

Da necessidade de nomeação de curador à lide nos pedidos de alvarás para realização de aborto.

LOURI GERALDO BARBIERO

Juiz de Direito em São Paulo

Registro, *prima facie*, que a meta principal deste trabalho é a de demonstrar, diante das regras processuais já existentes, que o nascituro é detentor de direitos processuais no pedido de alvará para autorização de aborto e de sugerir inovações e modificações legislativas, tudo com o objetivo final de proteger o maior de todos os direitos: **o direito à vida**. O trabalho se restringe a aspectos processuais, sem qualquer exame quanto ao mérito do pedido, ou seja, se deve ou não ser deferido o pedido e em quais casos.

1) Da impossibilidade jurídica do pedido

O pedido de alvará para autorização de aborto, na verdade, no nosso modesto pensar, não deveria sequer ser conhecido, posto que:

— trata-se de pedido juridicamente impossível diante da falta de previsão legal em nosso ordenamento jurídico;

— a hipótese não se enquadra em nenhum dos casos de competência das Varas Criminais, conforme definidos no art. 28 do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-Lei Complementar nº 3, de 28.08.1969);

— a hipótese também não se enquadra na competência das Varas da Família e Sucessões e da Infância e Juventude (arts. 37 e 39 do Código Judiciário);

— não se trata de ação cautelar penal, pois não está vinculado a nenhum processo futuro ou em curso;

— o exame do pedido, como procedimento administrativo, usurpa e frustra a competência jurisdicional própria, que é a do Juízo penal, *ex post facto* (RT 734/537);

— o artigo 128 do Código Penal não contempla, entre os requisitos para o aborto legal, a autorização judicial;

— a lei vigente não contempla o chamado aborto eugênico como legal e, portanto, não há que se falar em autorização judicial para a sua prática;

— o maior direito do nascituro, protegido pelo sistema jurídico nacional, é o de nascer com vida, mesmo que venha a ocorrer o óbito no período neonatal;

— nenhum juiz está autorizado a permitir o cometimento de um crime (não importa que eximido de pena), ou, mesmo não sendo crime, de um ato ilícito, de uma ação contrária à lei (RJTJESP 99/25).

Como ensina GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA (*in Aborto Humanitário: Autorização Judicial*, RT 675/301), “A autorização judicial, a cuja exigência a imprensa nacional tem emprestado tanto destaque nos mais variados recantos do País, é figura absolutamente alheia, estranha aos requisitos da tipicidade especial, insculpidos na moldura da norma descrita no art. 128, I e II, do CP.”

Segundo ANTÔNIO CHAVES, a autorização judicial para que o médico realize o abortamento é absolutamente desnecessária, “ficando a intervenção ao inteiro arbítrio do médico” (cf. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo*, ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 29).

O mesmo entendimento foi externado pelo magistrado WANDERLEY JOSÉ FEDERIGH, em artigo publicado no *O Estado de S. Paulo*, de 30.3.1986, p. 40: “Não havendo menção expressa na lei à necessidade de autorização judicial para a prática do aborto, não há justa causa para a invocação da prestação jurisdicional. A função do juiz é a de vigilante e aplicador da lei. Se esta já é clara, nada há a ser interpretado. O juiz, chamado a autorizar um aborto, nada mais pode fazer além de declarar que, nos casos dos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal, não há crime, mas não lhe cabe conceder a referida autorização”.

2) Do Juízo competente

Apesar da falta de previsão legal, tanto material como processual, o pedido de alvará para autorização de aborto vem sendo conhecido. Em alguns estados pelas varas cíveis e em outros pelas varas criminais e, no caso especial da Comarca de São Paulo, pelo DIPO - Departamento de Inquéritos Policiais (no decorrer deste ano 2000, foram autorizados pelo DIPO 33 casos - 30 relacionados com os abortos eugênico e terapêutico e 3, com o chamado humanitário).

Uma vez conhecidos os pedidos, como tem ocorrido, mister que sejam processados pelo Juízo competente.

Não há dúvida de que a matéria é penal e de competência do Tribunal do Júri, a quem compete julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, dentre eles o de aborto (art. 5º, inciso XXXVIII, da CF. e 74, § 1º, do CPP).

Assim sendo, faz-se necessário a edição de norma processual penal, que preveja

a necessidade de alvará judicial para a prática do aborto legal, bem como o juízo competente para a sua apreciação, com a necessária intervenção de curador de incapazes e de curador especial ao nascituro, como adiante se verá, tendo em vista o evidente conflito de interesses existente entre o nascituro e a gestante.

Sugere-se, assim, a criação de parágrafos no artigo 128 do Código Penal atual ou no artigo 127 do Projeto da parte especial do Código Penal, em trâmite no Congresso Nacional, de mais um inciso nos artigos 497 e 574 e de nova redação ao artigo 612, todos do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

“Art. 128 ou 127 do Código Penal...

I - ...

II - ...

§ 1º - Nas hipóteses acima, a gestante, ou seu representante legal, deverá requerer ao Presidente do Tribunal do Júri autorização para o abortamento, em pedido devidamente instruído.

§ 2º - O juiz, sob pena de nulidade, nomeará curador especial ao nascituro.

§ 3º - Após a oitiva dos interessados e da realização da prova pericial, com a manifestação do curador especial nomeado e do Ministério Público, este na função de curador de incapazes e de dominus litis, o juiz deferirá ou não o pedido.

§ 4º - Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença que conceder o alvará. Neste caso, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 5º - O deferimento do alvará não obstará futura ação penal pelo crime de aborto, nos casos de dolo, fraude ou má fé na formulação do pedido.

Art. 497 do Código de Processo Penal ...

...

...

XII - apreciar e decidir pedidos de autorização de aborto, nos termos do artigo 128 e seus parágrafos do Código Penal.

Art. 574 do Código de Processo Penal ...

...

...

III - da sentença que conceder alvará para a realização de aborto (art. 128, § 4º, do Código Penal).

Art. 612. Os recursos de habeas corpus e a apelação previstos no artigo 128, § 4º, do Código Penal, designado o relator, serão julgados na primeira sessão.”

3) Da necessidade de nomeação de curador à lide

A Constituição Federal, em seus artigos 5º e 227, garante e assegura a todos **a inviolabilidade do direito à vida, inclusive a intra-uterina.**

A legislação infraconstitucional brasileira, como não poderia deixar de ser ante a norma constitucional, também protege o bem jurídico fundamental da vida, a começar

pela criminalização do aborto, em seus artigos 124 a 127 do Código Penal vigente.

Por sua vez, o Código Civil Brasileiro dispõe que: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida: **mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro**” (art. 4º).

Como sabemos, nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. O Código Civil protege as expectativas de direito do nascituro, que se confirmam se houver nascimento com vida, ou se desmentem, como se nunca tivessem existido, no caso contrário. Não tem personalidade, mas, desde a concepção, é como se tivesse. Assim, o nascituro é herdeiro, pode receber doações e legados, pode ser adotado, reconhecido e legitimado. Pode agir através de seu curador. Pode figurar como sujeito ativo e passivo de obrigações. A eficácia de tudo, porém, fica na dependência do nascimento com vida.

Em numerosos textos, o legislador volta sua atenção para aquele que apenas foi concebido (Cód. Civil, arts. 353, 357, parágrafo único, 372, 377, 458, 462 e 1.718; Cód. Proc. Civil, arts. 877 e 878; Cód. Penal, arts. 124 e 128).

O Código de Processo Civil, a seu turno, determina no seu artigo 9º, inciso I, que: “O juiz dará curador especial ao **incapaz**, se não tiver representante legal, **ou se os interesses deste colidirem com os daquele**;”. O curador especial a que se refere o Código é também chamado curador à lide para distingui-lo do curador representante legal do incapaz nos atos da vida civil.

É evidente que, nesse caso, o conflito de interesses pode acarretar prejuízo para o incapaz. Não importa a idoneidade do representante; a lei, para resguardo dos interesses do incapaz, afasta seu representante e o substitui por curador especial, que servirá apenas para a causa.

Ao curador especial incumbe defender o incapaz, velar pelos seus interesses, no que diz respeito à regularidade de todos os atos processuais, cabendo-lhe ampla defesa dos direitos da parte representada, tais como contestar e recorrer de todas as decisões.

Embora, em princípio, os incapazes, a que se refere o dispositivo, sejam aqueles enumerados nos artigos 5º e 6º do Código Civil, dentre os quais não figura o nascituro, forçoso reconhecer que, se a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, nos termos do art. 4º do Código Civil, sendo o direito à vida o mais importante deles, **tem ele direito à nomeação de curador especial sempre que os seus interesses colidirem com os do representante legal**. E não há dúvida de que, no pedido de alvará para realização do aborto, qualquer que seja ele (necessário, sentimental ou eugênico), há uma colidência de interesses. **O nascituro quer nascer e a gestante quer abortá-lo.**

Frise-se, embora desnecessária, que a nomeação, pelo juiz, de um curador especial não exclui a necessidade de intervenção do Ministério Público, na função de **dominus litis**, exercida no processo penal, e nem com a de **custos legis**, na causa em que houver interesse de incapazes, e que está prevista no art. 82, inciso I, do Código de Processo Civil, porque a função desse curador à lide equivale à do pai ou tutor de menor ou curador de louco, surdo-mudo, ou pródigo.

Com a nomeação do curador à lide, o nascituro ficaria devidamente representado e defendido. E o curador, na hipótese de concessão do alvará para realização do aborto, poderia recorrer, assegurando o exame do pedido em segundo grau de jurisdição.