



**A INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO INVIÁVEL: UMA GARANTIA À
AUTONOMIA REPRODUTIVA, LIBERDADE INDIVIDUAL E DIGNIDADE
HUMANA DA GESTANTE**

**INTERRUPTION OF THE FETUS INFEASIBLE PREGNANCY : A GUARANTEE
OF REPRODUCTIVE AUTONOMY , PERSONAL FREEDOM AND HUMAN
DIGNITY OF PREGNANT**

Thiene Nogueira Sela¹

Marcela Berlinck Pereira²

RESUMO: Há tempos que certos direitos se conflitam, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de grande parte da sociedade que enseja proteção a todos os que a integram, sejam dos que já nasceram, ou daqueles que ainda estejam por nascer, inviáveis ou não. É nesse ínterim que se destaca o presente trabalho, a discussão envolvendo a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais e da mulher gestante.

Palavras-chave: Autodeterminação; Dignidade humana; Direitos individuais.

¹.Possui graduação em Direito pela Universidade Norte do Paraná (2004); especialização em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (2008); Mestranda do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR e Advogada.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Norte do Paraná (2003); especialização em Direito Público pelo Instituto de Desenvolvimento Acadêmico e Profissional Aristeu Repetti, Centro Universitário de Maringá e Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Maringá (2006) e Mestre em Direitos da Personalidade pela UNICESUMAR (2009). Atualmente é Professora da Faculdade Pitágoras - Londrina e advogada sócia do Nunes, Mendes & Berlinck, Advogados Associados

ABSTRACT: There are times that certain rights are in conflict, on the one hand, the legitimate interests of women to see respected their dignity and on the other, the interests of a large part of society which entails protection of all its members, are those who have been born, or those yet to be born, not viable or not. It is in the meantime that stands out this work, the discussion involving human dignity, enjoyment of life, liberty, self-determination, health and full recognition of individual rights and pregnant women.

Key words: Self-determination; Human dignity; Individual rights.

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda os aspectos gerais, jurídicos e bioéticos envolvendo a interrupção de gestações de fetos inviáveis, assim como o contrassenso que acompanha a trama.

Pelo fato de se conjecturar a vida e a dignidade da pessoa humana, o tema é atual e sempre em constante evolução. A dinâmica da sociedade em relação a estes valores éticos conduz o legislador a uma constante adaptação, que supera uma posição antes conservadora, para assumir uma posição moderna e com foco no respeito e integridade da mulher, esta vista como ser humano, sem, contudo, tornar unísono o pensamento.

Todavia, no que pertine especificamente à malformação e à inviabilidade fetal, há de se ter cautela, dado o reflexo das diversas correntes científicas e de pensamentos, posicionamentos extremados, visões religiosas, bioéticas, correntes jurídicas que, entre outros aspectos, destacam a ponderação de valores jurídicos de alta hierarquia.

O tema será abordado dentro de um enfoque jurídico-filosófico, expondo, de antemão, o repúdio a tal forma de violência, injustiça, crueldade e tortura aplicada à mulher que, privada de seu direito de liberdade e vulnerada em sua dignidade, é obrigada a carregar em seu ventre uma vida inviável para não se submeter à punição estatal.

1. DO DIREITO À VIDA

1.1 O Caráter Não Absoluto do Direito à Vida

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, fato este inquestionável ante o próprio texto da Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLVII³, que admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX⁴.

Corroborar esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário, quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.

Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional Italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. Eis o que ficou consignado:

[...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto. (MELLO, 2012)

Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se.

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510.

Para reforçar essa conclusão Marco Aurélio Mello enfatiza: “basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante

³ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

ou com seu consentimento (de um a três anos), a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento”. (MELLO, 2012).

1.2 O Bem Jurídico Tutelado

O ordenamento jurídico brasileiro tutela a vida em toda sua extensão, seja ela intrauterina, enquanto se fizer ela biologicamente dependente de outro organismo, no caso o ventre materno, para que se processem suas funções vitais, bem como a vida extrauterina, quando essa dependência não mais existir.

Para Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro:

O diploma penal, que tipifica o aborto como crime, dispõe que o bem jurídico atingido pela ação típica abortiva é a vida humana em sua esfera intrauterina, ou seja, desde o momento da concepção até o estágio anterior ao momento do parto, que se caracteriza pelas contrações do colo do útero da mulher, com o rompimento da bolsa amniótica e o desprendimento do novo ser. Iniciado o processo de parto, já não haveria viabilidade jurídica de prática do crime de aborto e sim de infanticídio, se praticado pela mãe, ou homicídio, quando praticado por terceiro. (DINIZ; RIBEIRO, 2006)

De antemão, vale inserir a adoção do conceito de interrupção de gravidez para designar a suspensão da gestação de fetos inviáveis fora do útero materno. O aborto pressupõe possibilidade de vida extrauterina, já para a interrupção não pressupõe sequer vida em potencial. (BARROSO, 2006)

Vale salientar que o Código Penal, no Capítulo “Dos Crimes contra Vida”, protege a vida da pessoa humana. Não há crime de homicídio contra seres irracionais ou inanimados, como plantas ou animais. Da mesma forma, já que o feto não é uma pessoa, não é cabível incriminar sua morte nos moldes do art. 121 do CP (PRADO, 2005). O tipo penal aborto foi criado para proteger a potencialidade que possui o nascituro de ser uma pessoa. A *ratio* deste tipo é proteger a dignidade relativa do feto, para que ela possua, com o nascimento, plena dignidade da pessoa humana (MELLO, 2012).

No caso da interrupção gestacional terapêutica de fetos inviáveis, não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela lei. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto (BARROSO, 2006).

Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto.

2 DO FETO MALFORMADO E AQUELE INVIÁVEL

As malformações fetais são aquelas que, dependendo da gravidade, não provocam a morte do feto ao nascer. É claro que esse feto vai sobreviver com algum tipo de limitação, prejudicando assim sua qualidade de vida.

Já o feto inviável é aquele que possui uma malformação de uma natureza tão grave, que a morte é um evento certo e irreversível. A ausência de órgãos vitais, tais como rins, cérebro ou bexiga é um exemplo. (DINIZ, RIBEIRO, 2003).

Diaulas Costa Ribeiro destaca que “não parece haver contradição entre o conhecimento científico e a vulgar experiência comum quando, segundo ambos, se estabelece que um ser sem cérebro, sem rins ou sem pulmões não pode viver” (DINIZ, RIBEIRO, 2003).

Assim, a real distinção entre feto malformado e o inviável é que o primeiro, portador de uma anomalia, sobrevive ao parto e pode permanecer vivo durante um tempo indeterminado, ao passo que o segundo já nasce morto ou falece poucas horas após o parto.

3 INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO OU ABORTO?

Em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.

Ressalta-se que o aborto é crime contra a vida, tutela-se a vida em potencial. No caso do feto inviável não existe vida possível, mesmo que biologicamente vivo, já que é formado por células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica (DINIZ, 1999). Neste contexto, a interrupção da gestação de feto inviável não configura crime contra a vida, ou seja, é conduta atípica.

Tal assertiva fica corroborada pelos ensinamentos de Nelson Hungria que condiciona a configuração do tipo penal aborto à existência de potencialidade de vida, para ele:

O interesse jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado desde que se impede a aquisição da vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquiri-las. Por outro lado, ainda que não se pudesse falar de vida em sentido especial ou próprio, relativamente ao feto, não deixaria de ser verdade que este é dotado de vida intrauterina ou biológica, que também é vida, em sentido genérico (HUNGRIA, 2016).

Não há de se falar em vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, isso não é aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. (CARDIN, 2006)

É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina (FRANÇA, 2001).

Na acepção de Marco Aurélio Mello:

Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante –, estabeleceu como impune o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, ou seja, quando o feto é plenamente viável. Mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida (MELLO, 2012).

A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico (MELLO, 2012).

O Direito não é, nem pode ser, estático ou contemplativo de uma realidade que passou, ignorando os avanços da ciência. Não mais se pode conviver com valores de séculos passados, impondo sofrimentos de ordem física e moral àquela que, tendo plenitude em direitos é ultrajada naquele mais elementar: a dignidade da pessoa humana, princípio maior do ordenamento jurídico pátrio.

4. DA MULHER GESTANTE E SUAS GARANTIAS

Não se pode tolerar contradições, como a que permite o abortamento de um feto com vida, viável, mas decorrente de um estupro, aplicando-se, analogicamente, uma pena de morte, que não é aplicada no país ao pior dos criminosos, a um inocente, enquanto àquele que, já desprovido de vida, insiste-se em mantê-lo até a morte. A posição moral do feto independe de como ele veio a surgir.

A partir desta tomada de posição na ordem normativa nacional – cujo julgamento demorou 08 anos – é possível fornecer uma resposta a todas as gestantes, de modo que a par de todo o sofrimento pessoal, físico e psicológico, não tenha ela, ademais, a preocupação com a possível criminalidade de sua conduta (MELLO, 2012).

Não se pode permitir que o anacronismo da legislação penal impeça de fazer valer a real intenção da norma, tutelando os direitos fundamentais, para privilegiar o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva.

Glauco Cidrack do Vale Menezes diz: “é de vital importância estabelecerem-se as bases para uma mudança de consciência em defesa da vida, sim, mas de uma vida viável e plena, de modo a garantir a liberdade, a incolumidade física e moral da mulher, assegurando-lhe a faculdade de dispor de seu corpo”.

Vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Em seu voto o ministro Marco Aurélio dispôs:

Cumpra à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for (MELLO, 2012).

Os tempos atuais requerem compaixão, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres e famílias. É certo que somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete.

Atuar com consciência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim,

o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.

5. DO DIREITO À SAÚDE, À DIGNIDADE, À LIBERDADE, À AUTONOMIA E À PRIVACIDADE

A Organização Mundial de Saúde, no Preâmbulo do ato fundador, firmado em 22 de julho de 1946, define saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”. (MELLO, 2012)

No Plano de Ação da Conferência Mundial sobre população e desenvolvimento, realizado na cidade do Cairo, Egito, em 1994, além de reconhecerem-se como direitos humanos os sexuais e os reprodutivos, estabeleceu-se como princípio que “toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental”. Sob o ângulo da saúde física da mulher, toda gravidez acarreta riscos. (MELLO, 2012)

Há evidências que comprovam que a manutenção compulsória da gestação de fetos inviáveis importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto que numa gestação normal há prazerosa expectativa do nascimento da criança, na gestação de feto inviável prevalecem sentimentos mórbidos de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza da morte. (BARROSO, 2006)

Impedida de dar fim a tal sofrimento, a mulher pode desenvolver, nas palavras do Dr. Talvane Marins de Moraes, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria, “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”. (MELLO, 2012)

Franquear a decisão à mulher é medida necessária ante o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, cujo artigo 4º inclui como direitos humanos das mulheres o direito à integridade física, mental e moral, à liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura. Define como violência qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada (MELLO, 2012).

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele ser sem expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. (FRANÇA, 2001)

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos. (MELLO, 2012)

O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

Nas palavras de Débora Diniz (DINIZ, 2003): “ a integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes””.

Para o Ministro Marco Aurélio Mello:

O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal. A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República (MELLO, 2012).

Assim, se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos inviáveis, essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez adiante.

CONCLUSÃO

A pesquisa ora apresentada tratou da interrupção terapêutica da gestação de fetos inviáveis em toda sua problemática jurídica, filosófica, moral e ética, buscando, primariamente, trazer à baila as divergentes discussões sobre o tema.

Não se pode fechar os olhos a uma realidade que assola milhares de famílias e, especialmente, gestantes de seres desprovidos de viabilidade extrauterina. Sim, o fato é que hoje vivemos em uma sociedade cuja revolução tecnológica e científica fez emergir meios de aferir, com segurança, qualquer diagnóstico acerca das reais condições de vida do feto ainda dentro do útero materno, de modo a não restarem dúvidas acerca da possibilidade ou não da sobrevivência extrauterina.

O Direito não é, nem pode ser, estático ou contemplativo de uma realidade que passou, ignorando os avanços da ciência. Não mais se pode conviver com valores de séculos passados, impondo sofrimentos de ordem física e moral àquela que, tendo plenitude em direitos é ultrajada naquele mais elementar: a dignidade da pessoa humana, princípio maior do ordenamento jurídico pátrio.

Negar à mulher o direito de interromper uma gestação de um ser que não traz em si capacidade de sobreviver é praticar a maior das injustiças, é ferir o direito fundamental à dignidade, à liberdade, à saúde. O Estado não pode ser insensível, moralista, algoz nem intervencionista a ponto de impor o flagelo da pena, do sofrimento àquela que já convive com tal sentimento desde quando é tomada pela certeza de que não terá em seus braços o bebê que tanto esperou.

A polêmica existe e sempre suscitará discussões calorosas. Contudo, deve-se sempre distinguir a posição de um Estado laico em face de todas as concepções religiosas que cercam este debate. A secularização que conduziu a formação dos Estados não permite que as convicções de um grupo sejam impostas a todos. Com a permissão, cada um pode agir segundo suas crenças, por outro lado, com a proibição, a fé de alguns é imposta a todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código Penal (1940). *Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Brasília, DF: Senado, 1940.

BARROSO, Luis Alberto. *Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: temas acerca da vida e da dignidade na Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Do aborto eugênico*. In: XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008, Brasília. XX anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2003.

DINIZ, Débora. *Bioética e aborto*. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/parteiiaaborto.htm. Acesso em 13/10/2017.

FRANÇA, Genival Veloso. *Aborto eugênico- considerações ético-legais*. In: França, Genival Veloso. *Direito médico*, São Paulo: Fundo Editorial Byk, 7 ed., 2001.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol I. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MELLO, Marco Aurélio. *Voto Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*. STF: Distrito Federal Brasil, 2012. Acesso em 23/05/2016.

MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. *Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos. Paralelo com os direitos fundamentais da vida, da liberdade e da autonomia da vontade privada e com os direitos da personalidade no novo Código Civil*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5622>. Acesso em 21/06/2016.

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte especial – arts. 121 a 183*. Volume 2. 4. ed. Revista dos Tribunais. 2005.