

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

TARCILA TELES DE CAMPOS

**O DIREITO DE INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO NO CASO DE ANOMALIA FETAL
NA REGIÃO SUL DO BRASIL**

**CURITIBA
2015**

TARCILA TELES DE CAMPOS

**O DIREITO DE INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO NO CASO DE ANOMALIA FETAL
NA REGIÃO SUL DO BRASIL**

Artigo apresentado como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Tiago Gagliano Pinto

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

TARCILA TELES DE CAMPOS

O DIREITO DE INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO NO CASO DE ANOMALIA FETAL
NA REGIÃO SUL DO BRASIL

Artigo aprovado como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 15 de junho de 2015.

O DIREITO DE INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO NO CASO DE ANOMALIA FETAL NA REGIÃO SUL DO BRASIL

Tarcila Teles de Campos¹

RESUMO

Este artigo objetiva expor e analisar as decisões judiciais proferidas pelos Tribunais de Justiça da região sul do Brasil em processos judiciais nos quais pleiteou-se o direito de interrupção da gestação de fetos portadores de anomalias fetais. Após, pretende defender o exercício do direito supramencionado, utilizando como base argumentativa as teorias da justiça Utilitarista e Liberal Igualitária.

Palavras-chave: Interrupção. Gestação. Anomalia fetal.

ABSTRACT

This paper aims to expose and analyze the judgments given by the Courts of Southern Brazil in lawsuits in which is pleaded the right to terminate pregnancy of fetuses with fetal abnormalities. After that, it intends to defend the exercise of that rights, in collation of theories of justice such as the Utilitarian and the Liberal Egalitarianism.

Key-words: Interruption. Gestation. Fetal anomaly.

1 INTRODUÇÃO

Os avanços científicos tecnológicos, medicinais e biológicos trouxeram consigo a problemática ético jurídica acerca do direito de interrupção da gestação

¹ Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. Artigo apresentado como requisito para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura do Paraná em 2014.

nos casos de anomalia fetal. Tal problemática se deve ao fato de que o Código Penal, lei que regula o aborto no Brasil, foi instituído na década de 40, tornando-se há muito tempo, pelo menos no que diz respeito ao direito supramencionado, lei antiquada e indiscutivelmente carente de atualização.

Naquela época, o legislador se preocupou em descriminalizar o aborto em apenas duas situações: quando necessário para salvar a vida da gestante e quando a gravidez resultasse de estupro e houvesse o consentimento da gestante para interrupção da gravidez ou do seu representante legal, se incapaz. Avaliando as condições sociais, bem como os recursos técnicos medicinais daquela época no que diz respeito à gestação, compreende-se que de outra forma não poderia ter agido o legislador.

No entanto, com o passar dos anos, a importância da assistência à saúde da mulher brasileira foi ganhando força e no final da década de 90 o Ministério da Saúde definiu a saúde da mulher como prioritária, sistematizando-a em três linhas principais de ações. Uma das ações, a que mais interessa ao âmago do assunto aqui discutido, foi a implementação do pré-natal através do lançamento do Programa de Humanização do Pré-Natal e Nascimento (PHPN). Desde então, a medicina obstétrica avançou significativamente e hoje em dia, através de um exame cromossômico durante a gravidez, é possível detectar se o feto apresenta alguma anomalia.²

Desse modo, em que pese o STF tenha declarado a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, realizado o exame cromossômico e constatado que o feto é portador de uma anomalia diferente da anencefalia, a gestante se vê abrigada a levar a termo a gravidez, mesmo sabendo que aquela criança terá poucas chances de sobreviver fora do seu útero, ou sobreviverá para uma vida cheia de limitações e mergulhada no desprezo e preconceito da própria sociedade.

Diante da situação, muitas mulheres recorrem ao Poder Judiciário, buscando a autorização para a interrupção da gestação. O desfecho desses casos são incertos e a jurisprudência não é pacífica. Nesse passo, o presente artigo busca

² SERRUYA, Suzanne Jacob; LAGO, Tânia Di Giacomo; Cecatti, José Guilherme. **O panorama da Atenção pré-natal no Brasil e O Programa de Humanização do Pré-natal e Nascimento**. Rev. Bras. Mater Saude. Infant., Recife, v. 4, n. 3, p. 269-279, setembro de 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292004000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

analisar as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça da região sul do Brasil, para posteriormente fundamentar a favor do direito de interrupção da gestação nos casos de anomalias fetais, fundamentação esta baseada nas teorias da justiça do Utilitarismo e do Libertarismo.

2 O DIREITO DE INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO NO CASO DE ANOMALIA FETAL NO CENÁRIO JURISPRUDENCIAL DA REGIÃO SUL DO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade nos termos da própria Constituição. A vida encontra-se como item primeiro dos direitos fundamentais elencados pelo artigo mencionado e por isso frequentemente é considerado o direito fundamental máximo, devendo ser respeitado e colocado à frente de todos os outros direitos garantidos pelo mesmo dispositivo. No entanto, é certo que a questão da interrupção da gestação nos casos de anomalia fetal vai muito além da inviolabilidade do direito à vida, pois, vários outros direitos garantidos tanto pela Constituição como pela legislação esparsa estão envolvidos.

Existe um grande contra-senso nos casos e por quais motivos o aborto é despenalizado ou criminalizado no Brasil. No primeiro caso, ao despenalizar o aborto necessário previsto no artigo 128, inciso I, do Código Penal, o legislador valorou o mesmo direito - à vida - de formas diferentes, ao permitir a realização do aborto para salvar a vida da gestante. Visto que a Constituição garante o direito à vida puro e simples, sem estabelecer qualquer valor para este, como pode uma norma penal estabelecer qual vida vale a pena ser preservada?

No segundo caso, previsto no inciso II do artigo supramencionado, não se pune o aborto no caso da gravidez resultante de estupro. Aqui estamos diante de outro disparate, pois é óbvio que ao permitir o aborto nesse caso, o legislador levou em conta a dignidade da pessoa humana, bem como a liberdade sexual e autonomia da vontade, pois seria inadmissível obrigar uma mulher a ter um filho resultante de tal brutalidade. No entanto, se a vida é o direito constitucional supremo, não seria

possível desconsiderá-lo em tal situação, afinal, estaria-se levando em conta apenas os direitos da mulher e menosprezando os direitos do nascituro.

O terceiro caso é ainda mais complicado, pois, o STF ao “permitir” a realização do aborto nos casos de anencefalia, usou principalmente do argumento de que o feto anencéfalo não tem vida juridicamente tutelada, vejamos:

[...] não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida [...] o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de tecidos e células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.³

Tadavia, tal argumento perde sua validade diante das evidências, já que temos no Brasil casos em que a anencefalia foi diagnosticada e houve sim vida extrauterina. Exemplo disso são os casos da Marcela de Jesus e Vitória de Cristo⁴.

Ademais, no caso da anencefalia, o STF reconheceu os direitos à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade da mulher, argumentando que além dos fatores de risco físicos, há ainda os fatores psicológicos a serem levados em consideração, dado que “na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes,

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**, Brasília-DF. Relator. Min. Marco Aurélio. Julgado em 12.4.2012. Pág. 54. Documento acessado em 04 de março de 2015, no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 3673599.

⁴ A menina **Marcela de Jesus**, nasceu em 20 de Novembro de 2006, no Município de Patrocínio Paulista, sem o córtex cerebral, apenas o tronco cerebral, responsável pela respiração e batimentos cardíacos. O caso gerou divergências, pois alguns especialistas levantaram a hipótese de que a menina sofria na realidade de uma má formação do crânio associado a um desenvolvimento reduzido do cérebro (microcefalia). Outros acharam que o que ocorreu foi uma forma “não clássica” de anencefalia. Marcela faleceu em 31 de Julho de 2008, em consequência de uma pneumonia aspirativa. E segundo os médicos a sobrevivência surpreendente de Marcela mostra que o diagnóstico não é nada definitivo. Em entrevista feita quando Marcela ainda estava viva, a pediatra **Márcia Beani Barcelos**, profissional que mais acompanhou o caso, afirmou que a discrepância não era só em relação ao diagnóstico intrauterino, mas aos prognósticos geralmente feitos. “**Ela não pode ser comparada com uma criança com morte cerebral que não tem sentimentos. A Marcela não vive em estado vegetativo. Agora como ela processa isso, é um Mistério.**” **Vitória de Cristo**, uma menina que nasceu em 13 de Fevereiro de 2010 em uma cidade de São Paulo, é que também outro caso raro de criança diagnosticada com anencefalia que sobreviveu além dos prognósticos, tendo completado dois anos agora em 2012. Com 12^o semanas de gestação, ela foi diagnosticada com Acrania, situação que evolui para anencefalia, e seus pais foram contra a interrupção da gravidez, e ao nascer Vitória foi diagnosticada como anencéfala e aos quatro meses de vida, um exame de Ressonância Magnética relatou “**Anencefalia Incompleta**”. Aos dois anos de idade, Vitória faz fisioterapia, alimentasse normalmente, responde à estímulos, engatinha e até manifesta sorrisos. Os seus pais acreditam que isso só vem demonstrar que como o diagnóstico de anencefalia é complexo. O **Brasil** tem aproximadamente um caso para cada 700 bebês nascidos, e é o quarto país no mundo com maior incidência de Anencefalia, em primeiro lugar esta o **País de Gales**, onde são registrados de 5 a 7 casos pra cada 1.000 nascimentos. Sabe-se que existem fatores genéticos e ambientais envolvidos nesse tipo de má formação, mas as mulheres diabéticas tem seis vezes mais chances de ter um bebê com anencefalia. O consumo de **Acido Fólico** (uma vitamina do complexo B, presente nos vegetais, brócolis e folhas verdes) antes e no início da gestação, é a única forma de prevenir o problema, mas para evita-lo.” Fonte: <http://delmosaud.blogspot.com.br/2012/04/anencefalia-os-casos-de-marcela-e.html>, acesso em 06 de maio de 2015.

reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito.” Nesses casos,

Impedida de dar fim a tal sofrimento a mulher pode desenvolver [...] 'um quadro psiquiátrico grave de depressão, de transtorno, de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio, já que não lhe permitem uma decisão, ela pode chegar à conclusão, na depressão, de autoextermínio'.⁵

Contudo, quem é que garante que uma mulher não pode chegar a sofrer da mesma forma ao gestar um feto portador de uma anomalia diferente da anencefalia? Como pode o Estado determinar o grau de sofrimento e as consequências psíquicas que um ser humano pode sofrer?

É claro que todas as discrepâncias no entendimento jurídico acerca do tema podem ser justificadas por outro entendimento no qual se estabelece que não há hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos e que o mesmo não tem caráter absoluto. No entanto, o fato desse direito não ser absoluto e comportar diferentes gradações faz com que não haja segurança jurídica sobre o tema aqui discutido e torna impossível a padronização do entendimento jurisprudencial, dando margem à decisões conflitantes.

Nesse passo, ao se deparar com um pedido de interrupção da gestação no caso de anomalia fetal, a maioria dos eméritos julgadores do Sul do Brasil infelizmente se apegam ao formalismo jurídico, e acabam negando o pedido basicamente por três razões: primeiro, porque a Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida e não seria razoável interromper uma gestação existindo a possibilidade do feto nascer vivo; segundo, porque o Código Penal não autoriza o aborto eugênico, mas somente o aborto necessário e o sentimental; e terceiro, porque a anomalia apresentada não representa anencefalia.

Tais argumentos foram utilizados pelos Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, especificamente na Apelação Crime nº 70026983445, da Comarca de Porto Alegre, em que o feto malformado era portador da Síndrome de Edwards e a relatora negou provimento ao apelo “porque sequer é razoável autorizar a interrupção da gravidez

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**, Brasília-DF. Relator. Min. Marco Aurélio. Julgado em 12.4.2012. Pág. 63. Documento acessado em 04 de março de 2015, no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 3673599.

com a morte do feto se pode nascer vivo, face o estágio da gravidez”, ainda, “se induzido (o parto) a criança nascer viva, evidente que esta deve ser preservada, até que o óbito ocorra naturalmente”.⁶ Noutro caso em trâmite na mesma Câmara (Apelação Crime nº 70051817393), o apelo foi negado basicamente porque a malformação apresentada pelo feto não era de todo incompatível com a vida extrauterina, vejamos:

Pois, apesar dos percuientes e doutos argumentos do ilustre colega – como de hábito, aliás – no precedente transcrito, não me convenci da procedência do pedido no caso concreto, sobretudo porque, pesquisando a respeito da gastroquise no sítio Google – como recomenda a urgência da pedido – obtive saber que ela não é de todo incompatível com a vida extrauterina, sendo passível de correções cirúrgicas. [...] Em assim sendo, não reconheço a alegada inviabilidade da vida extrauterina, por não demonstrada de modo suficiente, e mantenho a decisão por esse fundamento.⁷

Ressalta-se aqui o direito primordial a ser preservado: a vida. Mas será que o legislador, ao editar os direitos fundamentais, pensou no direito à vida apenas como o direito de estar vivo, respirando? Não importa aqui o direito à vida digna? Além do mais, no caso supracitado, a malformação apresentada, qual seja, “amplo defeito do fechamento da parede abdominal anterior com exteriorização de vísceras abdominais como fígado, estômago, intestinos, e pelo menos um dos rins do feto”, haveria de ser corrigida através de procedimentos cirúrgicos para que o direito à vida fosse de fato garantido. Nesse passo, não tendo a família condições de arcar com as despesas de tais procedimentos, haveria de recorrer novamente ao Judiciário para tentar salvar a vida daquela criança que, na visão do ilustre magistrado, há muito já estivera garantida.

Outro caso semelhante tramitou na Segunda Câmara Criminal do mesmo Tribunal, através da Apelação Crime nº 70060082864. Neste caso, o pedido de interrupção da gestação foi motivado pela malformação do feto decorrente de displasia renal bilateral e megabexiga e negado pela inexistência de comprovação de que o feto não sobreviveria, em hipótese alguma, no ambiente extrauterino, bem

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70026983445/2008**. 3. Câmara Criminal. Vanessa Ramos de Moura e Ministério Público. Relatora: Des.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos. Unânime. Acórdão proferido em 30.10.2008.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70051817393/2012**. 3. Câmara Criminal. Elisiane de Lima Ferreira e Ministério Público. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Por maioria. Acórdão proferido em 22.11.2012.

como pela inexistência de risco iminente à vida da mãe.⁸ Os mesmos argumentos foram usados na decisão da Apelação nº 70056632276/2013, em que o feto era portador de Artrogripose⁹ e na decisão da Apelação 70008550360/2004, em que o feto foi diagnosticado com “higroma cístico (tumor linfático) e “hidrops fetalis” (acúmulo de líquido no tecido subcutâneo e cavidades do concepto), com derrame pericárdio e pleural, oligoidrâmnio (diminuição de líquido amniótico), e portador da Síndrome de Turner”.¹⁰

Na Apelação nº 70055089049/2013, também do Estado do Rio Grande do Sul, em que o feto era portador da Síndrome de Edwards, a ordem foi denegada por não se tratar o caso de feto anencéfalo. Ademais, merece destaque o trecho em que o relator argumenta que “o mero abalo psicológico dos pais, que evidentemente, é muito grande nesses casos, não autoriza, no nosso ordenamento jurídico, a prática do aborto”.¹¹ Ora, se o abalo psicológico é considerado no caso do aborto sentimental em que a gravidez resulta de estupro e foi considerado também no caso de anencefalia, por qual razão não haveria de ser considerado neste caso?

Em Santa Catarina, o direito de interromper a gestação de um feto portador da Síndrome de Edwards e da Síndrome de Patau foi pleiteado através do Habeas Corpus nº 2012.0034943, da Comarca de Navegantes. No acórdão, a ordem foi denegada por votação unânime, visto que

[...] em que pesem os argumentos da impetrante e da douta Procuradoria Geral de Justiça, considerando que não há qualquer indicativo de risco à integridade física da paciente gestante, que a gravidez já se encontra em estágio avançado (31 semanas de gestação) e que inexistente comprovação de que o feto não sobreviverá, em hipótese alguma, no ambiente extrauterino, entendo que se deve denegar a ordem.¹²

Em outros dois casos o direito de interromper a gestação foi conquistado. No primeiro deles, a liminar postulada no processo nº 134/111.000231-7, relativo ao

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70060082864/2014**. 2. Câmara Criminal. Elisângela da Silva Machado e Ministério Público. Relatora: Des.^a Rosane Ramos de Oliveira Michels. Unânime. Acórdão proferido em 10.7.2014.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70056632276/2013**. 2. Câmara Criminal. Isolete Cristiana Ferreira e Ministério Público. Relator: Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Unânime. Acórdão proferido em 24.10.2013.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70008550360/2004**. 2. Câmara Criminal. Bárbara Lisboa Peres e Ministério Público. Relatora: Des.^a Lais Rogéria Alves Barbosa. Unânime. Acórdão proferido em 13.5.2004.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70055089049/2013**. 1. Câmara Criminal. Tatiana Clarinda Albino e Ministério Público. Relator: Des. Julio Cesar Finger. Unânime. Acórdão proferido em 26.6.2013.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Habeas Corpus n. 2012.003494-3**. 3. Câmara Criminal. Débora Salau do Nascimento e Juízo da Vara Criminal de Navegantes. Relator: Des. Alexandre D'Ivanenko. Unânime. Acórdão proferido em 5.3.2012.

Agravo de Instrumento nº 70041279639 foi concedida em Juízo de retratação pela Magistrada *a quo*. Neste caso, porém, havia risco de morte para a mãe, bem como impossibilidade de vida pós-natal dos fetos, visto que os mesmos encontravam-se unidos pelo tórax e compartilhavam o mesmo coração.¹³

No segundo caso, que tramitou na Primeira Câmara Criminal do Estado do Rio Grande do Sul, através da Apelação nº 70006088090/2003, o pedido de autorização judicial para interrupção da gestação de um feto que apresentava Síndrome de Patau foi provido por maioria dos votos. Aqui, os eméritos julgadores entenderam pela aplicação do artigo 128, inciso I, do Código Penal, por analogia *in bonam partem*, vejamos:

É certo que, como sustenta a magistrada na decisão guerreada, bem como a Dra. Procuradora de Justiça que oficiou no feito, a situação exposta não sei inclui entre as excludentes de entijuridicidade do aborto, arroladas taxativamente no art. 128 do Código Penal. [...] Não obstante isso, tenho que merece acolhimento a irresignação dos apelantes e em consequência, o pleito formulado, por variadas razões, que passo a expor sucintamente.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que, por ocasião da elaboração e da promulgação do Código Penal, em 1940, não dispunha a Medicina, ainda rústica e incipiente, dos recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outras anomalias fetais, indicativas de morte logo após o parto ou de irreversíveis sequelas físicas ou mentais. [...] Por óbvio, a lei não poderia prever uma situação inexistente na realidade e incluí-la entre as causas de exclusão de ilicitude do aborto. Hoje, como é amplamente difundido, com os avanços tecnológicos aplicados à Medicina, [...] a situação muda de figura, não sendo desarrazoado supor que, havendo tal possibilidade na época em que foi elaborado, o Código Penal também isentasse de pena o chamado aborto eugênico, como é conhecida a interrupção da gestação na hipótese vertente, o que se extrai da própria *mens legis* do referido preceito da lei penal. Tal circunstância, por si só, autoriza uma atualização do pensamento em torno da matéria, eis que o Direito, como se sabe, não se esgota na lei, neme está estagnado no tempo, mas necessita acompanhar a evolução social, sob pena de perder o prestígio e o sentido, tornando-se antes um estorvo desprezado pela sociedade do que um efetivo instrumento de concretização da paz social.¹⁴

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70041279639/2011**. 3. Câmara Criminal. Jussara Raquel da Silveira e Ministério Público. Relator: Des. Ivan Leomar Bruxel. Decisão Monocrática proferida em 25.2.2011.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70006088090/2003**. 1. Câmara Criminal. Rosana da Silva Rodrigues e Ministério Público. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Por Maioria. Acórdão proferido em 2.4.2003.

Além disso, foi argumentado que a jurisprudência, “sensível à realidade da vida e suas constantes mudanças”, estaria fazendo uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, do Código Penal, “admitindo o aborto, não só quando indispensável para salvar a vida da gestante, mas quando necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica”. Nesse passo, deveria ser aplicada a analogia *in bonam partem*, eis que admissível em matéria penal e já que o deferimento do pedido não estaria “criando nenhuma figura típica, nem enquadrando analogicamente uma conduta em tipo penal que não a preveja estritamente, mas apenas estendendo uma causa de isenção da punibilidade a uma situação assemelhada à que a lei descreve”.

Embora tenha conquistado o direito de interromper a gestação, conforme noticiado na Revista Época, em 02/04/2003, a gestante não exerceu esse direito. Na referida, foi explicitado:

Rosana conquistou esse direito, mas não o exerceu. Quando a decisão saiu, ela já estava no quinto mês de gravidez. Os médicos disseram que, naquele estágio, não fariam um aborto, mas uma antecipação do parto. Assim, se o bebê nascesse com vida, poderia passar dias, semanas ou meses na Unidade de Terapia Intensiva (UTI). Rosana já passara por isso com seu primeiro filho – um garoto que hoje tem 18 anos e tem malformação no cérebro – e não quis repetir a experiência. Resolveu esperar até o fim da gestação. “Levei a gravidez com muito sofrimento. Vivia sedada e comecei a fazer terapia para sobreviver”, afirma. “Deixamos de fazer planos. Estagnamos ali.” Depois do parto, uma mini-UTI foi montada em sua casa. Foi lá que, aos 3 meses de vida, Luiz Miguel morreu. Casada há 20 anos e mãe de dois filhos (ela tem também uma menina de 7 anos), Rosana não se arrepende de ter mantido a gravidez. Mas ficou feliz com o desfecho jurídico de sua história. “Nosso caso serviu de jurisprudência e abriu portas para outras pessoas”, diz. Seu processo ajudou a criar uma nova realidade na interpretação jurídica de situações de malformação de fetos, além da anencefalia. Foi citado em pelo menos outras oito decisões judiciais que autorizaram interrupção de gravidez.¹⁵

Nesse caso, muitas pessoas podem afirmar que a decisão judicial foi inútil e que já que o direito não foi exercido pela apelante, não deveria sequer ter sido pleiteado. No entanto, não se pode olvidar que a função de um processo judicial é justamente possibilitar o exercício de determinado direito. Isso não significa, contudo, que as partes sejam obrigadas a exercê-lo de fato.

¹⁵ PINHO, Angela. O aborto além da anencefalia. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/04/o-aborto-alem-da-anencefalia.html#>>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

3 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA FELICIDADE – O UTILITARISMO

O Utilitarismo é uma corrente filosófica que surgiu no século XVIII, na Inglaterra, através do pensamento político de Jeremy Bentham (1748 – 1832) e de John Stuart Mill (1806 – 1873). Nas palavras de Michael Sandel, a ideia central dessa filosofia “é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor”. Bentham conceituou o princípio da utilidade no livro *Introdução aos Princípios da Moral e Legislação*, da seguinte forma:

Por princípio da utilidade, entendemos o princípio segundo o qual toda a ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função da sua tendência de aumentar ou reduzir o bem-estar das partes afetadas pela ação. (...) Designamos por utilidade a tendência de alguma coisa em alcançar o bem-estar, o bem, o belo, a felicidade, as vantagens, etc. O conceito de utilidade não deve ser reduzido ao sentido corrente de modo de vida com um fim imediato.¹⁶

Na obra *Filosofia Política Contemporânea*, Will Kymlicka expõe dois pontos atrativos da teoria utilitarista: o primeiro, o bem que ela busca promover, e o segundo, o consequencialismo. Em suas palavras, essas duas características tornam a teoria atraente na moralidade política, pois:

[...] o objetivo que os utilitários buscam promover não depende da existência de Deus, de um espírito ou de qualquer entidade metafísica dúbia. [...] O bem que ele busca promover – a felicidade, a prosperidade, ou o bem-estar – é algo que todos buscamos na nossa vida e na vida de quem amamos. [...] Um atrativo distinto, mas relacionado, é o “consequencialismo” do utilitarismo. [...] sua importância é que ele requer que verifiquemos se o ato ou procedimento em questão realmente faz algum bem identificável ou não [...] Ele exige que qualquer um que condene algo como moralmente errado mostre quem é prejudicado com isso, ou seja, que demonstre como a vida de alguém torna-se pior. Da mesma maneira, o consequencialismo diz que uma coisa só é moralmente boa se torna melhor a vida de alguém.¹⁷

¹⁶ BENTHAM, Jeremy. *Introdução aos Princípios da Moral e Legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

¹⁷ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Pág. 12-13.

Embora o utilitarismo tenha se tornado a teoria da justiça mais influente no século XX e seja considerada bastante progressista, não lhe faltam objeções. Sandel critica tal teoria pelo fato de que a mesma não respeita os direitos individuais, pois considera apenas a soma das satisfações, mostrando-se como uma ciência baseada na quantificação e no cômputo geral da felicidade. Aqui, as preferências de todos têm peso igual e devem ser respeitadas sem julgamento. Nesse passo, o utilitarismo “não atribui o devido valor à dignidade da pessoa humana e aos direitos individuais e reduz equivocadamente tudo que tem importância moral a uma única escala de prazer e de dor”.¹⁸

John Stuart Mill reformulou o utilitarismo como uma teoria mais humana e menos calculista. Para ele, o indivíduo é soberano, e por isso é livre para fazer o que quiser, desde que não faça mal aos outros. Nesse passo, “o governo não deve interferir na liberdade individual a fim de proteger uma pessoa de si mesma ou impor as crenças da maioria no que concerne à melhor maneira de viver”.¹⁹ Assim, segundo Mill, uma pessoa só deve explicações à sociedade quando agir de forma que prejudique diretamente um terceiro.

3.1 O DIREITO DE INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO NO CASO DE ANOMALIA FETAL NO UTILITARISMO

Se aplicássemos a teoria utilitária para solucionar os impasses de um pedido de interrupção da gestação nos casos de anomalia fetal, a decisão certamente seria favorável ao requerente pois, se o objetivo primordial do utilitarismo é a maximização do bem estar e da felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor, de outra forma não poderia decidir o emérito julgador senão autorizar a interrupção de uma gestação como tal. Decidindo desta forma, estaria maximizando não só o bem estar da própria gestante, mas também de todos aqueles que esperavam pelo nascimento de uma criança saudável, com plenas chances de sobreviver no mundo extrauterino. De outra banda, é preciso atentar para o outro ponto fundamental desta teoria, que diz respeito ao consequencialismo de

¹⁸ SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. Pág. 63.

¹⁹ SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. Pág. 64.

determinada ação. Da mesma forma, se o consequencialismo diz que uma ação só é moralmente correta se torna melhor a vida de alguém, não haveriam motivos para negar o pedido formulado.

Uma das críticas mais fortes aos utilitarismo seria a de que esta teoria não respeita os direitos individuais. Tal assertiva não encontraria respaldo nos casos de interrupção da gestação de fetos anômalos, até porque estaria se atentando principalmente contra o direito individual da mulher de não gestar uma criança sem chances de vida.

É certo que o direito à vida do feto seria questionado. No entanto, para solucionar o problema, voltamos ao objetivo primordial do utilitarismo: a maximização da felicidade. De acordo com a referida doutrina, seria moralmente correto maximizar a felicidade da mãe, do pai e de todos os familiares, permitindo a interrupção da gravidez. Aqui, os direitos têm peso igual e o que vale é a quantificação do bem-estar. Quanto mais pessoas satisfeitas, melhor.

Se interpretarmos a teoria de acordo com Mill e deixássemos de lado a quantificação do bem-estar, estaríamos defendendo que o ser humano é livre para fazer o que quiser desde que não prejudique outras pessoas. Nesse passo, ao negar o pedido de interrupção da gestação, é certo que o julgador estaria prejudicando não só a gestante, bem como seus familiares, por todo o sofrimento e abalos psicológicos, senão físicos que eles estariam fadados a suportar. Além do mais, a afirmação de que o feto estaria sendo prejudicado com a referida ordem perde sua validade quando nos deparamos com a incerteza do futuro. Estaríamos defendendo a vida de alguém sem sequer sabermos se aquele ser humano gostaria de ter tido a oportunidade de exercer o seu direito à vida, ainda mais uma vida cheia de limitações e fadada ao sofrimento.

Num primeiro momento, tal afirmação parece absurda, mas a Corte de Cassação Francesa, ao julgar o polêmico Acórdão nº 457 no ano de 2000, “confirmou o direito de uma criança nascida com deficiência figurar como autora, por representação, de ação judicial de reparação de danos proposta em face do médico de sua mãe”. No caso Perruche, como ficou conhecido, a mais alta Corte Francesa confirmou, através da reparação de danos, o direito de não nascer de Nicolas. Aqui, entendeu-se que:

Apesar de não existir lei que compromettesse a equipe médica com o resultado “nascimento de uma criança normal”, a negligência no momento do diagnóstico pré-natal, meio de prever hipótese de anomalia fetal, provocou a perda da chance de Josette Perruche optar pela interrupção voluntária da gestação de Nicolas Perruche. Essa quebra do dever de cuidado e do dever de informação foi interpretada como uma inexecução contratual por parte do médico, que teria provocado um dano não só à mãe, mas principalmente à própria criança que nasceu.²⁰

Nesse passo, não há dúvidas que no referido Acórdão o pedido foi considerado como se fosse de interesse da criança a opção da mãe pela interrupção da gestação, mesmo que aquela criança deixasse de existir caso tal decisão fosse levada a termo.

O certo é que, como defende Mill, “o governo não deve interferir na liberdade individual a fim de proteger uma pessoa de si mesma ou impor as crenças da maioria no que concerne à melhor maneira de viver”.²¹

4 A QUESTÃO DA EQUIDADE - TEORIA LIBERAL IGUALITÁRIA

Embora ainda existam pessoas que defendam o utilitarismo, a maior parte do que foi escrito na filosofia política nos últimos vinte anos foi sobre a questão da equidade. John Rawls (1921 - 2002) foi um dos primeiros a apresentar uma teoria alternativa ao utilitarismo, argumentando em seu livro *Uma Teoria da Justiça* (1971), que a forma pela qual pode-se entender a justiça é partindo de uma premissa básica, perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em uma situação inicial de equidade. Essa posição equânime seria como um “véu de ignorância”, sob o qual as pessoas teriam de escolher os princípios que regem a sociedade sem saber qual é a sua classe social, sua raça ou etnia, sexo, idade, opinião política, crenças religiosas, tampouco saberiam se seriam pessoas saudáveis ou deficientes, se haviam nascido em uma família economicamente e psicologicamente estruturada ou não. Para Rawls, um princípio justo só poderia ser escolhido se as convicções pessoais de cada um fossem deixadas de lado e é assim que ele entende um contrato social - “um acordo hipotético em uma posição original

²⁰ GODOY, Gabriel Gualano de. **Acórdão Perruche e o Direito de Não Nascer**. 2007. 133f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

²¹ SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 64.

de equidade”. Dessa forma, Sandel afirma que “ao fazer com que as pessoas ignorem sua posição na sociedade, suas forças e fraquezas, seus valores e objetivos, o véu de ignorância garante que ninguém possa obter vantagens, ainda que, involuntariamente, valendo-se de uma posição favorável de barganha”.²²

A concepção geral de justiça para Rawls é composta pela ideia central de que “todos os bens primários sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases do respeito de si mesmo – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de qualquer um ou de todos estes bens seja vantajosa para os menos favorecidos”. Nas palavras de Gargarella,

Quando Rawls descreve os agentes da “posição original” como indivíduos que desconhecem os traços básicos de suas biografias, torna-se visível a intuição fundamental de sua proposta. Ela afirma que uma teoria da justiça não merece ser reconhecida como tal se permite que as pessoas sejam beneficiadas ou prejudicadas por circunstâncias alheias a sua vontade – isto é, alheias a suas próprias escolhas.²³

Rawls determina os princípios da justiça como o Princípio da Igualdade e o Princípio da Diferença, da seguinte forma:

Primeiro princípio – Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais extenso de liberdades básicas compatíveis com um sistema de liberdade similar para todos.

Segundo princípio – As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de modo que sejam:

(a) para o maior benefício dos que têm menos vantagens, e

(b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade de oportunidade equitativas.²⁴

Nessa esteira, é certo que as arbitrariedades morais não são justas ou injustas em si mesmas e não se pode recriminar a natureza pelo que nos tenha favorecido ou prejudicado ao nascermos. Desse modo, na visão de Rawls, “a natureza não é justa ou injusta conosco, o que é justo ou injusto é o modo como o

²² SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 188.

²³ GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Política**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

sistema institucional processa esses fatos da natureza”.²⁵ O Estado deve tentar ao máximo equiparar as pessoas, dando-lhes condições para que busquem a melhor forma de viver, livres de questões prejudiciais alheias à sua vontade.

4.1 O DIREITO DE INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO NO CASO DE ANOMALIA FETAL NA TEORIA LIBERAL IGUALITÁRIA

Se a teoria liberal igualitária fosse utilizada na análise de um pedido de interrupção da gestação de um feto portador de alguma anomalia, outra decisão não poderia ser tomada, senão a concessão do direito de interrupção. Essa afirmação é no mínimo razoável se deixarmos de lado nossas convicções morais e religiosas e nos colocarmos numa posição original de equidade. Estando nessa posição, imperioso se faz que nos coloquemos no lugar da parte e nos perguntemos se gostaríamos de ter o direito de interromper uma gestação no caso de anomalia fetal. Da mesma forma, se um princípio só é justo se não permite que as pessoas sejam prejudicadas por questões alheias à sua vontade, nesse caso por uma arbitrariedade natural, o que impediria que uma mãe tivesse o direito de interromper uma gestação no caso de anomalia fetal? Além do mais, qualquer ser humano em sã consciência deseja e espera por uma criança saudável e é completamente aceitável que não deseje gestar um feto que assim não seja.

Se analisarmos a questão atentando para os princípios da igualdade e da diferença de Rawls, chegaremos à conclusão de que a posição de igualdade da qual todos deveriam partir, ou seja, nascer, muitas vezes pode ser proporcionada pelo Estado. A questão pode ser resolvida quando falamos principalmente da situação socioeconômica do ser humano. No entanto, a desvantagem natural sob a qual uma criança portadora de uma anomalia grave nasce, na grande maioria das vezes não pode ser remediada e tampouco consertada pelo Estado. Dessa forma, obrigar que um ser humano nasça numa posição original desvantajosa, sem que se possa aniquilar por completo tal desvantagem e conseqüentemente colocá-lo em posição de igualdade com os outros seres humanos, é cometer uma grande injustiça.

O Estado não dá conta sequer de minimizar as desigualdades socioeconômicas da população, quem dirá remediar ou prestar assistência digna à esses seres humanos que, por questões alheias à sua vontade, nasceram e

²⁵ GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

morrerão em desvantagem, fadados à uma vida longe de ser digna, cheia de limitações e sofrimento.

5. CONCLUSÃO

Em que pese a questão do aborto esteja sendo cada vez mais discutida no âmbito jurídico brasileiro e por mais que o STF tenha declarado recentemente a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, a solução para estes casos está longe de ser alcançada.

Isso pode ser constatado com facilidade se analisarmos as decisões proferidas pelos tribunais de justiça da região sul do Brasil nos últimos anos. Dos nove casos citados, em apenas dois deles o direito de interromper a gestação de um feto anômalo foi conquistado. Nos outros sete casos o pedido foi indeferido. Isso se deve tanto pelo fato de que a atualização da legislação brasileira caminha à passos lentos, quanto pelo arraigado apego ao formalismo jurídico nas decisões proferidas pelos eméritos julgadores. Isso sem contar que, apesar de o Brasil ser um Estado laico, a luta de classes religiosas contra o aborto existe demasiadamente.

No entanto, se aplicarmos tanto a teoria da justiça do utilitarismo - que preconiza a maximização da felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor – quanto a teoria liberal igualitária – na qual uma decisão justa deverá partir de um indivíduo numa posição original de equidade, sob o “véu da ignorância” -, chegaremos à conclusão de que negar à mulher o direito de interromper a gestação no caso de anomalia fetal, seria atentar contra a sua saúde física, mental e contra a sua liberdade.

Para decidir de forma justa, imprescindível se faz que deixemos de lado nossas convicções morais e religiosas e nos coloquemos no lugar daqueles que recorrem ao Poder Judiciário para solucionar seus conflitos. Até porque o apego ao formalismo jurídico acaba prejudicando os demandantes visto que o Estado, infelizmente, não tem o poder de aniquilar o sofrimento da gestante e tampouco a anomalia apresentada pelo feto denegando o direito de interrupção da gestação. Ao

contrário do entendimento de que o juiz deve se manter neutro frente às causas que está julgando, nesses casos seria razoável que tentasse se colocar no lugar daquela gestante, daquela família e até mesmo daquele feto que estará fadado à uma vida cheia de limitações, à quem da dignidade humana.