



O **Grupo de Estudos Constitucionais e Legislativos (GECL)** do **Instituto Brasileiro de Direito e Religião (IBDR)**, vem, respeitosamente, por meio do Diretor Técnico do IBDR e membros da temática “Feminismo e aborto” do GECL, emitir PARECER averbar sua manifestação a respeito das notícias ilicitamente veiculadas acerca da decisão proferida pela Excelentíssima Juíza Joana Ribeiro Zimmer, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no que diz respeito a vedação de prática abortiva decorrente de uma gravidez, supostamente fruto do crime de estupro.

1. Casuística

Veiculou-se nas mídias, imprensa de forma geral e blogs das redes sociais, que se tratava de uma gravidez de menor com 11 anos (criança – art. 2º da Lei n. 8.069/90), absolutamente incapaz (art. 3º do Código Civil Brasileiro), que teria sido vítima do crime de estupro.

Noticiou-se, ainda, que os responsáveis teriam procurado o hospital universitário da cidade, Hospital Universitário Professor Polydoro Ernani de São Thiago, da UFSC, para realizar o procedimento, e a equipe médica teria se negado em razão do estágio da gravidez. Buscaram o Poder Judiciário e o processo foi distribuído para a M.M. Juíza Dra. Joana Ribeiro Zimmer.

As informações veiculadas foram extraoficiais, com violação a preceitos infraconstitucionais e constitucionais, visto se tratar de um processo protegido pelo segredo de Justiça, conforme previsão legal do artigo 18 do Estatuto da Criança e Adolescente-ECA, preceito este agasalhado pelo art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, haja vista que a parte é menor e, ademais, informam que a gestação estava em torno de 22 semanas, e assim sendo, por regulamentação do Ministério da Saúde, não seria mais permitido a realização de um procedimento abortivo.

Essas mesmas fontes, noticiaram, amplamente, que a Senhora magistrada citada acima se posicionou, em razão da viabilidade da vida intrauterina, de que optar pela interrupção da gravidez enquadrar-se-ia como homicídio, haja vista que com 22



semanas de gestão (6 meses), na época do pedido, já que o bebê (não mais feto) estaria bem desenvolvido.

Entretanto, também extraoficialmente, houve a divulgação de que a gestação não fora decorrente de estupro, vez que a menor mantinha relação conhecida e consensual com outro menor (13 anos), o qual seria o pai da criança. Note-se que a informação extraoficial é no sentido de os menores conviviam e mantinham relações consensuais, de conhecimento dos responsáveis e que, inclusive, o pai do bebê que estava sendo gerado seria o filho de padrasto da menor, o que afastaria, em tese, a prática de estupro.

Ademais, houve uma informação superveniente, de que a gestação se encontrava com 27 semanas.

Após parecer favorável do Ministério Público Federal junto ao Hospital Universitário Polydoro Emani de São Thiago da UFSC, mesmo com uma decisão judicial em sentido contrário, o procedimento foi realizado através de uma cesariana, ultrapassando, desta forma, todos os limites legais do caso, o que não se coaduna com as funções institucionais do Ministério Público, razão pela qual, salvo melhor juízo, é provável que o membro do MPF tenha opinião por suas convicções particulares e não institucionalmente.

Para corroborar o acima, transcrevemos um trecho da recomendação do MPF:

“... garanta a pacientes que procurem o serviço de saúde a realização de procedimentos de interrupção da gestação nas hipóteses de aborto legal (CP, art. 128, I e 11), acima mencionadas, a serem praticados por médico, independentemente da idade gestacional e peso fetal, sendo desnecessária qualquer autorização judicial ou comunicação policial, incluindo-se na presente Recomendação o caso noticiado da menina de 11 anos, vítima de estupro, caso venha a procurar o Hospital Universitário e manifeste seu consentimento através de representante legal.”

Percebe-se que a sugestão do membro do MPF teve hegemonia à decisão judicial, em total conflito beligerante, considerando a posição do membro do MPF,



com a Constituição Federal, norma esta que deveria ser seu guia, conforme preconiza o art. 128 da Constituição.

Sobre essas questões, manifesta-se o GECL do IBDR, ressaltando que toma por base os fatos como noticiados e amplamente divulgados por fontes não oficiais, pelas razões já mencionadas.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Com efeito, dispõe o art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático e de Direito brasileiro e, a mesma Constituição preconiza no art. 5º, em seu *caput*:

*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 (BRASIL, 1988).*

Quando a Constituição diz que a vida é um direito inviolável, ela não está apenas se referindo a vida extrauterina, mas também a vida intrauterina. A propósito, como sucedâneo do que acima se averbou, o art. 2º do Código Civil brasileiro dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Nascituro é aquele que vai nascer, um ser humano já concebido e que está se desenvolvendo.

Ora, não é a vida que começa com o nascimento, mas a personalidade, desde que o bebê tenha nascido com vida, razão pela qual desde o útero materno a lei já assegura direitos ao nascituro, pois entende que dentro do útero uma vida está sendo gerada, que já é titular de direitos, podendo inclusive demandar, via representação, alimentos gravídicos. Quem tem fome? Seres vivos tem fome. Não faz sentido proteger a vida dos animais e defender a morte de pessoas em potencial, que estão com vida dentro do útero materno, que é o seu local de desenvolvimento.

Dito isto e considerando a combinação do art. 5º, *caput* com o art. 227, ambos da Constituição, é indubitável que a Lei Maior brasileira tenciona, como valor



supremo e pressupostos dos demais, proteger o direito fundamental à vida, ainda que ela seja intrauterina. Isto é, salta aos olhos que o direito à existir é protegido solenemente pela Constituição e pelo ordenamento infraconstitucional, abrangendo os seres humanos em formação, ainda que consideremos a teoria da nidificação, vez que por esta vertente só é possível falar-se em nascituro a partir da fixação do ovo no útero materno, cujo início ocorre no 6º dia até o 7º ou 12º dia após a fecundação.

Inclusive, a vida é tão importante, que a Constituição não permite, embora estabeleça uma cláusula aberta para o legislador estabelecer as penas que entender conveniente, em juízo de conformação, veda, na contramão, algumas penas, dentre as quais se destaca a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, como se depreende do art. 5º, incisos XLVI e XLVII da Constituição.¹

Não se trata, inclusive, de um aspecto eminentemente jurídico, pois a vida precede o Direito. Sem a vida o Direito não faz sentido e perde sua razão de existir, de modo que o Direito deve, para preservar a sua própria vida, proteger a viabilidade da vida humana, que por questões óbvias começa no útero.

Para Alexandre de Moraes (2011a, p. 39), “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”. De fato! Com razão o atual Min. do STF, que assim se posiciona em sua obra *Direito constitucional*. 27. ed. rev. e atual. até a EC n. 67/2010 e Súmula Vinculante. São Paulo: Atlas, 2011a.

A vida é, indubitavelmente, bem maior do ser humano, é direito fundamental inviolável (característica daquilo que não pode ser violado – status negativo, que exige o *non facere*), e como tal, na Constituição brasileira, é cláusula pétrea, consoante previsão do art. 60, §4º, IV, *in verbis*: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) IV – os direitos e garantias individuais”.

Sendo a vida humana um direito de caráter fundamental, é importante pensar em questões como a do caso em comento por meio de um debate que não é exclusivo de mulheres, mas também exige o “envolvimento [...] de homens e embriões,

¹ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;



*famílias e médicos, agentes de saúdes e juristas etc. É pois um debate que envolve a sociedade como um todo*². Isso porque, conforme ensina o professor e conselheiro do IBDR, Francisco Razzo:

[...] aborto é um problema humano referente ao interesse de todos os membros da comunidade moral: o status pessoal e moral do nascituro deve ser compreendido a partir de valores mais básicos e universais [...] Assim como uma criança não é menos humana por ser criança, um embrião não é menos pessoa por ser embrião³.

Não obstante, aqui não se está colocando a preferência do nascituro em detrimento da mãe. Pelo contrário. Deve-se, a bem da verdade, haver a ponderação de interesses, realizando a concordância prática dos direitos fundamentais para, após a análise, recitar a manutenção de ambas as vidas, quando possível, como é o caso que merece aqui nossa atenção, pois como averbou o Min. Marco Aurélio no julgamento da ADPF 54: “... Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina...”, de modo que, se ambos forem viáveis, por uma interpretação a contrário senso, devem ser mantidos, tanto a vida da mãe quanto a do nascituro.

Entrementes, todas as vidas devem ser igualmente consideradas como de valor imensurável, tendo os magistrados o dever constitucional e legal, ético e humanitário, humano, diga-se, de considerar todas as situações sob análise imparcial, técnica e visando sempre o bem-estar de todos os envolvidos.

Impera destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 54 (interrupção de gestão pela formação de feto anencefálico), de relatoria do Min. Marco Aurélio, após digressões, ponderações e reflexões, julgou procedente o pedido formulado na inicial para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, e 128, I e II, do CP brasileiro.

Porém, o mais interessante é que no bojo da decisão há uma reflexão que merece nossa atenção, a qual segue destacada com nossos grifos:

² Francisco Razzo: *Contra o Aborto*, p. 53

³ *Ibidem*.

Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do CP (DL 2.848/1940) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. (...) O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. (...) Cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. **O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial.** Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. (...) 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,** motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, 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. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível.** (...) mesmo à falta de previsão expressa no CP de 1940, parece-me lógico que **o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida.** (...) este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’ (...).” **Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante. Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei 9.434/1997, para concluir ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral. (...) Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina.** Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se

mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que preferam interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. (...) **Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina**, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. 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 de milhares de mulheres. (...) 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 arts. 1º, III; 5º, cabeça e II, III e X; e 6º, cabeça, da Constituição da República. (...) Atuar com sapiência 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. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, e 128, I e II, do CP brasileiro. [ADPF 54, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 12-4-2012, P, DJE de 30-4-2013.]

Na ADI 3.510, de relatoria do Min. Ayres Brito, o STF assim se manifestou:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E, quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até a “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea, está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). **Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua**



natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (in vitro apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas,** sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. **O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum.** O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. [ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, j. 29-5-2008, P, DJE de 28-5-2010.] – grifos nossos.

Percebe-se, então, que o STF tem uma preocupação peculiar e especial com a vida intrauterina, desde que ela seja viável (início e formação cerebral), o que se amolda ao caso em exame, pois não havia nada que pudesse, segundo informações, gerar risco para a gestante ou para o bebê, que já estava com formação cerebral e em desenvolvimento.

Inobstante, apenas a título de reforço argumentativo, o Pacto de São José da Costa Rica, que no ordenamento pátrio tem status de norma supralegal (abaixo da Constituição, mas acima de todas as demais normas jurídicas), fora internalizado pelo Decreto n. 678/92, dispõe no art. 4º, 1, o que segue:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. **Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.** Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preceitua no art. 3º que *“todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”*.

In Casu, considerando tudo que até aqui fora exposto, parece-nos claro que a M.M. Juíza, no seu mister de garantir os direitos fundamentais estampados na Constituição, além do que está estabelecido em documentos internacionais e na legislação infraconstitucional brasileira, utilizando-se da ponderação de interesses ou concordância

prática dos direitos fundamentais ou convivência das liberdades públicas, sem prejuízo da técnica processual, aplicou o direito material pertinente ao caso no viés estritamente jurídico, o que se estende a primeira equipe de profissionais médicos, que se negou a atender o requerimento dos responsáveis, impedindo, desta forma, a prática abortiva. No particular, cabe uma reflexão:

O direito à vida é absoluto – tanto da mão quanto do embrião. Deve-se considerar que a realidade e o valor da vida humana não são dados determinados pelas impressões pessoais, estados psíquicos, condições financeiras e classe social⁴.

Vale destacar que, ainda por fontes extraoficiais, que a menor e o suposto pai, não queriam que houvesse a interrupção da gravidez, o que acaba por acentuar um desrespeito maior aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, haja vista que o ECA (Lei 8.069) prevê no art. 15 que “*a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis*”, sem prejuízo do previsto no art. 16 e outros dispositivos. Ou seja, a criança e o adolescente sofreram com a decisão tomada pelos responsáveis que, diga-se mais uma vez, sabiam e consentiam com o relacionamento deles, de acordo com as informações extraoficiais que constam nos meios de comunicação.

O respeito às duas vidas situação é a premissa central do debate. Posições ideológicas não podem ser utilizadas como justificativa para manipular informações com o fim de atender uma agenda abortista. O caso é complexo, e deveria ter sido cercado de todos os cuidados legais, sem vazamento à imprensa, para que o Poder Judiciário pudesse aferir os fatos, responsabilizar os verdadeiros envolvidos, principalmente os responsáveis pelos menores que consentiam com um relacionamento aberto e inapropriado de duas crianças que, aparentemente, viviam maritalmente.

O Direito à vida tem especial proteção e a fim de prevenir e reprimir os crimes contra esse direito tão fundamental e antecessor de todos os outros, o Código Penal penaliza o homicídio simples e qualificado, o infanticídio, o induzimento, instigação e auxílio ao suicídio e, certamente, o aborto. Vejam que as hipóteses de abortamento e suas penas estão previstas nos arts. 124 a 126 do CP, sendo que a regra geral é a criminalização

⁴ Francisco Razzo: *Contra o Aborto*, p. 59



(cometimento de crime), com exceção das situações dos incisos I e II do art. 128, CP. Assim, caso não estejam presentes quaisquer das hipóteses de exceção, o crime é manifesto.

Desta feita, se de fato as informações acima são verdadeiras, não ocorreu o crime de estupro ou até mesmo ato infracional, já que havia ciência da família e os menores consentiam em ter relações sexuais, de modo que é inaplicável o artigo 128, I e II do Código Penal, ou seja, o fim da gestão não estaria autorizado pela lei.

3. CONCLUSÃO

O IBDR, por meio de seu Grupo de Estudo, posiciona-se, e defende que a vida do nascituro *“em todos os estágios da gestão, como um membro da comunidade moral deve ter sua vida respeitada como a de qualquer outra pessoa”*⁵.

Por derradeiro, é preciso ressaltar que a M.M. Sra. Juíza Joana Ribeiro Zimmer, de Santa Catarina, prestou sua homenagem a ciência, vez que a magistrada acolheu o parecer médico dos profissionais que recusaram fazer o procedimento tendo em vista o estágio avançado da gravidez e o perigo iminente de vida da gestante.

Algumas questões ainda estão obscuras, mas com os elementos que estão divulgados nas redes sociais, mídias e meios de comunicação social, o parecer do GECL – IBDR, é no sentido de que a Nobre Magistrada, com a intervenção cirúrgica de um dos membros do Ministério Público, procedeu de forma correta, cumprindo estritamente o que determina a Constituição, as normas internacionais e a legislação doméstica infraconstitucional, de modo que protegeu, até aquele momento, as vidas envolvidas, isto é, da criança que estava gestando e do nascituro.

Outrossim, de forma veemente, o IBDR salienta que a melhor solução, diante das linhas pretéritas, não seria realizar uma cesariana com o fito de exterminar a vida do nascituro que, à época da cirurgia que ceifou sua vida, já estava com sete meses de existência uterina, na medida em que, em nome da proteção dos direitos do nascituro, deveria ser dada a oportunidade de sobrevivência e direcionado a adoção. Mas, como não fora feito, o que se espera é a elucidação dos fatos, com a responsabilização daqueles que,

⁵ Ibidem.



de forma direta ou indireta, comungaram para o exterminar de uma vida que, ao que tudo indica, era perfeita no estágio de formação em que se encontrava.

É o parecer, *sub censura*.

Porto Alegre, 29 de junho de 2022.

Prof. Dr. Fagner Sandes

OAB/RJ 137.477

Membro do IBDR e do GECL

Dr. Afonso Celso de Oliveira

OAB/MG 201.548

Membro do IBDR e do GECL

Dra. Bárbara Alice Barbosa

OAB/PE 56.493

Membro do IBDR e do GECL

Dr. Warton Hertz de Oliveira

Diretor Técnico do IBDR

Revisado e de acordo:

Prof. Dr. Thiago Rafael Vieira
Presidente do IBDR