



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BRUNA MARIA DE OLIVEIRA

**QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DA INTERRUPÇÃO DA
GESTAÇÃO DO FETO ANENCÉFALO**

**BARBACENA
2012**

BRUNA MARIA DE OLVEIRA

**QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DA INTERRUPÇÃO DA
GESTAÇÃO DO FETO ANENCÉFALO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Esp. Darcilene da Consolação Neves Pereira.

**BARBACENA
2012**

Bruna Maria de Oliveira

**QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DA INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO
DO FETO ANENCÉFALO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Maria do Perpétuo Socorro de Oliveira Cantaruti Guida – Matrícula 66.555
Técnica de Apoio Judicial da Comarca de Carandá

Profª Esp. Darcilene da Consolação Neves Pereira
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Profª Esp. Rosy Mara Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico este trabalho as pessoas que sempre estiveram ao meu lado, transmitindo-me fé, amor, alegria, determinação, paciência, e coragem, tornando os meus dias mais felizes e bonitos. Aos meus pais, as minhas irmãs, ao meu namorado, aos meus amigos e familiares, por estarem sempre presente em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fonte de toda inspiração, pela sua presença constante em minha vida, e por ter me dado forças para chegar até aqui.

Aos meus pais, minhas irmãs, familiares e amigos, por todo carinho e apoio que foi fundamental para que esse sonho se realizasse.

A minha orientadora Dra. Darcilene, pelos ensinamentos, pela dedicação e empenho etapa por etapa, para a concretização deste trabalho.

A professora Rosy, pela paciência e atenção ao longo desta jornada.

A Maria do Perpétuo Socorro, componente da minha banca examinadora, pela disponibilidade em fazer parte deste momento tão importante da minha vida.

Enfim, a todas as pessoas que colaboraram de alguma forma na realização deste trabalho, o meu muito obrigada!

RESUMO

A interrupção da gestação dos fetos portadores da anencefalia, objeto do presente trabalho, deve ser tratado sob duas perspectivas: de um lado o direito da mulher em prosseguir ou não com a gestação do feto portador da anomalia, resguardando seus direitos à liberdade de escolha e também à sua saúde física e psíquica, e de outro o conflito com o direito à vida do feto. Trata-se de questão polêmica por envolver a vida, bem maior do ser humano, direito originário resguardado constitucionalmente e do qual fluem todos os outros direitos. A respeito do assunto, é importante lembrar que a Carta Magna garante a todos os seres humanos o direito à vida desde a concepção até a morte, sejam estes bem ou malformados, sem distinção. Entretanto, por outro lado, a Constituição Federal considerou a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Trata-se no presente trabalho das questões controvertidas a respeito do tema, tendo em vista a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que autoriza a antecipação terapêutica do parto nos casos da gestação de fetos anencéfalos. Analisa-se a questão de acordo com argumentos científicos, especificamente das áreas médica e jurídica. A metodologia utilizada para a pesquisa é a bibliográfica documental, a consulta de doutrinas, legislações, jurisprudências, revistas jurídicas, além de artigos disponibilizados na internet. Tem-se que a solução dada pelo STF foi a mais sensata, uma vez que seria desumano com a mulher levar a gestação até o final de um feto já condenado à morte.

Palavras-chave: Aborto. Anencefalia. Direito à vida. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The interruption of anencephaly fetuses' pregnancy is the object of this study and it should be treated under two perspectives: on one side a woman's right to continue or not with anomaly fetus's pregnancy, protecting their rights of freedom choice and also their physical and mental health, and other conflict with the fetus right of life. This is a controversial issue involving life, the human being great asset, original right safeguarded constitutionally from which all other rights flow. Regarding the subject, it is important to remember that the Constitution guarantees all human beings the right of life from the conception to death, whether good or malformed, without distinction. However, on the other hand, the Federal Constitution considered the human dignity one of the foundations of a right democratic state. This study deal with the controversial issues on the subject, in view of the recent decision of the Supreme Court, which approved therapeutic anticipation of childbirth in cases of anencephalic fetuses' pregnancy. It analyzes the issue in accordance with scientific arguments, specifically medical and legal areas. The methodology used for the research is the literature, the query doctrines, laws, jurisprudence, legal journals, and articles available on the internet. It has the solution given by the Supreme Court, was the most sensible since it would be inhumane to the woman take the pregnancy to the end of a fetus already sentenced to death.

Keywords: Abortion. Anencephaly. The right of life. Human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DO ABORTO	17
2.1 As modalidades de Aborto no Brasil	19
2.1.1 Auto Aborto ou Aborto Consentido	19
2.1.2 Aborto provocado por terceiro	20
2.1.3 Aborto Consensual	20
2.1.4 Aborto Qualificado	20
2.1.5 Aborto necessário	21
2.1.6 Aborto sentimental	21
2.1.7 Aborto eugênico	22
3 ANENCEFALIA	23
3.1 O feto anencéfalo e a possibilidade de doação de órgãos	25
4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
4.1 Direito à vida	29
4.2 Princípio da dignidade humana	30
4.2.1 O direito a vida e a dignidade da pessoa humana do feto e do nascituro	31
4.3 Direito a Saúde	32
5 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54	33
5.1 Decisão do STF a respeito da ADPF 54	34
6 ENTREVISTAS	37
6.1 Entrevista realizada no dia 01/12/2012, com o médico obstetra Dr. Gerson Silveira CRM 12564	37
6.2 Entrevista realizada no dia 26/11/2012, com o Juiz de Direito da Comarca de Diamantina, Dr. Cristiano Araújo Simões Nunes, matrícula 6491-5	37
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

A questão da autorização do aborto nos casos de feto anencéfalo, foi por um longo período tema de grande polêmica em razão de a matéria envolver campos distintos tais como a ética, a medicina, o direito, a moral, a religião e os costumes.

Durante anos o Poder Judiciário lidou com a discussão que envolve a questão do aborto em casos de anencefalia, que caracteriza-se como uma malformação congênita que torna inviável a vida extrauterina do feto. Esta anomalia é diagnosticada ainda no início da gravidez, quando a gestante tem a triste notícia de que o feto poderá vir a morrer em seu ventre ou, na eventualidade do nascimento terá sobrevida de apenas algumas horas.

Diante deste prognóstico, muitas mulheres sofrem com graves transtornos psicológicos, chegando em alguns casos a um quadro de depressão profunda, além de terem a sua saúde física abalada em consequência da gestação. Por esses motivos, eram frequentes os pleitos judiciais onde as gestantes recorreriam ao judiciário para obter a autorização para por fim à gestação, no entanto, nem sempre a resposta obtida era favorável e o pleito se arrastava pelas instâncias judiciais por um longo período, prolongando o martírio que as gestantes eram obrigadas a suportar.

Perante esta situação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) interpôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. A ação tinha a intenção de obter o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de que os artigos 124, 126, *caput*, e 128, do Código Penal fossem interpretados em conformidade com os princípios constitucionais. Desta forma, a conduta do médico que, a pedido da gestante pusesse fim a gravidez de feto com anencefalia não mais seria considerado como crime.

Contudo, a grande problemática que envolve o assunto, é o fato de estarem em conflito os direitos fundamentais resguardados na Carta Magna da República, quais sejam, o direito à vida do feto versus a dignidade humana, direito à saúde física e psíquica da gestante.

Especialmente, busca-se analisar o conflito existente entre o direito à vida do feto ou embrião portador da anencefalia e o direito a dignidade humana da gestante, bem como seu direito a liberdade de autonomia reprodutiva e à saúde plena.

No presente trabalho, busca-se trazer os pontos controversos a respeito da interrupção da gestação do feto anencéfalo. O objetivo é demonstrar que, em tais hipóteses, não se trata de aborto, mas antecipação terapêutica do parto. Analisa-se a questão de acordo com argumentos científicos, especificamente das áreas médica e jurídica. A metodologia

utilizada para a pesquisa é a bibliográfica documental, a consulta de doutrinas, legislações, jurisprudências, revistas jurídicas, além de artigos disponibilizados na internet.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DO ABORTO

O aborto consiste na destruição da vida antes do início do parto, com ou sem a expulsão do feto do útero materno.

Segundo Mirabete (2009, p. 56):

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Da mesma forma, Teles (2006, p. 129), afirma:

Aborto é a interrupção da gravidez com a morte do ser humano em formação. A gravidez, que começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, e o processo de formação do ser humano, que termina com o início do parto. A gravidez pode ser interrompida antes de chegar a termo naturalmente ou por provocação cirúrgica sem que ocorra a morte do ser humano em formação- parto cesariano. Quando a gravidez é interrompida, disso resultando a morte do feto, há aborto ou abortamento.

A esse respeito, Jesus (2000, p. 119), assegura “Aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)”.

A questão relativa ao aborto vem sendo discutida ao longo dos tempos. Entretanto, é sempre complexa e atual, por envolver aspectos da mais alta indagação, já que a discussão envolve campos distintos tais como a ética, a medicina, o direito, a moral, a religião e os costumes.

Assim, Pacheco (2010)¹ nos esclarece o seguinte sobre o surgimento do aborto:

O termo aborto provém do latim “*aboriri*” e significa “separar do lugar adequado”. Métodos abortivos datam do século XXVIII a.C., tendo sido descoberto na China. A verdade é que os povos primitivos ou não o previam ou, posteriormente, incriminavam-no com duríssimas penas. Com o fato concreto, entretanto, as manobras abortivas sempre foram praticadas em todo o mundo, sob o pretexto de que serviriam para controlar o crescimento populacional. Os primeiros detratores do aborto pretendiam defender não somente o ser em formação, mas também a gestante e a própria sociedade em virtude do direito que lhe assiste de ter novos cidadãos. Existe um ponto de contato entre duas “legislações”, eis que tanto na Bíblia como no Código de Hamurabi, preocupavam-se menos com o aborto propriamente dito e muito mais com o ressarcimento ou compensação do dano causado.

¹ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3740

No Egito antigo não dispunha-se de sanção para quem praticasse manobras abortivas.

Já os doutrinadores gregos e romanos em sua maioria aconselhavam o aborto.

Aristóteles e Platão pregavam a utilização do aborto como forma de controle populacional. Enquanto Sócrates também o admitia, porém sem qualquer outra justificativa, que não a de dar a gestante à liberdade de escolha.

No Brasil, o Código Penal do Império de 1830 não punia o aborto cometido pela própria gestante, punia tão somente o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Reprimia, na verdade, o aborto consentido e o aborto sofrido, mas não o aborto provocado, ou seja, o auto-aborto. A punição apenas era imposta a terceiros que intervissem no abortamento, mas não a gestante em qualquer hipótese. O fornecimento de meios abortivos também era punido, mesmo que o aborto não fosse praticado, como uma espécie de penalização dos atos preparatórios. Agravava-se a pena se o sujeito ativo fosse médico cirurgião ou similar. (BITENCOURT, 2010).

O Código Penal de 1890 diferenciava o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, agravando-se se sobreviesse à morte da gestante. Esse Código já criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Se o crime tivesse como fim ocultar desonra própria a pena era consideravelmente atenuada. Aludido Código permitia o aborto para salvar a vida da gestante; nesse caso, punia-se ocasional imperícia do médico que por sua culpa, desse causa à morte da gestante. (BITENCOURT, 2010).

O Código Penal vigente de 1940, por sua vez, descreve três figuras de aborto: aborto provocado (art. 124), aborto sofrido (art.125), e aborto consentido (art. 126). Na primeira hipótese, a própria mulher assume a responsabilidade pelo abortamento; na segunda, repudia a interrupção do ciclo natural da gravidez, ou seja, o aborto ocorre sem o seu consentimento; e, finalmente, na terceira, embora a gestante não o provoque, consente que terceiro o realize. (BITENCOURT, 2010).

A atual legislação foi publicada em 1940 segundo a cultura, os costumes e hábitos dominantes na década de 30. Passaram-se mais de oitenta anos e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeiras revoluções na ciência médica. (BITENCOURT, 2010).

Conforme explica Bitencourt (2010) nos dias atuais, a medicina tem condições de determinar com absoluta certeza e exatidão, eventual anomalia do feto, e, por conseguinte, a inviabilidade de vida extrauterina. Nessas condições, é completamente defensável a orientação do anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que possibilita o

aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso.

A atual legislação não apresentou grandes alterações ao sistema anterior, destacando apenas duas hipóteses permitidas de aborto: na situação em que existir risco de vida para a gestante ou quando a gravidez for decorrente de estupro, sendo assim, a atual legislação penal deve observar e acompanhar os movimentos e as pretensões da sociedade na sua totalidade, sob pena de não ser eficaz e levar o sistema ao descrédito.

2.1 As modalidades de Aborto no Brasil

A prática do aborto é disciplinada pelo Código Penal, que visa regular todos os aspectos legais do aborto. O aborto pode ser espontâneo ou natural, acidental, criminoso ou provocado, legal ou permitido. O aborto natural não configura crime, visto que há a interrupção natural da gravidez, seja por má formação do feto ou por acidente, sem interferência de qualquer natureza. Entretanto, quando resultar de intervenção intencional da gestante ou de qualquer outra pessoa, com emprego de técnicas abortivas, é considerado aborto criminoso ou provocado.

O Código Penal permite somente duas formas de aborto legal. Uma delas é o denominado aborto necessário ou terapêutico, hipótese em que, quando for feito por médico, não é punido, desde que não haja outro meio de salvar a vida da gestante. A outra forma é o aborto sentimental ou humanitário, que não é punido quando a gravidez resultar de estupro.

2.1.1 Auto Aborto ou Aborto Consentido

Em sua primeira parte, o art. 124 do Código Penal tipifica o chamado auto aborto: “provocar aborto em si mesma”. Trata-se de crime especial, só podendo praticá-lo à própria gestante.

No mesmo art. 124, segunda parte, é descrito o aborto consentido, em que a gestante é punida por “consentir que outrem lhe provoque” (o aborto). Neste crime a gestante consente que outra pessoa realize em si, algum método interruptivo da gravidez com a consequente morte do ser em formação. Este, que provoca o aborto, responde pelo crime previsto no art. 126 do mesmo Códex, em que comina pena mais grave.

2.1.2 Aborto provocado por terceiro

O art. 125 do Código Penal descreve o aborto provocado por terceiro, sendo a pena aplicada neste caso a mais grave (reclusão, de três a dez anos), porque o agente provoca o aborto sem o consentimento da gestante, no caso também vítima de crime. Existirá esse delito e não o do art. 126, quando for empregada pelo agente a força (violência), a ameaça ou a fraude.

Supõe-se não haver o consentimento da gestante, quando a mesma “não e maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência” (art. 126, parágrafo único).

2.1.3 Aborto Consensual

No art. 126 do mesmo Código está descrita a provocação do aborto com o consentimento da gestante. Esta responderá pelo crime previsto no art. 124, e o terceiro, que praticou a conduta típica responderá pela conduta prevista no art. 126 do Código Penal, com pena mais grave.

A respeito do consentimento da gestante, afirma Mirabete: (2009, p. 61): “O consentimento, que pode ser expresso ou tácito, deve existir desde o início da conduta até à sua consumação, respondendo pelo art. 125 o agente quando a gestante revoga o seu consentimento durante a execução do aborto”.

2.1.4 Aborto Qualificado

O art.127 descreve as formas qualificadas pelo resultado “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém à morte”.

Segundo Mirabete (2010) o art. 127 se refere a crime preterdoloso, em que o agente não quer o resultado, lesão grave ou morte.

Cabe ressaltar que, nos casos acima citados, deve-se considerar que o produto da concepção obtenha vida, caso contrário não se poderia falar em crime de aborto.

2.1.5 Aborto necessário

Prevê o art. 128 casos legais do aborto, quando ocorrem circunstâncias que tornam lícitas a prática do fato. “Não se pune o aborto praticado por médico: I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

O aborto necessário também é conhecido como terapêutico e constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

A respeito do aborto necessário Bitencourt (2010), expõe o que se segue:

O aborto necessário exige dois requisitos simultâneos: a) perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico fundamental é o iminente perigo a vida da gestante, sendo insuficiente o perigo a saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou evitar a desonra pessoal ou familiar.

Quando o perigo de vida for iminente, na falta de médico, outra pessoa poderá realizar a intervenção, fundamentada nos artigos. 23, I, e 24. Na hipótese de perigo de vida iminente, é dispensável a concordância da gestante ou de seu representante legal (art. 146, parágrafo 3, CP), até porque, para o aborto necessário, ao contrário do aborto humanitário, o texto legal não faz essa exigência, que seria restritiva da liberdade de agir e decidir. (BITENCOURT, 2010).

2.1.6 Aborto sentimental

Pelo inciso II do art. 128 está autorizado o aborto sentimental (ético ou humanitário), que é aquele que pode ser praticado por ter a gravidez resultado de estupro. Entende-se, que, no caso, há também estado de necessidade ou causa de não exigibilidade de outra conduta. Justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado. Além disso, frequentemente o autor do estupro é pessoa degenerada, anormal, podendo ocorrer problemas ligados à hereditariedade. (MIRABETE, 2009).

Para se autorizar o aborto humanitário são necessários os seguintes requisitos: a) gravidez resultante de estupro; b) prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu

representante legal. A prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser plena.

O consentimento da gestante ou de seu representante legal deve ser obtido por escrito ou na presença de testemunhas idôneas, como garantia do próprio médico.

A prova do crime de estupro pode ser produzida por todos os meios em direito admissíveis. É desnecessária a autorização judicial, sentença condenatória ou mesmo processo criminal contra o autor do crime sexual.

2.1.7 Aborto eugênico

É um tipo de aborto preventivo executado ante a suspeita de que a criança virá ao mundo com anomalias graves. É aquele cometido na presunção de que o futuro filho herdaria dos pais doenças ou anormalidades físicas ou mentais.

Segundo Mirabete (2009), tem-se entendido que não há excludente de criminalidade do chamado aborto eugenésico, há uma tendência a sua descriminalização em hipóteses específicas, com o válido argumento de que não se deve impedir o aborto em caso de grave anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida extrauterina. A inviabilidade da vida do feto e os danos psicológicos à gestante justificam tal posição, apoiando-se alguns na tese da existência da possibilidade de aborto terapêutico e outros no reconhecimento da excludente da culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa.

3 ANENCEFALIA

A anencefalia é definida pela literatura médica como uma má formação congênita do feto em decorrência de defeito no fechamento do tubo neural durante o período de gestação. O feto anencéfalo não apresenta os hemisférios cerebrais, nem o córtex. Há, tão somente, vestígios do tronco encefálico. A anencefalia é vulgarmente conhecida como ausência de cérebro. A anomalia implica a inexistência de todas as funções correspondentes ao sistema nervoso central, ao qual está relacionada à consciência, a cognição, a relacionalidade vital, a comunicação, bem como a afetividade e a emotividade. No feto anencéfalo, há, tão somente, algumas funções inferiores, responsáveis pelo controle parcial da respiração, das funções vasomotoras e da medula espinhal. (BARCELOS, 2012)².

Dentre os casos de má- formação fetal incompatíveis com a vida, a anencefalia, sem dúvida, é o mais comum.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (2010)³ conceituam a anencefalia, como sendo:

Anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida extrauterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais por um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não fechou e o cérebro não se desenvolveu, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face.

Segundo médicos pesquisadores do National Institute of Neurological Disorders and Stroke (2010)⁴, a anencefalia é definida como:

Anencefalia é um defeito do tubo neural (um distúrbio envolvendo desenvolvimento incompleto do cérebro, medula espinhal e seus revestimentos de proteção). O tubo neural é uma camada estreita protetora que se forma e fecha entre a 3ª e 4ª semana de gravidez para formar o cérebro e a medula espinhal do embrião. A Anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência de uma parte importante do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com esta disfunção nascem sem um pros encéfalo (a parte frontal do cérebro) e sem um cerebrum (a área do cérebro responsável pelo pensamento e a coordenação). O tecido cerebral restante é frequentemente exposto - não cobertos por osso ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente, e incapaz de sentir dor (tradução livre).

Conforme expõe Patriarcha (2011, p.2)⁵, o vocábulo "anencefalia" tem origem grega e significa ausência de cérebro. O prefixo "an" pode ser traduzido como "privação de" e o

² <http://jus.com.br/revista/texto/21355/consideracoes-acerca-do-aborto-anencefalico-no-brasil/3>

³ <http://www.cnts.org.br/geral/Arquivo/antecipacaoterapeutica.htm>

⁴ <http://www.anencephaly.net/anencephaly.html>

termo "enkephalos" corresponde a "cérebro". A anencefalia é uma patologia que se desenvolve durante a gestação, no período de formação do sistema nervoso do feto. É caracterizada pela ausência da calota craniana e do encéfalo, em razão de falha no fechamento do tubo neural.

A ocorrência de casos de anencefalia é mais comum na população brasileira do que se tem idéia. Conforme dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), divulgados no ano de 2003, o Brasil é o quarto país do mundo a apresentar maior incidência dessa má-formação fetal. De acordo com a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), a estimativa é de que a cada 1.600 recém-nascidos, um é anencéfalo (PATRIARCHA, 2011, p. 2) ⁶.

Na gestação de fetos anencéfalos, a gestante desenvolve diversas complicações no decorrer da gravidez, como por exemplo: deslocação da placenta, o trabalho de parto demora de 2 a 3 vezes mais, de 3 a 5 vezes é maior a incidência de hipotonia uterina e hemorragia no pós-parto. Pelo fato da mulher não amamentar, também a involução uterina é mais lenta, ocasionando sangramentos.

As estatísticas mostram que 75% dos fetos anencéfalos morrem ainda durante a gravidez, pois as complicações decorrentes da doença, nesses casos, evoluem rapidamente. Os que conseguem sobreviver à gestação, apenas 25%, em sua esmagadora maioria, permanecem com uma vida vegetativa por até 24 horas. Poucos vivem por um período máximo de uma semana, de acordo com os relatos do ginecologista e obstetra Thomaz Rafael Gollop, membro da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (PATRIARCHA, 2011, p. 2) ⁷.

O diagnóstico para identificar se o feto é portador da anomalia é simples e faz parte da rotina de qualquer pré-natal no Brasil. Na primeira ultrassonografia já se visualiza a imagem do grave achatamento da cabeça do feto pela ausência dos hemisférios cerebrais. Em geral, faz-se mais de uma ultrassonografia para se ter a certeza do diagnóstico.

Ante o diagnóstico de anencefalia, não há nada que a medicina possa fazer para reverter, ou retardar o processo de desenvolvimento da patologia. Todos os tratamentos empregados ao recém-nascido sobrevivente são apenas paliativos e, ao final de pouco tempo, o resultado será inevitavelmente a morte. Essa é a conclusão unânime a que chegam todos os

⁵ <http://jus.com.br/revista/texto/19826/interruptao-da-gestacao-do-feto-anencefalo-aborto-ou-antecipacao-terapeutica-do-parto/2>

⁶ <http://jus.com.br/revista/texto/19826/interruptao-da-gestacao-do-feto-anencefalo-aborto-ou-antecipacao-terapeutica-do-parto/2>

⁷ <http://jus.com.br/revista/texto/19826/interruptao-da-gestacao-do-feto-anencefalo-aborto-ou-antecipacao-terapeutica-do-parto/2>

profissionais da saúde, até mesmo aqueles que fazem parte da pequena parcela contrária à antecipação do parto.

3.1 O feto anencéfalo e a possibilidade de doação de órgãos

Existe ainda hoje grande discussão crítica no meio científico quanto à possibilidade da doação de órgãos de fetos portadores da anencefalia. Muitos são os pontos que problematizam o assunto, os quais variam desde o aspecto jurídico quanto ao bioético, como também das técnicas a serem empregadas, além da insuficiência do sistema de saúde em estar apto ao recebimento desses órgãos para a realização dos transplantes.

Os transplantes de órgãos e tecidos no Brasil estão normatizados pela Lei nº 9.434, que dispõe em seu artigo 3º “A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção de transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”. Não havendo previsão neste texto legal quanto à possibilidade de doação de órgãos dos fetos portadores da anencefalia.

A Resolução nº 1.752 do Conselho Federal de Medicina, de 08 de setembro de 2004, foi o primeiro documento brasileiro específico que visou a regulamentar a doação de órgãos dos neonatos anencéfalos. Tal resolução autorizava a remoção de órgãos dos fetos anencéfalos, considerado-os "natimortos cerebrais", tão logo que eles nascessem, desde que seus pais se manifestassem formalmente favoráveis no prazo máximo de quinze dias antes do parto.

A Resolução nº 1752/04 (2010)⁸ mencionava:

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.752/04 Ementa: Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes; CONSIDERANDO que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica; CONSIDERANDO que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças; CONSIDERANDO que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões

⁸ http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2922&catid=3:portal&Itemid=16

compatíveis; CONSIDERANDO que a Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivência, por não possuir a parte vital do cérebro; CONSIDERANDO que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados; CONSIDERANDO o Parecer CFM nº 24/03, aprovado na sessão plenária de 9 de maio de 2003; CONSIDERANDO o Fórum Nacional sobre Anencefalia e Doação de Órgãos, realizado em 16 de junho de 2004 na sede do CFM; CONSIDERANDO as várias contribuições recebidas de instituições éticas, científicas e legais; CONSIDERANDO a decisão do Plenário do Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2004, RESOLVE: Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento. Art. 2º A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento. Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário. Art. 4º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação. Brasília-DF, 8 de setembro de 2004.

Entretanto esta resolução foi falha, e em menos de um mês o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 487, a qual determina que a retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível.

A referida (2007)⁹ portaria esclarece:

PORTARIA GM/MS nº 487, DE 02 DE MARÇO DE 2007, dispõe sobre a remoção de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento. O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso de suas atribuições previstas no inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal; Considerando que o respeito à dignidade da pessoa humana, prevista no inciso III do art. 3º da Constituição Federal, implica que toda pessoa humana, indistintamente, deve ser tratada como um fim em si mesma; Considerando que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, nos termos do disposto no art. 2º do Código Civil; Considerando que a Portaria nº 3.407/GM, de 05 de agosto de 1998, que aprova o Regulamento Técnico referente às atividades de transplante e à Coordenação Nacional de Transplantes; Considerando a Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento; e Considerando o consenso adotado no Seminário para Discussão sobre Anencefalia e Doação de Órgãos, realizado pela Secretaria de Atenção à Saúde, do Ministério da Saúde - SAS/MS, em 24 de maio de 2006, composto pelo Coordenador-Geral do Sistema Nacional de Transplantes, representantes da Academia Brasileira de Neurologia, da Sociedade Brasileira de Pediatria, do Conselho Federal de Medicina, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Procuradoria Regional da República, da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, resolve: Art. 1º- A retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível. Art. 2º- O descumprimento desta Portaria constitui infração nos termos dos artigos. 14, 16 e 17 da Lei nº. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Parágrafo único. Os infratores estão sujeitos às penalidades dos artigos citados no caput, bem como às demais sanções cabíveis. Art. 3º- Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

⁹ http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Portaria%20GM%20487_02.03.07.pdf

As possibilidades morais, legais e práticas de se usar o feto portador da anencefalia como fonte de doador de órgãos e tecidos para transplante é muito restrita, que acabam por desestimular as pesquisas científicas e a ocorrência de doações nesse sentido.

Uma das grandes dificuldades incide na determinação precisa de sua morte. Admitindo-se que a vida do neonato anencéfalo em regra não excede os sete dias que são essenciais para a segurança do diagnóstico de morte encefálica. Deste modo, a única maneira de se garantir incontestavelmente o evento de morte em portadores de anencefalia é por meio da verificação de parada cardíaca irreversível, algo que impede que o coração, justamente o órgão mais requisitado, seja usado para transplante.

A outra dificuldade seria quanto à manutenção da qualidade dos órgãos do anencéfalo até que ocorra sua morte e eles possam, por fim, serem retirados. Se o possível doador receber simplesmente os cuidados de rotina, seus órgãos logo sofrerão deterioração irreversível o que inviabilizará seu uso.

Decisões e respeito da doação de órgãos por fetos portadores da anencefalia já foram proferidas, como a do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Edson Vidigal, que rejeitou o mandado de injunção ajuizada pelo Instituto Ponto de Equilíbrio.

Em sua decisão o Ministro (2006)¹⁰ afirma:

O presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Edson Vidigal, rejeitou Mandado de Injunção que pretendia incluir na Lei de Doação de Órgãos um parágrafo para facilitar a autorização para que bebês anencéfalos possam ter seus órgãos doados.

Na decisão, Vidigal afirmou que o Mandado de Injunção não serve para alterar lei ou ato normativo já existente, ainda que sob a alegação de ser incompatível com a Constituição Federal. O ministro destacou que o recurso é uma garantia constitucional que visa suprir a omissão do Poder Público que dificulte ou inviabilize o exercício de um direito ou das liberdades constitucionais.

A ação foi ajuizada pelo Instituto Ponto de Equilíbrio — Elo Social Brasil para complementação da Lei de Doação de Órgãos (Lei 9.434/97). O instituto pretendia acrescentar à lei um parágrafo único no qual fosse determinado que “a criança que nascer sem cérebro e seus familiares quiserem doar seus órgãos, terá o laudo que ateste a falta de cérebro como substituto do laudo que atestaria morte cerebral”.

A instituição justificou o pedido com o argumento de que não é possível atestar a morte cerebral — como exige a lei — de bebê sem cérebro. Os argumentos, contudo, foram rejeitados.

No país, ainda não há uma lei clara que viabilize o transplante de órgãos de um bebê anencéfalo, encontrando-se arquivada na Mesa Diretora da Câmara de Deputados o Projeto de Lei 1195/2007, que tem por objetivo alterar a Lei nº 9.434 de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento,

¹⁰ http://www.conjur.com.br/2006-jan-12/stj_nega_pedido_alterar_lei_doacao_organos

para permitir que portadores de anencefalia sejam doadores de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

Assim, nota-se que ainda não há um consenso acerca do tratamento que deve ser dado a doação de órgãos pelo neonato anencéfalo, tendo em vista a dificuldade na determinação concisa de sua morte.

4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Direito à vida

A Constituição Federal do Brasil em seu artigo 5º, caput: “garante que 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 a propriedade”. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, e o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

A Constituição Federal garante, portanto o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter uma vida digna quanto à subsistência.

Como nos ensina Moraes (2011, p.), o direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais, devendo o Estado garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana.

Todos os direitos são invioláveis, sendo assim, a Constituição Federal fez questão de frisar a respeito da inviolabilidade do direito à vida exatamente por se tratar de direito fundamental. Importante ressaltar que a Constituição Federal é a Lei Maior do país, à qual devem se reportar todas as demais leis. Os direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal são “*cláusulas pétreas*”, isto é, são direitos que não podem ser revogados da Constituição, nem mesmo por emenda constitucional.

A Constituição e a legislação infraconstitucional brasileira tutelam a vida humana tanto em sua fase intra como extrauterina.

A este respeito Moraes (2011, p.81), nos esclarece:

O início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, e, do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. A vida viável começa, com a nidação, quando se inicia a gravidez.

A Constituição Federal, ao prever como direito fundamental a proteção à vida, abrange não só a vida extrauterina, mas também a intrauterina, pois se considera como verdadeira expectativa de vida exterior. Sem o resguardo legal do direito à vida intrauterina, a

garantia constitucional não seria ampla e plena, pois a vida poderia ser interrompida em seu momento inicial, logo após a concepção.

Acordos internacionais sobre Direitos Humanos em um dos qual o Brasil faz parte, afirmam ser a vida inviolável, não sendo só a Constituição Federal Brasileira que assegura esta inviolabilidade do direito à vida. O mais importante destes acordos é Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 4º prevê: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. O Pacto de São José da Costa Rica entrou para o Ordenamento Jurídico Brasileiro através do Decreto 678/1992 e tem *status* de norma constitucional, valendo dizer, que deve ser observado pela legislação infraconstitucional.

4.2 Princípio da dignidade humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado, por grande parte dos doutrinadores, como sendo o mais importante princípio constitucional, tendo em vista ser ele quem dá a diretriz para a harmonização dos demais princípios. A dignidade da pessoa humana se mostra como a fonte primária da qual os demais direitos e garantias fundamentais extraem sua razão de ser.

O princípio da dignidade humana encontra-se recepcionado no art.1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 que diz:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- a soberania;

II- a cidadania

III- a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político;

A respeito da dignidade da pessoa humana Moraes (2011, p. 48), afirma:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal, da dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao

próprio Estado, seja ele em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário aos semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição exige que lhe respeitem a sua.

Para Sarlet, Ingo e Wolfgang (2007) a dignidade enquanto qualidade intrínseca de todo ser humano e inerente a ele, se traduz primordialmente na capacidade de decidir livre e racionalmente qualquer modelo de conduta, com a conseqüente exigência de respeito por parte dos demais. O princípio da dignidade da pessoa humana se preocupa com a defesa da vida digna onde o ser humano nunca seja tratado como meio ou coisa, sendo este um princípio constitucional fundamental de ordem jurídica constitucional brasileira. Este sentimento está presente em cada pessoa, em sua essência, e é reconhecida como um direito inviolável e inalienável.

4.2.1 O direito a vida e a dignidade da pessoa humana do feto e do nascituro

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece que a personalidade civil é atribuída a partir do nascimento com vida, contudo, assegura os direitos do nascituro.

Ocorre que existe uma grande controvérsia a respeito do momento inicial da vida humana. A grande questão está em decidir a partir de que momento o indivíduo será detentor dos direitos da personalidade e se o nascituro poderia ser encaixado nesse rol.

Prescreve o art. 2º do Código Civil de 2002: “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A partir do momento em que o embrião fecundado está no ventre materno, temos do ponto de vista jurídico o "nascituro", ou seja, aquele vai nascer.

Fiúza (2002, p.114) nos ensina que:

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro”, não são direitos subjetivos. São na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador pra proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa, e que, por já existir pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir quando nascer.

A respeito dos direitos do nascituro Canotilho e Moreira (1999 *apud* SARMENTO e PIOVESAN, 2007) nos esclarece:

A constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus

titulares, como valor ou bem objetivo. Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas, mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa. É seguro, porém, que o regime de proteção à vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito a vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita a colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); a proteção da vida intrauterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento.

O nascituro tem seus direitos resguardados pela legislação, não obstante ainda não possuir personalidade jurídica, e é protegido tanto pela legislação Civil, como a Penal. Na legislação civil encontramos o direito do nascituro tendo como exemplo, a mãe que representa o nascituro recebendo alimento e tendo direito de herança, já a legislação penal tutela a vida.

4.3 Direito a Saúde

O Direito à saúde é parte de um conjunto de direitos denominados de direitos sociais, que têm como inspiração o valor da igualdade entre as pessoas. O direito fundamental a saúde está consagrado nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 que diz:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define a saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades".

A saúde passou, então, a ser mais um valor da comunidade em geral do que do indivíduo. É um direito fundamental da pessoa humana, que deve ser assegurado sem distinção de raça, de religião, ideologia política ou condição socioeconômica.

5 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), através do seu advogado Luis Roberto Barroso, visando debater quanto à possibilidade de se antecipar o parto nos casos de fetos portadores de anencefalia, propôs a ADPF nº 54, que foi distribuída em 17 de junho de 2004 ao ministro relator Marco Aurélio. A referida ação constitucional trouxe como fundamento jurídico a violação dos preceitos fundamentais relativos aos princípios da legalidade, dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e demais princípios relacionados à saúde. Ofereceu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para, que em caso de ocorrência de gestação de feto anencéfalo, não seja nem o médico e nem a gestante que decidir por optar pela antecipação terapêutica de parto, no caso de feto portador de anencefalia, apenados pelo crime de aborto.

A aludida arguição tem por fim interpretar, em conformidade com a Constituição, a legislação infraconstitucional que disciplina o aborto. Buscava-se afastar o entendimento, que prevalecia, segundo o qual a interrupção da gestação do feto anencéfalo se enquadrava nos artigos 124 e 126, *caput*, do CP. De acordo com as razões levantadas na exordial da ADPF, em casos de gravidez nas quais essa má-formação fetal é diagnosticada, não pode haver crime de aborto, pois este tipo penal tutela a vida. Em tais hipóteses, ante a inviabilidade da vida, qualquer conduta voltada para por fim a gestação seria atípica.

A respeito Patriarcha (2011, p.4)¹¹ discorre sobre o assunto:

Em primeiro de julho de 2004, o ministro Marco Aurélio deferiu monocraticamente o pedido da cautelar da ação em tela, consistente na suspensão dos processos que, até então, ainda não tiveram o trânsito em julgado, nos quais fosse discutida a possibilidade de abortamento de fetos com anencefalia e o reconhecimento do direito de interromper a gravidez desde logo. No entanto, em 20 de outubro de 2004, a medida foi revogada parcialmente em decisão plenária no que tange ao direito de submissão ao aborto terapêutico.

Vale ressaltar que, em seu voto sobre o juízo de admissibilidade da ADPF nº 54, o então ministro e presidente do STF, Nelson Jobim, proferiu entendimento favorável ao pleito. Segundo ele, a aplicação da causa de excludente de ilicitude art. 128, inciso I, do Código Penal, pressuporia a existência de vida viável, e que, nesse caso, não há que se discutir, sequer, a respeito da aplicação do próprio tipo penal do aborto constante do art. 124 do Diploma Repressivo. Destarte, Nelson Jobim afirmou que o feto, nessas circunstâncias, não é merecedor do amparo constitucional.

Diante da grande repercussão que gerou a propositura da ADPF, o relator, em 30 de setembro de 2004, decidiu pela realização de audiência pública com a participação de Ministros de Estado, representantes de entidades religiosas, sociedades civis e instituições científicas compostas por profissionais da saúde. Estas no intuito de

¹¹ <http://jus.com.br/revista/texto/19826/interruptao-da-gestacao-do-feto-anencefalo-aborto-ou-antecipacao-terapeutica-do-parto/4>

trazer conhecimentos extrajurídicos para embasar a decisão daquela Corte Constitucional. Contudo, as audiências somente ocorreram nos meses de agosto e setembro de 2008.

Nos dias 30 de março e 03 de abril de 2009, a CNTS e o Advogado-Geral da União apresentaram alegações finais, respectivamente. Em 07 de julho de 2009, a Procuradoria-Geral da República ofertou parecer favorável à procedência da ADPF. Durante todo o ano de 2010 o processo permaneceu sem qualquer movimentação.

O julgamento da ADPF 54 foi retomado em 2012 onde a decisão proferida acrescentou uma nova modalidade que exclui a hipótese de crime de aborto, qual seja, quando se tratar de feto anencéfalo. A questão defendida pelo STF segue a linha que é adotada pela medicina, que considera o feto anencéfalo um natimorto cerebral.

5.1 Decisão do STF a respeito da ADPF 54

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no dia 12/04/2012, por 8 votos a 2, autorizar a gestante a interromper a gravidez em casos de fetos anencéfalos, sem que tal prática configure o crime de aborto criminoso. Durante os dois dias de julgamento, a maioria dos ministros do Supremo considerou procedente a ação movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que tramita na Corte desde o ano de 2004.

Como nos mostra Schulze (2012, p.1)¹², em resumo foram utilizados os seguintes fundamentos pelos ministros em suas votações:

Min. Marco Aurélio (relator): o feto anencéfalo é incompatível com a vida e por isso não é proporcional defender o feto – que não vai sobreviver – e deixar sem proteção a saúde da mulher – principalmente a mental;

Ministra Rosa Weber: deve-se proteger a liberdade individual e de opção da gestante, pois não há interesse jurídico na defesa de um feto natimorto;

Ministro Luiz Fux: o Código Penal é da década de 1940 e na época não era possível prever e identificar um feto anencéfalo. Atualmente, trata-se de uma questão de saúde pública que deve ser respeitada em prol da mulher.

Ministra Cármen Lúcia: considerando que o feto não tem viabilidade fora do útero, deve-se proteger a mulher, que fica traumatizada com o insucesso da gestação.

Ministro Ayres Britto: afirmou que todo aborto é uma interrupção da gestação, mas nem toda interrupção de gestação é um aborto, de modo que não se pode impor à mulher o martírio de gestar um feto anencéfalo.

Ministro Gilmar Mendes: a interrupção da gestação, no caso, tem por finalidade proteger a saúde da gestante e o legislador do Código Penal não possuía elementos para a identificação da anencefalia na gestação.

Ministro Lewandowski: votou pela improcedência do pedido, entendendo que o STF não possui legitimidade para deliberar sobre o caso, apenas o Congresso Nacional, por meio de lei.

Ministro Joaquim Barbosa: acompanhou o voto do relator.

¹² <http://jus.com.br/revista/texto/21532/stf-aborto-de-fetos-anencefalos-adpf-54-e-legislador-positivo>

Ministro Celso de Mello: não se trata do aborto previsto no Código Penal, pois o feto sem cérebro não está vivo e sua morte não tem por origem alguma prática abortiva.

Ministro Cezar Peluso: votou pela improcedência do pedido, afirmando que o feto anencéfalo é um ser vivo e, por conseguinte, a interrupção da gestação caracteriza o aborto.

Ministro Dias Toffoli: não participou do julgamento, pois atuara na condição de Advogado Geral da União.

Com esta decisão, não se torna uma obrigação ou dever da mulher que tem a gestação de um feto portador de anencefalia de interromper a gestação. O STF apenas permite e faculta a prática da interrupção da gestação, ao desejo de mulher grávida, em prol da sua dignidade e a fim de aliviar o seu sofrimento, de saber que o feto que gera não terá viabilidade.

Esta decisão, nas palavras do Ministro Cezar Peluso, foi a mais importante da história do STF.

6 ENTREVISTAS

6.1 Entrevista realizada no dia 01/12/2012, com o médico obstetra Dr. Gerson Silveira CRM 12564.

Acadêmico: O entrevistado considera a antecipação do parto nos casos da gestação de fetos portadores da anencefalia, como antecipação terapêutica do parto ou aborto?

Entrevistado: Como a anencefalia é uma má formação anatômica, como o próprio nome diz, ausência de funções cerebrais, o feto enquanto se encontra intrauterino, suas funções vitais são mantidas pela mãe, após o nascimento o feto tem que assumir sua individualidade, e no caso do anencéfalo devido a anomalia anatômica, ele não consegue assumir suas funções vitais e por isso vem ao óbito alguns momentos após o nascimento. Quanto ser interrupção ou aborto depende da idade gestacional.

Acadêmico: O entrevistado acha que com a nova decisão do STF, que autoriza a gestante a interromper a gestação nos casos da gestação de fetos anencéfalos, abre precedentes para as demais anomalias?

Entrevistado: A decisão do STF deve ser bem conduzida, isto é, trata-se exclusivamente de anencefalia, o que deve ser diagnosticada através de exames complementares e avaliada a veracidade do exame por mais de um médico obtetra.

Acadêmico: Qual opinião do entrevistado a respeito da doação de órgãos por neonatos anencéfalos? A partir de qual momento seria possível, uma vez que a lei autoriza a doação de órgãos a partir da morte cerebral do doador?

Entrevistado: A doação de órgãos de pacientes que já cumpriram sua missão na terra é muito importante, pois pode salvar muitas vidas. Quanto à doação de órgãos do anencéfalo só deverá acontecer após sua morte cerebral, morte esta intra ou extrauterina.

6.2 Entrevista realizada no dia 26/11/2012, com o Juiz de Direito da Comarca de Diamantina, Dr. Cristiano Araújo Simões Nunes, matrícula 6491-5.

Acadêmico: O entrevistado considera a antecipação do parto nos casos da gestação de fetos portadores da anencefalia, como antecipação terapêutica do parto ou aborto?

Entrevistado: A nosso ver, trata-se de antecipação terapêutica do parto, pois há riscos para a saúde física e mental da gestante, de acordo com dados científicos. A sua fundamentação jurídica remonta-se ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, considerando que a gestante enfrenta problemas sérios de saúde física e psicológica ao carregar no ventre um feto inviável para a vida.

Acadêmico: O entrevistado acha que com a nova decisão do STF, que autoriza a gestante a interromper a gestação nos casos da gestação de fetos anencéfalos, abre precedentes para as demais anomalias?

Entrevistado: Acredito que não, pois apenas no caso em específico dos fetos anencéfalos, há diversos estudos científicos e posicionamentos do Conselho de Medicina que afirmam que a ausência do cérebro impede a vida extrauterina do bebê.

Acadêmico: Qual opinião do entrevistado a respeito da doação de órgãos por neonatos anencéfalos? A partir de qual momento seria possível, uma vez que a lei autoriza a doação de órgãos a partir da morte cerebral do doador?

Entrevistado: Entendemos que não é possível aplicar-se o artigo 3º da Lei n. 9.434/97 para o transplante de órgãos de bebês anencéfalos, pois é impossível o diagnóstico de morte cerebral do doador, considerando a própria ausência anatômica das estruturas que dão origem aos potenciais elétricos cerebrais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida é o maior bem que o ser humano possui. A partir dela, ou ao menos, de sua expectativa, no caso do nascituro, é que os indivíduos passam a ser titular de direitos.

A vida, como bem jurídico inerente ao ser, é tutelada e resguardada pela Constituição da República e por todo o ordenamento jurídico nacional.

No caso específico de anencefalia, entende-se que o direito à saúde da gestante, o direito de sua liberdade de escolha e da sua dignidade humana devem prevalecer sobre o direito à vida do feto, justificado por ser inviável sua sobrevivência após o nascimento, ou por ser considerado natimorto por parte da doutrina e da legislação brasileira, ou por que tal conduta sequer se compara ao tipo penal do aborto, que para sua caracterização deve existir a perspectiva de um embrião capaz de gerar vida e essa vida pressupõe expectativa de autonomia, que o anencéfalo não possui, se nascer não pode viver independente restando-lhe poucas horas ou poucos dias de vida.

Entende-se, portanto, acertada a decisão do STF, pois não seria justo impor a gestante a obrigação de carregar por nove meses um feto que se sabe, que não sobreviverá, o que causaria à mesma dor, angústia e frustração.

Sendo assim, há necessidade de se ter amparo legal para este caso, uma vez que a legalização para a interrupção da gravidez em nada irá alterar o direito das mulheres contrárias a esta prática, pois a legalização terá cunho facultativo deixando ao livre arbítrio da mãe a opção pelo aborto, não obrigando jamais às mulheres que não queiram antecipar o parto a fazê-lo. Além disso, a lei somente irá dar oportunidade de escolha às gestantes que não suportam a ideia de levar adiante uma gravidez que resultará em uma vida infrutífera.

REFERÊNCIAS

- BARCELOS, Guilherme Rodrigues Carvalho. Considerações acerca do aborto anencefálico no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21355>>. Acesso em: 05 out. 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Dos Crimes Contra a Pessoa**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 506 p. v.2
- BRASIL. Código Penal. *In: Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012. 522p.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE; **A Autorização do Supremo Tribunal Federal para Antecipação Terapêutica de Parto em Caso de Anencefalia**. Disponível em: <<http://www.cnts.org.br/geral/Arquivo/antecipacaoterapeutica.htm>>. Acesso em 13 nov. 2012.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2922&catid=3:portal&Itemid=16>. Acesso em 03 out. 2012.
- FIÚZA, César. **Direito civil: complemento**. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 300 p.
- INGO, E.; SARLET, A.; WOLFGANG, J. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JESUS, Damásio E. de Jesus. **Direito Penal: Dos Crimes Contra a Pessoa**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 517 p. v.2.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Arts. 121 a 234 do CP**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2009. 519. p. v. 2.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011. 377 p.
- PACHECO, Eliana Descovi. O aborto através dos tempos e seus aspectos jurídicos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3740>. Acesso em: 15 out. 2012.
- PATRIARCHA, Giselle Christine Malzac. Interrupção da gestação do feto anencéfalo: aborto ou antecipação terapêutica do parto?. **Jus Navigandi**, Teresina . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19826>>. Acesso em: 10 out. 2012.
- PORTAL SAÚDE. **Portaria GM/MS nº 487, DE 02 DE MARÇO DE 2007**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Portaria%20GM%20487_02.03.07.pdf>. Acesso em: 02 out. 2012.
- SARMENTO, D.; PIOVESAN, F. **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2007. 307 p.

SCHULZE, Clenio Jair. STF, aborto de feto anencéfalo, ADPF 54 e legislador positivo. **Jus Navigandi**, Teresina, . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21532>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: Arts. 121 a 212. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006. 524 p. v.2.

THE NATIONAL INSTITUTE OF NEUROLOGICAL DISORDERS AND STROKE.
Anencephaly Information. Disponível em:
<<http://www.anencephaly.net/anencephaly.html>>. Acesso em: 13 nov. 2012.