

AS JUSTIFICAÇÕES DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DE ROBERT ALEXY¹

Ana Selma Moreira²

SUMÁRIO

Introdução; 1. O discurso jurídico como um caso especial; 1.1 O discurso geral e jurídico; 1.2 A tese do caso especial; 2. Traços básicos de uma teoria da argumentação jurídica; 2.1 A justificação interna; 2.2 A justificação externa; 3. Análise prática jurisprudencial; 3.1 Caso 1: Justificação interna; 3.2 Caso 2: Justificação externa; Conclusão; Referência das fontes citadas.

RESUMO:

No presente trabalho, que se refere à linha de pesquisa de Produção e Aplicação do Direito, o objetivo principal foi analisar a Teoria da Argumentação jurídica de Robert Alexy ao aplicar em casos concretos analisados pelo Poder Judiciário brasileiro. Para tanto, foram verificados dois Acórdãos, nos quais observa-se a presença de formas de argumento e as regras de justificação externa. O método utilizado na pesquisa é o indutivo e para o relato utilizou-se o método dedutivo. Ao final do trabalho, constatou-se que a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy é de fundamental importância para fundamentar os argumentos de maneira mais racional, de maneira a aprimorar a prática jurídica

Palavras chaves: Justificação – Discurso – Teoria da Argumentação Jurídica – Judiciário

RESUMEN:

Al real Trabajo, ese si referirse al línea desde investigación desde Cosecha Y Aplicación del Recto, el un objetivo central él iba analizar el teoría del Discusión judicial desde Robert Alexy en aplicando pozo a asuntos hormigón evaluada por el Puede Judiciario Brasileño. A punto de así mucho, haber estado refrenado dos jugados, al qué observado - en caso que el presencia desde cifras desde Arguyo Y el reglas desde justificado extraño. El método usado en el investigación es el un inductivo Y por su Relato ella usos - en caso que el método deductivo. Hasta el cerramiento de la trabajo , Encuentro ese - en caso que dar gracias está hasta el teoría del Discusión Judicial desde Robert Alexy es desde basalto cantidad de dinero a punto de basalto el discusiones desde manera más racional, desde manera el un hasta subir de grado el práctica judicial.

¹ Artigo produzido sob a orientação e revisão da Professora Cláudia Rosane Roesler, do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, área de concentração Produção e Aplicação do Direito da Universidade do Vale do Itajaí.

² A autora é Especialista em Direito Processual Civil, bolsista da Capes e Mestranda do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

Palabras llaves: Justificación – Discurso – Teórico da Argumentação Legal – Judiciário.

INTRODUÇÃO

Ao buscar uma análise racional da argumentação jurídica, Alexy cria uma Teoria da Argumentação jurídica que trata do discurso jurídico como um caso especial, vinculado à moral e cujo sistema deve conter regras, princípios e considerações sobre um procedimento que permite alcançar e assegurar a aplicação do Direito.

Ao trabalhar a argumentação geral e jurídica, Alexy compreende a tese do caso especial, de grande relevância eis que atua imediatamente no campo jurídico.

Dessa forma, traça a argumentação jurídica em dois importantes aspectos, as justificações interna e externa, que demonstram a justificação das decisões jurídicas de maneira racional.

Neste trabalho, aborda-se dois acórdãos que ilustram as justificações das decisões jurídicas ensinadas por Alexy, com o objetivo de facilitar a compreensão do tema. O primeiro é o Recurso criminal n. 9.287, de Videira - SC, referente a um Infanticídio. O segundo é a Apelação crime nº 70011918026 de Porto Alegre - RS, que trata sobre o Aborto do feto Anencefálico.

1 O DISCURSO JURÍDICO COMO UM CASO ESPECIAL

1.1 O Discurso geral e jurídico

A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy obteve grande contribuição da teoria do discurso, que aborda princípios e regras do discurso prático geral, fundamental para entender o discurso jurídico.

Sobre o conceito de discurso, ensina Alexy:

Um discurso é uma série de ações interligadas devotadas a testar a verdade de asserções (caso se trate de um discurso teórico) ou a correção de afirmações normativas (caso se trate de um discurso prático).³

Uma das tarefas mais essenciais da teoria do discurso é a de elaborar normas que sejam suficientemente fracas, de pouco conteúdo normativo, possibilitando aos indivíduos com opiniões diferentes concordar com elas, mas também, que sejam tais normas suficientemente fortes para dar caráter racional ao embate.

Pela teoria do discurso, conforme as teorias procedimentais, a adequação da norma ou a verdade da proposição estão intimamente ligadas a determinado procedimento.⁴

A argumentação é importante para fundamentar as referidas normas e, pela tese de Alexy, este buscou responder à crítica de Habermas, o qual entendia não ser possível o discurso jurídico ser um caso especial do discurso prático moral, uma vez que não se enquadraria à universalização de normas.⁵

Para Alexy, o discurso jurídico não é moral, mas prático geral, que seria aquele em que participam argumentos relativos a questões pragmáticas, éticas e morais.

Sobre o discurso prático geral, entende Habermas: “[...] o discurso prático geral é mais complexo do que o discurso moral, e enfeixa argumentos de diversos tipos, os quais têm peso igualmente na argumentação especificamente jurídica”.⁶

³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, pp. 301-324, 2001. p. 181.

⁴ ALEXY, Robert. *Problemas da teoria do discurso*. Revista Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série, pp. 244-259, 1996.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.203.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática*. In: *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991. p. 108.

A grande preocupação de Alexy, diversamente de Habermas, é não separar os argumentos morais dos argumentos jurídicos no raciocínio dos juízes, afinal, para estes cada tarefa reclama um tipo de conduta e cada questão corresponde a um tipo de resposta.

Em sua obra *La tesis del caso especial*, Alexy afirma uma relação de prioridade e permeabilidade entre o adequado (discurso pragmático), o bom (discurso ético) e o justo (discurso moral). Desta forma, é interessante destacar suas palavras sobre o discurso prático geral:

El discurso práctico general sería, dicho brevemente, un discurso que combinara los puntos de partida de la adecuación o utilidad, del valor o identidad y de la moralidad o justicia. Existiría tanto un orden prioritario como una relación de permeabilidad entre lo adecuado, lo bueno y lo justo.⁷

É a partir desta análise de Alexy que surge a abordagem do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, sendo que ambos lidam com questões práticas e erigem uma pretensão de correção.

Neste caso, a argumentação prática geral deve ser integrada na argumentação jurídica e ser utilizada a todo o momento, sendo que o sistema jurídico deve conter regras, princípios e considerações sobre um procedimento que permite alcançar e assegurar a aplicação do Direito.

1.2 A tese do caso especial

Conforme Alexy, há tipos diferentes de discussão jurídica. Seja pela dogmática, por debates estudantis, debates em tribunais, sobre a mídia, entre outros. Alguns têm limite de tempo, outros não. São diversas as semelhanças e diferenças, porém, o mais importante é que o traço em comum é o argumento *jurídico*.⁸

⁷ ALEXY, Robert. *La tesis del caso especial*. Isegoría, número 21, 1999.p.28.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. p. 211.

A tese do caso especial está situada no centro da teoria discursiva do direito e se estrutura como uma extensão da teoria do discurso de Habermas, bem como desdobra esta tese para o campo específico do direito.⁹

Como já mencionado, o sistema jurídico além de conter regras e princípios, comporta um terceiro nível, no qual deve conter considerações sobre um procedimento, assim, a argumentação jurídica é vista por Alexy como um caso especial da argumentação prática geral (moral).

A característica que se destaca no que tange à argumentação jurídica é a vinculação com a lei, com o precedente e com a dogmática jurídica, que não são capazes de levar a um resultado preciso.

Desta maneira, as regras do discurso serviriam para dar caráter de racionalidade, mas não para obter uma resposta correta. É assim que Alexy se preocupa com a racionalidade jurídica, entendendo que a resposta correta seria resultado de um procedimento, capaz de gerar consenso.¹⁰

No contexto da discussão jurídica, nem todas as questões estão abertas a debate. A mais livre e menos limitada é a discussão do tipo científico jurídico.¹¹

O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral porque: 1) há preocupação com questões práticas; 2) há exigência de correção com a discussão das questões; 3) acontecem sob limites do tipo descrito. Porém, é aberta ao ataque aos três pontos, pois se pode afirmar o oposto.

Correção significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos.¹² Uma proposição correta pode ser justificada racionalmente através de uma argumentação racional, e não arbitrária e despojada de valor.

⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 160.

¹⁰ PEDRON, Flávio. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. In: www.cjf.gov.br/revista/numero30/artigo10.pdf, acessado em 12/12/2007. p.4.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. p. 212.

É interessante salientar que a pretensão de correção é limitada por conta de suas vinculações e, para Alexy o juiz não está isento de se despojar de toda a carga pessoal na fundamentação.

Para Alexy, existe na tomada de decisão uma mistura entre a impressão inicial do juiz com a necessidade de justificar a decisão pelo ordenamento jurídico vigente, buscando que uma decisão judicial aplique o Direito corretamente¹³.

Pode-se dizer que há uma argumentação jurídica orientada para resolver questões práticas. Os argumentos justificativos são apresentados em todas as formas de discurso jurídico, portanto, é verdade que as afirmações jurídicas, assim como as afirmações normativas gerais fazem a exigência da correção.

A justificação judicial pode cumprir outras funções, como a de tratar um ser humano racionalmente, explicando a ele através de razões porque se pode chegar a uma decisão que afeta adversamente seus interesses.¹⁴

A argumentação judicial é diferente daquela que visa um acordo, pois os argumentos que tanto as partes quanto seus advogados dão origem à exigência de correção, mesmo que subjetivamente estejam apenas visando seus interesses. Os argumentos no tribunal muitas vezes acham seu caminho na justificação judicial e dificilmente pode discutir que esta é feita sob a exigência de correção.

Há uma dificuldade de conseguir uma categorização clara de procedimentos diante os juízes, o que exclui a designação como sendo meramente um discurso, porém, não há como serem entendidos sem referência ao conceito de discurso.¹⁵

¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. p. 281.

¹³ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 44.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. p. 215.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. p. 217.

A teoria do discurso racional pressupõe que as disputas jurídicas devem ser vistas como discursos no sentido de comunicação não coercitiva e que a discussão procede sob exigência de correção e por referência a situação ideal.¹⁶

2 TRAÇOS BÁSICOS DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

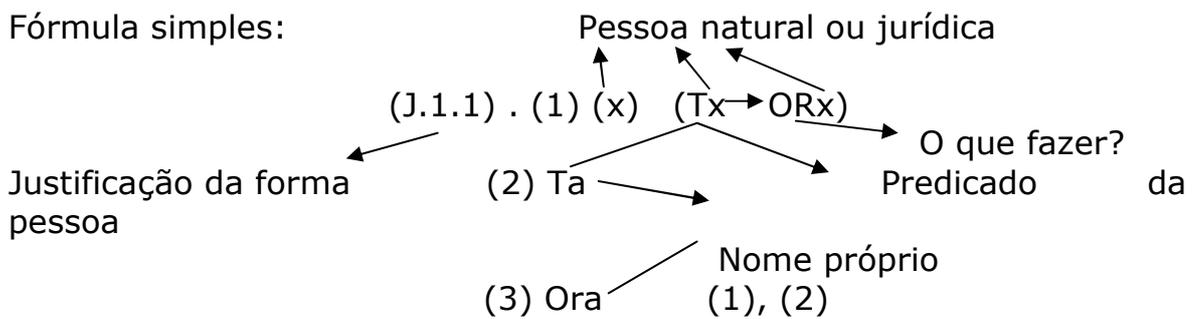
Os discursos jurídicos estão intimamente relacionados com a justificação de um caso especial de afirmações normativas, ou seja, que expressam julgamentos jurídicos.

Alexy distingue dois aspectos na justificação das decisões jurídicas – a justificação interna e a justificação externa – de maneira que há, também, dois tipos de regras e formas do discurso jurídico.¹⁷

2.1 A justificação interna

Trata-se de uma opinião que segue logicamente das premissas aduzidas para justificá-la.

Fórmula simples:



Exemplo:

Justificação da forma

(1) (soldados) (soldados em missão oficial) (dizer a verdade)

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. p. 217.

¹⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. p. 172.

(2) Alan é um soldado.

(3) Alan tem que dizer a verdade em missão oficial.

A justificação da forma se justifica através das regras universais estabelecidas pelo princípio da universalizabilidade, que está por trás do princípio de justiça formal¹⁸. Trata-se do cumprimento de uma norma em uma justificação jurídica que segue logicamente desta regra. Caso contrário, poderia-se aduzir uma regra no curso da justificação e afirmar qualquer conclusão.

É necessário observar as seguintes regras como concretização do princípio de universalizabilidade: (J.2.1) uma norma universal na justificação de um julgamento jurídico.

(J.2.2) julgamento jurídico segue a lógica de uma norma universal e outras afirmações.

(J.2.1 e J.2.2) tais regras não estabelecem nada sobre o conteúdo da norma universal, nem exclui a possibilidade de mudança desta. É importante que estas regras se apliquem quando a norma jurídica possa ser usada na justificação.

Quando não há regra derivada é necessária formulação de nova regra e a fórmula (J.1.1) é insuficiente para alguns casos, a exemplo das normas em branco, limitadoras ou referenciais, ou de outras interpretações, pois o juiz deve analisar nesse caso se a norma é aplicável. Considerando a fórmula anterior a que se acrescentar como exemplo um caso com diversas possibilidades de premissas para aplicação da justificação da fórmula (J.1.1). Essas premissas podem ser compreendidas como regras para o uso de expressões usadas em estágios anteriores de justificação (regras do uso da palavra) que tem forma mais forte ou mais fraca, esta última deve ser entendida como padrão.

¹⁸ Requer o cumprimento de uma regra que estabeleça a obrigação de tratar de certo modo todas as pessoas que pertencem a dada categoria. (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. p. 219).

Quando não se aplica a forma mais simples de justificação interna é necessário observar a terceira regra: (J.2.3) na dúvida se A (indivíduo) é um T (predicado) ou um M (significado), uma regra tem que ser apresentada para determinar a questão.

(J.2.3) + (J.2.2) oferece uma forma rudimentar e geral na justificação interna. É rudimentar porque não permite a possibilidade de uma estrutura mais complexa de fatos operantes e conseqüências jurídicas, é geral quando revela a estrutura lógica de cada caso em que a descrição específica dos fatos é incluída num conceito geral por meio de vários passos. A decomposição dos fatos tem duas regras: (J.2.4) número de passos = ao número de expressões cuja aplicação em dado caso não admita posterior desculpa (M se torna S) muitos passos de desenvolvimento faz com que o conteúdo normativo deixe de aparecer com clareza porém ficam abertos ao ataque que podem não ser específicos, mas ainda muitos passos podem levar a clareza: (J.2.5) tantos passos de desenvolvimento possíveis devem ser articulados.

Estas regras e formas descobertas tratam da justificação jurídica para assegurar a universalizabilidade assim podem ser chamadas de *regras e formas de justiça formal*.

2.2 A justificação externa

É tarefa da justificação externa justificar as premissas que não podem ser derivadas diretamente da lei positiva. A fim de justificar as regras necessárias para os passos individuais na decomposição é necessário considerar tanto as peculiaridades do fato quanto as características da norma. Isso acontece na justificação externa aonde todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico são permitidos. Afirma Alexy¹⁹ que articular regras universais facilita a consistência da tomada de decisão e, assim, contribui para a justiça e segurança jurídica. A decisão quanto à racionalidade de um julgamento se relaciona à justificação externa.

¹⁹ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. p. 224.

Conforme Alexy, as premissas podem ser de diferentes tipos: 1 – regras da lei positiva; 2 – afirmações empíricas; 3 – nenhuma nem outra. Para estes diferentes tipos de premissas há diferentes métodos de justificação. Quando da lei positiva ocorre mostrando-se que atende critérios de validade da ordem jurídica. Nas premissas empíricas vários procedimentos podem ser usados na justificação desde métodos das ciências empíricas até presunção racional às regras de prova num processo. A argumentação jurídica justifica o terceiro item. Ao justificar a norma pela validade ou ordem legal pode ser necessário interpretar as regras que definem os critérios de validade. A argumentação jurídica pode ter decisivo significado na interpretação e validade da norma. O mesmo acontece com os fatos empíricos, ao se falar de justificação externa trata-se das premissas que não são regras de lei positiva nem afirmações empíricas.²⁰

De maneira rudimentar pode se classificar as formas de argumento e as regras de justificação externa em seis grupos: 1- interpretação; 2- argumentação dogmática; 3- uso de precedentes; 4- argumentação geral prática; 5- argumentação empírica; 6 – formas especiais de argumentos jurídicos. Em uma palavra: 1- estatuto; 2- dogmática; 3- precedente; 4- razão; 5- fato; 6 – formas especiais e argumentos jurídicos.²¹

3 ANÁLISE PRÁTICA JURISPRUDENCIAL

Para dar seguimento ao estudo em tela, torna-se interessante ilustrar as seguintes decisões judiciais, identificando as justificações interna e externa, conforme os ensinamentos de Alexy:

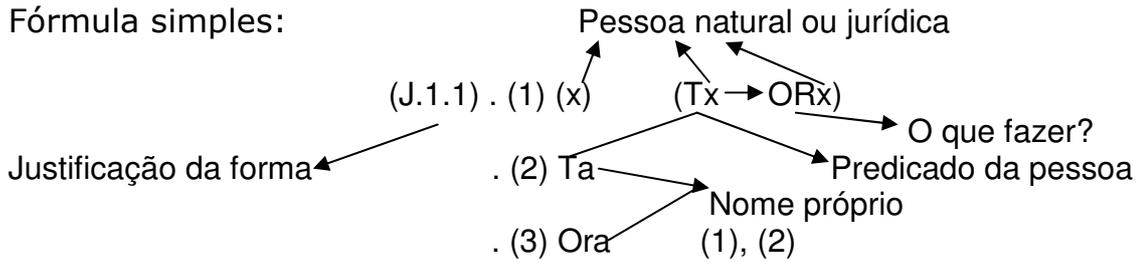
3.1 Caso1: Justificação interna

Antes de analisar o acórdão, é necessário relembrar uma das fórmulas da Justificação Interna, a qual já foi demonstrada anteriormente, como forma de facilitar a compreensão do estudo. Tem-se:

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. p. 224/225.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. p. 225.

Fórmula simples:



Assim, apresenta-se a jurisprudência:

Tipo:	Recurso criminal
Número:	9.287
Des. Relator:	João Eduardo Souza Varella
Data da Decisão:	08/09/1992

Recurso criminal n. 9.287, de Videira.

Relator: Des. Souza Varella.

Infanticídio - Estado puerperal caracterizado.

Matar logo após o parto, o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, é crime de infanticídio.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso criminal n. 9.287, da comarca de Videira (2aVara), em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, sendo recorrida Rosane Aparecida de Oliveira:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para negar-lhe provimento.

Custas de lei.

A ilustre representante do Ministério Público da comarca de Videira, inconformada com a decisão que pronunciou Rosane Aparecida de Oliveira como autora de crime de infanticídio, ofertou, a tempo e modo, o recurso cabível, objetivando ver a recorrida pronunciada pelos delitos de homicídio qualificado pela asfixia e ocultação de cadáver, em concurso material.

Alega que a recorrida praticou os atos em estado de lucidez, sem estar caracterizado o estado puerperal.

Rebatido o apelo e mantida a decisão, os autos subiram e, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratini, opina pelo provimento.

Nenhum reparo está a merecer a decisão atacada.

A recorrida, empregada doméstica, deu à luz uma criança com vida, durante o período em que estava trabalhando.

Por falta de assistência, o recém-nascido veio a falecer, tendo a recorrida o envolvido em um saco plástico e depositado na lixeira da casa onde trabalhava.

Jucemara de Campos Perim, a patroa, desconfiada do estado físico e das atitudes da doméstica, encaminhou-a a exame médico, resultando constatado o parto, com posterior localização do cadáver.

Conforme o médico Tranquilo Costenaro (fls. 96), a jovem apresentava estado febril tal que as suas informações não se apresentavam fidedignas.

Os fatos, como assim estão retratados no processo, têm nítidos contornos de crime de infanticídio, descrito no art. 123, do Código Penal.

O fato de ter sido despedida do emprego anterior em razão da gravidez, a angústia pela ocultação desta e mais as circunstâncias que revestem a situação são motivos que agravam a instabilidade emocional durante e após o parto.

Aliás, o Dr. Juiz de Direito pronunciante exauriu a matéria ao apreciá-la com muita propriedade, adotando-se, como razão de decidir, os termos da pronúncia.

Por tais razões é que a Câmara, por unanimidade de votos, conhece do recurso para negar-lhe provimento.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ernani Ribeiro e participou do mesmo, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Marcio Batista.

Florianópolis, 8 de setembro de 1992.

Tycho Brahe

PRESIDENTE P/O ACÓRDÃO

Souza Varella

RELATOR

PROCURADOR DE JUSTIÇA

RCR n. 9.287

Da análise:

Para tratar da justificação interna no caso citado, é importante verificar a fórmula apresentada, considerando "x" como pessoa natural, que no caso é a "mãe".

Prosseguindo na identificação dos componentes, relaciona-se "T" com o predicado da pessoa, neste caso, seria a influência do estado puerperal.

No que tange à conduta, "OR" representa o ato de matar o filho após o parto, que resulta em infanticídio.

A letra "a" que se refere ao nome próprio da pessoa e identifica a Sra. Rosane Aparecida de Oliveira, recorrida no processo em questão.

Com estas considerações, pode-se chegar ao seguinte raciocínio na justificação de forma:

(1) (Mãe) (sob a influência do estado puerperal) (que mata o filho após o parto, comete crime de infanticídio)

(2) Rosane Aparecida de Oliveira é mãe sob a influência do estado puerperal.

(3) Rosane Aparecida de Oliveira comete infanticídio ao matar o filho após o parto, em estado puerperal.

3.2 Caso 2: Justificação externa

Para a análise e compreensão do próximo julgado, é importante salientar que a justificação externa busca dar embasamento às premissas que não podem ser derivadas diretamente da lei positiva.

É importante considerar nesta análise tanto as peculiaridades do fato quanto as características da norma, sendo possível a utilização de todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico.

Relembra-se que as premissas podem ser, conforme Alexy, regras da lei positiva, afirmações empíricas ou nenhuma nem outra, sendo que as formas de argumento e as regras de justificação externa se classificam em seis grupos:

- a) interpretação;
- b) argumentação dogmática;
- c) uso de precedentes;
- d) argumentação geral prática;
- e) argumentação empírica;
- f) formas especiais de argumentos jurídicos.

Feitas estas considerações, temos o seguinte julgado:

APELAÇÃO - ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO e anacrônico - INDEFERIMENTO - INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRALEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA - ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA APELAÇÃO - ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE FETO ANENCEFÁLICO e anacrônico - LIMINAR DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM ANDAMENTO GARANTINDO DIREITO DA GESTANTE - DEMAIS DISPOSIÇÕES DA LEI 9.882/99 - ARTIGO 11 - MAIORIA DE 2/3 - RELEVÂNCIA DO TEMA - INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRALEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA - ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA.

O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os abortos eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida

pós-parto extra-uterina. Embora não incluída a antecipação de parto de fetos anencéfalos nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, o embasamento pela possibilidade esteia-se em causa supra-legal autônoma de exclusão da culpabilidade por inexigível outra conduta. O "aborto eugênico" decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto que tem possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade, o que não é o caso presente, atestada a impossibilidade de sobrevivência sem o fluido do corpo materno.

Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a "vida" e não a "falsa vida", legitimada a pretensão da mulher de antecipar o parto de feto com tal anomalia que o torna incompatível com a vida. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno. Não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe que tem garantido o direito à dignidade. Não há confronto no caso concreto com o direito à vida porque a morte é certa e o feto só sobrevive às custas do organismo materno.

Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade (genérica) de natureza supra-legal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento.

PROVIDO.

Apelação Crime
Nº 70011918026
M.C.A.S.
M.P.

Terceira Câmara Criminal
Comarca de Porto Alegre
APELANTE
APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, dar provimento ao apelo defensivo, autorizando a paciente a interromper a gravidez de feto anencéfalo com a condição de ser praticado por médico, vencido o Presidente que suspendia o processo nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores DES. DANÚBIO EDON FRANCO (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO.

Porto Alegre, 09 de junho de 2005.

DESA. ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS,

RELATORA.

RELATÓRIO

Desa. Elba Aparecida Nicolli Bastos (RELATORA):

TRATA-SE DE APELAÇÃO-CRIME INTERPOSTA POR MILLA CARLA AMARAL DA SILVA, CONTRA A SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO, POR ENTENDER TRATAR-SE DE PEDIDO IMPOSSÍVEL – ARTIGO 267, INCISO VI, DO CPC, SUBSIDIARIAMENTE APLICADO.

EM SUAS RAZÕES, BUSCA A REFORMA DA DECISÃO, TENDO EM VISTA QUE O PROLONGAMENTO DA GRAVIDEZ COMPROMETE A INTEGRIDADE FÍSICO-PSICOLÓGICA DA APELANTE, ARGUMENTANDO QUE QUANTO AO MÉRITO HÁ DEMONSTRAÇÃO, ATRAVÉS DE PROVA TÉCNICA, QUE A GRAVIDEZ DA REQUERENTE RECEBEU DIAGNÓSTICO DE FETO APRESENTANDO ANENCEFALIA, ALÉM DE NÃO POSSUIR A FORMAÇÃO DOS OSSOS DA CABEÇA, ALTERAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO FETAL INCOMPATÍVEL COM A VIDA PÓS-PARTO.

NA MESMA LINHA DO PARECER DE FOLHA 33, O MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU MANIFESTA-SE PELA CONCESSÃO DA AUTORIZAÇÃO.

NESTA INSTÂNCIA, O ILUSTRE PROCURADOR DE JUSTIÇA, DR. PAULO FERNANDO DOS SANTOS VIDAL, OFERECEU PARECER ESCRITO, OPINANDO PELO PROVIMENTO DA APELAÇÃO (FOLHA 36/38).

É o relatório.

VOTOS

Desa. Elba Aparecida Nicolli Bastos (RELATORA):

MILLA CARLA AMARAL DA SILVA INGRESSOU COM PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ JUNTO À 2ª VARA DO JÚRI DE PORTO ALEGRE, JULGADA IMPROCEDENTE A AÇÃO PELA DRª JUÍZA DE DIREITO EM DECLARAR EXTINTA A AÇÃO PENAL, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 267, VI DO CPC QUE ENTENDEU QUE SE

TRATA DE ABORTO EUGENÉSICO NÃO AMPARADO NAS DISPOSIÇÕES LEGAIS DE EXCEÇÃO REFERENDADAS NO ARTIGO 128, I E II DO CP, DO ABORTO NECESSÁRIO E DO SENTIMENTAL OU HUMANITÁRIO. PROSEGUE A DECISÃO NO SENTIDO DE QUE: "NÃO HÁ COMO CONFERIR LEGITIMIDADE AO ABORTO DE FETO PORTADOR DE ANENCEFALIA PORQUE ILEGAL E ILEGÍTIMA A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ NESTES CASOS, NÃO SE CONFIGURANDO A EXCLUDENTE DE ILICITUDE DAS EXCEÇÕES LEGAIS, EMBORA RECONHEÇA O JUIZ, QUE HÁ DISCUSSÕES PARA A ALTERAÇÃO, AINDA NÃO APROVADA. O CÓDIGO DE 1969, AMPLIAVA OS CASOS DE LICITUDE, MAS TAMBÉM NÃO CHEGOU A SER APROVADO".

1- Há uma questão preliminar a ser examinada sobre a "suspensão dos processos e decisões em andamento", na forma do artigo 5º da Lei 9.882/99, deferida em liminar monocrática pelo Ministro Marco Aurélio de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54-8, interposta pela Confederação dos Trabalhadores em Saúde juntamente com o reconhecimento do direito constitucional das mulheres grávidas de em antecipar a operação, de parto, comprovado tratar-se de fetos anencéfalos interrompendo, garantindo seus direitos constitucionais.

A LIMINAR FOI CONCEDIDA EM RAZÃO DO RECESSO DO MÊS DE JULHO/04. NA SESSÃO SEGUINTE, HOUVE POR MAIORIA, REVOGAÇÃO DA SEGUNDA PARTE DA LIMINAR, MANTIDA PELO STF A PRIMEIRA PARTE DE SOBRESTAR PROCESSOS E DECISÕES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO QUE TIVESSEM COMO TEMA O DIREITO DAS MULHERES GRÁVIDAS DE FETOS ANENCÉFALOS EM SUBMETER-SE A INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ.

A LIMINAR QUE SUSPENDE OS PROCESSOS EM TRAMITAÇÃO NO PAÍS TEM EFEITO ERGA OMNES, SEGUNDO O QUE PRECEITUA O ARTIGO 5º DA LEI 9882/99 SE PROFERIDA POR MAIORIA ABSOLUTA DOS MINISTROS.

OCORRE QUE, COMO SE VISLUMBRA DA ATA DE JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A LIMINAR SUSPENDENDO AS AÇÕES NÃO FOI REFERENDADA, AO QUE SE DEPREENDE DA ATA, POR MAIORIA ABSOLUTA. OS MINISTROS ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO E EROS GRAU, NÃO A ADMITIRAM A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. OUTROS TRÊS MINISTROS, CARLOS BRITTO, CELSO DE MELLO E SEPÚLVEDA PERTENCE SE MANIFESTARAM FAVORÁVEIS A MANUTENÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA. NÃO SE TEM CLAREZA, MAS DO CONTEXTO VISLUMBRA-SE QUE SOMENTE QUATRO MINISTROS, CINCO SE O PRESIDENTE TAMBÉM VOTOU PELA CASSAÇÃO DA LIMINAR, DEIXARAM DE REFERENDAR A DECISÃO DO

MINISTRO MARCO AURÉLIO. A ATA, INCLUSIVE, REGISTRA "POR MAIORIA" "E NÃO POR MAIORIA ABSOLUTA", DECORRENDO DAÍ QUE NÃO HÁ VEDAÇÃO PARA QUE SE APRECIE A QUESTÃO POSTA NO JUÍZO ORDINÁRIO.

A VERDADE É QUE A CONFEDERAÇÃO QUE ARGÜIU O DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, AO CONTRÁRIO DE OBTER UMA POSIÇÃO DEFINITIVA SOBRE A MATÉRIA POR ENTENDER QUE SE TRATA DE UMA ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE ANENCÉFALOS E, PORTANTO, NÃO HAVERIA LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS, NEM AFRONTA À LEGISLAÇÃO PENAL, ARTIGO 124, 125 OU A DISPOSITIVOS PENAIIS, DE CERTA FORMA TERIA CRIADO UM OBSTÁCULO LEGAL COM A SUSPENSÃO DE PARTE DA LIMINAR DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. CONTUDO, DO EXAME DA ATA NÃO SE EVIDENCIOU QUE A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM ANDAMENTO TENHA SIDO POR MAIORIA ABSOLUTA.

MESMO QUE A LIMINAR PARCIALMENTE MANTIDA PUDESSE TER O VOTO DE 2/3, O QUE NÃO ESTÁ CONSIGNADO NA ATA, O ARTIGO 11 DA LEI 9.882/99, PREVÊ, COMO SE TRATA DE EXCEPCIONAL INTERESSE DA SOCIEDADE, QUE PODERÃO SER LIMITADO OS EFEITOS AO TRÂNSITO EM JULGADO OU FIXADO O MOMENTO DE TAL EFICÁCIA, AÍ SIM, COM EFEITO VINCULANTE. COMO SE VÊ, EM NENHUMA DAS SESSÕES FOI DETERMINADA A EFICÁCIA, LOGO, NÃO ME PARECE QUE AO EXAMINAR A QUESTÃO DE RELEVÂNCIA PARA OS DIREITOS DA GESTANTE ESTEJA SENDO AFRONTADA A NECESSÁRIA VINCULAÇÃO.

POR ESSAS CONSIDERAÇÕES ESTARIA CONHECENDO A MATÉRIA E SUPERANDO A INCIDÊNCIA DO SOBRESTAMENTO SOBRE TODOS OS PROCESSOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 5º DA LEI 9.882.

2- MÉRITO

2.1. A SENTENÇA INDEFERITÓRIA DA DRª JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA DO JÚRI, EMBASA-SE NA ESTRITA LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES VIGENTES DO ARTIGO 128, I E II DO CP, QUE AFASTAM A ILICITUDE, TÃO SOMENTE NOS CASOS DE ABORTO NECESSÁRIO (QUANDO É A ÚNICA FORMA DE SALVAR A VIDA DA MÃE) E O HUMANITÁRIO, (ESTE SE A GRAVIDEZ É DECORRENTE DE ESTUPRO OU ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR) NÃO COMPORTANDO, EXTENSÃO ANALÓGICA AOS CASOS DE ANENCEFALIA.

CONTUDO, A AUSÊNCIA DE LEI EXPRESSA, NÃO SIGNIFICA QUE NÃO POSSA O JUDICIÁRIO, FACE O CASO CONCRETO COMPROVADA A EXCEPCIONALIDADE, EMBASANDO-SE EM OUTROS DISPOSITIVOS, MESMO EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS OU SUPRA-LEGAIS COMO A

INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA, ENTENDER QUE É POSSÍVEL ANTECIPAR O PARTO EM CASOS EXPRESSOS DE ANENCÉFALOS. PRESENTE PARA TANTO OS DIREITOS DA GESTANTE COMO PESSOA E SUA DIGNIDADE COMO SER A QUEM A NATUREZA DOTOU DA FUNÇÃO DE PRESERVAR A ESPÉCIE, MAS QUE CERTA A MORTE PODERIA, EM TESE, ANTECIPAR O PARTO, SEM QUE COM ISTO A VIOLE E OS PROFISSIONAIS DE SAÚDE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E PENAS VIGENTES.

2.2. A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCEFÁLICOS, DEIXA-SE CLARO, NÃO CORRESPONDE, RIGOROSAMENTE, AO "ABORTO EUGÊNICO", QUE OCORRE QUANDO CONSTATADA ANOMALIA COMPROMETEDORA DA HIGIDEZ MENTAL E FÍSICA DO FETO, MAS COM POSSIBILIDADE DE SOBREVIDA PÓS-PARTO, NÃO IMPORTA SE CURTA OU LONGA É INTERROMPIDA A GRAVIDEZ.

NESTE CASO, CONFORME A MAIORIA DOS DOUTRINADORES HÁ ABORTO QUE É REALIZADO ATENDENDO O IMPACTO EMOCIONAL, PSICOLÓGICO DA MÃE E FAMILIARES, SIGNIFICATIVO, MAS NÃO SUPERIOR À PERSPECTIVA DE VIDA DO RECÉM NASCIDO, EMBORA COM DEFORMIDADES. ONTOLOGICAMENTE, A EUGENIA TRATA DA REPRODUÇÃO E DO APERFEIÇOAMENTO DA RAÇA, PORTANTO, A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ PARA "PRESERVAR A QUALIDADE DE VIDA DO SER", NÃO ENCONTRA, POR ORA SUSTENTAÇÃO EM CAUSA LEGAL, PRINCÍPIO VIGENTE A PERMITIR QUE O JUIZ PROVEJA A ESPÉCIE.

ATÉ MESMO PARA EMBASAR-SE EM CAUSAS SUPRA-LEGAIS, NECESSÁRIO ANALISAR-SE O CASO ESPECÍFICO E CONCRETO COM TODAS AS PROVAS CIENTÍFICAS, MÉDICAS E DE OUTROS PROFISSIONAIS (PSIQUIATRAS, PSICÓLOGOS), AVALIANDO OS BENS EM JOGO E A HIERARQUIA DELES. O CASO PRESENTE, A MEU VER, CONTUDO, NÃO CORRESPONDE AO ABORTO EUGENÉSICO, PROPRIAMENTE DITO.

3. ANENCEFALIA É ANOMALIA QUE TORNA INCOMPATÍVEL A VIDA DO FETO DESTITUÍDO DE ENCÉFALO, DEPENDENTE TÃO SÓ DA PERMANÊNCIA NO VENTRE MATERNO, ASSIM MESMO, EM 50% DOS CASOS, A MORTE OCORRE ANTES DE DECORRIDO O TEMPO GESTACIONAL. A MORTE É CERTA, NÃO HÁ POSSIBILIDADE ALGUMA DE VIDA EXTRA-UTERINA.

A LEGISLAÇÃO PENAL, ESPECIFICAMENTE NOS ARTIGOS 124 E SEGUINTE PROTEGE A VIDA AO PENALIZAR O ABORTO, PREVENDO OS DOIS CASOS DE EXCEÇÃO NO ARTIGO 128, CONDICIONADO À PRÁTICA (INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ) À REALIZAÇÃO POR MÉDICO. SÃO CASOS LEGAIS QUE EXCLUEM A ILICITUDE. A REDAÇÃO DO CAPUT,

EMBORA IMPRÓPRIA COMO REGISTRAM OS DOUTRINADORES, MAGALHÃES NORONHA, MIRABETE, GUILHERME DE SOUZA NUCCI E OUTROS, SÃO EXCLUDENTE DA ILICITUDE, E NÃO EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. A REDAÇÃO DA FORMA COMO VERBALIZADA É IMPRÓPRIA AO DISPOR: "NÃO SE PUNE O ABORTO PRATICADO POR MÉDICO; I - SE NÃO HÁ OUTRO MEIO DE SALVAR A GESTANTE; E II - SE A GRAVIDEZ RESULTA DE ESTUPRO, PRECEDIDO DO CONSENTIMENTO DA GESTANTE".

4. A interrupção da gravidez de fetos anencefálicos não se embasa na excludente da ilicitude por não estar prevista no dispositivo, acima referido, portanto, não autorizada pela lei penal positiva e legislada. Não se pode olvidar que a evolução da sociedade é dinâmica e o direito deve acompanhar os avanços que criam novas relações jurídicas entre os cidadãos e instituições e o avanço tecnológico e científico que nos últimos 50 anos, atropelou concepções antigas e, mesmo que não inverta os bens e valores fundamentais permite se vislumbre, em casos concretos causas supra-legais que tornam obsoletas, concepções da época do Código Penal: 1940.

A meu sentir, comprovada a anomalia do feto, para efeitos de interrupção da gestação ante os avanços fantásticos da medicina e da tecnologia aplicada nas últimas décadas, admiráveis em todos os sentidos passou a desvendar o ser humano, detectando não só as alterações no feto, mas estabelecendo com segurança a possibilidade de vida pós-parto, e, em outros casos, a total incompatibilidade com esta, ou seja: a morte do feto tão logo expulso do corpo materno voluntária ou involuntariamente.

Na segunda opção, quando há impossibilidade total com a vida, tem-se entendido que legitimado "o médico a proceder à operação cirúrgica de antecipação do parto, embasando-se a autorização não na lei expressa, mas em causa supra-legal, princípio de direito que independe da lei que seria a dignidade da mulher, sua higidez mental e psíquica, excluindo eventual tipificação por ausência de culpabilidade".

4.1. O juiz, reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, face ao caso concreto, tendo em mente que a norma penal vigente protege a "vida" e não a "falsa vida", poderá dentro de sua livre convicção, entender que inexigível da mulher outra conduta que não seja a interrupção da gravidez, buscando para tanto o atendimento médico especializado, único autorizado a proceder à cirurgia de antecipação do parto.

Não se pode exigir da gestante que prossiga carregando a morte já que a vida é impossível, comprovado cientificamente, que se o feto não

morrer no ventre ao longo dos 09 meses, inexoravelmente, desaparecerá no momento de nascer ou poucos minutos, no máximo pouquíssimas horas, jamais tendo ultrapassado na literatura médica 12 horas. (Comentários do artigo 128 CP - Guilherme Souza Nucci, pág. 427).

4.2. O caso presente é de feto anencefálico, anomalia que pela ausência de encéfalo torna incompatível a vida, conforme certificado pela médica folha 15, Dr^a. Maria Eliane Paulino de Oliveira que atende a paciente na Policlínica Militar de Porto Alegre, atestado fornecido após a realização de três ecografias que também acompanham o processo. Nem mesmo perspectiva de curta vida existe, uma vez que ao nascer, apenas apresentará sinais vitais que cessarão, imediatamente, no máximo, se sobreviver de algumas horas decorre do reflexo remanescente da atividade físico-química dos órgãos do ser quando dentro do ventre, mas sem vida autônoma.

Acrescente-se que além de não possuir cérebro, o feto sequer tem qualquer ossatura do crânio, o que demonstra a total incompatibilidade com a vida, e os sinais vitais existentes são, exclusivamente, por encontrar-se no útero materno recebendo o fluido necessário para manter os batimentos cardíacos com eventual crescimento.

4.3. Assim, sem antecipar posição jurídica definitiva, mas inclinando a admitir o que foi examinado e deferido na liminar pelo Ministro Marco Aurélio, embora respeitados os doutrinadores da lavra de Magalhães Noronha, Frederico Marques e, modernamente a de Guilherme de Souza Nucci, que rejeitam "a legitimação do aborto de fetos com anomalias monstruosas, com curta expectativa de vida", e daqueles em sentido contrário, como Alberto da Silva Franco que entendem configurar o aborto eugênico uma excludente de ilicitude, reserva-se ao exame de caso concreto que venham a ser postos ao Tribunal, peço vênias para transcrever o que diz Souza Nucci."in Comentários ao Código Penal – pág. 429 edição 2003" que bem responde às ansiedades e perplexidade do tema: "a curta expectativa de vida do futuro recém nascido também não deve servir de justificativa como aborto, uma vez que não se aceita no Brasil a eutanásia, vale dizer, quem está desenganado não pode ser morto por terceiros, que terminarão praticando homicídio (ainda que privilegiado. Entretanto, se os médicos atestarem que o feto é verdadeiramente inviável, vale dizer, é anencefalo (falta-lhe cérebro, por exemplo), não se cuida de "vida" própria, mas de um ser que sobrevive à custa do organismo materno, uma vez que a própria lei considera cessada a vida tão logo ocorra a morte encefálica. Assim, a ausência de cérebro pode ser motivo mais que suficiente para a realização do aborto, que não é baseado porém em características

monstruosas do ser em gestação, e sim em sua completa inviabilidade como pessoa, com vida autônoma fora do útero materno". (Grifo meu).

5. Conclui-se que: comprovado que a mulher está grávida de feto anencefálico, como no presente, realizadas três ecografias, acrescidas dos relatórios médicos atestando a total incompatibilidade com a vida, independe de norma legal positiva a autorização de operação para antecipar o parto, evita-se o prolongamento do sofrimento físico, psíquico e emocional da mãe, consciente ela de que traz no ventre não a vida querida e desejada, mas a morte inevitável. Neste caso, a meu sentir, inexigível outra conduta da gestante, tanto para ela que consente com o abreviamento da gestação, inexistindo ilícito para o médico que procede a cirurgia, respaldado nas comprovações exaustivas da condição de anencéfalo do feto, cabendo reconhecer-se que não configura o crime dos artigos 124 e 125 do CP, judicial excluindo-se a culpabilidade (sentido amplo).

5.1. "O direito não pode exigir das pessoas, cidadãos comportamentos heróicos, logo, a lei penal não deve ser aplicada, cegamente, sem análise minuciosa do caso concreto", desconhecendo a dinâmica do processo civilizatório que se reflete no direito. Sendo o feto incompatível com a vida autônoma, a interrupção da gravidez não configura a meu sentir uma sentença de morte ao nascituro, não havendo afronta ao valor vida, protegido na Constituição Federal e na legislação Penal.

Certamente a Constituição e as leis ordinárias não admitem a pena de morte, porém, salvo princípios teológicos abstratos de cada um, não sendo o Estado Brasileiro religioso, mas laico, não pode o direito ficar insensível à evolução da sociedade, da ciência e os padrões comportamentais e de relacionamento delas decorrentes.

O caso sob apreciação é excepcional pelas suas características e, mesmo não estando apoiado nos dispositivos penais vigentes (artigo 128, I, II do CP) tem embasamento na causa supra-legal de inexigibilidade de outra conduta, exatamente, por que nem o direito, tampouco a lei positiva podem exigir heroísmo das pessoas a ponto de violar sua higidez mental e psíquica e a própria dignidade humana, no caso da gestante.

Ante o exposto, é de prover-se o apelo, autorizando a paciente MILLA CARLA AMARAL DA SILVA a interromper a gravidez de feto anencéfalo com a condição de ser praticado por médico, implicitamente em estabelecimento hospitalar.

Expeça-se o competente alvará para autorizar a antecipação de operação de feto anencéfalo.

APELO DEFENSIVO PROVIDO.

Des. Danúbio Edon Franco (PRESIDENTE E REVISOR):

1. Com a vênia da eminente Relatora, tenho que há questão prejudicial ao exame do mérito recursal, porquanto, em decisão proferida em 20 de outubro de 2.004, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, impetrada pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS, aquela Corte referendou a primeira parte da liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, em 01 de julho de 2004, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões sobre o tema, não transitadas em julgado, vencido o Senhor Ministro Cezar Peluso e, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os Senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Assim, tenho que imperativo o sobrestamento de todos os feitos que envolvam a matéria posta, sejam de natureza cível ou criminal, determinação que, aliás, decorre da própria lei regente – n.º 9.882/99 – , em seu art. 5º²², § 3º.

O voto, então, é pela suspensão do processo até apreciação do mérito da ação constitucional pelo Pretório Excelso, ou decisão modificativa da orientação por aquele lançada.

Des. Newton Brasil de Leão – ACOMPANHO INTEGRALMENTE O VOTO DA EMINENTE RELATORA.

DES. DANÚBIO EDON FRANCO - PRESIDENTE - APELAÇÃO CRIME Nº 70011918026, COMARCA DE PORTO ALEGRE: "por maioria, deram provimento ao apelo defensivo, autorizando a paciente a interromper a gravidez de feto anencéfalo com a condição de ser praticado por médico, vencido o Presidente que suspendia o processo nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal".

²² Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.(...)

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

Julgador(a) de 1º Grau: LAIS ETHEL CORREA PIAS

Da análise:

Conforme já mencionado antes da apresentação do julgado, na justificação externa podem ser utilizados todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico para a justificação das premissas.

Neste caso, as premissas não derivam de lei positiva e, segundo o próprio acórdão, é causa supra-legal, sendo utilizadas diversas formas de argumentação.

Dentre os argumentos mais importantes referentes ao acórdão, vale destacar os seguintes, utilizados para fundamentar a decisão:

- 1 - Embora não incluída a antecipação de parto de fetos anencéfalos nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, o embasamento pela possibilidade esteia-se em causa supra-legal autônoma de exclusão da culpabilidade por inexigível outra conduta.
- 2 - [...] a norma penal vigente protege a "vida" e não a "falsa vida".
- 3 - O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno.
- 4- Não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe que tem garantido o direito à dignidade.
- 5 - Não há confronto no caso concreto com o direito à vida porque a morte é certa e o feto só sobrevive às custas do organismo materno.
- 6- A Sentença Indeferitória da Dr^a Juíza de direito da 2ª Vara do Júri, embasa-se na estrita legalidade das disposições vigentes do artigo 128, I e II do CP, que afastam a ilicitude, tão somente nos casos de aborto necessário (quando é a única forma de salvar a vida da mãe) e o humanitário, (este se a gravidez é decorrente de estupro ou atentado violento ao pudor) não comportando, extensão analógica aos casos de anencefalia.

7 - Embasando-se em outros dispositivos, mesmo em princípios constitucionais ou supra-legais como a inexigibilidade de outra conduta, entender que é possível antecipar o parto em casos expressos de anencéfalos presente para tanto os direitos da gestante como pessoa e sua dignidade como ser a quem a natureza dotou da função de preservar a espécie, mas que certa a morte poderia, em tese, antecipar o parto, sem que com isto a viole e os profissionais de saúde dispositivos constitucionais e penais vigentes.

8 - Até mesmo para embasar-se em causas supra-legais, necessário analisar-se o caso específico e concreto com todas as provas científicas, médicas e de outros profissionais (psiquiatras, psicólogos), avaliando os bens em jogo e a hierarquia deles.

9 - Anencefalia é anomalia que torna incompatível a vida do feto destituído de encéfalo, dependente tão só da permanência no ventre materno, assim mesmo, em 50% dos casos, a morte ocorre antes de decorrido o tempo gestacional. A morte é certa, não há possibilidade alguma de vida extra-uterina.

10 - A Legislação Penal, especificamente nos artigos 124 e seguintes protege a vida ao penalizar o aborto, prevendo os dois casos de exceção no artigo 128, condicionado à prática (interrupção de gravidez) à realização por médico. São casos legais que excluem a ilicitude.

11 - A interrupção da gravidez de fetos anencefálicos não se embasa na excludente da ilicitude por não estar prevista no dispositivo, acima referido, portanto, não autorizada pela lei penal positiva e legislada.

12 - O juiz, reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, face ao caso concreto, tendo em mente que a norma penal vigente protege a "vida" e não a "falsa vida", poderá dentro de sua livre convicção, entender que inexigível da mulher outra conduta que não seja a interrupção da gravidez, buscando para tanto o atendimento médico especializado, único autorizado a proceder à cirurgia de antecipação do parto.

13 - Não se pode exigir da gestante que prossiga carregando a morte já que a vida é impossível.

Percebe-se que dentre as formas de argumento possíveis no discurso jurídico, verificou-se, no caso em estudo, que foi utilizada a analogia, sendo que o julgador busca equiparar o aborto do anencéfalo ao eugênico.

Também foi possível constatar que a interpretação é utilizada como fio condutor ao raciocínio de que a mãe carregando o anencéfalo está protegendo a morte e não a vida, tão amparada pelo Direito.

Como o aborto do anencéfalo é tema novo e não há de maneira exaustiva a utilização de precedentes, o julgador está alicerçado no caso concreto, nas provas colhidas pelos técnicos, bem como nas justificações permitidas pelas diversas formas de argumentação, não se limitando ao direito positivado, porém, não fugindo de uma decisão racional.

CONCLUSÃO

Diante do estudo apresentado, pode-se afirmar que Alexy é um referente ao se tratar da Teoria da Argumentação jurídica, fundamental para o estudo da justificação das decisões judiciais.

Ao considerar o discurso jurídico como um caso especial, Alexy o vê em uma amplitude que não o separa da moral e se utiliza dos aspectos de justificação interna e externa para dar caráter racional às decisões judiciais.

É plenamente possível analisar acórdãos com base na teoria da argumentação de Alexy, principalmente ao tratar da justificação externa, aonde a limitação é menor, ou seja, o discurso jurídico e a análise das premissas não ficam restritos somente à lei positiva.

Mesmo em caso de restrição ao Direito positivado, é possível fazer o enquadramento de um julgado através da justificação interna, como foi verificado.

Assim, apesar das críticas com relação à Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, percebe-se a importância desta para a evolução da prática jurídica, a qual necessita de aprimoramento e pode ser tomada pelo discurso racional, tão necessário para o operador do direito.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Problemas da teoria do discurso**. Revista Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série, pp. 244-259, 1996.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho y otros ensayos**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **La tesis del caso especial**. Isegoría, número 21, pp. 23-35, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

PEDRON, Flávio. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. In: www.cjf.gov.br/revista/numero30/artigo10.pdf, acessado em 12/12/2007.