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

FERNANDA CAMPOS DE LIMA

DA EUTANÁSIA DO ANENCÉFALO

BARBACENA
2012

FERNANDA CAMPOS DE LIMA

DA EUTANÁSIA DO ANENCÉFALO

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

Orientador: Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho

BARBACENA
2012

Fernanda Campos de Lima

DA EUTANÁSIA DO ANENCÉFALO

Monografia apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Profª. Esp. Josilene Nascimento Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira Júnior
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico esta monografia ao meu pai, que sempre está olhando por mim, à minha mãe, Maria Lúcia, que sempre esteve ao meu lado nos momentos mais difíceis.

Em especial ao meu noivo, Eduardo, pela paciência e incentivo nas horas mais estressantes, sempre me dando apoio e força para continuar e superar mais etapa da vida.

Obrigada por tudo!

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por me proporcionar mais esta conquista e aos meus professores e colegas pelo incentivo e ajuda em todos os momentos difíceis desta longa jornada.

Agradeço à Professora Rosy pela paciência e dedicação na elaboração deste trabalho.

Agradeço ao Professor Tenório por aceitar ser meu orientador e ter me orientado de maneira brilhante.

Agradeço à minha mãe, irmãs, cunhados e ao meu noivo pelo apoio e paciência em todas as etapas deste projeto.

.

Ninguém é tão ignorante que não tenha algo a ensinar. Ninguém é tão sábio que não tenha algo a aprender.

Pascal

RESUMO

O presente estudo visa a analisar sobre a possibilidade jurídica da prática da eutanásia em anencéfalos a partir da decisão do colendo Supremo Tribunal Federal (STF) que aprovou a antecipação terapêutica do parto em casos de gestação de anencéfalos. Para tanto, foi analisado o direito irrenunciável à vida à luz da Constituição Federal de 1988 e da legislação penal. No desenvolvimento do tema a eutanásia foi confrontada com os princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, este baseado no pensamento filosófico de Nicolai Hartmann, para quem a dignidade pressupõe o respeito particularizado aos estratos material ou físico, orgânico ou biológico, psíquico e espiritual que compõem o homem. Por outro prisma, a complexa questão da eutanásia do anencéfalo foi também analisada sob o pálio da Bioética e do Biodireito. Para facilitar sua compreensão, foram traçadas as notas típicas da eutanásia e sua classificação, como também da anencefalia, para então cuidar-se da eutanásia do anencéfalo, assim entendido o recém-nascido sem expectativa viável de sobrevida. Embora a questão ora tratada seja diversa do aborto do anencéfalo, hoje não tipificada como crime a partir da decisão da Suprema Corte, em que a supressão da vida do anencéfalo ocorre ainda no útero materno, defendeu-se neste estudo, com base no princípio da dignidade humana e visando a evitar sofrimentos de toda ordem, a extensão daquela decisão do STF de modo a permitir a eutanásia do anencéfalo extrauterino.

Palavras-chaves: Eutanásia. Princípios. Dignidade. Bioética. Biodireito

ABSTRACT

This paper is aimed at analyzing the juridical possibility of euthanasia practice in the anencephalic ones from the respectable Supremo Tribunal Federal's (STF) decision that has approved the therapeutic anticipation of the delivery in cases of anencephalic baby gestation onward. For that, the unrenounceable right of life - in the 1988 Federal Constitution's and in the penal legislation's light - was analysed. During the development of the subject, the euthanasia was confronted with the principles of wish autonomy and with the dignity of the human person ones, these ones based on the Nicolai Hartmann's philosophical thought, to who the dignity presupposes the private respect to the material or physical, organic or biological, psychiatric and spiritual layers that make up the man. From other point of view, a complex question of euthanasia in anencephalic ones was also analyzed under the Bioethic and Biolaw. For facilitating its comprehension, the euthanasia typical notes and its classification, as well as the anencephaly's were traced; then the anencephalic euthanasia was carried out, that way understood the new-born without expectancy of viable survival. However, the subject in question is diverse from the abortion of anencephalic ones. Nowadays, it is not classified as crime, concerning the Suprema Corte's decision, in which the suppression of the anencephalic one's life occurs still in the mother's womb. It was defended in this study, based on the human dignity principle and aiming at avoiding any kind of suffering, the extension of that STF's decision of allowing the extra-womb anencephalic one euthanasia.

Keywords: Euthanasia. Principles. Dignity. Bioethics. Biolaw

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 17

2 DO DIREITO À VIDA 19

3 DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS 21
3.1 Da dignidade da pessoa humana 21
3.2 Da autonomia da vontade 22

4 DA BIOÉTICA E DIREITO 25

5 DA EUTANÁSIA E SUA CLASSIFICAÇÃO 27

6 DA ANENCEFALIA 29

7 DA EUTANÁSIA NO ANENCÉFALO 31

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS 41

REFERÊNCIAS 43

1 INTRODUÇÃO

Objetiva este estudo analisar a questão da eutanásia de anencéfalos, indivíduos que apresentam anomalias que os incapacitam e inviabilizam sua vida normal.

A questão torna-se mais complexa na medida em que envolve discussões éticas, filosóficas e religiosas, e porque não há lei que a disciplina. Como todo assunto polêmico, serão apresentadas opiniões divergentes sobre a eutanásia do anencéfalo, com algumas vozes a defendendo e outras a condenando.

Os que a defendem baseiam suas teses no direito de viver com dignidade, sustentando o termo à vida para se aliviar o sofrimento.

Por outro lado, os que a censuram baseiam suas teses no fato de o sofrimento dos pais não justificar a interrupção da vida, pois os anencéfalos devem ser tratados como pacientes de alta gravidade, os quais, apesar da baixa expectativa de vida, não podem ter seus direitos fundamentais suprimidos.

A propósito do tema, embora com ele não se confunda, mas apenas para realçar a aridez de toda questão envolvendo a vida, registre-se que o colendo Supremo Tribunal Federal (STF) discutiu por longo tempo a legalidade da interrupção da gravidez de anencéfalos, decidindo, por oito votos a dois, que o aborto do anencéfalo não é crime, de modo que a mulher que decide pela “antecipação do parto” em casos de gravidez de feto anencéfalo não pratica o crime de aborto tipificado no Código Penal Brasileiro.

Como será provado, a eutanásia do anencéfalo é estudada e praticada há muito tempo por vários povos e por diversos motivos.

Nessa ordem, inicialmente será analisada a história da eutanásia contextualizada com a anencefalia, a partir de relatos de sua prática na Grécia e Roma antigas, com a anuência de Platão e Aristóteles. Em Esparta, por exemplo, crianças e recém-nascidos portadores de anomalias ou más-formações eram abandonadas à própria sorte ou jogadas nas rochas.

Em seguida, serão analisados os diversos tipos de eutanásia, em especial a ortotanásia ou eutanásia passiva, caracterizada pela falta de intervenção médica para a manutenção da vida.

Com relação aos anencéfalos bebês que são formados sem os dois hemisférios cerebrais, fica suscitada a questão: deve levar-se em conta o direito à vida ou o direito à atenuação do sofrimento da mãe e de seu filho?

Os princípios fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988 adquiriram força normativa e são de observância obrigatória, porém sua aplicação aos casos concretos às

vezes é difícil e exige complexa ponderação, principalmente nas questões ligadas à vida ou que de alguma forma a ela se vinculam.

Considerando a complexidade do tema proposto, questiona-se:

— “como tratar da questão da eutanásia do anencéfalo”?

— “é legítima a decisão sobre a vida de outrem?”

Diante disso, para facilitar a compreensão do tema, de início será analisado o direito à vida à luz dos princípios constitucionais positivados, na seqüência serão efetuadas algumas ponderações envolvendo Bioética e Direito e, finalmente, será apresentada a complexa questão da eutanásia dos anencéfalos.

2 DO DIREITO À VIDA

A Constituição Federal brasileira dispõe 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 à propriedade [...]" (art. 5º, *caput*).

Assim, por constituir pré-requisito para a existência e o exercício de quaisquer direitos, pode-se afirmar que o direito à vida sobreleva os demais direitos fundamentais.

Por isso, o direito à vida subsume-se aos princípios jurídicos da inviolabilidade e da irrenunciabilidade, de modo que deve ser obrigatoriamente respeitado por todos, sob pena de responsabilização criminal daquele que o viola.

Segundo Moraes (1999, p. 61) o início da garantia à vida é marcado, do ponto de vista biológico, pela fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Assim, a vida viável tem início com a nidação, quando ocorre a gravidez, havendo de se ressaltar que a ordem constituída protege a vida de forma geral, inclusive a intrauterina.

Portanto, é dever do Estado garantir o direito à vida, o que consiste não apenas em manter a pessoa viva, mas atuar positivamente para que a vida transcorra de acordo com o princípio da dignidade humana.

Assim, como o presente tema liga-se indissociavelmente a alguns princípios fundamentais da República brasileira, passa-se a analisar as notas típicas das normas principiológicas ligadas à vida e à dignidade humana.

3 DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Os princípios fundamentais acham-se positivados na Constituição Federal e são normas que traduzem as diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro.

Crisafulli *apud* por Bonavides (2011, p. 257) assim define o princípio:

> Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Bonavides (2011, p. 277) preleciona que Robert Alexy faz uma distinção entre regras e princípios, afirmando que ambos são normas, porquanto se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. Alexy conceitua princípios como normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, como por exemplo a norma segundo a qual toda pessoa desfruta da liberdade de crença, traduzindo valores. Porém, orienta que diante de um conflito entre dois princípios um deles deve recuar, não significando que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza, mesmo porque enquanto as regras são mandatos definitivos que devem sem aplicados na forma do tudo ou nada os princípios são mandatos de otimização que devem ser realizados na maior medida possível.

Assim, a partir das preleções de Alexy e Crisafulli (*apud* BONAVIDES, 2008, p. 257) conclui que:

> Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

3.1 Da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, portanto, princípio explícito na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III).

O conteúdo da dignidade humana pode ser facilmente apreendido a partir do pensamento filosófico de Nicolai Hartmann, para quem, como preleciona Boson (1972, p.

5/8), a dignidade pressupõe a existência de condições que garantam o respeito efetivo às camadas física, biológica, psíquica e espiritual que integram o homem, as quais merecem total proteção jurídica:

> Ao estrato material correspondem direitos básicos relativos à sua integridade física, defeso o genocídio físico. Ao estrato biológico, direitos básicos relativos à integridade orgânica: alimentação suficiente, vestuário, assistência médica e sanitária, abrigo e procriação, defeso o genocídio biológico. Ao estrato psíquico, direito básico a uma consciência livre do medo, das ameaças e da intranqüilidade ante o futuro próprio e o da família. Ao estrato espiritual, direitos básicos a uma participação completa na organização e nos bens da cultura, no processo científico e em seus benefícios, defeso o genocídio cultural. E toda essa gama jurídica se entrelaça por algo unificador: o **direito à vida**, tomada esta no sentido lato de um "estar no mundo", como um "modo de ser" complexo que transcende a *bios* dos naturalistas, de vez que engloba o espírito e todos os seus suportes.
> **O desamparo a qualquer das camadas descritas importa numa lesão à dignidade humana, reino de valores hierarquizados e insubornáveis**, cuja realização está sendo propugnada pelo Direito internacional positivo hodierno, através de suas instituições e de seus organismos especializados e em colaboração com os diversos governos e entidades não governamentais de caráter internacional ou privado. (grifamos)

Para Hartmann existe uma hierarquia de valores na qual a dignidade da pessoa humana é o valor supremo que deve receber a máxima proteção da Sociedade e do Estado.

Portanto, o princípio da dignidade humana impõe a existência e fruição de condições mínimas para a sobrevivência do ser humano, observado o mínimo existencial ou vital, que não pode reduzir-se à mera garantia de sobrevivência física. Como orienta Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial pode ser considerado como o conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade, especificado como "os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive".

3.2 Da autonomia da vontade

Este princípio está intimamente ligado ao direito fundamental à liberdade e baseia-se na faculdade dos indivíduos de decidirem o que desejam fazer ou deixar de fazer, independente da opinião ou vontade de outrem. Decorre do princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, onde está pontificado que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Portanto, a autonomia da vontade é direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, sendo considerado ilícito o seu desrespeito.

Assim, toda pessoa tem o direito de expressar e ver respeitada a sua vontade, desde que o faça nos limites da lei, vez que o ordenamento lhe assegura o direito de exprimir suas crenças, valores, desejos e vontades insertos no âmbito da licitude.

De acordo com Kant[1] a autonomia não é incondicional, passando por um critério de universalidade:

> A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei – independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.

A partir desses esclarecimentos, questiona-se: o princípio da autonomia da vontade, no que diz respeito à decisão sobre a ocisão ou manutenção da própria vida, permite que o paciente decida e estabeleça sua vontade de continuar a ser tratado e/ou de ser mantido vivo? Essa manifestação de vontade pode ser feita por seu representante legal em razão de sua manifesta impossibilidade de fazê-lo? Considerando o tema proposto, como o anencéfalo não possui capacidade para decidir sobre sua vida, pode o seu representante tomar validamente a decisão relativa à continuação, tratamento ou manutenção de sua vida?

A resposta a esses quesitos é complexa, pois envolve questões jurídicas, morais, éticas, filosóficas e religiosas, havendo quem a defende e quem a abomina.

---

[1] www.bioetica.ufrgs.br/autonomi.html

4 DA BIOÉTICA E DIREITO

A Bioética caracteriza-se pelo estudo das questões éticas, sociais, legais, filosóficas e outras relacionadas à assistência à Saúde e às Ciências Biológicas. Podendo ser definida, de acordo com a Enciclopédia de Bioética (*apud* PESSINI, 2002, p. 32), como o estudo sistemático das dimensões morais, incluindo visão, decisão, conduta e normas morais, das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisplinar. Atualmente, é de suma importância haja visto os dilemas confrontados entre profissionais de saúde e pacientes.

O termo bioética é atribuído ao médico oncolista norte-americano Van Resselear Potter, que utilizou e divulgou o termo criado pela derivação das palavras gregas *bio* (vida) e *ethike* (ética) pela primeira vez em 1971, muito embora venha sendo utilizado desde a década anterior e rebatizado a cada fase/estágio de evolução.

Na última fase de sua evolução, a bioética teve sua gama de problemas ampliada, abrangendo o direito, religião, antropologia, economia, ciência política, psicologia, entre outras. Inicialmente, sua área de atuação era restrita ao relacionamento profissional-paciente, sendo, atualmente, estendida para áreas como a fertilidade e a reprodução humana, o aborto, a saúde mental e questões comportamentais, a sexualidade e gênero, a doação e transplante de órgãos, a genética, entre outros.

O Código de Ética Médico, aprovado pela Resolução CFM nº 1.931/2009, estabelece os parâmetros para a relação do profissional com o paciente, baseando-se no princípio da autonomia, em que é vedado ao médico efetuar qualquer tipo de procedimento sem o consentimento do paciente ou responsável legal, exceto nos casos de perigo de vida iminente.

A bioética pauta-se pelo respeito à vida, não legitimando que se obtenha o resultado pretendido a qualquer custo, devendo sempre ser respeitados os princípios fundamentais da dignidade e da moralidade e os valores da sociedade acima de tudo.

O Direito está minuciosamente ligado a questões relativas à Bioética, tendo em vista a modernização de várias técnicas medicinais que muitas vezes levantam questões morais e legais. Do ponto de vista jurídico, há de se levar em conta os princípios da Bioética diante de questões controversas e que causam perplexidade.

Verifica-se que as maiores influências da Bioética no Direito ocorrem nos Direito Civil, Penal. No Direito Civil as questões mais significativas são relativas à área de Família, como nos casos de reprodução assistida onde se utiliza o esperma ou um óvulo de terceiro, ou ainda nos casos das chamadas “barrigas de aluguel”.

No Direito Penal as questões relevantes referem-se aos casos em que o médico deve decidir sobrea vida ou morte de determinado paciente, ou ainda quando a pessoa decide se deseja ou não continuar viva ou sob influência de determinado tratamento.

5 DA EUTANÁSIA E SUA CLASSIFICAÇÃO

Segundo a enciclopédia Wikipédia a palavra "EUTANÁSIA" é composta de dois termos gregos — "eu" e "thanatos" — e significa, literalmente, "uma boa morte".[2] É a prática pela qual se abrevia a vida de um doente incurável de maneira controlada e assistida por um especialista.

É a prática pela qual se abrevia sem dor ou sofrimento a vida de um paciente incurável. Atualmente representa uma questão de Bioética e biodireito.

Independentemente da forma em que é praticada, seja legalizada ou não, é um assunto controverso, existindo opiniões que a aprovam e outras que a condenam.

A eutanásia pode ser classificada em agônica, lenitiva, suicida, homicida, passiva ou negativa, e, ativa ou positiva, que podem ser assim explicitadas:

— **Eutanásia agônica**: é a praticada em doentes desenganados e consiste em provocar e/ou facilitar a morte sem sofrimento do paciente.

— **Eutanásia lenitiva**: consiste no alívio da dor física ou enfermidade incurável através do emprego de certos fármacos que secundariamente trazem consigo um certo encurtamento da vida; em muitos casos este procedimento não deveria ser considerado eutanásia, pois a utilização desses fármacos pode ser moralmente lícita.

— **Eutanásia suicida**: nesta, o próprio paciente recorre ao uso de meios letais para abreviar ou suprimir a vida, podendo concorrer outras pessoas que o auxiliam em sua morte, sem que esses auxiliares sejam os autores principais.

— **Eutanásia homicida**: subdivide-se em **eutanásia leve ou piedosa** (praticada no intuito de libertar a pessoa do peso de uma doença terrível, de uma deformação física ou de uma velhice angustiosa) e **eutanásia econômica ou social** (praticada em prol da sociedade, onde existe a recusa em investir em casos de custos muito elevados no tratamento de doentes com enfermidades prolongadas, tratando-se de opção não da pessoa, mas da sociedade em razão do critério custo-benefício; objetiva, portanto, eliminar vidas humanas consideradas uma carga para a sociedade por serem vidas improdutivas).

— **Eutanásia passiva ou negativa**: subdivide-se em **ortotanásia** (consiste na morte normal pela omissão, não-aplicação ou supressão de determinadas terapias médicas com as quais se poderia prolongar a vida do enfermo, por vontade expressa deste ou por pressuposição) e em **distanásia** (decorre da omissão de meios extraordinários para prolongar

---

[2] Disponível em: www.wikipedia.org.br

artificialmente a vida de doente com processo patológico irreversível; não corresponde propriamente à eutanásia, pois não existe a intenção de que o doente morra e sim que tenha uma vida sem a utilização de meios técnicos para mantê-la).

— **Eutanásia ativa ou positiva**: caracteriza-se pela ação direta do profissional de saúde para pôr fim à vida do enfermo, a pedido deste ou à sua revelia; consiste, basicamente, em provocar a morte por meio de uma intervenção direta de medicamentos, geralmente pela administração de um fármaco (espécie de analgésico).

6 DA ANENCEFALIA

A anencefalia é caracterizada pela má-formação do tubo neural, pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana. Decorre de um defeito de fechamento do tubo neural ocorrido nas primeiras semanas da formação embrionária.

Usualmente, a expressão anencefalia é utilizada para qualificar a má-formação fetal do cérebro. Em certos casos o anencéfalo apresenta algumas partes do tranco cerebral funcionando, o que lhe garante algumas funções vitais e a sobrevivência extrauterina, ainda que por breve lapso temporal.

Não se pode caracterizar a anencefalia como a ausência total do encéfalo devido ao fato de em muitas situações verificar-se graus variados de dano encefálico. Portanto, a anencefalia não é uma má-formação do tipo "é ou não é", tratando-se de uma má-formação que pode variar em graus de gravidade, podendo chegar a indiscutível anencefalia, motivo pelo qual gera tantos questionamentos.

A expectativa de vida de um bebê anencéfalo é muito curta. Mesmo que não se possa prognosticar o tempo de vida fora do útero materno, há bebês que sobrevivem apenas minutos, enquanto outros prolongam a vida por dias ou mesmo por meses.

A anencefalia é uma patologia letal que pode ser diagnosticada a partir da 12ª semana de gestação, através de um exame de ultrassonografia, sendo possível a interrupção da gravidez de maneira legal, consoante a Resolução nº 1.989/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Não se sabe ao certo a causa da anencefalia, mas existem estudos que comprovam que o risco de incidência em mães diabéticas é seis vezes maior do que em uma mãe que não apresenta essa doença. Mulheres muito jovens ou de idade mais avançada também possuem maior chance de apresentar uma gravidez relacionada à anencefalia, o que também ocorre com as gravidezes subsequentes.

Uma maneira eficaz e das mais indicadas para prevenir a gestação de um feto anencéfalo é a ingestão de ácido fólico antes e durante a gestação.

A gestante de feto anencéfalo, atualmente, possui uma solução legal para a questão, que é a antecipação terapêutica do parto.

No dia 12/04/2012 o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por 8 votos a 2 que não constitui o crime de aborto tipificado no Código Penal quando a mulher decide pela antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo.

O julgamento, que durou aproximadamente dois dias, teve início com a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 54) ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) em 2004. Na sua petição a CNTS defendeu a descriminalização da "antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo" sob a alegação de ofensa à dignidade humana da mãe, que se vê obrigada a carregar no ventre um feto que não teria condições de sobreviver após o parto.

No julgamento o STF decidiu que qualquer interpretação no sentido de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é crime tipificado no Código Penal é considerada inconstitucional.

De acordo com a Lei 9.882 de 03/12/1999, que regula a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), a decisão do STF tem "eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público" (art. 10, § 3º).

7 DA EUTANÁSIA NO ANENCÉFALO

A eutanásia constitui uma complicada questão de Bioética e Biodireito, pois de um lado há aspectos morais, legais, filosóficos e religiosos a serem observados e, de outro, há o fato de o Estado assegurar o direito à vida como princípio e como valor irrenunciáveis, de modo que a ninguém é conferido o poder de transigir sobre a própria ou sobre a vida de outro.

A eutanásia, muito praticada na Antiguidade, não tinha propriamente o significado que tem hoje, pois consistia em simplesmente abandonar as pessoas à própria sorte ou, no caso dos espartanos, atirar crianças ou recém-nascidos com anomalias ou más-formações nas rochas.

Rodrigues (1993, p. 47) classifica a eutanásia em eutanásia ativa ou direta e eutanásia passiva ou negativa.

Para Rodrigues (1993, p. 64/65) eutanásia ativa, positiva ou direta é ação realizada com o propósito de causar ou acelerar a morte, a exemplo da injeção letal e da overdose aplicada por um médico. Por outro lado, eutanásia passiva, negativa ou indireta é ação negativa com o propósito de causar ou acelerar a morte, a exemplo da suspensão ou retirada de medicamentos, alimento, hidratação e oxigenação.

Alguns exemplos dessa espécie de eutanásia são os infanticídios cometidos pela negação de alimentos e água a crianças deficientes recém-nascidas, que poderiam viver se corretamente alimentadas; a negação de alimentos e água a alguém em "estado vegetativo persistente" ou a alguém cuja saúde não esteja melhorando suficientemente rápido.

O Direito Penal pátrio não admite a eutanásia, mas a doutrina e a jurisprudência chamam de piedoso o homicídio praticado por relevante valor moral, tratando-o como crime privilegiado, como se infere do art. 121, § 1º, do Código Penal.

Por isso, a análise do tema em questão exige algumas ponderações sobre a eutanásia em cotejo com o direito à vida, com o princípio da dignidade pessoa humana e mesmo com a recente decisão do STF sobre a antecipação do parto do anencéfalo, abaixo transcrita:

> Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012 (**STF**, Tribunal Pleno).

Essa decisão, devido à sua importância, repercutiu em todo o País, tendo sido assim divulgada pelo Jornal do Brasil:

> **12/04 às 20h50 - Atualizada em 12/04 às 21h35**
> **STF decide por 8 a 2 que não é crime aborto de feto anencéfalo Jornal do Brasil**
> **Luiz Orlando Carneiro, Brasília**
> Os ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello consolidaram a maioria já formada na sessão de quarta-feira por Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Este último, no entanto, fez questão de se associar à manifestação de Celso de Mello, decano da Corte, para considerar que "este foi o mais importante julgamento da história desta Corte, por que se buscou definir ao alcance constitucional do direito à vida".
> Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello consolidaram a maioria já formada na sessão de quarta-feira O julgamento — que durou uma manhã, duas tardes inteiras e só terminou às 20h30 desta quinta — foi provocado por uma argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 54) ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 2004. Na petição inicial, a entidade defendeu a descriminalização da "antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo" sob a alegação de ofensa à dignidade humana da mãe, que se vê obrigada a carregar no ventre um feto que não teria condições de sobreviver após o parto.
> Na proclamação do julgamento, o STF declarou a inconstitucionalidade de qualquer interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é crime tipificado no Código Penal. Os ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes queriam acrescentar condições para o diagnóstico da enfermidade e a cirurgia abortiva, mas a maioria considerou que o STF estaria legislando ou regulamentando a matéria.
> De acordo com a Lei 9.882, que regula as argüições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs), a decisão tomada pelo STF tem "eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público".
> **Ayres Britto**
> Na retomada do julgamento, no início da tarde desta quinta-feira, o ministro Ayres Britto acompanhou o voto do relator a favor da interpretação conforme o Código Penal no sentido de que não se pode tipificar como crime ou ato punível a interrupção da gestação de feto anencefálico, por não ser esse "direito de escolha" da mulher ato caracterizador de aborto.
> Ele lembrou que a Constituição não diz explicitamente quando se inicia a vida humana, mas afastou a discussão dessa questão a partir do entendimento de que "se a gravidez se destina ao nada, a punição de sua interrupção é atípica, ou seja, não há crime", na mesma linha dos votos que já tinham sido proferidos pelos integrantes da maioria formada na sessão de quarta-feira.
> "Se todo aborto é interrupção voluntária de gravidez, nem toda interrupção voluntária de gravidez é aborto", afirmou Ayres Britto. E completou: "O feto anencéfalo nem é um doente mental, por que não tem a mente completa, não tem mente, não tem cérebro. A antecipação de parto terapêutico desse feto não configura aborto para fins de punição. Dar à luz é dar a vida, e não a morte". Ele concordou com a observação feita pelo ministro-relator e pelo advogado da CNTS, Luís Roberto Barroso, de que "levar esse martírio até o fim corresponde a uma tortura continuada".
> **Gilmar Mendes**
> Gilmar Mendes, o sétimo a votar, ao destacar a relevância social do tema, comentou que os argumentos das entidades religiosas "podem e devem ser analisados pelo Estado que, apesar de laico, deve buscar a cooperação mútua com as diversas confissões religiosas". E criticou o fato de que entidades importantes e representativas como a Conferência Naconal dos Bispos do Brasil (CNBB) não tenham sido aceitas pelo relator da ADPF 54 na qualidade de "amici curiae"

(interessados diretos), como se a Igreja Católica fosse uma espécie de "ré nessa ação".

Do ponto de vista eminentemente jurídico, Guilmar Mendes discordou da caracterização do aborto de feto aenencefálico como "aborto atípico", já que esse tipo de feto ao se transformar em nascituro passa a ser objeto de proteção até no direito civil. "A regra é a vedação do aborto, e não se pode considerar atípico o aborto, ainda que 'terapêutico'".

Contudo, ele defendeu a tese de que por haver "coprometimento grave" da saúde psíquica da genitora, em face da "certeza absoluta" de que o nascituro já estará condenado à morte, "não é razoável que se imponha á mulher tamanho ônus à falta de um modelo adequado explicitamente previsto em lei". Assim, à falta desse modelo, e tendo em vista a "premente necessidade de atualização do Código Penal", Mendes votou no sentido de que o aborto em consequência de existência de feto anencéfalo seja admitido, juntamente com as duas exceções já previstas no Código Penal (artigo 128): o chamado aborto necessário ("se não há outro meio de salvar a vida da gestante") e o resultante de estupro. Ele propôs ainda que o Ministério da Saúde regulamente esse tipo de aborto, exigindo laudo médico de no mínimo dois médicos para que seja autorizado.

Celso de Mello

O decano do STF, ministro Celso de Mello, também enfatizou que a mulher "está protegida em seus direitos reprodutivos, e tem portanto o direito de optar pela antecipação terapêutica do parto se o feto é incapaz de sobreviver em ambiente extrauterino". Segundo ele, "a magnitude do direito à vida impõe o confronto com os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres", sobretudo quando se parte do pressuposto de que "a vida começa com os primeiros sinais de atividades cerebrais".

Celso de Mello fez questão de frisar: "Não estamos autorizando práticas abortivas. Não estamos, com esse julgamento, legitimando a prática do aborto — uma outra questão que, eventualmente, poderá ser submetida a esta Corte". Assim, entendeu que não cabe acrescentar uma terceira hipótese às duas exceções de aborto constantes do Código Penal. A seu ver, a "antecipação terapêutica do parto" em face de existência de feto anencéfalo "não é crime de aborto", mas "ato atípico".

Cezar Peluso

Último a votar, de acordo com o regimento, o presidente da Corte foi o segundo voto divergente. Começou por dizer que "a vida não é conceito artificial criado pela ciência jurídica para efeitos práticos", já que "a vida e a morte são fenômenos pré-jurídicos dos quais o direito se apropria para determinados fins". E frisou: "Todos os fetos anencéfalos, a não ser que estejam mortos, têm vida. Se o feto não tivesse vivo, não poderia morrer". Assim, ainda segundo Cezar Peluso, "o aborto provocado de feto anencéfalo é conduta vedada, de modo frontal, pela ordem jurídica, e esta Corte não tem poder ou competência para abolir ou atenuar o crime de aborto".

O presidente do STF afirmou ainda que não havia "malabarismo hermenêutico ou ginástica dialética" que o levasse a aceitar a tese de que a "interrupção terapêutica do parto" nos casos de feto anencéfalo não seja o mesmo crime de aborto tal como tipificado no Código Penal.

Com relação ao sofrimento da gestante portadora de feto anencéfalo, Peluso sustentou que "o sofrimento não degrada a condição humana, mas é inerente à condição humana". A seu ver, "o sofrimento" que a ordem jurídica tem o dever de impedir "é o ato antijurídico". Finalmente, ele chamou a atenção para o perigo da proliferação de abortos permitidos a partir de diagnósticos falsos ou imprecisos de anencefalia, deficiência que — apesar de todo o progresso da ciência médica — ainda é objeto de controvérsias.

Os outros votos

Na quarta-feira, o ministro-relator da ADPF 54, Marco Aurélio citou dados segundo os quais o Brasil é o quarto país do mundo em matéria de fetos anencéfalos (um em cada mil nascimentos), e assentou que — na argüição em julgamento — a questão básica era a distinção entre o aborto (criminalizado no Código Penal) e a "antecipação terapêutica, e não eugênica, do parto" no caso de mulher portadora de feto com cérebro incompleto e inviável.

Ele fez uma dissertação de caráter técnico-científico, com opiniões colhidas na audiência pública de 2008, acolhendo a tese de que "o feto anencéfalo é um morto

cerebral", apesar de ter "batimento cardíaco e respiração". Ou seja, de que "não existe presunção de vida extrauterina".

Com base em depoimento de especialista, Marco Aurélio descartou como um caso de feto anencéfalo que teve vida extrauterina (um ano e oito meses) o da menina Marcela de Jesus Galante Ferreira. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil citava esse caso como "exemplo claro de que uma criança, mesmo com tal malformação, é um ser humano". Mas o relator transcreveu parecer de um especialista, segundo o qual "ficou provado", em tomografia, que a menina paulista não tinha propriamente "anencefalia", mas "meroanencefalia" (situação de feto que não tem, em maior ou menor grau, partes superiores do encéfalo).

O ministro-relator acolheu também a tese do advogado da CNTS, Luís Roberto Barroso e do procurador-geral da República, Roberto Gurgel, em defesa da descriminalização do aborto nos casos de gestante portadora de feto anencéfalo, tendo em vista os "direitos reprodutivos" da mulher, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde (neste caso, a saúde psíquica da mulher). Assim, a "interrupção da gravidez" de feto anencefálico não poderia ser comparada ao "aborto eugênico", o que seria "inaceitável". Para Marco Aurélio, o que se quer é assegurar à mulher o direito à autodeterminação, podendo agir, por conta própria, em caso de inviabilidade de feto "que não dispõe congenitamente de viabilidade". Ele também considerou uma "verdadeira tortura" a submissão da mulher, pelo Estado, à obrigação de portar no ventre um natimorto.

Primeira a votar depois do relator, a ministra Rosa Weber partiu do pressuposto de que anencefalia é "o não fechamento total da calota craniana". E comentou: "Dizem que ela é fatal em 100% dos casos. Mas há relatos de fetos com sobrevida de meses e até de mais de um ano".

Ela citou os casos de Marcela de Jesus, que sobreviveu 1 ano e 8 meses, e também o de Vitória de Cristo de 2 anos e 3 meses, que foi levada pela mãe (presente com a filha ao julgamento) ao gabinete da ministra.

A ministra Rosa Weber — segunda a votar — disse no seu voto ter ponderado os valores entre o direito à vida do feto, de um lado, a dos princípios da dignidade e da saúde psíquica da mulher de outro, e concluiu: "Não se pode derivar de uma relação de causa e de efeito com base no 'se', e não no 'ser'".

Ela concluiu por dar interpretação conforme ao Código Penal (artigos 124 e 126), a fim de que se entenda que a "interrupção da gravidez em casos de anencefalia" não podem ser comparados ao crime de "provocar aborto", com ou sem o consentimento da gestante. E concordou com o voto de Marco Aurélio na linha de que estava em jogo o "direito fundamental da mulher de escolher se quer ou não interromper a gravidez". Ou seja, ela acolheu a arguição da CNTS — assim como o ministro-relator — mas com base apenas em argumentos jurídicos, e não científicos.

O ministro Luiz Fux destacou que o STF tinha de examinar se era "justo colocar no banco do júri, que julga crime s contra a vida, uma mulher que enfrentou a tragédida de portar no ventre um feto já condenado à morte". Ele citou extensa literatura médico-científica, e chegou a concluões "lastimáveis", no sentido de que não há cura nem viabilidade para os neonatos anencefálicos.

E também concordou com a prevalência, nesses casos, da preservação da "saúde psíquica e física" da mulher, acrescentando que "equivale a tortura" impedir a interrupção desse tipo de gravidez sob a ameça do Código Penal que — apesar de editado há muitas décadas — criou, em duas situações, a figura do "aborto permitido" para "fetos sadios". Logo, não teria sentido criminalizar o aborto de fetos praticamente natomortos.

A ministra Cármen Lúcia também votou pela procedência da ADPF 54. Deu por lido o seu voto , mas fez questão de "deixar claro" que o STF não estava a "permitir a possibilidade de aborto", mas sim "deliberando sobre a possibilidade jurídica" de uma mulher portadora de feto anencefálico procurar um médico, e interromper a gravidez, por que "quando o berço se transforma num pequeno esquife, a vida se entorta".

O ministro Joaquim Barbosa acompanhou o relator, reiterando a sua posição já cohecida e expressa quando do julgamento da liminar concedida por Marco Aurélio em 2004.

Divergência

> O ministro Lewandowski — o último a votar na quarta-feira — inaugurou a divergência. Ele disse que os valores a serem preservados nos casos de aborto, são a vida do nascituro e a vida e a incolumidade psíquica da gestante. Segundo ele, o legislador isentou de pena o aborto em apenas duas hipóteses (artigo 128 do CP): o "necessário ou terapêutico" (perigo de vida par a mãe) e o " sentimental" (decorrente de estupro).
> Para Lewandowsi, dado o princípio básico da "conservação das normas", é possível a "interpretação conforme" a Constituição, mas sempre na "lógica do razoável". Segundo ele, anencefalia é, na verdade, falta de "parte" do cérebro, difícil de ser avaliada, e o STF não pode modificar ou interpretar uma lei aprovada pelo Congresso (o Código Penal), abrindo condições para "abortos em série".
> O sexto ministro a votar chamou a atenção para o fato de que o assunto é tão "complexo" que há vários projetos de lei em tramitação no Congresso sobre a descriminalização do aborto. Depois de citar alguns desses projetos, ele reafirmou que — se o Legislativo está tratando da matéria — o Judiciário não pode "legislar", o que ocorreia no caso de uma "interpretação conforme" do Código Penal.
> Em face do exposto, Lewandowski indeferiu a ADPF 54, por não poder o STF "criar uma nova norma, usurpando a competência do Congresso".[3]

Embora essa decisão da Suprema Corte não se refira especificamente ao caso proposto, ela poderá lançar luz sobre o tema e, assim, indiretamente refletir na sua evolução, de modo a que se chegue à decisão que melhor se amolde aos princípios fundamentais.

Frise-se, contudo, que a Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito à vida com dignidade, constituindo a dignidade um dos fundamentos da República, como se infere do art. 1º, III, da Lei Maior, e sobre a qual Barcelos (2002, p. 203) preleciona que:

> Ora a dignidade da pessoa humana é hoje considerada, sob vários pontos de vista, o pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral. **Além disso, o constituinte de 1988 fez uma clara opção pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e de sua atuação**, dispondo analiticamente sobre o tema ao longo do texto. Assim, do ponto de vista da lógica que rege a eficácia jurídica em geral, a modalidade que deve acompanhar as normas que cuidam da dignidade humana é a positiva ou simétrica. (grifamos)

Como ensinou Hartmann, a dignidade pressupõe o respeito particularizado aos estratos físico ou material, biológico ou orgânico, psíquico e espiritual que compõem o homem, aduzindo que o desrespeito a qualquer deles representa uma lesão à sua dignidade, concluindo que a proteção a cada uma dessas camadas é unificada no direito à vida.

Nesse sentido, entre os bens que merecem proteção jurídica atribui-se maior valoração à vida humana, o que leva alguns doutrinadores como Afonso (2004) e Diniz (2002) a sustentarem que o homem não tem o poder de dispor de sua vida.

Com efeito, Afonso (2004, p. 197) orienta que a vida é objeto jurídico de riqueza e valor indescritíveis, fazendo-o nos seguintes termos:

---

[3] Disponível em: http://www.jb.com.br/pais/noticias/2012/04/12/stf-decide-por-8-a-2-que-nao-e-crime-aborto-de-feto-anencefalo/

> Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma sem perder sua própria identidade. É mais um processo, que se instaura com a concepção, transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. **Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo contraria a vida**.

Na mesma toada, Diniz (2002, p. 23) afirma que:

> A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, **o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro**, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc. **Havendo conflito ente os dois direitos, incidirá o princípio do primado mais relevante**. (grifamos)

O sistema constitucional introduzido pela Constituição de 1988 sobre a dignidade é bem complexo, tanto porque especialmente disperso ao longo de todo o texto, como também porque a Superlei, partindo do princípio fundamental exposto no art. 1º, III, utiliza na construção desse quadro temático várias espécies de normas jurídicas, constituídas por princípios, subprincípios de variados níveis de determinação e regras.

A Constituição prevê "a inviolabilidade do direito à vida" (art. 5º, *caput*), assegurando assim sua indisponibilidade, de sorte que à luz do ordenamento a morte não pode ser antecipada, o que em tese configura ilícito inconstitucional.

Contudo, a situação é complexa e envolve questões legais, morais, médicas, religiosas, entre outras, máxime após a decisão do STF sobre a antecipação do parto do anencéfalo.

O Código Penal prevê o homicídio privilegiado quando o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (art. 121, §1°). O valor moral a que se refere o dispositivo diz respeito a interesses particulares do agente (compaixão, piedade etc), de modo que o homicídio eutanásico constitui um delito impelido por motivo de relevante valor moral.

Como salientado alhures, a anencefalia é uma deformação congênita. O termo anencefalia significa “sem cérebro”, o que não é completamente correto. À criança atingida por esse mal faltam partes da abóbada craniana e do cérebro, mas o tronco cerebral existe. Sua cabeça em geral vai apenas até acima das pestanas. O crânio apresenta uma abertura cujo diâmetro varia muito de criança para criança. O corpo apresenta um desenvolvimento normal. Durante a gravidez o feto é provido de tudo pela mãe e se desenvolve normalmente. Depois do nascimento, porém, as funções vitais, devido a má-formação do cérebro, não podem ser

mantidas por muito tempo. Aproximadamente um quarto dessas crianças morre antes ou durante o nascimento. As que sobrevivem têm pouca expectativa de vida, podendo esta consistir em minutos, dias e em casos excepcionais meses. Não existe, nenhuma possibilidade de cura, mas a criança nessas condições é uma pessoa viva, sendo que eventual sobrevida, na maioria das vezes, somente é possível mediante suporte externo por meio de aparelhagem.

A gestante que decide pela continuidade da gravidez de anencéfalo convive com dúvidas e angústias, pois ao mesmo tempo que sente a criança se desenvolver em seu ventre depara-se com a realidade de planejar seu parto e seu funeral, o que se complica pelo fato de que após o parto o anencéfalo é mantido vivo por aparelhos, que só podem ser desligados após seu efetivo óbito.

Veja-se que a questão não se refere à antecipação do parto, o que é permitido pelo STF, mas restringe-se na eutanásia da criança anencéfala nascida viva.

A atual legislação brasileira somente permite o desligamento dos aparelhos que mantêm uma pessoa viva após a constatação de morte cerebral, a qual deve ser diagnosticada de acordo com a Resolução nº 1.480 de 08/08/1997 do Conselho Federal de Medicina,[4] abaixo transcrita:

> CONSIDERANDO que a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica;
> CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial;
> CONSIDERANDO o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica;
> CONSIDERANDO a necessidade de judiciosa indicação para interrupção do emprego desses recursos;
> CONSIDERANDO a necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte;
> CONSIDERANDO que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros;
> RESOLVE:
> Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.
> Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução. (...)
> Art. 3º. A morte encefálica deverá ser conseqüência de processo irreversível e de causa conhecida.
> Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

4 Disponível em: www.portalcfm.org.br

> Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:
> a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas
> b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas
> c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas
> d) acima de 2 anos - 6 horas
> Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:
> a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
> b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
> c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.

Porém, a criança anencéfala, mesmo tendo sua vida mantida com o auxílio de aparelhos, não se encaixa nas hipóteses de morte cerebral previstas na Resolução CFM nº 1.480/97, pois apresenta o tronco cerebral ativo, de modo que os suprimentos mantenedores de sua vida não podem ser suprimidos, mesmo que o prognóstico sobre o tempo de sobrevida seja mínimo.

Outrossim, não se pode invocar o precedente do STF, pois este se refere à antecipação do parto e, portanto, à vida ainda intrauterina, enquanto agora a questão envolve vida extrauterina inviável.

Ora, os anencéfalos não possuem boa expectativa de vida e sua esmagadora maioria não sobrevive muito tempo após o nascimento.

A prática da eutanásia em qualquer paciente , mesmo daqueles que não possuem uma boa expectativa de vida, como os anencéfalos, é proibida pela ordem jurídica brasileira, achando-se capitulada como homicídio no artigo 121 do Código Penal Brasileiro (CPB).

Porém, para alguns a prática de eutanásia no caso de anencefália não se enquadra nesse proibitivo legal, pois a criança não sobreviveria por muito tempo. Apesar de toda a mobilização médica em torno do assunto a prática continua crimosa, independente da forma como paticada, inclusive se o for pela ortotanásia, caracterizada pela morme normal em decorrência da negação de cuidados.

Porém, em algumas circunstâncias, a pena do agente que pratica a eutanásia pode ser atenuada e reduzida de um sexto a um terço com base no artigo 121, § 1º, do CPB, quando o agente comete crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ao que a doutrina denomina homicídio piedoso.

Assim, o agente que pratica a eutanásia será penalmente punido, mesmo que a prática ilícita tenha sido solicita/implorada pela vítima, pois de acordo com os princípios fundamentais que informam a ordem vigente o direito à vida é indisponível, e, portanto,

absolutamente inválido eventual consentimento do doente ou de seu representante legal nesse sentido.

Não obstante, mostra-se necessário ponderar a questão à luz do princípio da dignidade humana em confronto com a qualidade de vida a que está fadado o anencéfalo: **“atende ao princípio da dignidade humana a manutenção da vida e o sofrimento de alguém que não consegue exprimir suas vontades nem manter-se vivo de forma autônoma?”**

Essa a questão proposta e que merece ser repensada à luz dos princípios fundamentais adotados pela República brasileira, muito embora a posição adotada neste trabalho, longe de constituir unamidade, apenas lança luz sobre um tema ao qual não se pode fechar os olhos.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo visou a levar esclarecimentos sobre a delicada questão da eutanásia do anencéfalo.

Como visto, ao longo dos tempos a eutanásia foi tratada de maneiras diferenciadas. Na Grécia antiga e em Roma sua prática era comum, máxime nos casos de crianças com anomalias e pessoas idosas doentes.

Com o passar do tempo a eutanásia ficou restrita a pessoas acometidas por enfermidades, pois segundo Platão as pessoas que não eram capazes de desempenhar as funções que lhe são próprias não deveriam receber cuidados médicos ante sua inutilidade para a sociedade.

Posteriormente, a vida do enfermo passou a ser decidida pelos pais e/ou responsáveis sociais, ficando a eutanásia protagonizada pelos mesmos; após, ela passou a ser decidida pelos médicos.

Atualmente, a questão é controvertida e complexa e gira apenas não em torno de sua legalidade, mas se o enfermo pode dispor de sua vida e como ocorreria a participação daquele que o auxiliaria a findá-la.

A análise precipitada dos direitos fundamentais pode levar à equivocada conclusão de que o indivíduo possui plena autonomia sobre suas decisões, inclusive quanto à finalização da própria vida, vez que esta constitui o bem maior tutelado pelo Estado.

Não se diga que a pessoa pode dispor sobre sua própria vida, que esse entendimento é equívoco e contrário aos valores e princípios consagrados pela República, havendo de se registrar que o suicídio escapa à incidência penal por simples motivo de política criminal e não porque sua prática seja lícita.

Em relação à criança anencéfala, entendo que a questão ganhou novo contorno a partir da decisão proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal na ADPF 54 em 12/04/2012, que permite a antecipação do parto do feto anencéfalo.

Assim, para alento da gestante de anencéfalo assegurou-se a possibilidade de antecipação do parto — o aborto do feto anencéfalo —, decisão que compete somente à gestante, de modo que ela pode interromper a gestação sem incidir no tipo penal do aborto, não precisando levar a termo a gravidez de um ser que certamente não prosperará.

A decisão da ADPF 54, na verdade, amplia a possibilidade de se decidir pela eutanásia do anencéfalo, pois na medida em que permite a antecipação do parto do feto anencéfalo, reabre a discussão sobre a possibilidade de eutanásia da criança anencéfala.

Assim, a gestante de anencéfalo poderia aguardar a gestação para decidir pela eutanásia após confirmar o nascimento com a patologia.

Outrossim, essa possibilidade permitiria também a abreviação da vida do anencéfalo quando durante a gravidez a gestante descconheça a existência da patologia, trazendo no ventre um ser sem prognóstico de sobrevida após o parto.

Mesmo não sendo a eutanásia legalizada no Brasil, há de se lutar pela sua juridicidade em casos específicos como da criança anéncefala, pois assim, abreviando-se sofrimentos de toda ordem, dá-se concretude aos princípios da legalidade e da dignidade humana.

Na verdade, o que salienta é que, como a antecipação do parto, nestes casos, não é considerado crime por que o haveria de ser a práica da eutanásia?

Lad'outro, essa possibilidade pode ser sustentada com base no pensamento filosófico de Hartmann, pois se a dignidade pressupõe o respeito aos estratos físico, biológico, psíquico e espiritual do homem, a criança anencéfala jamais viveria com dignidade, pois, lamentavelmente, falece-lhe os estratos mais nobres que conservam sua liberdade: o psíquico e o espiritual.

Essa possibilidade traria maior alento não apenas para as famílias que convivem com o diagnóstico da anencefalia na fase da gestacão, que assim poderiam aguardar o nacimento para então decidirem, mas para aquelas que trazem ao mundo uma criança com essa patologia sem que durante a gestação tenha sido constatado esse diagnóstico.

Essa possibilidade, contudo, embora negue o direito à vida inviável, abrevia sofrimentos de várias ordens e sobreleva o princípio da dignidade humana, pois a vida do anencéfalo, por ser completamente destituída de consciência e de liberdade, não constitui vida digna!

REFERÊNCIAS

ANENCEFALIA. **Defesa do direito a vida de fetos com anencefalia**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/10/especialistas-defendem-direito-a-vida-de-fetos-com-anencefalia.htm>. Acesso em: 20 jun. 2012.

BERISTAIN, Antonio. Prolegomenos para la reflexion penal-criminologica sobre el derecho a culminar la vida con dignidad (la eutanasia). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 27, n.108, out./dez. 1990.

BOSON, Gerson de Brito Mello. **Internacionalização dos direitos do homem**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Alguns aspectos da disciplina jurídica da eutanásia no direito penal brasileiro.**Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.

____. A eutanásia no anteprojeto de Código Penal. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 8 , n. 99, fev. 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, **Lei nº 3.268.** Disponível em: <http//www.portal.cfm.org.br> Acesso em: 13 fev.de 2012.

COSTA, Mario Ottobrini & SUCENA, Lillian Ottobrini Costa. A eutanásia não e o direito de matar**. Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91 , n. 806, dez. 2002.

DELMANTO, Celso, *et al*. **Código penal comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva: 2002.

FRAGA, Marcio André Keppler. **A atipicidade penal da ortotanasia**. Porto Alegre: AJURIS, v. 26 , n. 78, jun. 2000.

GOMES, Olema de Fatima. Eutanásia. Avanço proposto pelo Congresso e insuficiente. **Justiça e Poder**, São Paulo, v. 1 , n. 7, maio 1999.

HOFFBAUER, Nelson Hungria. **Ortotanasia, ou eutanásia por omissão**. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 50 , n. 150, nov./dez. 1953.

____. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

JORNAL DO BRASIL. **STF decide por 8 a 2 que não é crime aborto de feto anencéfalo.** Disponível em: <http//www.jb.com.br>. Acesso em: 28 abr. 2012.

LOSCHI, Luciana dos Santos. **O tratamento dado à eutanásia nos últimos 30 anos no Brasil.** 2002. 41 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2002.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, minimo existencial e direitos prestacionais**. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em: 02 jul. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEREIRA, Bernardo Muniz de Carvalho. **A visão da eutanásia no Brasil.** 2011. 50 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdadede Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011.

PESSINI, Leo. **Problemas atuais de bioética**. 6 ed. São Paulo: Loyola, ago. 2002.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Paêbla Aparecida da. **Aborto eugenésico.** 2011. 46 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdadede Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://www.pt.wikipedia.org>. Acesso em: 13 fev. 2012.