

PROMOTORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL DE DEFESA DOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS DE SAÚDE — PRÓ-VIDA

INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ COM ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE FETO INVIÁVEL

Interessada: Mulher grávida

Sumário: 1. Relatório. 2. Promoção. 2.1. Introdução. 2.2. O papel constitucional do Ministério Público e do Juiz nos “pedidos de IVG”. 2.3. As questões político-criminais da IVG. 2.4. A IVG de embriões e fetos inviáveis na perspectiva do sistema legal brasileiro. 2.5. Embriões e fetos malformados (*embriopatias e fetopatias*) e outras situações indicadas para a IVG no Direito Comparado. 2.6. Anencefalia e outras complicações inviabilizantes da vida *v.* Fetopatia e embriopatia. 3. Conclusão.

1. RELATÓRIO

Mulher grávida, nascida em 10 de novembro de 1967, requereu autorização judicial para interrupção voluntária de sua gravidez, que conta 30 semanas. Após criterioso exame ecográfico-morfológico realizado pela Unidade de Gravidez de Alto Risco Materno-Fetal de um hospital do Distrito Federal, constatou-se a gestação de um feto com anencefalia.

Além de a anencefalia ser incompatível com a vida extra-uterina, o prosseguimento da gestação põe a vida da gestante em risco, na medida em que ocorre o aumento de volume do líquido amniótico (*polidrâmio*). Este aumento agrava a propensão à pré-eclâmpsia, intercorrência com alto índice de morte. A terapêutica indicada em casos como este é a interrupção da gravidez.

O pedido de “autorização” (*sic*) para execução do procedimento foi formulado por advogados e estagiários da Casa de Justiça e Cidadania de Ceilândia, chegando a esta Promotoria hoje, dia 6 de dezembro. Imediatamente foi ouvido o Conselho Médico que a integra. O Conselho analisou as ecografias que acompanham o pedido e ratificou o parecer emitido pela mencionada unidade médica. Fez juntar aos autos, a título de ilustração, uma série de oito fotografias de anencéfalos e um estudo detalhado sobre essa deformação.

Relatei.

2. PROMOÇÃO

2.1 INTRODUÇÃO

Toda manifestação sobre a interrupção voluntária da gravidez (*IVG*) tem muito de religião, moral, liberdade sexual e supostos argumentos éticos. É fácil e soa agradável invocar a titularidade divina sobre a vida, atacando, para tanto, a promiscuidade sexual, a licenciosidade dos outros ¹ e, principalmente, defendendo para o feto direitos que não foram assegurados, nem se procurou assegurar à mãe: o direito à liberdade na vida, à dignidade no viver, além do direito à vida em si mesma.²

-
- 1 Álvaro Cunhal. *O aborto: causas e soluções*. Porto, Campo das Letras, 1997, p. 76. “Muitos escritores procuram fazer crer que as causas fundamentais do aborto são ‘uma crise moral’, uma ‘crise de costumes’ a ‘degenerescência moral das camadas inferiores da população’ e ‘ainda a propaganda anticoncepcional’. Tais razões apresentadas são apenas uma capa que esconde as verdadeiras e profundas razões que conduzem as mulheres ao aborto.”
 - 2 Antônio Vigário, O Zezinho e a moral sexual, *O Público*, Lisboa, p.10, 14 Fev. 1997: “Já estamos habituados a que a discussão pública de qualquer questão ligada a princípios fundamentais ou à consciência de cada cidadão conduza a posições extremadas. O que não é natural nem saudável é a radicalização da discussão por movimentos fundamentalistas. Sobretudo quando agem como verdadeiras milícias, sem qualquer pudor em recorrer ao terrorismo físico ou moral. Como cidadão e, sobretudo, como católico, não posso deixar de me sentir chocado com a violência gratuita e o farisaísmo da milícia auto-intitulada Movimento Pró-Vida. Choca a violência dos meios empregues. O folheto *Não Matem o Zezinho* faz a condenação do aborto como um assassinio puro e simples. Recorre a imagens de uma violência escusada e apresenta uma visão da questão que de tão simplista é imoral. Choca a idéia de que a promoção do direito à vida do feto se basta com a penalização da interrupção voluntária da gravidez. Não seria mais eficaz e razoável que a proteção do direito à vida do feto se fizesse através do combate às causas que levam a que uma mulher interrompa a sua gravidez? Choca ainda a noção limitada do direito à vida. Onde está o dito movimento quando o direito à vida é posto em causa pela toxicod dependência ou pela violência associada à discriminação racial? Por que razão é que este Movimento só surge preocupado com o direito à vida quando se discute o aborto? Creio bem que o que move os ativistas do Movimento Pró-Vida não é propriamente a vida do Zezinho. A despenalização do aborto põe em causa a moral sexual inerente a esse movimento. O Zezinho é ape-

Não é fácil esquecer o discurso e fazer uma análise de eminência jurídica sobre o requerimento apresentado.³ Mas esse é o dever do Ministério Público e do Poder Judiciário, visto que ambos desempenham funções do Estado. No caso, do Estado brasilei-

nas a mascote de uma determinada moral sexual!

A admissão de que alguém possa interromper voluntariamente uma gravidez implica a negação da moral sexual que defende que a dimensão sexual do homem tem uma função essencialmente reprodutora. E que entende que a única barreira oponível à concepção são os métodos anticoncepcionais naturais.

A defesa destas idéias só é possível por parte de quem desconhece a realidade humana ou então por quem é cúmplice dessa manifestação de hipocrisia. Poucas são as pessoas cuja vivência sexual obedece à referida moral. Ou porque não se revêem nela, ou porque não poderiam sustentar a prole numerosa que daí resultasse, talvez com a exceção dos prolíficos militantes da *Opus Dei*.

A realização como pessoa do homem e da mulher, casados ou não, passa pela sua realização afetiva, que inclui necessariamente uma vertente sexual.

A moral sexual que se associa ao auto-intitulado Movimento Pró-Vida é em si própria uma causa da prática do aborto. A idéia de que o sexo pode ser altamente censurável ou pecado leva a que muito boa gente, quando colocada perante uma gravidez não desejada, facilmente ceda à tentação de esconder ou desembaraçar.

A Igreja Católica é cúmplice do fundamentalismo desse Movimento Pró-Vida na medida em que ele é um mero reflexo da sua rígida e desajustada moral sexual. Poucos são os católicos que se refletem na moral sexual oficialmente defendida pela Igreja.

Um verdadeiro movimento pró-vida, a promover pela Igreja, deveria preocupar-se com a proteção da vida em geral. Um dos seus primeiros objetivos seria procurar que o Zezinho só surgisse quando desejado. Preocupar-se-ia então com o Planejamento Familiar e com a Educação Sexual. Outro objetivo seria evitar que uma mulher solteira pudesse interromper a sua gravidez por falta de apoio ou de condições econômicas.

Quanto à questão do aborto em si, desde que efetuado nas primeiras semanas de gravidez, é um problema de consciência individual.

Por mim tenho como inquestionável que a concepção de um novo ser, de uma nova vida, desejada ou não, é sempre algo de maravilhoso! Mas questiono que se possa impor a uma mulher o dever de criar dentro de si um feto não desejado e, mais do que isso, rejeitado. Ao contrário do que possa parecer do sucesso das técnicas de fecundação *in vitro*, a mulher não é uma mera incubadora ou transportadora. Entre o feto e a mulher estabelece-se uma relação única, que só aquela pode sentir e avaliar.

Apesar da radicalização da discussão, a realidade pouco será alterada pela solução que vier a ser adotada. A recusa da despenalização não levará a que a interrupção voluntária da gravidez se verifique apenas nas situações previstas na lei.

Da despenalização também não resultará que quem pretender efetuar um aborto o passará a fazer nas melhores condições. A diferença neste caso é que uma mulher que praticar o aborto no período inicial da gravidez deixará de ser sujeita ao poder punitivo do Estado. E não é esta a concepção social dominante em Portugal?"

- 3 Jorge Miranda, Aborto e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, *O Público*, Lisboa, p. 4, 15 Fev. 1996: 1. A problemática da interrupção voluntária da gravidez é, simultaneamente, de uma extrema complexidade e de uma radical simplicidade. De extrema complexidade, pelos múltiplos pressupostos e reflexos — jurídicos, sociais e econômicos, políticos e culturais, morais e religiosos — que comporta, pela sua dependência de outros problemas, pela variedade das situações em que as pessoas se podem encontrar e pela complexidade dos fatores de cada situação, pela complexidade que encerra em si cada vida humana. De radical simplicidade, porque, exatamente em cada caso, envolve uma decisão sobre a existência de certa e determinada vida humana, sobre se ela deve continuar até ao nascimento ou ser interrompida."

ro, um Estado laico, que dispensou em sua Constituição vínculos com quaisquer religiões ou seitas, correntes filosóficas ou assemelhados.

O Estado — o Promotor de Justiça e o Juiz — tem o dever de exercer suas funções sem invocar princípios teológicos, religiosos ou filosóficos. O Promotor e o Juiz não podem argumentar com valores de sua consciência enquanto indivíduos. Num Estado Democrático de Direito, respeitador e guardião das liberdades e dos direitos fundamentais, e institucionalmente separado de qualquer igreja, todos são, ou têm o dever de serem laicos. Laicos no sentido de preservar a separação entre o que é valor pessoal e o efetivo exercício do Direito, em relação ao direito do outro. Traduzindo, isto significa não deixar que o domínio dos direitos e da comunidade política seja colonizado pelas ortodoxias religiosas hegemônicas. Problemas como a interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável não se resolvem invocando os desígnios de Deus ou da natureza, mas argumentando com os textos legislativos e em primeiro lugar com a Constituição.

Infelizmente, vivemos num Estado neoliberal, numa máquina. E máquina não tem sentimento de culpa, não tem peso de consciência, não vê nem sente a utilidade da poesia, cujo valor, na maioria das vezes, reside na expressão do grito preso em outras formas de linguagem; na busca incessante de um referencial estético, que é o que livra esse mesmo Estado dos ímpetos neonazistas que tanto relutam em aceitar um réquiem de concepção democrática.

Sentir a poesia, ou através dela, impõe a esses agentes políticos do Estado o dever de serem éticos, limitando as leis e os seus comportamentos à busca do bem. E é esse bem, conhecido como justiça, tão oportuno ao caso em foco, que a poetisa pernambucana *Irene Lage de Britto* pôde resumir em seu poema *Maternidade*; uma reflexão a tudo e um repúdio ao nada em que se transforma a mulher diante de conceitos hipocritamente concebidos em sua defesa:

“Pela porta da mulher passa um laço de fita, um sapato de cristal. Passa a noite, passa o verbo; o credo, o bolero. (*Ela não se sabe música*)./ Das entranhas da mulher, sai o mel e a lua. A equação, o medo. Sai escuridão, sai orgasmo; a certidão de nascimento. (*Ela não se sabe enxerto*)./ No útero da mulher moram a estrela e a máscara. O fastio, a estupidez... Mora seu sono e o cio, a alforria, o estrangeiro. (*Ela não se sabe bússola*)./ Do ventre da mulher escorre seu muro e paredes. Um trovão, a hipocondria. Escorre o incenso e o incesto, o pão e o jejum. (*Ela não se sabe rua*)./ As brenhas da mulher expelem força e enfado. A contradição, a vez. Expelem a hora e o recreio. Sua própria criação. (*Ela não se nasce*)./ Da abertura da mulher vaza o pecado original; vaza sua vida vermelha. O pretérito-mais-que-perfeito. Vazam seu ontem e o gozo. (*Ela não se sabe hoje*)./ A vagina da mulher segrega fome e ousadia. Vende pudor, cria o mito. Esconde seu corpo, solidão. Embriaga o juízo e a história. (*Ela não se rompe o*

himen)./Da luz da mulher vem à luz um governo, a ditadura o ocaso. Vem a implosão, Hiroshima. Muitas réplicas em via sacra. (*Ela não se sabe parto*).⁴

A separação entre o Estado e as igrejas é básica, também, para que no exercício das funções que lhe são típicas, o Estado assegure a cada indivíduo ou cidadão a liberdade religiosa, incluindo, aí, a garantia do direito de não ser submetido a decisões judiciais ou ministeriais embasadas em princípios religiosos, filosóficos ou ideológicos de todas as espécies. “O Promotor de Justiça deve ser independente e objetivo, não se deixando influenciar pelo sexo, pela crença religiosa, pela opção política, pela origem e classe sociais, pela orientação sexual, pela nacionalidade ou por quaisquer questões de natureza étnica do criminoso, da vítima ou das testemunhas. Também não se deve deixar influenciar por pressões impróprias e indevidas de quaisquer origens.”⁵ Estas palavras são endereçadas não só aos Promotores de Justiça, como também aos Juizes.

Contudo, os atores estatais, os funcionários públicos, o Promotor e o Juiz, enquanto indivíduos, também têm a garantia de que mesmo pagos pelo Estado, que é impessoal quanto a valores que não sejam os cívicos, terão asseguradas suas convicções íntimas. É a denominada *objeção de consciência*. Haverá — espera-se — algum funcionário em condições de tomá-las ou executá-las, sem confundir sentimentos dessa ordem com o dever de isenção próprio do Estado. Portanto, quem não tiver capacidade de isentar-se de suas convicções pessoais, em nome do cumprimento de uma decisão que vem ao encontro do exercício de um direito fundamental alheio, deve abster-se de oficiar em processos com esse objeto.

2.2 O PAPEL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO JUIZ NOS “PEDIDOS DE IVG”

Com uma legislação inapropriada, a sociedade brasileira encontra-se, há mais de 50 anos, desamparada em muitos dos seus reclamos diários. Sem alternativas, a solução mais viável é a busca do suprimento judicial para omissões legislativas.

O Juiz, na defesa que tem feito de uma nova compreensão constitucional de seu papel, integra a magistratura *pró-indivíduo* com a função estatal de garantir os direitos fundamentais. O Ministério Público, após o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e, recentemente, a adoção, pelo Brasil, do

4 Irene Lage de Britto, Maternidade In: *Poética ribeirinha*: Antologia literária de Petrolina, Org. Elisabet Gonçalves Moreira, Petrolina, Universidade Federal de Pernambuco, 1995, p. 130.

5 Diaulas Costa Ribeiro, Código de procedimentos do promotor de justiça criminal. In: *Propostas e debates do Instituto Superior do Ministério Público*, p. 1-20, Eurobrasileira, Brasília, 1998.

Pacto de São José da Costa Rica, foi transformado, por determinação constitucional, em magistratura *pró-sociedade*.

Com a transformação, o confronto processual penal, como o melhor exemplo de Direito Constitucional posto em prática, ocorre entre uma magistratura que busca assegurar os interesses permanentes da sociedade (*os crimes são perseguidos em nome dela*) e a magistratura que garante os direitos fundamentais do indivíduo.

No espaço desse binômio — Ministério Público v. Poder Judiciário — fica difícil distinguir os interesses sociais dos direitos individuais, quando há a necessidade de decidir sobre a execução de uma IVG. Qual será a natureza da decisão judicial? Qual a posição do Ministério Público? Estará o Ministério Público, em casos com este, agindo ou oficiando como fiscal da lei ou como titular da ação penal? Estará o Juiz declarando que uma ação futura não tipificará crime? Mas poderá o Juiz, garante dos direitos individuais, dizer sobre os interesses permanentes da sociedade que poderão ainda ocorrer? O Juiz, ao ingressar numa relação penal hipotética, não estará se afastando de seu mister constitucional e usurpando funções do Ministério Público?

Essas perguntas, porque oriundas de uma área de conflito, não têm respostas ou têm respostas virtuais. Em casos assim, tanto as intervenções do Ministério Público quanto as do Poder Judiciário são anômalas e não encontram enquadramento nos rótulos tradicionais das relações e dos interesses processuais. Contudo, há uma situação jurídica pendente de resolução. Não poderão o Ministério Público e o Juiz virar as costas para um problema concreto que foi apresentado.

O Ministério Público, neste caso, adotará a teoria da tipificação objetiva hipotética, para concluir que não irá perseguir uma ação ou omissão futura, da qual dependerá um resultado que, se já existisse, não seria punível por atipicidade da conduta. Como Direito Penal da culpa — em oposição ao resultado — não constitui absurdo essa mensuração.

2.3 AS QUESTÕES POLÍTICO-CRIMINAIS DA IVG

Duas legislaturas portuguesas discutiram a legalização da IVG. Professores renomados cederam o prestígio intelectual para a causa. Tereza Pizarro Beleza, das Universidades Clássica e Nova de Lisboa, fez uma análise do assunto sob a ótica da política criminal. Na mesma linha, Eduardo Maia Costa, Procurador da República e prestigiado intelectual do Ministério Público português, também não vê a discussão diferente: “O aborto não é um problema de consciência, mas sim de política criminal.” Nessa ordem, a transcrição integral de ambos os documentos enriquece esta manifestação:

Tereza Pizarro Beleza: “O aborto é um problema político e não *apenas* moral. E é um problema político urgente. Trata-se de saber se deve ser ou não mantida uma incriminação ineficaz, ignorada pelos órgãos de aplicação da justiça, de conhecidos efei-

tos perversos, geradora de enorme sofrimento humano e desigualdades sociais intoleráveis. É, por isso, uma questão de moralidade política urgente.

Em certo sentido, a questão do aborto é uma questão *indiscutível*. E isto porque a sua localização discursiva desde logo marca os parâmetros da argumentação de uma forma cuja incomunicabilidade só se torna transparente quando se observa a multiplicidade desses textos, dessas narrativas, de fora.

Nesta matéria, a verdade é certamente intradiscursiva. Provavelmente, todas as verdades o são. Num país em que os debates sobre política criminal são rarefeitos e restritos a especialistas, acontece um curioso fenômeno quando o assunto é o *aborto*.

Todos se manifestam, por vezes das formas mais veementes, localizando o tema em redutos emocionais inamovíveis: o direito à vida, o direito ao corpo, as mazelas sociais... O que me parece significativo é a deslocação do problema penal para outras latitudes, o que rarissimamente acontece em Portugal. Seria um assunto fascinante para um programa de investigação sociológico sério.

E, no entanto, trata-se de uma questão cuja base de legitimidade jurídico-constitucional é inamovível: o Estado pode ou deve ameaçar com pena de prisão uma mulher que decide pôr termo a uma gravidez?

Não será difícil encontrar apoio constitucional para a ilegitimidade da incriminação da interrupção da gravidez. Os critérios mínimos do art. 18 (*eficácia na proteção de bens constitucionalmente protegidos*) não são claramente alcançados. Mas, além deles, outras exigências constitucionais parecem apontar outro caminho, desde a dignidade da pessoa humana levada a sério até à obrigação estadual de promover ativamente uma maternidade consciente. Mais do que qualquer outra, talvez, a incriminação da interrupção da gravidez contraria frontalmente o princípio da igualdade. Não só na forma evidente de desequilíbrio entre ricos e pobres, mas de uma maneira muito mais ínvia e invisível: entre as mulheres que concebem e os homens que participam nessa concepção.

Penso que o Estado só terá legitimidade para proibir o aborto sob ameaça penal quando tiver assegurado por todos os meios — incluindo a utilização sistemática da informação televisiva e outros meios de esclarecimento das pessoas — uma verdadeira possibilidade de controle sobre a natalidade. Mais e talvez sobretudo: quando tiver criado os meios de apoio suficientes para fazer com que a maternidade não seja o enorme peso que ainda frequentemente é, sobretudo para as mulheres sujeitas a situações de miséria e isolamentos urbanos.

Mas a força política, a capacidade de *lobbying* das mulheres em geral e dessas em particular é mínima. Por isso, não vejo como muito provável uma profunda mudança nos critérios de afetação de recursos financeiros e de princípios de prioridade política que isso implicaria. Foi o medo da epidemia da Aids e não a vontade de esclarecimento

sobre a concepção que tornou normal um fenômeno até há poucos anos impensável: a banalização da imagem de preservativos em *spots* televisivos, cartazes de campanha de prevenção ou toda a sorte de objetos com eles relacionados.

Preocupações demagógicas de vária ordem e numerosos interesses se opõem, clara e obscuramente, a que isso aconteça. No entanto, o que torna, no limite, impensável tal atitude oficial é que ela fomentaria o reconhecimento da autonomia sexual feminina e, também para as mulheres, a possibilidade da dissociação entre a sexualidade e a procriação. O fato de isto poder ser lido como uma afirmação subversiva só mostra quão absurdas são as declarações habituais sobre a permissividade da nossa sociedade.”⁶

Eduardo Maia Costa: “A propósito dos projetos de despenalização do aborto que irão ser discutidos na Assembléia da República generalizou-se a idéia de que o aborto é um problema de consciência, sendo, portanto, natural que os partidos políticos não tomem posição sobre o assunto, que os deputados tenham liberdade de voto, que este seja secreto, etc. Pareceria, assim, que a questão do aborto é puramente subjetiva, do foro íntimo de cada um.

Trata-se de uma visão completamente distorcida da questão que está pendente na Assembléia da República. Na verdade, se o aborto pode encerrar um *problema de consciência* para a mulher que decide abortar ou para o médico que é chamado a intervir, já para os deputados e para a opinião pública a questão que se põe é pura e simplesmente esta: em certas circunstâncias (*até determinado prazo de gestação*) praticar o aborto deve ou não constituir crime, ou seja, ser punido com penas criminais?

Irrelevantes se tornam, neste plano de discussão, os complicados problemas filosóficos, éticos e até religiosos que o aborto pode suscitar, como, por exemplo, saber se o feto é um ser humano perfeito (*eventualmente já dotado de alma*) ou se o feto é apenas um *prolongamento* do corpo da mãe, que dele pode dispor segundo a sua vontade. Estas abordagens só contribuem para escamotear a questão central, que é uma questão de política criminal. São, portanto, os princípios que presidem ao processo de criminalização/descriminalização que devem ser convocados para tomar posição sobre as propostas apresentadas.

O que os projetos do PCP e da juventude do PS propõem é, por um lado, o alargamento do prazo do aborto eugênico, ou seja, do que é praticado quando é de prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou de malformação, de 16 para 22 semanas (*neste aspecto coincidem parcialmente com o projeto do deputado Strecht Monteiro, que limita o seu projeto a esta questão, propondo, no entanto, um prazo mais longo — 24 semanas*); por outro, propõem a despenalização do aborto praticado até as 12 semanas de gestação, sem necessidade de invocação de motivo.

6 Teresa Pizarro Beleza, Um problema político-criminal urgente, *O Público*, Lisboa, p. 5, 20 fev. 1996.

Quanto ao primeiro aspecto, a alteração proposta é meramente *quantitativa* e destina-se apenas a dar conteúdo à própria lei atual, pois é reconhecido pela medicina que, até as 16 semanas, é impossível detectar doenças ou malformações incuráveis no feto. É uma pura hipocrisia legal admitir o aborto eugênico e fixar simultaneamente um prazo tão curto para o praticar que o inviabiliza completamente! Nenhuma objeção séria se pode, pois, erguer contra esta proposta.

A outra proposta é evidentemente mais *ousada*: a despenalização até as 12 semanas de gestação. Para apreciá-la, importa analisar os princípios que devem nortear a criminalização de comportamentos humanos e a que já atrás fizemos referência.

Para que um comportamento seja qualificado como crime, exige-se antes de mais nada que ele viole um bem jurídico (*no caso o valor da causa é a vida intra-uterina*), mas tal não é suficiente. É necessário ainda, nomeadamente, que a imposição de uma pena seja condição necessária e adequada para a salvaguarda desse bem jurídico, isto é, que a ameaça da pena se apresente como indispensável e eficaz para afastar a generalidade das pessoas desse comportamento.

Ora, a criminalidade do aborto na fase inicial da gestação não cumpre esses requisitos. A criminalização não é a forma mais adequada de combater a prática do aborto, que é a consequência sobretudo de uma insuficiente política de planeamento familiar e de educação sexual e de problemas sociais, como a pobreza e a exclusão social. A criminalização não dissuade minimamente da prática do aborto.

Acresce que a criminalização do aborto, se não impede as mulheres de o praticar, leva-as a recorrer ao circuito clandestino, fazendo-o muitas vezes em condições sanitárias insuficientes, pondo em perigo a sua saúde, além de que, deste modo, se consuma uma notória discriminação das mulheres em função da sua condição social.

A descriminalização do aborto até as 12 semanas é, assim, uma medida de profilaxia social, sobretudo se complementada com um reforço da intervenção do público no âmbito do planeamento familiar, da educação sexual e da política social de combate à pobreza e à exclusão social. A descriminalização do aborto é sobretudo uma medida de solidariedade social com todas as mulheres, freqüentemente muito jovens, que, por razões diversas, são apanhadas, a maioria das vezes desprevenidamente, numa situação de gravidez não desejada, por relevantes razões de ordem econômica ou afetiva. Impor-lhes uma maternidade não desejada, um filho não querido, é uma violência não só para elas como para as crianças, que não virão a crescer dentro do ambiente saudável e afetivo a que as crianças têm direito.

Em resumo, a descriminalização do aborto nos termos que estão propostos é uma solução correta do ponto de vista de política criminal, que é o único em causa. É a solução vigente na maioria dos países europeus e ainda recentemente foi adotada na Polô-

nia pós-comunista (*apesar da reação da Igreja Católica*). É a solução que corresponde aos princípios que regem um Estado de direito democrático e laico, como é o nosso.”⁷

Retomando a linha de orientação estabelecida inicialmente, o Ministério Público, em atuação objetiva, ficará vinculado à não-persecução, o que significa a unidade da posição aqui tomada com efeito *ex nunc*, para uma situação de política criminal.⁸ E quem executa a política criminal, em concreto, é o Ministério Público,⁹ numa visão constitucional do princípio da oportunidade, ao meu ver instaurado pela função Estatal de titularidade exclusiva da ação penal pública.¹⁰ Essa política criminal, limitada ou não, seria adequada à hipótese, caso a conduta fosse punível. Não se trata, como é perceptível, de exclusão de ilicitude, mas de exclusão de culpabilidade, de ausência de censura social à conduta. Mas também não está afastada a exclusão da tipicidade como já foi citado.

O Juiz, por outro lado, estará assegurando o direito de liberdade da mulher em não prosseguir uma gravidez de feto inviável. Diante da necessidade de intervenção de profissionais médicos da rede pública, e com evidente demonstração de que esse corpo de profissionais não se dispõe a fazê-lo, senão cumprindo uma determinação, urge que se formalize a garantia desse direito à privacidade. “Over the past twenty years, abortion has become the most heavily litigated, fiercely political, and socially divisive issue involving the right to privacy. In addition, to its religious and moral dimensions, the controversy has raised, answered, and raised again profound legal and constitutional questions. Whereas the Fourth Amendment’s protection against unreasonable searches and seizures explicitly protects the privacy of our homes, or persons, and our possessions, the constitutional right to reproductive freedom is implicit.

Constitutional protection of woman’s decision to end a pregnancy is based in the Due Process of the Fourteenth Amendment. That clause declares that no person will be denied “life, liberty, or property, without due process of law”.¹¹

7 Eduardo Maia Costa, O aborto não é um problema de consciência, mas sim de política criminal, *O Público*, Lisboa, p. 21, 16 fev. 1997.

8 Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht (Direito processual penal)* 24. Auf., München (*Munique*), Beck, 1995, p. 45 e ss.

9 Jorge de Figueiredo Dias, Do princípio da objectividade ao princípio da lealdade do comportamento do Ministério Público no processo penal, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 128º, nº 3.860, Coimbra, p. 332-52, mar. 1996.

10 Jean Pradel, Du ministère public em matière pénale. A l’heure d’une éventuelle autonomie?, *Recueil Dalloz*, nº 19, Paris, p.141-144, 8 Maio 1997: Dans l’abstrait, le ministère public est chargé de deux missions principales: d’une part, sur le plan général, l’application de la politique criminelle menée par le Gouvernement, et, d’autre part, sur le plan des affaires elles-mêmes, la direction de la police judiciaire lors de l’enquête et la conduite de l’action publique.”

11 Ellen Alderman & Carolinc Kennedy, *The right to privacy*, New York, Alfred A. Knopf, 1995, p. 55.

Sem a necessidade de tradução literal, este último parágrafo resume a idéia das autoras: “A proteção constitucional da decisão da mulher em pôr termo à sua gravidez está assegurada pelo devido processo legal implantado pela 14ª Emenda à Constituição americana. Essa cláusula assegura que não serão retirados ou negados os direitos à vida, à liberdade e à propriedade sem um processo legal.”

Neste caso, em sendo negado esse direito, sob a alegação de temor da equipe médica ante uma perseguição penal por parte do Ministério Público, impõe-se o processo legal para que se assegure à mulher, nos termos da Constituição brasileira — nesse aspecto uma cópia quase fiel da Constituição americana —, o direito à sua privacidade, à sua opção.

Portanto, o Ministério Público se antecipa às conclusões para afirmar a falta de interesse público na perseguição das ações ou omissões desenvolvidas para assegurar a vontade da mãe em interromper a gravidez de um feto inviável. E o fará, após todo este arrazoado, em respeito à Constituição. Dispensada estaria a intervenção judicial, porque não haverá óbice à execução da decisão da mulher grávida.

Considerando, todavia, que o pedido foi feito, e não havendo tempo para se discutir essa posição, a decisão judicial deverá ser proferida. Não para determinar a IVG; mas para determinar que o hospital e seus médicos, excluídos os objetores de consciência, realizem a vontade da gestante. Vontade essa que constitui a expressão mais legítima do direito fundamental à liberdade e à privacidade das decisões de consciência num Estado Democrático de Direito.

2.4 A IVG DE EMBRIÕES E FETOS INVIÁVEIS NA PERSPECTIVA DO SISTEMA LEGAL BRASILEIRO

A primeira proposta para expressamente incluir na legislação brasileira a IVG de fetos com malformação surgiu no anteprojeto da nova parte especial do Código Penal de 1984: “*Exclusão de ilicitude*. Artigo 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico, se: I — não há outro meio de salvar a vida da gestante; II — a gravidez resulta de estupro ou de atentado violento ao pudor; III — há fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. *Parágrafo único*. No caso do inciso III, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal, e, se casada, do cônjuge.”¹²

12 BRASIL, Ministério da Justiça, *Anteprojeto do Código Penal*, Parte especial, Portaria nº 304, de 17 de julho de 1984, Imprensa Nacional, Brasília, DF.

Em 1987, outro anteprojeto foi apresentado, mantendo a mesma disposição do anterior: “*Exclusão de ilicitude*. Artigo 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico, se: I — não há outro meio de salvar a vida da gestante; II — a gravidez resulta de estupro ou de atentado violento ao pudor; III — há fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. *Parágrafo único*. No caso do inciso III, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal, e, se casada, do cônjuge.”¹³

Finalmente, o anteprojeto apresentado em março de 1999, encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, também inclui essa possibilidade: “*Exclusão de ilicitude*. Art. 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico se: I — não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante; II — a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; III — há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. § 1º Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro; § 2º No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro.”¹⁴

Apesar de anteprojetos, não há dúvidas sobre a constitucionalidade das propostas. As duas primeiras foram apresentadas no *ancien régime* constitucional, sendo constitucionais àquela época. A última, de igual forma, não atenta contra o atual texto constitucional porque respeita a privacidade da mãe.

Mas há um detalhe que tem passado à margem das discussões jurídicas: a distinção entre feto *malformado* (com graves e irreversíveis anomalias físicas) e *feto inviável*, muito bem evidenciada na última revisão do Código Penal português, introduzida pela Lei nº 90/97, de 30 de julho. Apesar das anomalias — das quais a Trissomia 21 (*Síndrome de Down*) e as deformações provocadas pela Talidomida são exemplos —, é possível que o feto malformado se mantenha vivo. A criança terá tempo de vida, não terá qualidade de vida. Situação fática bem distinta é a do feto inviável. Este não viverá nem bem nem mal.

13 BRASIL, Ministério da Justiça, *Anteprojeto do Código Penal*, Parte especial, Portaria nº 790 de 27 de outubro de 1987, Imprensa Nacional, Brasília, DF.

14 BRASIL, Ministério da Justiça, *Anteprojeto do Código Penal*, Parte especial, www.mj.gov.br, Brasília-DF.

Os anteprojetos só mencionaram os fetos malformados, o que obviamente não afasta a IVG dos fetos inviáveis. Isso porque os juristas brasileiros não têm o hábito de ouvir os médicos e outros profissionais das ciências da vida. Comentando o anteprojeto, mais especificamente sobre o tratamento dado à eutanásia, não deixei de apresentar algumas críticas às soluções encontradas para a interrupção voluntária da gravidez: “O aborto, na proposta do anteprojeto (*referia-me ao último anteprojeto*), recebeu uma nova causa de exclusão da ilicitude, ‘caso haja fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias *físicas ou mentais*’. Isso, em outras palavras, é uma espécie de eutanásia. Permite-se antecipar a morte para evitar (*ou mesmo interromper*) o grave sofrimento provocado por doença somática ou não-somática. Por falta de técnica e de domínio de questões médicas básicas, o anteprojeto falou em ‘probabilidade de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais’, quando anomalias mentais no nascituro, no que ainda não nasceu, são praticamente impossíveis de se detectar. Mesmo nos nascidos e crescidos isso não é fácil, não é perceptível a olho nu. É até provável que o projeto tenha confundido anencefalia (*falta de cérebro ou de alguns ossos cranianos*) com doença mental, com anomalia não-somática. Mas anencefalia é defeito do *hardware* e não do *software*. Portanto, com os mesmos princípios aplicáveis ao aborto do feto com malformação se resolveriam as questões concernentes à eutanásia: excludente de culpabilidade, isenção de pena (*o anteprojeto optou, com falta de técnica, pela excludente de ilicitude*).”¹⁵

2.5 EMBRIÕES (*EMBRIOPATIAS*) E FETOS (*FETOPATIAS*) MALFORMADOS E OUTRAS SITUAÇÕES INDICADAS PARA A IVG NO DIREITO COMPARADO

O processo de criação jurídica tem duas linhas básicas: a sincronicidade, que decorre do subconsciente coletivo, responsável pelas idéias antigas que acabam por espalhar-se por todo o mundo como lendas, sofrendo adaptações normais de cada cultura ou geração, com modificações das circunstâncias e preservação da essência; o difusionismo do Direito Comparado, que por sua vez encontra apoio filosófico no mesmo inconsciente coletivo. A comparação entre sistemas sempre foi o caminho mais curto adotado pela *intelligentzia* brasileira. O paradigma, não admitido oficialmente, sempre foi tornar o “Brasil um imenso Portugal.”¹⁶ Portanto, é fundamental uma visão do atual cenário da IVG em alguns sistemas estrangeiros, o que foi viabili-

15 Diaulas Costa Ribeiro, Eutanásia: Viver bem não é viver muito, *Consulex*, ano III, vol. I, n° 29, p. 17-20, maio 1999.

16 Chico Buarque de Holanda e Ruy Guerra, *Fado tropical*, São Paulo, Arlequim, 1974.

zado em curto espaço de tempo dada a urgência da tomada de posição do Ministério Público frente ao caso.

Há, na legislação de quase todos os países enfocados, uma combinação de indicações e prazos.¹⁷ É o sistema português, que tanto se discutiu em 1996/1997. Os Estados Unidos não mereceram menção, porque são conhecidas as posições da Suprema Corte Americana em favor do direito de opção da mulher.¹⁸

Países	Risco de vida para a mulher	Risco de vida para a saúde física da mulher	Risco de vida para a saúde mental da mulher	Risco para a saúde ou lesão ao feto	Crimes Sexuais	Situação sócioeconômica	Por decisão da mulher
Alemanha	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não
África do Sul	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não
Brasil	Sim	Não	Não	Não	Sim	Não	Não
Canadá	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Dinamarca	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Emirados Árabes	Sim	Não	Não	Não	Não	Não	Não
Espanha	Sim	Sim	Sim	Sim	3	Sim	Não
França	Sim	Sim	3	Sim	Sim	Sim	Não
Gana	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não
G. Bretanha	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Grécia	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Holanda	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Índia	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Irlanda	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não
Israel	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não
Itália	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	3	Não
Luxemburgo	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não
Marrocos	Sim	Sim	Não	Não	Não	Não	Não
Peru	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Não	Não

17 L'ABORTO NELLE sentenze delle corti costituzionali: USA, Austria, Francia e Republica Federal Tedesca. In: *Quaderni della giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976, 329p.

18 L'ABORTO NELLE sentenze delle corti costituzionali: USA, Austria, Francia e Republica Federal Tedesca. In: *Quaderni della giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976, 329p.

Países	Risco de vida para a mulher	Risco de vida para a saúde física da mulher	Risco de vida para a saúde mental da mulher	Risco para a saúde ou lesão ao feto	Crimes Sexuais	Situação sócioeconômica	Por decisão da mulher
Portugal	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não
Suíça	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Não	Não

3. significa que a indicação é limitada a abortos realizados nos primeiros três meses da gestação.

Na Alemanha, a IVG deve ser decidida pela mãe e por um médico. Após, a gestante é submetida a aconselhamento psicológico, devendo a IVG ocorrer num prazo mínimo de 3 dias após esse aconselhamento, e ser realizada por médico diferente daquele primeiro. A IVG decorrente de estupro e outros crimes sexuais e por motivos sociais deve ocorrer nas primeiras 12 semanas de gestação; por malformação do feto, nas primeiras 22 semanas; por riscos à saúde física ou mental da mulher, não há limite temporal para ser realizada. A intervenção médica não tem custos, mas há muita objeção dos hospitais em realizá-la por razões sociopsicológicas, o que leva as alemãs a procurarem outros países. Em média, 100 mil mulheres praticam a IVG no estrangeiro. Na Bélgica, as mudanças legislativas ocorreram em 1990, não havendo, ainda, avaliação disponível. Na Dinamarca, para os casos indicados no quadro, exige-se consentimento dos pais da gestante, se esta for menor de 18 anos. A IVG é decidida por quatro profissionais de saúde. Nos casos de pedido da mulher, o prazo para a execução é de 12 semanas; os demais deverão ocorrer em seis meses. Os hospitais são obrigados a realizar a IVG, se procurados nas 12 primeiras semanas, sendo reembolsados pelo próprio Estado. Contudo, não se permite IVG de não-residentes no país.

Na Espanha, a revisão do Código Penal, realizada em 1995, manteve a vigência do artigo 417. *bis* do Código anterior:

“Artículo 417. *bis*:

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª Que sea para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.”

Na França, a mulher deve procurar um médico. Após essa primeira consulta, aguarda uma semana para os casos de simples solicitação, que deve ocorrer nas 10 primeiras semanas de gestação. Nos demais, o prazo máximo é de seis meses, exigindo-se o consentimento dos pais se a gestante tiver menos de 18 anos. Para a IVG por malformação do feto e risco à saúde ou à vida da mulher há, ainda, necessidade de um certificado médico, reconhecido por um tribunal administrativo. O Estado paga 80% dos custos hospitalares, assegurando aos médicos o direito à objeção de consciência. Na Grã-Bretanha (Inglaterra e Gales), a IVG necessita do consenso de dois médicos e da autorização dos pais, se a gestante for menor de 16 anos. Todas as hipóteses deverão ocorrer em 28 semanas. Metade dos casos são realizados nos hospitais públicos, sem custo para a paciente. Na Grécia, exige-se autorização dos pais, se a mãe for menor. A IVG por simples solicitação deve ocorrer nas 12 primeiras semanas; por razões médico-psicológicas e crimes sexuais, nas 20 primeiras semanas; e por malformação do feto, nas primeiras 24 semanas. Na Holanda, desde que a gravidez constitua uma situação intolerável para a mulher, o que é avaliado e constatado em conjunto com seu médico, pode haver a IVG. Exige-se autorização dos pais para as menores de 18 anos e cinco dias de carência entre essa decisão e a execução da IVG. Um médico deve assegurar que a decisão foi livre, podendo ser realizada a intervenção nas primeiras 24 semanas. Há reembolso estatal de 100% dos custos, não havendo, com a liberalidade legal, abortos ilegais no país. Na Irlanda, o aborto é totalmente proibido, o que leva milhares de irlandesas a procurarem outros países.

Na Itália, há necessidade de um certificado médico e de sete dias de espera. As menores de 18 anos necessitam de autorização dos pais ou suprimento judicial. Todas as pacientes passam por um aconselhamento psicológico. Por razões sociais e econômicas, a IVG deve ocorrer nos primeiros 90 dias da gravidez. As outras hipóteses poderão ocorrer além desse prazo. Confira-se a lei:

“Interruzione della gravidanza — Legge 22 maggio 1978, n° 194.
Norme per la tutela sociale della maternità e sull’ interruzione volontaria della gravidanza: (...)

4. Per l’interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali, o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell’articolo 2, lettera a, della legge 29 giugno 1975, n° 405, o a una struttura sociosanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia. (...)

6. L’interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.”

Em Luxemburgo, exige-se um certificado médico e sete dias de espera. Por razões sociais, a IVG pode ocorrer nas primeiras 12 semanas. As demais hipóteses podem ocorrer em até seis meses. Como há muitos objetores de consciências, ainda há muita clandestinidade.

Por fim, em Portugal, este, que como a Itália, sempre inspirou a legislação brasileira, as mudanças no Código Penal ocorreram em 1997, alterando-se o prazo da IVG de 12 para 24 semanas, se “houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com a *leges artis*”:

Artigo 142.

1. Não é punível a interrupção da gravidez efetuada por um médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

a) constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

b) se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;

c) houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo; ou

d) a gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for praticada nas primeiras 16 semanas.

2. A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção de gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direção, a interrupção é realizada.

3. O consentimento é prestado:

a) em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; ou

b) no caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes na linha colateral.

4. se não for possível obter o consentimento nos termos do número anterior e a efetivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.”

2.6 ANENCEFALIA E OUTRAS COMPLICAÇÕES INVIABILIZANTES DA VIDA V. FETOPATIA E EMBRIOPATIA

Como ficou realçado, as duas situações são bem distintas: *doenças graves ou malformação do nascituro e inviabilidade do feto*. Todos os sistemas acima menciona-

dos regulam a primeira situação; a segunda dispensa normatização. O feto inviável, sem perspectiva de vida, não tem proteção legal nesses mesmos países. A proteção que alguns deles concedem ao nascituro — em situações e prazos indicados — tem por pressuposto a perspectiva de vida autônoma após o nascimento. O feto inviável é portador de uma anomalia incompatível com a vida extra-uterina; morrerá logo após o nascimento. A anencefalia é o exemplo mais comum, e embora seja possível fazer o seu diagnóstico nas 12 primeiras semanas, a rotina normal das ecografias só detecta os anencéfalos nas 18 semanas, quando o exame permite um estudo morfológico. Existem dúvidas quanto a um prognóstico do tempo de vida do anencéfalo (*quando chega a nascer e é ventilado artificialmente*), que pode variar de horas a poucos dias de vida; em geral, o feto morre nas primeiras 24 horas. “Anencephaly it’s one of those sterile, detached words doctors use to lend distance to nature’s more gruesome unpleasantries — unpleasantries like a fetus whose neural tube fails to grow into a brain. But for the parents of these doomed babies, it is much more than just a medical term. Anencephaly is a shocking, 100% fatal reality. It is a reality so shocking that almost everyone’s first reaction is not to deal with it at all”¹⁹ (*Vide fotos anexas*). Portanto, este feto tem a certeza da morte e não ingressa nas discussões jurídicas que o primeiro grupo pode motivar. O que se discute hoje, com sede jurídica e ética,²⁰ é a situação do feto anencéfalo enquanto fonte de órgãos para transplantes.^{21 22}

Todavia, o discurso ainda impregnado de confusões e conclusões apaixonadas, que inclusive denomina equivocadamente a IVG de feto malformado de *aborto eugênico*,²³ propositadamente confunde tudo isso com a *IVG de feto inviável*. O passiona-

19 Brenda Winner, *The Ten Fingers*, Washington, Macmillan Press, 1998, p. 6.

20 Délio Kipper e William Saad Hossne, Caso clínico: Comentários à Consulta nº 8.905/98, relatada por Marco Segre, conselheiro do CREMESP. Ementa: “A vontade do casal — de doar os órgãos de seu filho anencéfalo, após o nascimento, para transplante — esse ensejo, merece todo o respeito e acolhida possíveis”, *Bioética: Revista do Conselho Federal de Medicina*, Brasília, nº 6, p. 217-40, 1998.

21 Peter J. McCylyllagh, *Brain dead, brain absent, brain donors: human subjects or human objects?*, Wiley, John Sons, Incorporated, 1993, 261p.

22 American Academy of Pediatrics, Committee on Bioethics, *Infants with Anencephaly as Organ Sources*, *Pediatrics (Revista da American Academy of Pediatrics)*, vol. 89, nº 6, Part 1, p. 1.116-19, Jun., 1992.

23 Luís Jiménez de Asúa, *Liberdad de amar y derecho a morir: Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 4-5. “La palabra eugenesia proviene de dos voces griegas: *eu*, que significa bueno, y *genesia*, derivada de genes, que ha dado nacimiento al verbo *engendrar*. Eugenesia es, por tanto, engendrar bien. Francisco Galton, que la creó, definióla así: ‘El estudio de los agentes bajo control social que pueden mejorar o empobrecer las cualidades raciales de las futuras generaciones, ya fuere física o mentalmente’.

En estrecha conexión con la eugenesia que sólo se preocupa del perfeccionamiento de las generaciones venideras, se ha creado en los últimos tiempos la euténica, que es la ciencia del mejoramiento del medio o ambiente en que viven y se desarrollan las actuales generaciones, esto es, de los factores exógenos que

lismo com que são classificados os Juizes, Promotores e Médicos que oficiam nessas intervenções — “quadrilha institucionalizada” — ou a decisão judicial — “alvará para matar”²⁴ — não encontra qualquer amparo constitucional nos sistemas ocidentais. Em Portugal, onde ainda está em vigor uma Concordata de 7 de Maio de 1940 com a Santa Sé, Jorge de Figueiredo Dias, um dos mais expressivos penalistas europeus, consegue destruir esse discurso confusionista: “A indicação embriopática ou fetopática (*dita também indicação por lesão do nascituro ou — erradamente — eugênica*): Encontra-se ainda justificada a interrupção da gravidez quando, nos termos do artigo 142 — 1 c), ‘houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou malformação congênita ...’. Exige-se por isso antes de tudo que sobre o caso recaia um juízo de previsão fundada em motivos seguros. Esta previsão não pode deixar de ser — e ser só — medicamente fundada, sendo portanto ainda aqui absolutamente decisivo o estado dos conhecimentos da medicina. Claro que a previsão será desde logo integrada pela certeza de que o nascituro sofre já da doença ou malformação (diagnóstico pré-natal). Fora destes casos assumirá enorme relevância, como se compreende, o grau de probabilidade de surgimento da doença ou malformação. Impossível é porém uma sua quantificação exata. Errôneo seria, em qualquer caso, concluir daqui que a previsão só é fundada quando seja mais provável o aparecimento do que o não aparecimento da doença ou malformação (mais de 50%); necessário é só que o grau de probabilidade seja significativo em função da incurabilidade e da doença grave ou da malformação congênita.

Denominar de *eugênica* esta indicação é assim completamente infundamentado. Não porque devam temer-se as palavras ou se queira aqui cobrir a realidade com o manto da hipocrisia, mas porque, segundo a sua teologia própria, esta indicação *nada* tem a ver com preocupações eugênicas e *tudo* tem a ver com os interesses da grávida e com o sofrimento que porventura possa causar-lhe a continuação da gravidez e o nascimento de uma criança pesadamente lesada na sua saúde e (ou) no seu corpo. Se na teo-

obran sobre el individuo.

La euténica tiene numerosos medios a su alcance para cumplir sus fines: todos aquellos que contribuyen a mejorar el medio de desarrollo; en cambio, los métodos de la eugenesia son limitados.(...)

La práctica y defensa de la selección y de la eugenesia son varias veces seculares. Los brahmanes tenían la costumbre de matar o abandonar en la selva los niños que después de dos meses de nacidos les parecían de mala índole. El Código de Manú contiene preceptos de característica índole eugénica, ya que se prohíbe contraer matrimonio e los miembros de familias enfermas y a los sujetos aquejados de taras. Los espartanos, según relata Plutarco en las vidas paralelas de Licurgo y de Solón, daban muerte a las criaturas desprovistas de vigor o contrahechos, por considerarlas inútil carga para el Estado.”

24 Ricardo Henry Marques Dip, Uma questão biojurídica atual. A autorização judicial de aborto eugenésico: alvará pra matar, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 85, vol. 734, p. 518-40, dez.1996.

logia da lei reentra também em alguma medida a consideração dos sofrimentos futuros da criança é coisa que, depois do que ficou dito, pode aqui permanecer em aberto.”²⁵

Jorge Miranda, mesmo com restrições à liberação geral do aborto até as 12 semanas — proposta rejeitada pelo Parlamento português — tem opinião bastante apropriada para os abortos fetopáticos: “Vivemos numa sociedade livre, democrática e pluralista e num Estado laico, em que nenhuma crença pode impor-se em que o diálogo entre todas as correntes pode desenrolar-se pacificamente.

A legislação penal é uma prerrogativa do Estado e este pode decidir sobre ela quer por via representativa, através dos deputados eleitos e reunidos em Parlamento, quer por via de referendo sobre o aborto é, pois, tão perfeitamente possível e legítimo quanto uma votação na Assembléia da República.

Mas será a questão da interrupção da gravidez — ou seja, da interrupção voluntária de uma vida humana — uma verdadeira questão de crenças e convicções, *pelo menos fora dos casos de malformação ou de perigo de vida da mãe*? Será uma questão de liberdade de consciência ou não será, antes, uma questão que mexe com as estruturas duma república baseada na dignidade da pessoa humana?”²⁶

Vasco Graça Moura, filósofo, também português, a propósito de afirmações feitas por um médico e deputado do Partido Socialista daquele país, de que tinha feito IVGs com 20 ou 30 semanas, quando a lei só permitia que o fizesse até a 16^a, expressou-se de forma bastante apropriada sobre o tema: “Faz hoje oito dias, um deputado médico do PS veio dizer que já tinha feito interrupções da gravidez em casos em que o feto tinha 20 e 30 semanas. Apressou-se a esclarecer que, em tais casos, os fetos não tinham cérebro, ou eram inviáveis, sem pulmões ou sem rins (...). Parece evidente que toda a problemática do aborto gira em torno de um pressuposto essencial, seja qual for o ângulo por que ela seja encarada: o de o feto, decorrida a gestação, dar lugar a um ser humano, previsivelmente vivo. Todos os casos em que isso não pode acontecer situam-se numa zona exterior às questões em debate e a quaisquer soluções que o direito natural ou o direito positivo para elas consagrem.

Nisto não parece haver contradição entre o conhecimento científico e a vulgar experiência comum quando segundo ambos se estabelece que um ser *sem cérebro, sem rins ou sem pulmões não pode viver*, nem pouco nem muito. E, portanto, as afirmações

25 Jorge de Figureido Dias, Comentários ao artigo 142º do Código Penal português. In: Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário comimbricense do Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 166-201

26 Jorge Miranda, Aborto e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, *O Público*, Lisboa, p. 4, 15 fev. 1996.

feitas pelo autoproclamado interruptor da gravidez não fazem pura e simplesmente sentido. Como, saindo do campo da teratologia para o da regra, também não fariam, se ele tivesse anunciado a sua intervenção em casos em que o feto, normalmente constituído, acaba por morrer no ventre materno (*por exemplo, estrangulado pelo cordão umbilical*). Em tais casos, nem sequer parece juridicamente necessário invocar o risco de vida da mãe como causa de justificação: não se trata de uma interrupção de gravidez que releve para a questão que se discute e só por grotesco masoquismo se poderia pretender que a gestante conservasse malformações absolutamente inviáveis dentro de si, durante nove meses.”²⁷

Ainda em Portugal, pesquisas divulgadas em outubro de 1996, pelo Hospital Santo Antônio, do Porto, revelam que só 36% das análises cromossômicas que deram um resultado anormal foram realizadas até a 16ª semana de gestação — ou seja, dentro do prazo legal para requerer um aborto à época. Hoje, como visto, o prazo foi alargado para até 24 semanas.

O médico Antônio Inocêncio, do Serviço de Obstetria e Medicina Materno-Fetal daquele hospital, que apresentou estes dados durante as IV Jornadas Internacionais de Diagnóstico Pré-Natal realizadas em Coimbra, em 26 de outubro de 1996, explicou que isso se deve ao fato de os pedidos para a realização destes exames virem, normalmente, na seqüência das ecografias realizadas no segundo trimestre de gravidez. Esses exames morfológicos detectam a maioria das malformações, o que ocorreu no presente caso. Todos os casais que estavam dentro do prazo legal pediram a interrupção da gravidez quando tiveram o cariótipo anormal. Nas 41 anomalias cromossômicas encontradas em 360 cariótipos²⁸ realizados, foram diagnosticados 13 casos de *Síndrome de Down* (31%), nove de *Síndrome de Turner*, oito de Trissomia 18, cinco de Trissomia 13 e seis de outros tipos. Desses 360 cariótipos, 55% foram realizados na seqüência de uma anomalia ecográfica, 29% devido à idade avançada da mãe (*mais de 35 anos*), 5% por marcadores bioquímicos alterados, 3,3% devido a antecedentes de cromossomopatias e 5,5% devido a outros fatores. Do total, 11,5% teve resultados anormais.²⁹

27 Vasco Graça Moura, O obstetra, a mulher grávida e o feto inviável dela, *O Público*, Lisboa, p. 9, 6 nov. 1996.

28 Helen Andrei Duncan, *Dicionário Andrei para enfermeiros e outros profissionais de saúde*, traduzido por Anita Alves Sampaio, 2. ed, Andrei, São Paulo, 1995, p. 185: *Cariótipo*: conformação cromossômica total do núcleo de uma única célula, como: número, tamanho, forma e localização do centrômetro (*parte do cromossomo em que filamentos do fuso se ligam durante a mitose*), e que é característica de um indivíduo, espécie ou outros agrupamentos.

29 *Idem*, p. 982: *Trissomia*: anomalia cromossômica; um estado em que um dos cromossomos está presente em triplicata em vez de um par, isto é, na trissomia humana, o número total de cromossomos é de 47 ao invés de 46 normalmente encontrados. Os três principais tipos reconhecidos são: 1) *Trissomia 13* ou *Trissomia D*, relativamente rara, o cromossomo extra é do grupo 13-15, geralmente o 13; nesta condição

Durante o período coberto pelos dados apresentados, nasceram 10.344 crianças nesse hospital de referência portuguesa. No total, diagnosticou-se uma patologia malformativa em 472 fetos, que representam 4,5%, quando a média geral se situa entre os 3 e 5%. Destes 472 casos, 412 tiveram o seu diagnóstico feito antes do nascimento, tendo sido realizados 417 exames invasivos. A grande maioria das mulheres, 86%, realizou amniocentese,³⁰ seguida de 52 mulheres que retiraram sangue do cordão umbilical.³¹

No Brasil, em agosto de 1994, o médico Aníbal Faúndes, da Universidade de Campinas, fez declarações idênticas à do deputado socialista português, Strecht Monteiro. Publicadas pelo jornal *Folha de S. Paulo* naquele mesmo mês, o médico afirmou que no Centro de Apoio Integral à Saúde da Mulher, o Caism, um departamento da Unicamp, eram feitos, por ele e sua equipe, IVGs de fetos inviáveis e também de fetos com malformação. Tachado de aborteiro, chegou a ser processado em 1994. A polémica acabou incentivando outros lugares a oferecer esse tipo de serviço, avaliou o médico no começo de 1999, quando o processo foi concluído e toda a equipe do Caism absolvida. De 1994 até 1999, o centro atendeu a mais de 50 casos, sem complicações.

Na época, personalidades notáveis, envolvidas em movimentos religiosos, deram respostas duras, prometendo arruinar a vida do médico, sob a alegação de que a Constituição garantia o direito à vida. Nessa ocasião, intervim no debate com a publicação do artigo *Aborto e a Constituição*. O artigo confrontou a situação jurídica do feto oriundo de estupro e saudável com a proteção do direito à vida. Se o Estado, no seu poder de ordenação social penal, permite algumas IVGs, é porque a vida não é um direito absoluto ou o feto não pode ser equiparado a um ser humano nascido. Em qualquer si-

há lábio leporino e pálato fendido, microcefalia, anormalidades na testa, nariz e olhos, polidactilia, deficiência mental, falta de desenvolvimento e um prognóstico mau para a vida, ocorrendo a morte geralmente durante o primeiro ano de idade; também chamada de *Síndrome de Patau*. 2) *Trissomia 18* ou *Trissomia E*, que geralmente ocorre em crianças de pais acima de 30 anos; caracterizada por baixo peso ao nascer, faces anormal com orelhas malformadas, de implantação baixa, micrognatia (maxilar pequeno), defeitos cardíacos, hipertonicidade, deficiência mental severa e mau prognóstico para a vida. Ocorre mais frequentemente em crianças do sexo feminino; também chamada *Síndrome de Edwards*. 3) *Trissomia 21*, *Síndrome de Down*.

30 *Ibidem*, p. 64: *Amniocentese*: remoção de uma pequena quantidade de líquido amniótico por aspiração através da parede abdominal, com objetivos diagnósticos; geralmente feita durante ou após a 15ª semana de gestação. A análise dos cromossomos ou produção de enzimas pode detectar certos distúrbios estruturais e muitos transtornos químicos no organismo fetal que podem levar a retardos físicos ou mentais e às vezes morte, p.ex., mongolismo, ou a presença de uma infecção deformante por vírus, tal como a rubéola. O líquido contém produtos de hemoglobina aumentados em casos de incompatibilidade Rh (*Rhesus*).

31 Todos os casais escolhem o aborto em caso de anomalias cromossômicas, *O Público*, Lisboa, p. 5, 27 out. 1996.

tuação, não há diferença entre o filho do crime e o filho da santa. Caso haja distinção possível, ela recairá sobre os pais e não sobre os filhos. Àquela época, não se via e ainda não se vê inconstitucionalidade na não-punição da IVG em casos como os de malformação e inviabilidade do feto.³²

Jorge de Figueiredo Dias, num trabalho coletivo recentemente publicado sob sua direção e com sua participação, também reconhece a constitucionalidade do sistema português de IVG, contido no artigo 142 do Código Penal.³³ Sistema esse idêntico ao brasileiro no que diz respeito à garantia dos direitos fundamentais. Contudo, nega acerto à conceituação contida no texto legal que faz menção à exclusão da ilicitude. Não se trata de conduta lícita, mas de conduta não punível. O aborto de fetos com malformação não deixa de considerar a vida um bem sujeito à tutela penal. O que ocorre, no caso, por questão de política criminal, é uma isenção de pena, uma exclusão de culpabilidade. Se se enquadrar o feto inviável nesse contexto, a solução será idêntica.

Hoje em dia, diz José Luiz Ibañez y García-Velasco, “a indicação eugenésica (*denominação que repudio*), regulada pelo artigo 417. *bis* 3 do Código Penal espanhol, parte, desde logo, da absoluta falta de igualdade de valor existente entre o *nascituro* e o ser humano nascido, e considera que negar o aborto eugenésico significaria o permanente respeito aos fetos malformados e com doenças graves.” A solução espanhola, assente na sua jurisprudência constitucional, fundamenta essa IVG em não impor uma conduta que exceda ao que normalmente se exige de uma mãe e de sua família. É pois, conclui García-Velasco, “a inexigibilidade de conduta diversa a tese que fundamenta essa modalidade de IVG, inexigibilidade que, dentro da técnica penal, constitui uma exclusão de culpabilidade.”³⁴

Ainda sobre esse tema, *Juan Carlos Carbonel Mateu*, comentando o artigo 417. *bis* já transcrito acima, tem lição bastante apropriada: “Un sector de la doctrina penal española, concretamente Diez Ripollés, ha creído ver en esta indicación un verdadero carácter eugenésico, hasta el punto de afirmar que existe un interés estatal en impedir el nacimiento de estos seres humanos. Sin llegar al extremo de hablar de *seres carentes de valor vital*, sí que se ha afirmado que las convicciones sociales hacen que estas vidas sean consideradas como menos dignas de protección penal. El Estado social de Derecho, se ha dicho por otra parte, tiene el deber de preocuparse de que sólo nazcan aquellos seres humanos a los que pueda asegurar unas mínimas condiciones de bienes-

32 Diaulas Costa Ribeiro, Aborto e Constituição, *Correio Braziliense*, Direito e Justiça, Brasília, p. 3, 29 ago. 1994.

33 *Idem*, p. 171 e ss.

34 José Luiz Ibañez y García-Velasco, *La despenalización del aborto voluntario em el ocaso del siglo XX*, 1992, Madrid, Siglo XXI de España Editores, p. 171-72.

tar,³⁵ ya que resulta más solidario garantizar los derechos de quienes nazcan que el simple derecho a nacer.

35 O bem-estar dos filhos nascidos com malformações por falta de exames mais acurados do líquido amniótico (*amniocentese*) — que se compreendem como responsabilidade do NHS, o Serviço Nacional de Saúde Britânico — tem motivado fortes confrontos entre o Estado e organizações integradas pelas mães dessas mesmas crianças. Segundo essas mães, se elas tivessem tido acesso a esses exames, teriam realizado a IVG. Como não tiveram por culpa do Estado, cabe a ele assegurar o bem-estar dos filhos que tiveram. Isso permitiu que os grupos anti-aborto passassem a fazer campanhas contra a amniocentese, como relata Jan Battles (*Parents in handicapped abortion call*) em artigo publicado no *The Sunday Times*, Londres, de 25 de julho de 1999: “Irish parents of mentally handicapped children campaigning against lack of government support are urging pregnant women to abort fetuses that are defective.

The Parents Future Planning Group (PFFG) is calling on would-be parents to test unborn children for abnormalities, such as Down’s syndrome, and term-in-ate pregnancies if any are detected.

Karen Canning, chairman of the group, said the choice was simple. “If you know there is anything wrong with your child, you should terminate the pregnancy before your own life is terminated,” she said.

Anti-abortion groups reacted angrily, saying amniocentesis tests, used to detect problems, should be used only in limited circumstances. “A person with disabilities has an equal right to life,” said Dr Joe McCarroll, chairman of the Pro-Life campaign. “Amniocentesis is only ethical when it helps medical teams to provide appropriate treatment for the baby.”

Spending on support for families with mentally handicapped children has remained steady at 0.06% of gross domestic product since 1992, while that on sewerage systems has increased by 80% during the same period. The comparison is testimony to the government’s indifference to the plight of abnormal children, according to the PFFG.

Some members of the group say they would rather kill their children than have them committed to psychiatric hospitals with inadequate facilities. They also warn parents that looking after handicapped children without proper support facilities is “living hell”.

Canning, mother of a severely disabled boy, Kealan O’Brien, said: “The right to life does not end at birth. I do not see why anybody in their right mind would bring a child like Kealan into a world that offers him nothing.”

At nine, Kealan is incontinent, cannot feed himself, does not speak and barely walks. “I love him, but hate what this has done to our lives,” said his mother. “I have two other children who have missed out from birth. I will take Kealan with me rather than leave him to them. They have suffered enough.”

The health department says it has earmarked £290m for spending on support services for disabled children, but the PFFG says that is not enough. Long waiting lists for residential and respite care persist, making it virtually impossible for parents of mentally handicapped children to take holidays.

“What is going to happen to my child when I am gone? That is my biggest worry,” said Anne Corvin, whose 21-year-old daughter Susan is severely disabled. “My other children told me to get her straightened out before anything happened to me. They do not want to know, and I cannot blame them.”

Corvin’s daughter, Susan, has the mental ability of a two-year-old. She cannot speak and must be restrained in a harness at night to prevent her from climbing out of the window. Corvin and her husband have been abroad on holiday just once since Susan was born in 1978. “There is nobody who could even mind her while you went up to the shop for a bottle of milk,” said her mother.

Corvin put Susan’s name down for residential care when she was three. At the time, she was told her daughter would get a place before she was 15. At 21, Susan is still waiting.

Fergus Finlay, a former political adviser and father of a Down’s syndrome girl, said: “Amniocentesis should be widely available.

“But I do not think that anybody is in a position to advise parentes on abortion.”

La argumentación parece descansar en el hecho de que el valor otorgado a la calidad de vida es superior al de la vida misma. Pese a ello, el mismo autor otorga a la comunidad el carácter de sujeto pasivo y, por tanto, titular de los intereses protegidos por el delito de aborto. Resulta, en nuestra opinión, muy difícil aceptar que los parámetros por los que se rija la comunidad sean sólo los de los intereses del nasciturus que, por definición, se desconocen. Por otra parte, toda la argumentación conduciría inexorablemente al aborto eugenésico obligatorio. No resulta, en absoluto, convincente la afirmación de que la voluntad de la embarazada decanta la balanza hacia un lado o el otro, como si fuese un interés más. La voluntad de la embarazada es el dato absolutamente decisivo, ya que ella es precisamente quien tiene el derecho, nunca el deber, de abortar si así lo decide libremente.

No se trata así de que la vida prenatal no posea tanto valor como en el supuesto en que las taras no existan, sino que se produce un conflicto mayor con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, para quien continuar el embarazo puede suponer un trauma muy grave. Parir y asumir una maternidad en esas condiciones es evidentemente un hecho que ha de tener una influencia trascendente en su vida. Es natural que el Ordenamiento jurídico, en consideración al valor superior que tiene el libre desarrollo de su personalidad, conceda a la embarazada la posibilidad legal de escoger si quiere o no asumir una tarea evidentemente no deseada y que la naturaleza, desgraciadamente, le ha encomendado.

Eso no significa que el Derecho no valore muy positivamente el nacimiento de estas criaturas y la decisión, por consiguiente, de la madre de parirlas; es, sencillamente, que no considera ajustado a la valoración superior que le merece el libre desarrollo de la personalidad de la madre y su dignidad como persona, obligarle a continuar el embarazo, al menos antes del comienzo de una cierta viabilidad extra-uterina.

Basta con la presencia del dictamen de dos especialistas en el sentido de la probabilidad de las taras para justificar el aborto. Cualquier otra interpretación sería contraria al principio de legalidad.”³⁶

Na defesa da prevalência da qualidade de vida sobre a quantidade, levei à comunidade científica minha colaboração para o debate: “Qualquer acadêmico de Direito, mas não só, já ouviu de algum professor que o direito à vida é supremo. Este é um discurso fácil — mesmo sem a ideologia dos grupos anti-aborto — principalmente nos tribunais do júri. O que é contraditório é que essa ode, com estribilho constante, seja de-

36 Juan Carlos Carbonel Mateu, Comentarios ao artigo 4217. bis do Código Penal espanhol. In: *Comentários al Código Penal de 1995*, Coord. Tomás S. Vives Antón, Valencia, Tarant lo Blach, p. 785-785, 1996.

clamada em homenagem a algum morto, nunca a um vivo, salvo em favor dos condenados à cadeira elétrica ou assemelhados.

O acórdão que se vai comentar introduz o tema fundamental deste artigo. Foi proferido pela Corte de Apelo de Londres, no dia 24 de outubro de 1996, tendo participado do julgamento o *Lord Justice* Butler-Sloss, relator, e os *Lords Justices* Waite e Roch, vogais. O recurso interposto contra a decisão de um juiz singular teve, como apelante, a mãe de uma criança de um ano e meio de idade, nascida com atresia biliar provocada por uma enfermidade incurável do fígado. Necessitava de um transplante, mesmo assim com reduzidas possibilidades de sobrevida. Sem ele, era certo que não viveria mais do que dois ou três anos. A parte recorrida era a municipalidade, representando um hospital infantil londrino. Intervieram dois curadores (*guardian ad litem*).

Os pais, médicos ingleses radicados na África do Sul, tinham feito várias tentativas de minimizar o mal. Sem sucesso, deslocaram-se a Londres em busca de melhores recursos, recusando-se, contudo, a autorizar a cirurgia, tão logo os pediatras chegaram a um diagnóstico definitivo. Como é costume na Inglaterra, o próprio hospital buscou a autorização judicial concedida em primeira instância. Nesse interim, a família retornou ao país de residência, ficando os pais obrigados a apresentar a criança. Apresentou-se apenas a mãe, mas para recorrer.

Para os médicos, o transplante poderia prolongar a vida da criança. Para os pais, entre a certeza e a dúvida, era preferível que o filho mantivesse uma boa qualidade de vida pelo tempo provável que lhe restava, sem a dor e sem o *stress* produzidos pelo pós-operatório, além do longo sofrimento que a intervenção provocaria. Também porque nada disso asseguraria a cura e a sobrevivência da criança. As complicações imediatas e mediatas, comuns em qualquer transplante, poderiam até mesmo reduzir a expectativa de vida que se tinha. Mas o juiz acolheu as opiniões médicas e supriu o consentimento solicitado.

A Corte de Apelo ponderou todos esses argumentos e deixou de lado o caminho mais curto que a sentença havia encontrado. Decidiu que, no confronto entre as razões médicas e as razões dos pais, deveria prevalecer o interesse do menor, o seu bem-estar. Os médicos buscavam prolongar sua vida. Os pais queriam qualidade de vida. E manter a criança viva, afirmou-se, *não implicava mantê-la vivendo bem*. A vida pela vida não era a certeza da melhor opção em seu favor. E a difícil decisão dos pais não poderia ser substituída pela frieza de uma solução técnica, até porque não seria sincero afirmar que o juiz pudesse melhor assegurar o interesse do menor do que os seus próprios pais, ambos com formação acadêmica, o que lhes permitia plena consciência da gravidade do quadro. Inclusive, estes é que sofreriam com o filho a dor imposta pela justiça. Portanto, os pais, e não os juízes, é que deveriam decidir se a criança voltaria ou não à Inglaterra para ser operada, se isso fosse, a juízo deles, o melhor para ela: “The welfare

of the child was the paramount consideration and the very strong presumption in favour of a course of action which would prolong life and the inevitable consequence for the baby of consent not being given had to be recognized. But to prolong life was not the sole objective of the court and to require it at the expense of other considerations might not be in a child's interests." *Os Lords Justices* deram provimento ao apelo e negaram a autorização, ainda que a sentença recorrida tenha invocado precedentes de 1981 desse mesmo tribunal, todos decidindo suprir a autorização dos pais, se bem que recusada por questões religiosas.

Essa decisão constitui um paradigma para a discussão necessária sobre a flexibilização do direito à vida, que não se confunde com o direito apriorístico de estar vivo, nem autoriza quem quer que seja a sair matando por aí.

Se o bem-estar de uma criança — e de um ser humano em geral — tem mais relevância do que o seu tempo de vida cronologicamente marcado, é inevitável concluir que foi inserido um novo elemento para o conceito desse direito. A vida, é a conclusão a que se permite chegar, só deve prevalecer como direito fundamental oponível enquanto for possível se viver bem. Se a saúde de um corpo já não assegura o bem-estar da vida que nele vive, outros direitos deverão ser considerados, sob pena de o direito à vida transformar-se em dever de sofrimento, em sadismo. É o princípio *in dubio abstinence*, pouco usado em unidades hospitalares infantis. Em adultos, a abstenção ou a suspensão de algumas terapêuticas para evitar prolongação do sofrimento é comum e não se confunde com outros institutos, marcadamente com a eutanásia."³⁷

3. CONCLUSÃO

A interrupção voluntária de gravidez de um feto inviável é uma questão de pouca relevância jurídica. E dentro do sistema constitucional brasileiro, está amparada como uma decisão privada da mãe.³⁸ Superada a decisão em realizá-la, o *como fazê-la* tem sede exclusivamente médica, devendo assegurar-se o direito à objeção de consciência dos profissionais de saúde. Nada mais.

37 Diaulas Costa Ribeiro, Eutanásia: viver bem não é viver muito, *Consulex*, ano III, vol. I, nº 29, pp. 17-20, Maio 1999.

38 Georges Blet, *Un péril national, l'avortement: sa repression*, Paris, Galimand, 1921, p. 49-50: "Nós, as mulheres — escrevia uma feminista nos princípios do século XX — libertadas dos preconceitos ancestrais; nós, que nos recusamos a ver no amor uma nódoa e no sofrimento uma necessidade; nós pretendemos dispor livremente das nossas entranhas, que nos pertencem, não ser mães senão ao nosso gosto, escolhendo nós mesmas o momento oportuno, sem que nenhuma consideração religiosa ou patriótica venha influir sobre a nossa decisão, sem que ninguém tenha que examinar as razões que nos fazem temer ou desejar a concepção. A liberdade da maternidade aparece-nos como a liberdade primordial, sem a qual todas as outras não são mais do que um engano.

A interrupção voluntária da gravidez de feto inviável nunca esteve e não está proibida no sistema constitucional brasileiro. A vida intra-uterina, superadas as discussões sobre o início dela, tem, sempre, uma expectativa de autonomia. Sem essa expectativa de vida autônoma, não há razão para se falar em garantias constitucionais do feto, principalmente quando a essa garantia contrapõe-se a obrigação de a mãe manter até o último dia a gravidez, aumentando, ainda mais, seu desalento. Esta sim, seria mais uma grande violência, dentre tantas outras, que se imporia a uma mulher. Que uma legislação obrigue uma mulher a manter um filho contra a sua vontade, já é uma agressão. Obrigá-la a manter um *nado-morto*,³⁹ ou um *neomorto*, uma mola degenerativa, seria uma violência aos direitos fundamentais. Toda ela em nome do *nada*, na expressão de Jorge de Figueiredo Dias.

Não bastasse, há uma confusão entre essa interrupção da gravidez com o malfalado aborto. A interrupção da gravidez de feto inviável constitui *antecipação de parto de feto inviável*, ou aceleração de parto, como denomina o Código Penal. O aborto tem como pressuposto fático a interrupção da gravidez de um feto viável.

Nos casos de anencéfalos, acránicos, hidroanencéfalos e semelhantes a discussão do conceito de vida é ainda mais específica. Atualmente, “o conceito de *morte encefálica* já está definido clínica e tecnicamente como diagnóstico de morte”,⁴⁰ de forma a não se poder atribuir o conceito de *vida* a quem não tem e não terá encéfalo. A mãe, nestes casos, é o *suporte artificial* que mantém algumas atividades fisiológicas de um feto com diagnóstico de morte.

Nas mortes encefálicas,⁴¹ a manutenção do suporte artificial fica a critério da família e tem o fim de viabilizar a doação de órgãos ou adequar a melhor data para o sepultamento. Na interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável, a situação é a mesma. Logo, a solução não poderia ser outra: a manutenção ou a suspensão do suporte artificial do feto deve ser decidida pela mãe.

O princípio da proporcionalidade das ações do Estado — do Legislador, do Executivo, do Ministério Público e do Poder Judiciário — impõe um mínimo de equilíbrio entre o braço armado do Direito Penal e a manutenção da ordem legal que se pretende. Isso não seria jamais obtido se a gravidez da requerente lhe fosse imposta *manu militari*. Que Estado de Direito Democrático toleraria essa violência? “The principle of propor-

39 Álvaro Cunhal, *O aborto: causas e soluções*, Porto, Campo das Letras, 1997, p. 96.

40 BRASIL, Conselho Federal de Medicina, Parecer CFM nº 27/90, aprovado em 14-07-1990, relator Luiz Carlos Sobania: “Reafirma a jurisprudência sobre a morte encefálica e remete a decisão de manutenção ou suspensão do suporte artificial da vida à família do paciente juntamente com seu médico.” In: *Pareceres: janeiro/85 a dezembro/97*, Brasília, 1998, p. 205.

41 BRASIL, Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, Art. 3º, § 3º: “Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.”

tionality *strictu sensu* (*Proportionalitätsprinzip*) requires that ‘the seriousness of the intervention and the gravity of the reasons justifying it are in adequate proportion to each other’. This principle requires a proper balance between the injury to the individual and the gain to the community caused by a state measure; its prohibits measures whose disadvantage to the individual clearly outweighs de advantage do the community.”⁴² O princípio da proporcionalidade impõe que entre a escolha dos meios e os fins desejados deve haver uma razoável relação de equilíbrio.⁴³ É o sistema dominante em toda a Europa e nos Estados Unidos, onde o Poder Judiciário tem criado, jurisprudencialmente, um sistema de controle dos abusos do poder público, em todos os seus segmentos.

A manutenção forçada da gravidez, por omissão do Estado, pela falta de meios materiais ou jurídicos, constituiria uma ofensa a esse princípio, consagrado na Constituição brasileira.

No Direito Penal, a IVG de feto malformado (*e também a do inviável*) tem amparo na exclusão de culpabilidade: *a inexigibilidade de conduta diversa*. Além da inexigibilidade de conduta diversa, o prosseguimento da gravidez impõe o risco de *pré-eclâmpsia*, o risco de morte da mãe, o que também não tem nenhuma razoabilidade. A IVG ocorreria, neste caso, amparada pelo princípio da necessidade: o estado de necessidade. A reprovação social, a culpabilidade, forma, com a tipicidade e a ilicitude, o tripé do nosso sistema punitivo, para excluir a punibilidade. Assim, a conduta, ainda que superasse a fase da tipicidade e da ilicitude, não mereceria reprovação social. A atipicidade se constitui sobre a ausência de perspectiva de vida autônoma do feto anencéfalo. Fetos nesse estado não têm vida no sentido médico-legal.

Por tudo isso, deve ser assegurado o *direito de opção da mulher grávida*, que, pelo pedido, não pretende prosseguir com a gravidez.

A decisão judicial, neste caso, terá muito mais natureza administrativa do que jurisdicional. O Juiz não pode impor a realização da IVG, porque ela esbarra na objeção de consciência.⁴⁴ Também não deverá autorizar a IVG, porque o direito, que é disponível, já foi disponibilizado pelo seu titular.

42 Nicholas Emiliou, *The principle of proportionality in european law*, The Hague, Kluwer, 1996, p. 23.

43 Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité e de la légalité*, Paris, LGDJ, 1995, p. 26

44 Augusto Silva Dias, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 110: “A garantia jurídica da liberdade de consciência vincula o poder público a oferecer alternativas jurídicas, sempre que uma regulação jurídica geral obriga os indivíduos a um comportamento contrário à consciência, provocando um conflito que assume verdadeiras proporções sociais. No ato de legalização dessas situações o legislador visa criar um espaço livre de Direito em que é juridicamente indiferente (neutral) a atuação do sujeito; outras situações haverá que com as legalizadas mantêm uma relação de analogia e relativamente às quais o ato de legalização nenhum efeito produz.”

A decisão judicial deverá tão-somente determinar ao hospital que, respeitando a objeção de consciência dos seus médicos, envide todos os esforços para que seja atendida a vontade da mãe. Se não houver médicos com essa disposição em seus quadros, que o seu Diretor procure-os em toda a rede hospitalar do Distrito Federal.

Nesse sentido, decidiu a Suprema Corte Americana, aplicando dispositivo idêntico ao texto da Constituição brasileira: "The state has a duty to assume that a person's wishes regarding medical treatment are respected. That obligation serves to protect the rights of the individual from intrusion by the state unless the state has a compelling interest great enough to override this constitutional right. The means to carry out any such compelling state interest must be narrowly tailored in the least intrusive manner possible to safeguard the rights of the individual."⁴⁵

Por sinal, também nos Estados Unidos, recentemente, no Condado de Orange, Flórida, ocorreu um fato semelhante. Estive lá e acompanhei pessoalmente o caso. Georgette Smith, atingida por um disparo de arma de fogo realizado pela sua mãe, pretendeu que fossem desligados os aparelhos que a mantinham viva. Em sentença, prolatada pelo *Circuit Judge* Richard F. Conrad, no dia 18 de maio de 1999, ficou decidido que o interesse do Ministério Público em interrogá-la para fazer prova contra a mãe era evidente, mas não poderia esse interesse inviabilizar a opção que ela fizera. Assim, fixou-se um prazo até as 17 horas do dia seguinte para que os Promotores a inquirissem. Passado esse prazo, a paciente poderia escolher a hora para que se desligasse o ventilador/respirador que mantinha viva. O hospital, o Columbia Park Medical Center, a partir dessa indicação, deveria viabilizar a opção da paciente: Ms. Georgette Smith, disse o Juiz, "has made a difficult choice, a choice which she has the right to make. This Court has found that she is competent to make that choice. Regrettably, this Court finds it necessary do delay her exercise of that choice in the face of compelling state interest. However, this Court will employ the least intrusive means possible to accommodate the state's interest and to safeguard Ms. Smith's rights. In other words, the Court will give the state a limited window of opportunity to protect its interest.

Therefore, the Office of the State Attorney shall have until Wednesday, May 19, 1999, at 5:00 p.m. to secure any testimony from Ms. Smith. At any time thereafter, Ms. Smith may choose to discontinue use of the ventilator. Defendant [*o Hospital*] is directed do comply with Ms. Smith's decision." O hospital cumpriu a vontade de Georgette Smith.

Posto isso,

45 *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 497, US, 261, 110 S.Ct. 2841, 111, L. Ed. 2d. 224 (1990). No mesmo sentido: *In re Dubreuil*, 629 So. 2d. 819, 822 (Flórida, 1993).

O Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, não irá promover qualquer medida persecutiva contra a requerente, nem contra os profissionais envolvidos no cumprimento da sua vontade. Propõe, mesmo que a solução seja inapropriada para o caso, decisão que viabilize o atendimento urgente da vontade da *mulher grávida*, com as observações feitas acima.

A opção da *mulher grávida* em realizar uma IVG, como disse o Juiz Richard F. Conrad, foi uma difícil escolha. Mas cabia a ela, e tão-somente a ela, o direito de fazê-la. O Ministério Público reconhece, ainda, que ela tem capacidade legal para tanto, cabendo ao Estado viabilizar, a partir de agora, a realização dessa escolha como garantia dos seus direitos fundamentais.

Brasília-DF, dezembro de 1999.

DIAULAS COSTA RIBEIRO
Promotor de Justiça©⁴⁶

46 © Diaulas Costa Ribeiro. Permite-se a citação, desde que haja remissão bibliográfica completa.