

## CONSULTA

Consulta a União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro sobre a *quaestio juris* deduzida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, perante o Supremo Tribunal Federal, ação proposta com base em expressa invocação do art. 1º., *caput*, da Lei nº 9.882/1999, em que se indicam “como preceitos vulnerados o art. 1º., IV (a dignidade da pessoa humana), o art. 5º., II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º., *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República, e como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2848, de 7.12.40)”.

Restam explicitadas, em síntese, a arguição em referência e a súplica da autora, nestes termos introdutórios da inicial: “A violação dos preceitos fundamentais invocados decorre de uma específica aplicação que tem sido dada aos dispositivos do Código Penal referidos, por diversos juízes e tribunais: a que deles extrai a proibição de efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina. O pedido, que ao final será especificado de maneira analítica, é para que este Tribunal proceda à interpretação conforme a Constituição de tais normas, pronunciando a inconstitucionalidade da incidência das disposições do Código Penal na hipótese aqui descrita, reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado”.

Ao fim da longa inicial, a CNTS, como “pedido principal”, requer que, procedendo o STF “à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado”. Como “pedido alternativo”, a suplicante requer que, se for entendido não caber a ADPF na espécie, “seja a presente recebida como ação direta de

inconstitucionalidade, uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, sem redução de texto, hipótese, portanto, em que não incidiria a jurisprudência consagrada dessa Corte relativamente à inadmissibilidade desse tipo de ação em relação a direito pré-constitucional”, acrescentando, no ponto, a autora: “46. De fato, a lógica dominante na Corte, reiterada na ADIN n° 2, é a de que lei anterior à Constituição e com ela incompatível estaria revogada. Conseqüentemente, não se deve admitir a ação direta de inconstitucionalidade cujo propósito é, em última análise, retirar a norma do sistema. Se a norma já não está em vigor, não haveria sentido em declarar sua inconstitucionalidade. Esse tipo de raciocínio, todavia, não é válido quando o pedido na ação direta é o de interpretação conforme a Constituição. É que, nesse caso, não se postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha a dar a Corte”.

Na descrição da hipótese, a inicial afirma: “Uma vez diagnosticada a anencefalia não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. O mesmo, todavia, não ocorre com relação ao quadro clínico da gestante. A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos. De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal. Assim, a antecipação do parto nessa hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz, para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução”.

A partir daí, a Confederação requerente sustenta que “a antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto, tal como tipificado no Código Penal. O aborto é descrito pela doutrina especializada como “a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os 9 meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal”. Noutro passo, a esse respeito, a autora asseve: “38. (...). Vale dizer, não há potencial de vida a ser protegido, de modo que

falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo do aborto. Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto”. Nessa mesma linha, está na inicial (item 26): “A hipótese é de não-subsunção da situação fática relevante aos dispositivos do Código Penal. A gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto está protegida por direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva”.

Na inicial da ADPF n° 54, a CNTS, diante da posição adotada quanto à situação do feto anencefálico, sustenta que, na espécie, “o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante”, com a proteção de direitos fundamentais. Assim, no que concerne à vulneração da dignidade humana da mulher, *in casu*, observa, no item 30: “Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica”, vedada no art. 5º., III, da Constituição, definida, qual é, pela legislação infraconstitucional (Lei n° 9455/1997, art. 1º.), “a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental”. De outra parte, entende, ainda, a autora que a liberdade “consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade que não a da lei”, não estando vedada no ordenamento jurídico a antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico, concluindo, a partir daí, *verbis* (item 33): “O fundamento das decisões judiciais que têm proibido sua realização (...) não é ordem jurídica vigente no Brasil, mas sim outro tipo de consideração. A restrição à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante, nesse caso, não se justifica, quer sob o aspecto do direito positivo, quer sob o princípio da ponderação de valores: como já referido, não há bem jurídico em conflito com os direitos aqui descritos.” No que concerne à *saúde*, a teor dos arts. 6º., *caput*, e 196 a 200, da Lei Magna, a requerente anota no item 35: “A antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para abreviar o risco e a dor da gestante. Impedir a sua realização importa em indevida e injustificável restrição ao

direito à saúde”, salientando tratar-se de faculdade da gestante “e não de um procedimento a que deva obrigatoriamente submeter-se”.

Na Consulta, firmada pelo ilustre presidente da União dos Juristas Católicos, Dr. Paulo Silveira Martins Leão Júnior, que veio instruída com cópia dos autos da ADPF n° 54 e de Memorial a ser apresentado aos Senhores Ministros do STF, pela entidade consulente e a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, com respectivos documentos anexos, expõe-se o seguinte:

“Pedimos um parecer de V. Exa. sobre a matéria, sendo que o Memorial em anexo já coloca diversos pontos de questionamento, quanto ao cabimento e ao mérito da ADPF. Aos mesmos cabe aduzir, a meu ver, a invasão de competência constitucional (i) do legislador constituinte originário, no que se refere às cláusulas pétreas protetoras da vida humana, que não podem ser modificadas nem mesmo pelo constituinte derivado (vide art. 60, § 4º, IV) em especial os art. 1º, III, art. 3º, IV e art. 5º, *caput*, todos da Constituição Federal, devendo ser ressaltado a propósito que para redação dos direitos fundamentais relativos à vida humana certamente contribuiu abaixo assinado subscrito por mais de dois milhões de cidadãos, contrários ao aborto, apresentado aos constituintes; (ii) do Congresso Nacional, quanto a sua competência para legislar sobre matéria penal, certo que há décadas se debate o aborto eugênico no país, o qual vem sendo seguidamente rejeitado pelo Legislativo, que inclusive no momento aprecia projetos de lei sobre a matéria (vide art. 22, I c./c. art. 59, III, CRFB); (iii) do Superior Tribunal de Justiça, de julgar em última instância causas relativas a lei federal (vide art. 105, III, “a” e “c”).

Deve ser enfatizado a propósito que a ADPF n° 54 foi ajuizada logo após o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, à unanimidade de votos, haver concedido a ordem no HABEAS CORPUS 32159, cassando autorização para aborto de feto anencéfalo (acórdão proferido em 17/02/2004 e transitado em julgado em 28/04/2004). Também no HC 32 757, Relator o Ministro Félix Fischer, fora concedida liminar para impedir o

abortamento de outro feto anencéfalo. Havia decisões de 1º e 2º grau nos Estados da Federação a favor e contra autorização de aborto de feto anencéfalo, mas sempre sujeita a matéria a exame da prova, inclusive quanto ao alegado risco à saúde da gestante. Porém, somente após haver sido firmada a jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido contrário à autorização para aborto de feto anencéfalo, e pouco depois disso, é que foi ajuizada a referida ADPF nº 54.

Entendo que o pedido da ADPF nº 54 colide também com os princípios do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa, eis que autoriza a eliminação de uma vida humana sem qualquer análise do Judiciário e baseada tão somente em laudo médico, sabido por todos a quantas falhas e manipulações estão sujeitos tais laudos, de que são exemplos os escândalos envolvendo as verbas públicas do INSS. O “parecer” médico que acompanhou a inicial da ADPF nº 54 não está assinado, tende a induzir a erro o julgador, vez que apresenta como complicações prováveis da gravidez de feto anencéfalo, complicações mais ou menos comuns em qualquer gravidez e que não colocam em risco a vida ou a saúde da gestante, e àquele parece se contrapõem diversos outros pareceres médicos, de que são exemplos os que acompanham o Memorial anexo.”

Passo a examinar a espécie.

PARECER

1. Como consta da inicial, a Confederação autora pretende, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, que o STF proceda à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), declarando inconstitucional, “com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado”.

2. Põe-se, aqui, desde logo, a indagação: na argüição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada com o objetivo de obter interpretação conforme a Constituição de normas infraconstitucionais, é admissível a criação de hipótese normativa nova no ordenamento jurídico positivo?

No julgamento da ADIN nº 581 - DF, a 20.8.1992, o Ministro Moreira Alves, acerca da interpretação conforme a Constituição, propôs, com o assentimento da Corte, a orientação que o STF vem seguindo, qual seja, admitida “como constitucional uma das interpretações possíveis da lei impugnada”, o Tribunal está, na realidade, “declarando a inconstitucionalidade das demais”, o que “tem a vantagem de chamar a atenção para a circunstância de que apenas se admite constitucional a interpretação que impede a procedência total da ação direta de inconstitucionalidade”, acrescentando: “Nesse sentido, aliás, conduz-se a Corte Constitucional alemã quando se utiliza da técnica da interpretação conforme a Constituição, declarando a parcial inconstitucionalidade da lei sem redução de seu texto” (RTJ, 144/154). Nesse mesmo julgamento, o Ministro Celso de Mello anotou (RTJ, 144/153-154): “O princípio da interpretação conforme a Constituição, que enseja a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, pressupõe, como requisito essencial de sua aplicação, a existência de “normas polissêmicas ou plurissignificativas” (J.J. Gomes Canotilho, “Direito Constitucional”, pág. 235, 5ª. ed., 1991, Almedina, Coimbra). A incidência desse postulado permite, desse modo, que, reconhecendo-se legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluam-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado. Em suma, o princípio da interpretação conforme a Constituição, ao reduzir a expressão semiológica do

ato impugnado a um único sentido interpretativo, garante, a partir de uma concreta incidência, a integridade do ato do Poder Público no sistema de direito positivo. Essa função conservadora da norma permite que se realize, sem redução de texto, o controle de sua constitucionalidade (...).”

Também, ao pronunciar-se no RE nº 121.336 - CE, acerca do mesmo instituto, ainda registrou o Ministro Moreira Alves (RTJ, 139/635) que a interpretação conforme a Constituição “só se admite quando não altera a *mens legis*, certo como é que o Poder Judiciário, no exercício do controle da constitucionalidade da lei, só atua como *legislador negativo*, e não como *legislador positivo*, o que ocorreria se sua interpretação alterasse o *sentido da lei*. Como observa Schlaich (Das Bundesverfassungsgericht, pág. 188, München, 1985), com base nas decisões da Corte Constitucional alemã, não se pode, a título de se interpretar uma lei conforme a Constituição, dar-lhe sentido que falseie ou viole o objetivo legislativo em ponto essencial”.

Não é, destarte, a interpretação conforme a Constituição, enquanto mecanismo de controle de constitucionalidade, meio de criar-se norma nova, não comportável no texto infraconstitucional interpretado. Decerto, também, o juiz não poderá, por esse instrumento, alterar o caráter, o conteúdo ou a finalidade da lei. Qual resulta expresso, na decisão do STF, na Representação nº 1417, de 1988, pela interpretação conforme a Constituição, há impossibilidade de se contrariar a vontade inequívoca do legislador. A interpretação fixada pela Corte Constitucional não há de desprezar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não compete a Tribunal dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, constituir, por via da decisão, regra legislativa nova.

3. Nesse sentido, bem de ver é, assim, a diferença entre a interpretação de norma conforme a Constituição, no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, e a *interpretação de lei, com eficácia normativa*, instituto do regime da Constituição anterior, introduzido pela Emenda Constitucional nº 7, de 13.04.1977, ao conferir ao STF competência com vista a processar e julgar, originariamente, representação do Procurador-Geral da República “para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual” (Emenda Constitucional nº 1/1969, art. 119, I, “i”). Segundo a disciplina regimental expedida pelo STF, na Emenda Regimental nº 7, de 23.8.1978, após o julgamento da representação, o sentido e alcance da lei ou ato normativo federal ou estadual seriam os fixados na interpretação proclamada, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado, cumprindo

considerar existente, em princípio, violação a literal disposição de lei para os efeitos do art. 485, V, do CPC, ou negativa de vigência da lei, se federal, aos fins do recurso extraordinário, com apoio no art. 119, III, alínea “a”, da Emenda Constitucional nº 1/1969, consoante examinei a espécie no trabalho intitulado “O Supremo Tribunal Federal e a Interpretação Jurídica com Eficácia Normativa”, inserto em “Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal”, Editora Universidade de Brasília, 1982, págs. 131/153. Cuidava-se, aí, de medida adotada, apenas, em situações especiais em que interesse público superior estivesse a justificar, desde logo, o pronunciamento do Alto Tribunal do País, que detinha, então, a competência não só de guardião da Constituição, mas também da unidade do direito federal infraconstitucional e da uniformidade de sua interpretação. Tal instrumento, que não era de controle de constitucionalidade, veio, todavia, a ser extinto no sistema da Constituição de 1988.

4. Pois bem, o que, efetivamente, em realidade, pretende a Confederação requerente, consoante decorre da inicial da ADPF nº 54, é venha o Supremo Tribunal Federal, adotando mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, a proclamar, *erga omnes* e com efeito vinculante, que, no *conteúdo* e *alcance* dos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), não se compreende a hipótese de interrupção de gravidez, que a autora denomina “antecipação de parto”, quando se tratar, comprovadamente, de feto anencefálico.

Ora, dispõem os artigos referidos do Código Penal, *verbis*:

- a) Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento  
“Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.  
Pena - detenção de 1 (um) a 3 (três) anos”.
  
- b) Aborto provocado por terceiro  
“Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:  
Pena: reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.
  
- c) “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:  
Aborto necessário  
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;  
Aborto no caso de gravidez resultante de estupro.”

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

Se os dispositivos em foco cuidam da disciplina legal do crime de aborto e, no art. 128, I e II, do Código Penal, de forma expressa e inequívoca, se alinham as únicas hipóteses em que, embora praticado o aborto por médico, não se lhe impõe a pena respectiva, não há como deixar de conferir à pretensão da autora o evidente intuito de ver instituído, por meio de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, aquilo que o legislador, até hoje, não concedeu, ao não aprovar projetos de lei, no Congresso Nacional, com o objetivo de introduzir, no sistema do Código Penal, a hipótese de não-punição do aborto praticado, quando se comprovarem graves anomalias no feto, em termos a não apresentar condições de sobrevivência. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 1956/1996, em tramitação no Congresso Nacional, é exemplo, dentre outros, a confirmar que, somente ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário, o qual não tem função de legislador positivo, caberá criar hipótese nova de não-punição do aborto, que consiste na interrupção da gravidez, com morte do feto.

Assim sendo, não é de admitir-se que, por meio de interpretação conforme a Constituição, consoante pretende a autora, no bojo de procedimento de controle concentrado de constitucionalidade de normas, as quais explicitamente regulam instituto jurídico penal, com contornos específicos, se venha a instituir hipótese outra excludente de punição, quando o legislador, de forma inequívoca e estrita, alinha os casos em que o crime em referência não se pune, máxime, na espécie, diante da existência de proposta legislativa em exame no Congresso Nacional. Não tenho como possível, desse modo, o Poder Judiciário fixar juízo, de *natureza normativa*, antecipando-se à deliberação dos outros Poderes Políticos, a tanto competentes, excluindo em decisão, com eficácia *erga omnes* e *efeito vinculante*, do âmbito de incidência de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição *vigente*, a situação em foco que, de resto, em princípio, está envolta em questões de fato pendentes de comprovação técnica complexa.

5. Não serve, de outra parte, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, para ser via de interpretação e definição, *em tese, de norma infraconstitucional*. Na decisão, a Corte, a teor do art. 10 da Lei nº 9.882/1999, fixa “*as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental*”, que se aponta como descumprido ou ameaçado de

lesão, por ato do Poder Público. À vista dessa compreensão do preceito fundamental, o STF dirá, então, da procedência ou improcedência da argüição de seu descumprimento, fazendo “comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados”.

Releva, aqui, ainda, conotar que a presente argüição (ADPF n° 54), conforme está na inicial, cuja cópia instrui a Consulta, foi ajuizada com base no art. 1º., caput, da Lei n° 9.882/1999, ou seja, como argüição autônoma e não como argüição incidental (item 13 da inicial da ADPF n° 54). Ora, no particular, escreve André Ramos Tavares, em seu “Tratado da Argüição de Preceito Fundamental”, Editora Saraiva, 2001, pág. 314: “O pedido, no caso da argüição autônoma, será o reconhecimento do descumprimento de preceito fundamental. O sentido mediato é a preservação da ordem jurídico-constitucional com a restituição ao estado de coisas anterior. É a desconstituição do ato impugnado”.

Na espécie de que se ocupa a Consulta, não se alude, especificamente, a ato do Poder Público, mas se pretende que o Supremo Tribunal Federal, com base no art. 1º., caput, da Lei n° 9.882/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, ut art. 102, § 1º., da Lei Maior, proceda à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, para os fins inicialmente aludidos. Esse objeto da ADPF n° 54, assim definido na inicial, não logra, pois, condições de ser enquadrado no âmbito do art. 1º., caput, da Lei n° 9.882/1999, invocado como base da argüição autônoma em apreço. Cuida-se, efetivamente, de obter interpretação conforme a Constituição de normas penais, com objetivo real de incluir, entre os casos de exclusão de pena, ut art. 128, I e II, do Código Penal, a hipótese de interrupção de gravidez, quando o feto for portador de anencefalia, devidamente comprovada.

Em conclusão, não é, para tanto, meio adequado a argüição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, § 1º., da Constituição, com a disciplina conceitual do art. 1º., caput, da Lei n° 9.882/1999. Nem cabe, ademais, como restou demonstrado, interpretação conforme a Constituição, de normas infraconstitucionais, que venha a alterar o conteúdo ou a natureza das regras interpretadas, inclusive, com introdução de hipótese normativa nova, máxime em se cogitando de disposições de direito penal, de inequívoco e preciso alcance, em enumeração exaustiva, consoante sucede com regra de exclusão de penas.

Compreendo, destarte, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental em exame não possui condições de ser conhecida.

6. De outro lado, também não é de admitir-se o *pedido alternativo*, em que a autora pleiteia, na hipótese de não caber argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), seja a inicial recebida como *ação direta de inconstitucionalidade*, porque a pretensão é de interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal (Decreto-Lei n° 2.848, de 7.12.1940) e não de declaração de inconstitucionalidade.

Com efeito, a “interpretação conforme a Constituição”, enquanto técnica de decisão em controle concentrado de constitucionalidade, implica julgamento de procedência *parcial* da ação, com declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, das normas questionadas, nos termos expostos no item 2 acima, à vista da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Bem de ver é, pois, que não será admissível, nesse caso, a *fungibilidade* da argüição de descumprimento de preceito fundamental proposta em ação direta de inconstitucionalidade. O objeto da ação, ademais, tal como definido inicialmente e reafirmado no “pedido alternativo”, é a interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, do Código Penal, diploma de 1940, para os fins referidos na inicial. Isso implicaria uma pretensão da autora de obter *decisum* da Corte Constitucional de *inconstitucionalidade parcial*, sem redução de texto, das normas indicadas do Código Penal de 1940, o que é inviável, em face da tranqüila jurisprudência do STF, confirmada, entre outras, na ADIN n° 2, segundo a qual não cabe ação direta de inconstitucionalidade, relativamente a direito pré-constitucional.

Não remove, além disso, no particular, a dificuldade a assertiva de que as normas anteriores em apreço não são expungidas do ordenamento positivo, mas nele permanecerão com a interpretação que a Corte lhes conferir. De fato, não se trata, aqui, de *interpretação* de normas infraconstitucionais, à semelhança do que sucedia, no regime anterior, com o uso da representação para interpretação, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual, a teor da Emenda Constitucional n° 7, de 1977, antes aludida (item 3 supra), com eficácia normativa, mas, sim, de *interpretação conforme a Constituição*, que integra o mecanismo do controle concentrado de constitucionalidade, a adotar-se no âmbito de ação direta de inconstitucionalidade, o que é incabível, concernentemente ao direito anterior a 5.10.1988.

7. De todo o exposto, penso que não é admissível a argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos em que proposta a ação. Por igual, compreendo insuscetível de conhecimento o “pedido alternativo”, em conformidade com o que antes se deduziu.

## II

8. Examino, a seguir, em face da Consulta, o *mérito* da *quaestio juris*, à vista dos termos sumariados acima.

9. Desde a concepção, há ser humano, amparado pelo direito à vida e com prerrogativa da dignidade humana, qualquer seja o prognóstico de seu futuro, inclusive quanto à duração de sua existência.

Diego León Rábago, *in* “La Bioética para el Derecho”, México, ed. Faculdade de Direito, Universidade de Guanajuato, 1ª. ed., 1998, pág. 207, explica demonstrar a genética suficientemente que, desde o momento mesmo em que surge à vida o zigoto, já há um ser humano. Keith L. Moore, citado por Rábago, define o zigoto como a célula resultante da fecundação de um óvulo pelo espermatozóide e acrescenta que um zigoto é “o começo de um novo ser humano”. Rábago, no ponto, ainda esclarece que não se devem confundir as células germinativas, óvulo e espermatozóide, com o zigoto. Aquelas são originadoras, este é o originado. Noutro passo, complementa que, com o surgimento do zigoto, se inicia o processo contínuo do desenvolvimento do ser humano, o qual abrange sua integração orgânica e seu crescimento, conforme as determinações de seu código genético. Por virtude do fenômeno vital da divisão, crescimento e diferenciação celulares, o zigoto se converterá em preembrião, em embrião, em feto, em criança, em jovem, em adulto e em velho. Como sinala, ademais, Rábago, enquanto tudo isso sucede por determinação do código genético, contido já no zigoto, as transformações que se operam são morfológicas, porém não essenciais. Existe uma identidade absoluta entre o zigoto e o preembrião, o embrião, o feto, a criança, o adulto e o velho. Trata-se do mesmo ser que passa por diversas etapas de desenvolvimento (op. cit., págs. 207 e 208).

Nesse mesmo sentido, a geneticista Eliane S. Azevêdo, *in* “A bioética no século XXI”, organizadores Volnei Garrafa e Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, editora UnB, 2000, pág. 87, esclarece que existe identidade genética absoluta em todas as células somáticas do organismo humano e entre estas e a

célula somática inicial, o zigoto. O zigoto “tem o projeto e a auto-suficiência para, interagindo com o ambiente, construir uma pessoa humana geneticamente única”. A seguir, observa a citada geneticista (op. cit., pág. 88): “não obstante o grande número de multiplicação celular experimentado por nosso organismo desde o estágio unicelular pós-fertilização, até a morte por extrema idade, o DNA de todas as células permanece o mesmo”.

Assim, diante das informações também da Genética, quanto à natureza do zigoto e do desenvolvimento do organismo celular, não há deixar de acolher o entendimento de que, desde o instante da concepção, existe vida humana, dotada das virtualidades e potencialidades da pessoa humana.

Pois bem, essa conclusão não se pode alterar, se e quando, no curso do desenvolvimento do ser humano, *ainda na fase fetal*, ocorra anomalia ou malformação a comprometer o funcionamento de órgão ou de sistema próprio da natureza desse ente, que, não obstante isso, continua mantendo a vida, no ventre materno, com a deficiência que o acomete.

10. Com efeito, Pontes de Miranda, expressando a doutrina em curso no sistema jurídico brasileiro, anotou (“Tratado de Direito Privado”, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954, Parte Geral, Tomo I, § 50, n° 4, pág. 163): “Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. Não é preciso que se haja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (= sair da mãe) com vida. A viabilidade, isto é, a aptidão a continuar de viver, não é de exigir-se. Se a ciência médica responde que nasceu vivo, porém seria impossível viver mais tempo, foi pessoa, no curto trato de tempo em que viveu. O Código Civil desconhece monstros, *monstra*. Quem nasce de mulher é ser humano. Não cogita do hermafrodita, no tocante à personalidade (C. Crome, System, I, 206).”

Estava no Código Civil de 1916, art. 4º: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Preceitua, no mesmo sentido, o novo Código Civil, Lei n° 10.406/2002, em seu art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Clóvis Bevilacqua, à sua vez, já escrevera (*in* Código Civil dos Estados do Brasil Comentado, 11ª. ed., 1956, pág. 145), a respeito do art. 4º. do CCB de 1916: “2 - A personalidade civil do homem começa com o nascimento, diz

concisamente o Código. Basta que a criança dê sinais inequívocos de vida, para ter adquirido a capacidade civil. Entre os sinais apreciáveis estão os vagidos e os movimentos característicos do ser vivo; mas, particularmente, perante a fisiologia, é a inalação do ar cuja penetração, nos pulmões, vai determinar a circulação do sangue no novo organismo, o que denota ter o recém-nascido iniciado a sua vida independente. Realizado o nascimento, pouco importa que, momentos depois, venha a morrer o recém-nascido. A capacidade jurídica já estava firmada, direitos já podiam ter sido adquiridos que se transmitiram ao herdeiro do falecido. Não há, também, distinguir, se o parto foi realizado naturalmente, ou se exigiu intervenção da obstetrícia.” Noutro passo, acrescenta (op. cit., pág. 145): “O Código afastou as questões antiquadas da viabilidade e da forma humana, que, aliás, ainda se encontram em alguns códigos modernos. Sem dúvida, há partos prematuros, e outros há em que, apesar da maturidade, o produto da concepção é incompatível com a vida (V. Afrânio Peixoto, Medicina Legal, págs. 219 e 226). Ao direito civil, porém, estas questões não devem preocupar. Em primeiro lugar, o ponto de vista do direito é social e não biológico. Portanto, pode o indivíduo ser considerado incapaz de viver, e no entanto, por isso mesmo que vive, merece a proteção do direito. Imagine-se um indivíduo malformado, que os peritos declaram inapto para a vida. Não obstante, ele dura alguns dias. Se alguém o matar, comete ou não um crime? Ninguém responderá pela negativa. Por quê? Porque esse indivíduo é um ser humano. Da mesma forma que o direito penal o protege, deve protegê-lo o direito civil. Conseqüentemente deve considerá-lo capaz de adquirir direitos, deve dar-lhe um tutor, se ele tiver perdido os pais, ou estes forem incapazes. Depois, se o direito assegura vantagens ao nascituro, por que há de ser mais duro e menos benévolo com o que nasce? A ciência condena-o, certamente, à morte, dentro em breve. Mas, além de que a ciência pode enganar-se, o direito não pode reconhecer esse caso de morte civil, em uma época em que já não subsistem as outras formas. Finalmente, a doutrina da viabilidade não oferece a necessária segurança às relações jurídicas. O direito precisa de saber quando começa a existência das pessoas, para que o movimento da vida social não se interrompa ou não fique indeciso”. Rematando sua lição, Clóvis Bevilacqua explica a rejeição do Código Civil à exigência de *forma humana*, nestes termos (op. cit., pág. 146): “Igualmente ocioso é exigir a forma humana como requisito da personalidade civil. Há monstros e aleijões viáveis, como há formas teratológicas inadequadas à vida. O direito romano recusava a capacidade jurídica aos que *contra formam humani generis, converso more, procreantur* (D. 1, 5, fr. 14). Mas essa doutrina deve ser afastada. É humano todo ser, que é dado à luz por mulher, e, como tal, para os efeitos do Direito, é homem”.

Noutro trecho, Pontes de Miranda aduz (op. cit., § 51, n° 4, pág. 172): “protege-se o feto, como ser vivo, como se protege o ser humano já nascido, contra atos ilícitos absolutos e resguardam-se os seus interesses, para o caso de nascer com vida; biologicamente, o *conceptus sed non natus* já é homem; juridicamente, esse ser humano ainda não entrou na vida social, que é onde se enlaçam as relações jurídicas.” E ainda, no item 5, a seguir, completa: “O nascimento com vida encontra a eficácia do fato jurídico da concepção. Note-se bem; a concepção é que compõe o fato jurídico. (...); os efeitos do fato jurídico, em cujo suporte fático está a concepção (ainda sem nascimento), se produzem, sem qualquer pendência ou condicionalidade. O parto sem-vida pré-exclui qualquer efeito *por diante*; o parto com vida completa o suporte fático para surgir a pessoa, no preciso sentido jurídico. O *infans conceptus* é suporte fático à parte; o suporte fático entra no mundo jurídico e, como fato jurídico, irradia eficácia. Com os elementos desse suporte fático, *mais* o nascimento com vida, compõe-se o suporte fático de que exsurge a pessoa” (op. cit., págs. 172 e 173). Por último, é lição de Pontes de Miranda, op. cit., § 52, item 6, pág. 181: “O problema de ter nascido com vida o ser humano é *quaestio facti*, que se há de resolver com os recursos da ciência do momento; não é *quaestio juris*. Se nasceu com vida e morreu, adquiriu o ser humano os direitos, pretensões, ações e exceções e foram transmitidos deveres, obrigações e situações passivas nas ações e exceções; transmitindo, por sua vez, aqueles e esses, se, com a morte, os não perdeu, ou não os perdeu nos minutos que viveu”.

11. De outra parte, *no plano constitucional*, cumpre ter presente a regra fundamental do art. 5º., *caput*, da Lei Maior de 1988, ao garantir a inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Escreve nesse particular, Alexandre de Moraes, em sua obra “Direito Constitucional, São Paulo, Editora Atlas, 9ª. ed., 2001, págs. 61/62: “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo, ao jurista, tão-somente, dar-lhe enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. (...). Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética

própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina”.

Nessa mesma linha, a lição de José Afonso da Silva, *in* “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros Editores, 19ª. ed., 2001, pág. 200: “Vida, no texto constitucional (art. 5º., *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.” E, noutro trecho, observa (op. cit., pág. 201); “A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º., *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). (...). Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência”. No mesmo sentido, Jacques Robert (“Libertés publiques,” Paris, PUF, 1980, pág. 234), citado por José Afonso da Silva, à sua vez, assere: “O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano”. Discorrendo sobre o *direito à existência*, na perspectiva constitucional, José Afonso da Silva acrescenta (op. cit., pág. 201): “É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria”.

Nesse mesmo sentido, dentre tantos outros autores, ensina a professora Maria Celeste Cordeiro dos Santos, da Universidade de São Paulo, em sua obra “O Equilíbrio do Pêndulo. A Bioética e a Lei. Implicações Médico-Legais”, Ícone Editora, 1998, pág. 152, verbis: “A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º., consagrou, entre outros direitos básicos, o direito à vida. Tal direito é inviolável (sagrado). Embora o texto constitucional não se refira expressamente ao nascituro, tudo está a indicar que sua vida é um bem que a Constituição se obriga a proteger de forma a que não sofra qualquer violação. Protege-se, assim, também, a vida humana intra-uterina. (...). Em qualquer dos estágios, zigoto, mórula, blástula, concepto, embrião, feto, recém-nascido há apenas um ‘continuum’ do mesmo ser”. Referindo-se à proteção à vida, anota a autora mencionada (op. cit., págs. 152 e 153): “O inciso XXXVIII, do mesmo artigo 5º. (da Constituição), reconhece a instituição do júri com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o abortamento. (...). O direito penal dedica distintas normas para a proteção desta vida desde o momento de sua concepção - aborto, infanticídio e o homicídio - até seu término (vida post-mortem). No primeiro caso, nosso direito, como o alemão, protege o bem jurídico *vida em germen e tem* por objeto o feto ou embrião (ou óvulo fecundado). No segundo protege a vida desenvolvida, o que caracteriza como objeto da ação a *pessoa* ou o *recém-nascido*”. E conclui (op. cit., pág. 153): “O respeito à vida é respeito a todas as formas de vida humana”.

12. Observa, de outra parte, Ingo Wolfgang Sarlet, *in* “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1998, pág. 103: “Da concepção jusnaturalista remanesce, sem dúvida, a constatação de que uma Constituição que - de forma direta ou indireta - consagra a idéia da dignidade da pessoa humana justamente parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição biológica humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado”. Nesse sentido a conclusão de M. Kriele, “Einführung in die Staatslehre, pág. 214”, citado por Sarlet, na obra aludida, pág. 103, ao apontar oportunamente “para a circunstância de que foi justamente a idéia de que o homem, por sua mera natureza humana, é titular de direitos, que possibilitou o reconhecimento dos direitos humanos e a proteção também dos fracos e dos excluídos, e não apenas dos que foram contemplados com direitos pela lei, por contratos, em virtude de sua posição social ou econômica”.

À sua vez, a professora Maria Celina Bodin de Moraes do Departamento Jurídico da PUC - RJ, em trabalho publicado sob o título “O Direito Civil Constitucional”, na coletânea “1988 - 1998 - uma década de Constituição”, organizada por Margarida Maria Lacombe Camargo, Editora Renovar, RJ, 1999, explica que a “raiz da palavra ‘dignidade’ é derivada do latim *dignus* - aquele que merece estima e honra, a quem se deve respeito, aquele que é importante”, acentuando: “Foi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a idéia de que a cada ser humano era preciso atribuir a deferência devida à dignidade de Deus, porque somos todos seus filhos e, em consequência, todos irmãos” (pág. 125). Adiante, acrescenta (op. cit., p. 126): “Ressalte-se que o princípio constitucional não garante o respeito e a proteção da dignidade humana apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, nem tampouco traduz somente o oferecimento de garantias de integridade física, psíquica e moral do ser humano. A Constituição Federal considera esta dignidade ‘fundamento da República’. Dados o caráter normativo dos princípios constitucionais e a unidade do ordenamento jurídico, para o que nos interessa nesta sede, para o Direito Civil, isto vem a significar uma completa transformação, uma verdadeira transmutação. Assim, e exemplificativamente: enquanto o Código Civil (1916) tutela, prioritariamente, os bens dos menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente - posterior à promulgação da Constituição - protege, de modo integral, a criança e o adolescente, como pessoas em desenvolvimento”.

Também, nessa mesma publicação da Editora Renovar, o professor Carlos Roberto de Siqueira Castro, em “O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas”, registra (pág. 104): “A bem dizer, no que toca aos direitos fundamentais do homem, impende reconhecer que o princípio da *dignidade* da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. O postulado da *dignidade humana* universalizou-se como um pólo de atração para cada vez mais novos e novíssimos refletores do modismo constitucional - democrático. Com isso, abriu-se o receituário dos direitos sublimados na Constituição, que se multiplicam na razão direta dos conflitos insurgentes no meio social e das exigências insaciáveis da positivação jurídica, na esteira do humanismo ultrapluralista, solidarista e internacionalizado destes tempos”. Em outro trecho de seu ensaio, anota Siqueira Castro (op. cit., págs. 104/205): “Em realidade o humanismo solidarista que conquistou a filosofia política e a teoria do Estado neste século findante operou sobretudo o fenômeno da

constitucionalização de inúmeras categorias do direito privado, através de sua inserção no culminante e seletivo conjunto de normas e princípios constitucionais. Esses novos direitos supralegais, em razão do papel integrador da ordem jurídica desempenhado pela Constituição, passaram a exercer uma espécie de liderança axiológica em face dos microssistemas normativos associados a comandos constitucionais, a exemplo dos regimes jurídicos aplicáveis à propriedade, à proteção do consumidor, à tutela da infância e da adolescência, à nova configuração da família calcada na igualdade entre os cônjuges e na proteção constitucional da chamada união estável, à salvaguarda do meio ambiente e ao resguardo da imagem e da intimidade individual”.

13. À vista das referências doutrinárias de direito civil e de direito constitucional acima alinhadas, bem de ver é que, em nosso sistema jurídico, não cabe deixar de reconhecer a vida, bem como a natureza humana no conceptus sed non natus, independentemente de eventual grave anomalia que apresente, no curso do desenvolvimento fetal, não sendo, ademais, pertinente, para tanto, discussão sobre sua viabilidade, após o nascimento com vida, ou acerca da duração provável desse ser humano, mesmo nos casos em que presumível existência breve na fase extra-uterina. Certo é que, protegido pela ordem jurídica, desde a fase intra-uterina, o ser humano, se nascido com vida, adquire personalidade jurídica, podendo ser titular de direitos e pretensões na ordem civil, o que sucede, à evidência, até o óbito.

Assim sendo, quando se dá, entretanto, interrupção da gravidez, seja qual for o momento da gestação, por deliberação da mulher, isoladamente, ou com a intermediação de terceiro, disso resultando a morte do conceptus, ocorre aborto voluntário, a teor dos arts. 124 a 126 do Código Penal, classificado entre os crimes contra a vida, que são uma subclasse dos delitos contra a pessoa.

Esta a autorizada lição de Nelson Hungria, *in* Comentários ao Código Penal, ed. Rev. Forense, RJ, 1953, 2ª. edição, vol. V, pág. 276: “Ao invés da circunstância da expulsão do feto, que não passa de um epifenômeno e pode deixar de ocorrer, o que se apresenta como necessário e suficiente à configuração do aborto é a interrupção da gravidez. É este, aliás, o critério médico-legal, a que deve afeiçoar-se a noção jurídico-penal; aborto é a interrupção da gravidez, seguida ou não da expulsão do feto, antes da época da sua maturidade (Morisani). Garimaud assim define o aborto criminoso: “é a cessação prematura e dolosa da gravidez, ou sua interrupção intencionalmente provocada, com ou sem o aparecimento dos fenômenos expulsivos”. Mais

concisamente, pode dizer-se: “é a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intra-uterina”. Anota ainda Nelson Hungria (op. cit., pág. 277): “O aborto, em face do Código, é crime de dano (ou material): é necessário, para sua consumação, que se opere, efetivamente, a *ocisão do feto intra uterum* ou a interrupção da gravidez e conseqüente morte do feto. O verbo *provocar* empregado nos arts. 124, 125 e 126, não pode ter outro sentido senão o de *dar causa a, originar, promover*. O Código, ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez antes do seu termo normal, há o crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, até o rompimento da membrana amniótica), provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto”. Noutra passagem de seus Comentários citados (pág. 277), acrescenta o saudoso Ministro Nelson Hungria: “Admitida a intenção de provocar o aborto, ou, seja de suprimir o feto, não tem importância o momento em que este vem a morrer: se quando ainda no útero materno, ou se quando já expulso, uma vez que a morte tenha ocorrido em conseqüência da própria imaturidade do feto ou dos meios abortivos empregados. Não há distinguir a ocisão direta do feto *intra uterum* e a morte deste *extra uterum* por deficiência de maturação”.

De acrescentar, ademais, é que, para a existência do aborto, consoante observa Hungria (op. cit., pág. 289), “não é necessária a prova de vitalidade do feto”. Conforme adverte Hafter, “pouco importa se o feto era, ou não, vital, desde que o objeto da proteção penal é aqui, antes de tudo, a vida do feto, a vida humana em germe. (...). Do mesmo modo, é indiferente o grau de maturidade do feto: em qualquer fase da vida intra-uterina, a eliminação desta é aborto”. Thormann e Overbeck, citados por Hungria, no ponto, sinalam (op. cit., pág. 289): “O grau de maturidade (desenvolvimento) do feto não representa, aqui, papel algum; conseqüentemente, não importa ao conteúdo de fato do crime que a ação abortiva seja praticada nos primeiros ou nos últimos meses de gravidez”.

O que bem importa é que se faz cessar, com a interrupção da gravidez, uma vida, que a Constituição e as Leis querem protegida. Cumpre, no particular, ter sempre presente a observação de Carrara, recolhida por Hungria (op. cit., págs. 275/276): “Não é, de modo algum, incerto que o feto seja um ser vivente; impossível negá-lo quando, cada dia, a gente o vê crescer e vegetar. (...). O feto no útero *vive*, e não nos interessa definir fisiologicamente a índole de tal vida, pois não é possível que o feto esteja ali dentro como um corpo morto”.

Nesse mesmo sentido, lições, dentre outros, de Paulo José da Costa Jr., “Comentários ao Código Penal”, Ed. Saraiva, SP, 5ª. ed., págs. 34 e 35; Celso Delmanto e outros, “Código Penal Comentado”, Edição Renovar, 5ª. ed., 2.000, págs. 249/250; Alberto Silva Franco e outros, “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, Rev. dos Tribunais, SP, 1984, vol. 2, págs. 212/213; Sebastian Soler, “Derecho Penal Argentino”, Buenos Aires, 1951, Tomo III, §85, págs. 110/112.

Anotou o professor Paulo José da Costa Júnior (op. cit., pág. 39), mencionando a lição de Basileu Garcia (“Thalidomide e abortamento”, *in* RT, 324-329), que o Código não elencou, entre as excludentes da criminalidade (CP, art. 128, I e II), o aborto eugênico (ou eugenésico), que é o “executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança dos pais”. Em idêntico registro, Celso Delmanto e outros (op. cit., pág. 250) acentuam que o Código, no art. 128, I, “não legitima o aborto chamado eugenésico, ainda que seja provável, ou até mesmo certo, que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável”.

14. Ora, se assim é, a espécie formulada na Consulta constitui, efetivamente, hipótese de aborto voluntário, eis que se cogita do ato intencional de provocar a interrupção de gravidez, quando o feto é anencefálico, vivo e em desenvolvimento no útero materno, a partir da verificação da grave anomalia que o acomete, eis que resulta da ciência prognóstico de breve sobrevivência na fase extra-uterina, se a esta o conceptus vier a alcançar. Invoca-se, para esse agir, risco de danos à saúde da gestante e ao exercício de direitos constitucionais em defesa de sua dignidade pessoal, da liberdade de escolha e da autonomia da vontade.

Examina-se, a seguir, a matéria.

15. Nos fetos anencefálicos, verifica-se a ausência completa ou parcial da calota craniana e das estruturas anatômicas correspondentes e de tecidos que a ela se sobrepõem; são eles privados, assim, da possibilidade de funções superiores. Possuem, entretanto, esses seres humanos organismo, com funções vitais, que os mantêm vivos e com desenvolvimento no ventre materno e na fase extra-uterina, quando a atingem, embora, segundo a ciência, de breve duração. Cabe, no ponto, referir, ainda, as atividades, neles existentes, dos sistemas circulatório e respiratório e as funções do sistema nervoso dos níveis

medular e encefálico inferior, na nomenclatura de Arthur Guyton, com a presença de tronco encefálico e “porções variáveis do diencefalo”.

Com efeito, Arthur C. Guyton, em seu Tratado de Fisiologia Médica, Editora Interamericana, RJ, traduzido da 5ª. ed. do original “Textbook of Medical Physiology”, 1977, pág. 537, escrevendo sobre os “três níveis principais no sistema nervoso humano que têm especial significado funcional: 1) o nível medular, 2) o nível encefálico inferior e 3) o nível encefálico superior ou cortical”, assim sintetiza as funções do segundo nível: “Em resumo, as funções subconscientes, porém, coordenadas, do corpo, como muitos dos próprios processos vitais - pressão arterial e respiração, por exemplo - são controladas pelas regiões encefálicas inferiores, regiões que usualmente, *mas nem sempre*, operam abaixo do nível consciente”. Noutro ponto da obra citada, Capítulo 52, pág. 612, o referido professor e então Diretor do “Departamento de Fisiologia e Biofísica, University of Mississippi, School of Medicine”, acerca do “tronco encefálico”, aponta: “O tronco cerebral é uma extensão complexa da medula espinhal. No seu interior há numerosos circuitos neuronais que controlam a respiração, a função cardiovascular, a função gastrointestinal, os movimentos oculares, o equilíbrio, o suporte antigravitacional do corpo, e muitos movimentos estereotipados especiais do corpo.” E acrescenta (op. cit., pág. 612): “Através de toda a extensão do tronco cerebral - no bulbo, ponte, mesencefalo, e mesmo em parte do diencefalo - estão áreas de neurônios difusamente dispostas conhecidas como *formação reticular*.”

Referindo-se, ainda, às “funções da *formação reticular* e do núcleo do tronco cerebral específicas no controle de movimentos estereotipados subconscientes”, o professor Arthur Guyton, em seu Tratado aludido, pág. 619, faz destacada nota, quanto à *criança anencefálica*, registrando que, “raramente”, “nasce sem as estruturas cerebrais acima da região mesencefálica, e algumas dessas crianças mantiveram-se vivas por muitos meses. Tais crianças são capazes de executar essencialmente todas as funções de alimentação, como sucção, expulsão de comida desagradável da boca, e levar as mãos à boca para sugar seus dedos. Além disso, elas podem bocejar e esticar-se. Eles podem chorar e seguir objetos com os olhos e movimentos de sua cabeça. Pressionando-se, também, parte anterior de suas pernas, faremos com que eles passem a uma posição sentada”.

Em documento oficial do Governo da Itália, de 1996, a que farei referência a seguir, recolhe-se manifestação do Council on Ethical and

Judicial Affairs da American Medical Association, acerca da “retirada de órgãos de doador anencefálico”, onde se reconhecem, de forma explícita, quanto aos anencéfalos: “funcionalidade dos órgãos viscerais, reflexos de sucção, de afastamento dos estímulos doloríficos, movimentos dos olhos e dos membros, emissão de sons, expressões do rosto”, embora não lhes reconheça essa entidade grau de consciência.

16. O documento oficial do Governo Italiano aludido consiste em minucioso estudo elaborado pelo “Comitê Nacional para a Bioética”, da Presidência do Conselho de Ministros da República da Itália, aprovado em 21 de junho de 1996, acessível no site “<http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/210696.html>”, sob o título “O Recém-Nascido Anencefálico e a Doação de Órgãos”. Também, em tradução para o português, no site: [www.providafamilia.org.br](http://www.providafamilia.org.br).

Sobre os “aspectos biomédicos da anencefalia”, nesse documento, anota-se, com apoio em vasta literatura especializada, que se menciona, *verbis*: “Na realidade, define-se com este termo uma malformação rara do tubo neural acontecida entre o 16<sup>o</sup>. e o 26<sup>o</sup>. dia de gestação, na qual se verifica ausência completa ou parcial da calota craniana e dos tecidos que a ela se sobrepõem e grau variado de malformação e destruição dos esboços do cérebro exposto. Verifica-se portanto ausência dos hemisférios cerebrais e dos tecidos cranianos que os encerram com presença do tronco encefálico e de porções variáveis do diencéfalo. A ausência dos hemisférios e do cerebelo pode ser variável, como variável pode ser o defeito da calota craniana. A superfície nervosa é coberta por um tecido esponjoso constituído de tecido exposto degenerado”.

Prosseguindo, a Exposição aludida destaca: “Este é o quadro de referência geral da malformação anencefálica: não se deve, todavia, pensar que esta malformação seja rigorosamente definível. O autor de um texto qualificado sobre anencefalia estranha, com razão, a variedade de denominações e de classificações, que existem na literatura sobre o assunto. A dificuldade de classificação baseia-se sobre o fato de que a anencefalia não é uma malformação do tipo tudo ou nada, ou seja, não está ausente ou presente, mas trata-se de uma malformação que passa, sem solução de continuidade, de quadros menos graves a quadros de indubitável anencefalia. Uma classificação rigorosa é, portanto, quase que impossível”.

Quanto às condições de vida dos anencéfalos, gravemente deficientes no plano neurológico, por carecerem das funções que dependem da região cortical, embora possuindo o tronco encefálico e “porções variáveis do diencéfalo”, registra o documento de 1996 em exame, do Comitê Nacional para a Bioética, da Itália, *verbis*:

“*Sobrevivência*: com os atuais tratamentos a sobrevivência do anencefálico é muito reduzida. São relatadas percentagens de nascidos vivos entre 40 - 60%, enquanto depois do nascimento somente 8% sobrevivem mais de uma semana e 1% entre 1 e 3 meses. Foi relatado um caso único de sobrevivência até 14 meses e dois casos de sobrevivência de 7 a 10 meses, *sem recorrer a respiração mecânica*. (...).

Apesar de uma expectativa de vida tão reduzida, não é sempre possível definir a iminência do óbito e a redução da vida pode ser influenciada em muito pelos tratamentos intensivos.

Somente em pequena parte se assiste a uma progressiva degeneração do tecido nervoso, visto que a lesão aparece geralmente estabilizada no momento do nascimento. Um risco elevado se dá no momento do parto devido ao trauma que o tecido nervoso resíduo sofre não sendo protegido pelas estruturas ósseas. Sucessivamente a morte ocorre principalmente por *insuficiência respiratória* causada pela insuficiência das estruturas nervosas de controle ou pela *displasia pulmonar* e em pequena parte por anomalias múltiplas de tipo endócrino (hipófise, supra-renais). Recentemente, surgiu nos EUA um caso médico-legal (conhecido como o caso do Bebê K) conseqüente ao nascimento com parto cesariano de uma recém-nascida anencefálica cuja condição era conhecida desde a vida intra-uterina. A mãe se opôs à interrupção da ventilação mecânica que fora instituída depois do nascimento. A Corte Distrital sentenciou, baseada no ‘Emergency Treatment Act’ que o tratamento respiratório com ventilador não era nem ‘inútil’, nem ‘desumano’, e portanto conforme a lei americana. A pretensão do hospital em recusar este tipo de tratamento não era portanto legítima, porquanto a legislação americana não prevê algum tipo de exceção com relação ao tratamento de pacientes com anencefalia”.

De outra parte, examinando a possibilidade de *doação de órgãos do recém-nascido anencefálico*, o documento em análise, - após anotar que “a retirada dos órgãos complexos (fígado, rim e principalmente o coração) deva ser realizada em condições de relativa compensação hemodinâmica ou seja num momento em que o coração ainda pulsa de maneira válida e em grau de assegurar aos órgãos interessados uma perfusão suficiente”, - enfrenta o problema concernente *à morte cerebral*, eis que as legislações respeitam em geral “o princípio da necessidade da completa e definitiva suspensão das funções de todo o encéfalo”. Acentua-se nesse documento aprovado pelo Governo da Itália: “No caso do recém-nascido anencefálico a demonstração da morte cerebral apresenta grandes dificuldades ligadas ao conhecimento ainda imperfeito da neurofisiologia neonatal em sentido geral, e também à própria condição de malformação do sujeito”. Depois de observar que os reflexos do tronco encefálico “são variáveis por causa das malformações a cargo de numerosos nervos cranianos”, bem assim que um “forte debate está surgindo sobre as potencialidades do encéfalo em idade neonatal”, reconhecendo-se uma “grande capacidade de adaptação, mesmo em condições patológicas graves, nos primeiros dias de vida, nos quais particularmente ativos e válidos parecem os fenômenos de neuroplasticidade”, o Comitê Nacional para a Bioética, na Itália, sinala: “Não se trata, obviamente, da possibilidade por parte do tronco de suprir as funções do córtex faltante, mas de admitir que a neuroplasticidade do tronco (encefálico) poderia ser suficiente para garantir ao anencefálico, pelo menos, nas formas menos graves, uma certa primitiva possibilidade de consciência. Deveria, portanto, ser rejeitado o argumento que o anencefálico, enquanto privado dos hemisférios cerebrais, não está em condições, por definição, de ter consciência e provar sofrimento”.

17. Do que ficou esclarecido nos itens anteriores, à vista de pronunciamentos de natureza científica, quanto às partes do sistema nervoso de que portador o anencefalo, bem assim do funcionamento dos órgãos e dos sistemas vitais de circulação e respiração, não há como afirmar que se trata, aí, de *ser morto*, quer no ventre materno, quer na vida extra-uterina. Ao contrário, na primeira situação, cuida-se de *conceptus sed non natus*, que se desenvolve na fase intra-uterina, podendo alcançar a maturação e ter nascimento com vida. O feto anencefálico é ser humano vivente e, assim, porque portador da vida e da dignidade de ser humano, possui a proteção da Constituição, das leis civis e penais. A grave deficiência no nível encefálico superior ou cortical de seu sistema nervoso, na expressão de Arthur Guyton, surgida no curso do

desenvolvimento fetal, não lhe altera, à evidência, a natureza de ser humano, presente desde sua concepção, a qual o acompanha até a morte. Também, sequer, à luz da ciência, consoante se anotou acima, caberia ver *morte encefálica* no ser humano com anencefalia. Há unidades de níveis medular e encefálico inferior do sistema nervoso desses seres humanos, cujo funcionamento basta, por si só, a afastar a caracterização de suspensão definitiva de todas as funções do encéfalo. A morte encefálica não se dá apenas com a ausência ou suspensão definitiva das atividades do sistema nervoso de nível superior ou cortical, mas de “todas as funções do encéfalo”.

Releva, na espécie, ter, ademais, presente a condição do recém-nascido e as perplexidades científicas apontadas no documento de 1996 do Comitê para a Bioética, da Itália, no que concerne ao “conhecimento ainda imperfeito da neurofisiologia neonatal, em sentido geral”, conforme se fez aceno ao ponto no item anterior.

18. Ora, decorrência de tudo isso é concluir que a interrupção da gravidez de feto anencefálico, colimando e obtendo sua morte e impedindo-o, assim, de prosseguir o desenvolvimento intra-uterino, outra caracterização não pode ter senão a de aborto, nos termos dos arts. 124, 125 e 126, do Código Penal. O anencefálico é um ser humano vivo e a reduzida expectativa de vida não limita os seus direitos e a sua dignidade, assim como a Constituição e as leis do País querem ver construída a República, à base do respeito à vida e à pessoa, na integralidade de seu ser.

De outro lado, não se exige sequer que o feto seja viável, no tipo penal do aborto, pois, como escreve Euclides Custódio da Silveira, citado por Vicente Celso da Rocha Guastini, *in* “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, coordenação de Alberto Silva Franco, Editora Revista dos Tribunais, SP, 7ª. ed., vol. 2, pág. 2.225, “o objeto jurídico do crime é a vida endo-uterina, e não a vitalidade, ou a capacidade de alcançar a maturidade”.

Não cabe, além disso, considerar *gravidez patológica*, quando o produto da concepção vem a manifestar-se, na vida intra-uterina, como feto anencefálico. Em realidade, a eventual anomalia do feto não implica gravidez patológica; esta ocorre nos casos anormais de *gravidez extra-uterina*, ou *molar*. Nessa linha, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (RJTJSP 35/237): “Cumpra observar, ainda, que, para o aborto, embora com pressuposto na gravidez, é irrelevante o grau de desenvolvimento do embrião ou do feto no útero materno. A gravidez dá-se desde a fecundação até o

rompimento do saco amniótico, isto é, até o início do parto. É mister que a gravidez seja normal e não patológica. Os casos anormais de gravidez extra-uterina, ou molar, são patológicos, e a interrupção nesses casos não pode constituir aborto. Não se exige que o feto seja vital (que tenha capacidade de normal desenvolvimento)”. Na gravidez extra-uterina, o óvulo não se desenvolve no útero, apresentando variedades (intersticial, tubária etc), anotando Nelson Hungria, na obra citada, págs. 284/285: “Em tais casos, o desenvolvimento fetal não se opera senão por breve tempo; ou sobrevêm complicações por abundante hemorragia, ou ruptura da trompa, etc, que produzem naturalmente a morte da mulher. Outras vezes, o feto permanece no lugar, mas vem logo a deter-se no seu desenvolvimento e sofre processos progressivos, entre os quais o da calcificação, apresentando-se a formação de um *litopéδιο*”. Quanto à gravidez molar, escreve o mesmo Hungria (op. cit., pág. 286): “Igualmente, e com mais forte razão, a expulsão de uma mola não pode concretizar crime de aborto. (...). As molas verdadeiras *não são fetos*, e, quanto às molas falsas, nada têm a ver com o processo gestativo”.

Pois, bem, em caso de feto anencefálico, há *vida* em desenvolvimento no útero materno e o processo de gravidez pode ter seu curso normal, ocorrendo, como acontece em significativo percentual, o nascimento desse ser humano, com vida, momento em que adquire personalidade civil, a teor do art. 2º., do vigente Código Civil, qualquer seja o tempo de sua duração extra-uterina, a qual, embora presumivelmente breve, é de incerta determinação, máxime, em face de possíveis tratamentos intensivos.

19. De outra parte, à vista dos termos da Consulta, não há, aqui, falar em “antecipação do parto”, em sentido próprio, eis que esta não pressupõe disposição de vontade de eliminar o feto, mas, antes, de retirá-lo do ventre materno, objetivando-lhe vida extra-uterina. F. C. Grelle, em seu Manual de Obstetrícia, Livraria Ateneu S. A., RJ, 1956, pág. 256, discorrendo sobre a definição de parto, anota que, “*segundo a época em que se verifica* a expulsão ou extração do ovo, o parto poderá ser: abortivo, prematuro, precoce, tempestivo ou a termo e tardio ou serotino”, conceituando os três primeiros, nestes termos: a) *abortivo* é o que se verifica antes de atingida *a viabilidade fetal*; b) *prematuro* é o que se verifica completos os sete meses ou 28 semanas; c) *precoce* quando pequena a antecipação, mais precisamente entre o 265º. e o 275º. dia da gestação”.

Ora, na espécie, se de parto se cogita, esse tão somente poderá ser classificável como *abortivo*, pois o que se pretende é, efetivamente, antes de

atingida a viabilidade fetal, interromper a gestação do feto anencefálico, porque verificada a grave anomalia encefálica, resultando disso a morte.

20. Assim sendo, de concluir-se é que se caracteriza, em realidade, aborto, na interrupção voluntária da gravidez de feto anencefálico, quer isso aconteça com sua expulsão ou extração do útero materno, ou não, verificando-se a morte desse ser humano, como conseqüência direta e imediata da medida adotada para privá-lo da vida. Provocando a interrupção da gravidez, o sujeito ativo do delito atenta contra a vida do feto anencefálico, com o resultado desejado de sua morte, configurando-se, de forma inequívoca, nexos causal. A morte, no caso, não decorre da anomalia encefálica de que portador o feto, mas, sim, da ação de interromper-lhe, de modo eficaz, o normal desenvolvimento fetal, que vinha acontecendo no meio adequado intra-uterino. Se o fundamento à ação interruptiva, como com freqüência é invocado, constitui o fato de ser presumivelmente reduzida a expectativa de vida desse ser humano, ou que poderá inclusive morrer antes do nascimento, tal circunstância, à evidência, não logra amparo, mas, sim, repúdio, da ordem jurídica, ou ética, pois importaria antecipar o óbito humano. Essa conduta, indiscutivelmente, segundo os princípios, implica atentar contra a vida humana. O feto anencefálico, reitera-se, é ser humano que vive e se desenvolve no útero de sua mãe, que o gerou. Como admitir-se sua implacável destruição, interrompendo-se, voluntariamente, a gravidez?

21. Releva, na espécie, de outra parte, conotar que, sequer, enquadrável pode ser a conduta em foco no âmbito do art. 128, I, do Código Penal, ao estipular que não se pune o aborto praticado por médico, “se não há outro meio de salvar a vida da gestante”. Escrevendo sobre o “aborto necessário”, Nelson Hungria (op. cit., pág. 297/298) explica: “O aborto necessário pode ser assim definido: é a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo, e inevitável por outro modo, à vida da gestante. (...). A ele (médico) incumbe averiguar se a incompatibilidade entre a moléstia em ato e o estado de gravidez é de molde a acarretar a morte (*não apenas dano à saúde*) da gestante: no caso afirmativo, é-lhe permitido interromper a gravidez, com o sacrifício do feto”.

Ora, essa situação não se configura, pelo só fato do *conceptus* ser portador de anencefalia. A vida da mãe, que o gerou, não está em risco, porque, em seu ventre, esse ser humano, com uma anomalia no sistema nervoso, se vem normalmente desenvolvendo. De resto, eventuais distúrbios de saúde terão, na assistência médica, o acompanhamento necessário,

máxime, à vista dos progressos da ciência. No que respeita aos aspectos psíquicos da gestante, após tomar conhecimento da grave anomalia que acomete o ser humano em desenvolvimento no seu ventre, decerto, deverão ter o atendimento que a ciência especializada oferece, bem assim a compreensão e o consolo de todos os que a acompanham. Nada, porém, está, *sub specie juris*, a autorizar, no caso, a interrupção voluntária da gravidez, com a conseqüente morte do feto anencefálico.

No ponto, escreveu, a Dra. Maria José Miranda Pereira, Promotora de Justiça do Distrito Federal, *in* “ABORTO”, Revista Jurídica Consulex, Ano VIII, nº 176 (15 de maio/2004), pág. 37: “A má formação fetal não acarreta qualquer risco à gestante além daqueles inerentes a outras gestações em que a criança é sadia, *conforme resposta oficial do Conselho Federal de Medicina* a um questionamento do Ministério Público. *Confirma a Associação Nacional dos Ginecologistas/Obstetras* que o defeito físico do feto NÃO implica por si só risco para a gestante. Vejam explicações inquestionáveis dos médicos João Evangelista dos Santos Alves e Dernival da Silva Brandão, autores do Livro Aborto: o Direito à Vida (Rio de Janeiro, Agir, 1982), laureado pela Academia Nacional de Medicina”. Noutra passagem, ainda anotou: “Também é falso que a mãe sentirá repugnância pelo filho deficiente, ao nascer. É próprio do amor materno compadecer-se daquele que está desfigurado pela doença e ameaçado de morte iminente. Ao contrário, se a gestante, pressionada por outros que lhe dizem que seu filho é uma ‘coisa’ ou um ‘monstro’, acaba consentindo no aborto, carregará pelo resto da vida o terrível quadro clínico conhecido como síndrome pós-aborto, que inclui: depressão, medo, choro, remorso, tendência ao suicídio, noutras palavras, aniquilação da psique da mulher”.

É de referir, ainda, - dentre os documentos com informações técnicas que instruem a Consulta, - o pronunciamento firmado pelo Dr. Dernival da Silva Brandão, “especialista em Ginecologia e Obstetrícia e membro emérito da Academia Fluminense de Medicina”, do qual destaco o seguinte:

“Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto são comuns e muitas vezes inesperadas. Desproporção céfalo-pélvica, distócias várias em parto cefálico, pélvico, (...), apresentações anormais, hemorragias por diversas causas podem provocar situações emergenciais que exigem do obstetra um procedimento rápido e manobras adequadas ao momento. Não são características do parto do anencéfalo que, de acordo

com a dilatação do colo, não cria maiores dificuldades. E, em caso de qualquer dúvida, pode se indicar a cesariana. O aborto provocado ou o parto prematuro não são destituídos de complicações que podem ser iguais ou maiores que o parto a termo, com a diferença ética e moral de que a morte da criança não foi provocada ou antecipada voluntariamente.

Apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério deve ser dado sempre pela família nas mais diversas situações, inclusive pela sobrecarga do trabalho que qualquer puérpera pode ter com um novo filho que vai precisar dela praticamente vinte e quatro horas por dia. São por demais conhecidos os casos de psicose puerperal em gestações ditas normais, que além da família pode necessitar de um profissional especializado. Também é conhecida e estudada a síndrome pós-aborto provocado, alterações psicológicas e do comportamento de mulheres que induziram um aborto. A morte intencional do filho doente também deixa seqüelas psicológicas e comportamentais, muitas vezes de difícil resolução.

Bloqueio da lactação é um procedimento comum na obstetrícia por várias causas, sendo uma das mais comuns a mastite puerperal e não cria maiores problemas.

A falta de contratilidade uterina no pós-parto pode ocorrer por várias causas, independentemente de ser um parto de uma criança anencefálica. Tem tratamento preconizado para essas hemorragias de acordo com a sua etiologia.

Infecções pós-cirúrgicas podem ocorrer por várias causas, inclusive pela falta de cuidados devidos em qualquer procedimento médico. Um parto a termo em muitas situações pode exigir manobra obstétrica que deve ser feita dentro dos devidos cuidados de antisepsia comuns”.

Também a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, médica ginecologista-obstetra (CRM SP 14064), - em documento por ela firmado, que acompanha a Consulta, - registra, após detido exame dos tópicos em discussão, *verbis*:

“Em conclusão, temos a considerar que não há razões médicas de “risco para a gestante” que indique o aborto em caso de feto anencefálico:

1) A probabilidade de complicações maternas pode ser grandemente diminuída pela assistência durante o Pré-Natal,

pelo apoio de agentes de saúde ou pela assistência domiciliar e de entidades;

2) Essas complicações nunca foram ensinadas nos cursos de medicina como algo que colocasse a vida da mãe em risco;

3) A própria natureza leva ao parto prematuro ou ao aborto espontâneo com grande frequência;

4) O sofrimento materno pode ser mais bem aliviado se a gestante tiver o apoio e a compreensão que a auxiliem a vivenciar a situação tão grave segundo estudos e conclusões de muitos psicólogos: 'As verdadeiras neuroses definem-se melhor como egocentrismo obstinado. Nenhum terapeuta consegue curar uma fobia, uma obsessão ou um preconceito por subtração (do trauma). Pode, entretanto, auxiliar o paciente a realizar um sistema de valores e uma perspectiva que facilitem a absorção do fator desequilibrante' (Viktor E. Frankl);

5) A certeza do diagnóstico somente é possível no final do 1º trimestre. A mãe, habitualmente, já viu seu filho no exame de ultrassonografia constatando seus movimentos e batimentos cardíacos, (possíveis de serem constatados neste exame desde a 1ª semana de atraso da menstruação).

Sentiu-o como uma pessoa humana viva. Por mais que se queira reforçar o seu medo e repulsa referente à situação, ela sabe que está interrompendo uma vida. Os efeitos podem ser muito mais graves em sua personalidade e afetividade;

6) 'Faz muita diferença que a mãe considere o feto apenas como um 'tecido', ou que nutra sentimentos maternos para com este ser vivo. A humanização de todo o gênero humano bem como a complexidade ou totalidade das relações humanas não podem ser dissociadas desta relação... Todas as formas de racionalização arbitrária, tendentes a justificar o aborto, levarão a outros tipos de alienação nas relações interpessoais e a ulteriores explosões de violência' (Bernhard Häring);

7) A angústia das mulheres nesta situação é semelhante a que acontece diante do diagnóstico de outras patologias e situações graves presentes na prática médica. O profissional deve estar preparado para lidar com estas vivências humanas da mesma forma com que se prepara tecnicamente para seu trabalho;

8) Se o Estado não tem contribuído efetivamente para o suporte técnico e financeiro para o tratamento de bebês malformados nem para o atendimento psico-social das mães,

isto nunca foi, na história da medicina, motivo para interromper uma gestação;

9) Da mesma forma, a capacidade de viver e a incapacidade de sobreviver nunca deveriam ser critérios de valorização de uma pessoa humana para a classe médica e para toda a sociedade.

Portanto, os argumentos para liberar o aborto legalmente nos casos de fetos anencefálicos são argumentos superficiais da cultura atual, de conceito de um aparente bem-estar. E, sobretudo, são provenientes da mudança do conceito de quem é a Pessoa Humana em torno da qual se construiu toda a civilização e o próprio exercício da Medicina”.

22. Dessa maneira, se a hipótese não é enquadrável no art. 128, I, do Código Penal, não há deixar de reconhecer que a interrupção de gravidez, com a morte de feto anencefálico, é crime capitulável nos arts. 124 a 126 do Código Penal, e punível, na forma dos dispositivos referidos, considerados, na aplicação da pena, conforme o caso, eventualmente, o parágrafo único do art. 126 e o art. 127, do diploma criminal aludido.

No item 4 deste Parecer, ao cuidar da inviabilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 54), tive ensejo de acentuar a caracterização, na espécie, de pleito ao Judiciário no sentido de ver instituído, no sistema do Código Penal, por via de decisão da Corte Suprema, em controle concentrado, por interpretação conforme a Constituição, aquilo que o legislador, até hoje, não concedeu, em não aprovando projetos de lei, no Congresso Nacional, com o objetivo de introduzir a hipótese de não-punição de aborto praticado, quando se comprovarem graves anomalias no feto, - ser humano vivo e em desenvolvimento no ventre materno, - em termos a não apresentar condições de vida extra-uterina, ou quando esta for presumivelmente reduzida. Fiz, então, expressa menção ao “Projeto de Lei nº 1956/1996”, como exemplo de iniciativa parlamentar nesse sentido, ora em tramitação no Poder Legislativo, não cabendo, dessa sorte, ao Poder Judiciário exercer, no caso, função própria de legislador positivo, o que escapa ao domínio de sua competência, sujeita, por igual, aos limites da Constituição.

Bem de registrar é, destarte, o acerto das decisões judiciais que negam autorização para a interrupção da gravidez, quando anencefálico o feto, por

falta de amparo legal e por constituir inequívoco atentado à vida humana protegida pela Constituição (art. 5º., *caput*).

Preciso é, a esse respeito, o voto da relatora, Ministra Laurita Vaz, no *Habeas Corpus* nº 32.159 - RJ, na Quinta Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, dele cabendo, nos limites deste Parecer, destacar:

“A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal.

Com efeito, o Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto previstas no art. 128, do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta nos autos originários é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente uma hipótese que, insisto, fora excluída de forma propositada pelo Legislador. Deve-se deixar a discussão acerca da correção ou da incorreção das normas que devem vigor no País para o foro adequado para debate e deliberação sobre o tema, qual seja, o Parlamento”.

No mesmo sentido, bem anotou o ilustre Desembargador Carlos Brazil, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em lúcido voto sobre a matéria, no Mandado de Segurança nº 42/2000: “Assim, a Constituição Brasileira nega agressão à vida humana de modo incondicional, sem distinção entre a vida sadia ou doente, nova ou velha, vida intra ou extra-uterina, ocorrendo assim uma coerência lógica e axiológica, segundo a qual não pode um juiz emanar uma ordem para prática do aborto, por inexistência de um procedimento legal, e da pretendida autorização legal, por total ausência de amparo legal; tal ordem, antes de mais nada, seria inconstitucional”.

23. De outro lado, cumpre ver, na *quaestio juris* em exame, ademais, pretensão a *restrição ou limitação a um direito fundamental*, situado pela Constituição, no art. 5º., *em primeiro lugar*, - *o direito à vida*, - que se garante ao ser humano, desde a concepção até a morte, eis que a regra maior não alcança somente a vida extra-uterina, mas também a intra-uterina. A matéria

concerne à delicada questão das restrições ou limitações a direito fundamental de primeira dimensão.

Em realidade, a Constituição de 1988 não possui previsão de norma geral expressa sobre restrições ou limitações aos direitos fundamentais, cumprindo ter presentes, ainda, os §§ 1º. e 2º., de seu art. 5º., ao preceituarem: o primeiro, a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, enquanto, no segundo, se estipula que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Há, no caso, para o proceder interruptivo da gravidez, de que resulta a morte do feto anencefálico, invocação de direitos fundamentais da mãe a se contraporem ao direito à vida, que a ordem constitucional e as leis querem seja assegurado, também, ao nascituro, sem distinção de qualquer natureza ou condições de maior ou menor vitalidade desse ser vivo, na fase intra-uterina, ou, posteriormente, a existência ou não de probabilidade, na vida extra-uterina, de duração breve.

24. No exame desse tema, importa, no caso, por primeiro, ter presente que o ser humano, no ventre materno, possui vida própria protegida pela ordem jurídica, diferente da de sua mãe, que dele não pode dispor conforme lhe aprouver ou a ela for mais conveniente, principalmente, no extremo gesto de eliminá-lo. Não é possível, em realidade, considerar o produto da concepção como parte do corpo da gestante, qual em Roma sucedia. Nelson Hungria escreve (op. cit., pág. 259): “Ensinava a escola estóica que partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia do que dispor de seu próprio corpo, no exercício de irrecusável jus in se ipsa”. Noutro trecho, observa Hungria (op. cit., 261): “Foi, porém, com o cristianismo que se consolidou a reprovação social do aborto”, acrescentando (op. cit., pág. 262): “Na época atual generalizou-se, entre todos os povos civilizados, a incriminação do aborto provocado, seja qual for a fase da gestação, não tendo passado de efêmera e deplorável experiência, em alguns países, a legislação permissiva de tal prática”.

O largo debate em torno da questão do aborto não é de ser, aqui, examinado, por não guardar pertinência imediata com a espécie em análise. O que se põe em confronto, porém, é a situação do feto anencefálico e o

entendimento de que, no caso, “o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante”, conforme se vê da inicial da ADPF n° 54 que instrui a Consulta, com a proteção de direitos fundamentais referentes à dignidade da pessoa humana, à saúde, e aos princípios da legalidade, da liberdade e autonomia da vontade.

25. O conflito entre normas, bens e valores fundamentais conduz à exigência de uma profunda ponderação e análise da hierarquização axiológica das normas e notadamente dos princípios e valores que informam o sistema constitucional. Nesse rumo, anota Juarez Freitas, *in* “A Interpretação Sistemática do Direito”, Malheiros Editores, 3ª. ed., 2002, pág. 194: “Em nenhuma circunstância, um direito de estatura constitucional deve suprimir, por inteiro, outro direito de mesma estatura”. Noutro passo, acentua, referindo-se ao princípio da proporcionalidade, aqui invocável (op. cit., pág. 195): “Com efeito, o princípio da proporcionalidade quer dizer finalística e essencialmente isto: fazer concordar os valores e princípios jurídicos e, quando um tiver que preponderar sobre outro, mister salvaguardar justificadamente, o que restou relativizado, preservando, no íntimo, os valores em colisão. Mormente em sede constitucional, fácil constatar a diuturna presença de tensões deste jaez”. Jorge Miranda ainda observa: “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação” (“Direitos fundamentais e interpretação constitucional”, RTRF - 4ª. Região, 30/2).

Ora, é, assim, inadmissível que os direitos fundamentais à *vida* e à *dignidade do ser humano*, os quais também se reconhecem em favor do *conceptus sed non natus*, situados no ápice da escala axiológica de nosso sistema constitucional e legal, - que os faz protegidos e os quer respeitados, desde o início da existência intra-uterina e até a morte, - possam, numa ponderação hierárquica de direitos, bens e valores, no âmbito constitucional, em qualquer situação concreta, ser considerados excedidos por direitos, interesses e valores, embora significativos, de que portadora a gestante, cuja vida, saúde e dignidade pessoal não estão em risco ou perigo de dano grave. Essa ponderação, se desse pela prevalência dos valores invocados pela gestante, teria a conseqüência inequívoca de conduzir ao aniquilamento e à morte do feto, que, vivo, se desenvolve no útero de sua mãe. A interrupção da gravidez pretendida causa, por si só, irremediavelmente, a morte imediata do ser humano. O direito à vida, pelo tempo por que houver de prolongar-se a existência do anencéfalo, seria, por inteiro, desprezado e destruído. Nem se

invoque, no particular, em prol da conclusão contrária à vida desse ser humano doente, que a ciência está a apontar-lhe existência extra-uterina breve, se nascer com vida. O tempo mais ou menos longo de previsão de vida humana não autoriza, em qualquer caso, antecipar a morte. A eutanásia é, em nosso sistema, crime de homicídio, vale dizer, delito contra a vida. A interrupção da gravidez, com a morte do feto, constitui aborto (CP, arts. 124 a 126), crime também contra a vida, não se enquadrando o aborto do feto anencefálico no art. 128, I, do Código Penal. Não há sequer regra legal a excluir a aplicação de pena a quem provocar essa interrupção da gravidez, em qualquer de seus estágios, com a conseqüente morte do feto, pouco importando que, para isso, se use, de forma imprópria, o nome de “antecipação de parto”, pois o efeito é da mesma intensidade, ou seja, a morte provocada do ser humano, que está vivo no ventre materno e, aí, se vem desenvolvendo.

No particular, Jorge Miranda, após acentuar que “o direito à vida não pode sofrer restrições” (op. cit., pág. 299), de expresso, *manifesta sua recusa* ao entendimento segundo o qual, “no confronto de um valor não juridicamente subjectivado - o da vida humana intra-uterina - com outros valores juridicamente subjectivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais - é lícito admitir a possibilidade do sacrifício daquele” (*in* Manual citado, pág. 302). É de ter-se em consideração, efetivamente, que o direito à vida, - assegurado pela Constituição, repita-se, também ao ser humano em sua existência intra-uterina, - é o primeiro dos direitos fundamentais, não excedido na hierarquia dos valores constitucionais por qualquer outro. José Afonso da Silva, em trecho já transcrito (item 11), enfatiza que a vida humana “constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos”, acrescentando: “De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência” (op. cit., pág. 201). Como se admitir a solução pretendida, com a irreversível morte do feto, o que significa, aniquilamento definitivo da vida do ser humano? Enquanto a vida se faz presente ou for possível esforço para mantê-la, a ninguém é lícito, em face da Constituição, destruí-la.

Somente a Constituição previu a pena de morte, restringindo o direito fundamental à vida, no art. 5º., XLVII, letra “a”, “em caso de guerra

declarada, nos termos do art. 84, XIX”, como limitação excepcional ao direito fundamental à vida, assegurado aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Quanto ao aborto, a *não-aplicação de pena* ao médico que o provoca, nas duas hipóteses do art. 128, do Código Penal, constitui ressalva específica, insuscetível de estendê-la a outros casos. Não se admite o denominado “aborto eugênico ou eugenésico”, ou em apresentando o feto anomalia, a qual possa importar em vida extra-uterina de presumível duração breve, segundo a ciência. O Poder Legislativo, de resto, entre nós, qual já referi, discute a matéria em projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional. Certo está, desse modo, que o Poder Judiciário não poderá, sem lei válida, autorizar abortos, ainda que sob denominação imprópria de “antecipação terapêutica de parto”, com o desrespeito ao direito fundamental à vida, como não lhe cabe, nos limites constitucionais de sua competência, também, autorizar a antecipação do fim da vida de quem quer que seja, por mais grave e dolorosa possa parecer a situação de fato.

Releva, por último, conotar que a gestante, cuja vida e saúde não correm grave perigo, como se examinou acima, - em mantendo o feto anencefálico em seu ventre materno, até o nascimento, salvo morte natural, filho por ela gerado, com a grandeza da humanidade, revestido da dignidade de ser humano, - não terá, por igual, sua dignidade de pessoa humana diminuída, na linha da magna compreensão desse valor na ordem jurídica, nem sua liberdade ameaçada ou comprometida, mas, ao contrário, revestida a gestante do valor constitucional que se confere à maternidade, cumpre vê-la mais respeitada e admirada por seus concidadãos, porque soube amar até o fim e é somente pelo amor que se constrói e o ser humano pode realizar sua perfeição e felicidade, e nunca pelos simples sentimentos de prazer, bem-estar, comodismo ou indiferença à vida dos outros, a começar pela dos mais próximos a nós, que são os filhos. A maternidade, como valor também protegido constitucionalmente, enobrece a gestante; não a priva da liberdade, nem da invocada “autonomia da vontade”, ambas exercitáveis sempre com respeito ao direito e dignidade dos demais, como é próprio da ordem democrática e do regime das liberdades.

### III

26. De todo o exposto, sobre a “quaestio juris” deduzida na Consulta, emito meu Parecer, de acordo com a fundamentação constante dos itens, que se indicam em cada conclusão:

1. A argüição de descumprimento de preceito fundamental aforada (ADPF n° 54) não reúne condições para ser conhecida, quer no concernente ao *pedido principal*, quer quanto ao *pedido alternativo*, nos termos da fundamentação desenvolvida *nos itens 1 a 7*.

2. Desde a concepção, há vida humana; o feto é ser humano vivo e revestido também da dignidade humana, com a proteção do sistema jurídico, constitucional e legal. Na condição de *conceptus sed non natus*, adquire personalidade jurídica, na ordem civil, no momento do nascimento com vida, pouco importando que a ciência lhe preveja vida extra-uterina breve. Em nosso ordenamento jurídico, não se concebe distinção também entre seres humanos em desenvolvimento na fase intra-uterina, ainda que se comprovem anomalias ou malformações do feto; todos enquanto se desenvolvem no útero materno são protegidos, em sua vida e dignidade humana, pela Constituição e leis (itens 9 a 12).

3. O aborto, crime contra a vida previsto no Código Penal (arts. 124 a 126), ocorre com a interrupção voluntária da gravidez e morte do feto, em decorrência desse ato (item 13).

4. O feto anencefálico é ser humano vivo e em desenvolvimento no útero materno, embora a anomalia que o acomete, tendo a sua vida e a dignidade humana a proteção da ordem constitucional e legal. A natureza de ser humano, desde a concepção e até a morte, não se altera pela malformação encefálica, que atinge parte das funções encefálicas (as de nível superior ou cortical), subsistindo, porém, as funções do sistema nervoso dos níveis medular e encefálico inferior, na nomenclatura do professor Arthur Guyton, com a presença de tronco encefálico e “porções variáveis do diencéfalo”, possuindo organismo vivo, dotado de órgãos e sistemas vitais, conforme a ciência o revela (itens 14 a 17), não cabendo ver, nele, destarte, um *morto* no ventre materno ou sequer um ser com *morte cerebral*, na existência extra-uterina (item 17).

5. Constitui crime de aborto, capitulável nos arts. 124 a 126 do Código Penal, conforme a hipótese, a interrupção voluntária da gravidez, com a conseqüente morte do feto anencefálico; o crime não se descaracteriza, na espécie, pela circunstância de haver expectativa de reduzida existência extra-uterina, não sendo sequer possível, desde logo, prever o momento provável do óbito, máxime, em face de tratamentos intensivos utilizáveis (itens 18 a 20).

6. Não se aplica ao aborto voluntário de feto anencefálico o disposto no art. 128, I, do Código Penal, não resultando dessa gestação *especial* risco à vida ou mesmo à saúde da gestante, conforme a doutrina e pronunciamentos técnicos examinados (itens 21 e 22).

7. O direito à vida, como o primeiro dos direitos fundamentais (CF, art. 5º., *caput*), é garantido, pela Constituição e ordenamento legal, ao ser humano, desde a concepção até a morte. É ele, assim, assegurado, também ao *nascituro*, desde a concepção, sem distinção de qualquer natureza ou condições de maior ou menor vitalidade desse ser vivo, na fase intra-uterina, bem assim na vida extra-uterina, quer exista ou não probabilidade de duração breve (itens 11 a 13).

8. Numa ponderação hierárquica dos direitos e valores concernentes à vida e à dignidade humana garantidas também ao nascituro anencefálico, vivo e em desenvolvimento no ventre materno, em face de invocados direitos fundamentais da gestante, quanto à dignidade de pessoa humana, liberdade e autonomia de vontade, no sentido de interromper a gravidez, do que resultaria a morte do feto, - não é possível deixar de fazer prevalecer o direito à vida do nascituro, visto que a vida e a saúde da gestante não correm perigo de grave dano, nem sua dignidade de pessoa humana é ferida pelo fato dessa maternidade, valor constitucionalmente exaltado. A gestante - em mantendo o feto anencefálico em seu ventre, até o nascimento, com vida, do filho por ela gerado, com a grandeza da humanidade e revestido da dignidade de ser humano, - não terá sua dignidade pessoal diminuída, na linha da magna compreensão desse valor na ordem constitucional, nem sua liberdade ameaçada ou comprometida, mas, ao contrário, - revestida do valor constitucional e humano que se confere à maternidade, - cumpre vê-la merecedora de mais respeito e admiração por seus concidadãos, o que significa ter sua dignidade pessoal elevada, porque, acima de tudo, soube amar até o fim e é somente pelo amor que o ser humano pode realizar sua perfeição e felicidade.

Não cabe dar prevalência ao que se pretende na inicial, que instrui a Consulta, porque isso importaria em destruir a vida do ser vivo e em desenvolvimento no útero materno, ou seja, fulminar, irreversivelmente, o direito fundamental à vida do feto anencefálico, antecipando-lhe a morte, eliminando uma vida que, mesmo se houver de ser breve, embora indeterminado o momento do óbito, nem com isso deixará de ser vida humana

protegida pela Constituição e as leis, com a nobreza do ser humano (itens 23 a 25).

Respondo, pois, nesses termos, à Consulta que me foi formulada.

Porto Alegre, 11 de agosto de 2004.

José Néri da Silveira  
Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal  
OAB-RS 2.246