no qual o embrião ainda é capaz de se segmentar para formar mais de um indivíduo, o que ocorre a partir da terceira semana de gestação. Na linha do marco do fim da vida, os defensores da visão Neurológica acreditam que só há vida com o surgimento da atividade cerebral. No entanto, não há consenso na ciência para esta data, havendo quem defenda que a mesma ocorre na 8ª e na 20ª semana. A visão Ecológica não admite vida antes de o feto estar desenvolvido a ponto de conseguir sobreviver fora do útero materno. Por último, a visão metabólica defende que o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que espermatozoides e óvulos seriam tão vivos quanto qualquer pessoa. (BARCHIFONTAINE, 2010)

Não existindo consenso dentro das ciências biológicas a respeito do início da vida humana, seria lógico concluir que também na seara jurídica não poderia havê-lo. Ainda que tenhamos muito bem definido o marco do fim da vida, também o Direito se empenha em formular teorias para o seu início, uma vez que a legislação não fornece tal conceito de maneira definitiva. Faz-se necessário, dessa forma, o esforço argumentativo e hermenêutico do intérprete da norma posta para suprir esta lacuna em nosso ordenamento, uma vez que a mesma representa um entrave para diversas questões. Para este fim, faremos um exame da lei que traz o momento da morte, e da teoria para o início da vida que dela decorre.

2.3.2 A Lei 9.434/1997 – Lei de Transplante de Órgãos

Diversas são as teorias jurídicas acerca do início da vida humana. Temos a Teoria Concepcionista, que defende o início da vida humana no momento do encontro do óvulo com o espermatozoide; a Teoria da Nidação, que considera que não há vida humana sem que haja a fixação do ovo no útero materno; e a Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central, sobre a qual trataremos neste tópico. (COSTA e GIOLO JÚNIOR, 2015)

A referida teoria encontra respaldo no arcabouço legislativo brasileiro por meio da Lei 9.434/1997, que dispõe sobre o transplante de órgãos e tecidos. Em seu art. 3º, a norma determina:

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 (BRASIL, 1997).

O dispositivo supracitado autoriza a retirada de órgãos e tecidos do corpo humano no momento em que for constatada a morte encefálica. Isto significa dizer que a proteção jurídica à vida humana e a todos os seus desdobramentos, em especial à integridade física, deixa de existir a partir do momento em que cessa a atividade encefálica do indivíduo, estando ele, portanto, morto. A lei, assim, determina que, sem que funcionem as estruturas que formam o sistema nervoso, não há que se falar em vida humana a ser protegida.

Ora, partindo-se da premissa de que a vida cessa com o fim da atividade cerebral, da mesma forma, não se pode falar em vida antes que essa se inicie. Os avanços tecnológicos possibilitaram manter vivo um corpo sem atividade cerebral, sem que o Direito reconheça que há vida humana neste, por meio de aparelhos que mantêm outras funções vitais funcionando mesmo mediante o diagnóstico de morte encefálica. Por esse raciocínio, os defensores da referida teoria entendem que o embrião que ainda não possui a formação do encéfalo e se mantém vivo apenas em

virtude da relação de simbiose com o corpo da mãe também não possui vida a ser juridicamente protegida. (COSTA e GIOLO JÚNIOR, 2015)

Leslei Magalhães, em sua obra “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito À Vida”, traz como principal crítica à Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central a ideia de que ela mistura dois conceitos diametralmente opostos, quais sejam, o início e o fim da vida. Tal discordância, no entanto, não se atenta para a premissa construída por meio da análise legal, posteriormente utilizada em seu extremo oposto. Isto significa dizer que, na verdade, a teoria não confunde conceitos, ela se utiliza de um conceito para, por meio de raciocínio indutivo, chegar a outro. Ora, não há no ordenamento qualquer definição legal para o início da vida, de modo que o intérprete precisa analisar o que está posto. Assim, se não há vida após o término da atividade encefálica, parece apenas lógico concluir que antes dela também não pode haver. (COSTA e GIOLO JÚNIOR, 2015)

2.4 A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO

É conceito pacífico na doutrina jurídica que nascituro é o ser concebido, mas ainda não nascido. Os seus direitos são protegidos no ordenamento jurídico brasileiro por força do art. 2º do Código Civil, que determina que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. (BRASIL, 2002) Apesar do que determina a legislação, existe na doutrina controvérsia a respeito do início de sua personalidade jurídica. Tal divergência é sustentada majoritariamente por três correntes de pensamento: a Teoria Natalista, a Concepcionista e a Condicionista (OLIVEIRA; BRITO, 2017).

A Teoria Natalista compreende o início da personalidade jurídica como o nascimento com vida, de modo que não seria “pessoa” o ser que se encontra ainda dentro do útero de sua mãe. A Teoria Concepcionista, por outro lado, é a que mais confere proteção ao nascituro, na medida em que defende que a personalidade jurídica do mesmo se inicia desde o momento de sua concepção. No entanto, a teoria adotada por nosso Código Civil é, nitidamente, a Condicionista. Tal tese

representa, de certa forma, uma mescla das duas anteriores, pois atrela a personalidade jurídica do nascituro à condição de seu nascimento com vida. Isso significa dizer que o conceito ainda não é pessoa, mas seus direitos da personalidade retroagem até o momento da concepção por ocasião do nascimento com vida (OLIVEIRA; BRITO, 2017).

Tendo em vista a noção Condicionalista adotada pelo direito brasileiro, forçoso concluir que ao nascituro são garantidos os direitos subjetivos, tanto os de conteúdo patrimonial como extrapatrimonial. Por força do Código Civil Brasileiro, depreende-se que o conceito possui o direito de herdar e de receber doações. O art. 1.798 do referido diploma normativo determina que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, o que significa dizer que ao nascituro é conferido o direito patrimonial de suceder. Na mesma linha, reza o art. 542: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. Tal dispositivo remete à ideia de que é preciso que os responsáveis pelo conceito aceitem a referida liberalidade, sendo a mesma, no entanto, realizada em favor dele (BRASIL, 2002).

Aos nascituros, ainda, cabe o direito de receber alimentos, aqui compreendidos na acepção de tudo aquilo que é essencial para a subsistência humana, interpretação facilmente extraída da leitura do art. 2º da lei 11.804/2008, que disciplina o direito aos alimentos gravídicos, a saber:

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes (BRASIL, 2008).

O direito aqui positivado pertence à mulher gestante, pois não é justo que venha a arcar sozinha com os custos de uma gravidez. No entanto, tal direito atinge incidentalmente o nascituro, uma vez que tais alimentos gravídicos devem ser imediatamente convertidos em pensão alimentícia no momento do nascimento com vida, agora em favor do próprio menor, conforme reza o parágrafo único do art. 6º do referido diploma legal (OLIVEIRA; BRITO, 2017).

Dessa forma, ainda que não seja “pessoa”, o nascituro é titular de direitos da personalidade, inclusive à vida e à integridade física, uma vez que não haveria sentido em garantir direitos patrimoniais a um indivíduo que sequer possui o direito à preservação de sua esfera extrapatrimonial. A saber:

Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina se não se autorizasse a proteção deste nascituro – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir estes direitos (PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007).

Também no plano constitucional é possível reconhecer a proteção à vida do nascituro, porém a intensidade da referida defesa não pode ser conferida da mesma forma que a um ser humano já nascido. Além disso, tal proteção tende a aumentar gradativamente conforme se verifica o desenvolvimento do embrião dentro do útero, até o momento em que se torna feto e passa a ter viabilidade extrauterina. Inclusive, a noção de que a tutela à vida do nascituro cresce na medida de seu desenvolvimento está presente na legislação infraconstitucional, quando nosso Código Penal oferece uma pena drasticamente superior por homicídio – reclusão de 6 a 20 anos –, em comparação com a pena de aborto – detenção de 1 a 3 anos, se provocado pela própria gestante, reclusão de 3 a 10 anos se praticado por terceiro sem o consentimento da gestante e reclusão de 1 a 4 anos se praticado com o consentimento dela (SARMENTO, 2005).

Sob o ponto de vista científico, o autor declara que também este enfoque serve como lastro para a noção de proteção gradativa ao nascituro, pois apenas no segundo trimestre se forma o córtex cerebral, sem o qual o feto não possui qualquer potencial de racionalidade, pressuposto da personalidade humana segundo a filosofia kantiana, amplamente utilizada pelo Direito Moderno. Sarmento afirma, ainda, que a proteção gradativa ao nascituro prevalece em todo mundo, e deveria ser adotado no Brasil, pois, nas palavras do autor, “ele está em perfeita harmonia com as percepções sociais dominantes no país - que se afastam, no particular, da ortodoxia católica -, tem respaldo científico e guarda absoluta sintonia com nossa ordem constitucional”.

Além disso, não há que se falar em incompatibilidade entre esta ideia e o Pacto de San Jose da Costa Rica, quando este fala que a vida deve ser protegida desde a concepção e ninguém pode ser privado dela. Isso porque, ainda que a referida norma tenha status constitucional em nosso ordenamento, ela também está sujeita a ponderações em virtude de colisões de direitos, e há de ser harmonizada não apenas com a Constituição da República, mas também com outros Tratados de Direitos Humanos aos quais o Brasil aderiu. No dizer de Sarmento:

[...] tendo em vista a tutela constitucional de direitos como os da saúde da mulher, da privacidade, da autonomia reprodutiva e da igualdade de gênero - que adiante serão examinados -. não haveria como conferir peso absoluto à proteção à vida embrionária, sob pena de criar-se uma contradição insanável na ordem jurídica. E isto fica ainda mais claro quando se acrescenta a este quadro normativo os tratados de direitos humanos voltados à proteção da mulher – notadamente a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e a Convenção de Belém do Pará, elaborada no âmbito da OEA, em 1994 – ambas devidamente incorporadas ao ordenamento nacional e dotadas da mesma hierarquia do Pacto de San José da Costa Rica (SARMENTO, 2005).

Diante disso, é razoável concluir que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece e protege a vida intrauterina, mas não com a mesma intensidade que a extrauterina, pois não se pode perder de vista que o nascituro não é pessoa autônoma e que, para a sua existência, é necessária a proteção à mulher que o carrega. Esta mulher é também titular de direitos fundamentais e, em virtude da relação de simbiose existente entre ela e seu filho, eventualmente, seus direitos e aqueles conferidos ao feto poderão entrar em rota de colisão. Passemos, assim, à análise deste conflito.

2.5 O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GESTANTE E O DIREITO À VIDA DO NASCITURO

Quando nos remetemos a direitos fundamentais, a primeira análise a ser feita diz respeito ao seu âmbito de proteção, ou seja, a qual bem jurídico é tutelado por cada uma das garantias. Ao delinear o âmbito de proteção, no entanto, esbarra-se

na conclusão de que não é possível que uma ordem jurídica confira tutela ilimitada a um bem, e o Direito Constitucional Contemporâneo ratifica esta concepção, o que faz com que os direitos fundamentais se tornem suscetíveis de limites. A doutrina, desta forma, divide as referidas restrições em três espécies: a expressa previsão constitucional, a norma legal fundamentada na Constituição e as restrições por força de colisões entre direitos fundamentais. Conclui-se, portanto, que, em todos os casos, uma limitação a um direito fundamental prescinde de lastro constitucional. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

No que diz respeito a limitação de direitos fundamentais por força de colisão entre direitos e necessidade de harmonização destes interesses, Sarlet (2017) preleciona:

Como é fácil reconhecer, não é possível ao Constituinte – e tampouco ao legislador ordinário – prever e regular todas as colisões de direitos fundamentais. Tendo em vista a caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas *prima facie*, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá à custa do outro

Dessa forma, o autor traz a ideia de que as possibilidades de conflitos entre direitos fundamentais são inesgotáveis, de modo que cabe sempre ao intérprete ponderar a respeito da melhor maneira de proceder. E prossegue:

Situações de colisão de direitos fundamentais afiguram-se cada vez mais frequentes na prática jurídica brasileira devido ao alargamento do âmbito e da intensidade de proteção dos direitos fundamentais levado a cabo pela Constituição Federal de 1988, notadamente em função do já referido caráter analítico do catálogo constitucional de direitos. Muito embora as situações de conflito tenham, em sua ampla maioria, sido regulamentadas pela legislação ordinária, há casos em que a ausência de regulação esbarra na necessidade de resolver o conflito decorrente da simultânea tutela constitucional de valores ou bens que se apresentam em contradição concreta.

Assim, não só os conflitos são inesgotáveis como, em virtude das exigências impostas pela ampla importância conferida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, sua ocorrência se torna cada vez mais frequente, mostrando-se necessário o esforço para a resolução das referidas colisões. Sendo, portanto, a oposição de direitos fundamentais uma das hipóteses de limitação dos

mesmos, não se pode aceitar que um direito receba proteção absoluta sem que antes haja o exercício de avaliar a possível harmonização de preceitos.

Nesse sentido, por ocasião da ADPF 54, que autorizou o aborto de anencéfalos no Brasil, o ministro relator Marco Aurélio trouxe a discussão a respeito de que, se partíssemos do pressuposto de que possui o anencéfalo direito à vida, haveria, portanto, a necessidade de ponderação de valores entre os direitos da gestante e os do nascituro. Vejamos:

Deve-se definir se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário. (STF, 2012)

Na mesma oportunidade, o ministro chama atenção para o fato de que o direito à vida, como qualquer outro direito fundamental, não é hierarquicamente superior aos outros. Como exemplo, citou a autorização da pena de morte em caso de guerra declarada e, mais especificamente sobre a questão abordada, a excludente de ilicitude que autoriza o aborto de feto resultante de estupro, o que por si só já demonstra que “ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão” (STF, 2012).

Mais recentemente, em 2016, o Supremo Tribunal Federal novamente tocou no assunto. Em decisão referente ao *Habeas Corpus* 124.306, o ministro Luís Roberto Barroso sustentou que, diante do referido conflito, conferir maior importância aos direitos do nascituro representaria uma violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, bem como aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sua autonomia, integridade física e psíquica e, até mesmo, a igualdade de gênero (STF, 2016).

Diante disso, temos a problemática do confronto entre os direitos fundamentais da mulher e o direito à vida conferido ao nascituro pelo ordenamento jurídico brasileiro. O aborto é tema de intenso debate tanto no direito brasileiro como em nível internacional. No entanto, conclusões representativas de extremos – quais

sejam, proteger o feto como a um homem já nascido ou autorizar o aborto até o instante de nascimento – não mais encontram amparo mundialmente (ROXIN, 2002).

Roxin (2002) explica:

Se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar um homem, e que a simbiose com o corpo da mãe pode fazer surgir colisões de interesse que terão de ser resolvidas através de ponderações.

Conclui-se, portanto, que, ainda que seja o nascituro titular de direitos, não pode a sua completa dependência do corpo feminino ser desconsiderado da equação, uma vez que sua existência está intrinsecamente ligada aos direitos da mulher que o carrega. O autor descreve, ainda, três possíveis soluções para o referido conflito. São elas: “solução de indicação”, que diz respeito a ideia de que o aborto é permitido se houver indicação específica para tal, como é o exemplo do aborto terapêutico; “solução de prazo”, de acordo com a qual, dentro de determinado prazo – geralmente até o terceiro mês de gestação – o aborto não é punível; e o “modelo de aconselhamento”, que permite o aborto nas doze primeiras semanas, desde que a gestante passe pela “repartição de aconselhamento em casos conflitos na gravidez”, que deve atendê-la no sentido de lhe abrir perspectivas a respeito da gestação (ROXIN, 2002).

Sobre esta última, Roxin define a mesma como dotada de grande sabedoria prática, por ser a medida mais adequada para de fato proteger todos os direitos envolvidos na questão. Isto porque uma proibição rígida demais, como é o caso da “solução de indicação”, torna-se completamente ineficaz se a mulher está decidida a interromper a gestação e o faz por meio de clínicas clandestinas. Então, “sob este aspecto, a solução de aconselhamento ao menos assegura um assessoramento médico competente, dando à mulher a possibilidade de pensar com calma a respeito da própria decisão”. A perspectiva do aconselhamento seria a mais adequada para a resolução do referido conflito, pois confere a mulher a prerrogativa de decidir sobre o seu corpo sem estar movida pelo desespero de uma gravidez indesejada, permitindo

que não opte por uma alternativa que poria em risco sua saúde e sua vida, dando-lhe a possibilidade de, inclusive, mudar de ideia.

O direito à vida do nascituro entra em conflito, ainda, com o direito a saúde da mulher, sob duas perspectivas. A primeira delas diz respeito aos riscos à saúde física e psíquica da gestante – sobre os quais teremos a oportunidade de falar quando nos debruçarmos sobre a questão específica do aborto de feto inviável – que não encontram previsão na legislação que incrimina a interrupção voluntária da gravidez como hipótese de exclusão da ilicitude, uma vez que o Código Penal apenas fala em risco iminente à vida da gestante. Esquece-se, no entanto, que o direito à saúde é claro desdobramento do direito à vida. Para Sarmento (2005),

Seria dizer o óbvio afirmar a enorme relevância deste direito fundamental para a garantia da vida humana digna. Afinal, a proteção à saúde é muitas vezes um imperativo necessário à manutenção do próprio direito à vida, bem como da integridade física e psíquica das pessoas humanas.

Além disso, existe a perspectiva que muito se aproxima do acerto do modelo de aconselhamento descrito por Roxin: se a mera incriminação não tem eficácia para de fato impedir que abortos sejam realizados, então sua proibição representa bem mais um desserviço à pretensa proteção a direitos fundamentais, na medida em que os abortos clandestinos que acontecem em decorrência da criminalização da conduta produzem “[...] como consequência inexorável a exposição a riscos graves e desnecessários da vida de multidões de mulheres”. Dessa forma, a proteção ilimitada à vida do feto por meio da criminalização se mostra não só inútil para proteger a vida em potencial, como representa uma verdadeira catástrofe de saúde pública para as mulheres enquanto grupo, o que acaba por ferir, ainda, a igualdade de gênero, também garantida constitucionalmente (SARMENTO, 2005).

De outra banda, centralizar a discussão na inviolabilidade do direito à vida do feto é uma perspectiva que desconsidera as mulheres como sujeitos históricos e políticos, na medida em que se constrói a falsa ideia de que o embrião não pertence ao corpo da mulher e que, portanto, não estaria sujeito a autonomia da mesma. Assim, a mulher passaria apenas a ser vista como “mãe”, como um “meio” pelo qual o embrião se tornará feto, e então nascerá, o que viola cabalmente a sua dignidade

sob o prisma kantiano, que preleciona que o ser humano é sempre um fim em si mesmo, e de forma alguma pode ser meio (ROSENDO; GONÇALVES, 2015).

Conclui-se, portanto, que não pode predominar a ideia de que a mulher é ser destituído de interesses, respaldada pela proteção incondicional ao nascituro. Como dito anteriormente, na hipótese específica de danos à saúde física e psíquica da mãe, mostra-se ainda mais evidente a inconstitucionalidade de conferir mais importância ao direito à vida do nascituro. Se não há salvaguarda jurídica ilimitada a nenhum direito fundamental, forçoso concluir que, no âmbito dos conflitos existentes na interrupção de uma gravidez por ocasião da inviabilidade fetal, não se pode falar em priorização dos direitos deste nascituro em detrimento dos direitos da gestante, e é a este tema que nos dedicaremos daqui para frente.

3. O ABORTO DE FETO INVIÁVEL

Foi apenas na década de 50 que o chamado diagnóstico pré-natal (DPN) surgiu nos países desenvolvidos, como uma importante aquisição da Medicina. No entanto, a Medicina Fetal apenas foi incorporada entre as práticas dos médicos brasileiros no final dos anos 70, permitindo a identificação intrauterina de anomalias fetais graves e, por diversas vezes, letais. Tal avanço da prática médica no Brasil nos trouxe a urgência de transportarmos as discussões a respeito do aborto por anomalia fetal para a realidade atual. Apesar disso, o debate a este respeito no país apenas ganhou destaque no ano de 1992, com a criação da Comissão de Estudo para Reformulação do Código Penal (GOLLOP, 1994).

3.1 O QUE SE ENTENDE POR INVIABILIDADE FETAL?

Com o surgimento do DPN, a identificação de anormalidades fetais estruturais ou funcionais – congênicas – tornou-se possível ainda dentro do útero da mãe. Inicialmente, a evolução focou no aprimoramento das imagens obtidas pela ultrassonografia, a fim de alcançar uma maior segurança nos indicativos de exames mais invasivos. Nos dias atuais, contamos com possibilidades de procedimentos pré-natais que permitem identificar doenças congênicas, síndromes cromossômicas e detalhes mais definidos da anatomia fetal, o que facilita inclusive o reconhecimento de indicação de diversas terapias fetais (TESSARO, 2008).

Dessa forma, é possível tratar um feto ainda dentro do útero, a depender da gravidade da anomalia descoberta pelo diagnóstico pré-natal. Tais tratamentos podem consistir em terapia médica, por meio de remédios, ou cirúrgica. No caso da cirurgia, sua indicação é extremamente restrita, predominando sempre o cuidado com a mãe, uma vez que o chamado “risco materno baixo” é pré-requisito essencial para sua realização. Além disso, a precocidade da gravidez e prognóstico fetal sombrio sem a referida intervenção também são exigidas para que se suceda a operação. Apesar dos avanços da Medicina Fetal em relação ao tratamento fetal, a literatura médica ensina que existem defeitos impeditivos de que o feto tenha a

possibilidade de sobreviver fora do organismo materno. São seres que não possuem qualquer condição física de permanecerem vivos após o nascimento, em virtude de alguma falha em seu organismo que extirpa sua expectativa de vida, sendo impossível para a Medicina atual intervir para a reversão deste prognóstico (MONTENEGRO e REZENDE FILHO, 2014).

Nesse sentido, faz-se necessário estabelecer uma diferenciação entre feto malformado e feto inviável, uma vez que são dois conceitos que se ligam a situações fáticas diversas. As malformações fetais são aquelas que precisam ser avaliadas à luz de sua gravidade, pois a depender dela, a mesma não impede a sobrevivência extrauterina. Desse modo, para os fetos que são apenas malformados, podem existir defeitos congênitos que limitem a sua qualidade de vida, mas jamais a própria potencialidade de viver em separado do corpo materno. Existem até mesmo possibilidades dentro da Medicina Fetal – tratamentos clínicos ou cirúrgicos – de amenizar ou até mesmo curar diversas malformações fetais. (TESSARO, 2008)

A inviabilidade fetal, por sua vez, representa um subtipo de malformação fetal: aquela que é tão grave que o único destino possível para o feto que a possui é o óbito, podendo ocorrer inclusive quando este ainda está dentro do útero materno. Alguns exemplos de anomalias incompatíveis com a vida são a Agenesia Renal Bilateral (ausência de rim), bem como as Síndromes de Edwards, Patau e Body,-Stalk, que serão tratadas mais para frente (TESSARO, 2008).

Sob outro prisma, existe, na literatura médica, a previsão de realização dos chamados “testes de avaliação anteparto”, para avaliar a vitalidade fetal. Tais testes são indicados especialmente para gestações que apresentam algum tipo de complicação, como por exemplo hipertensão, sangramento vaginal ou obesidade mórbida, pois são fatores que representam risco de vida para o feto, levando a sua morte ainda dentro do útero. No entanto, a certeza do diagnóstico de alguma malformação incompatível com a vida é motivo para se afirmar que não existe qualquer interesse em realizar as avaliações anteparto nestes fetos, pois se entende que não há sentido em testar a vitalidade de um feto que não tem expectativa de vida após o nascimento (MONTENEGRO; REZENDE FILHO, 2014).

É possível concluir, portanto, que para que um feto seja considerado inviável, é necessário não apenas o diagnóstico, mas também a comprovada falta de

recursos da Medicina Fetal para curar, reverter ou interceder nas condições biológicas que tornam impossível a sobrevivência extrauterina. Dessa forma, um feto inviável é aquele que possui algum tipo de defeito que o enfraquece a ponto de que não tenha qualquer potencialidade de vida dissociada do corpo de sua mãe, e cuja doença se apresenta como impossível de ser curada mediante os tratamentos disponíveis na atual Medicina Fetal (DINIZ; RIBEIRO, 2003).

Além disso, cumpre ressaltar, também, a concepção de viabilidade trazida por Neves e Osswald, a saber:

[...]aos dois meses (fase em que se passa a designar por feto) já todos os órgãos estão formados e o feto tem forma que permite a sua identificação, à vista desarmada, como pertencendo à espécie humana. A partir deste momento, o feto continua a crescer e a desenvolver-se, atingindo a **viabilidade (isto é, a possibilidade de sobreviver fora do organismo materno, embora com ajudas importantes, técnico-médicas) por volta das 24-26 semanas.** (NEVES e OSSWALD, 2014, grifo nosso)

Dessa forma, por meio de uma interpretação em sentido contrário do que dizem os autores, é possível concluir que, além da questão da inviabilidade fetal causada por algum tipo de anomalia incompatível com a vida, pode-se também falar na ideia de que o feto é inviável antes de se desenvolver completamente, isto é, antes de estar apto a sobreviver fora do ambiente uterino, sem depender do corpo materno. Existem, portanto, dois tipos de inviabilidade: a que decorre de malformação fetal e aquela referente à mera prematuridade. No entanto, o feto prematuro padece de um defeito temporário, facilmente corrigível pelo simples decurso do tempo, na medida em que o seu desenvolvimento completo é, pois, a cura para sua inviabilidade extrauterina momentânea. O decurso do tempo, contudo, não possui qualquer poder de alteração sobre o diagnóstico de inviabilidade fetal em virtude de doença incompatível com a vida, de modo que, neste caso, não há que se falar em ganho de vitalidade com o passar dos meses de gestação. (DINIZ e RIBEIRO, 2003)

3.2 O ABORTO DE FETO INVIÁVEL E OS DIFERENTES CAMPOS DO SABER

A inviabilidade fetal por motivo de doença incompatível com a vida é assunto muito sensível para a sociedade em que vivemos. Diante de sua grande relevância, diversas são as abordagens a respeito do tema, uma vez que o mesmo divide opiniões e é dotado de especificidades que devem ser analisadas sob os enfoques de certas áreas do conhecimento.

Como vimos, a Medicina se debruça sobre a inviabilidade fetal para fins de diagnóstico e cuidados com a gestante, bem como fornecer argumentos de ordem científica que respaldariam ou não uma possível permissão de tal procedimento, e estudar de maneira aprofundada as condições clínicas que conduziriam à inviabilidade. De outra banda, ciências como a Bioética e o Direito trazem prismas distintos, porém igualmente importantes para que o debate sobre o tema se mostre produtivo. Por este motivo é que nos ocuparemos, a seguir, das perspectivas bioéticas e jurídicas a respeito do tema.

3.2.1 Considerações bioéticas

A Bioética é um campo do conhecimento que frequentemente caminha em conjunto com os avanços biológicos e médicos. Isto porque o desenvolvimento de técnicas e procedimentos pode representar um dilema ético diante das possibilidades que carregam consigo. Tais dilemas são, dessa forma, um dos objetos de estudo da Bioética, na medida em que novas situações de conflito podem vir a surgir, onde mais de um preceito há de ser levado em consideração. (Tessaro, 2008) Segundo Kipper e Clotet: (1998)

Devido aos avanços da tecnologia nos mais diversos campos, faz-se necessária a discussão sobre a conveniência, uso adequado, riscos e ameaças da mesma para a humanidade, tanto de forma geral como para o indivíduo em particular.

Do ponto de vista do que seria a ética, a maior parte dos profissionais – em especial aqueles que se dedicam aos cuidados com a saúde – utilizam como esteio

de sua atuação os chamados “códigos deontológicos”, os conhecidos Códigos de Ética Profissional – embora esta denominação não seja a mais apropriada. A função originária dessas normas seria proteger e zelar pelo prestígio das profissões, visando a coibir a prática de condutas que pudessem causar prejuízos generalizados a uma determinada classe profissional. (KIPPER e CLOTET, 1998) No entanto, os referidos Códigos, como qualquer norma posta, são incapazes de prever todos os casos concretos que haverão de aparecer no exercício das profissões, sendo necessário que os dilemas venham a ser discutidos sob o prisma da Bioética.

Nesse sentido, o aborto de feto inviável se ajusta perfeitamente como um dos objetos de estudo desta ciência. Ora, se considerarmos que a necessidade de que o procedimento seja discutido surgiu com o avanço das técnicas de Diagnóstico Pré-Natal, não pode a Bioética se furtar do debate a respeito do tema. É evidente que “a adoção ou não deste procedimento implicará num conflito entre princípios morais fundamentais”. (TESSARO, 2008)

Sob a terminologia “interrupção seletiva da gravidez”, Diniz e Almeida (1998) definem que o referido procedimento se justifica por patologias incompatíveis com a vida extrauterina, ainda que, a despeito do intenso debate realizado em congressos científicos e discussões públicas, a problemática seja um grande exemplo de dificuldade de diálogo neutro. Para Tessaro (2008), o ponto central do debate a respeito do aborto por inviabilidade fetal se encontra na qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, uma vez que ambos decorrem e respaldam o direito à vida. Assim, a autora conclui que a realização do procedimento “possui subsídios bioéticos suficientes para respaldar a licitude deste ato”.

O aborto por anomalia fetal passou a ser considerado um tema de relevância bioética apenas a partir dos anos 1980, em virtude da confluência entre a genética, a ginecologia e medicina fetal, e este debate se mostrou fomentado pelas técnicas diagnósticas cada vez mais precisas e desenvolvidas. No entanto, o contexto no qual este debate nasceu – os países onde se popularizou inicialmente o Diagnóstico Pré-Natal – era muito diferente daquele verificado no Brasil. Isto porque o aborto era legalmente permitido nestes lugares, tornando o ambiente legal, ética e juridicamente favorável à popularização das técnicas diagnósticas que fatalmente

colocariam uma mulher frente à decisão de interromper uma gravidez por inviabilidade fetal. (DINIZ e RIBEIRO, 2003)

Dessa forma, em nível internacional, não se discute a moralidade do aborto em si, pois existem autores que entendem, inclusive, que o avanço de técnicas de diagnóstico fetal sequer seria viável em um país onde o aborto é proibido. Assim, o debate bioético, nestes casos, está mais focado em concluir qual seria a melhor forma de garantir o exercício da autonomia da mulher grávida que descobre que seu filho possui uma anomalia incompatível com a vida. Tal notícia é, facilmente, um dos momentos de maior agonia pelo qual uma gestante pode vir a passar, e boa parte deste sentimento decorre da certeza do diagnóstico e das limitações da Medicina Fetal para revertê-lo, uma vez que a maior parte das anomalias simplesmente não dispõe de tratamentos. No Brasil, a angústia destas mulheres é, ainda, piorada pelo Estado, que limita sua autonomia reprodutiva, dificultando ou proibindo o aborto. (DINIZ e RIBEIRO, 2003)

Segundo Débora Diniz (2003), havia um receio da Bioética Feminista ao tratar do aborto por anomalia fetal, ainda que existisse um consenso bioético de que os pais da criança deveriam dispor de toda a informação relevante a respeito das condições de saúde de seu filho, para que pudessem tomar uma decisão consciente e livre, respeitando a autonomia materna, uma vez que o aborto jamais representou uma obrigatoriedade para os casos de anomalia fetal, mas apenas mais uma opção. No entanto, o fantasma do Nazismo e de suas práticas eugênicas fez com que as primeiras análises feministas a respeito do tema demonstrassem certa preocupação com a autonomia feminina, pois se enxergava um risco de que a possibilidade de identificar anomalias ainda dentro do útero se convertesse em um dever de abortar, motivado pela ideia de melhoramento da raça, o que seria totalmente contrário ao ideal de respeito à decisão livre da mulher.

No Brasil, especificamente, há um processo ético e jurídico de revisão da legislação brasileira em curso, mas o mesmo vem sendo bastante cauteloso, ainda que exista um crescente consenso a respeito da moralidade do aborto por anomalia fetal incompatível com a vida. No entanto, até que uma real mudança legislativa se concretize, mulheres vêm ingressando no judiciário com pedidos de autorização de aborto de fetos inviáveis, e, infelizmente, alguns vêm sendo negados. Débora Diniz

(2003) realiza uma análise dos três principais argumentos que suportam a negativa, a fim de demonstrar que os mesmos não passam de mal-entendidos.

As três premissas são, segundo a autora, postulados morais que representam grande resistência em serem modificados por aqueles que neles acreditam, e é nelas que a Bioética brasileira deve concentrar seus esforços, pois a demonstração da inadequabilidade das mesmas é imprescindível para fortalecer a ideia da modificação legislativa. A primeira delas diz respeito à “Santidade da Vida Humana”, que defende o ideal de que não cabe ao ser humano intervir em nenhum tipo de vida, uma vez que a mesma é um dom divino, intocável. A segunda é a da “Ladeira Escorregadia”, expressão muito utilizada na Bioética para definir que alguma mudança de comportamentos e valores representaria um risco moral. Neste caso, a autora explica:

A premissa da ladeira escorregadia sustenta que uma maior tolerância da legislação que rege o aborto provocaria uma flexibilização moral no campo da reprodução. Ou seja, se neste momento é o aborto o que se discute, adiante seria o infanticídio e, mais adiante, a eutanásia neonatal, por exemplo. (DINIZ e RIBEIRO, 2003)

A última hipótese diz respeito à “Potencialidade”, que entende que há uma relação de continuidade entre um feto, uma criança e um adulto, de modo que o ser humano dentro do útero já seria um indivíduo, e um atentado à sua vida já seria, poia, um atentado a um indivíduo com direitos e prerrogativas sociais como qualquer outro. O impacto das três premissas pode ser resumido em apenas um argumento: a de que a vida humana, qualquer que seja o seu estágio de desenvolvimento, é bem inalienável, de modo que o aborto seria prática imoral por ser um desrespeito a este bem. (DINIZ e RIBEIRO, 2003)

No entanto, para Diniz, há um limiar entre o aborto por anomalia fetal e outras formas de aborto voluntário, qual seja: a total ausência de potencialidade de vida extrauterina pelo fato de o feto possuir doença que o torna inviável. A autora, portanto, defende que o fundamento do direito à vida do feto inexistente nos casos de inviabilidade pois não há vida em potencial a ser defendida, de modo que as três premissas defendidas por aqueles que se mostram contrários a essa prática não podem vir a se aplicar a questão da interrupção seletiva do parto.

Além disso, retomando a ideia de que avanços científicos geralmente levam a dilemas éticos, mesmo entre aqueles que acreditam haver direito à vida para fetos inviáveis, não se pode falar em proteção absoluta aos mesmos, pois a Bioética também existe para defender ideais como o da dignidade e autonomia humana. Na medida em que o aborto de feto inviável gera conflito entre estes preceitos, não se pode usar a norma moral geral do “não matarás” para resolver a questão, uma vez que os princípios bioéticos são apenas diretrizes, e não verdades absolutas. (TESSARO, 2008)

3.2.2 Considerações jurídicas

O Código Penal Brasileiro prevê apenas duas excludentes de tipicidade para o aborto: risco de vida para a gestante e gravidez resultante de estupro. Por meio de decisão na ADPF 54, temos uma terceira opção, que diz respeito ao aborto de feto com diagnosticada anencefalia. A discussão no Congresso Nacional a respeito do aborto é patente, e já vem de certo tempo. Marta Suplicy, no ano de 1996, apresentou ao Congresso o Projeto de Lei nº 1.956, que, em seu art. 1º, determinava o seguinte:

Fica autorizada a interrupção da gravidez, quando o produto da concepção não apresentar condições de sobrevivência em decorrência de malformação incompatível com a vida ou de doença degenerativa incurável, precedida de indicação médica, ou quando por meios científicos se constatar a impossibilidade de vida extrauterina. (BRASIL, 1996)

Ao escrever a justificativa para o referido projeto de lei, a então deputada apontou para uma questão de extrema relevância: a defasagem de legislação penal a respeito do aborto. Ora, quando as excludentes de ilicitude previstas no Código Penal foram propostas, em 1940, não se conheciam métodos de checagem fetal que justificassem a inclusão do aborto por motivo de anomalia fetal dentre as possibilidades de permissão do aborto. Dessa forma, defende que é necessário que as leis brasileiras se adaptem aos avanços da ciência, como já é realidade em todos os países onde as técnicas de diagnóstico fetal foram implantadas, para que as

mães que – nas palavras da autora –, se tornam “caixões ambulantes”, possam decidir a respeito da manutenção – ou não – da gravidez. (BRASIL, 1996)

Na oportunidade, Marta Suplicy ainda foi taxativa ao afirmar que “é tortura obrigar uma mãe, contra sua vontade, a manter uma gravidez por vários meses se o resultado final for o óbito do nascituro”, posicionamento sobre o qual nos aprofundaremos mais adiante. Segundo o projeto de lei, naquela época, já haviam sido emitidos cerca de 350 alvarás judiciais autorizando a interrupção, porém, o embate com o judiciário não deveria ser necessário, mostrando-se como apenas mais um entrave no já penoso caminho percorrido pelo casal que recebe um diagnóstico de anomalia fetal incompatível com a vida. A deputada finaliza alegando que o objeto de seu projeto de lei é um direito das mulheres, e que “há um entendimento tanto na área médica quanto na área jurídica, de que este direito se consolide no país”.

As permissões ao aborto já previstas legalmente estão devidamente respaldadas pelo fato de as hipóteses se caracterizarem como estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa da gestante. Atualmente, já existem movimentos para que seja incluída como permissivo legal a modalidade do aborto piedoso, que contemplaria os casos de anomalia fetal grave. Ora, se o ordenamento jurídico brasileiro autoriza o aborto em caso de risco de vida para a gestante mesmo que o feto seja viável, não há qualquer sentido em inadmitir a interrupção da gravidez em caso de incompatibilidade com a vida. Geraldo Franco, citado por Anelise Tessaro, explica:

Em suma: se o legislador ordinário admitiu o aborto necessário, independentemente das condições de saúde do feto, tenho que no espírito de seu posicionamento, admitiu igualmente a interrupção da gravidez no caso de impossibilidade de vida do feto após o nascimento, cujo diagnóstico prévio hoje é possível.

Assim, depreende-se desta análise, novamente, a ideia de que o aborto em casos de inviabilidade fetal só não está permitido pela legislação brasileira em virtude da inexistência de técnicas diagnósticas na época em que nosso Código Penal foi editado. Prossegue o autor:

Por outro lado, se permitiu, há mais de cinquenta anos, com reconhecida e necessária coragem, o aborto sentimental,

independentemente dos riscos de vida à mãe e das condições do feto, admitiu como possível, havendo risco à saúde física ou psíquica da mulher (e não só à vida), bens individuais que necessitam de igual tutela, o aborto do feto sem possibilidade de vida autônoma.

Aqui, o autor demonstra haver conflito entre os direitos da gestante e os do feto inviável, chamando atenção para o fato de que não se pode focar a análise da questão apenas nos direitos do nascituro, uma vez que os direitos da mulher grávida também são objeto de tutela jurídica. Conclui o autor, portanto, que “essa interpretação parece mais condizente com o intuito da lei, não atenta contra o direito à vida e se reveste, creio, de ponderáveis contornos humanitários”.

Diaulas Ribeiro, por sua vez, realiza uma análise da raiz da legislação proibitiva do aborto, afirmando que, no princípio, a prática era livre de penas. No entanto, não era livre de riscos à vida e à saúde da mulher, uma vez que a falta de regulamentação gerava a realização de abortos sem as condições sanitárias devidas, de modo que a mortalidade feminina no aborto superava até mesmo a do parto. Assim, a fim de proteger as mulheres deste risco, o aborto foi criminalizado, na expectativa de que a pena de prisão fizesse cessar a morte de gestantes. O autor comenta, ainda, uma alternativa a simples penalização da prática do aborto:

Alguns sistemas jurídicos encontraram solução mais lógica: para preservar essas mulheres, bastava proibir o aborto realizado sem as condições sanitárias adequadas. Se praticados em condições clínicas ideais, não haveria razão para a proibição. (DINIZ e RIBEIRO, 2003)

Aqui, percebe-se que o autor defende que o ideal seria encontrar a medida mais eficaz para a proteção do bem jurídico tutelado pela norma, não havendo sentido em uma norma excessivamente restritiva se o que se queria era proteger a vida e a saúde das gestantes. Contudo, o autor continua sua análise demonstrando que a proibição do aborto teve sua motivação remodelada com o passar do tempo:

No princípio, não se protegia homens e mulheres potenciais, aqueles que não nasciam. Protegia-se a mulher. Hoje, o aborto continua sendo objetos de restrições, muitas restrições, no caso do Brasil. Entretanto, como há técnicas seguras para realizar o aborto e preservar a vida e a saúde da mulher, as razões das restrições já não são mais as mesmas. Uma lei antiga sofreu uma hermenêutica nova: a hermenêutica do desamparo, do abandono e do preconceito. (DINIZ e RIBEIRO, 2003)

Segundo Ribeiro, há de se refutar a influência desta interpretação coberta de preconceitos e crenças pessoais em nossa legislação penal, na medida em que esta fornece espaço o suficiente para que seja realizada análise mais justa e democrática de seu texto. Assim, o autor propõe que seja utilizado este espaço para fins de reajustar a norma posta no Código Penal aos ideais constitucionais de um Estado Democrática de Direito, especialmente no tocante à questão do aborto nos casos em que existe o diagnóstico de inviabilidade extrauterina.

O autor continua sua análise fazendo referência ao nexo de causalidade existente entre a conduta praticada e o resultado naturalístico produzido. No crime de aborto, o resultado punível é a morte do feto, e para que alguém seja responsabilizado por isso, é necessário que sua ação possua relação de causalidade com a frustração daquele que está para nascer. No entanto, defende Ribeiro, este nexo de causalidade inexistente nos casos em que o produto da concepção não apresenta condições de permanecer vivo fora do útero, pois o feto perece em virtude da doença que inviabiliza sua vida em separado do corpo da mãe, e não da interrupção da gravidez em si.

Ao falar sobre o estado de necessidade, ainda, o autor questiona o conceito de “perigo atual”, na medida em que, neste caso, não corresponderia apenas a ação presente, mas também a uma ideia de “perigo permanente”, que decorre de um processo causal longo, permitindo, portanto, que o dano ocorra a qualquer momento deste. No caso da gravidez de feto inviável há um risco permanente à saúde da mulher, ainda que o mesmo não seja iminente, uma vez que gestações nas quais o feto apresenta alguma anomalia são normalmente mais propensas ao aparecimento de alguma complicação. Além disso, há de se analisar o risco à saúde mental da gestante, para fins de estado de necessidade. Ribeiro, inclusive, equipara a proibição do aborto de feto inviável à prática de tortura, perspectiva sobre a qual falaremos mais para frente. A saber:

Manter a gravidez de um feto com inviabilidade extraordinária seria mais uma violência a se impor à mulher. Que a legislação a obrigue a manter um filho contra a sua vontade já é uma agressão; obriga-la a manter um *nado-morto* ou um *neomorto* seria uma violência semelhante a uma tortura. E, nesse caso, não é exagero lembrar que a Constituição Federal proíbe toda a forma de tortura. (DINIZ e RIBEIRO, 2003)

A conclusão a que chega o autor é a de que o interesse tutelado pela sociedade ao punir o aborto não é o fenômeno da gravidez como um fato em si mesmo, mas sim a potencialidade de vida que se desenvolve no útero materno. Dessa forma, não há qualquer sentido em proibir o aborto quando o feto é inviável, pois o bem jurídico tutelado por este tipo penal simplesmente não existe. (DINIZ e RIBEIRO, 2003)

3.3 DOENÇAS EM ESPÉCIE E SEU POTENCIAL PARA INVIABILIZAR A VIDA EXTRAUTERINA

O ordenamento jurídico brasileiro, como já previamente mencionado, permite a interrupção da gravidez de feto anencefálico. Contudo, existem outras malformações fetais que, igualmente, inviabilizam a sobrevivência extrauterina do conceito, levando a gestante a enfrentar todo tipo de sofrimento por saber que seu filho não tem possibilidade de permanecer vivo. A seguir, faremos a análise de algumas destas doenças, focando principalmente em seu potencial letal para aqueles que são acometidos por elas. É importante ressaltar, no entanto, que a referida análise se apresenta como um rol meramente exemplificativo, a fim de demonstrar que não apenas a anencefalia é condição que impossibilita a sobrevivência extrauterina do feto.

3.3.1 Agenesia Renal Bilateral

A agenesia renal bilateral consiste na ausência completa dos rins e do ureter, proveniente de falha no desenvolvimento do ramo uretérico, ou degeneração precoce. As crianças que possuem esta deficiência têm aparência facial característica: olhos separados, orelhas em posição baixa, nariz largo e achatado, queixo recuado e defeito nos membros. A maior parte dos bebês vem a óbito pouco depois do nascimento, ou nos primeiros meses de vida (MOORE; PERSAUD; TORCHIA, 2008).

Essa anomalia também está associada a malformações no trato genital do concepto. Um estudo realizado em 2003 atestou que aproximadamente 50% dos fetos com agenesia renal apresentavam malformações de outros órgãos, além de deformidades de face e membros. Para fins de percentual de óbito, a referida pesquisa considerou a chamada displasia e a agenesia bilateral numa mesma categoria, o que resultou em 91% de morbidade (dez, entre onze analisados). (MACEDO, CONSONNI, *et al.*, 2003)

A ocorrência desta malformação do trato urinário, devido à imprescindibilidade dos rins para o funcionamento do corpo humano, inviabiliza completamente a vida. Os bebês vêm a óbito ainda dentro do útero e, aqueles que sobrevivem até o nascimento, vivem por poucos dias e acabam por sucumbir por insuficiência respiratória. (NORONHA, REICHERT, *et al.*, 2003)

3.3.2 Síndrome de Patau

A Síndrome de Patau, relatada pela primeira vez por Klaus Patau, é uma alteração cromossômica também conhecida pelo nome de trissomia do 13. Aqueles acometidos por esta anomalia apresentam como características clínicas a microftalmia (globo ocular pequeno), fronte inclinada, defeitos do couro cabeludo, fenda bilateral do lábio ou do palato, malformações graves no sistema nervoso e nas orelhas e saliência posterior dos calcanhares. (MOORE, PERSAUD e TORCHIA, 2008)

Esta síndrome é a terceira anomalia cromossômica mais comum, com incidência de 1 em 2206 a 1 em 7602 nascidos vivos. Além disso, a trissomia do 13 não apresenta nenhuma predisposição a um tipo específico de etnia, e acredita-se haver um número igual de conceptos do sexo feminino e masculino. Devido à grande mortalidade intrauterina, no entanto, no que diz respeito a porcentagem de nascidos vivos de cada um dos sexos, existe um ligeiro predomínio de bebês do sexo feminino, provavelmente causada por algum tipo de vantagem de sobrevivência. (BIANCHI, CROMBLEHOLME, *et al.*, 2010)

Como previamente mencionado, a Síndrome de Patau é extremamente letal, possuindo alta taxa de mortalidade intrauterina, além de um risco aumentado de pré-eclâmpsia para a gestante. Aqueles que conseguem resistir até o momento do parto apresentam média de sobrevida extrauterina de sete a dez dias. (BIANCHI, CROMBLEHOLME, *et al.*, 2010) Entre os nascidos vivos, a ocorrência de complicações cardiorrespiratórias representa a maior causa de mortalidade, apresentando taxa de 45% de óbito já no primeiro mês, e 70% no primeiro ano. (SOUZA, SOLAREWICZ, *et al.*, 2010)

3.3.3 Síndrome de Edwards

Também chamada de trissomia do 18, a Síndrome de Edwards se manifesta em recém-nascidos mediante sintomas como baixo peso, coloração azulada na pele ou nas mucosas, fenda facial, rins em ferradura, choro fraco, tremores e convulsões. É a segunda síndrome cromossômica mais frequente em seres humanos, e apresenta leve predomínio entre os indivíduos do sexo feminino. (SOUZA, SOLAREWICZ, *et al.*, 2010) Os indivíduos do sexo feminino são, também, aqueles que apresentam média de sobrevivência maior quando nascidos vivos, entre nove e 10 meses, enquanto aqueles do sexo masculino apenas sobrevivem por volta de um a dois meses. (BIANCHI, CROMBLEHOLME, *et al.*, 2010)

Existem três diferentes tipos da Síndrome: completa, parcial e mosaica. O primeiro é o mais comum, e é chamado “completo” pelo fato de que o cromossomo extra estar presente em todas as células do corpo; este tipo representa 85% das incidências. O segundo – parcial – ocorre muito raramente, quando apenas uma parte de um cromossomo extra está presente, representando aproximadamente 5% dos casos. Também extremamente raro, o terceiro tipo – mosaico – se manifesta quando apenas algumas células do indivíduo apresentam o cromossomo extra. Na literatura médica, existem alguns registros de pessoas com a trissomia do 18 mosaica que conseguiram sobreviver. (BIANCHI, CROMBLEHOLME, *et al.*, 2010)

No entanto, os números não são promissores. A possibilidade de sobrevida para aqueles que recebem o diagnóstico é extremamente limitada, associado com

elevada taxa de óbito ainda no útero. Segundo a literatura médica, o assustador número de 95% dos conceptos com esta síndrome morrem como embriões ou fetos, e, dentre os que nascem, apenas 5 a 10% vivem um ano completo. A probabilidade de um bebê com Edwards sobreviver até o primeiro mês de idade é de 38,6%. (SOUZA, SOLAREWICZ, *et al.*, 2010)

3.3.4 Síndrome de Body-Stalk

Diferente de Edwards e Patau, a Síndrome de Body-Stalk não está associada a anormalidades cromossômicas. A referida malformação é muito incomum, extremamente fatal, e seu diagnóstico pode ser feito por meio de ultrassonografia entre onze e catorze semanas. Algumas de suas características são deformidades nos membros e defeitos craniofaciais. (TAVARES; DOMINGUES *et al.*, 2015). A referida síndrome se caracteriza, ainda, pela ausência ou encurtamento do cordão umbilical, com os seus órgãos abdominais e torácicos do lado de fora da cavidade abdominal, dentro de uma espécie de saco amniótico ligado diretamente à placenta. (BIANCHI, CROMBLEHOLME, *et al.*, 2010)

O diagnóstico pré-natal apresenta, também, uma maciça abdominosquise – condição na qual há um defeito na formação da parede abdominal – e severa cifoescoliose – desvio duplo lateral e posterior da coluna vertebral. A condição não tem qualquer raiz hereditária, nem decorrência da combinação de genes incompatíveis, e não há registros de recorrência em gestações posteriores, de modo que a síndrome é considerada simplesmente aleatória. (BIANCHI, CROMBLEHOLME, *et al.*, 2010) Devido a sua letalidade, mediante diagnóstico correto, a gravidez deveria ser interrompida de imediato, uma vez que não há qualquer tratamento médico que possa vir a reverter o conjunto de malformações que são inerentes à doença. (KOCHERLA; KUMARI; KOCHERLA, 2015).

3.4 A INADEQUAÇÃO DA TERMINOLOGIA “ABORTO EUGÊNICO” EM REFERÊNCIA AO ABORTO DE FETO INVIÁVEL

As ideias raciais do século XIX trouxeram para as aspirações do homem o aumento da potencialidade humana em todos os seus atributos, no sentido de evolução da espécie. Nesse sentido, o estatístico, psicólogo e naturalista inglês Francis Galton foi quem primeiro cunhou, em 1869, o conceito de “eugenia”, por meio de seu livro “Hereditary Genius”¹. O autor é, portanto, considerado o fundador do chamado “melhoramento racial humano” (MASIERO, 2005).

Para fins de garantir o melhor aproveitamento da espécie humana, Galton dividiu seu estudo em duas iniciativas diametralmente opostas: a eugenia positiva e a eugenia negativa. A primeira consistiria no fornecimento de maiores incentivos de natureza material àqueles que demonstrassem maiores aptidões em áreas como artes, esportes, ciências e economia, para garantir que os mesmos, em virtude de sua evidente “qualidade racial”, pudessem gerar mais descendentes. A segunda, por outro lado, identificava indivíduos que apresentassem alguma predisposição a problemas físicos ou mentais, determinando que os mesmos deveriam se abster de procriar, podendo o Estado, inclusive, encarregar-se de evitar a reprodução de tais pessoas (MASIERO, 2005).

O autor defendia ter encontrado a melhor forma de influenciar na evolução humana, de modo que tomou para si a função de levar a espécie pelo caminho até a sua potencialidade máxima. As pesquisas de Galton o levaram, inclusive, a concluir que existia superioridade na capacidade intelectual da raça branca em comparação com a negra, embora não se considerasse racista (MASIERO, 2005).

A expressão “aborto eugenésico ou eugênico” foi criada durante a Primeira Guerra Mundial, por ocasião das mulheres estupradas por soldados de outros países, a fim de tornar legítimo o direito das mesmas de interromper essa gestação. Esta espécie de aborto tinha por função impedir que eventuais doenças hereditárias provenientes de estrangeiros fossem disseminadas em outros países. Os nazistas se apropriaram da referida ideia para a promover a chamada “higiene racial”, e então

¹Gênio Hereditário.

garantir a supremacia da raça ariana, o que confere ao termo uma forte e compreensível carga de reprovação moral. (TESSARO, 2008)

Considerando o conceito e a carga moral presente nesta terminologia, é evidente que a mesma não pode ser empregada para a hipótese de interrupção de uma gestação de feto inviável. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, por ocasião do julgamento da ADPF 54, já se posicionou de forma contrária a essa expressão, por considerar que a mesma possui “indiscutível viés ideológico e político”. O aborto eugênico pressupõe a ideia de defeitos que “enfraquecem a espécie” e, para isso, estaria se falando da total possibilidade de sobrevivência após o nascimento. Em seu voto, Marco Aurélio defende:

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 congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivência extrauterina (STF, 2012).

Dessa forma, utilizar o argumento do combate à eugenia para se opor a interrupção de gestação de fetos com anomalias incompatíveis com a vida é até mesmo um desrespeito às pessoas deficientes e a sua luta. Na oportunidade, a jornalista Cláudia Werneck, que trabalha pela inclusão na sociedade de pessoas deficientes, afirmou que “é impossível constatar discriminação com base na deficiência quando não há expectativa de vida fora do útero”. (STF, 2012)

Na mesma linha segue Débora Diniz, em entrevista concedida à revista Época em julho de 2004. A antropóloga conta que tinha medo de que sua defesa ao aborto por anomalia fetal repercutisse de maneira negativa na luta dos deficientes físicos, mas percebeu, ao conversar com uma mulher deficiente, que não estava se referindo a eles, uma vez que o centro da luta dos deficientes é pelo direito à cidadania, e representa uma enorme falta de respeito comparar esta luta a fetos sem qualquer possibilidade de sobrevivência. (BRUM e DINIZ, 2004)

Diniz, ainda, em escrito produzido em conjunto com Marcos de Almeida, traz a definição de Interrupção Eugênica da Gestação. A saber:

São os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores

racistas, sexistas, étnicos, etc. Comumente, sugere-se o praticado pela medicina nazista como exemplo de IEG quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras. Regra geral, a IEG processa-se contra a vontade da gestante, sendo esta obrigada a abortar (DINIZ; ALMEIDA, 1998).

Ora, tal definição nos mostra claramente que não há que se falar em aborto eugênico nos casos de anomalia fetal, pois não há qualquer motivação de cunho discriminatório nestes casos. Os autores prosseguem sua análise com uma diferenciação entre “Interrupção Eugênica do Parto” e “Interrupção Seletiva do Parto” sendo esta última justificável em virtude de patologias fetais incompatíveis com a vida. Para os autores, igualar os dois conceitos representa uma nítida confusão entre as práticas, na medida em que o cerne da ideologia eugênica consiste no mais completo desrespeito à vontade e autonomia dos indivíduos, enquanto no aborto seletivo “não há a obrigatoriedade de se interromper a gestação em nome de alguma ideologia de extermínio de indesejáveis, como fez a medicina nazista” (DINIZ; ALMEIDA, 1998).

Assim, existe uma grande contradição e incoerência no uso do termo “aborto eugênico” para se referir a fetos inviáveis. Isto porque aqueles que defendem tal terminologia partem do princípio de que existe uma escolha entre os que podem ou não viver, em virtude de aptidões físicas e mentais. No entanto, aqui estamos tratando de embriões a respeito dos quais não há tal escolha, por causa da ausência de potencialidade de vida extrauterina. Portanto, o que se busca com este procedimento não é a triagem de indivíduos mais capacitados, mas sim “evitar um sofrimento desnecessário para a mãe, uma vez que inafastável a certeza da morte para aquele ser” (TESSARO, 2008).

4 O ENQUADRAMENTO DO ABORTO DE FETO INVIÁVEL COMO FATO (A)TÍPICO, À LUZ DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 124, descreve a conduta de “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”. (BRASIL, 1940) Temos, portanto, que a interrupção voluntária de uma gravidez constitui crime, nos termos da legislação penal vigente. No entanto, a descrição presente na lei diz respeito apenas à tipificação formal da conduta, ou seja, à dimensão objetiva do fato típico.

O Direito, contudo, como ciência mutável e altamente moldável às alterações sociais, não pode se contentar com o formalismo que seria reduzir a tipicidade penal à mera subsunção do fato à letra de lei. A Teoria Constitucionalista do Direito Penal, assentada na importante associação entre Direito Penal e Constituição, traz a ideia de que não pode haver fato típico sem que haja lesão ou concreto perigo de lesão ao bem jurídico, que se consubstancia num resultado jurídico relevante. Tal teoria traz o ideal de “ofensa” para dentro da tipicidade, demonstrando que uma conduta não pode ser tipificada se o seu efeito não representar um risco transcendental, grave e intolerável ao bem jurídico. Assim, conclui-se que a mera identificação entre a conduta descrita na norma e aquela praticada pelo agente não pode ser suficiente para garantir a sua caracterização como fato típico (GOMES, 2008).

Tal concepção nos leva a entender, no que diz respeito à interrupção da gravidez de feto inviável, que o simples fato de se adequar a descrição normativa do crime de aborto não torna a conduta imediatamente tipificada. Em 2012, o Supremo Tribunal Federal, em decisão referente a ADPF 54, declarou inconstitucional “a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro” (STF, 2012), de modo que, atualmente, já existe uma hipótese de afastamento da tipicidade do abreviamento da gestação em um caso de malformação fetal. Segundo a ginecologista e obstetra Maria Laura Porto (2017):

Outras anomalias congênicas incompatíveis com a vida extrauterina são capazes de gerar jurisprudência nessa área. Estudo realizado por pesquisadores pernambucanos demonstrou que mais de 20% das gestações de fetos com anomalias congênicas terminam em abortamento espontâneo, e que os 80% restantes irão nascer vivos ou mortos, resultando em uma proporção de 3% a 5% de recém-

nascidos portadores dessas anomalias que permanecem vivos após o nascimento.

Assim, pretende-se analisar a questão da tipificação da interrupção da gravidez nos casos de anomalias diversas da anencefalia, mas que, igualmente, tornam inviável ao feto a sobrevivência após o nascimento, sob a ótica da Teoria da Tipicidade Conglobante.

4.1 A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE, DE EUGENIO RAUL ZAFFARONI

Nos últimos anos, a dogmática penal vem sofrendo duras críticas sociológicas, o que acabou por gerar um quadro bastante desconcertante para esta, uma vez que parece não ser capaz de assimilar a referida crítica. Em virtude disso, já existem autores expressando opiniões de que a dogmática deveria até mesmo deixar de existir. Mesmo que hajam posicionamentos menos radicais, parece que estes ainda não são precisos o suficiente para permitir a superação da seguinte controvérsia: para alguns, as estruturas dogmáticas devem ser mantidas através de uma moderação de crítica, relegando esta à condição de mera expectadora do seu objeto. No entanto, a questão vai muito além do quanto severas são as críticas, sendo, na verdade, uma análise a respeito da deslegitimação do sistema penal, uma vez que, se este perdeu a legitimidade, não há qualquer respaldo para a dogmática penal. (ZAFFARONI, 1993)

Zaffaroni explica que aqueles que defendem a deslegitimação do sistema penal vigente tendem a se dividir em duas linhas de pensamento: a primeira rejeita os sistemas penais contemporâneos e constrói a ideia de um “Direito Penal Mínimo”, por meio de argumentos que remontam ao Iluminismo; a segunda, por sua vez, despreza a ideia do exercício do poder penal de uma maneira geral, defendendo que este deveria sucumbir – o chamado Abolicionismo. No que diz respeito ao continente europeu, esta controvérsia pode ser debatida por um tempo considerável, uma vez que os níveis de violência destes países não fazem da discussão acerca da falência do sistema penal algo urgente. Na América Latina, por outro lado, a questão é imediata, em virtude dos altos níveis de violência com os quais estes países

precisam lidar. No entanto, o autor chama a atenção para o fato de que a atuação do sistema penal nunca foi legitimada, ela era apenas tolerada pela esperança de que os problemas que se propunha a resolver seriam defeitos de curto prazo.

O sistema penal latino-americano é tão perverso que, mesmo conscientes disso, os aplicadores encontram-se incapazes de se libertar dele. Ora, tal situação é o que torna a resolução da controvérsia mais emergente na América Latina, sendo necessário que se olhe a questão sob o prisma da honestidade intelectual: é preciso admitir que nossos sistemas penais são simplesmente genocidas. Eles destroem física e psicologicamente todas as pessoas envolvidas nele – não só os ditos criminosos, mas também seus agentes –, são a causa direta de um imenso número de mortes, e a causa indireta de mais outras tantas, tudo isso sob a falsa máscara da capacidade de resolver conflitos sociais.

Mas como corresponder a essa urgência? Ao tentar chegar a essa resposta, Zaffaroni parte de uma pergunta: “Se o exercício do poder do sistema penal está deslegitimado, não será possível salvar a dogmática jurídico-penal e elaborá-la a partir de um discurso que considere a realidade na qual ela se insere?”² O autor acredita que sim, é possível. Para ele, a dogmática jurídico-penal que conhecemos está contaminada por uma ideia de onipotência, que é o seu grande pecado, e é desta ideia que decorre o discurso de que a dogmática deve legitimar o exercício do poder de toda a Justiça Criminal. No entanto, tal poder não pode ser legitimado em sua totalidade, na medida em que ele é seletivo. Essa seletividade decorre de três elementos distintos reconhecidos pela Dogmática Jurídico-Penal: os legitimantes, os pautadores e os negativos limitadores. (ZAFFARONI, 1993)

O primeiro tem a função de racionalizar o poder exercido pelo sistema penal, que, em função da característica modernizadora incorporativa da sociedade industrial, foi trazido ao nosso alcance, de modo que nos utilizamos dos mesmos discursos centrais, apesar da diferente função que o sistema penal cumpre em nossa periferia. O segundo elemento, por sua vez, diz respeito a orientação das decisões judiciais, haja vista que toda a construção dogmática pressupõe a existência de regras que tornem o exercício do poder jurídico mais previsível e

²Traduziu-se.

racional. Ambos os elementos estão intimamente ligados, pois a função pautadora encontra-se de tal modo subordinada à função legitimadora, até o ponto de estar praticamente imersa nela.

Os elementos negativos limitadores, por sua vez, efetuam, a seu modo, um importante papel legitimante, ainda que não sejam um fato legitimante propriamente dito. Ora, todo conhecimento decorre de um discurso que precisa estar bem delimitado, para a melhor compreensão do objeto estudado. O que permanece dentro desses limites é o que Zaffaroni chama de “horizonte de projeção” de um conhecimento ou “ontologia regional” (delimitação de um campo de ser). Geralmente, os horizontes de projeção explodem e geram novos horizontes ou “revoluções epistemológicas”. A Dogmática jurídico-penal é tão ponderada que os limites de seu horizonte de projeção são cuidadosamente estabelecidos pelos aplicadores da lei penal. (Zaffaroni, 1993) Como exemplo, temos o seguinte: o conceito de punição, muitas vezes, é trazido pela legislação, ou seja, cabe àquele que elaborou a lei decidir o horizonte de projeção deste conhecimento em específico. Segundo o autor, do conceito de punição, decorre todo o sistema penal e todos os conceitos atinentes ao Direito Penal. (ZAFFARONI, 1998)

Para Zaffaroni, a solução seria abolir as funções legitimante e negativa, deixando apenas a pautadora. Isto porque seria possível uma construção dogmática que estabelece pautas de maneira racional, considerando um planejamento do exercício reduzido de poder do órgão judicial, ou seja:

Um conjunto de regras decisórias de uma estratégia para reduzir a violência no sistema penal, como um objetivo imediato, sem prejuízo de um objetivo mediato, remoto ou utópico, que seria a abolição do sistema penal e sua substituição progressiva por diferentes modelos de resolução de conflitos. O dogmático que opera assim seria um inimigo do sistema penal, mas não um abolicionista.³ (ZAFFARONI, 1993)

Além disso, o sistema penal também é violento na medida em que limita o Direito Penal à função de meramente reprovar resultados, sem abordar a inutilidade de tal comportamento. O direito penal não pode nunca punir um fato ou conduta sem

³ Traduziu-se

analisá-lo como um objeto multifacetado, isto é, não pode reprimir apenas o resultado (lesão ou perigo de lesão), haja visto que o resultado decorre de uma conduta; de outra banda, não pode reprimir apenas a conduta, sem avaliar o resultado produzido por ela, pois não há conduta sem resultado, e Direito Penal deve se ocupar apenas das condutas que produzem resultados relevantes, que ofendam bem jurídicos passíveis de tutela penal. (ZAFFARONI, 1998)

Dessa forma, o autor nos traz a noção de que a identificação daquilo que merece tutela penal perpassa não apenas a conduta em si, mas o resultado produzido por ela, no sentido de que é necessário que a suposta lesão a bem jurídico seja penalmente relevante para que o sistema penal possa vir a agir. De tal raciocínio decorre a chamada Teoria da Tipicidade Conglobante proposta por Zaffaroni, que realiza uma análise mais segmentada do fato típico, trazendo à baila o conceito de antinormatividade para falar do que seria efetivamente abarcado pela tipicidade. Em linhas gerais, a teoria do jurista argentino pode ser resumida pelo seguinte enunciado: “o que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra” (GOMES, 2006).

É importante ressaltar, aqui, o fato de que a Teoria da Tipicidade Conglobante, já há muito tempo, é devidamente aceita nos tribunais brasileiros, de modo que trazer sua análise para dentro do Direito Brasileiro é totalmente pertinente. Vejamos trecho de voto proferido pela Desembargadora Jane Silva, do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais:

Realmente não basta a tipicidade formal, que é a subsunção total da conduta à definição legal, para que se considere a figura, havendo necessidade da apuração da tipicidade conglobante. Para que haja tipicidade conglobante é necessário não só que a conduta do agente fira a norma, como esteja presente a tipicidade material, que constitui, no dizer de Rogério Greco, “um critério material de seleção do bem a ser protegido”. (TJ-MG, 2006)

No que diz respeito especificamente aos tipos dolosos, Zaffaroni os traz em seus aspectos objetivo e subjetivo. Este primeiro é dividido em duas funções: sistemática e conglobante. O tipo objetivo sistemático abrange a análise da lesividade e imputação da conduta, na medida em que cuida de alterações operadas no mundo exterior pela conduta delitiva, bem como nexos causais de tal conduta e as

referidas alterações. O tipo conglobante, por sua vez, cuida de uma exigência de não contradição entre as normas do sistema jurídico de uma maneira geral. Dessa forma, tal aspecto opera sobre as condutas que, ainda que se encaixem na mera descrição gramatical do tipo penal, a ordem normativa não quer e não pode proibir, demonstrando que tal tipificação não se coaduna com o sistema jurídico como uma entidade una e global (BRODT, 2010).

Como já previamente mencionado, o conceito de “antinormatividade” nasce desta ideia de que o simples encaixe entre a conduta e a descrição legal do tipo, bem como a relevância da possível lesão, não seriam suficientes para a caracterização da tipicidade penal. Tal conceito se traduz basicamente na concepção de que, ainda que uma conduta em concreto se ajuste à descrição do tipo, ela não necessariamente está proibida pela norma que a tipifica, uma vez que podem existir outras normas que autorizem, incentivem ou até mesmo ordenem o suposto comportamento criminoso, o que seria uma incoerência se tomarmos como premissa a unidade do ordenamento jurídico (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

A antinormatividade, dessa forma, é vista como uma etapa posterior ao juízo de tipicidade, o que significa dizer que, uma vez confirmada a tipicidade legal da conduta – ou seja, a sua adequação ao que está descrito na letra da lei – é necessário que se realize “uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico” (Zaffaroni e Pierangeli, 2015) Dessa forma, uma conduta só é típica quando é, também, antinormativa.

Zaffaroni (2015) traz a antinormatividade como uma forma de fulminar incoerências na ordem normativa, na medida em que desloca para o âmbito da tipicidade a tarefa de derrubar o caráter criminoso de condutas que anteriormente só seriam tratadas no âmbito da antijuridicidade. Isto porque, quando admitimos que certas condutas sejam classificadas como típicas, para depois avaliar sua possível antijuridicidade, estamos dizendo que existe a possibilidade de um mesmo conjunto de normas tipificar e autorizar uma determinada ação, o que não seria razoável do ponto de vista da coerência das normas na condição de membros de um mesmo organismo. A função da antinormatividade é, pois, traçar a extensão do que é

efetivamente proibido pela norma, evitando que um mesmo sistema legal traga comandos contraditórios.

A tipicidade conglobante é, assim, um corretivo da tipicidade legal, reduzindo aquilo que o autor chama de “âmbito de proibição aparente”, ou seja: a tipicidade conglobante nos mostra o que, de fato, está proibido por um determinado dispositivo legal, evitando, assim, que “uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta”.

Além disso, a Teoria da Tipicidade Conglobante somente aceita que uma conduta seja considerada típica se houver de fato uma lesão ao bem jurídico, o que nos leva a uma redução da atuação do legislador penal, limitando-o. Ora, se precisamos sempre levar em conta o princípio da lesividade do bem jurídico para entender quais condutas representam de fato um perigo contra o mesmo, então o sistema jurídico não pode aceitar incriminações que imponham um conteúdo moral específico ou que sejam meramente simbólicas, já que estas não representam de fato uma ofensa aquele bem que se pretende tutelar. Dessa forma, se a tipificação de uma conduta é ineficaz para evitar que a mesma ocorra, então trata-la como crime é, sem dúvidas, uma ilegitimidade (ARÊDES, 2010).

Zaffaroni (2015) critica, ainda, a ideia de que, na colisão de deveres de hierarquia supostamente igual, o sujeito deve escolher qual deles pretende desrespeitar, incorrendo inevitavelmente em um ato antijurídico. O autor acredita que tal colisão é apenas aparente, pois sempre haverá um dever se sobrepondo a outro, já que a ordem jurídica não pode aceitar que a realização de uma conduta permitida, fomentada ou aceita implique no desrespeito a um outro comando de igual importância.

Do pensamento do criminalista argentino derivam-se, portanto, as seguintes conclusões: uma conduta só é típica se de fato ofende o bem jurídico que a norma escrita pretende tutelar, não bastando a simples subsunção do fato à norma para que configure um delito; o respeito a uma norma não pode culminar no desrespeito a outra norma do mesmo sistema, e se aparentemente isto ocorre, é porque não houve a análise apropriada a respeito de qual dos dois comandos melhor se coaduna com o Direito; o ordenamento jurídico precisa obedecer o dever de coerência e não contradição ao estabelecer seus comandos, sob pena de se tornar

apenas um amontoado de normas sem qualquer direcionamento real no sentido de proteger, de fato, o que se considera passível de tutela pelo Direito Penal (Zaffaroni e Pierangeli, 2015). Tendo isto em mente, passemos a analisar a questão da interrupção da gestação de feto inviável, à luz da teoria aqui em comento.

4.2 A PROIBIÇÃO DA INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO INVIÁVEL COMO UM MÉTODO DE TORTURA

A preocupação com a dignidade da pessoa humana se faz evidente em nossa Constituição Federal, após os tempos tenebrosos que a precederam, simbolizando um esforço em direção à redemocratização (Pagliaro, 2009). Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro como um todo apresenta um esforço global em coibir o crime de tortura, tipificando, inclusive, a conduta daquele que se omite ao saber que outro indivíduo foi ou está sendo vítima de tão vil prática.

A norma máxima brasileira, em seu artigo 5º, traz a repulsa à tortura em algumas oportunidades: logo no inciso III, que é cristalino ao determinar que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (Brasil, 1988), e no inciso XLIII, quando diz:

A lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática de tortura o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

No entanto, a Constituição dificilmente é o único documento normativo responsável por vedar a tortura. A Lei nº 8.072, de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, ratifica o comando constitucional quando indica, em seu art. 2º, que a prática de tortura é insuscetível de anistia, graça, indulto ou fiança. (BRASIL, 1990) De maneira ainda mais específica, temos a Lei nº 9.455, de 1997, que define os crimes de tortura. O referido diploma legal traz, no art. 1º, inciso II, hipótese de caracterização do crime de tortura:

Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico

ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (BRASIL, 1997).

No §2º do dispositivo supracitado, mais uma vez, o legislador pune também a omissão nos casos em que se toma conhecimento de que um indivíduo está sendo torturado. A saber: “aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos”. (BRASIL, 1997)

Datada do século XXVIII, temos a tão atual obra de Cesare Beccaria, (2012) “Dos Delitos e das Penas” – referência, ainda hoje, para os estudiosos do Direito Penal –, na qual o autor não mede palavras para condenar esta prática, tanto como meio de prova como de investigação. O jurista italiano é taxativo ao afirmar que um conjunto normativo que autoriza a tortura retira do ser humano o direito inalienável de se defender, incitando na vítima nada menos que o ódio de si mesmo.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2001), a preocupação em coibir a tortura levou a ONU a problemar duas convenções de combate à tortura: Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (OEA). Do ponto de vista da situação das mulheres como grupo oprimido, o Brasil determinou, por meio do Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996 (Brasil, 1996), a execução e cumprimento integral da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que é também chamada de “Convenção de Belém do Pará”. O artigo 4º da referida norma afirma que “toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos” (1994). Em seus incisos, a mesma descreve os desdobramentos desses direitos, tais como o direito a sua vida, integridade física, mental e moral, e, especialmente, o direito de não ser submetida a tortura.

No plano internacional, existe, ainda, a chamada “Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”,⁴ que, em seu art. 1º define o termo “tortura” da seguinte forma:

Entende-se por “tortura” qualquer ato por meio do qual se inflija dor ou sofrimento severos, físicos ou mentais, com propósito de obter informação ou confissão, de punir alguém, intimidar ou coagir, ou ainda por razões baseadas em qualquer tipo de discriminação, quando tal dor ou sofrimento são infligidos, instigados ou consentidos por um funcionário público, ou alguma outra pessoa em posição oficial⁵ (COMMITTEE AGAINST TORTURE, 1984, grifo nosso).

Ao falar em tortura motivada por todos os tipos de discriminação, a Convenção abre espaço para que se conclua que entende-se por tortura aquela que é motivada por razões de gênero, ou seja: praticada contra as mulheres pelo simples fato de serem mulheres. Dessa forma, resta mais do que evidente que tanto o nosso ordenamento jurídico quanto normas internacionais não medem esforços para coibir toda e qualquer espécie de tortura, com especial destaque para as convenções de Direitos Humanos que protegem as mulheres de forma específica contra esta prática. Tendo isto em mente, passemos a analisar a questão da interrupção da gravidez de feto inviável, e os motivos pelos quais a sua proibição pode vir a configurar uma espécie de tortura.

Uma mulher gestante vê seu corpo passar por alterações físicas e fisiológicas importantes. Tais ajustes são perfeitamente comuns ao período, mas devem ser encarados como sintomas de uma condição que, invariavelmente, afeta a saúde da mulher. As referidas modificações podem ser classificadas como “sistêmicas” ou “dos órgãos genitais”. (MONTENEGRO e REZENDE FILHO, 2014)

As modificações sistêmicas se espalham por todo corpo da mulher. A mudança começa em sua postura, pois o organismo já prevê a expansão de volume que virá a ocorrer, e se prepara para sustentá-lo. O metabolismo da gestante também se remodela por completo. O corpo passa a consumir menos glicose, uma vez que boa parte dela precisa ser destinada à nutrição do feto, e sua tendência a acumular lipídeos aumenta. A concentração de proteínas totais é reduzida, a

⁴Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Inumanas e Degradantes

⁵Traduziu-se.

retenção de líquidos amplia e o modo como o cálcio atua no organismo muda completamente. A mulher experimenta, ainda, alterações cardíacas, cardiovasculares, sanguíneas, respiratórias, anatômicas, endócrinas, além de hipertricose (excesso de pelos na face e em outras regiões) e hipertrofia de glândulas sudoríparas. (MONTENEGRO e REZENDE FILHO, 2014)

As modificações dos órgãos genitais, por sua vez, consistem em uma série de transformações em todos os órgãos que compõem o sistema reprodutor feminino, sob a influência do turbilhão de hormônios que percorre o organismo de uma mulher grávida. O útero, o colo, a vagina e a vulva expressam alterações tanto anatômicas quanto de seu pH, a fim de preparar a estrutura corporal para acomodar e proteger o ser que crescerá ali dentro. (MONTENEGRO e REZENDE FILHO, 2014)

Tais oscilações representam consequências que uma mulher precisa estar preparada e disposta a enfrentar, vez que o desconforto causado por muitas delas é por vezes incapacitante. Contudo, se gerar um feto saudável já é um desafio imenso, a situação se agrava de maneira exponencial quando existe alguma doença ou má-formação. Um estudo realizado em 2010 concluiu que a gestação de fetos com anomalias graves representa um agravo a saúde das mães, apontando problemas como hipertensão, diabetes gestacional, polidrâmnio (aumento do volume de líquido amniótico, gerando risco de insuficiência renal ou cardíaca, bem como desconforto respiratório) e, em alguns casos, até mesmo a histerectomia (retirada do útero) (SALA; ABRAHÃO, 2010).

Como se não bastassem todas as implicações físicas, ainda existem condições emocionais e psicológicas muito delicadas. Estar grávida é um estado muito sensível para qualquer mulher, e todo o seu psicológico passa a convergir para a ideia de que, dentro de poucos meses, sua vida mudará para sempre em virtude do ser vivo que está para chegar. Deolinda Fróis (2012) é certa ao delinear este processo de aceitação da maternidade:

Ao longo dos nove meses de gestação, ocorrem alterações do ponto de vista psicológico que permitem a construção e consolidação do projecto de maternidade de forma progressiva: a mulher prepara-se para ser mãe ensaiando papéis e tarefas maternas, liga-se afetivamente à criança e inicia o processo de reestruturação de relações para incluir o novo elemento, aprendendo a aceitá-lo como uma pessoa única e com vida própria.

Assim, a gravidez é um processo de amadurecimento psicológico constante para a mulher que carrega o filho no ventre, um processo de preparação e de ansiedade, no qual ela permanece imersa durante todas as semanas que precedem o parto. Uma mulher grávida convive com pessoas que lhe perguntam a respeito de seu filho, de seus planos e perspectivas tanto pessoais, quanto referentes a aspectos da criação daquele indivíduo que está por vir. Não restam dúvidas, portanto, que estar grávida representa um grande dispêndio psicológico e emocional para a mulher (SUAREZ, 2018).

Tal situação se converte num verdadeiro martírio quando existe um diagnóstico de malformação fetal, que inviabiliza a vida extrauterina. A notícia de que existe um defeito no tão esperado filho é recebida como a destruição de um sonho, uma tragédia que repercute na vida do casal de maneira dramática e violenta. (Fróis, 2012) Mariana Zeferino, em sua tese de doutorado, aponta um crescimento do índice de depressão entre mulheres que passaram por um abortamento, demonstrando que, quando é caso de alguma malformação, elas se tornam ainda mais vulneráveis e sua autoestima despenca. Essas mulheres têm medo de passar por outra gravidez como aquela, e precisam de cuidados não apenas físicos. A pesquisadora constata, também, que os profissionais de saúde não lidam com as sequelas emocionais daquela mulher que está vivendo um luto, apenas com as físicas (ZEFERINO, 2010).

Mulheres que passaram pela experiência de gerar um bebê que está fadado a não sobreviver descrevem até mesmo impulsos suicidas, uma vez que a situação é tão traumática que a própria vida acaba por perder o valor. Outras afirmam que choram dias e noites inteiras, até mesmo em seu local de trabalho, e precisam lidar com perguntas a respeito da gravidez, bem como pessoas tocando sua barriga como se dentro dela crescesse um feto saudável, o que só piora o sofrimento. Além disso, as perguntas não cessam após o parto e posterior óbito do bebê, uma vez que as pessoas que viram a mulher grávida agora perguntam pelo filho, forçando a todo momento que ela reviva a tragédia pela qual foi obrigada a passar (SUAREZ, 2018).

Nosso Código Penal inclui como hipótese de justificação do referido crime o chamado “aborto sentimental”. Nas palavras de Hungria, (1955) ainda nos anos 50,

“nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa”. Estamos, aqui, falando da possibilidade de interromper a gravidez de um feto plenamente saudável, para fins de preservar a sanidade mental da mulher que o carrega. Por que, então, ainda hoje, mulheres grávidas de fetos inviáveis se veem obrigadas a suportar o sofrimento que representa levar esta gestação até o fim?

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal realizou, por meio da ADPF 54, interpretação conforme a Constituição dos artigos que tipificam o aborto no Código Penal, para declarar inconstitucional aquela segundo a qual a interrupção de uma gravidez de feto anencéfalo seria conduta típica. Um dos grandes argumentos para tal decisão foi justamente o sofrimento causado pela situação. Vejamos:

A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana.

Amparado pelo entendimento de diversos profissionais da área de psicologia e psiquiatria, o ministro relator prossegue sua análise:

Impedida de dar fim a tal sofrimento, a mulher pode desenvolver, nas palavras do Dr. Talvane Marins de Moraes, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria, “um quadro psiquiátrico grave de depressão, de transtorno, de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio, já que não lhe permitem uma decisão, ela pode chegar à conclusão, na depressão, de autoextermínio”

Por último, a decisão chama a atenção para o fato de que “a ausência do objeto de amor parece tão irreparável que pode levar ao desejo de morrer, como maneira de reunir-se ao filho perdido” (STF, 2012). Dessa forma, gerar um feto consciente de que o mesmo não sobreviverá após o parto importa em uma situação de tortura psicológica para a mãe, afetando também toda a sua família.

A referida decisão faz menção expressa à equiparação à tortura da proibição dessas mulheres de interromper a gravidez. Ora, sabemos que, no Direito, podemos lançar mão da analogia para suprir as lacunas deixadas por uma norma, quando a

mesma não contempla todas as possibilidades em um caso concreto. Este instituto pode vir a ser representado pela expressão, traduzida do latim, “onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito”. Portanto, se a decisão em comento entende que suportar uma gestação com a certeza de morte fetal configura método de tortura, então todas as mulheres que receberam diagnósticos de inviabilidade fetal estão sendo torturadas, não apenas aquelas que carregam um feto anencéfalo (LINS *et al.*, 2017)

Em 2013, Juan E. Méndez, relator especial da ONU em assuntos de tortura e outros tipos de punições ou tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes⁶, emitiu relatório classificando a falta de acesso ao aborto seguro como “tortura”. Segundo o documento, o Comitê contra a Tortura expressou diversas vezes sua preocupação com as restrições no acesso ao aborto, e sobre como vedações absolutas ao procedimento são violações à proibição da tortura.⁷ (Méndez, 2013) Deste relatório, extrai-se a óbvia conclusão de que, já que negar o acesso à possibilidade de interromper uma gravidez é uma forma de tortura, então fazê-lo contra uma mulher que sabe que seu filho não tem chances de sobrevivência após nascer não poderia deixar de ser.

Em 2016, a Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep) ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADI 5581 – de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, em virtude da insuficiência de políticas públicas para conter e lidar com os danos causados pela epidemia do Zika Virus. Na petição inicial, a Associação sustenta a tese de que o aborto terapêutico nos casos em que a mulher foi infectada pelo vírus é perfeitamente legal, se realizada interpretação conforme a constituição do dispositivo penal infraconstitucional que tipifica o aborto (ANADep, 2016).

Na oportunidade, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) requereu sua admissão nos autos do processo na qualidade de *Amicus Curiae*,

⁶Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez.

⁷Traduziu-se.

anexando parecer elaborado especialmente para a descrição da referida ADI. (ANIS, 2016) O parecer em questão é categórico ao concluir que:

Especificamente, o sofrimento mental que mulheres e meninas podem enfrentar quando desejam interromper a gravidez, incluindo no contexto da Zika, mas não têm acesso legal ao serviço, pode ser grave, e pode atingir o nível de tortura e/ou tratamento cruel, desumano e degradante (SIMONOVIC *et al.*, 2016).

Diversos são os documentos jurídicos que equiparam a falta de acesso ao aborto seguro à tortura. Neste sentido, não há como excluir de tal correlação a situação de mulheres obrigadas a enfrentar a custosa experiência de uma gravidez, lidando com a noção diária de que seu filho não vai sobreviver, o que nos permite concluir que retirar dessas mulheres o direito ao aborto terapêutico configura uma maneira de tortura-las.

4.3 A INCONGRUÊNCIA EXISTENTE ENTRE A TIPIFICAÇÃO DO ABORTO DE FETO INVIÁVEL E DA TORTURA

O Direito e a ordem jurídica não podem aceitar incoerências causadas por colisão entre normas, e é neste preceito que Zaffaroni encontra lastro para afirmar que não há qualquer sentido em interpretações normativas que resultem em situações em que uma mesma conduta é proibida, fomentada, autorizada ou ordenada pelo Estado. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015) Assim, adotar medidas para a cessação de uma circunstância considerada torturante para um indivíduo de modo algum pode vir a ser considerado conduta típica, pois o conjunto normativo brasileiro não deixa dúvidas sobre a inadmissibilidade da prática de tortura.

Neste tópico, analisaremos a questão da incompatibilidade de normas existente entre a proibição do aborto de feto inviável e a prática de tortura, adotando, para tanto, a Teoria da Tipicidade Conglobante. Sobre esta perspectiva, falando especificamente de fetos anencefálicos, Wilson Canci (2010) preleciona:

É desnecessário qualquer permissivo legal para autorizar a mulher antecipar o parto de feto anencéfalo, para tanto faz uso da **teoria da tipicidade conglobante**, ou seja, que aduz que o fato somente será típico se for materialmente lesivo ao bem jurídico tutelado e que a conduta de abortar um feto que não possui expectativa de vida extrauterina, embora formalmente típica, materialmente atípica. (grifo nosso)

4.3.1 A ausência de bem jurídico a tutelar no caso da interrupção de gestação de feto inviável

Zaffaroni, ao traçar o caminho percorrido para chegar ao tipo penal descrito em lei, nos traz a ideia de “interesse, bem e norma”. Diante de um elemento, o legislador efetua uma valoração que lhe permitirá concluir se há interesse em tutelá-lo. De tal interesse, nascerá a norma, o que faz com que o elemento se torne, então, um bem jurídico e, quando considera necessário, o legislador o eleva ainda mais a categoria de penalmente tutelado (Zaffaroni e Pierangeli, 2015). Só após tal exercício nasce o tipo penal.

O intérprete da norma, por sua vez, precisa percorrer o caminho inverso: ele precisa partir da leitura do tipo penal, a fim de compreender a norma extraída daquele enunciado e, assim, extrair qual bem jurídico está sendo tutelado por aquela positivação. Ao analisar uma conduta em concreto que *aparentemente* se encaixa em um tipo penal, após atingir o conhecimento do que se pretende tutelar, partimos à reflexão a respeito do real potencial de lesividade daquela conduta ao bem jurídico – a análise da antinormatividade da conduta (Zaffaroni e Pierangeli, 2015) No que diz respeito à conduta em análise – a interrupção de gravidez de feto inviável –, há, portanto, de se perguntar: tal conduta fere, de fato, o bem jurídico tutelado pela norma extraída do tipo penal que descreve o aborto?

Ora, é pacífico que não há que se falar em tipicidade penal quando a conduta praticada não é capaz de atingir o bem jurídico tutelado. Dessa forma, conforme prega Diaulas Ribeiro (2003),

O Direito Penal, ao punir o aborto, está, efetivamente, punindo a frustração de uma expectativa, a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa. Por essa razão, o crime de aborto é contra uma futura pessoa [...], porque o feto contém a energia genética potencial para, em um futuro próximo, constituir uma realidade jurídica distinta de seus pais, o que ocorrerá se for cumprido o tempo natural de maturação fetal e se o parto ocorrer com sucesso.

No caso de fetos malformados, no entanto, tal potencialidade de vida simplesmente não existe. Como se pode falar em proteção à vida de um ser fadado a morte por não apresentar condições físicas necessárias para permanecer vivo, especialmente se considerarmos que sua vida entra em conflito com a dignidade da mulher envolvida na equação? Débora Diniz, em seu escrito “Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais”, (1997) analisa argumentos utilizados por juízes para conceder autorização para que se realize o aborto no caso de fetos malformados. A autora conclui:

A construção da categoria "vida humana" ou mesmo "vida biológica" perpassa todos os alvarás. Os juízes, no desenvolvimento dos motivos que acreditam sustentar a interrupção seletiva da gravidez, recorrem à ideia de que os fetos em questão não possuem vida (ou, no mínimo, não serão capazes de dar continuidade à "pouca vida" que possuem).

Aqui, mais uma vez, nos deparamos com a ideia de que a falta de potencialidade de vida afasta o crime de aborto, nos mostrando que neste caso, de fato, não haveria bem jurídico a proteger. Prossegue a autora:

Esta certeza da ausência de vida é sustentada pelos laudos médicos que acompanham o processo judicial, e tanto isto ocorre que, na maioria dos casos, os juízes fazem referências à literatura especializada ou às observações clínicas sugeridas pelos médicos responsáveis pelo processo.

Entende-se, dessa forma, que o diagnóstico sólido de inviabilidade fetal é parte imprescindível para a defesa do argumento de que inexistente o bem jurídico tutelado pela norma. Hungria (1955) já previa que “se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto”. Seguindo, ainda, a ideia de Zaffaroni de que, para uma conduta ser típica, ela precisa ser também antinormativa, não há dúvidas de que interromper esta gravidez

não pode configurar crime, pois, embora se enquadre formalmente na descrição do tipo, de forma alguma representa uma lesão ao bem jurídico tutelado, pois “apenas o feto com capacidade fisiológica de ser pessoa pode também ser sujeito passivo do crime de aborto” (DINIZ; RIBEIRO, 2003).

4.3.2 A incompatibilidade entre o dever do médico de evitar a tortura e a tipificação do aborto de feto inviável

Zaffaroni, como já mencionado, em sua Teoria da Tipicidade Conglobante, ensina que não é possível aceitar, dentro de um mesmo sistema jurídico, que uma norma proíba o que outra norma autoriza, vez que isso representaria uma aberração normativa, resultando numa estrutura sem qualquer coerência, onde normas se sobrepõem umas às outras sem que haja harmonia entre elas (Zaffaroni e Pierangeli, 2015). Consideremos, então, que a Lei 9.455, a chamada Lei da Tortura, também criminaliza a conduta daquele que, tendo o dever de evitar a sua prática, se omite. (BRASIL, 1997) Consideremos, ainda, que o Código de Ética Médica é bastante elucidativo ao estipular que:

É vedado ao médico deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem (CFM, 2009).

O dispositivo acima transcrito nos permite chegar à conclusão lógica de que o Código de Ética Médica impõe ao profissional da área o dever de denunciar, não praticar e não compactuar com a prática de tortura de seus pacientes. Dessa forma, o médico que o faz estaria incorrendo nas penas previstas na Lei da Tortura para aqueles que, investidos do dever de evitar tal prática, não o fazem.

Temos, por conseguinte, a primeira hipótese de incongruência entre a tipificação do aborto de feto inviável e o crime de tortura, à luz da Teoria da Tipicidade Conglobante. Isto porque, não restando dúvidas de que prolongar uma gravidez de feto inviável contra a vontade da mulher corresponde à tortura, a conduta do médico que interrompe a gestação está fomentada pelo Estado, uma vez

que o próprio impõe que a convivência com a tortura está proibida, sob as penas da lei. Restando fomentada, ora, não há que se falar em crime, pois uma norma não pode proibir o que outra fomenta.

4.3.3 A antecipação terapêutica do parto como forma de garantir a dignidade da mulher e evitar tratamento cruel, desumano ou degradante

Diante de diagnóstico inquestionável a respeito da impossibilidade de sobrevivência do feto, não deveria haver nenhum outro caminho senão o de respeito à liberdade, autonomia de vontade e dignidade da mulher (Porto, 2017), garantias constitucionais conferidas a todos os indivíduos. A carta magna brasileira traz a dignidade da pessoa humana como um dos grandes preceitos do Estado Democrático de Direito (Brasil, 1988), e este princípio representa uma limitação antecedente de natureza material, uma “porta de passagem obrigatória que é a perscrutação da dignidade da pessoa humana, antes de declinar o alcance e o sentido da norma, mas sobretudo, antes da aplicação” (ANDRADE, 2002).

Quando fazemos uma análise dos motivos que levaram o legislador de 1940 a tipificar o aborto, concluímos que sua principal preocupação era a pessoa da mulher grávida, sendo a vida em potencial protegida apenas incidentalmente. Tal conclusão está embasada pela discrepância entre a pena pelo auto aborto e a pelo aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante, sendo a segunda consideravelmente maior, o que nos mostra que a inclusão desta prática como tipo penal tinha como função reduzir as altas taxas de mortalidade causadas por técnicas inapropriadas e pouco sanitárias. Além disso, o art. 128 do Código Penal elenca causas em que a interrupção de uma gravidez é permitida mesmo quando o feto apresenta potencialidade para se tornar pessoa, quais sejam: risco de vida para a mãe e estupro. Este dispositivo demonstra claramente que o legislador de 1940 assumiu um compromisso de preservação da dignidade e da saúde física e mental da mulher, mediante a estrutura jurídica do aborto humanitário, em detrimento da proteção à expectativa de vida humana (DINIZ; RIBEIRO, 2003).

Não restam dúvidas a respeito do fato de que receber o diagnóstico de malformação fetal é fonte de extrema angústia para a mulher grávida, e parte deste sentimento se origina de limitações provenientes de interpretação restritiva da norma que tipifica o aborto, o que dificulta e até mesmo proíbe a sua realização nestes casos. (Diniz, 2003) Considerando, portanto, a dignidade da pessoa humana como princípio a ser levado em consideração quando da interpretação de qualquer norma, a ideia de que o crime de aborto apresenta o viés de proteção à mulher grávida e a conclusão de que a imposição de levar esta gravidez a termo representa o martírio físico e mental equiparado à tortura, percebemos que existe uma incompatibilidade entre a referida proibição e as normas do ordenamento jurídico brasileiro de uma maneira global, notadamente aquela que estabelece que ninguém será submetido à tortura, ou qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante.

Diante disso, temos dois aspectos da Teoria da Tipicidade Conglobante a serem comentados. Como já previamente mencionado, Zaffaroni (2015) entende que, em respeito à ordem normativa, não há como admitir que uma norma proíba o que uma outra estimula, ordena ou autoriza. O autor explica:

Pois bem: pode ocorrer o fenômeno da fórmula legal aparente abarcar hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva, considerada isoladamente, mas que, de modo algum, podem incluir-se na sua proibição, quando considerada conglobadamente, isto é, fazendo parte de um universo ordenado de normas.

Aqui, o criminalista argentino nos traz aplicação perfeita para a situação em comento: se analisada separadamente, a descrição do fato típico “aborto” parece englobar a interrupção de qualquer gravidez, sem que se considere os motivos ou condições de sobrevida do concepturo. No entanto, quando interpretamos a norma no contexto em que ela se insere – isto é, o de um Estado democrático que se lastreia na dignidade da pessoa humana e repudia qualquer forma de tratamento cruel, desumano ou degradante – não há qualquer sentido em entendê-la de maneira tão formalista.

O autor prossegue sua análise elencando como um dos exemplos da chamada “atipicidade conglobante” – impossibilidade de interpretação de uma conduta como típica em virtude da incompatibilidade desse entendimento com o conjunto normativo global – a situação em que “uma norma parece proibir condutas

cuja realização garantem outras normas” (Zaffaroni e Pierangeli, 2015). Ora, no caso em tela, a conduta do médico que realiza a interrupção da gestação, ou mesmo da gestante que escolhe passar por este procedimento, nada mais representa que uma ação praticada a fim de mitigar o sofrimento de uma mãe após receber o diagnóstico de que seu filho não poderá sobreviver.

Isto significa dizer que o aborto, neste caso, garante a cessação do sofrimento de um ser humano e a preservação de seus direitos fundamentais, notadamente sua dignidade, autonomia e liberdade. Por conseguinte, à luz da Teoria da Tipicidade Conglobante, não se pode falar em tipificação da conduta, pois, se assim o fosse, a norma incriminadora estaria abarcando uma ação que se propõe a defender garantias constitucionalmente asseguradas.

4.4 O TRATAMENTO DISPENSADO AO TEMA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E PELO DIREITO ESTRANGEIRO

Neste trabalho, já discorreremos bastante a respeito do tratamento dispensado pelo Direito Brasileiro à questão do aborto, tanto de maneira geral, quanto da forma específica do aborto por anomalia fetal incompatível com a vida. Dessa forma, o presente tópico apenas visa a analisar alguns julgados sobre o tema, para fins de compreender um pouco mais sobre o caminho para o qual apontam as tendências de nossos tribunais, após a decisão da ADPF 54. De outra banda, no que diz respeito ao Direito Estrangeiro, efetuiremos um apanhado da legislação penal sobre o aborto em alguns países selecionados, para compreender de que modo estes vêm tratando o tema.

4.4.1 Análise de jurisprudência pátria

A ADPF 54 representa um grande marco dentre as decisões dos tribunais a respeito da prática do aborto. Ao declarar a inconstitucionalidade da interpretação por meio da qual se consideraria típica a conduta de interrupção da gestação de feto

anencéfalo, sob o argumento da preservação dos direitos da mulher quando em rota de colisão com os do nascituro, abriu precedente para a interpretação analógica da norma extraída da decisão, que não nos deixa dúvidas sobre quais fundamentos a embasaram. A saber:

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. (STF, 2012)

Visivelmente, o bem-estar da gestante foi, no caso, a grande razão de decidir de nossa corte constitucional. Na mesma linha, seguiu o Superior Tribunal de Justiça, em sede do Recurso Especial nº 1.467.888, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Na ocasião, havia sido impetrado *Habeas Corpus* pelo recorrido para sustar a decisão judicial que permitiu que uma mulher realizasse a interrupção da gestação de um feto com Síndrome de Body-Stalk, ato que inclusive suscitou a discussão a respeito da possibilidade de se considerar esta conduta como um abuso de direito de ação, passível inclusive de responsabilidade civil. Isto porque, segundo a relatora, tratava-se de “[...] uma decisão pensada e avaliada por médicos e pelo Poder Judiciário, e ainda assim, de impactos emocionais incalculáveis, foi sustada pela atuação do recorrido” (STJ, 2016).

Na oportunidade, a ministra relatora realizou argumentação que demonstra que a decisão da ADPF 54 é também aplicável a outros casos de inviabilidade fetal, por meio da ideia de que onde existe a mesma razão de decidir, deve predominar o mesmo direito:

Reproduzidas, salvo pela patologia em si, todos efeitos deletérios da anencefalia, hipótese para qual o STF, no julgamento da ADPF 54, afastou a possibilidade de criminalização da interrupção da gestação, também na síndrome de body-stalk, impõe-se dizer que a interrupção da gravidez, nas circunstâncias que experimentou a recorrente, era direito próprio, do qual poderia fazer uso, sem risco de persecução penal posterior e, principalmente, sem possibilidade de interferências de terceiros, porquanto, ***ubi eadem ratio, ibi eadem legis***

dispositio. (Onde existe a mesma razão, deve haver a mesma regra de Direito) (STJ, 2016, grifo do autor)

Ainda na linha de utilização da interpretação analógica da norma emanada pela decisão da ADPF 54, temos uma sentença proferida no estado do Rio de Janeiro, em processo de número 0356331-96.2015.8.19.0001, a respeito de um feto que possuía agenesia renal bilateral (ausência dos rins). O julgador faz referência ao fato de que o pedido da exordial não se enquadra nas permissões elencadas no Código Penal, mas se assemelha bastante àquele discutido na decisão do STF. Vejamos:

O pedido aqui deduzido é similar aquele levado a conhecimento do STF quando do julgamento da ADPF 54/DF [...]. Tratando-se assim de situação extremamente semelhante àquela citada acima, dado que ambas envolvem condições do feto que tornam impossível a vida extrauterina, é possível aplicar analogicamente o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao analisar a referida ação (RJ, 2015).

Na oportunidade, a sentença menciona diversos outros precedentes judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que seguem este mesmo entendimento. Assim, podemos perceber que existe uma tendência por parte de nossos tribunais a realizar interpretação analógica da decisão de aborto de feto anencéfalo para outras doenças.

Além disso, cumpre aqui citar decisão já mencionada neste trabalho, proferida em sede de *Habeas Corpus* de nº 124.306 pelo STF, a respeito da ausência de requisitos para decretação da prisão preventiva dos pacientes, em razão de manterem clínica para realização de aborto voluntário. Na ocasião, Barroso não se ateve apenas a análise da prisão preventiva, mas também à constitucionalidade da norma que criminaliza o aborto voluntário no primeiro trimestre de gestação:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria (STF, 2016).

Por fim, além de demonstrar que a criminalização é uma ofensa aos direitos das mulheres, o ministro prossegue com a afirmação de que a manutenção do aborto como tipo penal apenas contribui para a morte de mulheres pobres, haja vista o fato de que a eficácia da norma proibitiva simplesmente não existe mais:

A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

4.4.2 Considerações sobre o Direito Estrangeiro

Importante, por fim, realizar uma breve análise a respeito do tratamento dispensado pelo direito estrangeiro à questão do aborto. Na Espanha, por exemplo, o aborto voluntário é legal, desde que a gestante seja maior de 18 anos e tenha menos de 14 semanas de gestação. Além disso, a legislação recente estipula a possibilidade de consentimento dos pais em casos de menores de idades. Sob o ponto de vista do amparo do Estado, os serviços de aborto são incluídos gratuitamente nos benefícios do sistema público (ARMENDÁRIZ, PISANI, *et al.*, 2018).

No Uruguai, desde 2012, o aborto é descriminalizado. O projeto de lei foi aprovado durante o governo de José Mujica, convertendo-se na Lei nº 18.987. Esta norma diz que "a interrupção voluntária da gravidez não será penalizada no caso em que a mulher preenche os requisitos estabelecidos nos artigos seguintes e é realizada durante as primeiras doze semanas de gravidez" (ARMENDÁRIZ, PISANI, *et al.*, 2018).

Em Cuba, o aborto é permitido. Desde a revolução dos irmãos Castro, a legislação pró-aborto encontra-se consolidada e ampliada, convertendo-o em um serviço de saúde institucionalizado. O Código Penal oficialmente descriminalizou a prática em 1987. O aborto é, no país, considerado uma das conquistas das

mulheres, não sendo nem mesmo punido socialmente, uma vez que há pouca influência de questões religiosas no país.

Por fim, nos Estados Unidos, a prática também é legal, desde a decisão histórica de 1973 pela Suprema Corte, conhecido pelo nome do caso, “Roe v. Wade”. Embora a decisão tenha permitido a legalização do aborto, a discussão política continua até hoje, na medida em que estados mais conservadores têm leis menos permissivas para regular o aborto, por exemplo (ARMENDÁRIZ, PISANI, *et al.*, 2018).

5. CONCLUSÃO

O sistema jurídico de qualquer Estado não pode estar alheio às demandas de sua sociedade, sob pena de legislar para um grupo reduzido de pessoas. O Direito, dessa forma, não pode fechar os olhos para as mutações e evoluções ocorridas nas diversas linhas que compõem uma sociedade. O exemplo aqui tratado é o do aborto de feto inviável, na medida em que não se pode mais ignorar o fato de que a legislação penal aparentemente proíbe esta prática, não porque ela seja de fato juridicamente proibida, mas por que ele literalmente desconsidera a existência dessa possibilidade. Ora, se nosso Código Penal foi escrito quando não existiam ainda métodos para diagnóstico fetal, é apenas óbvio que ele não vai se ocupar de temas que só passaram a ser relevantes em momento posterior a sua elaboração.

No entanto, este é apenas um dos argumentos para defender que a interrupção de gestação de feto inviável não pode ser conduta tipificada por nosso ordenamento jurídico. O mais importante deles é, sem dúvida, o respeito aos direitos fundamentais da mulher gestante. Infelizmente, a discussão no país ainda perpassa por aspectos morais e religiosos de cunho estritamente particular, sem que se perceba que o mero ato de impor suas crenças a outrem já é, por si só, uma ofensa aos preceitos de nossa Constituição Federal. Nesse sentido, reputa-se urgente o exercício de centralizar o debate no que realmente importa: existem seres humanos – mulheres – submetidos a todo tipo de sofrimento – físico, psicológico, emocional – em virtude de uma proibição que trata seus corpos como verdadeiras “incubadoras” – ou, para usar o termo repetido por mulheres defensoras da garantia deste direito: “caixões ambulantes”.

Não restam dúvidas de que a manutenção compulsória da gravidez diante de diagnóstico fetal de incompatibilidade com a vida caracteriza verdadeira tortura para a mulher que passa por tal situação. Tal tortura é, além de tudo, praticada de maneira inaceitável pelo Estado, sob a justificativa de respeito a uma norma cuja interpretação nitidamente enxerga o corpo feminino como nada mais que um meio para a proteção de um fim que, no caso de fetos inviáveis, nem sequer existirá: a vida do nascituro. Sabemos que esta situação representa flagrante descompasso

com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos máximos corolários de nosso Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho se propôs a analisar a questão do aborto de feto inviável como método de tortura para a gestante, sob a perspectiva trazida por Raul Zaffaroni, em sua Teoria da Tipicidade Conglobante. A referida teoria, como sabemos, traz o conceito de antinormatividade, de acordo com a ideia de que não pode um ordenamento jurídico admitir que existam aberrações normativas em seu sistema, tais como normas diferentes proibindo e autorizando, ao mesmo tempo, condutas iguais.

Sob o ponto de vista aqui defendido, entendemos que a proibição ao aborto de feto inviável e o completo repúdio à tortura não podem coexistir no mesmo ordenamento jurídico sem gerar a referida aberração normativa. Ora, como pode um mesmo sistema se pautar por normas de respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais, pelo repúdio a qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante e, ao mesmo tempo, aceitar que uma norma impeça que mulheres possam abreviar seu sofrimento diante da consciência de que sua gravidez não passa do velório de seu filho?

Este trabalho, por meio da Teoria de Tipicidade Conglobante, dividiu a questão em três perspectivas: a da falta de antinormatividade da conduta praticada, vez que o bem jurídico pretensamente protegido pelo crime de aborto – a vida em potencial – sequer existe no caso em comento; o fato de que o profissional da área médica está obrigado por seu Código de Ética a não coadunar com práticas torturantes a seus pacientes, de modo que não poderia ele ser penalizado pelo crime de aborto, uma vez que tortura também é crime omissivo, quando se tem o dever de evitar sua prática; e, por último, a perspectiva de garantia da dignidade da mulher, evitando que seja tratada de forma desumana ou degradante, na medida em que a teoria também menciona que não há que se falar em fato típico quando uma norma apenas parece proibir condutas cuja realização garantem outras normas.

Concluimos, portanto, no sentido de que já é tempo de o sistema jurídico brasileiro trabalhar seus debates à luz das reivindicações dos grupos diretamente afetados por suas normas. Para tanto, é necessário livrar a discussão de questões de cunho moral e religioso, além de preconceitos ou pré-julgamentos, olhando

apenas para os fatos e dados que estão apresentados, sempre respeitando o ser humano em sua condição de sujeito de direitos. Não pode mais o Direito ignorar o sofrimento das pessoas que suas normas visam a proteger, notadamente, neste caso, as mulheres enquanto grupo social.

REFERÊNCIAS

ANADEP. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5581. **Supremo Tribunal Federal**, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=577576318&prcid=5037704#>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

ANDRADE, V. F. D. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte da ordem jurídica. **Revista Imes**, São Paulo, 2002.

ANIS. Pedido de admissão como Amicus Curiae. **Supremo Tribunal Federal**, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598586279&prcid=5037704#>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

AQUINO, S. T. Suma Teológica. **Livros Católicos para Dowload**, 2017. Disponível em: <<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2018.

ARÊDES, S. N. O conceito material de bem jurídico penal. **Phronesis: Revista do Curso de Direito da FEAD**, Belo Horizonte, 2010.

ARISTÓTELES. **Sobre a Alma**. Tradução de Ana Maria Lóio. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2010.

ARMENDÁRIZ, A. et al. Aborto: cómo es la situación en España, EE.UU., Cuba, Venezuela, Brasil, Chile y Uruguay. **La Nacion**, 2018. Disponível em: <<https://www.lanacion.com.ar/2111611-aborto-como-es-la-situacion-en-chile-y-uruguay>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

BARCIFONTAINE, C. D. P. D. Bioética no Início da Vida. **Revista Pistis & Praxis**, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/view/13499>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 7ª. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012.

BIANCHI, D. W. et al. **Fetology - Diagnosis and Management of the Fetal Patient**. 2ª. ed. New York: McGraw-Hill Education, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro**, dez 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Promulgada em 05 de outubro de 1988**, out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 abr 2018.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos**, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1 de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 9 jun. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei 1.956, de 1996. **Autoriza a interrupção da gravidez nos casos que menciona.**, 1996. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/D21JUN1996.pdf#page=32>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. **Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento**, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. **Define os crimes de tortura**, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008. **Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido**, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRODT, L. A. S. O Direito Penal sob a perspectiva funcional redutora de Eugenio Raul Zaffaroni. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, 2010. 97-136.

BRUM, E.; DINIZ, D. Em nome da mãe. **Revista Época**, 12 jul. 2004. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,EMI45280-15228,00-DEBORA+DINIZ+EM+NOME+DA+MAE.html>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

CANCI JÚNIOR, W. Ativismo Judicial. **Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas**, Avaré, 2010. 131-148.

CFM. Resolução CFM nº 1.826/2007. **Dispõe sobre a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador**, 2007. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1826_2007.htm>. Acesso em: 10 jul. 2018.

CFM. Resolução nº 2.173, de 23 de novembro 2017. **Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica**, 2017. Disponível em: <<http://www.saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

CFM. Resolução CFM nº 1.931/09. **Código de Ética Médica**, 2009. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

CHAVES, A. Direito à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para "mudança de sexo". Direito ao cadáver e a partes do mesmo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, 1977. 125-168.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS; CIDH. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará". **CIDH**, 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

COMMITTEE AGAINST TORTURE. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. **United Nations Human Rights - Office of The High Commissioner**, 1984, grifo nosso. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

CORRÊA, A. L. et al. Aspectos históricos e filosóficos do conceito de vida: contribuições para o ensino de Biologia. **Filosofia e História da Biologia**, 3, 2008. 21-40.

COSTA, R. M.; GIOLO JÚNIOR, C. Teorias Jurídicas Acerca do Início da Vida. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, 2015. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

COUTINHO, F. A.; MORTIMER, F.; EL-HANI, C. N. Construção de um perfil para o conceito biológico de vida. **Investigações em Ensino de Ciências**, 12, 2007. 115-137.

DINIZ, D. Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais. **Revista Bioética**, Brasília, 1997.

DINIZ, D. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Médicos, Promotores e Juízes em Cena. **Physis: Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 2003. 13-34.

DINIZ, D.; ALMEIDA, M. D. Bioética e Aborto. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 125-137.

DINIZ, D.; RIBEIRO, D. C. **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003.

FRANCO, G. F. P. Impossível a sobrevida do feto, deve ser autorizado o aborto. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, n.11, p. 02, 1993. apud TESSARO, A. **Aborto seletivo**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

FRÓIS, D. M. R. G. S. Atitudes das grávidas face à interrupção da gravidez por malformação fetal. **Repositório IPV**, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ipv.pt/bitstream/10400.19/1684/1/FROIS%20Deolinda%20Maria%20Rodrigues%20Gon%C3%A7alves%20Silva%20%20Disserta%C3%A7ao%20mestrado.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

GOLLOP, T. R. Aborto por Anomalia Fetal. **Revista Bioética**, Brasília, II, 1994.

GOMES, L. F. **Da Tortura: aspectos conceituais e normativos**. R. CEJ. Brasília, p. 14-32. 2001.

GOMES, L. F. Tipicidade Material e a Tipicidade Conglobante de Zaffaroni. **E-Gov - UFSC**, 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12187-12187-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

GOMES, L. F. Evolução da Teoria da Tipicidade Penal. **E-Gov**, 2008. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13497-13498-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. V, 1955.

KIPPER, D. J.; CLOTET, J. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. In: COSTA, S. I. F.; GARRAFA, V.; OSELKA, G. **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 37-51.

KOCHERLA, K.; KUMARI, ; KOCHERLA, P. R. Prenatal diagnosis of body stalk complex: A rare entity and review of literature. **NCBI**, 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4329692/>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

LIMA JÚNIOR, P. G. D.; FERREIRA, F.. Tutela da vida no ordenamento jurídico: início da vida, o direito de nascer, os direitos humanos e as questões bioéticas. **FDV**, 2017. Disponível em: <<http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2017/03/Parte-2-15-Tutela-da-vida-no-ordenamento-Paulo-Lima-Ju%CC%81nior-e-Fernando-Ferreira.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2018.

LINS, M. D. et al. O uso da analogia para autorização do aborto eugênico em casos de microcefalia. **Revista Científica - Faculdade de Balsas**, Balsas, 2017. 42-53.

MACEDO, M. L. S. et al. Resultado perinatal de fetos com malformações do trato urinário. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, Rio de Janeiro, XXV, 2003.

MARTINS, R. D. A.; MARTINS, L. A.-C. P. Uma leitura biológica do 'De Anima' de Aristóteles. **Filosofia e História da Biologia**, 2, 2007. 405-426.

MASIERO, A. L. A psicologia racial no Brasil. **SciELO**, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v10n2/a06v10n2>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

MÉNDEZ, J. E. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez**. Human Right Council - United Nations. New York. 2013.

MONTENEGRO, C. A. B.; REZENDE FILHO, J. **Obstetrícia Fundamental**. 13^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan LTDA, 2014.

MOORE, K. L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, M. G. **Embriologia Clínica**. Tradução de Andrea Monte Alto Costa. 8^a. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NORONHA, L. D. et al. Estudo das malformações congênitas do aparelho urinário: análise de 6.245 necropsias pediátricas. **Jornal Brasileiro de Patologia e Medicina Laboratorial**, Rio de Janeiro, 2003. 237-243.

OLIVEIRA, T. F. D.; BRITO, A.. O Nascituro como Sujeito de Direitos. **Revista Pleiade**, XI, 2017. Disponível em: <<http://revista.uniamerica.br/index.php/pleiade/article/view/345>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

PAGLIARO, H. C. Lei contra tortura: uma análise sócio-jurídica. **E-Gov - UFSC**, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31781-36758-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

PAMPLONA FILHO, R.; ARAÚJO, A. T. M. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. **Rodolfo Pamplona Filho**, 2007. Disponível em: <<http://www.rodolfopamplonafilho.com.br/upload/tutela-juridica-do-nascituro-a-luz-da-constituicao-20160530103954.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

PORTO, M. L. Anencefalia e Poder Judiciário. **FEBRASGO - Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia**, 2017. Disponível em: <<https://www.febrasgo.org.br/noticias/item/138-anencefalia-e-poder-judiciario?highlight=WyJtYWxmb3JtYVx1MDBIN1x1MDBIM28iLCJmZXRhbClsm1hbGZvcm1hXHUwMGU3XHUwMGUzbyBmZXRhbCJd>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

RJ. Sentença: Processo nº 0356331-96.2015.8.19.0001. **Conjur**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-autoriza-gestante-abortar-feto.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

ROSENDO, D.; GONÇALVES, T. A. Direito à vida e à personalidade do feto, aborto e religião no contexto brasileiro: mulheres entre a vida e a morte. **Ethic@: Revista Internacional de Filosofia da Moral**, Florianópolis, 2015. 300-319.

ROXIN, C. A proteção da vida humana através do Direito Penal. **Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SALA, D. C. P.; ABRAHÃO, A. R. Complicações obstétricas em gestações com feto portador de anomalia incompatível com a sobrevivência neonatal. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, 2010. 614-618.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, D. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240, 2005. 43-82.

SILVA, J. A. D. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, P. R. D.; ANDRADE, M. A. B. S. D.; CALDEIRA, A. M. D. A. **A concepção de professores de biologia sobre o conceito de vida**. Encontro Nacional de Pesquisa em Educação em Ciências. Florianópolis: [s.n.]. 2009.

SIMONOVIC, D. et al. Parecer submetido ao STF para fins de atuação como Amicus Curiae na ADI 5581. **Supremo Tribunal Federal**, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598586280&prcid=5037704#>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

SOUZA, J. C. M. D. et al. Síndromes Cromossômicas: Uma revisão. **Cadernos da Escola de Saúde**, Curitiba, 2010. 1-12.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. **STF**, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

STF. Habeas Corpus 124.306. Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. **STF**, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.467.888 GO 2014/0158982-0. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe: 25/10/2016. **Migalhas**, 2016. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/10/art20161025-35.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SUAREZ, J. Nove meses de luto. **Pública - Agência de Jornalismo Investigativo**, 2018. Disponível em: <<https://apublica.org/2018/02/nove-meses-de-luto/>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

TAVARES, M. V. et al. Monoamniotic twins discordant for body stalk anomaly. **CHUC - Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra**, 2015. Disponível em: <<http://rihuc.huc.min-saude.pt/bitstream/10400.4/1900/1/12158.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

TESSARO, A. **Aborto seletivo**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

TJ-MG. Revisão Criminal: Processo nº 1.0000.05.421684-1/000(1). **Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais**, 2006. Acesso em: 17 jul. 2018.

ZAFFARONI, E. R. **Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal**. 1ª. ed. Caracas: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993.

ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 1ª. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 1998.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZEFERINO, M. G. M. Associações do abortamento com depressão, autoestima e resiliência. **Biblioteca digital - USP**, Ribeirão Preto, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/22/22131/tde-14012011-091939/es.php>>. Acesso em: 10 jun. 2018.