

O aborto de fetos anencéfalos: O direito e a realidade atual

Roberto Barbato Jr*

Resumo: Objetiva-se com o presente artigo propor reflexões acerca do aborto de fetos anencéfalos no que diz respeito a dois pontos específicos. O primeiro consiste em assinalar a inexigibilidade de conduta diversa como possibilidade de autorização do aborto eugênico. Em segundo plano, deseja-se discursar a respeito de algumas posturas jurídicas sobre o assunto, tomando como fundamento as diferenças existentes entre a moderna doutrina e a lavra de autores que examinaram o problema em período não muito distante da década de 1940.

Sumário: 1. Introdução; 2. A anencefalia e a vida; 3. Inexigibilidade de conduta diversa; 4. A recente polêmica; 5. Descompasso: legislação insuficiente e a realidade social; 6. Considerações finais; 7. Bibliografia

Palavras-chave: aborto, aborto eugênico, anencefalia, direito penal, sociologia jurídica

1. Introdução

O aborto de fetos anencéfalos, também conhecido como aborto eugênico ou eugenésico, é tema amplamente controverso na seara jurídica brasileira e tem, em tempos recentes, suscitado discussões as mais acirradas, seja no âmbito jurídico, seja entre a população de modo geral. Tratando-se de debate tão polêmico e sujeito a variada gama de interpretações, parece-nos inviável abordá-lo em sua totalidade, o que ensejaria postura assaz ambiciosa para os limites desse trabalho.

Inicialmente, cumpre destituir a discussão de laivos políticos, dissociando-a de formulações ideológicas legadas pelo nazismo. É certo que falar-se em eugenia sugere uma certa conotação política. Não é, entretanto, esse o viés de interpretação do aborto eugênico. Não se discute, ao menos no presente artigo, quais as conseqüências e eventuais desdobramentos da adoção da prática abortiva para fins políticos ou de controle social consoantes a certas ideologias. Tampouco se pretende fazer qualquer tipo de apologia a elas. A respeito do assunto, Cezar Roberto Bitencourt observa que há, para a doutrina médica especializada, uma "classificação de situações de aborto". Dentre elas, encontra-se a "*interrupção eugênica da gestação (IEG)*, que são os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos. Comumente sugere o tipo praticado pela medicina nazista, quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras" ^[01]. Conforme se nota, o caso em tela diz respeito a situações nas quais, por injunções de naturezas ideológica e política, as mães foram obrigadas a abortar. Não se trata, portanto, do objeto para o qual aqui volvemos nossa atenção: o aborto de fetos anencéfalos realizado por única e exclusiva vontade da mãe. Isso seria suficiente para desautorizar, como já dissemos, qualquer ligação para com os traços nazistas.

Além disso, por razões interpretativas e metodológicas seria pertinente aceitarmos as orientações lúcidas do autor: "... as locuções *indicação eugênica* ou *aborto eugênico* devem ser analisadas racionalmente, sem a indesejável e prejudicial carga de rejeição emocional que pode até inviabilizar um exame mais aprofundado e que leve a alguma conclusão mais racional. Deve-se, de plano, afastar-se aquela concepção que lhe concedeu

o *nacional-socialismo alemão*: não se pode mais falar em aborto eugênico com a finalidade de obter-se uma raça de “super-homens” e tampouco para a conservação da “pureza” de uma raça superior”^[02]. Tais orientações são aqui integralmente adotadas.

O escopo desse artigo reside em dois pontos específicos. O primeiro consiste em assinalar a inexigibilidade de conduta diversa como possibilidade de autorização do aborto eugênico. Em segundo plano, deseja-se discursar a respeito de algumas posturas jurídicas sobre o assunto, tomando como fundamento as diferenças existentes entre a moderna doutrina e a lavra de autores que examinaram o problema em período não muito distante da década de 1940. É nesse sentido que procuramos buscar o substrato da postura de alguns eminentes juristas que, naquela época, se recusavam a aceitar a autorização para abortar fetos anencéfalos. Tal empreitada, como se verá, não resulta de afirmações passíveis de comprovação. São apenas considerações que, a despeito de seu aspecto especulativo, colocam-nos diante de um problema assaz interessante: o descompasso existente entre o direito e a realidade social relativamente a cada um desses contextos.

2. A anencefalia e a vida

Questão reputada essencial relativamente à discussão em tela é a *definição* do conceito de vida humana. O dilema a balizar o debate pode ser visto por muitos como simplório, em que pese ser dotado de enorme relevância: qual é o momento em que a vida se inicia e o momento em que ela acaba? A resposta a essa indagação seria insuficiente para os propósitos de nossa exposição, pois entendemos ser fundamental a compreensão dos limites da vida abarcados pelo direito. Dito de outro modo, de nada adianta a ciência médica conceituar a vida, estabelecendo parâmetros idôneos, se o direito não acatar tal conceituação. O conceito de vida não decorre da lei, mas é por ela fundamentado quando se tem em vista a necessidade de tutelá-la.

As discussões médicas sempre tiveram por objetivo chegar a um consenso sobre o instante em que a vida deixa de existir. A incapacidade de respiração foi, durante anos, o único parâmetro responsável por dimensionar os indícios vitais^[03]. Com o passar do tempo,

novos fatores passaram a constituir elementos importantes em sua verificação. Seja como for, determinar o momento da morte do ser humano é uma das tarefas mais delicadas para estudiosos da área médica ^[04].

Vejamos algumas considerações médicas sobre o assunto: "Para a Medicina, existem dois processos que evidenciam o momento morte: a morte cerebral e a morte clínica. A morte cerebral é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de processo irreversível e de causa conhecida, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionando. A morte clínica (ou biológica) é a parada irreversível das funções cardio-respiratórias, com parada cardíaca e conseqüente morte cerebral, por falta de irrigação sanguínea, levando a posterior necrose celular" ^[05]. A explicação acima consignada é bastante clara quanto às duas possibilidades de aferição da morte. Interessamos prosseguir com a explicação sobre a morte encefálica, objeto constitutivo de nossa exposição: "Segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM), os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: ausência de atividade elétrica cerebral, ou ausência de atividade metabólica cerebral, ou ausência de perfusão sanguínea cerebral. (Conselho Federal de Medicina. Resolução N°. 1.480, de 08 de Agosto de 1997). Segundo o CFM, em sua Resolução N°. 1.752/04, *os anencéfalos são natimortos cerebrais, e por não possuírem o córtex, mas apenas o tronco encefálico, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica*" ^[06]. É significativa a concepção que tem o Conselho Federal de Medicina sobre os anencéfalos. Sigamos, ainda mais, na esteira dessas explicações: "E sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivida, por não possuir a parte vital do cérebro, é considerado desde o útero um feto morto cerebral" ^[07].

Exposta, de modo sumário, a relação entre anencefalia e a vida, vejamos então quais são, do ponto de vista médico, as características da primeira. Tome-se como referência um texto de caráter multidisciplinar: "Uma malformação que faz parte dos defeitos de fechamento do tubo neural (DFTN). Quando o defeito se dá na extensão do tubo neural, acontece a espinha bífida. Quando o defeito ocorre na extremidade distal do tubo neural, tem-se a anencefalia, levando a ausência completa ou parcial do cérebro e do crânio. O

defeito, na maioria das vezes, é recoberto por uma membrana espessa de estroma angiomatoso, mas nunca por osso ou pele normal. *A anencefalia é uma malformação incompatível com a vida*" [08]. Parece-nos demasiado relevante a incompatibilidade entre a vida e a anencefalia. Correndo o risco do exagero, certamente há quem enxergue mais do que incompatibilidade e coloque ambos como termos antitéticos.

As complicações maternas derivadas da gestação de fetos anencéfalos também não são suficientes para justificar o aborto. A doutrina é bastante enfática ao assinalar que o simples agravamento do estado de saúde da gestante é insuficiente para autorizar a prática abortiva. Portanto, deve a mãe correr perigo de morte para que lhe seja permitida a conduta do aborto, conforme se verá adiante.

3. Inexigibilidade de conduta diversa

É sabido que o direito à vida encontra guarida jurídica em vários diplomas legais brasileiros. Não bastasse o Código Penal ampará-lo, tem-se, ainda, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Não menos importante é sua inserção no âmbito constitucional. Trazendo a discussão para essa seara e tendo-se em vista os direitos humanos fundamentais, assevera Alexandre de Moraes: "Entendemos em relação ao aborto que, além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade do feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extra-uterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: *liberdade e dignidade humanas*. Dessa forma, a penalização nesses casos seria de flagrante inconstitucionalidade" [09]. Em suma, conforme apreciamos as observações do autor, se é certo que os preceitos constitucionais devam ser respeitados, não menos correto é a observância de meios que permitam a defesa intransigente dos valores humanos. Também no que se refere à proteção constitucional do direito à vida, André Ramos Tavares observa a dimensão dúplice do conteúdo desse direito: "O conteúdo do direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e,

em segundo lugar, no direito a um adequado nível de vida" ^[10]. A falta de um "adequado nível de vida" já seria, ao menos para alguns, suficiente para se justificar a prática abortiva no caso de anencefalia.

Sabe-se que a legislação penal brasileira consente o aborto mediante duas circunstâncias: quando a gestante corre risco de morte e em caso de "gravidez resultante de estupro" (art. 128 do CP). Como se vê, o ordenamento jurídico é claro quanto às duas condições sob as quais o aborto não é fato antijurídico. Além dessas, nenhuma outra condição poderá ser aceita como justificativa para a prática abortiva, nem mesmo o aborto *honoris causa* e o aborto social. De maneira semelhante, o aborto eugênico não se encontra entre as condições de exclusão de ilicitude. Antes de abordarmos esse ponto, deixemos claro que o aborto eugênico não se refere apenas à conduta de interrupção da gravidez por anencefalia ou acrania. Considera-se eugênico o aborto realizado em virtude da malformação fetal, sendo ela de qualquer tipo. Assim, o aborto de fetos acrânicos ou anencéfalos é uma *espécie* do *gênero aborto eugênico*. Essa não é uma informação de somenos importância, posto que a especificidade do aborto de fetos anencéfalos é o que pretendemos discutir. Ela não pode, em nenhuma hipótese, ser confundida ou associada de modo genérico e vago com a prática abortiva que se processa como consequência da constatação de desenvolvimento pouco exitoso do feto. Não está prevista nesse caso, portanto, a gestação de seres com simples anomalias. A deformidade que nos interessa é específica: *a ausência de cérebro ou da abóboda craniana*. Posto isso, a título de exposição, toda vez que nos referirmos ao aborto eugênico, estaremos nos reportando ao *aborto eugênico de fetos anencéfalos*.

Dando prosseguimento à linha narrativa que vínhamos adotando, assinalemos a postura doutrinária de Mirabete sobre o aborto eugênico: "Não prevê a lei a exclusão da ilicitude do aborto *eugênico* (ou *eugenésico*, ou *eugenético*, ou *piedoso*), que é o executado ante a prova ou até a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves ou fatais (anencefalia ou acrania, p. ex.), embora haja movimentos, a nosso ver totalmente justificados, em favor da legalização dessa prática. Já há precedentes jurisprudenciais no sentido de que, provada a anomalia grave, o aborto deve ser autorizado, mas os alvarás concedidos ainda não encontram apoio nem no direito material nem no direito processual"

[11]. As ponderações do eminente jurista são claras no que se refere ao tratamento jurídico dado à matéria em questão. Note-se que, não obstante ressalte a existência de alvarás aptos a autorizar a prática abortiva, eles não encontram sustentação legal. Dito de outra forma, a despeito de haver a possibilidade de consentir a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, tal consentimento não está amparado juridicamente. Em suma, permanece como conduta alheia ao universo do direito.

Podéria soar estranho, e mesmo contraditório, que falar-se em aborto não significa referir-se a uma inequívoca violação à vida, não sendo, assim, um desrespeito notório aos princípios do direito em geral. Essa estranheza não se manifesta despropositada, em que pesem alguns aspectos cuja defesa seja necessária para a compreensão das premissas desse trabalho.

A prática de aborto de feto anencéfalo não poderá ser considerada antijurídica, já que o aborto relaciona-se à interrupção de uma vida em curso. Não sendo, pois, o feto anencéfalo dotado de vida, de acordo com as ponderações médicas, inexistiria pertinência em considerá-lo crime. Notemos: "Portanto, entendemos que o feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a anencefalia, era merecedor de tutela penal, pelo pressuposto da existência de vida. Mas, a partir do momento em que se comprovou a morte encefálica, deixou de ser amparado pelo art. 124 do CP" [12].

A despeito da proibição prevista no Estatuto Repressivo Penal, na prática há uma possibilidade para autorizar o tipo de abortamento que vimos analisando. Referimo-nos à inexigibilidade de conduta diversa. É justo exigir-se da mãe conduta diferente da adoção do aborto diante da ciência de que seu filho é um ser anencéfalo? E no caso dessa mãe ter abortado, é justo condená-la por isso? O que deve se entender por exigibilidade de conduta diversa? Qual é seu fundamento? Rogério Greco explica que é "a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se sua particular condição de pessoa humana" [13]. Do contrário, se o agente não dispunha da possibilidade acima aludida, não haveria como dele exigir a conduta diversa. Trata-se, nesse caso, de uma exclusão supralegal da culpabilidade. No Código Penal brasileiro, estão previstas duas situações de tal exclusão: a coação irresistível e a obediência hierárquica"

[14]. Ambas estão inculpidas no art. 22, que diz: "Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem".

Questão polêmica, como bem observara Guilherme Nucci, é a aceitação da inexigibilidade de conduta diversa como "tese autônoma, desvinculada das excludentes da coação moral irresistível e da obediência hierárquica" [15]. Segundo o autor, "o legislador não definiu *culpabilidade*, tarefa que restou à doutrina, reconhecendo-se, praticamente à unanimidade, que a exigibilidade e possibilidade de conduta conforme o Direito é um dos seus elementos. Ora, nada impede que de dentro da culpabilidade se retire essa tese para, em caráter excepcional, servir para excluir a culpabilidade de agentes que tenham praticado determinados injustos" [16]. Diante das ponderações do autor, não parece descabido atribuir à prática do aborto de fetos anencéfalos uma causa de exclusão da culpabilidade. Enfim, resta patente a impossibilidade de exigir da mãe conduta diversa da prática do aborto.

Façamos mais indagações sobre o assunto: diante de um quadro de profundo sofrimento psíquico e mental, poderia a mãe conviver com a angústia de presenciar o nascimento de um filho que sabe não ter condições de viver? Seria possível exigir dela essa conduta? Em caso afirmativo, qual é o fundamento de tal exigência?

Creemos ser possível responder a tais questões sem ponderar sobre um aspecto notadamente pessoal do problema. Não seria descabido reproduzirmos o depoimento de uma mãe cujo feto foi acometido por anencefalia. Com esse procedimento não visamos, em absoluto, dotar a discussão de traços sentimentais e tampouco apelativos da idiosincrasia de quem vivencia o problema em tela. Vejamos: "Estou grávida já no 4º mês de gestação. Através de exames soube que a criança apresenta problemas sérios cerebrais e também na coluna cervical, o que impossibilita a vida extra-uterina. Diante dessa constatação, gostaria de realizar o aborto. Tenho ciência das conseqüências que o aborto pode acarretar, mas mesmo assim estou decida a praticá-lo, pois que seria mais danoso ver a criança nascer nas condições em perspectiva. (...) Os médicos me asseguraram que a criança não vai ter sobrevivência após o nascimento" [17].

O depoimento do pai parece-nos também de elevada relevância, pois que, embora não possa argumentar sofrer o martírio físico e correr os riscos da gestante, está sobremaneira envolvido psicologicamente com o dilema. Notemos a dramaticidade de que se reveste sua opinião: "Conversamos bastante e chegamos à conclusão de realizar o aborto, pois, pelo contrário, ao invés de prepararmos o enxoval, teríamos que preparar o caixão e o velório. Das possíveis conseqüências do aborto, tenho conhecimento que o mesmo possa dificultar futura gravidez" ^[18].

Note-se que, em ambos os depoimentos, clara está a ciência dos males que podem decorrer do processo abortivo. Esse dado é significativo de como estava o casal decidido a interromper a gestação, mesmo sabendo que, no futuro, poderia haver dificuldade de nova gravidez. Haveria, aqui, argumento mais forte para legitimar a decisão do aborto? Poder-se-ia exigir do casal outra conduta, diversa desta expressa em seus depoimentos?

Parece-nos paradigmática, nesse sentido, a sentença proferida pelo Juiz José Henrique Rodrigues Torres, acerca de um caso ocorrido na cidade de Campinas. Na percuciente exposição que fizera para fundamentar sua decisão, encontramos o oportuno trecho que segue: "...as circunstâncias do fato desvelam a inexistência de reprovabilidade para o abortamento que se pretende realizar, pois, à evidência, outra conduta não se pode exigir da requerente. Urge a prática do abortamento, na espécie, em face das circunstâncias peculiares e excepcionais que caracterizam a gravidez da requerente. Não se pode exigir, social ou juridicamente, que a requerente leve a termo a sua gravidez. [...] Há inexigibilidade de conduta diversa no que diz respeito ao comportamento da gestante e, obviamente, também no que concerne à intervenção do médico e de todos os profissionais que participarem do abortamento" ^[19].

Sob essa perspectiva, a defesa do aborto de fetos anencéfalos é realizada por um significativo número de autores e juristas consagrados.

4. A recente polêmica

A temática do aborto de fetos anencéfalos sempre foi bastante delicada e discutida por juristas de posições as mais distintas. No entanto, foi apenas recentemente que ganhou notoriedade e ensejou debates entre a opinião pública de modo geral.

Em 1º de julho de 2004, o ministro Marco Aurélio de Mello concedeu liminar que autorizava o abortamento de feto anencéfalo com base em pedido realizado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS). Pouco tempo se passou para que, em 20 de outubro do mesmo ano, o julgamento da decisão monocrática fosse levado a termo. Apenas quatro dos magistrados do Supremo Tribunal Federal votaram pela manutenção da liminar: o próprio Marco Aurélio de Mello, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Eros Grau justificou seu voto contrário alegando que "o Código Penal não pode ser reescrito pelo Judiciário e permitir uma "terceira modalidade de aborto""^[20]. Seus argumentos, assentes na observância do dispositivo sobre o aborto, foram amplamente aceitos pelos demais ministros, o que resultou na imediata cassação da liminar.

Desde então, a polêmica acerca do aborto de feto anencéfalo tem dividido opiniões, envolvendo um leque diversificado de questões que vão desde valorações éticas a religiosas. Como é costume em casos jurídicos que abarcam a defesa da vida, a Igreja Católica não se furtou a manifestar sua posição. Embora laico, o Estado brasileiro ainda se vê às voltas com a influência de opiniões religiosas, chegando mesmo, em algumas circunstâncias, a ter de colocar em pauta as posturas assumidas por seus líderes.

O processo de laicização do Estado, ocorrido sobretudo após a Revolução Francesa, propiciou a dissociação entre a religião e o Estado e motivou uma nova forma de concepção a respeito de certos temas^[21]. Além disso, se na época do *Ancien Régime* a religião católica praticamente determinava a visão de mundo do indivíduo, com o surgimento de uma nova realidade social – fundada na crescente racionalização do mundo – ela terá papel secundário. Ainda assim, é curioso notar que não obstante tenha abolido a religião como dado estrutural de sua existência, o próprio Estado permite a ingerência da Igreja Católica em questões que não são de sua alçada, chegando a influenciar tribunais jurídicos^[22].

Seria, contudo, restringir o foco da contenda à esfera religiosa se não admitíssemos a presença de outros setores sociais que, de uma maneira ou de outra, mostraram-se sequiosos de participar da discussão.

A despeito da cassação acima consignada, a liminar de Marco Aurélio de Mello ensejou intensa polêmica. Não bastassem as justificativas apresentadas pelo ministro quando de seu parecer, ainda se propôs a discutir o tema abertamente, publicando artigo em jornal de ampla circulação. Não lhe seria necessária uma tal postura, posto que sua função de magistrado não exige esforços de esclarecimentos diante da opinião pública. Ainda assim, parece-nos que sua motivação ao escrever o texto se pautava na intenção de trazer a lume idéias caras ao debate. Vejamos algumas de suas considerações que, acreditamos, possam ser de bastante valia para os argumentos que aqui tentamos desenvolver.

O foco no qual estão centradas suas justificativas não poderia ser outro senão a preocupação com a integridade física, moral e psicológica da gestante. Com efeito, não haveria de analisar o fato desprezando as conseqüências de uma gravidez dessa natureza. Suas palavras são claras: "*Assenti sobretudo aos argumentos de que a permanência do feto mostra-se potencialmente perigosa, podendo ocasionar danos à saúde e à vida da gestante. [...] Para qualquer pessoa nessa situação, ficar à mercê da permissão do Estado para livrar-se de semelhante sofrimento resulta, para dizer o mínimo, em clara violência às vertentes da dignidade humana -física, moral e psicológica*" [23]. Note-se o contraponto entre o bem-estar da gestante e a esfera jurídica que, salvo engano, encerra o dilema maior do assunto, objeto da liminar em tela. De modo explícito, há a idéia de que a formalidade jurídica, expressa na "permissão do Estado", poderia comprometer a defesa de um valor que, em princípio, cabe a ele tutelar: a dignidade humana. Por mais estranho que possa parecer, estaria aqui a rigidez da normatividade jurídica a serviço de uma tarefa antagônica à sua própria essência, porque incapaz de salvaguardar o leque de direitos inalienáveis ao indivíduo. É nesse sentido que o jurista aponta para posições contrárias às suas, observando que "É até possível para alguns passar incólume pela decisão de, mediante simples omissão, escudados pelas lacunas ou obsolescências da legislação, impingir dor e aflição a outrem" [24].

A leitura de alguns trechos do artigo poderia nos fazer crer que a análise feita se restringe a um tom eminentemente pessoal, preterindo os aspectos técnicos da esfera jurídica. É certo que o autor procura sopesar situações de anencefalia relativamente à possibilidade de ocorrência em familiares. O argumento tecido, contudo, é muito mais sutil do que à primeira vista parece. Ao lançar mão de hipóteses sobre tal possibilidade não visa dotar a polêmica de laivos pessoais, mas proceder justamente ao contrário, na medida em que trabalha com circunstâncias abstratas: "Ora, principalmente em caso penoso como o que se põe em discussão, há que se calçar o sapato não com o próprio pé, mas com o pé do outro, de modo a sentir exatamente onde lhe machuca o calo. Para aguçar o termômetro da sensibilidade, é de bom alvitre perguntar a si mesmo, antes de qualquer decisão: e se fosse com a minha filha, minha mulher, minha irmã? Suportaria esses nove meses de tormento, de espera sem esperança?"^[25]

Ao leitor atento restará patente que se trata de indagações afeitas à imparcialidade do tema, justamente por se considerar que possa ocorrer, abstratamente, a todas e a cada gestante simultaneamente. Nessa perspectiva, casos concretos podem ser avaliados a partir da situação hipotética acima consignada.

Em seu entendimento, a dignidade humana, como valor a ser integralmente resguardado, não poderia ser avaliado parcialmente, sob pena de torná-la um mero "objeto". Assim, dando vazão à noção de que o direito deve corresponder a uma forma de organização apta a englobar valores de toda sorte, observa o jurista: "No cerne da questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. São muitos e de crucial importância os valores em jogo. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana"^[26].

Reiteremos, por fim, a contraposição entre a formalidade jurídica e a necessidade de se suprir as "lacunas ou obsolescências da legislação", resultando num procedimento capaz de não abandonar a ordem legal ao mesmo tempo que respeitador de valores éticos e humanitários. O final do texto é paradigmático no que concerne a esse ponto. Vejamos: "De

minha parte, serei todo ouvidos. Que, ao final, com respaldo na necessária *lógica da razão, com esteio no arcabouço normativo-constitucional, mas sobretudo consideradas as vertentes éticas e humanitárias* que se encontram no âmago da questão, chegue a Corte à decisão mais sábia, mais prudente, mais justa, como sempre sói acontecer. Oxalá assim seja mais uma vez" ^[27].

Longe de se esgotar, esse debate suscitaria novas questões e abriria caminho para que outros casos fossem julgados ^[28].

5. Descompasso: legislação insuficiente e a realidade social

Um dos pontos a merecer atenção em nossa discussão é a incompatibilidade do teor da legislação penal com os tempos atuais. Dotando tal discussão de traços essencialmente sociológicos, diríamos que a legislação penal deveria estar adequada à realidade social na qual se insere, sob pena de não ser eficaz. Isso, no entanto, não basta: é preciso também que ela atenda às necessidades sociais impostas pela dinâmica social. Por esse motivo, é evidente que o debate em questão não pode ser realizado sem que se tenha em mente ser o dispositivo legal sobre o aborto "desatualizado". Como uma tal afirmação deve ser entendida? Ao incauto leitor poderia soar um tanto despropositada essa assertiva, uma vez que a vida, sendo um direito universal e inalienável, independe do contexto social para que seja tutelada. Dito em outros termos, tratando-se da vida, não há norma que seja ultrapassada, visto que sua defesa jamais poderá ser comprometida em virtude de tais ou quais princípios qualificados modernos. Não é esse, entretanto, o nosso foco. O que merece ser enfatizado no presente caso é a incapacidade de o Direito Penal não prever regramento normativo para um tipo específico de situação na qual, embora esteja a vida envolvida, ela se apresenta como inviável. Não estamos, portanto, diante de ordinária interrupção da gravidez e tampouco de ato lesivo à vida. Avaliamos uma circunstância *sui generis*: aquela em que a vida não passa de uma existência efêmera e episódica, pois que o feto anencéfalo não terá condições de sobreviver fora do útero materno por muito tempo, ou seja, não haverá possibilidade de vida extra-uterina.

Volvendo a atenção para a incompatibilidade acima consignada, notemos as palavras de José Henrique Rodrigues Torres: "...o Direito Penal não pode ficar alheio ao desenvolvimento da ciência nem às conseqüentes evoluções históricas do pensamento, da cultura e da ética em uma sociedade em constante transformação. [...] Assim, em situações como a que neste caso é trazida a juízo, as quais reclamam aplicação das normas penais, não se pode olvidar do atual avanço científico e tecnológico da medicina, o qual, inexoravelmente, *acarreta profundas transformações éticas e culturais na sociedade*" [29]. As transformações aludidas pelo autor deveriam receber atenção da esfera jurídica, de sorte a minimizar as dissonâncias entre os anseios sociais e o ordenamento jurídico [30]. Enfim, deveriam ser incorporadas pelo direito.

Na mesma linha de argumentação, notemos que, na década de 1940, não dispunha o conhecimento médico dominante de condições eficazes e precisas para se verificar a anencefalia. Diante dessa incapacidade científica torna-se compreensível que nem sequer fosse cogitado, pelos nossos legisladores, o abortamento de fetos anencéfalos. Nem mesmo os autores que vivenciaram aquele período seriam capazes de afirmar a pertinência do aborto eugênico. O exemplo de Nelson Hungria é paradigmático: "Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de *eugenia*. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado" [31]. Atente-se para as palavras do eminente jurista para se notar que sua posição sobre o assunto está sobremaneira pautada na incapacidade de se diagnosticar os problemas havidos com o feto. Tanto assim que se mostra enfático ao mencionar a inexistência de "provas irrefutáveis" a respeito de tais problemas. Não é possível presumir se o autor tinha em mente o caso específico do aborto de fetos anencéfalos. Tal suposição certamente resvalaria em ordinários exercícios de especulação. Todavia, valeria arriscar algumas indagações: havendo naquela época a possibilidade de detecção da anencefalia, Hungria poderia concordar com a tese do aborto eugênico, ao menos para casos comprovados de ausência de cérebro? A mesma indagação pode ser feita, salvo equívoco, em relação às ponderações de Magalhães Noronha. Vejamos o que nos diz o autor: "Cumpre notar igualmente a *falibilidade do prognóstico*: no caso concreto, não

haverá fatalidade do efeito pernicioso no ente em formação: é mais uma razão para não se admitir sua morte antecipada. Caso contrário, aberta estaria também a porta para a eutanásia ou homicídio compassivo, que é repellido pelas leis" ^[32]. Também Noronha parece fundamentar sua recusa ao aborto eugênico na impossibilidade de constatação inquestionável da inexistência cerebral do feto. Com efeito, correndo todos os riscos que tal indagação comporta, questionamos se a postura jurídica desses autores não está condicionada pela parca eficiência dos recursos científicos à época em que vieram a lume suas obras. Concordamos integralmente com Cezar Roberto Bitencourt ao responder tal indagação nos seguintes termos: "... se, na época [1940], houvesse o arsenal de conhecimento e tecnologia de hoje, provavelmente também teria admitido o denominado *aborto anencefálico*, diante da *absoluta certeza da inexistência de vida*, como ocorre na atualidade" ^[33].

Alguns juristas que também publicaram suas obras em período não muito distante da década de 1940 silenciaram quanto ao tema. Heleno Cláudio Fragoso ^[34], Bento de Faria ^[35], Euclides Custódio da Silveira ^[36] são alguns exemplos. Entre os autores da atualidade, poucos são aqueles que, em revisão doutrinária feita nos últimos cinco anos, se furtaram ao debate. Isso, por si apenas, nos oferece a importância de sua atualidade e a irrefragável necessidade de enfrentá-lo ^[37].

Modificando-se substancialmente a realidade que nos separa da dos autores acima citados, ou seja, tendo agora condições inequivocamente precisas para averiguar a anencefalia, como poderíamos equacionar o problema da legislação penal relativamente à possibilidade de abortamento de fetos anencéfalos? Essa indagação não pode ser respondida de pronto. Como notado anteriormente, o argumento da inexigibilidade de conduta diversa tem sido amiúde utilizado para autorizar a prática abortiva. Além disso, assinalemos haver previsão de alteração do dispositivo legal na reforma da legislação penal ^[38]. Veja-se, a título de ilustração, quais são as alterações previstas para o Código Penal brasileiro: "A Comissão [de reforma] sugere ampliar a extensão do aborto legal. Mantém o chamado aborto necessário; dá nova redação ao aborto ético; menciona, além do estupro, "violação da liberdade sexual, ou emprego não consentido de técnica de reprodução assistida". Além disso, quando houver "fundada probabilidade, atestada por dois outros

médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais''. *Ad cautelam*, ''deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro'', além da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro" [39]. Conforme fica patente no texto acima, a legislação penal proposta estaria muito mais afinada com as vicissitudes da vida moderna e rechaçaria a vetustez do diploma legal de 1940.

Sob essa perspectiva, valeria também notar que a controvérsia originada pela liminar do ministro Marco Aurélio de Mello, anteriormente mencionada, perdurou por algum tempo, movimentando debates na sociedade civil e na esfera jurídica. Um dos sequazes de sua postura, Osíres Lopes Silva, assim se pronunciou sobre o assunto: "Agiu sábia e humanitariamente o ministro Marco Aurélio, realizando a construção judicial que *supera insuficiência do Código Penal, libertando gestantes do adicional fardo torturante de processo penal agravador de sua situação infeliz*" [40]. Examinando as palavras do autor, somos levados a entender que o Código Penal brasileiro concorre para a infelicidade de uma situação dramática ao impedir que se suprima o "fardo torturante" referido. O aspecto interessante do depoimento acima não é esse, entretanto. Parece-nos conveniente indagar se a liminar em questão, ao tentar "superar a insuficiência do Código Penal", não arrostou os pressupostos da Teoria da Separação dos Poderes, cuja expressão constitucional encontra-se no art. 2º da CF/88 [41]. Lembremos, a esse propósito, a crítica do ministro Eros Grau que ponderou: "... o Código Penal não pode ser reescrito pelo Judiciário e permitir uma ''terceira modalidade de aborto''" [42].

O dilema intrínseco às opiniões acima dadas pode ser cifrado na contraposição entre a necessidade de cumprir rigidamente os preceitos insculpidos no ordenamento jurídico, ainda que tal procedimento implique formas de constrangimento pessoal, e a possibilidade de "superar" as insuficiências nele contidas.

6. Considerações finais

Não restam dúvidas de que um dos maiores dilemas do mundo jurídico é sua incapacidade de acompanhar o movimento da sociedade em sua totalidade. Esse dilema encontra acentuado relevo quando se trata de examinar a legislação penal. Concebido em período de costumes e cultura extremamente diversa da atual, o Estatuto Repressivo Penal se afigura, em muitos de seus capítulos e títulos, como diploma legal vetusto, ineficaz e em flagrante dissonância com a realidade social. Não constitui exagero, portanto, a afirmação daqueles que professam sua reformulação, adaptando-o às vicissitudes da moderna sociedade brasileira. A discussão sobre o aborto de fetos anencéfalos é um imperativo dos tempos hodiernos e não se pode deixar de realizá-la, sob pena de perpetuação do caráter antiquado e ultrapassado do Código Penal. É nesse prisma que devemos ler as palavras de Cezar Roberto Bitencourt: "...o Direito Penal não pode ficar alheio ao desenvolvimento tanto da ciência quanto dos usos e costumes, bem como da evolução histórica do pensamento, da cultura e da ética em uma sociedade em constante mutação. O Direito Penal – não se ignora essa realidade – é um fenômeno histórico-cultural que se submete permanentemente a um interminável processo de ajustamento de uma sociedade dinâmica e transformadora por natureza. Vive-se esse turbilhão de mutações que caracteriza a sociedade moderna, e que reclama permanente atualização do direito positivo que, via de regra, foi ditado e editado em outros tempos, e somente pela interpretação do cientista ganha vida e atualidade, evoluindo de acordo com as necessidades e aspirações sociais, respondendo às necessidades da civilização humana" ^[43]. As ponderações do autor podem ser interpretadas como um convite a se pensar na necessidade de atualização do Direito Penal em face dos acontecimentos modernos. Não seria equivocado observar, também, sua preocupação com a efetiva compatibilização da legislação penal com as "necessidades e aspirações sociais". Tal argumento é amiúde utilizado nas discussões sociológicas sobre a eficácia normativa e se coloca como ponto nevrálgico da relação entre o direito e as transformações pelas quais passa a sociedade.

A perspectiva jusfilosófica e sociológica sobre o aborto eugênico, mormente a respeito da decisão do ministro Marco Aurélio de Mello, seria capaz de sugerir a seguinte reflexão: ao negar a prática abortiva de fetos anencéfalos por falta de condições legais, não estaria o magistrado impedindo uma conduta legítima por parte da gestante? Expondo a questão em outros termos, não se estaria dando primazia à legalidade em detrimento da

legitimidade? As respostas a tais questões, embora pareçam simples, não podem ser dadas de modo maniqueísta. No que consiste, aqui, a legitimidade da interrupção da gravidez por parte da gestante? Salvo melhor entendimento, ela está ancorada do direito de dispor do próprio corpo com o fito de não provocar, em si mesma, qualquer tipo de lesão física ou psíquica. Pauta-se, também, na defesa dos "direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: *liberdade e dignidade humanas*" [44]. Até mesmo os incautos apreciadores da questão são capazes de admitir, tirante qualquer discussão de ordem jurídica, as nefastas conseqüências para uma mãe que gerou e pariu um feto sem cérebro.

É preciso entender, no entanto, que conceder autorização para o aborto de fetos anencéfalos não é o mesmo que exigir tal conduta de todas as mães acometidas por esse tipo de problema em sua gestação. Não se poderia, à exceção da hipótese de risco de morte, ordenar que agissem dessa maneira. O que se coloca em questão é tão-somente a *possibilidade* de abortamento diante de uma circunstância que certamente gerará inúmeros transtornos psíquicos à mãe do feto em questão. De modo a evitar transtornos como esses, parece admissível também o art. 5º, III, da Constituição Federal, que diz: "Ninguém será submetido a tortura e nem a tratamento desumano ou degradante" [45]. Com efeito, exigir o nascimento de uma criança sem cérebro, sem perspectivas sólidas de vida futura, não seria o mesmo que impingir um tratamento desumano à sua mãe? A resposta negativa não seria digna de crédito no reino das ponderações humanitárias.

Repensar as possibilidades de garantir a realização do aborto às mães de fetos comprovadamente anencéfalos é mais do que um exercício especulativo. Constitui uma premente necessidade, apta a evidenciar que, a despeito das lamentáveis oportunidades perdidas com legalismos de toda sorte, é possível dar guarida a um direito assegurado constitucionalmente, mas que, entretanto, carece de respaldo da esfera penal.

7. Bibliografia

BARBATO JR, Roberto. Considerações sobre o crime de sedução: uma abordagem sociológica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 814, Agosto/2003, pp. 467-484.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 5 ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. Vol. 02. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte especial*. Vol. 02. São Paulo: Saraiva, 2003.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Cultura e sociedade no Brasil*. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro comentado. Parte Especial*. Vol. 04. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1959.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Vol. 01. 2 ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1962.

FRANCO, Alberto Silva. Aborto por indicação eugênica. In: BARRA, Rubens Prestes & ANDREUCCI, Ricardo Antunes (coord.). *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992, p. 80-108.

GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material. *Revista dos Tribunais*, n. 854, dez. 2006, p. 405-410.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. 01. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

HC Prejudicado. *Revista Consultor Jurídico*. 05.03.2004. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/24423,1>. Acesso em 20.07.2006.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume V. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LARA, André Martins; WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Clélia; FAYET, Fábio Agne. Existe aborto de anencéfalos? Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>

LOPES FILHO, Osíres de Azevedo. Decisão de ministro supera insuficiência do Código Penal. 10.07.2004. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/26301,1>. Acesso em 20.07.2006.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A dor a mais. *Folha de S. Paulo*. 29.10.2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NANCI, Luciana. Gestantes de feto sem cérebro não podem mais abortar. *Revista Consultor Jurídico*. 20.10.2004. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/30713,1> . Acesso em 20.07.2006.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. Vol. 02. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte Geral, Parte Especial*. 3 ed. São Paulo: RT, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial*. São Paulo: RT, 2005, p. 122.

PIOVESAN, Flavia e PIMENTEL, Silvia. A necessidade de reformar o Código Penal. *Folha de S. Paulo*, 06.02.2003.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal. Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Max Limonad, 1959.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Gravidez de alto risco. Abortamento necessário ou terapêutico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 08, out/dez, 2003, p. 239-246.

VIANNA, Túlio Lima. Debate sobre aborto demonstra influência religiosa no STF. *Revista Consultor Jurídico*. 24.10.2004. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/30783,1> Acesso em 20.07.2006.

Notas

^{1.} BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. Vol. 02. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 143.

^{2.} Idem, *Ibidem*, p. 142-143. Ainda a respeito dessa postura de avaliação do problema, valeria consultar FRANCO, Alberto Silva. Aborto por indicação eugênica. In: BARRA, Rubens Prestes & ANDREUCCI, Ricardo Antunes (coord.). *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992, p. 96 e seguintes.

^{3.} É comum até mesmo no âmbito da ficção as referências à respiração como único meio para se certificar de que o indivíduo morrerá. A emblemática ação de colocar um espelho sob as narinas do suposto falecido ainda encontra lugar em regiões subdesenvolvidas e destituídas de profissionais aptos a realizarem a verificação da morte.

^{4.} Determinar o momento em que um indivíduo deixa de existir é conduta que serve a inúmeros propósitos, tanto na área médica, quanto na jurídica. Ressalte-se, por exemplo, sua importância para a utilização de órgãos em transplantes.

5. LARA, André Martins; WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Clélia; FAYET, Fábio Agne. Existe aborto de anencéfalos? Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>
6. Idem, Ibidem. Grifos nossos.
7. Idem, Ibidem.
8. LARA, André Martins; WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Clélia; FAYET, Fábio Agne. Existe aborto de anencéfalos? Op. cit. Grifos nossos.
9. MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 91.
10. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 387.
11. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 803.
12. LARA, André Martins; WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Clélia; FAYET, Fábio Agne. Existe aborto de anencéfalos? Op. cit. Em conformidade com essa idéia sobre a vida é que deve ser lida a tese sustentada por Luiz Flávio Gomes a respeito da atipicidade do abortamento de fetos anencéfalos. Consultar sobre esse assunto GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material. *Revista dos Tribunais*, n. 854, dez. 2006, p. 405-410. Cezar Roberto Bitencourt também se apóia na "lei de transplante de órgãos (Lei n. 9.434/97)" para utilizar o argumento da atipicidade. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Op. cit., p. 145.
13. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. 01. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 416.
14. Rogério Greco entende que a possibilidade de aborto sentimental também é uma causa legal da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Idem, Ibidem, p. 416.
15. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte Geral, Parte Especial*. 3 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 303.
16. Idem, Ibidem.
17. *Revista dos Tribunais*, vol. 756, outubro/1998, p. 653.

18. Idem, *Ibidem*, p. 653. Note-se a ementa do acórdão relativo ao presente caso: "ABORTO – pedido de autorização judicial instruído com laudos médico e psicológico – Feto portador de anencefalia – Admissibilidade da interrupção da gravidez eis que evidenciado risco à saúde da gestante, especialmente psicológica. (RT 756/652).

19. TORRES, José Henrique Rodrigues. Gravidez de alto risco. Abortamento necessário ou terapêutico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 08, out/dez, 2003, p. 239-246. A explicação de Fernando Capez também segue em mesma perspectiva: "Técnicamente considerado, o aborto eugenésico dirá com a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, tanto por parte da gestante, considerando o dano psicológico a ela causado, em razão de uma gravidez cujo feto sabidamente não sobreviverá, como por parte do médico, que não pode ser compelido a prolongar o sofrimento da mulher". CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte especial*. Vol. 02. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 123.

20. NANJI, Luciana. Gestantes de feto sem cérebro não podem mais abortar. *Revista Consultor Jurídico*. 20.10.2004. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/30713,1> . Acesso em 20.07.2006.

21. Carlos Nelson Coutinho bem explica esse fenômeno de laicização do Estado: "Com as revoluções democrático-burguesas, com o nascimento do liberalismo, acontece um fato novo: o que poderíamos chamar de laicização do Estado. As instâncias ideológicas de legitimação passam a ser algo "privado" em relação ao "público": o Estado já não impõe uma religião, ou uma visão de mundo em geral; a religião deve conquistar consciências, deve confrontar-se, entrar em luta contra outras ideologias, contra outras visões de mundo". COUTINHO, Carlos Nelson. *Cultura e sociedade no Brasil*. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990, p. 15.

22. A respeito das relações entre religião e Estado, no que concerne a temas polêmicos julgados pelo STF, consultar VIANNA, Túlio Lima. Debate sobre aborto demonstra influência religiosa no STF. *Revista Consultor Jurídico*. 24.10.2004. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/30783,1> Acesso em 20.07.2006.

23. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A dor a mais. *Folha de S. Paulo*. 29.10.2004. Grifos nossos.

24. Idem, *Ibidem*.

25. Idem, Ibidem.
26. Idem, Ibidem.
27. Idem, Ibidem. Grifos nossos.
28. Valeria aqui a menção ao caso de Gabriela Oliveira Cordeiro que teve HC prejudicado por falta de objeto, já que a criança nasceu antes da sentença. Consultar "HC Prejudicado". *Revista Consultor Jurídico*. 05.03.2004. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/24423,1>. Acesso em 20.07.2006.
29. TORRES, José Henrique Rodrigues. Gravidez de alto risco. Abortamento necessário ou terapêutico. Op. cit., p. 240. Grifos nossos.
30. Já discutimos a eficácia normativa e a consonância de certas normas com a realidade social na qual vigem. Consultar BARBATO JR, Roberto. Considerações sobre o crime de sedução: uma abordagem sociológica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 814, Agosto/2003, pp. 467-484.
31. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume V. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 313.
32. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. Vol. 02. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 80. Grifos nossos.
33. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Op. cit., p. 141.
34. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Vol. 01. 2 ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1962.
35. FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro comentado. Parte Especial*. Vol. 04. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1959.
36. SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal. Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Max Limonad, 1959.
37. É Pierangeli quem coloca o problema da anencefalia como algo ínsito aos tempos modernos e somente existente em razão da capacidade científica para se detectar a ausência do cérebro. Também é o autor partidário da tese da ausência de culpabilidade. Diz ele: "A Justiça Penal, nos últimos tempos, tem se visto à volta com um problema trazido pelos novos recursos postos ao alcance da medicina: o da anencefalia (ausência de cérebro). Normalmente, os juízes, diante de uma prova irrefutável de um feto com ausência de cérebro, têm autorizado o aborto, sob fundamento de ausência de culpabilidade (conduta da

gestante não passível de censura). [...] Realmente, com a falta do cérebro, o feto não pode nascer com vida e, se isso ocorrer, a vida será apenas efêmera, pelo que seria desumano obrigar uma mulher arrastar por nove meses uma gestação da qual não poderá resultar uma vida. Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial*. São Paulo: RT, 2005, p. 122.

^{38.} Sobre a reforma da legislação penal, consulte-se PIOVESAN, Flavia e PIMENTEL, Silvia. A necessidade de reformar o Código Penal. *Folha de S. Paulo*, 06.02.2003.

^{39.} "Reforma do Código Penal (relatório e anteprojeto de lei)". Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/infancia/projetos_de_lei/id2953.htm

^{40.} LOPES FILHO, Osíres de Azevedo. Decisão de ministro supera insuficiência do Código Penal. 10.07.2004. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/26301,1>. Acesso em 20.07.2006. Grifos nossos.

^{41.} Conforme o dispositivo mencionado "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Note-se que a separação dos poderes é considerada Cláusula Pétrea (Art. 60, § 4º, III).

^{42.} [NANCI, Luciana. Gestantes de feto sem cérebro não podem mais abortar. Op. cit.](#) Façamos, a título de curiosidade, uma reflexão: se o judiciário legisla é porque o princípio da autonomia de cada poder não foi devidamente respeitado, posto que haveria uma interpenetração de funções dos poderes. É inadmissível, para a preservação da autonomia constitucional e da própria existência do Estado de Direito, que o Judiciário legisle. O caso acima descrito enquadra-se nas reflexões percucientes de Dalmo Dallari sobre a separação dos poderes. Notemos: "A primeira crítica feita ao sistema de separação de poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação". Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 220. Aqui, note-se bem, não se trata apenas de uma discussão dogmática.

Se pretendemos enfatizar a tutela de direitos inalienáveis e de direitos humanos não podemos fugir da necessidade de assinalar a preservação das funções dos órgãos de "poder". Nesse sentido, tanto o Judiciário, quanto o Legislativo, devem ter sua independência garantida. A esse respeito, aliás, Celso Bastos observa com acuidade que "A garantia da independência do Judiciário é requisito mínimo para se poder falar na existência de direitos do indivíduo contra o Estado. Sem essa instância neutra, não envolvida diretamente na questão posta em litígio, torna-se impensável a implantação da justiça". Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 5 ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 186.

^{43.} BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Op. cit., p. 140-141.

^{44.} MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*. Op. cit., p. 91.

^{45.} Esse também foi um dos fundamentos para autorização do aborto de feto anencéfalo dada por José Henrique Rodrigues Torres, em Campinas, em 1994. Cf. TORRES, José Henrique Rodrigues. *Gravidez de alto risco. Abortamento necessário ou terapêutico*. Op. cit.

* Roberto Barbato Jr - Mestre em Sociologia e Doutor em Ciências Sociais pela UNICAMP. Professor nos cursos de Direito da METROCAMP (Campinas) e UNIP (Limeira).

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11319>

Acesso em: 11 de junho de 2008.