

Devido ao fato de a maioria de casos catalogados na pesquisa referir-se a casos de violência contra a mulher gestante, tendo como consequência o abortamento, também lhe foi dedicado capítulo próprio. Foram ainda analisados com alguma profundidade os casos classificados como abortos clandestinos ou que de alguma forma referiam-se a falhas na prestação de serviço médico, o que teria ocasionado o abortamento.

Assim, a seguir serão desenvolvidos capítulos com temas: anencefalia e má-formação fetal, violência, inconstitucionalidade de lei, clandestino e serviço médico. A profundidade das análises desenvolvidas em cada subtema está de acordo com os dados que foram encontrados na coleta de acórdãos e as interpretações que essas análises permitiam, razão pela qual não foi possível estudar todos estes temas com a mesma profundidade.

4.1. Anencefalia e má-formação fetal

O presente capítulo apresenta o estudo desenvolvido a partir dos casos que chegaram aos tribunais objetivando a autorização para interrupção da gestação após constatação de que o feto era portador de anencefalia ou outras más-formações fetais graves que tornassem inviável a vida extra-uterina.

A distinção dos casos de anencefalia e má-formação faz-se necessária à medida que constituem tipos de má-formação congênita diversos, que foram, inclusive, diferenciados nos acórdãos. Mas é importante que se frise que nesta pesquisa foram analisados apenas aqueles casos em que se alegava ser a má-formação uma anomalia capaz de tornar inviável a vida extra-uterina.

Deve-se ainda observar que nem toda má-formação congênita impossibilita a vida extra-uterina. Há casos em que é possível a vida da criança fora do útero materno, ainda que com algumas deficiências. Para fins do presente estudo, a referência à má-formação pressupõe¹, sempre, a inviabilidade de vida extra-uterina, a exemplo do que ocorre nos casos em que foram diagnosticados problemas congênitos como

¹ O pressuposto de que as más-formações fetais analisadas nesta pesquisa tornavam a vida extra-uterina inviável adveio do estudo dos próprios conteúdos dos acórdãos e do que lá foi alegado. Não foram pesquisados em profundidade as diversas más-formações fetais a fim de se comprovar que de fato tornavam a vida extra-uterina inviável. Assim, a conclusão de que inviabilizam a vida não é de responsabilidade das autoras, que apenas reproduziram dados coletados nos acórdãos.

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

Síndrome de Edwards e Síndrome de Patau. Nessas situações, cumpre ressaltar que os próprios desembargadores apontavam para a inviabilidade da vida extra-uterina em seus votos. Em alguns acórdãos, a discussão inclusive acenava no sentido de que se faz necessário que os médicos posicionem-se acerca da viabilidade ou não da vida extra-uterina, pois são eles que conhecem, de fato, o assunto.

Apresenta-se, a seguir, um breve panorama sobre o tema anencefalia, bem como os dados pesquisados sobre o assunto, com análises a partir de seu conteúdo argumentativo e sua relação com os pedidos judiciais autorizados ou não autorizados.

4.1.1. A anencefalia no Brasil e no mundo

A anencefalia é uma má-formação do feto que impede a sobrevivência da criança fora do útero materno. Tem-se como causa mais comum para tal ocorrência a deficiência de certos nutrientes na dieta da gestante, notadamente o ácido fólico. Ante a pouca concentração de tal vitamina no organismo da mãe, há dificuldades para que se forme, no feto, o tubo neural.² A má-formação do tubo neural acarreta, nos casos de anencefalia, a não formação do sistema nervoso, órgão responsável pelo comando de todas as atividades do corpo humano. A ausência de cérebro³ verificada nesses casos inviabiliza a vida extra-uterina pois a criança não consegue realizar qualquer movimento ou atividade vital, nem mesmo respirar. Embora possa ser prevenida com a ingestão de ácido fólico nos primeiros meses da gravidez, uma vez instalada a anomalia, não há cura, e o diagnóstico letal ocorre em 100% dos casos, segundo a medicina atual.

2 “Anencefalia é um defeito no tubo neural (uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula, e/ou suas coberturas protetivas). O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3ª e a 4ª semanas de gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. A anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com esta disfunção nascem sem testa (a parte da frente do cérebro) e sem um cerebrum (a área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação). A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente, e incapaz de sentir dor. Embora alguns indivíduos com anencefalia talvez venham a nascer com um tronco rudimentar de cérebro, a falta de um cerebrum em funcionamento permanente deixa fora de alcance qualquer ganho de consciência. Ações de reflexo tais como respiração, audição ou tato podem talvez se manifestar. A causa da anencefalia é desconhecida. Embora se acredite que a dieta da gestante e a ingestão de vitaminas possam caracterizar uma resposta, cientistas acreditam que há muitos fatores envolvidos.” De acordo com <http://www.anencephaly.net/anencephaly.html>. Acesso em 05.09.2008. Tradução obtida em: FERNANDES, Maira Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Editora Lumen Juris, 2007, p. 114.

3 Há casos em que se verifica a presença de parcela do cérebro, no entanto, o feto não possui calota craniana. Esta má-formação fetal é conhecida também como acrania e muitas vezes é tratada como anencefalia, já que inviabiliza a vida extra-uterina.

De acordo com dados da OMS, o Brasil é o quarto⁴ país em índice de anencefalia. Tal constatação estatística poderia representar a evidência de dois fatores: que no Brasil há de fato uma maior incidência desse tipo de anomalia fetal e que os dados brasileiros são mais expressivos, pois na medida em que a legislação não permite a interrupção da gravidez nesses casos, é natural que se verifique um maior número de nascimentos de fetos portadores dessa anomalia, constatação que se reflete, portanto, nos dados estatísticos.

Esta segunda hipótese é também levantada por estudiosos do assunto. Sobre o tema, é interessante verificar pesquisa intitulada *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*, elaborado pela Anis — Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero⁵. A partir dos dados coletados pela instituição, chegou-se à conclusão de que, em razão de a prática da interrupção da gravidez ser proibida no Brasil, a incidência de fetos anencéfalos é mais evidente nas estatísticas, já que os fetos portadores desta anomalia chegam, de fato, a nascer. Tal não ocorre em muitos outros países, uma vez que a gestação, em geral, é interrompida tão logo se tenha conhecimento da doença, o que dificulta ou mesmo inviabiliza o levantamento estatístico.

Além disso, o estudo avalia a questão da anencefalia relacionando-a com determinantes biológicos, como por exemplo, a carência de vitaminas do complexo B. Partindo-se da avaliação da deficiência nutricional, facilmente constatada em países de baixa renda, verificou-se que nos países em que o quadro nutricional era de deficiência e a legislação proibia a interrupção da gravidez (para casos de má-formação fetal), a incidência da anencefalia mostrava-se de forma mais evidente.

No Brasil, os resultados da referida pesquisa foram conclusivos. Não obstante a carência nutricional ter sido identificada em grande parte da população brasileira, foi possível constatar que a maior incidência da doença no país, quando comparada a outros países de baixo desenvolvimento e com altos índices de carência nutricional, está ligada a

4 “Segundo a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetria (FEBRASGO— <http://febrasgo.itarget.com.br>), a estimativa é de um caso [de anencefalia] a cada 1.600 nascidos vivos. Acrescente-se que, a cada ano, o número de registros de nascimentos com vida no Brasil tem oscilado entre 2,7 e 3,0 milhões/ano. O número de casos comprovados de gestação de fetos anencéfalos tem aumentado de forma significativa, colocando o Brasil, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), na posição de quarto país do mundo em ocorrência de anencefalia.” FER-NANDES, Maira Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Editora Lumen Juris, 2007, p. 113. Observe-se que se buscou consultar dados no site da FEBRASGO, mas muitos conteúdos (como as revistas) são acessíveis apenas a associados.

5 Mais informações sobre a atuação desta organização não governamental estão disponíveis em: <http://www.anis.org.br>. Acesso em 05.09.2008

restrições legais, e não a questões nutricionais de fato.

Por fim, note-se que o Brasil atualmente é um dos poucos países no mundo que impedem a interrupção da gravidez nesses casos, equiparando, de acordo com algumas interpretações legais, a sua prática ao crime de aborto.⁶

4.1.2. Aspectos jurídicos: anencefalia e aborto

No Brasil, em regra, o aborto é criminalizado pela legislação penal. No entanto, como já dito, o próprio Código Penal (artigo 128) possibilita a realização de aborto sem que este seja tipificado como crime nas hipóteses em que a gravidez resulta em risco de vida para a gestante, ou ainda nos casos em que a gravidez for resultado de um estupro.

Nos casos de anencefalia e má-formação fetal, tendo em vista a inexistência de um dispositivo legal que regule essas hipóteses, diversas correntes interpretativas formuladas por movimentos sociais (principalmente grupos religiosos e feministas), juristas, promotores e advogados estão sendo levadas ao Poder Judiciário.

Há quem defenda que a autorização para a realização de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação – desde que assim deseje a mulher – seja uma forma de preservar-se a saúde da gestante, sendo aqui incluída na definição de saúde também a saúde mental da mulher, conforme definição mais ampla adotada pela Organização Mundial da Saúde e pelos diversos comitês internacionais de proteção aos direitos humanos (órgãos do Sistema Convencional de Proteção aos Direitos Humanos das Nações Unidas⁷). Neste caso, portanto, não se estaria diante de uma forma de aborto propriamente dito, mas sim de

6 Há países em que o aborto é considerado crime, mas que em caso de verificação de anomalia fetal grave, é permitida a interrupção da gestação. São eles: Barbados, Belize, Botsuana, Burkina Fasso, Chipre, Espanha, Finlândia, Gana, Ilhas Seicheles, Iraque, Islândia, Israel, Kwait, Libéria, Luxemburgo, Namíbia, Nova Zelândia, Polônia, Qatar, Reino Unido, San Vicente e Granadinas e Zimbábue. Em países onde o aborto já é legalizado, em geral se concedem prazos maiores para a interrupção da gestação quando verificada uma patologia fetal grave. Este é o caso de: África do Sul, Cabo Verde, Camboja, Eslováquia, França, Grécia, Guiana e Itália. De acordo com: FERNANDES, Maira Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Editora Lumen Juris, 2007, p. 154.

7 “Recomendação Geral n° 14, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, com relação ao direito à saúde, estabelece que: (...)

O conteúdo normativo do artigo 12 [Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais]:

(...) 8. O direito à saúde não pode ser entendido somente como o direito a ser saudável. O direito à saúde pressupõe garantias de liberdades. As liberdades incluem o direito de proteção da saúde e do corpo, incluindo a liberdade sexual e a liberdade de reprodução, assim como o direito de ser livre de interferências, como o direito de ser livre da tortura, tratamentos médicos não consensuais e experimentações. Inclui um sistema de proteção à saúde o qual garante igualdades de oportunidades para que as pessoas aproveitem do mais elevado nível de saúde.” De acordo com: PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). *Código Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 169.

uma interrupção terapêutica da gravidez, com o objetivo de preservar-se a saúde (física e mental⁸) da gestante.

Contrariamente, há quem diga que a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e de má-formação fetal seja uma forma de aborto legal nos termos da legislação penal, uma vez que tal hipótese poderia contemplar o aborto necessário, tendo-se em vista uma interpretação extensiva dos permissivos do artigo 128, I do Diploma Penal.

Há também quem defenda que a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal seja uma forma de aborto eugenésico⁹, prática que é condenada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Segundo essa linha interpretativa, a autorização para interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal abriria precedentes para a realização deste tipo de procedimento para casos de toda e qualquer anomalia fetal, operando-se, então, uma seleção das pessoas que teriam o direito a nascer, discriminando-se severamente aquelas que portam deficiências.¹⁰

8 Válido relembrar que obrigar uma mulher a manter a gestação de um feto anencéfalo foi equiparado à tortura pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU. Sobre o assunto, verificar caso *KLL vs. Peru*: http://www.cladem.org/espanol/regionales/litigio_internacional/CAS5-Dictamen%20KL.asp. Acesso em 30.11.2008.

9 O argumento do aborto eugenésico é muitas vezes trazido à baila no debate da interrupção da gestação em caso de anencefalia e má-formação fetal. A idéia de eugenia remonta ao período do nazismo, em que se buscava a raça pura ariana e, para tanto, não raro eram feitos abortamentos de fetos que pudessem não estar de acordo com o ideal de perfeição humana buscado pelo nazismo. Trata-se, de acordo com esta política, da defesa da seleção de pessoas que poderão ter direito à vida, sendo que aquelas que estiverem fora do padrão estabelecido não têm direito à vida e devem ser prontamente eliminadas (aliás, no nazismo, não apenas eram praticados abortos como também se procedia à eliminação de seres humanos já formados, adultos ou crianças). No entanto, é importante ressaltar que no caso da interrupção da gestação em caso de anencefalia, não se trata de evitar que pessoas “fora de determinado padrão” nasçam, mas sim de proporcionar à gestante a possibilidade de colocar fim a uma gestação fadada ao fracasso, uma vez que não há nenhuma possibilidade de a criança virar. As gestações de anencéfalos, em geral, terminam com a expulsão do feto já morto ou com a morte da criança minutos ou horas após o parto. Daí tem-se que eugenia e interrupção da gestação em caso de anencefalia são situações bastante distintas e não podem e não devem ser confundidas (embora alguns grupos que se opõem ao aborto em geral utilizem o argumento da eugenia de forma perniciososa, com o objetivo de dificultar o amplo debate sobre o tema). Segundo Maira Costa Fernandes: “A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é um tipo de aborto eugenésico? Essa é uma indagação bastante freqüente no debate em torno do tema. Desde quando a eugenia foi largamente utilizada pelo Nazismo, na Alemanha, para justificar a busca incessante pela raça pura ariana, tornou-se muito difícil afastar a intensa carga negativa que recaí sobre ela, decorrente da freqüente remissão ao Holocausto, um dos maiores horrores da História mundial.

Em relação ao abortamento nos casos de patologia fetal, especificamente, pode-se dizer que ele é admitido por diversos países, porém em termos totalmente diferentes da prática hitleriana. Baseiam-se, geralmente, em critérios que levam em conta a saúde fetal e os riscos à saúde da gestante. Nesse sentido, mesmo países que não admitem a interrupção voluntária da gravidez, por solicitação da gestante, comumente autorizam o aborto em casos de anomalias fetais graves.” FERNANDES, Maira Costa. *Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional*. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Editora Lumen Juris, 2007, p. 154.

10 “A história dos abusos cometidos por médicos durante o regime nazista é comumente lembrado como um exemplo dos riscos inerentes à informação genética, sugerindo uma relação de continuidade entre o nazismo e a nova genética. Esses são argumentos com forte apelo sentimental, o que dificulta qualquer tentativa de diálogo razoável, muito embora tenham sido utilizados por promotores e juizes brasileiros para indeferir pedidos de autorização legal para a realização de aborto em casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Diante da série de equívocos presentes nestes argumentos, há dois mal-entendidos que merecem ser esclarecidos. O primeiro mal-entendido é o que supõe haver uma semelhança entre o extermínio nazista e o aborto por anomalia fetal, tal como discutido nos últimos trinta anos. Diferentemente do passado, quando o correto seria falar em aborto eugenésico, pois as mulheres eram forçadas a abortar por razões raciais, étnicas ou religiosas,

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

Diante das correntes interpretativas apontadas, importante salientar que os posicionamentos contrários à autorização da interrupção da gestação nos casos de anencefalia e má-formação possuem como base a valorização do direito à vida em amplitude máxima, em qualquer situação – ainda que a vida que se preserve seja breve, de apenas algumas horas ou mesmo minutos. Em contrapartida, os posicionamentos favoráveis à autorização da interrupção da gestação para esses casos norteiam-se pela valorização da dignidade e da integridade física e, sobretudo, mental da mulher.¹¹

Por fim, importante observar que o direito brasileiro contempla tanto o direito à vida quanto o direito à dignidade como direitos fundamentais constitucionais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e que, portanto, em caso de conflito entre tais direitos faz-se necessário proceder a um balanceamento para que se verifique qual deve prevalecer.

Este processo pode seguir uma linha de raciocínio mais objetiva, buscando no ordenamento jurídico referências para esse sopesamento¹², ou simplesmente ser feito de forma menos objetiva e mais valo-

hoje, o pressuposto ético do aborto por anomalia fetal é o da autonomia reprodutiva, ou seja, a decisão sobre o aborto é de caráter estritamente individual e não deve haver qualquer tipo de constrangimento em torno dela. Alguns autores sugerem que o conceito de eugenia deva ser entendido em seu sentido etimológico, isto é, como mera seleção ou escolha. Nessa perspectiva, não seria um erro considerar o aborto por anomalia fetal como eugênico. Há, no entanto, uma perspectiva política e histórica atrelada ao conceito de eugenia que o remete a um passado de intolerância e desrespeito, valores distantes do atual contexto do aborto por anomalia fetal. Nesse sentido, o mais correto seria reservar o conceito de aborto eugênico para as situações em que o aborto é realizado contra a vontade da mulher e por valores discriminatórios. O segundo mal entendido sugere que, com a popularização do aborto por anomalia fetal, haveria um crescimento da intolerância contra deficientes. Ora, mesmo para os países onde o aborto por anomalia fetal não se restringiu às situações de incompatibilidade com a vida, tal como se propõe no Brasil, este argumento. A liberdade de escolha quanto à realização do aborto não é um valor em desarmonia com os direitos dos deficientes, mesmo porque não há uma relação de causalidade entre os dois fenômenos, haja vista o fato de que grande parte das deficiências resulta do envelhecimento e de traumas, não de má-formações fetais. Assim sendo, não importa o quanto a prática do aborto por anomalia fetal torna-se popular: a deficiência será sempre uma questão central para nossa sociedade, especialmente com o envelhecimento crescente das populações.” DINIZ, Debora & RIBEIRO, Diailas Costa. *Aborto por Anomalia Fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 59 - 61.

11 Acerca do exercício de sopesamento de valores na delimitação do alcance e do conteúdo de um direito, particularmente do direito à vida, interessante observar, apenas a título de exemplo, manifestação do Tribunal Constitucional alemão, proferida em 1993, em caso conhecido como “Aborto II” (88 BverfGE 203): “Os embriões possuem dignidade humana; a dignidade não é um atributo apenas das pessoas plenamente desenvolvidas ou do ser humano depois do nascimento... Mas, na medida em que a Lei Fundamental não elevou a proteção da vida dos embriões acima de outros valores constitucionais, este direito à vida não é absoluto... Pelo contrário, a extensão do dever do Estado de proteger a vida do nascituro deve ser determinada através da mensuração da sua importância e da necessidade de proteção em face de outros valores constitucionais. Os valores afetados pelo direito à vida do nascituro incluem do direito da mulher à proteção e respeito à própria dignidade, seu direito à vida digna e à integridade física e seu direito ao desenvolvimento da personalidade...”

Embora o direito à vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à sua autodeterminação. Os direitos das mulheres podem gerar situação em que seja admissível em alguns casos, e até obrigatório, em outros, que não se imponha a elas o dever legal de levar a gravidez a termo...” De acordo com: SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Lumen Juris Editora, 2007. p. 6. Ídem, p. 15.

12 “Sem embargo, é certo que, do outro lado da balança, existe uma justa e legítima preocupação com a vida do embrião. Embora haja ampla discordância sobre como qualificar a situação jurídica e moral do nascituro, é indiscutível que não se deve desconsiderar este importantíssimo

rativa. É dizer, neste segundo caso, optar pela prevalência de um ou outro direito em razão da valoração que se faz de um ou de outro.

A decisão, em casos de conflito de direitos fundamentais, caberá sempre ao Poder Judiciário. Sendo este o órgão destinado a oferecer a prestação jurisdicional e, portanto, responsável por definir o alcance e a interpretação dos dispositivos legais e constitucionais à interpretação legal, deverá conduzir o sopesamento destes direitos, oferecendo uma solução para o caso concreto.

Assim, é fundamental a verificação da interpretação dos tribunais sobre o tema, pois são eles quem, de fato, oferecem os contornos e a extensão do conteúdo dos direitos abstratamente previstos nas normas legais, definindo por meio de uma resposta jurisdicional uma solução para as questões apresentadas de fato. Nesse sentido, a interpretação jurisprudencial também propõe um norte para todos os operadores do direito e para a sociedade em geral.

4.1.2.a. ADPF 54 no Supremo Tribunal Federal e o debate público sobre o tema

A ADPF 54¹³, ação ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde¹⁴ perante o STF, teve como pedido a possibilidade de realização da interrupção da gestação quando verificada a anencefalia ou má-formação fetal grave sem necessidade de autorização judicial nos casos em que essa seja a vontade da mulher. Para este tema, tal ação constituiu-se como verdadeiro marco no cenário político nacional, contribuindo, inclusive, para reavivar o debate público sobre o aborto em geral, tendo incitado a participação de diversos grupos e organizações da sociedade civil na discussão circunscrita ao STF.

elemento no equacionamento do tratamento legal a ser dado para o caso. Portanto, se não parece correto ignorar os direitos da mulher na fixação da solução normativa para este grave e delicado problema – como fez o legislador de 1940 –, tampouco o seria negligenciar os valores concernentes à vida do embrião ou feto. Neste ponto, o entendimento que vem prevalecendo nas decisões dos Tribunais Constitucionais de todo o mundo é o de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, embora não com a mesma intensidade com que se tutela o direito à vida das pessoas humanas já nascidas. E, por razões de ordem biológica, social e moral, tem-se considerado também que o grau de proteção constitucional conferido à vida intra-uterina vai aumentando na medida em que avança o período de gestação.

Assim, sob o prisma jurídico, o caso parece envolver uma típica hipótese de ponderação de valores constitucionais, em que se deve buscar um ponto de equilíbrio, no qual o sacrifício a cada um dos bens jurídicos envolvidos seja o menor possível, e que atente tanto para as implicações éticas do problema a ser equacionado, como para os resultados pragmáticos das soluções alvitadas." *Ídem*, p. 6

13 Para mais informações sobre o andamento desta ação, consultar:

<http://www.stf.gov.br/porta1/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 27.07.2008.

14 Mais informações em: <http://www.cnts.org.br>. Acesso em 02.08.2008.

Essa participação foi insistentemente requerida por várias organizações sociais a título de *amicus curiae*, o que foi recorrentemente negado pelo ministro relator, que apenas aceitou alguma interferência no processo mediante a convocação de audiência pública – em decisão de 30 de setembro de 2004 – com várias entidades médicas e sociais que tinham (e têm) atuação ou interesse na matéria.

A audiência pública convocada em 2004 ocorreu somente em 2008, deixando a questão em aberto durante este intervalo temporal. Ao final, em vez de uma, foram realizadas quatro audiências no STF, para as quais os setores da sociedade civil interessados foram chamados a manifestar-se.

Na primeira, realizada em 28 de agosto de 2008, foram convocados representantes de ONGs e entidades religiosas cujas opiniões divergiram.

Na audiência de terça-feira, representantes dos espíritas e da hierarquia católica manifestaram-se contra a possibilidade de a mulher poder optar por encerrar a gravidez, se ficar determinado que o feto é anencéfalo. Já representantes de grupos cristãos pentecostais se disseram a favor da opção.¹⁵

A professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e doutora em Sociologia pela Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais de Paris, Maria José Fontelas Rosado Nunes, que falou como presidente da “Católicas pelo Direito de Decidir” (CDD) organização não-governamental (ONG) de que é fundadora, defendeu o direito da mulher de interromper a gravidez em casos de comprovada anencefalia.

Ela ressaltou que, apesar de ser pesquisadora, estava participando do debate “como católica feminista, mulher e cidadã brasileira”. Ela lembrou que o Estado brasileiro é um Estado laico, que propicia liberdade de expressão para todas as igrejas e correlatas e, igualmente, para todos os demais cidadãos, mesmo que não filiados a alguma religião. Dentro desse princípio, sustentou, não se pode impor a moral religiosa, transformando-a em política pública.¹⁶

15 O Estado de S. Paulo digital. *STF retoma audiência pública sobre fetos anencéfalos*. Disponível em: http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid231870,0.htm. Acesso em 05.09.2008.

16 O Estado de S. Paulo digital. *Universal e CDD defendem direito ao aborto de anencéfalo*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/>

Já para a segunda audiência, realizada em 28 de agosto de 2008, foram convocados políticos e representantes de entidades médicas, também com posições distintas sobre o assunto.

Ontem, médicos obstetras e especialistas em genética e medicina fetal asseguraram no STF que bebês com anencefalia não têm nenhuma chance de sobreviver. “(A anencefalia) é letal em 100% dos casos”, afirmou o médico e deputado federal José Aristodemo Pinotti (...) Além das chances nulas de sobrevivência do bebê, os especialistas disseram que a manutenção da gestação coloca em risco a vida da mãe. (...) O presidente da Sociedade Brasileira de Genética Médica, Salmo Raskin, também rebateu a alegação — usada pelos contrários ao aborto de anencéfalos, de que os bebês com a anomalia poderiam ser doadores de órgãos (...) “porque têm múltiplas deficiências e seus órgãos são menores do que os das crianças saudáveis”. (...) A defesa da manutenção das gestações de fetos com anencefalia foi feita pelo deputado federal Luiz Bassuma, da Frente Parlamentar em Defesa da Vida - Contra o Aborto, e pela professora de biologia molecular da Universidade de Brasília Lenise Martins Garcia. Lenise disse que os bebês com anencefalia são deficientes, mas não mortos-vivos.

Na ocasião, o relator do caso no STF, ministro Marco Aurélio Mello, declarou, em referência à forte oposição da Igreja Católica a qualquer forma de interrupção da gravidez que “vivemos sob a égide não do direito canônico, mas do direito em si elaborado pelo Congresso Nacional”¹⁷.

Para a terceira audiência, realizada em 4 de setembro de 2008, foram convocados outros representantes da sociedade civil.

O ministro da Saúde, José Gomes Temporão, defendeu ontem, na terceira audiência realizada no Supremo Tribunal Federal (STF), que seja liberado o aborto de fetos com anencefalia, procedimento que ele prefere chamar de antecipação de parto. (...) O Ministério da Saúde defende essa garantia, fundamentado, entre outras razões, na dolorosa experiência de situações em que mães são obrigadas a levar sua gestação,

vidae/not_vid231058,0.htm. Acesso em 05.09.2008.

17 O Estado de S. Paulo digital. *Aborto de anencéfalos vai passar por 11 a 0*. Disponível em: <http://www.estado.com.br/editorias/2008/08/29/ger-1.93.7.20080829.8.1.xm>. Acesso em 05.09.2008.

mesmo sabendo que o feto não sobreviverá após o parto. (...) No mesmo evento, o médico Dernival da Silva Brandão, que trabalha há 50 anos como obstetra, afirmou que “A mãe não pode ser chamada de caixão ambulante, como dizem por aí. Pelo contrário, ela tem sua dignidade aumentada por respeitar a vida do seu filho”. (...)

A socióloga e cientista política Jacqueline Pitanguy também defendeu que as mulheres tenham o direito de decidir se querem ou não manter a gravidez nesses casos. “O direito de escolha é um ato de proteção e solidariedade à dor e ao sofrimento das mulheres que vivenciam uma gravidez de feto anencéfalo, anomalia incompatível com a vida em 100% dos casos”, disse ela. (...) Contrária à interrupção da gravidez, a representante da Associação para o Desenvolvimento da Família (Adef), Ieda Therezinha Verreschi, defendeu que há vida humana no feto anencéfalo e, por isso, retirá-lo do útero antes do momento do parto seria “um retorno da sociedade à barbárie”. Para ela, há risco de se avaliar o ser humano pela sua eficiência. “Na intolerância diante do imperfeito perderíamos a capacidade de amar, o que diminui o ser humano”.¹⁸

Da quarta e última audiência, no dia 16 de setembro de 2008, participaram também representantes da sociedade civil.

No último dia de audiência pública no Supremo Tribunal Federal (STF) para debater a questão, o representante do Ministério Público Federal, o subprocurador-geral da República Mário Gisi, defendeu que as grávidas que esperam fetos com a anomalia tenham o direito de escolher entre interromper a gestação ou esperar o nascimento da criança.

Gisi afirmou que a audiência demonstrou que é constrangedora a idéia de alguém decidir por outra pessoa em situações de “extremo sofrimento”, como a gravidez de feto anencéfalo. “É constrangedor para os direitos humanos admitir que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam e afetam a esfera íntima da frustrada mãe”, disse o subprocurador.(...)

¹⁸ O Estado de S. Paulo digital. No STF, ministro da Saúde defende direito ao aborto de anencéfalos. Disponível em: <http://www.estado.com.br/editorias/2008/09/05/ger-1.93.7.20080905.1.1.xml>. Acesso em 05.09.2008.

Também presente à audiência, a ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéia Freire, garantiu que o Sistema Único de Saúde (SUS) tem condições de atender as gestantes que descobrem que seus fetos têm a anomalia.

O médico psiquiatra Talvane Marins de Moraes afirmou que obrigar uma mulher a manter a gravidez de feto anencéfalo equivale a submetê-la a uma tortura. “É como se o Estado estivesse promovendo a tortura em uma mulher, que mais tarde pode apresentar um quadro grave de estresse pós-traumático que a leve, em situações extremas, à tentativa de auto-extermínio, ou suicídio”, advertiu o médico.

A médica ginecologista e obstetra Elizabeth Kipman Cerqueira opinou que as gestações de fetos com anencefalia devem ser mantidas. Segundo ela, a gestante sofre riscos maiores se optar pela antecipação do parto. Segundo ela, esse procedimento é um trabalho de parto prolongado, que pode durar dias e pode causar problemas como infecção.¹⁹

Após a última audiência, o relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal, ministro Marco Aurélio Mello, afirmou que não há pressa para julgar o caso, mas que espera que a sessão ocorra em novembro de 2008.

Note-se que a realização das audiências não significa a possibilidade de uma decisão imediata por parte da Suprema Corte. Com fundamento nas declarações apresentadas em plenário pelas entidades convocadas, bem como nas informações dos autos, os ministros proferirão uma decisão final sobre o tema, determinando, conseqüentemente, a vida de muitas gestantes brasileiras que vivenciam tal situação. A expectativa da sociedade como um todo é a de que o Supremo realize a votação final do caso, com a definição do tema, o mais breve possível.

4.1.3. Apresentação e análise dos dados classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação”

Especificamente em relação a estes casos, além dos critérios utilizados também para os outros temas (e já apontados na parte intro-

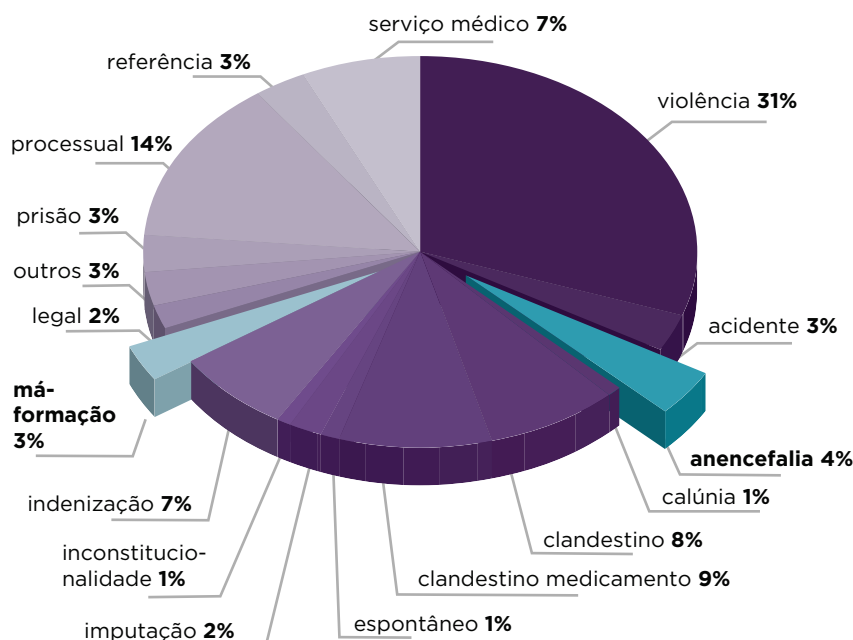
¹⁹ O Estado de S. Paulo digital. *MPF defende liberar interrupção de gestação de anencéfalo*. Disponível em: http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid242891,0.htm. Acesso em 20.09.2008.

dutória deste trabalho), foi realizada uma análise qualitativa a partir do estudo dos resultados dos julgamentos, conforme os seguintes critérios:

- Autorizado: identifica os casos em que o pedido de autorização para a realização da interrupção da gestação foi concedido;
- Não autorizado: identifica os casos em que o pedido de autorização para a realização da interrupção da gestação foi negado;
- Fixação de competência: identifica os casos nos quais se discute se o mérito de julgar um pedido de autorização da interrupção da gestação é de competência cível ou criminal.
- Perda de objeto: identifica os casos nos quais, durante o processo, notadamente em razão da demora na prestação jurisdicional, ocorre a perda do objeto do pedido pleiteado, no caso, a autorização para a interrupção da gestação. Assim, tem-se a perda do objeto da ação mediante a morte do feto em razão de seu nascimento ou em situações em que a gestação encontra-se muito avançada, o que inviabilizaria a realização do procedimento.

Em relação ao total de casos, os de anencefalia e má-formação correspondem a um percentual de 7%, sendo 3% relativos a casos de má-formação e 4% relativos a casos de anencefalia.

Gráfico. 47
TRIBUNAIS
ESTADUAIS E
SUPERIORES
Percentual de
casos clas-
sificados
por palavra-
chave com
destaque
para "anence-
falia" e "má-
formação"



Em números absolutos, foram encontrados nos tribunais estaduais e superiores 52²⁰ casos tratando sobre más-formações fetais em geral, sendo que 31 diziam respeito a anencefalia, e 21, a outros tipos de má-formação fetal²¹. Destes, 46 foram casos julgados em tribunais estaduais, e seis, em tribunais superiores.

Apresenta-se, a seguir, a distribuição dos casos de acordo com o tribunal no qual foram julgados. Identificou-se a incidência desta temática em dez dos 26 tribunais estaduais do país, bem como nos tribunais superiores. Observam-se as informações sobre a distribuição dos casos por ano de julgamento, que também foram apontados de acordo com os tribunais em que foram decididos. É interessante notar como os estados de São Paulo e Rio Grande do Sul concentram a maioria dos

²⁰ Vale observar que o número reduzido de casos de anencefalia e má-formação fetal encontrados nos tribunais justifica-se primordialmente pelo fato de que na maioria dos casos, quando o procedimento é autorizado em primeira instância, é logo realizado. Além disso, há de considerar-se que muitos casos nem chegam aos tribunais, na medida em que a interrupção da gestação é feita sem autorização judicial, especialmente de formas clandestinas ou em hospitais particulares, sendo que o controle efetivo destes procedimentos é muito complexo. Segundo estimativas, até 2004 houve cerca de três mil autorizações para a interrupção de gestações de fetos inviáveis no Brasil. De acordo com: PIMENTEL, Sílvia & GOLLOP, Thomas em: *O STF e a Anomalia Fetal Grave: justiça*. Disponível em: http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalhe_artigo&titulo=Artigos&codigo=689&cod_categoria=10&nome_categoria=Artigos%20de%20livre%20acesso. Acesso em 05.09.2008.

²¹ Reforce-se que os casos de anencefalia e má-formação fetal foram equiparados para termos de análises de resultados e de interferência de argumentos religiosos e pró direitos das mulheres. Frise-se, ainda, que esta classificação diferenciada entre anencefalia e má-formação foi possível a partir do próprio conteúdo dos acórdãos, sendo que a equiparação aqui estabelecida – como se ambas as espécies de má-formação tivessem como resultado a inviabilidade da vida extra-uterina – funda-se na referência constante a “fetos inviáveis” nos votos dos desembargadores. Conforme já informado, não foi aprofundada a análise de casos de má-formação fetal diversos da anencefalia, visto que este estudo foge aos parâmetros estabelecidos para a pesquisa.

4. ANÁLISE TEMÁTICA DOS DADOS: ESTUDOS A PARTIR DE PALAVRAS-CHAVE SELECIONADAS – ANENCEFALIA E MÁ-FORMAÇÃO, VIOLÊNCIA, ABORTOS CLANDESTINOS, INCONSTITUCIONALIDADE E SERVIÇO MÉDICO

casos tanto de anencefalia como de má-formação fetal. Em verdade, há tribunais, como os de Goiás e Mato Grosso, em que nem mesmo identificam-se casos de má-formação, mas tão-somente de anencefalia.

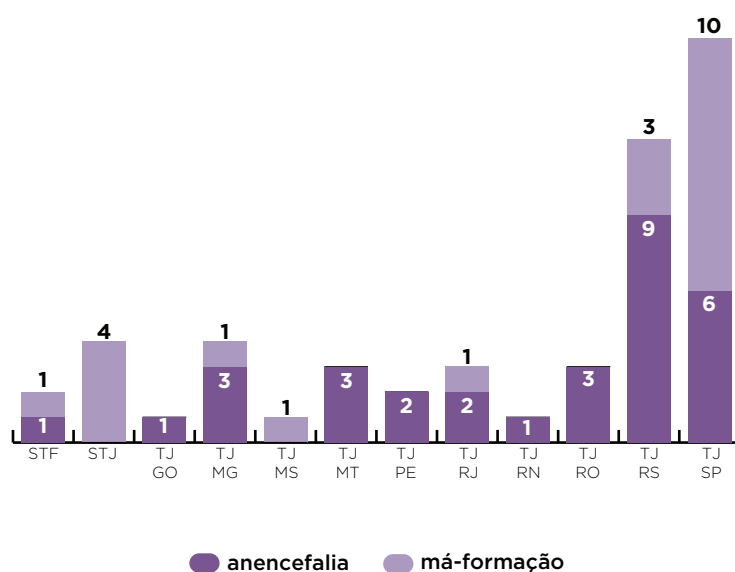


Gráfico. 48
 TRIBUNAIS ESTADUAIS
 Total de casos classificados com as palavras-chave "anencefalia" e "má-formação" distribuídos por tribunal

4.1.3.a. Tendências regionais

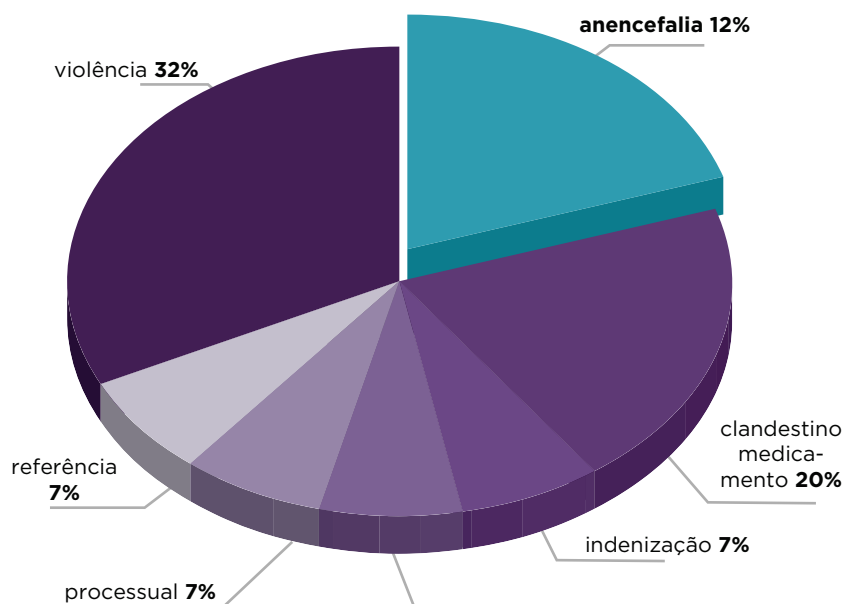
Para ter-se um panorama regional dos casos de anencefalia e má-formação e identificar-se possíveis tendências, os acórdãos foram analisados conforme sua presença por região do país (adotando-se o critério geográfico que divide o país em cinco regiões: Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sul e Sudeste²²).

Foram constatadas diferenças regionais tanto no que se refere à quantidade de casos como à sua classificação. Em algumas regiões não se verificou nenhum caso de má-formação fetal, em outras há essa diferenciação entre anencefalia e outras má-formações fetais explícita nos acórdãos. Os percentuais também indicam uma diferenciação quanto à relevância que o tema ocupa entre o panorama geral dos demais casos envolvendo aborto que alcançam os tribunais.

Neste sentido, observa-se que na região Norte não há casos de má-formação, e os de anencefalia representam 20% do total de casos de aborto da região.

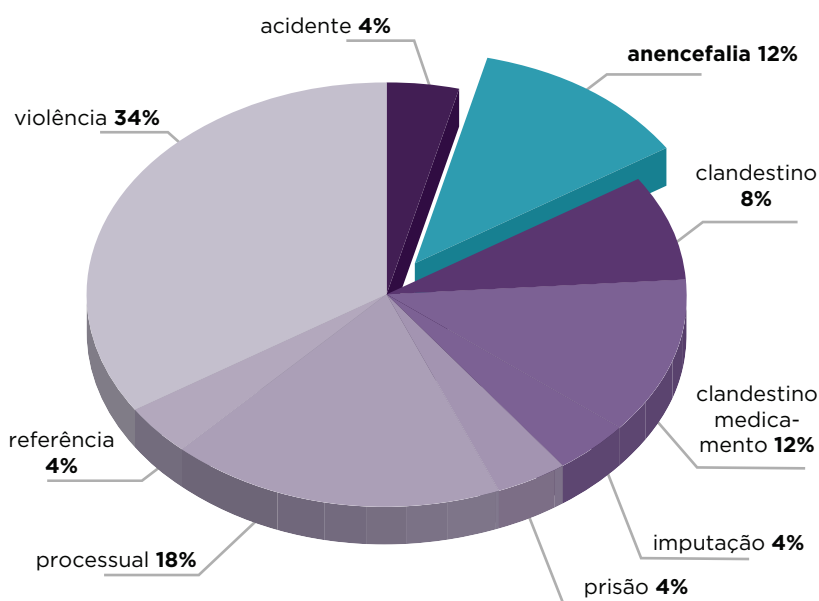
²² Este critério de distribuição de casos por regiões foi adotado para todas as demais análises, inclusive sobre os outros subtemas estudados.

Gráfico. 49
TRIBUNAIS
ESTADUAIS
Percentual de
casos clas-
sificados com
as pala-
vras-chave
"anencefalia"
e "má-forma-
ção" na região
Norte



A região Nordeste também não apresenta casos de má-formação, e o percentual de casos de anencefalia corresponde a 12% do total.

Gráfico. 50
TRIBUNAIS
ESTADUAIS
Percentual de
casos clas-
sificados com
as pala-
vras-chave
"anencefalia"
e "má-forma-
ção" na região
Nordeste



Já nas regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul foi possível identificar casos de anencefalia e de má-formação fetal, sendo os percentuais de 7%, 2%, 6% e 2%, 2%, 2%, respectivamente, conforme pode-se extrair dos gráficos apresentados a seguir.

4. ANÁLISE TEMÁTICA DOS DADOS: ESTUDOS A PARTIR DE PALAVRAS-CHAVE SELECIONADAS – ANENCEFALIA E MÁ-FORMAÇÃO, VIOLÊNCIA, ABORTOS, CLANDESTINOS, INCONSTITUCIONALIDADE E SERVIÇO MÉDICO

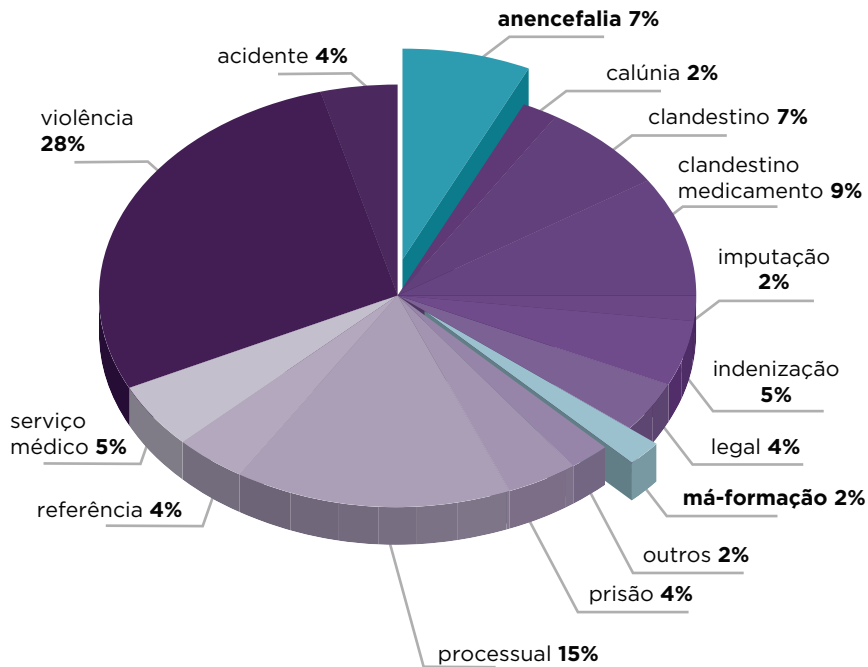


Gráfico. 51
TRIBUNAIS ESTADUAIS
 Percentual de casos classificados com as palavras-chave "anencefalia" e "má-formação" na região Centro-Oeste

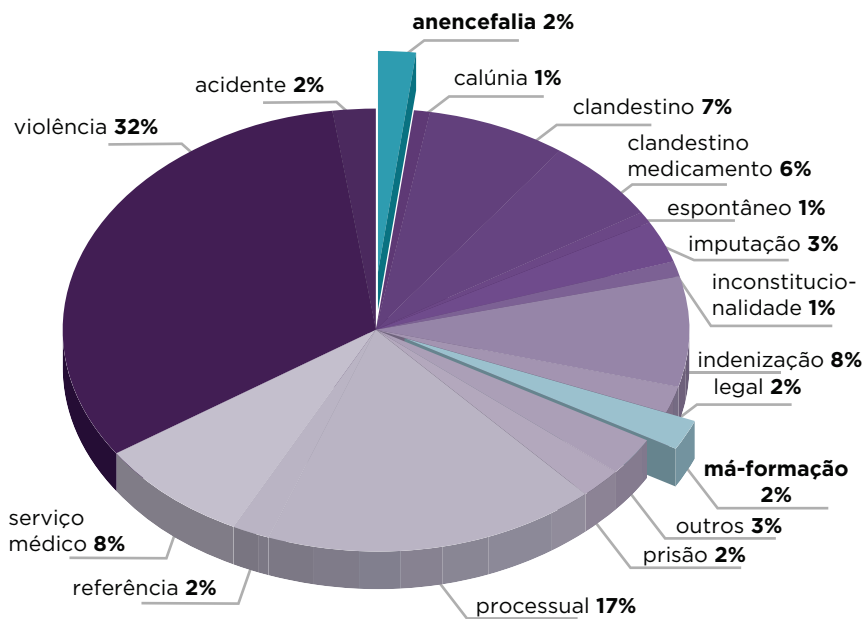
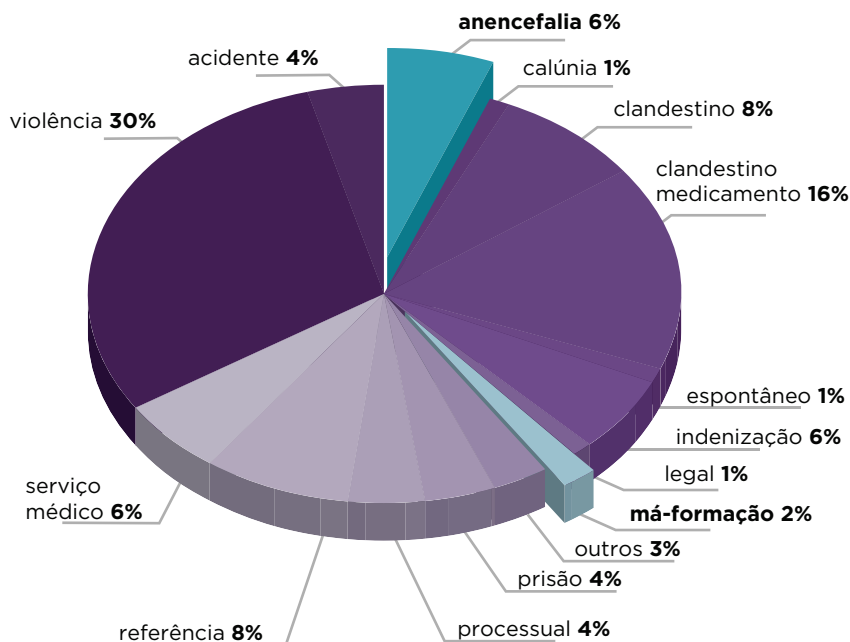


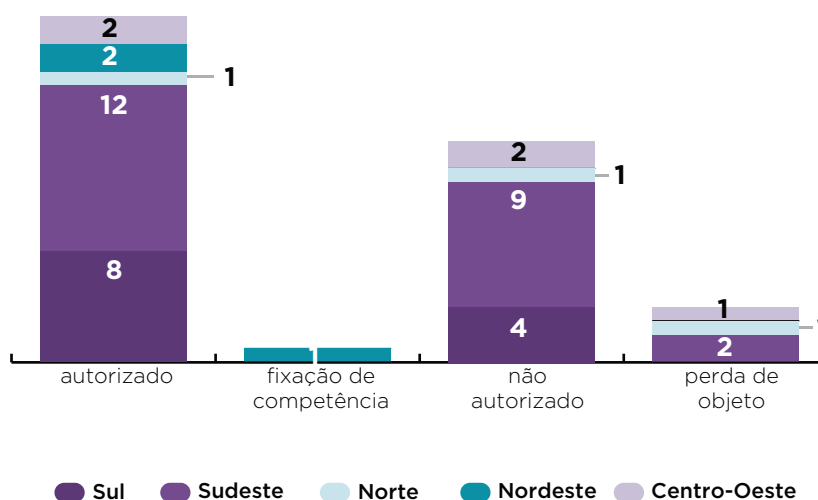
Gráfico. 52
TRIBUNAIS ESTADUAIS
 Percentual de casos classificados com as palavras-chave "anencefalia" e "má-formação" na região Sudeste

Gráfico. 53
TRIBUNAIS ESTADUAIS
Percentual de casos classificados com as palavras-chave "anencefalia" e "má-formação" na região Sul



Quando os resultados dos acórdãos de anencefalia e má-formação fetal foram relacionados com a região do país à qual pertenciam, constatou-se que as regiões com mais decisões judiciais de segundo grau autorizativas do procedimento foram as Sul e Sudeste, sendo que 80% das autorizações concedidas no país estão concentradas nos estados dessas regiões.

Gráfico. 54
TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Resultados de casos classificados com as palavras-chave "anencefalia" e "má-formação" distribuídos por região



Uma das interpretações possíveis para tal constatação é a que parte do pressuposto de que nas mesmas regiões em que há uma maior

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

capacidade de litigância²³ – Sul e Sudeste – há também maior quantidade de autorizações para interrupções de gestação.

Nesse ponto, é válido destacar que significativo número de demandas provenientes das regiões Sul e Sudeste do país poderia ocorrer, segundo tal hipótese, em razão da referida maior capacidade de litigância decorrente do elevado Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) presente nessas regiões do Brasil – os estados das regiões Sul e Sudeste possuem IDHs que variam entre 0,765 e 0,822, que estão entre os mais elevados do país. É importante notar que o IDH geral do Brasil é de 0,766 (dados de 2000)²⁴.

Considerando-se esses dados, pode-se inferir que melhores condições sociais significam também maior acesso a informações e maior conhecimento dos direitos, o que leva, muitas vezes, a uma litigância mais consistente.

É possível, também, que em algumas regiões o acesso a serviços de saúde e a atendimento médico seja mais precário, o que dificulta a realização de pré-natal e a identificação precoce de casos de má-formação fetal, contribuindo, portanto, para que eventuais casos não cheguem ao conhecimento do poder judiciário.

Assim, essas duas situações conjugadas – diferenças significativas de IDH entre as regiões e a precariedade do serviço médico prestado em algumas partes do país – podem ser indicativos para que haja uma maior concentração de casos em determinadas regiões, de sorte que é indispensável ressaltar que os dados apresentados no gráfico a seguir não devem ser interpretados no sentido de se presumir uma maior incidência de anencefalia e má-formação em determinadas regiões. Deve-se, sim, olhar para esta informação estatística atentando-se para a maior capacidade de identificar-se a doença e também de propor-se demandas judiciais a respeito.

Ademais, no contexto geral do tema perante os tribunais estaduais destaca-se o Sul do país, onde se verifica, proporcionalmente, mais autorizações do que não autorizações, o que denota uma tendência progressista nesta região.

²³ Ver nota 21, no capítulo “Apresentação geral de dados”

²⁴ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Índice de Desenvolvimento Humano Municipal, 1991 e 2000: Todos os Estados do Brasil*. Disponível em: [http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDH-M%2091%2000%20Ranking%20decrecente%20de%20Estados%20\(pelos%20dados%20de%202000\).xls](http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDH-M%2091%2000%20Ranking%20decrecente%20de%20Estados%20(pelos%20dados%20de%202000).xls). Acesso em 20.08.2008.

Na região Nordeste, apesar do número reduzido de casos, os julgados tiveram como resultado a autorização, excetuando-se um no qual não se julgou o mérito, mas tão-somente a fixação de competência, decidindo-se se a autorização para a interrupção da gestação é matéria afeita à justiça cível ou criminal.

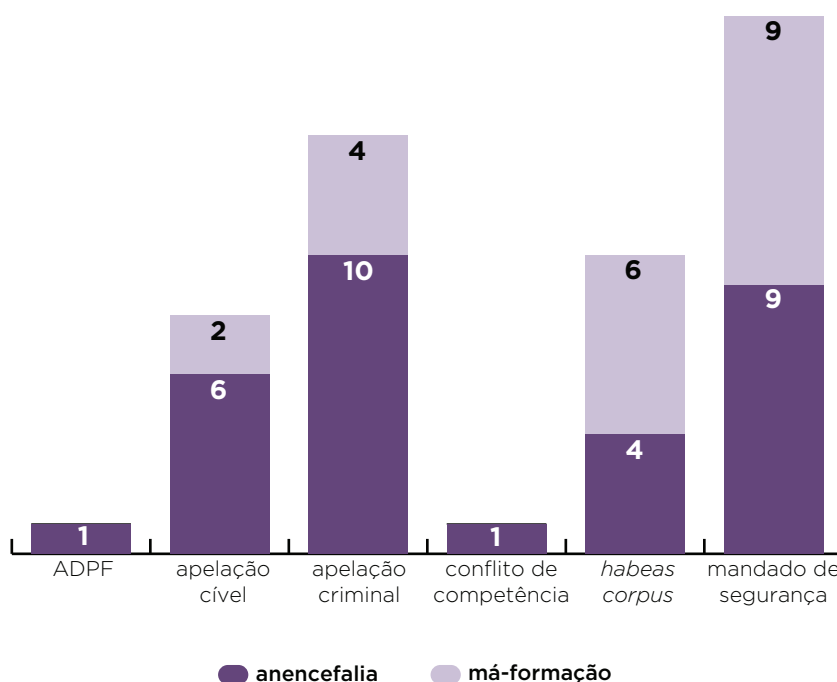
Nas demais regiões – Norte e Centro-Oeste –, também com número reduzido de casos, a proporção foi próxima entre casos autorizados, não autorizados e cujo objeto foi perdido.

Por fim, as regiões Norte e Nordeste tiveram pouca representatividade.²⁵ Cada uma teve casos julgados em apenas dois dos seis anos pesquisados. O único ano no qual houve decisões sobre o tema em todas as regiões foi 2005.

4.1.3.b. Instrumentos jurídicos utilizados

No estudo também foi possível identificar quais são as medidas jurídicas – ações ou recursos – mais utilizadas para debater-se, perante os tribunais, a questão da anencefalia e da má-formação fetal. Seguem alguns dados encontrados.

Gráfico. 55
TRIBUNAIS
SUPERIORES
Total de casos
classificados
com as pa-
lavras-chave
“anencefalia”
e “má-forma-
ção” distribu-
ídos por tipo
de ação ou
recurso



²⁵ Cabe lembrar que nos sites dos tribunais de alguns estados destas regiões não havia dados disponíveis em relação à jurisprudência dos anos pesquisados.

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

Inicialmente, a equipe de pesquisa esperava encontrar uma maioria de casos propostos por meio de *habeas corpus*, tendo-se em vista que este remédio constitucional permite o julgamento de questões afeitas à privação indevida da liberdade individual. Surpreendentemente, essa ação é muito pouco usada se comparada aos demais instrumentos jurídicos disponíveis.

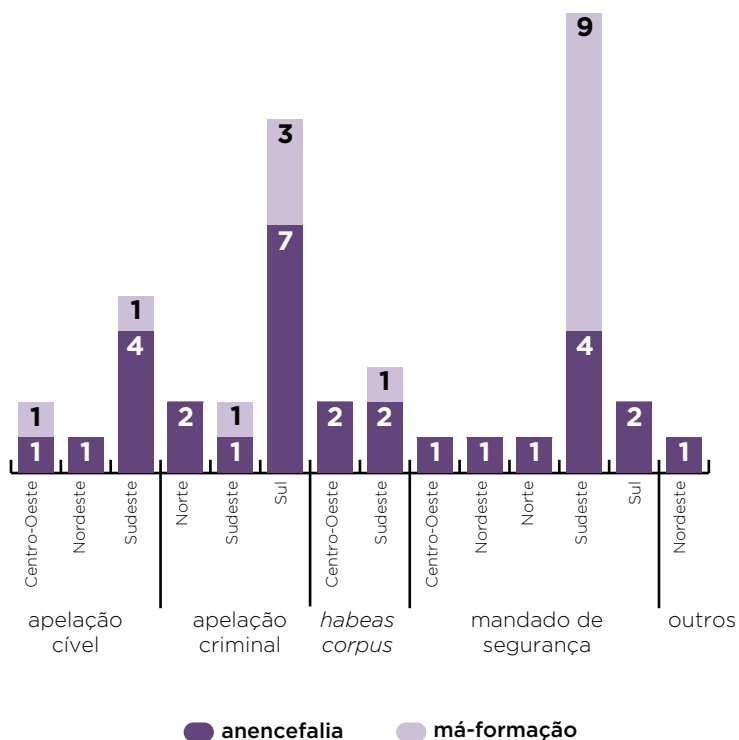
O *habeas corpus* pode ser preventivo, como nos casos de anencefalia e má-formação em que o pedido é feito no sentido de que a gestante não seja posteriormente processada e condenada pela prática de uma conduta que, em tese, pode ser considerada crime – especificamente, a interrupção da gestação em razão da inviabilidade da vida extra-uterina do feto pode ser tipificada como aborto por algumas linhas interpretativas mais conservadoras.

Verificou-se que o mandado de segurança constitui um remédio judicial bastante utilizado para solicitar-se autorização para a interrupção da gestação em casos de anencefalia e má-formação. Também causou surpresa o fato de a questão chegar às cortes via apelações cíveis e outros tipos de ações (como conflitos de competência e outros).

Tendo-se em vista a pluralidade de mecanismos jurídicos utilizados para a tratativa do tema, buscou-se, também, capturar tendências na utilização das diversas espécies de instrumentos jurídicos (dentre ações, recursos e remédios constitucionais) entre as cinco regiões do país.

Gráfico. 56

TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
Total de casos classificados com as palavras-chave "anencefalia" e "má-formação" distribuídos por tipo de ação ou recurso e região



Assim, nota-se que na região Sudeste o mecanismo jurídico mais utilizado para buscar-se a autorização para interrupção da gestação em casos de anencefalia e má-formação é o mandado de segurança, enquanto que no Sul a apelação criminal faz esse papel. O *habeas corpus* parece ser medida utilizada apenas em estados da região Sudeste e Centro-Oeste. Já a apelação cível somente é proposta nas regiões Centro-Oeste, Nordeste e Sudeste.

A análise do tipo de medida jurídica manejada também foi associada aos resultados para pedidos de autorização para interrupção da gestação em caso de anencefalia e má-formação fetal. Veja-se, primeiramente, os dados agrupados entre tribunais estaduais e superiores.

4. ANÁLISE TEMÁTICA DOS DADOS: ESTUDOS A PARTIR DE PALAVRAS-CHAVE SELECIONADAS – ANENCEFALIA E MÁ-FORMAÇÃO, VIOLÊNCIA, ABORTOS, CLANDESTINOS, INCONSTITUCIONALIDADE E SERVIÇO MÉDICO

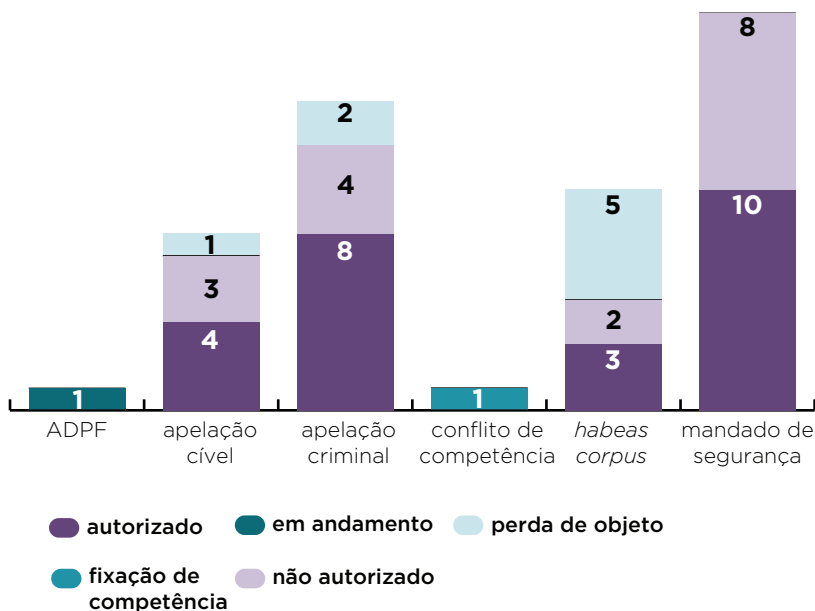


Gráfico. 57
 TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES
 Resultados de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” distribuídos por tipo de ação ou recurso

Observando-se o gráfico a seguir, percebe-se que todas as apelações cíveis, criminais e mandados de segurança encontram-se nos tribunais estaduais, bem como metade dos *habeas corpus* e um caso de conflito de competência.

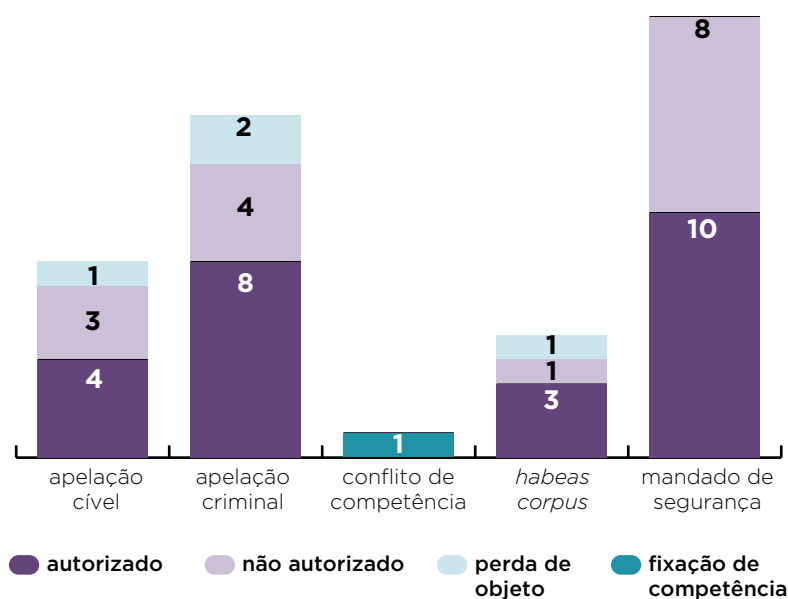


Gráfico. 58
 TRIBUNAIS ESTADUAIS
 Resultados de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” distribuídos por tipo de ação ou recurso

Como se nota, a utilização do mandado de segurança, remédio constitucional mais utilizado nestes casos, apresenta os resultados mais efetivos – efetividade aqui entendida como capacidade de pre-

servar a saúde física e mental da gestante, sendo, portanto, a efetividade identificada com a concessão da autorização para a realização do procedimento — com o maior número de interrupções da gestação autorizadas. Em seguida, a apelação criminal também se mostrou adequada para obter-se a autorização, sendo que, surpreendentemente²⁶, apresentou apenas dois casos em que houve perda do objeto quando do julgamento da ação. Inusitadamente, o *habeas corpus* é bem pouco utilizado, sendo sua efetividade em termos de autorização equiparada à da apelação cível.

Este dado é bastante curioso, já que, conforme mencionado, ao menos em teoria, o *habeas corpus* é remédio constitucional destinado a proteger a ameaça ou efetiva restrição indevida da liberdade. Ou seja, esperava-se que esta ação fosse utilizada com o objetivo de garantir-se a liberdade da gestante e do médico mediante o seu não indiciamento²⁷ por crime nem a sua condenação penal quando da realização da interrupção da gestação por motivos de anencefalia e de má-formação fetal.

A apelação cível, por sua vez, é uma espécie de recurso cível, por isso desperta interesse o fato de estar sendo utilizada como medida jurídica para tratar-se de um tema que levanta acaloradas discussões de ordem penal, haja vista que a interrupção da gravidez em casos de anencefalia muitas vezes é tratada como aborto e, em alguns casos, inclusive como aborto eugênico.

Assim, é surpreendente verificar que a apelação cível tem sido uma medida jurídica utilizada para solicitar a interrupção da gravidez em casos de anencefalia e má-formação fetal, em muitos casos sendo, inclusive, efetiva. Ao que parece, alguns magistrados optam por decidir um caso de matéria penal na esfera cível, entendendo tratar-se de situação extrema e que necessita de resposta jurisdicional pronta e rápida, não invocando, nesses casos, a incompetência por matéria, o que lhes impediria de julgar o recurso.

²⁶ Enquanto o *habeas corpus* e o mandado de segurança são ações de julgamento mais rápido — na medida em que seguem um rito processual diferenciado e especial, mais breve —, a apelação criminal segue a regra do processo comum (ordinário), sendo que seu julgamento tende a ser mais demorado. Daí a surpresa em se verificar que em muito poucos casos ocorreu a perda do objeto.

²⁷ O indiciamento ocorre na fase pré-processual, ou seja, ainda de inquérito policial, em que se averigua os indícios de autoria e materialidade do crime. Verifica-se se o crime de fato ocorreu (materialidade) e quem são os responsáveis (ou responsável) pelo seu cometimento. O indiciamento é a indicação, pela autoridade policial, do provável autor do crime. O indiciamento não leva necessariamente o provável suspeito a tornar-se réu na ação penal, pois a acusação formal de qualquer pessoa, em processo criminal, depende do convencimento do promotor de justiça. Assim, é possível que uma pessoa seja indiciada na fase pré-processual e não seja apontada com réu na ação penal movida pelo Ministério Público.

4. ANÁLISE TEMÁTICA DOS DADOS: ESTUDOS A PARTIR DE PALAVRAS-CHAVE SELECIONADAS – ANENCEFALIA E MÁ-FORMAÇÃO, VIOLÊNCIA, ABORTOS CLANDESTINOS, INCONSTITUCIONALIDADE E SERVIÇO MÉDICO

Observe-se que o *habeas corpus* também foi o mecanismo mais utilizado para que se levasse os casos de anencefalia e má-formação ao tribunais superiores. No entanto, não se mostrou efetivo, pois, apesar de constituir-se em medida de urgência, na maior parte dos casos não teve decisão final em razão da perda de objeto, provavelmente verificada devido à morte da criança após o seu nascimento ante a demora na prestação jurisdicional, conforme verifica-se.

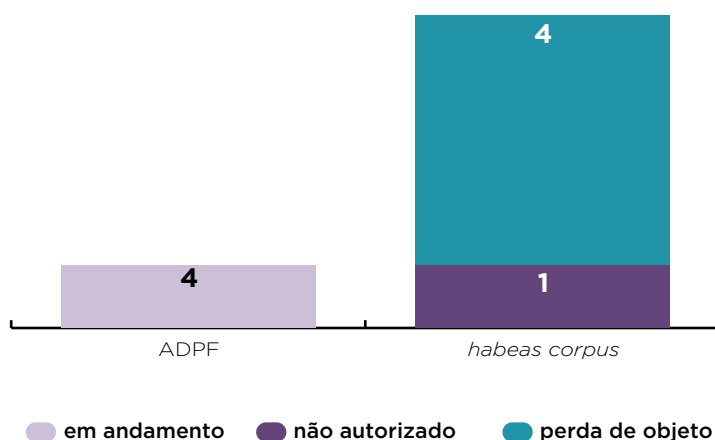


Gráfico. 59
 TRIBUNAIS SUPERIORES
 Resultados de casos classificados com as palavras-chave "anencefalia" e "má-formação" distribuídos por tipo de ação ou recurso

4.1.3.c. Análise temporal dos dados

Durante o período analisado, verificou-se, ainda, uma queda significativa de demandas no ano de 2004 e um posterior crescimento após esta data.

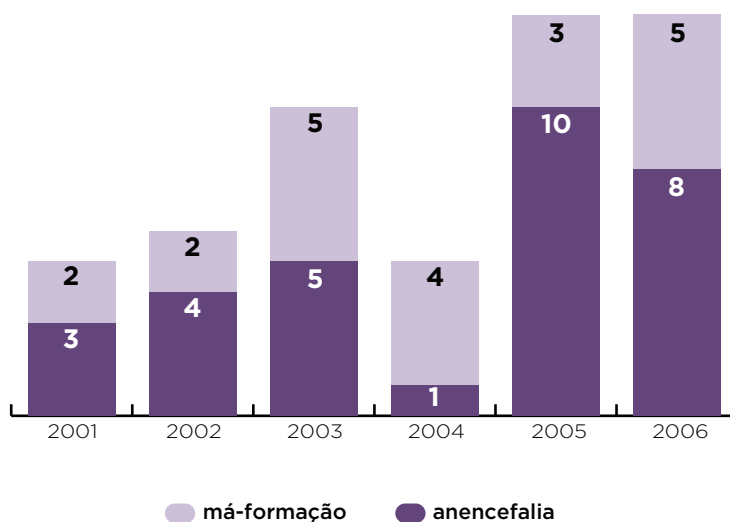


Gráfico. 60
 TRIBUNAIS SUPERIORES
 Total de casos classificados com as palavras-chave "anencefalia" e "má-formação" distribuídos por ano de julgamento

É provável que essa diminuição seja consequência da propositura da já referida ADPF 54, em 17 de junho de 2004, que pleiteava a possibilidade de interrupção da gravidez sem necessidade de autorização judicial nos casos de anencefalia.

Em 1º de julho de 2004, o STF proferiu decisão liminar²⁸ nesta ação, permitindo a realização de interrupção da gestação, inclusive com a dispensa de autorização judicial em caso de comprovação de feto anencéfalo. Note-se que a liminar também determinava o sobrestamento²⁹ de todos os processos relativos ao tema nos demais tribunais até julgamento definitivo da matéria.

Esta medida liminar tem possível relação com a diminuição de demandas verificada no ano de 2004, uma vez que a concessão da liminar tornou inócua a necessidade de recorrer-se aos tribunais para obter-se o direito de interromper a gravidez nesses casos. Esta decisão, exarada exclusivamente pelo relator do caso, foi revogada apenas em 20 de outubro de 2004³⁰, oportunidade em que se manteve o sobrestamento dos feitos nos demais tribunais, mas revogou-se a autorização para que as gestantes que assim optassem interrompessem a gestação em caso de anencefalia sem necessidade de autorização judicial para tanto.

Assim, parece bastante razoável que no ano de 2004 tenha havido diminuição tão brusca no número de casos julgados pelos diversos tribunais do país. Em primeiro lugar, em razão da liminar autorizando a realização do procedimento independente de ordem judicial, e em segundo, em razão da suspensão das decisões que estavam em curso.

Curioso notar também que, não obstante tenha sido declarado o sobrestamento dos feitos atinentes à matéria nos demais tribunais brasileiros — decisão ainda não revogada pela Suprema Corte —, os órgãos

²⁸ A concessão de medida liminar abrange uma decisão antecipada do tribunal acerca do caso sem que se tenha avaliado o mérito da causa em toda a sua extensão. A sua concessão ocorre apenas extraordinariamente e em situações excepcionais, mediante a verificação de uma situação fática que torne necessário um posicionamento antecipado do tribunal. De acordo com o artigo 461, § 3º do Código de Processo Civil: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Assim, nesse caso concreto o ministro relator permitiu, antes da análise aprofundada do mérito do caso, que os procedimentos de interrupção da gestação em casos de anencefalia fossem realizados independentemente de autorização judicial.

²⁹ O sobrestamento de um feito é a paralização, suspensão do julgamento e análise de determinado processo. No caso da decisão do STF, esta decisão de sobrestamento teve efeito *erga omnes*, ou seja, teve validade para toda a sociedade, paralisando os julgamentos sobre o tema nos demais tribunais do país. A idéia é que, em razão da intensa controvérsia judicial acerca do tema, todos os magistrados aguardem a pacificação da matéria pelo tribunal superior, de maneira a que a posterior decisão do tribunal inferior esteja de acordo com o que foi pacificado. Com isto, pretende-se evitar uma verdadeira “enxurrada” de recursos aos tribunais superiores, diminuindo o fluxo de demandas perante estes órgãos e mantendo-se as decisões dos tribunais estaduais.

³⁰ Sendo vencidos os ministros Carlos Britto, Calsio de Mello e Sepúlveda Pertence, que propugnavam pela manutenção da medida liminar.

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

do poder judiciário estadual seguiram manifestando-se em casos dessa natureza, haja vista que foram encontradas decisões nos anos de 2005 e 2006. Talvez isto se deva à relevância da matéria e às questões que ela suscita, necessitando sempre de solução urgente. Por fim, importante salientar que, embora se verifique um aumento no número de casos após a revogação da liminar, o STF ainda não julgou a ADPF 54 e encontra-se sem um posicionamento consolidado para esses casos.

4.1.3.d. Resultados dos acórdãos: tribunais estaduais

Um dado bastante relevante diz respeito à relação dos percentuais de decisões que concederam ou não a autorização para a realização da interrupção da gestação e os percentuais relativos à perda de objeto, tendo em vista o espaço amostral contendo a totalidade de casos de anencefalia e má-formação fetal nos tribunais estaduais.

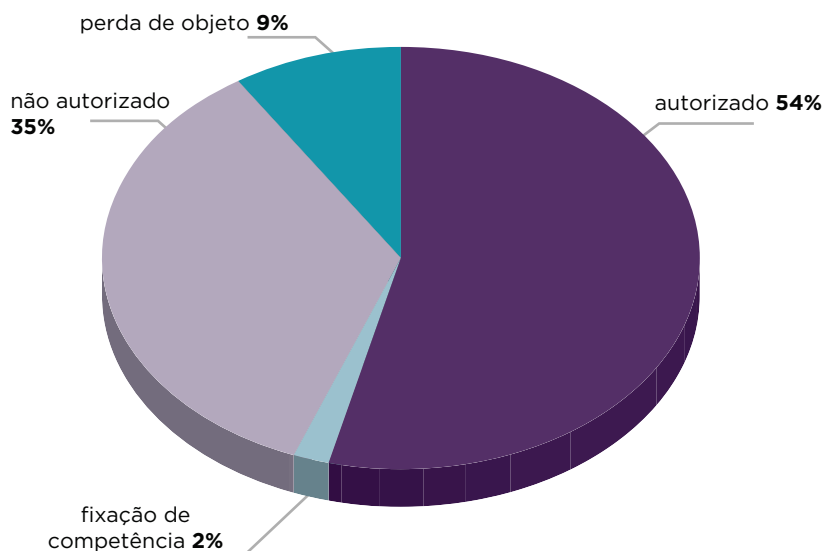


Gráfico. 61
TRIBUNAIS
ESTADUAIS
Percentual
dos tipos de
resultados
dos acórdãos
classificados
com as pa-
lavras-chave
"anencefalia"
e "má-forma-
ção"

Há de ressaltar-se a existência de uma tendência favorável à concessão de autorização para a interrupção da gestação em caso de má-formação e anencefalia com 54% das decisões, em oposição a 35% de negativas para a realização do procedimento. A perda de objeto ocorreu em apenas 9% dos casos, o que indica também que as cortes estaduais buscam agilidade nos julgamentos quando se apresenta um caso de anencefalia ou má-formação. Frise-se que a tendência favorável à concessão de autorizações para a interrupção da gestação em caso de má-formação e anencefalia é significativa nos tribunais estaduais, o que não se verifica nos tribunais superiores, como será posteriormente

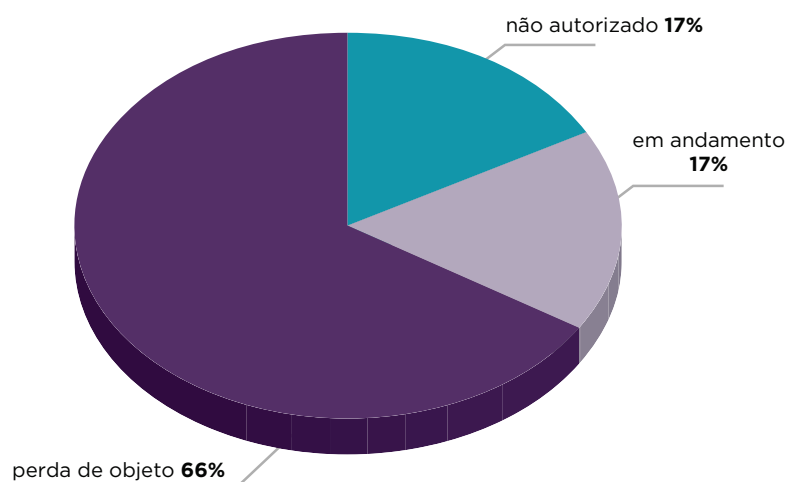
demonstrado.

Vale notar, também, que consta do gráfico uma porcentagem referente à fixação de competência (2%).³¹ Estes foram os casos em que a decisão do tribunal envolvendo a anencefalia e má-formação não abordou o mérito da questão, ou seja, não se manifestou acerca da possibilidade ou não da realização do procedimento médico, mas tão-somente fixou a competência para julgamento da matéria. Estes são casos em que provavelmente o pedido foi feito perante o juízo cível que, suscitando o conflito de competência, buscou a orientação dos tribunais para saber se o caso seria julgado em instância cível ou criminal. Nesses casos inexistente argumentação relativa ao tema aborto ou interrupção da gestação e má-formação fetal, ocorrendo apenas um debate sobre o juízo competente para analisar tais matérias.

4.1.3.e. Resultados dos acórdãos: tribunais superiores: Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal

Diferente dos tribunais estaduais, nos tribunais superiores brasileiros pôde-se constatar que não há resultados favoráveis para pedidos de autorização de interrupção de gravidez, seja porque a concessão é mesmo negada, o que acontece em menor proporção, seja porque ocorre perda do objeto a ser julgado: o feto nasce ou a gestação chega aos meses finais, inviabilizando o procedimento.

Gráfico. 62
TRIBUNAIS
SUPERIORES
Percentual
dos tipos de
resultados
dos acórdãos
classificados
com as pa-
lavras-chave
"anencefalia"
e "má-forma-
ção"



³¹ Importa lembrar que como alguns casos de anencefalia foram propostos perante o juízo cível, sendo o juízo competente o criminal, os resultados aferidos em alguns acórdãos referiram-se apenas à fixação de competência, não abordando o mérito da questão sobre a autorização ou não da interrupção da gestação. A fixação de competência é o incidente processual no qual um juízo, quando entende que não tem competência para julgar determinado caso, invoca a jurisdição do tribunal solicitando que este determine o juízo competente para a matéria. Assim, ao final da decisão do tribunal, os autos são remetidos ao juízo, que deverá analisar o caso, quando, então, este terá novo início. Portanto, o tribunal não se manifesta acerca da matéria de fundo, limitando-se a decidir sobre a qual juízo cabe a decisão daquele caso.

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

Nota-se no gráfico que em 66% dos casos o resultado do acórdão foi a perda do objeto, ou seja, houve morte do feto ou a gestação encontrava-se em fase adiantada. Podem ser apontados como motivos para esta perda de objeto, em alguns casos, o fato de não ser levada em consideração a urgência da realização da interrupção. No mais, verificou-se que a perda do objeto da ação também ocorreu em razão de que se entra com recursos contra autorizações já concedidas para o procedimento, o que provoca demora no desenrolar do processo.

Em um caso no qual a autorização para a interrupção da gestação não foi concedida, o argumento utilizado foi o de que não se pode exigir do magistrado que altere a lei, mas apenas que a interprete. Neste caso, inicialmente a interrupção fora autorizada no tribunal do estado do Rio de Janeiro, no entanto, impetrou-se um *habeas corpus* em favor do feto no STJ, que posicionou-se contrário à realização do procedimento.

Relevante é observar que nos tribunais superiores não foram encontrados, para o período pesquisado, decisões favoráveis à autorização para a interrupção da gestação em caso de anencefalia ou má-formação fetal. Esta parece ser uma informação que merece especial consideração, se for levada em conta a quantidade de casos que têm o seu objeto perdido e que, por isso, inviabilizam, via de regra, as manifestações dos magistrados a respeito do caso. Ora, é fundamental que a sociedade saiba o posicionamento dos tribunais superiores acerca de temas tão relevantes quanto os ora analisados, pois são estes tribunais que têm a palavra final. São as decisões destas instâncias que orientam todos os demais órgãos do judiciário, os operadores do direito e a sociedade como um todo. Portanto, a ausência de declarações por parte destas instâncias decisórias em casos concretos e a demora no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (caso ainda sem decisão final, cujas particularidades já foram anteriormente abordadas) deixa toda a sociedade sem uma resposta jurídica, inviabilizando uma tomada de decisão por parte dos cidadãos de acordo com a lei e o seu alcance em casos específicos.

4.1.3.f. Resultados e análise segundo conteúdo argumentativo

Tendo em vista que um dos objetivos centrais do projeto era verificar se havia interferência da religião nas decisões judiciais sobre o

tema, os resultados dos acórdãos foram combinados com as conclusões referentes à identificação ou não da interferência de grupos ou argumentos religiosos, bem como da interferência de argumentos ou grupos feministas.

As diferenças entre tribunais estaduais e superiores, quando observados estes aspectos, foi marcante. Percebeu-se que os tribunais superiores, diferentemente dos estaduais, constituem-se como um fórum de incidência privilegiado dos grupos religiosos e feministas. Notou-se também que enquanto nos superiores os magistrados não apresentavam argumentos fundados em doutrinas religiosas, esta prática mostrava-se presente dentre os desembargadores. Contrariamente, os estaduais pouco contavam com a participação de grupos religiosos e feministas, atuação que se mostra constante perante os superiores em casos de destaque social, como a já referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

4.1.3.g. Participação de grupos religiosos e interferência direta da religião

Constatou-se, nas decisões dos tribunais estaduais, que não houve participação direta de membros de grupos religiosos como parte dos casos.

Verifica-se, então, que, apesar de na sociedade existirem grupos religiosos com posicionamentos sobre o tema aborto – em geral, contrários –, tais setores não interferem diretamente nos resultados das decisões judiciais sobre o assunto.

No entanto, ainda que representantes de grupos religiosos não tenham sido identificados como parte nos casos, houve interferência direta da religião – uso de argumentações ou textos de alguma doutrina religiosa – em 15% deles, dos quais quatro tiveram como resultado a não autorização do pedido de realização de aborto, e três, a autorização, conforme representado graficamente a seguir.

4. ANÁLISE TEMÁTICA DOS DADOS: ESTUDOS A PARTIR DE PALAVRAS-CHAVE SELECIONADAS – ANENCEFALIA E MÁ-FORMAÇÃO, VIOLÊNCIA, ABORTOS CLANDESTINOS, INCONSTITUCIONALIDADE E SERVIÇO MÉDICO

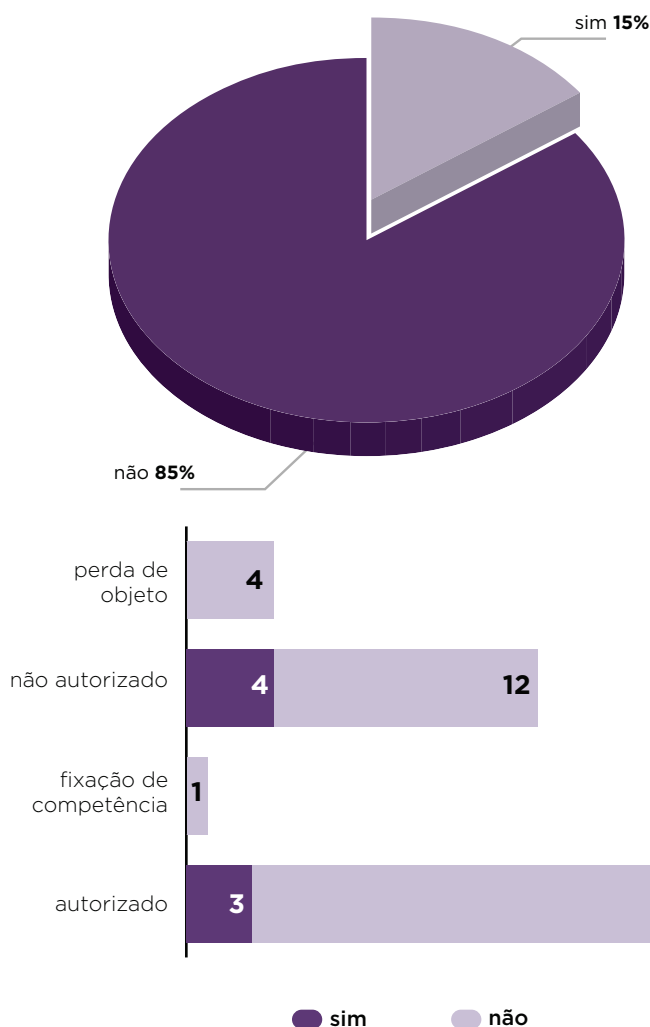


Gráfico. 63
TRIBUNAIS ESTADUAIS
 Percentual de casos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” com interferência direta da religião identificada

Gráfico. 64
TRIBUNAIS ESTADUAIS
 Resultados dos acórdãos classificados com as palavras-chave “anencefalia” e “má-formação” com interferência direta da religião identificada

Pôde-se observar que a presença de argumentação religiosa, quando identificada, interferiu nos resultados dos acórdãos, tendendo a fazer com que os pedidos de autorização para a interrupção da gestação em caso de anencefalia e má-formação fossem negados.

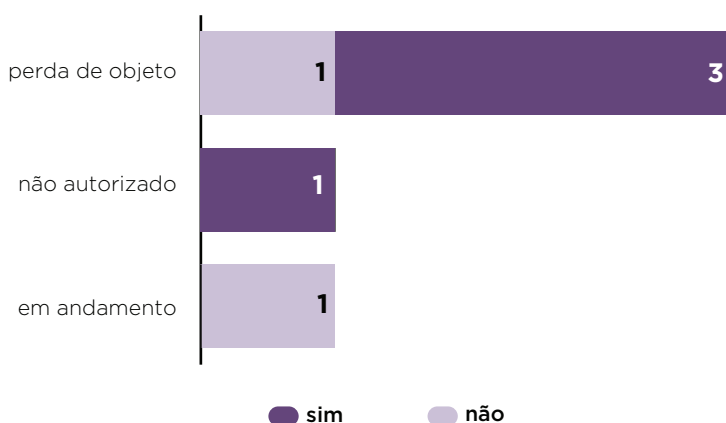
Em alguns acórdãos houve manifestação explícita de que a autorização para a interrupção não deveria ser concedida, alegando-se para tanto que “a vida é divina”, ou que “o feto possui espírito”, inclusive reivindicando-se, em algumas situações, explicitamente a doutrina cristã. Em outros, menos explícitos, mas também adotando-se uma decisão a partir de valores morais específicos e com pouca base legislativa, notou-se uma argumentação estruturada na defesa de que o sofrimento (no caso, da mulher gestante) é próprio da condição humana, devendo ser suportado por quem gesta fetos com má-formação, o que

minimiza e considera de pouca importância o sofrimento das mulheres nestes casos.

Embora raro, houve também argumentação religiosa que relativizava o direito à vida do feto ao defender a necessidade de poupar-se a mãe do sofrimento de ter em seu ventre um feto inviável – neste caso, evitar o sofrimento humano seria algo condizente com a doutrina cristã –, autorizando-se, então, o pedido de aborto.

Já nos tribunais superiores percebeu-se a existência de grupos religiosos como partes em um terço dos casos, sendo que os resultados destes acórdãos foram a perda de objeto e a não autorização da interrupção da gestação, além da ADPF, que ainda encontra-se em andamento.

Gráfico. 65
TRIBUNAIS
SUPERIORES
Resultados
dos acórdãos
classificados
com as pa-
lavras-chave
"anencefalia"
e "má-for-
mação" com
participação
de grupos
religiosos
identificada



Pelo que foi constatado, a participação dos grupos religiosos acontece com o intuito de desautorizar ordens concessivas para a interrupção da gestação proferidas em primeira instância, o que efetivamente aconteceu em um dos casos. Em outro, em razão da demora para julgar os diversos recursos e ações, o feto acabou por nascer durante o julgamento do processo.

Nota-se, portanto, a ausência de uma preocupação mais presente e atenta com a questão em sede de tribunais superiores, que muitas vezes demoram demasiado para julgar casos de anencefalia e má-formação. Em tais situações, de tamanha urgência e gravidade, deveriam ter seu julgamento antecipado, para oferecer a prestação jurisdicional pleiteada de maneira satisfatória, a tempo de responder a questão colocada sobre a interrupção da gestação.

Diferentemente dos tribunais estaduais, apesar de existir interfe-

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

rência de grupos religiosos nos casos, não foram utilizados nos argumentos dos acórdãos menções diretas a doutrinas religiosas.

Pode-se apontar aqui o fato de que em muitos casos há a preocupação das partes em atuar nos procedimentos junto aos órgãos superiores do Poder Judiciário brasileiro. Em uma sociedade democrática não se pode negar a todos os setores sociais a possibilidade de participação nas esferas públicas de debate, mas é preocupante esta atuação quando as partes ligadas a movimentos religiosos promovem um prolongamento dos processos, alterando decisões judiciais anteriores e interferindo na vida cotidiana das pessoas. A utilização de preceitos jurídicos para fundamentar suas convicções religiosas, como se a religião fosse a lente pela qual se lê a lei, não deve ser acatada por instituições estatais (como o Judiciário) em um Estado laico.

A título de exemplo, é válido observar uma situação em que houve participação de representantes de grupos religiosos interferindo indevidamente na vida de mulheres.³² Como exemplo, cite-se um caso no qual a paciente de um *habeas corpus* é uma jovem de dezoito anos, grávida, que pediu autorização judicial para realização de interrupção terapêutica da gravidez, tendo em vista a constatação, por exames médicos, de que o feto era anencefalo. O pedido foi negado, alegando o juiz a falta de previsão legal para tal situação.

O Ministério Público prontamente recorreu, e o caso foi ao tribunal estadual. A desembargadora que recebeu a apelação concedeu a medida liminar autorizando a realização da intervenção cirúrgica destinada a promover a interrupção da gravidez. No entanto, os senhores Paulo Silveira Martins Leão Junior e Carlos Brasil (desembargadores aposentados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), ao tomarem conhecimento da decisão por intermédio de matéria jornalística (publicada no jornal *O Globo* de 20 de novembro de 2003), interpuuseram agravo regimental, contestando a ordem. Processado tal recurso, veio este a ser desprovido, sendo mantida, portanto, a decisão da desembargadora que autorizara a realização da interrupção da gestação do feto anencefálico. Contudo, antes mesmo da autorização ter sido concedida, um padre já havia impetrado um *habeas corpus*

³² Observe-se que em uma sociedade democrática, todos os diversos setores têm igual direito a participar da arena pública de debates, buscando assegurar seus interesses. No entanto, pode-se dizer tratar-se de uma participação indevida quando estes representantes atuam em um caso concreto, interferindo diretamente na vida de uma cidadã, por meio da imposição de seus valores religiosos a terceiros, utilizando-se, para tanto, da arena judiciária. Há então o deslocamento do debate político para o judiciário, espaço que, em tese, está destinado à solução de problemas entre particulares.

em nome do feto, contrariando a possível autorização e pedindo que a vida do feto fosse salva.

Uma vez distribuído o feito, a ministra Laurita Vaz (STJ) sustou a decisão do tribunal em sede de liminar e reformou-a, proibindo o abortamento. Frente a tal posicionamento, as organizações não governamentais Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero e Agência de Direitos Humanos – Gênero, Cidadania e Desenvolvimento, em conjunto, impetraram *habeas corpus* perante o STF a fim de contestar a decisão do STJ, negativa para a autorização da interrupção da gestação. Já no STF, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação, pois o feto nasceu durante o julgamento do processo.

Há de considerar-se que os intermináveis recursos e as revisões judiciais são problemáticas nestes casos tão delicados, especialmente devido à urgência que este tipo de situação implica, tanto em relação à prolongação do sofrimento da mulher quanto à possibilidade do objeto perder-se pela morte do feto ou avanço demasiado na gestação.

Pode-se afirmar que as mulheres que procuram o judiciário estão já destoando da maioria, pois buscam tomar decisões que afetam e dizem respeito às suas próprias vidas (incluindo aí seus anseios, conflitos, frustrações), mas com a preocupação de manterem-se na legalidade.³³ Já passam pelo transtorno de, em grande parte das vezes, desejarem a gravidez, mas carregarem em seu ventre um feto inviável, e quando chegam ao judiciário, sofrem trâmites extremamente burocráticos e longos, com não autorizações posteriormente autorizadas e, o que é grave de fato, autorizações posteriormente desautorizadas.

Ao final, nota-se que a gestante, que procurou a justiça para que sua decisão de interromper a gestação fosse abrigada pela legalidade, teve sua vida totalmente modificada, senão abalada, devido à preocupação de um desconhecido em defender a vida se um feto que não tem possibilidade alguma de vida extra-uterina. Merece reflexão esta situação, na medida em que a atuação do padre foi decisiva na vida dessa mulher, que terá de lidar durante toda a sua existência com o sofrimento ao qual foi submetida.

³³ Importante ressaltar que a maioria das mulheres que decide interromper sua gravidez opta pela clandestinidade, situando as que pedem autorização judicial para tal procedimento na minoria. Há dados que apontam que no Brasil ocorrem certa de 1,2 milhão de abortos clandestinos por ano, de acordo com: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/internacional/2007/05/30/ult27u61502.jhtm> e <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/05/30/295957896.asp>. Acesso em 13.08.2008.

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

4.1.3.h Direito à vida como absoluto

Apesar de não ter havido participação direta de representantes de grupos religiosos nos casos dos tribunais estaduais, verificou-se em larga escala o recurso à argumentação em defesa do direito absoluto à vida com objetivo de proteção do feto – o que se refletiu nas decisões dos acórdãos, já que a maioria dos pedidos não autorizados para interrupção da gestação continha esta argumentação pró-vida em absoluto.

Assim, identificou-se como dado relevante o fato de a argumentação em defesa do direito à vida como absoluto mostrar-se bastante presente na amostragem analisada, correspondendo a 35% dos casos, sendo que destes, 69% tiveram como resultado a não autorização da interrupção da gestação, enquanto em 25% o procedimento foi autorizado e em 6% perdeu-se o objeto.

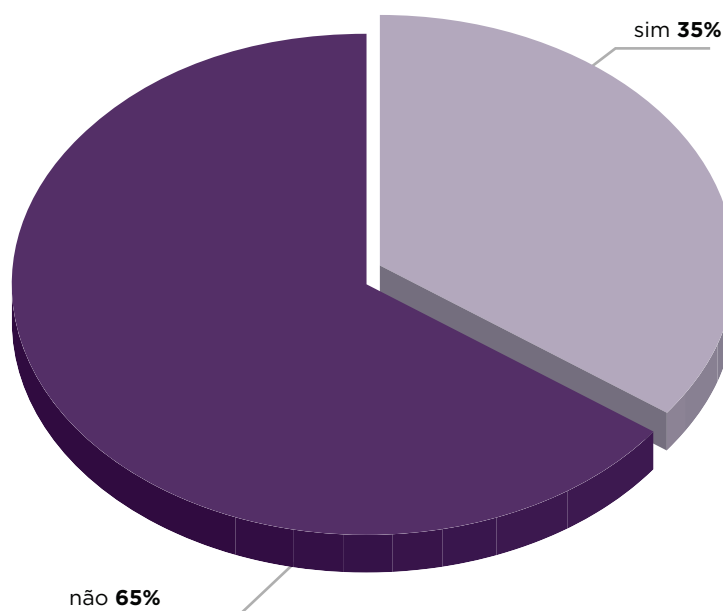
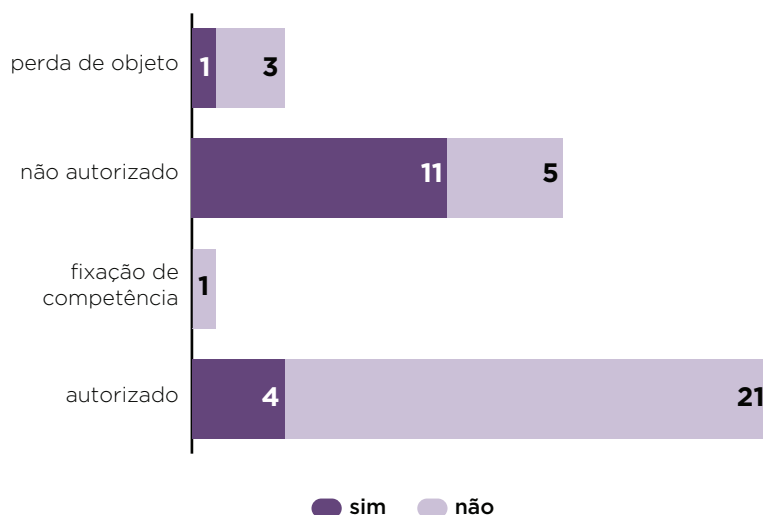


Gráfico. 66
TRIBUNAIS
ESTADUAIS
Percentual de
casos clas-
sificados com
as pala-
vras-chave
“anencefalia”
e “má-forma-
ção” com ar-
gumentação
em defesa do
direito à vida
como absolu-
to identificada

Gráfico. 67
TRIBUNAIS
ESTADUAIS
Resultados
dos acórdãos
classificados
com as pa-
lavras-chave
"anencefalia"
e "má-forma-
ção" com ar-
gumentação
em defesa do
direito à vida
como absolu-
to identificada



Constata-se, portanto, a forte tendência, na presença deste argumento, da não autorização da interrupção da gestação. Em quase três quartos das não concessões a vida – do feto, no caso – foi considerada bem a ser defendido e mais importante hierarquicamente que outros bens – como a saúde psíquica da mulher, por exemplo. Pode-se dizer, inclusive, que entre as argumentações justificativas para a não autorização da interrupção da gestação, a principal é a da defesa do direito absoluto à vida do nascituro. Observou-se que em 35% dos casos (dezesseis no total) foi constatada argumentação do direito à vida do feto como absoluto (interpretação muito utilizada por grupos religiosos), porém, não houve referência direta a nenhuma religião. Destes dezesseis casos, onze (o que corresponde a 69%) não tiveram autorização para a interrupção da gestação.

Em algumas situações, a defesa da vida esteve vinculada à presença de argumentos religiosos, em outros, o argumento pró-vida ocorreu com fundamentação estritamente jurídica. Note-se que dos dezesseis casos (35% do total) em que o pedido para a interrupção da gestação foi negado, em quatro (25%) havia manifestação de posições religiosas nos votos dos desembargadores (interferência direta da religião).

Em nenhum dos acórdãos não concessivos da interrupção da gravidez para casos de anencefalia e má-formação que apresentaram uma argumentação pró direito à vida como absoluto verificou-se a referência ao Pacto de São José da Costa Rica, que determina que o direito à vida deve ser protegido pela legislação, em geral, desde a concepção. Assim, em razão desta previsão expressa, era esperado que os acórdãos

**4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO**

não concessivos da autorização levantassem como fundamento legal este dispositivo.³⁴ A ausência de referência a tal norma pode significar pouco conhecimento, por parte dos magistrados, destes instrumentos internacionais de direitos humanos ou pouco apego às fundamentações jurídicas pautadas na doutrina dos direitos humanos.

Vale observar que embora o direito à vida seja garantido juridicamente, esta proteção, como dito, não é absoluta. Ao contrário, o ordenamento nos oferece uma verdadeira “gradação” desta proteção, que se verifica maior quando se trata de uma vida já em curso, menor quando se trata de um feto e menor ainda quando da existência de mero embrião.³⁵ Entretanto, o que se verifica nas argumentações dos acórdãos é que muitas vezes a defesa do direito à vida do feto³⁶ vem atrelada a um julgamento de cunho religioso, referindo-se, por exemplo, à vida como divina. Este posicionamento de considerar a vida como bem absoluto, imponderável, mesmo que em conflito com demais direitos, parece não considerar a legislação vigente e as regras de interpretação sistemática do ordenamento, demonstrando, em algumas situações, inclusive descaso pela condição de laicidade do Estado brasileiro.

Também merece destaque o fato de que quando o direito à vida do feto é defendido em absoluto, isso leva, na maioria das vezes, à não consideração dos direitos da gestante, que busca o judiciário na tentativa de abreviar o seu sofrimento.

Os direitos fundamentais não são absolutos, e em casos de conflito devem ser sopesados, conforme já apontado. Assim, é contestável a

³⁴ Embora os magistrados pudessem ter se referido a este tratado como forma de justificar a proteção da vida desde a concepção, há várias interpretações possíveis para o referido dispositivo do Pacto de São José da Costa Rica. Assim, não necessariamente invocar a sua validade no direito pátrio poderá significar a defesa da vida como direito absoluto. Para mais informações sobre o tema, recomenda-se verificar o capítulo “Aspectos jurídicos do direito à vida”.

³⁵ Prova de que o ordenamento jurídico oferece uma gradação na tutela do direito à vida é o fato de que o Código Penal estabelece penas diferenciadas para os crimes de homicídio, infanticídio e aborto, sendo que mesmo em casos deste último crime há excludentes de ilicitude. O Código Civil também determina que a personalidade da pessoa física – e conseqüente proteção – inicia-se com o nascimento com vida, embora se coloquem a salvo os seus direitos, desde a concepção. Por fim, os embriões congelados recebem ainda menor tutela jurídica, podendo, inclusive, ser utilizados para fins de pesquisas terapêuticas, consoante recentemente autorizado na decisão do STF acerca ADIN 3510 – referente ao uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa. Assim, resta claro que a proteção à vida não é um bem absoluto, mas que nas próprias determinações legais encontra níveis de proteção diferenciados.

Interessante foi constatar que a garantia do direito à vida como absoluto fez-se presente apenas para a consideração da vida do feto. Igual argumentação não se verifica em outros casos estudados neste trabalho, como os de violência, em que também havia um atentado à vida da mulher e, no entanto, a consideração de sua vida não foi valorada de forma diferenciada.

³⁶ Interessante foi constatar que a garantia do direito à vida como absoluto fez-se presente apenas para a consideração da vida do feto. Igual argumentação não se verifica em outros casos estudados neste trabalho, como os de violência, em que também havia um atentado à vida da mulher e, no entanto, a consideração de sua vida não foi valorada de forma diferenciada.

existência de um “direito absoluto” do feto sem que se pondere a existência de outros direitos fundamentais, como, no caso, os direitos da mãe, especialmente à sua integridade física e mental.

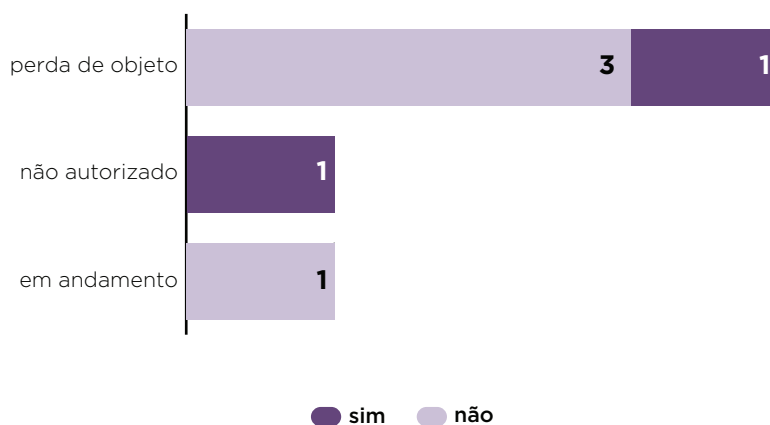
Houve, ainda, situações nas quais estava presente a defesa do direito à vida, mas também se ponderou a situação de risco à saúde física da gestante (possíveis complicações durante a gestação), o que fez com que a interrupção da gestação fosse concedida. Mas nota-se que são poucos os acórdãos contendo este tipo de argumentação cujas decisões são favoráveis à interrupção da gravidez, o que tende a identificar a defesa do direito à vida como absoluto com manifestações de grupos mais conservadores da sociedade, incluindo-se os religiosos.

Percebe-se também, com a leitura dos votos dos acórdãos, que várias decisões não são unânimes. Em algumas situações, a defesa do direito à vida do feto foi contraposta a outras argumentações, nas quais os direitos da mulher eram defendidos. As decisões variavam, orientando-se ora pela autorização, ora pela desautorização da interrupção da gravidez. Muitos dos magistrados com votos vencidos faziam questão de os declarar, demonstrando, às vezes, longas justificativas contra a decisão da maioria, em verdadeiro exercício democrático.

A manifestação de votos contrários é bastante importante na medida em que tem o condão de provocar, futuramente, alterações jurisprudenciais, pois um voto vencido hoje pode tornar-se um voto vencedor no futuro, inspirando a mudança do entendimento acerca da lei ante novas situações concretas que se coloquem aos tribunais.

Já nos tribunais superiores foram identificadas argumentações em defesa do direito à vida como absoluto em dois casos (um terço do total), como se demonstra.

Gráfico. 68
TRIBUNAIS
SUPERIORES
Resultados
dos acórdãos
classificados
com as pa-
lavras-chave
“anencefalia”
e “má-forma-
ção” com ar-
gumentação
em defesa do
direito à vida
como absolu-
to identificada



4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

Cabe notar que nestas instâncias o direito à vida como absoluto esteve presente nos mesmos casos nos quais houve participação de grupos religiosos.

4.1.3.i. Participação de grupos feministas e defesa dos direitos das mulheres

Também não foi observada a participação de grupos feministas como parte dos processos nos tribunais estaduais.

Ante tal situação, observa-se que apesar de existirem na sociedade grupos feministas organizados que se posicionam sobre o tema aborto (em geral em defesa de sua descriminalização e a favor de sua legalização), eles não estão interferindo diretamente nos casos de pedidos de autorização judicial de interrupção de gestação de fetos portadores de anencefalia ou outro tipo de má-formação fetal grave propostos perante os tribunais estaduais, ao menos no período pesquisado. Não obstante esta não interferência de grupos sociais “pró escolha das mulheres”, no cômputo geral dos casos pôde-se aferir que a maioria dos pedidos submetidos à decisão judicial tem obtido a autorização do procedimento.

Apesar de grupos feministas não se manifestarem como partes nos casos dos tribunais estaduais, em muitos acórdãos havia algum tipo de argumentação em defesa dos direitos das mulheres, seja por considerar seu sofrimento físico e psíquico, defendendo seu direito à escolha, seja por ponderar que o direito deve atualizar-se perante as mudanças sociais e tecnológicas. Na maioria dos acórdãos que contavam com esta linha argumentativa, a concessão para a interrupção da gestação foi determinada.

Por meio das análises pôde-se perceber que 63% dos casos julgados apresentaram algum tipo de argumentação em defesa dos direitos das mulheres e que entre os casos autorizados o percentual aumenta para 92%. São índices elevados, que demonstram, de alguma maneira, que apesar de ainda existirem situações nas quais o direito à vida do feto é considerado absoluto, inalienável e intangível, em muitos outros ele é relativizado, pois consideram-se como prioridade os direitos da mulher. O dado em maior destaque, portanto, é a presença em quase todos os casos de autorização de algum tipo de argumentação favorável aos direitos das mulheres.

Gráfico. 69
TRIBUNAIS
ESTADUAIS
Percentual de
casos clas-
sificados com
as pala-
vras-chave
"anencefalia"
e "má-forma-
ção" com ar-
gumentação
em defesa
dos direitos
das mulheres
identificada

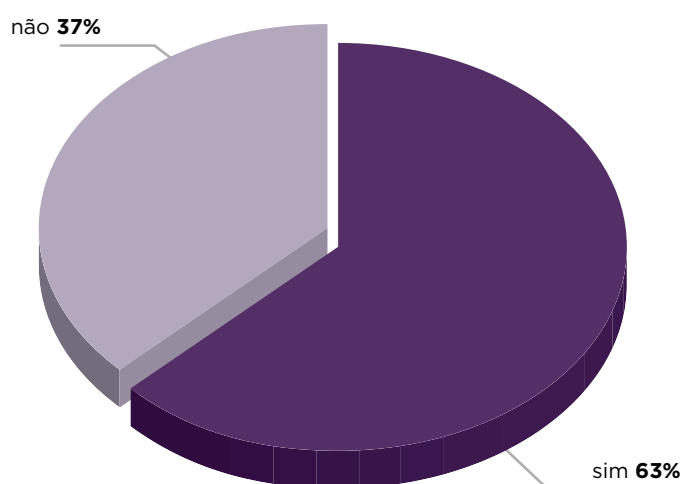
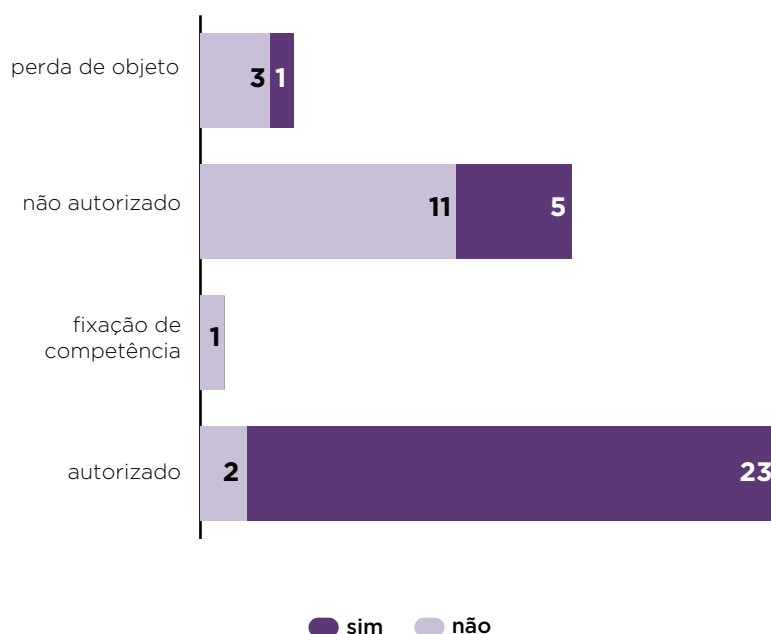


Gráfico. 70
TRIBUNAIS
ESTADUAIS
Resultados
dos acórdãos
classificados
com as pa-
lavras-chave
"anencefalia"
e "má-forma-
ção" com ar-
gumentação
em defesa
dos direitos
das mulheres
identificada



Entre os argumentos considerados como pró direitos da mulher constava, principalmente, a defesa de sua saúde física e mental. Também foi encontrada em alguns acórdãos a reivindicação de que o direito deve acompanhar os avanços sociais e tecnológicos, que hoje possibilitam detectar a anencefalia ou má-formação do feto durante a gestação (o que não era possível quando as excludentes de ilicitude do aborto foram estabelecidas no art. 128, Código Penal).

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

Embora em menor proporção, a defesa dos direitos reprodutivos da mulher, ou seja, seu direito de escolher se quer ou não continuar a gestação, também foi reconhecidas por alguns magistrados. O que se verificou, portanto, é de que na maioria dos casos em que estes argumentos estiveram presentes, a interrupção da gestação foi autorizada.

Cabe ressaltar que em alguns destes acórdãos contendo argumentação pró direitos das mulheres e cuja interrupção da gravidez foi autorizada, o direito à vida do feto também era considerado, mas os direitos da gestante foram os que prevaleceram. Em outros, reivindicava-se que não haveria, em verdade, vida a ser tutelada se o feto possuía uma má-formação que tornava inviável a vida extra-uterina.

Nos tribunais superiores houve participação dos grupos feministas como partes dos processos relacionados à anencefalia e má-formação fetal, o que se constatou no *habeas corpus* 84025, STF.

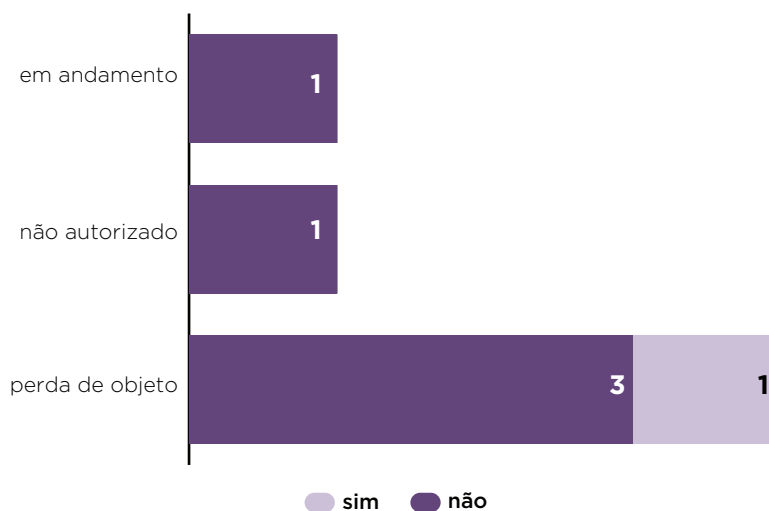


Gráfico. 71
TRIBUNAIS
SUPERIORES
Resultados
dos acórdãos
classificados
com as pa-
lavras-chave
“anencefalia”
e “má-for-
mação” com
participação
de grupos
feministas
identificada

Frise-se que o caso cujo resultado foi a perda de objeto e que possui interferência de grupos feministas, o *habeas corpus* 84025, é o mesmo no qual houve interferência de grupos religiosos.

O gráfico a seguir demonstra a identificação de argumentos em defesa dos direitos da mulher em 50% casos. Um deles é a ADPF 54, os outros dois, pedidos de autorização para aborto de fetos acometidos por má-formação, cujos resultados também foram a perda do objeto.

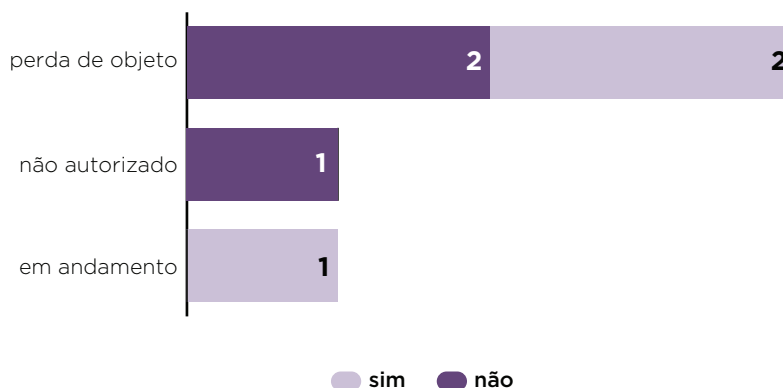


Gráfico. 72
TRIBUNAIS
SUPERIORES
Resultados
dos acórdãos
classificados
com as pa-
lavras-chave
"anencefalia"
e "má-forma-
ção" com ar-
gumentação
em defesa
dos direitos
das mulheres
identificada

Em um dos casos de pedido de autorização para a interrupção da gestação houve também interferência da religião e demora para o julgamento do mérito, o que ocasionou a perda do objeto devido ao nascimento da criança. No outro, a tendência, segundo as argumentações, apontava para a autorização do procedimento, mas tal não aconteceu devido ao estado avançado da gestação

Por fim, importa também notar que não houve menção expressa a outros tratados internacionais de direitos humanos ou à teoria geral dos direitos humanos para embasarem-se argumentações pró direitos da mulher, mesmo quando os acórdãos apresentavam discussões acerca de direitos reprodutivos e da dignidade da mulher. Isso também demonstra, de alguma forma, pouco conhecimento por parte dos magistrados sobre os documentos e mecanismos de proteção e monitoramento internacionais dos direitos humanos, ou, ainda, pouca disposição em abordá-los em seus votos.

4.1.3.j. Análise qualitativa: conteúdo argumentativo das decisões proferidas pelos tribunais

A partir de uma análise qualitativa e pormenorizada de todos os casos envolvendo a questão da anencefalia e da má-formação fetal com impossibilidade de vida extra-uterina, buscou-se identificar quais seriam as principais correntes argumentativas utilizadas pelos tribunais em suas decisões. Assim, essa análise teve por objetivo verificar quais os argumentos utilizados pelos magistrados quando concedem ou negam a autorização para a interrupção da gravidez em casos de anencefalia e má-formação fetal.

Tendo em vista o objeto de pesquisa, a análise qualitativa também contemplou a verificação de argumentos de influência religiosa, identificados a partir de textos de qualquer doutrina religiosa, como fundamento para a decisão.

Decisões que autorizam a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina

As decisões favoráveis à interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina utilizaram como principais fontes argumentativas:

- Valorização do direito à dignidade da gestante: notou-se que um dos pontos mais sensíveis na questão da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal diz respeito ao direito à vida do feto. Quando verificada tal situação, os tribunais não costumam ignorar tal questão, no entanto, ao sopesarem o direito à vida do feto e o direito à dignidade da gestante, tendem a considerar este último como detentor de um valor maior. Segundo essa linha argumentativa, a obrigação de gerar um feto inviável e o cerceamento de uma escolha da mulher afetaria a dignidade da gestante, tendo em vista o sofrimento a ela imposto.
- Descompasso da lei penal diante da realidade que se apresenta: muitos magistrados consideram a lei penal de aplicação obsoleta, tendo em vista os avanços da medicina. Segundo essa linha de argumentação, o código penal, editado em 1940, não contemplaria a possibilidade de a mãe saber que o feto dentro de seu útero possuía alguma anomalia que tornaria inviável a vida extra-uterina. Assim, ao considerar-se tal hipótese como aborto, defendem que o Código Penal não se aplicaria de forma taxativa.
- Interpretação ampla do conceito de “saúde”: alguns magistrados entendem que as hipóteses de autorização para interrupção de gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal poderiam enquadrar-se nas hipóteses de “aborto necessário”, tendo em vista que a gravidez, nesses casos, é nociva à saúde psíquica da mulher. Trata-se de uma tese com menor adesão, na medida em que o entendimento

majoritário sobre a interpretação do artigo 128 do Código Penal diz respeito apenas e tão-somente à saúde física.

Os trechos a seguir, retirados de acórdãos de diversas regiões do país, ilustram a existência do conteúdo argumentativo acima apontado:

TJ MG APELAÇÃO CÍVEL 1.0191.05.007719-4/001(1):

Pois bem, é preciso dizer que o Código Penal Brasileiro remonta de 1940, época em que não dispunha a Medicina dos recursos que atualmente permitem a detecção de anomalias fetais, indicativas de morte logo após o parto ou de irrecuperáveis seqüelas físicas ou mentais. Naquele tempo, era preciso aguardar o nascimento da criança para se constatar sua perfeita formação e sanidade ou eventual deficiência em maior ou menor grau.

Hoje, como é amplamente difundido, com os avanços tecnológicos aplicados, especialmente, às áreas médica, radiológica, biológica e genética, pode-se detectar toda a situação do feto, como no caso dos autos, em que se constatou, como relatado, a ocorrência de má-formação fetal, consistente em defeito de fechamento do tubo neural proximal, com conseqüente ausência de formação da calota craniana e atrofia da massa encefálica.

Sabido que o Direito não se resume nem se esgota na letra da lei, tampouco deve se estagnar no tempo, inerte e alheio às evoluções sociais. Nesse sentido, reputo razoável o entendimento de que, caso existissem tamanhas possibilidades por ocasião da elaboração do Código Penal, tal diploma também isentasse de pena o chamado “aborto eugênico” (ou eugenésico), como é conhecida a interrupção da gestação na hipótese vertente.

Assim, considero viável e oportuna uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, da Lei Penal, admitindo o aborto no caso dos autos, como meio necessário à preservação da saúde, não só física como psíquica, da gestante.

Com a devida vênia dos que endossam entendimento contrário, considero que a requerente possui direito líquido, certo

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

e até natural, ao aborto em decorrência de má-formação congênita do feto (anencefalia), evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, considerando que os pais já sabem que o filho não tem qualquer possibilidade de vida “extra-uterina”.

Por tais razões, entendo que o indeferimento da pretensão formulada equivaleria a impor à requerente, de forma desnecessária e cruel, um árduo sofrimento. (...) o fato de não haver previsão legal para a concessão do aborto em casos de anencefalia não impede que o Judiciário autorize a interrupção da gravidez, porque aí deve ser levada em consideração, também, a dignidade humana, no caso a mãe, porque o feto anencefálico pode trazer complicações à mesma, não se podendo impor que ela carregue, por nove meses, um feto que não sobreviverá. (Notícias, TJ/MG, 05.08.2005)

TJ MG APELAÇÃO CÍVEL 1.0191.05.007719-4/001(1):

De início, é preciso considerar que a questão é polêmica e tormentosa, não se limitando à seara do Direito, mas ensejando discussões de ordem moral e social religiosa.(...)

Nos dias atuais, com os avanços tecnológicos aplicados, especialmente, às áreas médica, radiológica, biológica e genética, pode-se detectar toda a situação do feto, como no caso dos autos, em que se constatou a ocorrência de má-formação fetal, consistente em defeito de fechamento do tubo neural proximal, com conseqüente ausência de formação da calota craniana e atrofia da massa encefálica.

Nesse sentido, considero viável e oportuna uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, da Lei Penal, admitindo o aborto em decorrência de má-formação congênita do feto (anencefalia), evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, considerando que os pais já sabem que o filho não tem qualquer possibilidade de vida “extra-uterina”.

Deve ser afastado o entendimento de que o cumprimento da decisão de antecipação do parto está sujeito a avaliação que o médico vier a fazer. (...)

Ressalte-se que, através da presente decisão, está-se apenas autorizando e não determinando a intervenção, cuja conveniência e oportunidade deverão ser verificadas pelos médicos responsáveis pela requerente, até porque, tendo em vista a data aprazada para o nascimento, parece que já se trata agora de gravidez a termo e talvez nem seja mais indicado o aborto, resolvendo-se a situação com mera antecipação do parto, a critério exclusivamente do médico.

TJ PE MANDADO DE SEGURANÇA nº 500089065:

A vida é bem primordial do ser humano, garantida inclusive, ao nascituro, entretanto, no caso em tela faz-se necessária a interrupção da gravidez através do aborto eugênico, que mesmo não se fazendo presente no ordenamento jurídico brasileiro, é o meio cabível para solucionar a lide em comento, pois do contrário poderão ser causados prejuízos incomensuráveis aos envolvidos no caso, principalmente quando se afigura latente a impossibilidade de sobrevivência do nascituro, vez que é anencéfalo.

Percebo que as provas dos autos não deixam dúvidas sobre a melhor solução referente a demanda, qual seja a interrupção da gravidez, pois a vida da mãe também pode correr risco de morte, em caso de ser continuada a gravidez como tida de alto risco, portanto, a garantia constitucional da vida do feto não pode se sobrepor na questão em discussão, pois não existe a menor possibilidade de resistir ao mundo por mais de 3 (três) dias.(...)

Observo também, que ao mesmo tempo em se considerando o feto anencéfalo portador de algum tipo de dignidade relativa, é de se ponderar que a continuação de uma gravidez inviável não pode ser imposta à gestante, portadora de uma dignidade plena, em homenagem a um feto sem qualquer possibilidade de se tornar uma pessoa humana. Para se chegar a essa conclusão, através do princípio da proporcionalidade, é de se considerar a ausência de consciência do feto anencéfalo – ou seja, o fato de não haver possibilidade de sofrimento no abortamento – e a extrema dor psicológica da gestante confrontada com um diagnóstico de anencefalia.

APELAÇÃO CRIMINAL nº 70012840971 - TJ RS/2005

(...) A ciência, a tecnologia são realidades dinâmicas vivenciadas pela sociedade que pressionam o direito. (...)

A anencefalia é uma anomalia incompatível com a vida fora do útero materno, e a sobrevivência, se houver, é apenas um prolongamento de minutos, horas, raramente dias de um natimorto já que a cessação da atividade cárdio-respiratória é inexorável. (...)

Ora, posta a questão científica, não existiria rigorosamente bem a ser protegido penalmente, por inexistir vida própria possível. A mulher, em casos de gravidez de anencéfalo não carrega a vida, mas a morte, por inviabilidade do feto como pessoa.

Ante a constatação científica de que o anencéfalo é um morto cerebral não se poderia exigir outra conduta da mulher que por vontade pretender antecipar o parto submetendo-se à cirurgia terapêutica e não a um aborto dentro da conceituação penal. (...)

Não me parece que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos possa no rigor ontológico ser considerada aborto eugênico. A eugenia é o aperfeiçoamento da espécie, da raça, é a seleção de fetos que apresentem possibilidade de melhor qualidade de vida. Neste caso, dentro de critérios subjetivos, individuais a gestante interromperia a gestação eliminando fetos que apresentassem deficiências e anomalias comprovadas mas compatíveis com a vida.

O anencéfalo, retomando o conceito do Conselho Federal de Medicina, é um natimorto e, como a Lei dos Transplantes autoriza a extração dos órgãos de pessoas com morte encefálica por inexistir possibilidade de vida, não haveria diferença jurídica com o feto anencéfalo que comprovadamente é incompatível com a vida pós-parto.

O Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas voltadas ao poder punitivo do Estado, mas assim como tudo que decorre das relações do homem, não é estático, está em freqüente mutação, face à realidade desnudada pela ciência médica que antecipadamente, possibilita a constatação da impossibilidade

de de vida, não se pode exigir da mulher, cidadã comum, na maioria dos casos, de poucos recursos materiais que tenha comportamentos heróicos prosseguindo com a gravidez de um feto sem compatibilidade com a vida após o parto. (...)

Concluindo, respeitando as posições em contrário, não vejo a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos como sentença de morte decretada pela mãe ou julgador, a seu pedido, que afronte o valor da vida garantido pela Constituição Federal em razão da incompatibilidade total com a vida autônoma. A meu ver, o procedimento de antecipação do parto, balizada pela vontade da mulher, não seria um procedimento dependente de autorização judicial, mas uma cirurgia terapêutica procedida quando constatada com segurança a anomalia.

A questão tem ficado afeta à Justiça ante a recenticidade do tema, o progresso da ciência e, não incluída entre as exceções do art. 128 do CP, não por vontade do Legislador mas porque quando da aprovação do Código (1940) inexistia o conhecimento científico sobre as peculiaridades de incompatibilidade com a vida do anencéfalo. (INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETOS ANENCÉFALOS - artigo da Desa. Elba Aparecida Niccolli Bastos, citado na apelação criminal)

Malgrado posições divergentes, entendo que não se pode prolongar ainda mais sofrimento tão intenso e profundo que gera sério risco para a saúde mental da apelante quando possível solucionar-se a questão de pronto.

Daí por que dou provimento ao apelo defensivo, autorizando a paciente a interromper a gravidez de feto anencéfalo.

**MANDADO DE SEGURANÇA nº 498.281-3/0-00
TJSP/2005**

Trata-se de impetrantes que vivem a angústia — agravada a cada dia — de suportar, no âmbito familiar, a dor trazida pela gestação de um feto acometido de anencefalia, a respeito de cuja anomalia fetal busca-se a lição do Eminentíssimo e Consagrado Professor Titular de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Prof. JOSÉ ARISTODEMO PINOTTI:

(...) “A correta e corajosa liminar do ministro Marco Aurélio de Mello permitindo a interrupção da gestação em feto anencéfalo colocou o assunto na pauta da imprensa — o que já ocorre há pelo menos 11 anos nos países desenvolvidos que hoje permitem, em sua legislação, interrupção da gravidez nesses casos. A idéia contida na liminar não foi a de obrigar a mulher a interromper a sua gravidez, mas permitir-lhe o ato, se desejado. A manutenção da legislação atual, que precede em muitas décadas os avanços científicos que garantem o diagnóstico de certeza da anencefalia, obriga as mulheres a levarem adiante uma gestação que contém feto com morte cerebral e certeza de impossibilidade de sobrevivência ao nascer. Para essas mães, a alegria de pensar em berço e enxoval será substituída pela angústia de preparar vestes mortuárias e sepultamento. A situação atual se reveste não só de perversidade mas também de hipocrisia, pois neste país praticam-se cerca de 1,5 milhão de abortos ilegais ao ano, que variam em conforto e segurança segundo os recursos despendidos, de tal modo que as gestantes que forem bem aquinhoadas economicamente poderão ter sua gravidez interrompida, se assim o desejarem. Obrigar-se-á, entretanto, as mulheres pobres a levarem a gestação com anencéfalo adiante, mesmo que não o desejem, e com todas as conseqüências perversas já assinaladas”(...)

Acrescenta-se (...) que o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) dispunha sabiamente, mesmo antes do aprofundamento das discussões a respeito dos Direitos Humanos: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (...)

Se a lei penal — aí de forma expressa e sem oposição dos Doutos — depois de ter criminalizado o aborto, afasta a punibilidade quando o aborto tenha sido praticado por médico nas situações elencadas acima, tornando impunível a conduta abortiva orientada para salvar a vida da gestante ou, precedida do consentimento dela, nos casos em que a gravidez tenha resultado de estupro, em ambos os casos pondo em relevo o interesse maior da mulher gestante, acima até mesmo da tão decantada preservação da futura vida extra-uterina do feto,

com maior razão, quando esse feto, acometido de anencefalia, não apresenta condições de sobrevivência e ainda põe em risco a vida da gestante, numa gestação totalmente inviável, justifica-se a interrupção da gravidez.(...)

A mesma condição de impunibilidade prevista naquele artigo 128, portanto, deve: ser estendida à mulher que vem bater às portas do Judiciário lamentando a própria sorte, mas, desejando, com o esperado provimento judicial, obter o conforto do atendimento médico a tempo de evitar a dolorosa consequência antecipadamente conhecida de todos.

A teoria religiosa, respeitável sobre todos os aspectos, não pode ter influência na aplicação da lei no Estado Democrático de Direito, laico por excelência. Desse ponto de vista, a decisão de cada pessoa envolvida deve ser orientada por sua consciência, para optar e escolher o caminho a seguir diante da realidade comprovada por relatórios médicos incontestáveis.

Decisões que não autorizam a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina

As decisões que não autorizam a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina utilizam como principais fontes argumentativas:

- **Direito absoluto à vida do feto:** segundo essa linha interpretativa, a Constituição Federal determina como um dos direitos fundamentais o direito à vida. Embora o texto constitucional não seja expresso em determinar a partir de qual momento pode-se considerar a existência da vida, muitos magistrados vêm entendendo que o marco inicial é a concepção. Assim, as decisões que negam a autorização para interrupção da gravidez valem-se do argumento de que tal conduta feriria o direito à vida do nascituro, protegido por lei.
- **Estrita legalidade:** outra linha argumentativa comum nos casos de negativa de autorização de interrupção da gravidez, diz respeito à ausência de uma norma que regule a situação de fato. Por este motivo, tal prática seria tipificada como aborto nos termos da lei penal.

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

Os trechos dos acórdãos a seguir ilustram com propriedade essas linhas argumentativas.

APELAÇÃO CÍVEL 1.0166.05.008655-1/001(1) - TJ MG

Por outro lado, afastada a hipótese de aborto necessário, ilegítimo o seu consentimento com base na tese do aborto eugenésico, porquanto o direito à vida é garantido constitucionalmente, não havendo permissivo legal para a interrupção de gestação no caso de má-formação do nascituro. (...)

Data venia ao médico compete avaliar a necessidade do aborto e em sendo necessário há de fazê-lo por força da fé de seu grau, por força do juramento a Hipócrates. Não há de ser o Magistrado, afastado do menor princípio de conhecimento da medicina que, do seu gabinete, irá autorizar ou não um aborto quer seja ele de qualquer natureza.

HABEAS CORPUS nº.925568.3/7-0000-000 TJ SP/2006

(...) O Procurador do Estado (...) impetrou a presente ordem de HABEAS CORPUS (...) alegando constrangimento ilegal por parte do MM. JUIZ (...) que julgou extinto, sem apreciação do mérito, pedido de interrupção de gravidez (...) Postula a realização de aborto, alegando que o feto apresenta anomalias incompatíveis com a vida extra-uterina. (...)

O habeas corpus não é sucedâneo de recurso cabível não interposto oportune tempore. (...)

Ademais, cumpre observar que, nesse momento, nenhuma medida judicial que se adotasse produziria o resultado pretendido pelo Impetrante, dado o lapso temporal transcorrido desde a data da impetração (06 de fevereiro de 2006), quando a paciente já se encontrava na 27ª (vigésima sétima) semana de gravidez.

MANDADO DE SEGURANÇA 470.951-3.4-00 TJ SP/2005

(...) impetrou o presente mandado de segurança contra ato do MM. Juiz (...) que indeferiu pedido de aborto por ela formulado, alegando, para tanto, que os fetos que carrega estão unidos pelo tórax e abdome, porém com um único coração,

fígado e intestino, pelo que pede a concessão da segurança, a fim de que possa interromper sua gravidez.(...)

Ora, a decisão do impetrado que negou à impetrante o direito de abortar teve suporte legal, já que inócurrem no caso presente as circunstâncias previstas no art. 128 do Código Penal.

Por outro lado, ante o que consta destes autos, verifica-se que, quando da impetração, a gestação da impetrante já atingira a 30ª semana, o que, como bem anotado no r. parecer de fls. 132/136, impossibilitava o pretendido aborto. Tal impossibilidade fica mais evidente nesta oportunidade, inclusive ante a probabilidade real de já ter ocorrido o parto.

MANDADO DE SEGURANÇA nº 905037.3/8-0000-000 TJ SP/2006

(...) trata de Mandado de Segurança impetrado por XXXX [nome omitido] e seu companheiro contra ato que acoima de ilegal praticado pelo MM. Juiz (...), porquanto a autoridade impetrada julgou extinto pedido de autorização de interrupção da gravidez, em razão de o feto ser portador de anencefalia, sem julgamento do mérito, sob o fundamento de que para a realização de aborto, nos termos do artigo 128, inciso I, do Código Penal, ou para a antecipação de parto, o médico prescinde de autorização judicial. (...) a impetrante atingia a 24ª semana de gestação e médicos (...) constataram que o feto apresentava quadro de anencefalia com ausência da formação da calota craniana, cuja anomalia revela situação de incompatibilidade absoluta com a vida extra-uterina. (...)

Juntaram documentos e o resultado de exames, incluindo o de ultra-som, além de pedido formulado expressamente pela impetrante objetivando a interrupção da gestação (fl. 20). Acrescentam os impetrantes que contam com direito líquido e certo objetivando a interrupção da gravidez, e por outros motivos entendem que a saúde física e psicológica da impetrante deve ser preservada, superando eventual crime de aborto, haja vista que a morte do feto é insuperável. (...)

A matéria é polêmica, havendo divergências em muitos

segmentos da sociedade, conforme se observa de julgados já trazidos à colação e matéria encontrada em repositórios científicos, em diversas áreas, tais como medicina, antropologia, filosofia, direitos humanos etc.

A questão veio à tona com maior vigor após a concessão de liminar pelo Ministro Marco Aurélio Mello, do colendo STF, em 2004, autorizando a interrupção de gravidez de embriões anencéfalos sem específica autorização judicial, tomando novas dimensões, atingindo a opinião pública e a mídia.

Suscitou-se Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54-DF), em cujos autos foi revogada posteriormente pela mesma Corte, a r. medida liminar já referida, assim como a segunda parte da liminar, por maioria de votos, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos (cf. informações obtidas via Internet no STF- acompanhamento processual).

A matéria causou impacto e existem diversos projetos de tramitação objetivando a regulamentação do aborto e incluindo dispo respeito de fetos anencéfalos, que estão em discussão, havendo muitas polêmicas a respeito, porquanto além dos aspectos jurídicos relevantes devem ser sopesados questões morais e dogmas religiosos que precisam ser analisados em um país de maioria católica e cristã. Consta que foram realizadas audiências públicas para discussão da matéria, mas ainda não se chegou a conclusão que atenda os interesses da sociedade da melhor forma possível. (...)

De início, verifica-se que a Carta Magna assegura, entre outros, o direito à vida e desde a concepção, o nascituro é pessoa de direitos e não de mera expectativa, devendo ser protegido pelo Estado. Não se justifica o sacrifício de uma vida sob o fundamento de que é materialmente imperfeito. Será que estaríamos retrocedendo para pretender, como a história atesta, alcançar a uma raça pura?

Outros aspectos ainda podem ser realçados, no tocante, cabendo, por oportuno, lembrar artigo subscrito pelo eminente Desembargador Renato

Nalini em periódico desta Capital, a respeito do tema, quando deixou consignado:

“(...) A vida começou na fecundação. A partir daí, o ser humano começou a existir. É só permitir e ele chegará ao mundo exterior. Com problemas, sim. Mas nascerá. Merecerá registro e nome.

O testemunho das mães de bebês anencéfalos é tocante. Esses bebês mostram a sua vontade de nascer. Dão chutes, se mexem, crescem. Quando nascem, têm olhos, nariz, boca, pernas e braços. Não sendo menos gente do que os normais. Adote-se a solução que se adotar, tenha-se presente essa opção. Estar-se-á a adotar a morte. Estará aberta a porta para, em futuro não muito longínquo, abortar-se o portador da síndrome de Down. E o portador de outros defeitos ou enfermidades”.

Talvez a questão seja posta de forma um tanto radical, se considerarmos o posicionamento do Conselho Federal de Medicina a respeito da morte cerebral. Todavia, o sacrifício da vida alheia para evitar o sofrimento materno parece não ser a melhor solução para o caso. (...)

a gravidez está próxima de seu termo e as conseqüências após o nascimento devem ser suportadas pelo casal. (...)

Não se ignoram os problemas pelos quais passam os imigrantes, na expectativa do parto, além do sofrimento da mãe, porém, tais vicissitudes precisam ser suportadas porque vinculadas à condição humana. (...)

Talvez, de lege ferenda, a questão possa ser resolvida de maneira a atender os desígnios da sociedade. Porém, enquanto isso não ocorrer, tenho que para a situação descrita nos autos inexistente fundamento de natureza jurídico-legal para atendimento do pedido pelos motivos demonstrados.

(Acima, voto do relator designado)

(...)

A interrupção da gravidez de fetos anencefálicos não está prevista no dispositivo acima referido, pelo que não há falar em excludente da ilicitude.

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS,
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

Todavia, a ausência de lei expressa, não significa que o Poder Judiciário, em face do caso concreto, não possa autorizar a interrupção da gravidez em caso dessa natureza (anencefalia), onde a vida extra-uterina se mostra absolutamente inviável e constitui desnecessário risco para a saúde da gestante.

Afrontaria elementar bom senso exigir que a gestante prosiga agasalhando em seu ventre feto absolutamente inviável, e ainda exponha sua saúde, física e psicológica, inutilmente.

As gestações de anencéfalos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrânio (excesso de líquido amniótico), levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado.

Acrescente-se que além de não possuir cérebro, o feto sequer tem qualquer ossatura craniana. Nem mesmo os fluidos uterinos garantem a viabilidade ao feto, ainda na fase gestacional. Ele pode morrer durante a gestação, logo após o parto, ou algumas horas após o nascimento.

Permitir a interrupção da gravidez neste caso exalta a prevalência dos valores da dignidade humana, da liberdade, da autonomia e da saúde, em absoluta consonância com os parâmetros constitucionais.

É necessário rever a interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, como impeditivos de interrupção da gravidez, em casos de anencefalia, frente aos avanços da medicina nos últimos anos, que desenvolveu métodos para detectar a saúde e a viabilidade fetal com alta precisão.

Assim, caberá à mulher, na qualidade de pleno sujeito de direitos, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado, de sorte a assegurar-lhe o direito fundamental à dignidade, e permitir a intervenção médica, apropriada e necessária.

Enquanto isso não ocorre, resta às mulheres que carregam em seu ventre, feto sem qualquer possibilidade de vida, contar com o descortínio e desassombro dos membros do Poder Judiciário, para obterem autorização de interrupção de gravidez, por analogia com o instituto do aborto necessário, que visa

preservar a integridade da gestante.

Não se pode perder de vista que a lei permite o aborto em casos de estupro, quando o feto é teoricamente normal, e não apresenta qualquer risco à vida da gestante. (...)

Em excelente artigo intitulado “Anencefalia: Ciência e Estado Laico”, a antropóloga, Professora da Universidade Federal de Brasília, Débora Diniz, ao discorrer sobre o julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta junto ao Supremo Tribunal de Justiça, expõe seu pensamento sobre o tema:

“Reconhecer as premissas científicas da ação sobre anencefalia levará o julgamento para outro desafio: o de garantir e promover o caráter laico do Estado brasileiro. Esta é uma matéria que somente poderá ser enfrentada em termos laicos, isto é, livre de dogmas e valores religiosos particulares, dado o caráter plural e tolerante de nossa sociedade em matéria religiosa. Nossos julgadores terão que enfrentar a certeza científica da morte do feto em termos também científicos e argumentos religiosos sobre a santidade da vida do feto não serão suficientes para justificar o dever da gestação de um feto morto. Ao contrário do debate tradicional sobre a moralidade do aborto, em que controvérsias sobre o início da vida impedem o diálogo razoável, a anencefalia prescinde de um consenso sobre o estatuto do embrião. Basta reconhecer que a lei brasileira se pauta por certezas científicas, e que a ciência reconhece como morto um ser humano sem atividade cerebral. Ao contrário do debate sobre o início da vida, a morte é um fato inexorável quanto ao seu sentido: um feto com anencefalia é um feto morto”.

(...)

Posto isto, pelo meu voto concedia a segurança, nos termos pleiteados. Expeça-se autorização, com toda brevidade possível, para que a gestante seja submetida a intervenção cirúrgica interruptiva de gravidez.

(Acima, declaração de voto vencido do relator sorteado)

Decisões com fundamentação religiosa identificada

Da análise dos casos objeto da pesquisa, identificou-se um total de sete acórdãos relacionados à anencefalia e má-formação que utilizavam de argumentos religiosos para fundamentação das decisões, em um universo de 52 analisados, correspondendo a 13,5% destes.

Deste percentual, verificou-se uma incidência maior de argumentos religiosos para fundamentar a negativa da autorização de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação fetal, o que demonstra que a defesa do direito à vida do feto de forma absoluta encontra-se intimamente ligada a uma influência religiosa, presente na argumentação dos magistrados.

Contudo, cabe ressaltar que, ainda que exista reduzido percentual de decisões contendo argumentação religiosa, esta constatação por si merece preocupação, já que em um Estado laico as decisões judiciais deveriam acontecer independentemente da convicção religiosa de quem as profere.

Desta forma, tais decisões representam um desrespeito à condição laica ou leiga do Estado, na medida em que as argumentações que as fundamentam baseiam-se em preceitos de determinada religião. É princípio do Estado laico agir autonomamente em relação a qualquer religião e, principalmente, não fazer sobrepor uma doutrina religiosa aos crentes de outras religiões ou aos não crentes.³⁷

MANDADO DE SEGURANÇA nº 376.036-3/3-00 TJ SP/2002

(...) requereu, perante o MM. Juiz de Direito da Segunda Vara Criminal da comarca de Taboão da Serra, autorização judicial para realização de aborto eugenésico, alegando ser o feto portador de anencefalia. O pedido foi indeferido. Contra tal decisão, impetrou mandado de segurança, por entender que a decisão feriu direito líquido e certo da impetrante. (...)

Inviável a concessão da segurança.

Segundo a dogmática cristã, o feto adquire o estado de pessoa desde a concepção, ou seja, desde o surgimento do embrião (junção do espermatozóide com o óvulo). Há vida a

³⁷ Mais informações sobre Estado laico no capítulo “Aborto e religião”.

partir desse momento.

Essa crença prevalece desde os primórdios do Cristianismo e restou preservada no correr dos séculos.

Pouco importa saber a idade do feto. Com mais tempo ou menos tempo de vida, considera-se, desde o início, como sendo pessoa dotada de um espírito semelhante ao do Criador.

E não é só o Direito Canônico que considera o feto como pessoa. Assim também o Direito Positivo Brasileiro.

Com efeito, o Código Penal classifica o aborto no título I, que trata “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no capítulo I, que dispõe sobre os “Crimes Contra a Vida”. O Código Civil, por seu turno, logo no início, “põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (art. 4º).

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que sempre hão de ser tomadas medidas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso da criança (art. 7º).

O bem jurídico penalmente tutelado, no caso do aborto, é a vida. E. Magalhães Noronha esclarece que “em qualquer momento, o produto da concepção está vivo, pois cresce e se aperfeiçoa, assimila as substâncias que lhe são fornecidas pelo corpo materno e elimina os produtos de recusa; executa, assim, funções típicas de vida” (“Direito Penal”, Saraiva, 2ª ed., vol. 2, págs. 61 e 62).

O feto, conseqüentemente, é um ser vital dotado de espírito.

Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) estabelece que “cada pessoa tem direito à vida...” e a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) diz que “a criança, em razão de sua imaturidade física e mental, necessita especial proteção e cuidado, incluindo adequada proteção legal tanto antes como depois do nascimento”.

Relevante notar que o bem jurídico primordial também é especialmente protegido pela Constituição Federal. Começa estabelecendo ser inviolável o direito à vida (art. 5º, inciso I); insiste no mesmo tema, no art. 227, ao dar absoluta prioridade ao direito à vida.

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

Em face dos preceitos legais mencionados, infere-se que a autorização do aborto eugenésico, não contemplado por qualquer norma do direito infraconstitucional, resultaria em afronta à Lei Maior, o que se afirma sem negar o devido respeito aos que defendem teses opostas.

Não há como autorizá-lo mesmo quando o feto é portador de encefalia, porquanto o bem jurídico “vida” é havido como inalienável, indisponível e irrenunciável. Daí o repúdio à eutanásia. Demais, o prognóstico no sentido de que seria o ente portador de tal anormalidade não se reveste da infabilidade. O parecer consta de simples atestado médico. (...)

Se a pretensão da impetrante conflita com preceitos da Constituição Federal, é lógico que não pode ser havido como um “direito”. E, para argumentar, ainda que para os mais liberais, assim o fosse considerado não poderia ser havido como “líquido e certo” em face da grande polêmica que existe em torno da matéria.

(Acima, voto vencedor do desembargador)

(...)Temos pois, que o feto se apresenta com má-formação congênita inexistindo a possibilidade de vida extra-uterina, devidamente comprovada. O deferimento da medida se faz necessário para evitar sofrimento físico e psicológico à mãe e familiares.

Outra conduta não se pode exigir da gestante, que não a interrupção do desnecessário e desumano sofrimento que chegaria a termo de uma gestação que já se sabe resultará na morte do neonato. Destarte, não pode e não deve a gestante ser obrigada a suportar o prosseguimento desta gestação deficiente, além do pior, que será presenciar a morte de seu filho que já antecipadamente sabe que virá a ocorrer. O sofrimento, portanto, seria desumano e inexigível, e o prolongamento desse quadro não traria à requerente nenhum benefício, mas ao contrário, prejuízo maior do que ela já vem sofrendo e certamente sofrerá com o abortamento que se faz preciso.

Por estas razões, de ordem doutrinária e jurisprudencial, independentemente de posições em contrário, inclusive de fundo religioso, usei divergir da maioria, sendo meu voto no sen-

tido de conceder-se a segurança para autorizar a interrupção da gestação da impetrante. (...)

(Acima, declaração de voto vencido do relator sorteado)

É que, mesmo nesse estágio, sentimentos de acolhida, carinho, amor, passam por certo, do pai e da mãe, mormente desta para o feto.

Se ele está fisicamente deformado – por mais feio que possa parecer isto jamais impedirá que a acolhida, o carinho, o amor flua à vida, que existe, e enquanto existir possa.

Isso, graças a Deus, está além da ciência.

Foi isso que gerou a mudança nos planos do casal, para acolher, pelo tempo que possível for, a menina que geraram." (fl. 97/98)

Ante todo o exposto, CONCEDO a ordem para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar PREJUDICADA a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.
É o voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO 2001305005208 - TJ RJ 2003

APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.06.199818-3/001 - TJ MG - 2006

A condição em que se encontra o ser humano não importa: se ele está doente, se está em fim de vida, se gostamos dele, se sua existência nos faz sofrer, tudo isso é secundário em relação ao direito primário a vida. Fetos e bebês anencéfalos são seres vivos, são seres humanos: e esta convicção tem inquestionável base científica. Portanto, devem ser respeitados como seres humanos, criaturas do Criador.

(...)

Além de todo o aspecto legal supra abordado, autorizar a interrupção de uma gravidez, atormentaria a minha convicção Cristã de que a vida vem de Deus e somente Ele tem o poder de dela dispor.”[grifos inseridos]

4. ANÁLISE
TEMÁTICA DOS
DADOS: ESTU-
DOS A PARTIR
DE PALAVRAS-
CHAVE SELE-
CIONADAS –
ANENCEFALIA E
MÁ-FORMAÇÃO,
VIOLÊNCIA,
ABORTOS
CLANDESTINOS,
INCONSTITU-
CIONALIDADE
E SERVIÇO
MÉDICO

APELAÇÃO CÍVEL 2.0000.00.515561-1/000(1) - TJ MG - 2005

“Como cristão convicto e temente a Deus, faço algumas considerações preliminares da difícil decisão que tomo neste julgamento. Pelas Leis e Sagrados Preceitos Divinos, a vida humana deve ser preservada e respeitada. Mas estas mesmas Leis e Preceitos, ensina-nos também que o ser humano que tenha condições de resolver um problema que aflige outros, tem o dever ético, moral e de consciência de acabar com o sofrimento de seus semelhantes, partindo-se do pressuposto de que Deus não colocou ninguém no mundo para sofrer. Não tenho dúvida na espécie de que, tanto os genitores como também o filho em gestação, encontram-se atormentados e acometidos de grande sofrimento e dor, afora os males físicos, com a enorme e irreversível deformidade física do Ser que está sendo gerado no ventre materno, sem as mínimas condições e chances de sobrevivência, situação esta comprovada de forma inexorável pelos exames médicos realizados e constantes dos autos. Entendo, na minha modesta consciência que, onde não existe chances de vida, não é justo prolongar o sofrimento do ser humano e daqueles dos quais depende e o amam, em nome de uma vida sem qualquer expectativa de vingar e prosperar. A caridade e a compaixão humana para com os seus semelhantes é também Sagrado Ensino de Deus. Se existe uma provação a ser cumprida, que o seu cumprimento se dê nas mãos do Criador Supremo e não pelas impotentes mãos dos seres humanos. Paraphraseando a Sábia Prece de um Juiz, pedi ajuda ao Senhor neste julgamento e tomo a minha decisão sem o atormento da dúvida na minha consciência, iluminada pela idéia de que, se tenho condições de ajudar a acabar com os sofrimentos de meus semelhantes, não tenho o Direito de prolongar este sofrimento e os males físicos e emocionais dele decorrentes e tampouco de prejudicar ninguém. Se a minha decisão, aos olhos do Criador Supremo, transparecer um tropeço ou uma falha, peço o amparo e o perdão Divino, porque sou um ser humano falível e portador de defeitos, embora dotado da Divina missão de julgar meus semelhantes. Peço, assim, humildemente, a compaixão de Deus, para com a decisão que ora tomo neste julgamento que faço. Que o Criador

Supremo me julgue com a sua Divina Sabedoria e infinita Misericórdia, porque aqui o julgamento não é Divino e sim de um ser humano.”

MANDADO DE SEGURANÇA 354.703-3/7-00 - TJ SP - 2001

(...) “Além do mais, com os notáveis avanços da medicina, muito provavelmente haverá solução terapêutica para o presente caso, não se justificando, portanto, o sacrifício de um ser humano, o qual não cometeu crime e, muito menos, pediu para ser concebido. Entendo que o casal, que mantém relação sexual para procriar, tem que aceitar as responsabilidades advindas da concepção, não podendo, simplesmente, se desfazer de um filho porque, infelizmente, este sofre alguma doença.” [grifos inseridos]

Casos em que não houve decisão do mérito

(...)

1. Em se tratando de *habeas corpus* preventivo, que vise a autorizar a paciente a realizar aborto, a ocorrência do parto durante o julgamento do *writ* implica a perda do objeto.
2. Impetração prejudicada.

(...)

Trecho sobre a demora do julgamento do mérito

(...) estas foram prestadas em 18 de dezembro de 2003. O Superior Tribunal de Justiça, em vez de julgar imediatamente o feito, em face da manifesta urgência que o caso requer, resolveu, às vésperas do recesso judiciário, requerer diligências ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo ficado vencida a ilustre relatora.(...)

Trecho sobre participação de grupos religiosos, possível causadora da demora de julgamento do mérito e resultado correspondente à perda de objeto.

(...) Ocorre que, em 21 de novembro de 2003, isto é, antes da decisão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça carioca que julgara o agravo regimental, o padre LUIZ CARLOS LODI DA CRUZ, residente em Anápolis-GO, sacerdote e presidente da Associação Pró-Vida, sediada naquela cidade, impetrou ao Superior Tribunal de Justiça um *habeas corpus* visando a desconstituir a decisão monocrática da desembargadora, que viria a ser confirmada quatro dias depois. (...)

A seguir apresenta-se trecho no qual a tendência, segundo as argumentações, apontava para a autorização do procedimento, mas tal não foi autorizado devido ao estado avançado da gestação:

HABEAS CORPUS 56.572 - STJ

(...) 4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. 5. Contudo, considerando que a gestação da paciente se encontra em estágio avançado, tendo atingido o termo final para a realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração. (...)

4.1.4. Conclusões parciais

Diante dos dados sobre anencefalia e má-formação fetal coletados, em razão de sua distribuição regional e temporal, bem como dos resultados das decisões e de seus conteúdos, pôde-se inferir diversas conclusões, conforme apresentado a seguir.

Verificou-se que 15% dos 46 acórdãos pesquisados nos tribunais estaduais (sete casos no total) apresentavam referência direta a doutrinas religiosas no voto dos desembargadores. Assim, pode-se dizer que existe uma marcante influência da religião no conteúdo dispositivo³⁸ dos acórdãos dos tribunais estaduais, embora não se tenha constatado a participação direta de grupos religiosos junto a estes órgãos. Inversamente, nos tribunais superiores (STJ e STF) existe maior mobilização

³⁸ Conteúdo dispositivo de um acórdão ou sentença é a parte do documento em que os magistrados efetivamente apontam as suas fundamentações ou argumentações jurídicas para justificar a concessão ou não do pedido submetido à apreciação jurisdicional.

dos grupos e movimentos sociais religiosos para atuar como parte, mas não se encontram, tal qual nos tribunais estaduais, referências diretas e expressas a doutrinas religiosas ou a textos religiosos.

Especificamente na ADPF 54, grupos religiosos e feministas manifestaram-se, pleiteando participar como *amicus curiae*, o que, apesar de não ter sido aceito pelo Ministro Relator, comprova a mobilização destes grupos em relação ao tema aborto em caso de fetos anencéfalos.

A presença de argumentos religiosos nos conteúdos dos acórdãos em que é debatida a permissão para a interrupção da gravidez em razão da constatação de anencefalia e má-formação fetal evidencia a polêmica social que envolve o assunto e se relaciona intrinsecamente com a negativa deste pedido. Constatou-se que dos dezesseis casos (35% do total) em que o pedido para a interrupção da gestação foi negado, em quatro (25%) havia manifestação expressa de posições religiosas nos votos dos desembargadores.

Constatou-se que em 63% dos acórdãos houve uma argumentação mais flexível, levando-se em conta os direitos da mulher no momento de optar-se pela prevalência de um ou outro direito. Dentro deste percentual, houve 92% de autorizações. Ou seja, a presença da relativização do direito à vida do feto, bem como a consideração dos direitos à saúde e dignidade da mulher, quando presentes nas argumentações dos magistrados, levam, em geral, à concessão da autorização da interrupção da gestação.

Em 35% dos casos (dezesseis no total) foi constatada uma argumentação que considera o direito à vida do feto como absoluto. Esta linha argumentativa é bastante utilizada por grupos religiosos ou mais conservadores, que se colocam contra a descriminalização ou a legalização do aborto. Porém, nestes acórdãos não se verificou a referência direta a nenhuma religião. Destes dezesseis casos, onze (o que corresponde a 69%) não tiveram autorização para a interrupção da gestação. Assim, pode-se inferir que a argumentação que se desenvolve nos acórdãos tendo o direito à vida do feto como absoluto, em geral, leva à não-concessão da autorização da interrupção da gestação. Ante esta situação, é interessante notar que nestes casos os magistrados não lançam mão de justificativas jurídicas fundadas na teoria dos direitos humanos, com referência ao Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo, para a tomada de decisão. Ao revés, baseiam seus votos apenas no direito constitucional e no direito penal vigente.

As decisões favoráveis ou desfavoráveis para a autorização da interrupção da gestação em caso de anencefalia e má-formação fetal não são unânimes e variam bastante de acordo com a instância decisória. É emblemático o fato de os tribunais estaduais apresentarem, de maneira geral, uma tendência mais favorável à autorização, enquanto os tribunais superiores não possuem nenhuma decisão neste sentido, já que em 66% dos casos houve perda de objeto, em 17% não se autorizou a interrupção da gestação e 17% dos casos estão ainda em andamento.

Existe uma significativa agilidade do Judiciário, em suas instâncias estaduais, em julgar os pleitos envolvendo autorização para interrupção da gravidez nos casos de anencefalia e má-formação, sendo diagnosticado um pequeno percentual de casos que tiveram seu objeto perdido. Essa situação não se repete nas instâncias decisórias superiores, em que há uma quantidade relativamente grande de perda de objeto ou que ainda aguardam decisão definitiva da corte, como no caso da ADPF 54.

Constatou-se diferenças significativas entre as regiões do país. Sul e Sudeste concentram uma maior quantidade de casos, bem como apresentam decisões mais progressistas – no sentido de autorizarem, com maior frequência, a interrupção da gestação. Foi possível constatar que na região Sudeste houve doze autorizações, nove não autorizações e duas situações em que ocorreu a perda de objeto. Na região Sul houve oito autorizações concedidas, contra apenas quatro não autorizações (não houve casos com perda de objeto). Em contrapartida, na região Centro-Oeste houve dois casos autorizados, dois não autorizados e um em que houve fixação de competência. Na Nordeste houve duas autorizações e uma fixação de competência. Por fim, na região Norte, apenas um caso foi autorizado, um não autorizado e em um houve a perda de objeto.

As diferenças regionais também podem ser observadas no instrumento judicial utilizado para se propor a demanda e no resultado das ações. Apenas a título de exemplo, basta observar que a apelação criminal é o instrumento mais utilizado no Sul, enquanto no Sudeste o mandado de segurança ocupa esta posição.

Existe um alto percentual de ações cíveis sendo propostas e julgadas com o objetivo de debater a questão da autorização para interrupção da gravidez nos casos de má-formação e anencefalia, embora a questão em si esteja ligada à seara do direito penal.

Constatou-se que o mandado de segurança foi o instrumento jurídico mais efetivo para obter-se a autorização para a interrupção da gestação em casos de anencefalia e má-formação fetal, com dez autorizações concedidas nos tribunais estaduais.

Embora a maioria dos casos nos tribunais estaduais tenha tido a autorização para a interrupção da gestação como resultado, o que é importante enfatizar é que muitas autorizações foram negadas ou não julgadas a tempo, ou seja, as mulheres gestantes envolvidas nos casos tiveram de continuar a gestação até o fim contra sua vontade por decisão judicial desfavorável à interrupção, e, em alguns destes casos, a negativa da autorização baseou-se em argumentos valorativos religiosos, ferindo frontalmente o princípio da laicidade do Estado. Nas decisões judiciais, este aspecto não se coloca apenas como uma questão técnica jurídica, mas, acima de tudo, uma interferência impositiva e desrespeitosa – baseada em crenças específicas instrumentalizadas mediante o Estado – no rumo das vidas de diversas mulheres brasileiras.

4.2. Violência e aborto: conexão fundamental para compreender-se as desigualdades de gênero

4.2.1. Aspectos gerais sobre a violência contra a mulher

Ao iniciar-se este trabalho não se pensou que haveria correlação tão significativa entre os temas “aborto” e “violência”. No entanto, no decorrer da pesquisa notou-se uma grande quantidade de casos em que a mulher gestante sofria graves violências e vinha a abortar, chegando até a perder sua vida.

A partir da coleta dos dados, foi possível perceber que 31% dos casos de aborto que chegam aos tribunais têm como origem casos de violência contra a mulher. Em razão do fato de que este tema (violência) não se constituía o foco de análise da pesquisa, não foi possível aprofundá-lo, por exemplo, estabelecendo-se estatísticas para verificar quem eram os agressores. No entanto, em razão do processo de coleta de dados – que envolveu a leitura de todos os acórdãos encontrados com o vocábulo “aborto”, conforme já informado – é possível afirmar que na maioria dos acórdãos analisados constatou-se que a violência