

A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ EM CASOS DE ANENCEFALIA

Érida Cecy Martins Venâncio Varela¹

João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

Observa-se com grande frequência a discussão da interrupção da gravidez em casos de anencefalia, principalmente no Brasil, onde esta questão não é de todo pacífica. Este artigo trata do conceito da morte cerebral, a possibilidade de aborto, como o judiciário aborda este tema e suas últimas decisões. Além de assinalar o desencadear histórico da matéria em questão e os confrontos éticos impostos pela sociedade e religião. A morte neurológica impossibilita o alargamento da vida extra-uterino dos bebês com anencefalia, já que há uma malformação rara do tubo neural ocorrida nos primeiros meses de gestação marcada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária fetal do cérebro. No entanto, a prática do aborto continua sendo considerada crime nesses casos, interferindo e impedido o direito de escolha dos indivíduos segundo seus próprios critérios e credo.

Palavras-chave: Anencefalia, Morte Cerebral, Vida.

THE INTERRUPTION OF PREGNANCY IN CASES OF ANENCEPHALY

ABSTRACT

It is observed frequently disagreement of interrupted pregnancy in cases of anencephaly, especially in Brazil, where the matter is not pacifically argued. This article deals with the concept of cerebral death, the possibility of an abortion, how the judiciary approaches this theme and its implications. In addition to pointing out the historical enabler of the subject in question and the ethical confronts imposed by society and religion. The neurological death enables the enlargement of extra uterine life of the babies with anencephaly, since the rare malformation of the neural tube occurs in the first few months of pregnancy which is marked for the partial absence of the encephalon and the calvarias, which derived from the closing of the neural tube during the fetal embryo formation of the brain. However, the practice of abortion continues to be considered a crime in these circumstances, interfering and deterring the right of an individual to choose from his own criteria and values.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: cecyzinhavarela@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN E-mail: jmbmb@hotmail.com

Keywords: Anencephaly, Brain Death, Life.

1 INTRODUÇÃO³

Um dos temas de calorosas discussões é o que circunda aonde começa a vida ou até mesmo onde ela termina e o que seria a própria vida. No entanto, ainda não se foi capaz de alcançar sólidas respostas acerca deste assunto, todas sendo passíveis de dúvidas, contestações e incertezas.

Pauta-se o seu conceito em aspectos religiosos ou até mesmo morais para tentar se chegar a um ponto de partida e dele, conseguir resolver diversas questões que rodeiam o nosso dia a dia.

Os teólogos de um modo geral descrevem a vida como um caminho de felicidade duradoura e eterna, longe de sofrimento culpa ou morte, consideram a vida como inviolável, abençoada, inatingível, sendo Deus o seu eterno dono.

Um dos principais desafios da modernidade é conseguir equilibrar o conceito trazido pela religião com os diversos implementos, capazes de amparar e cuidar da vida, por meio de novas descobertas da medicina, como transplantes de órgãos, células e outros modos alternativos, que além de preservar podem prolongar o bem maior, buscando o seu fim, com a maior dignidade que possa ser possível.

O desenvolvimento da tecnologia, dar a possibilidade do acompanhamento da vida, em sua fase embrionária, do período da concepção até o nascimento, sendo possível o monitoramento do desenvolvimento normal ou não, averiguando se há alguma anormalidade com o feto e se viável a prolação da sua vida, assim como se saudável para a vida da gestante e até mesmo do embrião.

³ Este trabalho foi redigido levando-se em consideração as mudanças introduzidas na ortografia da língua portuguesa pelo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em dezembro de 1990, o qual foi aprovado, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 54, em 18 de abril de 1995. Entretanto, na ocorrência de citações diretas, conservou-se o texto original, procedendo-se a transcrição textual da obra consultada, conforme ensina a Norma 10520:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Também foi elaborado de acordo com as orientações do Manual de Orientação do Trabalho de Curso de Direito da FARN (GICO e LIMA, 2011).

O ser humano possui suas credences e seus pensamentos, formando seus próprios códigos e normas, considerando censurável o que os contradiz. De forma especial, o que tange a suspensão da gestação.

A interrupção da gravidez pode vir a ocorrer de diferentes formas para a Medicina Legal, podendo ser pautada na forma espontânea ou provocada. Espontânea quando se fala em natural, sem interferência humana, sendo resultado de condição patológica e psicológica que podem arremeter o feto ou a mãe. Na gravidez provocada usa-se a intervenção de algum método, envolvendo questões polêmicas de legalidade ou ilegalidade.

A religião do catolicismo não aceita o aborto em nenhuma hipótese, diferentemente da opinião da Igreja, o nosso atual Código Penal prevê duas concessões de interrupção de gravidez, sendo os casos de estupro e de risco a vida do feto ou da mãe.

No entanto, o Código Penal, bem como a nossa Carta Maior não prevê o aborto em outras possibilidades, como a desse estudo em questão, o aborto em casos de anencefalia, onde o feto está condenado a uma patologia letal, com baixa expectativa de vida, por via natural ao vir ao mundo.

Várias propostas e projetos de lei foram lançados para tentar ampliar a parte especial do Código Penal, visando o “encaixe” dessa possibilidade em seus dispositivos. Tentando sempre levar em consideração os valores como: liberdade e igualdade.

Por fim, o trabalho em questão trata da possibilidade de se ter com maior facilidade a permissão, ou se preferir, a autorização da realização da interrupção da gestação quando o feto for diagnosticado com anencefalia.

Tendo, portanto, como objetivo principal demonstrar a viabilidade desta interrupção em casos de anencefalia, permitindo a mãe escolher quais providências deseja tomar em relação ao seu feto, sem, no entanto, levar ao cometimento dos crimes de aborto previstos no dispositivo Penal.

Tecendo desde o que seria a anencefalia, passando pela conceituação de vida e morte, assim como ressaltando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da saúde, atravessando até pelo julgamento da mais alta corte do país.

Levando sempre em consideração, todas as opiniões, seja a da mãe, a dos médicos, ao dos religiosos como a dos juristas.

2 QUESTÕES PRELIMINARES

Vários conflitos circulam o que diz respeito às questões do aborto em casos de anencefalia, para tentar solucionar essa desordem, a autora deste trabalho toma por base a conceituação do que seria vida, o início e o que seria a morte, o fim, em termos reais não mais pautados na religião ou credices. De acordo com o dicionário Aurélio, vida é: “o conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas se mantêm em contínua atividade, existência; espaço de tempo que vai do nascimento a morte; um dado período de vida; **força, vitalidade**”. (grifo).

Ainda sobre o conceito do que seria o início da vida, Débora Diniz (2004b), nos complementa:

[...] assim como a definição dos conceitos de pessoa e coisa, a melhor estratégia para definir o conceito de vida humana será pela exclusão de seu contrário: vida humana é tudo aquilo que apenas um ser humano vivo é capaz de experimentar. Ou dito de outra forma: é um ser humano vivo quem não está morto. Esta definição é capaz de considerar a potencialidade do viver a vida como equivalente a estar vivo, sendo possível afirmar que a vida humana é tudo aquilo que apenas **um ser humano potencialmente vivo é capaz de potencialmente experimentar**. (grifo). (DINIZ, 2004b, pag. 74 e 75).

Por fim, quanto à vida, o Ministro Ayres Brito fala:

[...] Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se por como endereçado de normas que já se signifiquem imposição de “deveres”, propriamente, o que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição. Com efeito, é para o indivíduo assim biograficamente qualificado que as leis dispõem sobre o seu nominalizado registro em cartório (cartório de registro civil das pessoas naturais) e lhe conferem uma nacionalidade. Indivíduo-pessoa, consequentemente, a se dotar de toda uma gradatividade formação espiritual ou moral [...]. (ADIN 3510).

A respeito do término da vida, a morte, observa-se duas diretrizes: a clínica ou cardiorrespiratória e a encefálica. A primeira demanda que a parada cardíaca seja irreversível foi abraçada pela Lei nº 5947/68. A segunda é a de maior importância para esse estudo, a anencefálica é a chamada morte cerebral, quando não mais se constata atividade cerebral.

É exatamente nesse ponto que mais chama a atenção, existindo no ordenamento jurídico expressa previsão legal do momento em que ocorre a morte, art. 3º, *caput* da Lei 9.434/97 e, levando em conta que o bem jurídico resguardado pelo disciplinamento penal (art.

124 e seguintes do Código Penal) é a vida em sua forma intrauterina, há que se interrogar se há vida no útero da mulher que gera feto anencefálico.

O segundo vice-presidente do Conselho Federal de Medicina e presidente do Conselho Regional da Medicina do Rio Grande do Sul, Marco Antônio Becker, relata o seguinte acerca da morte:

Hoje, a morte não é mais parada cardíaca, é morte encefálica. Esse é o conceito do ordenamento jurídico brasileiro após a lei dos transplantes. Com a morte cerebral, não há razão para que a mãe, não querendo esperar que a gestação chegue a termo, seja obrigada a mantê-la até o fim, pois ela está gerando um morto cerebral. **Portanto, a antecipação do parto é uma consequência lógica.** (grifo).

Sendo assim, se o ordenamento jurídico brasileiro permite a remoção e doação de órgãos após a morte cerebral e a anencefalia é um morto cerebral, diante de uma interpretação ordenada e lógica é que a gestante portadora de um feto anencefálico não comete crime algum se desejar retirá-lo.

Não se pode, portanto falar em aborto, que segundo o dicionário Aurélio significa, “eliminar prematuramente do útero produto da concepção; não se desenvolver; interromper ou cancelar a execução ou a continuidade da vida”.

Assim sendo o aborto é crime atentatório à vida e se o feto, estando cientificamente morto, o bem jurídico vida, protegido pelo Direito Penal não tem como ser lesado, como aduz o conselheiro Marco Segre, relator da consulta nº 8.905/98:

A ciência ainda não oferece recursos para a correção dessa anomalia, até mesmo para o prolongamento da vida de um anencéfalo: muito menos, ao que se sabe, para atenuar os danos no seu neuropsiquismo. É tão séria essa síndrome – anencefalia – que vários juízes de nosso país já emitiram decisões autorizando o aborto nesses casos, quando os pais assim o desejassem. Decisões corajosas, uma vez que o nosso Código Penal ainda exclui essa situação que se enquadraria no assim chamado aborto eugênico.

Portanto, seguindo a lógica acima e a autora deste estudo, a interrupção da gravidez de bebês com anencefalia é uma conduta atípica que não gera ilícito penal, o que não caracteriza conduta criminal a ser cumprida.

3 O QUE É E COMO PODE SER DIAGNOSTICADO A ANENCEFALIA

Segundo o estudo em questão para melhor entender o que ocorre com o feto possuidor da anencefalia, é tentando entender o que seria a própria anencefalia, seus transtornos, bem como sua falta de vida, digo, malformação.

Para isso passa-se por um breve relato histórico, em 1968, a anencefalia era chamada por “necrose difusa de todo o encéfalo”, considerando a perda total de todas as funções. Como retrata Hunter, “pela anomalia do cerebelo, não há controle de temperatura corpórea e da frequência respiratória, o que torna impossível a sobrevivência dessas crianças”.

No entanto, posteriormente foi possível constatar que as funções diencefálicas, como por exemplo, o controle da temperatura permanecia presente. Mudou-se então o conceito para perda irreversível de um grupo (especificamente definido) de funções encefálicas.

De acordo com Jorge Andalaft Neto, médico, chegou-se então ao que seria hoje a conceituação de tal anomalia, a anencefalia, a qual é, a insuficiência de grande parte do cérebro e do crânio, o que podemos chamar de aprosencefalia com crânio aberto. A anencefalia é uma deformidade do tubo neural que sucede nos primeiros momentos do desenvolvimento do feto no período do 16º e o 26º dias, incapacitando para a vida extra-uterina. Esta é a malformação fetal mais freqüentemente apresentada. As distorções do tubo neural envolvem o tecido que se desenvolve dentro do cérebro e da medula espinhal e a anencefalia acontece justamente quando a parte superior do tubo neural não consegue se fechar. O feto pode possuir algumas partes do tronco cerebral em vigor, garantindo apenas algumas funções vitais do organismo. A anencefalia é fatal. Com raríssimas exceções, recém-nascidos com anencefalia têm expectativa de vida muito curta. (Folha de São Paulo, 2008).

Não se possui explicação exata por que isso vem a ocorrer, mas alguns motivos são apontados como causas, por exemplo, os possíveis agentes incluem toxinas ambientais e baixa ingestão de ácido fólico durante a gestação. Além disso, mostrasse a possibilidade de anencefalia em maior número em bebês do sexo feminino e com maior eficácia em mães portadoras de diabetes, sendo o risco aumentado de seis a dezesseis vezes, bem como em mães muito jovens ou com idade avançada tendo o risco aumentado. A estimativa de ocorrências é de cerca de aproximadamente 4 a cada 10 mil nascidos. O número exato é desconhecido, visto que em muitos dos casos ocorre o aborto espontâneo ou natural.

Segundo o doutor Heverton Neves Pettersen, o diagnóstico da malformação fetal pode ocorrer com maior exatidão a partir da 12ª semana da gravidez, quando a ultrassonografia já

consente o vislumbamento do segmento cefálico do feto e a quantidade de líquido amniótico. A apresentação exagerada de líquido amniótico, uma condição conhecida como polihidrâmnio, pode acarretar dificuldades com a gestação. (Portal do STF, 2008).

Seguindo o raciocínio do médico acima citado, o diagnóstico também pode ser identificado com o auxílio do teste de sorológico de ácido fólico pré-gestação, amniocentese, realizados na própria gestante para saber se os níveis majorados de alfa-fetoproteína estão presentes, quando aumentados sugerem defeito no tubo neural. Além da checagem do nível de estriol na urina em tempo de gestação e como relatado acima a ultrassom para confirmação.

Alguns sintomas apresentados na anencefalia, segundo o médico Pettersen, são:

- Ausência de crânio;
- Ausência de cérebro (hemisférios cerebrais e cerebelo);
- Anormalidades das características faciais; e
- Defeitos do coração.

Seguindo todos os expostos e com base também nos argumentos do médico, coordenador da Comissão Violência Sexual e Interrupção da Gestação da Federação Brasileira das Associações da Ginecologia e Obstetrícia, percebesse a clara inviabilidade do prosseguimento da gravidez com diagnóstico de anencefalia.

Não há cura para a anencefalia. Ela é letal em 100% dos casos. Não há nenhuma possibilidade de tratamento do feto após o diagnóstico. (...) É necessário ajudar essa mulher, porque ela experimentará uma situação traumática em sua vida. É preciso ajudá-la a trabalhar com a perda, pois ela está em processo. É preciso dar apoio psicológico, social e médico.

Concordando também com a inviabilidade, o alvará emitido em Londrina, correlata:

[...] Não há razão para deixar de afirmar que, no caso da anencefalia, a vida que subsiste não é propriamente falando uma vida humana, a vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana..Não se está admitindo a indicação eugênica com o propósito de melhorar a raça ou evitar que o ser em gestação venha a nascer cego, aleijado ou mentalmente débil. Busca-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só [...]. (ALVARÁ EMITIDO PELA COMARCA DE LONDRINA, 2º VARA CRIMINAL: 02 DIAGNÓSTICOS: ANENCEFALIA; em 01/12/1992). (UEDA, 2001, p.58).

4 A VIABILIDADE DO ABORTO EM CASOS DE ANENCEFALIA

Segundo o Ministro Marco Aurélio de Mello, a interrupção da gestação no caso de feto constatado com anencefalia não gera a presunção do aborto, posto que não há perspectiva de vida fora do útero. De acordo com o Ministro Joaquim Barbosa, do STF, “o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos), não tem proteção jurídica”. E para o jurista alemão Claus Roxin, citado na obra de André Martins Lara, “a vida vegetativa não é suficiente para fazer de algo um homem e com a morte encefálica termina a proteção à vida”. (LARA; WILHELMS, 2005).

A medida também foi alvo de discussão no plano da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54), proposta por intermédio do advogado Luís Roberto Barroso, em junho de 2004, tendo como base nos princípios atingidos: o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (art. 5º, II, CF), visando que não há nenhuma norma jurídica que proíba a antecipação terapêutica; o direito a saúde (arts. 6º, caput e 196, CF), já que a descoberta pela gestante de que seu bebê o possuidor de malformação anencefálica, pode gerar transtornos no seu bem estar físico, mental e social; o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, CF), o que gera analogias entre as imposições da mulher ter que se submeter e levar adiante uma gestação com a certeza não dará origem à vida com a tortura, prática não admitida pela Carta Maior, em seu artigo 5º, III.

Insta observar que todos esses princípios pautam-se e defendem a interrupção da gravidez como a mais viável das soluções, já que estão munidos de dois pesos: bem jurídico protegido no tipo (dignidade da mulher) e no conceito de morte (não há vida no feto), assim como defendido por Luiz Régis Prado:

Em outros termos: é justamente a inexistência de vida o que permite fundamentar a falta de dolo ou culpa, bem como a conseqüente falta de um resultado típico. Trata-se, portanto de um fato atípico, visto que falta o desvalor da ação, considerada essa postura dogmática preferível a qualquer outra.

Ainda dentro da viabilização do aborto a igreja se pronuncia através do bispo Carlos Macedo de Oliveira, representando a Igreja Universal do Reino de Deus, defendendo a antecipação do parto:

A mulher não pode ser penalizada a carregar por nove meses alguém que não verá nascer ou sobreviver. Talvez “nenhum de nós consiga dimensionar os agravos de uma gravidez acometida de anencefalia”, ponderou. O bem comum passa primeiro

pelo bem individual de cada pessoa, e cabe ao Estado proporcionar que seus cidadãos vivam bem, e não apenas vivam. Carlos Macedo acrescentou que “descriminalizar o aborto é diferente de torná-lo obrigatório”. (BOLETIM JURÍDICO002, 2010).

5 LIBERDADE, DIGNIDADE E DIREITO A SAÚDE DA MULHER

Como espinha dorsal que rege a humanidade, encontra-se o princípio constitucional considerado essencial para a harmonia da sociedade, presente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988:

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:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana implica ao Estado a obrigação de proporcionar a todo ser humano condições para que seja possível viver dignamente. Assim, não é plausível submeter à mulher ao inegável sofrimento prolongado de uma gestação infrutífera. Não se trata aqui de opinião pessoal de cada um ou de mero capricho, mas sim seguir e respeitar a dignidade da gestante.

Defendendo a dignidade da mulher, observa-se a Professora Roberta Toledo Campos, mestre em Direito pela PUC de São Paulo, ao proteger a dignidade da mulher e usando das prerrogativas da Lei Nº 11.340/2006, versa:

[...] a dignidade da pessoa humana significa que o indivíduo é o limite e o fundamento do domínio político da República. A República, dessa forma, representa uma organização que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios. A dignidade humana é o valor-fonte para definir os direitos fundamentais, isto é, os direitos fundamentais são desdobramentos da dignidade da pessoa humana.

Prezando também pela dignidade da mulher, encontram-se os ministros Ayres Brito e Marco Aurélio. O Ministro Britto ressalta em seu voto na ADIN 3510:

Imposição, além do mais, que implicaria tratar do gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental, que se lê no inciso III do art. 5º da Constituição, *literis*: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano degradante”. Sem meias palavras tal nidação compulsória

corresponderia a impor às mulheres a tirania de ter que gerar filhos para seus maridos ou companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que “o grau de civilização de um povo se mede pelo grau da liberdade da mulher.”

E agora o Ministro Aurélio, na ADPF n.º 54:

Os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina.

Insta observar, que obrigar a uma mulher a carregar um filho que leva a lembrança diária e continuada da falta de potencialidade de vida do feto, se assemelha à tortura psicológica, prática definida como “um suplicio infligido a uma pessoa que ocasiona grave quadro mental de angústia”. (GARRAFA; MONTENEGRO; OLIVEIRA, p.82).

Voltando as sábias palavras da professora Roberta Toledo Campos, já citada acima, há o seguinte relato:

Sobre a perspectiva da saúde da mulher, a permanência do feto anômalo no útero é perigosa, visto que há um índice de 65% de óbitos intra-uterinos, além dessas próprias consequências que podem trazer a gravidez do anencéfalo, as mães por vezes, por não terem amparo legal recorrem aos meios abortivos caseiros, a prática desses métodos pode gerar implicações perigosas, levando com assiduidade as mulheres ao serviço público, acarretando dispêndios estatais ainda maiores dos que os proporcionados pela interrupção da gravidez.

Assim, obrigar uma mulher a carregar o feto por nove meses em casos de anencefalia é uma posição patriarcal, comprometendo seriamente seu direito de dispor sobre o próprio corpo, como finaliza o médico Roberto Luiz D’Ávila, no Conselho Federal de Medicina:

Em nome do respeito à autonomia da vontade das pessoas, em nome de uma boa prática médica, em nome da manutenção desse exercício profissional que trabalha buscando o benefício das pessoas, entendemos que o Supremo deve considerar esse caso definitivamente para que não fiquemos mais a mercê dos humores do Poder Judiciário e do juiz de plantão.

6 PROJETO DE LEI N.º 4.360/2004

No ano de 2004, o deputado Dr. Pinotti apresentou um Projeto de Lei nº 4.360, o qual acrescenta inciso ao artigo 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com o intuito de abrir o leque no que desrespeitam as causas que não incriminam a realização do aborto, no vigente Código Penal, a situação da gravidez anencefálica. Justificando da seguinte forma:

Hoje, entretanto, estamos agravando ainda mais a carga já insuportável da grande maioria das mulheres brasileiras ao impedir a interrupção da gravidez quando o feto, comprovadamente, padece de anencefalia, ou seja, não possui o cérebro desenvolvido. (PROJETO DE LEI 4360 de 2004).

Continuando:

Somos da opinião de que ao se diagnosticar um feto anencéfalo, deverá ser permitido ao casal decidir de uma maneira totalmente informada e livre sobre a interrupção ou o seguimento da gravidez. Essa opinião se baseia nos seguintes fatos: a) não há nenhuma possibilidade de sobrevivência prolongada para esse tipo de patologia; b) a gravidez com anencéfalo traz para mãe maior probabilidade de doença hipertensiva específica da gravidez, e poliídramnio, além de causar, com grande frequência, um parto distorcido pela própria condição de anencefalia; c) com a metodologia propedêutica mais moderna, o diagnóstico da anencefalia pode ser realizado com total segurança, devendo ser obrigatória, antes da interrupção, uma segunda opinião de um obstetra experimentado. (...) Não queremos obrigar o casal à interromper a gravidez, mas apenas permitir que a decisão seja tomada por eles livremente, após todas as informações específicas do seu caso, com o cuidado de se exigir dois laudos independentes para que não paire nenhuma dúvida sobre o diagnóstico. (PROJETO DE LEI 4360 DE 2004).

E finalizando da seguinte forma:

Evidente que, uma vez tornada lei essa possibilidade de interrupção, os serviços públicos deverão oferecê-la àqueles casais que desejarem, cabendo aos médicos a possibilidade de alegarem objeção de consciência, mas cabendo ao serviço a obrigatoriedade do atendimento de acordo com desejo dos pais e o relatório feito pelos médicos especialistas. Tais detalhamentos, no entanto, podem ser feitos na regulamentação da lei, pelo órgão competente do Poder Executivo. Sabemos que a questão envolve grande polêmica, por interferir com problemas sociais, religiosos, médicos e éticos. O aborto provocado, que não pode ser desvinculado do contexto da situação da mulher em nossa sociedade, é sem dúvida um dos mais complexos e controversos fenômenos sociais que a humanidade enfrenta. Independentemente de qualquer conceito religioso, é indiscutível que o aborto provocado é uma agressão, é uma situação de violência que se faz sentir em diferentes níveis. Ninguém em sã consciência é a favor do aborto. Os médicos, formados em defesa da vida, e particularmente os ginecologistas, não podem senão abominar a própria idéia da

interrupção da gravidez. Como então conciliar esta postura frente ao sofrimento e angústias de uma paciente gestante portadora de um feto anencéfalo cuja probabilidade de sobrevivência é nenhuma? Equivale à prática da tortura a exigência de que a mulher gestante suporte a situação de manter o feto anencéfalo até o fim do período gravídico. Além do mais, esta gestante estará submetida a um parto complicado, de alto risco, que envolve sofrimento e um esforço desgastante e infrutífero. “E o que se quer é garantir a dignidade da pessoa humana, permitindo que a mulher escolha levar ou não esse tipo de gravidez até o fim, sempre de uma maneira bastante informada”. A medicina fetal tem se preparado mais para tratar dos defeitos congênitos do que para expulsar os fetos do útero, e não podemos cunhar o nome aborto, que é a interrupção da potencialidade de vida, e um feto anencéfalo não têm potencialidade de vida. “São poucas certezas que nós temos na medicina, mas ela é possível em diagnósticos de anencefalia e de óbito fetal. (PROJETO DE LEI 4360 DE 2004).

Diante de pesquisas realizadas pelo Projeto de Lei em questão, observa-se, de acordo com tabela feita pela Organização Mundial da Saúde, que à prática de interromper a gestação com fetos portadores da anencefalia ocorre em inúmeras regiões e países do mundo, assim como correlata o Deputado em pauta:

No que diz respeito à prática da interrupção de gestação com fetos anencéfalos a Organização Mundial da Saúde publicou tabela que mostra os percentuais que ocorrem em diferentes regiões e países do mundo. Nela, pode-se verificar a alta incidência do aborto induzido na prática de atendimentos desses casos. Em países como a França, Suíça, Bélgica, Áustria, Israel e Rússia a interrupção da gravidez ocorre quase sempre em 100% dos casos. Mesmo em países com extensa tradição católica, como Itália e Espanha, a interrupção da gravidez com fetos anencéfalos é realizada na imensa maioria dos casos: de 80% a 85%. No Reino Unido, Alemanha e Finlândia, as taxas aproximam-se a 90%. (PROJETO DE LEI 4360 DE 2004).

7 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No que tange as decisões do mundo jurídico brasileiro muito embora não haja legislação que regularmente a possibilidade de aborto em casos de anencefalia, muitas mulheres tem entrado com ações que visem a possibilidade da autorização da interrupção nestes casos e muitos magistrados vem decidindo pela sua possibilidade.

No Rio Grande do Sul, o juiz Leandro Raul Klippel, no dia 26 de setembro deste presente ano, decidiu por autorizar a interrupção da gestação com feto anencefálico, afirmando que, “não são os presentes autos o foro adequado para discussões religiosas, éticas ou morais acerca de tal tema, devendo ser levado em consideração apenas aspectos médico-

científicos e jurídicos”. E, “bem como a intervenção se faz necessária a fim de preservar a saúde física e psicológica da gestante”.

Entende o magistrado que a ação não se tratou de um aborto, visto que para isso se pressupõe viabilidade na forma extra-uterina, não tendo aqui o bem maior a ser protegido que se não a vida da gestante.

Por este mesmo raciocínio decidiu o juiz da 2ª Vara Criminal e Infância e Juventude de Alvorada (Porto Alegre), José Pedro de Oliveira Eckert, autorizando a interrupção da gravidez, já que não havia a possibilidade de vida daquele, devendo agora preservar a saúde da gestante, inclusive a psíquica.

O conflituoso assunto acabou por demandar a propositura da ação que arrola no Plenário do Supremo Tribunal Federal, buscando a resolução ainda para este semestre. No entanto, corre o risco de não ser julgado caso a presidente não tenha manifestado a sua escolha do novo ministro que tomará posse no lugar da ministra Ellen Gracie.

Trata-se da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, já anteriormente citada, que aduz sobre a possibilidade de interrupção da gravidez em caso de gestação de feto anencefálico. O ministro relator, Marco Aurélio já concluiu seu voto e autorizou o processo para ser julgado. A questão abarca o aborto e traz em se encalce aspectos científicos, morais e religiosos, sobre os quais ainda não há satisfatória concordância na sociedade.

A ADPF n.º 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde foi proposta em 2004 que buscava explicação, conforme a Carta Maior, para os artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, afirmar ainda ser inconstitucional a interpretação de tais dispositivos como proibitivos da “antecipação terapêutica do parto” em caso de gestação de anencéfalos, afastando-se da conotação de “autorização para o aborto”, além de defender sua brevidade.

A ADPF em questão defende os seguintes argumentos:

A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar dano à saúde da gestante e até perigo de vida, pelo alto índice de óbitos intrauterinos desses fetos e que a antecipação do parto é a única possível e eficaz para o tratamento da paciente, já que não é possível reverter a inviabilidade do feto; a antecipação do parto neste caso não caracteriza aborto, uma vez que a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos (relação causal) e a morte do anencéfalo é decorrente de má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorrido os nove meses da gestação; e a hipótese de aborto anencéfalo somente não foi prevista no Código Penal de 1940 porque na época não havia tecnologia que possibilitasse o diagnóstico preciso.

No mesmo ano de 2004, o Ministro Marco Aurélio proferiu a liminar permitindo mulheres, bem como seus médicos a adiantarem o parto após laudo técnico de anencefalia, isentando-os de buscarem por autorização judicial, assim como terminando a paralisação de processos que discutem a mesma matéria.

Ao decidir em sede de liminar, o Ministro, aduziu que “diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos postos a disposição da humanidade não para simples isenção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente para fazê-los cessar”. Adiciona ainda que “no caso de anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados de merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencéfalos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos”.

No mesmo raciocínio, o Ministro Carlos Ayres Brito na ADIN 3510, proclamando na liminar que em caso de gestação com feto anencéfalo, é importante que a mãe possa opinar se ela pretende ou não dar continuidade a esse processo sem que isso signifique um assassinato, ligado sempre ao direito constitucional do planejamento familiar.

Relata ainda no início do seu voto:

Neste momento, ainda penso que está em jogo, acima de tudo, subjacente a tudo isso, a questão feminina. Nós somos uma sociedade culturalmente machista e fica fácil para todos nos falarmos até de solidariedade, que é um sentimento tão bonito, mas solidariedade para outros, para as mulheres que arrostam dificuldades de gravidez do tipo anencefálico ou anencéfalo. “Se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta”.

Neste mesmo sentido dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Brito também segue o Ministro Joaquim Barbosa ao afirmar seu posicionamento no HC 84.025, o primeiro a levar essa discussão na Suprema Corte, mas foi interrompido para o nascimento do feto anencefálico que logo após veio a óbito. Em seu discurso, preconizou pela dignidade da mulher e sua autonomia, afirmando categoricamente que não há dúvidas quanto a lesão ao direito fundamental a partir do momento que se percebe que mulheres vêm sendo constrangidas por atos do Poder Público quando se trata da interrupção.

Enfim, ambos os ministros, instituem uma relação lógica entre a morte cerebral como ponto final da vida e a anencefalia como impossibilidade do início da vida.

8 ANALOGIAS

Cumpra ressaltar primeiramente, as possibilidades abortivas previstas no atual Código Penal, em seu art.128 e incisos, que independem das condições físicas do feto:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Em seu inciso I, o legislador preferiu a vida extra-uterina da mãe predominando sobre intra-uterina do feto, salvando-a, então significa dizer que se pode estender aos casos de anencefalia, já que há prejuízo a saúde mental da gestante. Fundamenta assim Geraldo Pinheiro Franco, citado na obra de Anelise Tessaro (2006), e esta ainda acrescenta que o que se busca é uma norma penal mais abrangente e atual.

[...] se permitiu, há mais de cinquenta anos, com reconhecida e necessária coragem, o aborto sentimental, independentemente de riscos da mãe e das condições do feto, com mais razão se pode defender o legislador penal teria admitido como possível, igualmente, o aborto do feto sem possibilidade de vida autônoma. Essa seria a interrupção “mais condizente com o intuito da lei, não atenta contra o direito a vida e se reveste, creio, de ponderáveis contornos humanitários. (TESSARO, 2006, pg. 61).

Segundo Tessaro, se entendido a interrupção da gravidez como um aborto, pode-se falar dele como parte da categoria ABORTO NECESSÁRIO, ao ser tratar da saúde mental da mulher, bem como física, já que muitas procuram formas clandestinas de aborto, como nos lembra o deputado já citado Pinotti:

As estimativas são de que sejam realizados no Brasil cerca de 1,5 milhão de abortos clandestinos no país. Quem tem dinheiro faz isso com a segurança e as mulheres pobres ficam num verdadeiro dilema: ou elas levam a gravidez até o fim sem querer e, em vez de preparar o berço preparam um enterro, ou se submetem a um aborto ilegal que as criminaliza e as expõe a um risco imenso. (PROJETO DE LEI 4360 DE 2004).

Na mesma linha de raciocínio, afirma o médico Marcos Valentim Frigério, especialista em ginecologia e obstetrícia.

[...] pois se esta beneficiando a uma das partes (a gestante) sem danos à outra (o feto sem perspectiva de sobrevivência), que não teria mais vida a ser tutelada. Na visão jurídica, ao antecipar o sofrimento da mãe, permitindo-a realizar o aborto, não se estaria tirando a vida do feto; estar-se-ia apenas antecipando um fato já consumado. (FRIGÉRIO, 2003, pg. 53).

Parte-se agora para outra analogia, a que implica na Lei dos Transplantes dos Órgãos n.º 9.434/97 em seu art.3º, caput, retratando a necessidade da ausência de atividade cerebral, associando-se a resolução CFM nº 1.752 de setembro de 2004, a qual relata sobre a autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante concessão prévia dos pais. Então, se há a possibilidade de falar em transplantar um órgão de um corpo à outro, porque não interromper a gravidez de feto anencefálico?

Ora, se o transplante ocorre justamente porque houve morte cerebral, não havendo viabilidade de vida assim como ocorre em fetos com essa má-formação, fica-se claro a incoerência do nosso ordenamento em impossibilitar a retirada desses fetos.

Observa-se:

Art. 3º: A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplantes ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica constatada e registrada por dois médicos não participantes da equipe de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. (LEI DOS TRANSPLANTES 9.434/97).

No raciocínio onde feto com anencefalia não tem vida e que, portanto, não há o que se falar em crime, El Tasse afirma:

Quando morre o encéfalo, cessam todas as atividades do cérebro e do sistema nervoso central, atingindo a estrutura encefálica. Assim o ser humano deixaria de existir, chegando a conclusão de que o aborto de feto com anencefalia não é crime, não havendo fundamento que torne válida a necessidade de consulta ao judiciário e que raciocínio diverso estaria submetendo o cidadão à intervenção do Estado em hipótese que a lei não autorizou a limitação da liberdade individual. (EL TASSE, 2004, p. 108).

9 CONCLUSÃO

Não restam dúvidas que o tema explanado é de grandes controvérsias e inúmeras posições, acerca da positividade ou não da cessação da gravidez em fetos anencéfalos, tendo

as mais diferentes conceituações do começo da vida ao seu fim, levando em consideração opiniões de médicos, de juristas, de religiosos e a mais importante, das mães.

É partindo então desse bem maior, que correlato a necessidade da interrupção da gestação, visto que a única vida que temos a falar nesta situação é a extra-uterina, a da mãe. Abrindo-se um parêntese, quero deixar claro que a intenção aqui não é a banalização da vida e muito menos a permissibilidade para sua interrupção quando assim desejarem, mas sim, tratar com respeito e dignidade quem realmente tem vida.

Diante dos estudos realizados e comentados acima, percebe-se que não há viabilidade para a gestante carregar em seu útero durante nove meses um bebê que se gerado, não viverá. Porque então devemos torturá-la? Porque não amenizamos sua dor e permitimos que sua dignidade e seu direito de liberdade possam falar?

É perceptível hoje, que a depender dos avanços tecnológicos, como demonstrados nos tópicos acima, que as respostas podem ser supridas, diante de diagnósticos precisos, bem como de demonstrar todos os transtornos a saúde que podem ser originados dessa obrigação carregada pelas gestantes, portanto, devemos aplicar todo este avanço e extrairmos as melhores soluções, só restando à conclusão na parte do judiciário.

Se ainda há dúvidas em aonde devemos estabelecer a base para extrair repostas, podemos encontrá-la seja pelos princípios constitucionais, da dignidade e da liberdade, ou pela atipicidade do fato, se não há aborto não há crime, e a teoria da imputação objetiva ou usar da analogia, mas o que não pode ocorrer é o descaso com as gestantes que procuram a solução na justiça e acabam por verem seus direitos sendo oprimidos.

Por fim, o estudo em questão deseja que os exercentes do exercício desta profissão jurídica, que além de ofício, é arte, com mais acertos do que erros, ajudem os seus próximos a terem uma qualidade de vida melhor, ainda que seja difícil, pois, além de uma vida boa, é de desejo de todos viverem dignamente, com o valor que o ser humano possui, haja vista sua liberdade e apelo.

REFERÊNCIAS

AÇÃO Direta de Inconstitucionalidade – **ADIN**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 10 de nov. 2011.

AÇÃO Direta de Inconstitucionalidade – **ADIN**. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/adin_3510.htm>. Acesso em: 10 de nov. de 2011.

ARGUIÇÃO de Descumprimento de Preceito Fundamental – **ADPF**. Disponível em: <http://www.unisinos.br/_diversos/mostra/inscreve/resumos/141.doc>. Acesso em: 10 de nov. de 2011.

ARGUIÇÃO de Descumprimento de Preceito Fundamental - **ADPF**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Argui%C3%A7%C3%A3o_de_descumprimento_de_preceito_fundamental>. Acesso em: 10 de nov. de 2011.

BECKER, Marco Antônio. **Anencefalia e a possibilidade de interrupção da gravidez**. Disponível em: <<http://www.amrigs.org.br/revista/51-03/espcremers.pdf>>. Acesso em: 5 de nov. de 2011.

BRASIL. Código Penal. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 4360, de 2004 – Autor: Dr. Pinotti. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl4360.htm>. Acesso em: 10 de nov. de 2011.

_____. Lei dos Transplantes n.º 9.434, de 1997. Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de Transplante e Tratamento. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/lei9434.htm>>. Acesso em: 11 de nov. de 2011.

CAMPOS, Roberta Toledo. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/200802.pdf>>. Acesso em: 8 de nov. de 2011.

CANEDO, Ricardo Senna. **Aborto Legal? Ou Será Inconstitucional?**. Revista da Faculdade de Direito da UCP, 2000. v. 2.

D'ÁVILA, Roberto Luiz. Última Instância. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/7953/apoiadores.php>>. Acesso em: 5 de nov. de 2011.

DINIZ, Débora. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal** / Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia (cremeb). Debora Diniz e Fabiana Paranhos – Brasília: Letras Livres 2004.

_____. **Aborto por Anomalia Fetal**. 1º reimp. Brasileira: Letras Livres, 2003.

_____. **Anencefalia**. O pensamento brasileiro em sua pluralidade. Debora Diniz e Fabiana Paranhos, Brasília: Letras Livres.

ECKERT, José Pedro. KLIPPEL, Raul Leandro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-29/juizes-autorizam-aborto-feto-anencefalo-antes-stf-decidir-questao>>. Acesso em: 8 de nov. de 2011.

EL TASSE, Adel. **Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade**. Porto Alegre, Revista Jurídica, v. 52, n.322, ago. 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio**. 4. ed. Editora Positivo, 2009.

FRIGÉRIO, Marcos Valentim. **Aspectos Biótipos, Médicos e Jurídicos do Aborto por Anomalia Fetal Grave no Brasil**. Relatório Final a Fundação MC Arthur, 2003.

GARRAFA, Volnei. MONTENEGRO, Sandra. OLIVEIRA, Aline Albuquerque de. Supremo Tribunal Federal do Brasil e o aborto do anencéfalo. In: **Bioética**, Conselho Federal de Medicina, 2005. vol.3, nº1.

HABEAS Corpus, nº. 84.025-6/130 – RJ. **Interrupção da vida em feto com anomalia cerebral**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/mpf84025.htm>>. Acesso em: 6 de nov. de 2011.

LARA, André Martins; WILHELMS, Fernando Rigobello. Existe aborto de anencéfalos?. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.617, 17 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>>. Acesso em: 12 de nov. de 2011.

NETO, Jorge Andalaft. **Folha de São Paulo**, 2008. Disponível em: <<http://www.sbgm.org.br/midia/FOLHA%20DE%20S.PAULO%20-%2029-08-2008.pdf>>. Acesso em: 8 de nov. de 2011.

OLIVEIRA, Carlos Macedo de. **Boletim Jurídico**002, 2010.

PERTTERSEN, Heverton Neves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95146&caixaBusca=N>>. Acesso em: 5 de nov. de 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, parte geral. arts. 1º a 120/ Luiz Regis Prado – 8º Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.752. Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1752.htm>. Acesso em: 6 de nov. 2011.

SEGRE, Marco. Parecer sobre caso de gestação com diagnóstico de anencefalia – **Consulta nº. 8.905/98**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1998/8905_1998.htm>. Acesso em: 5 de nov. 2011.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea. 1º ed. (ano 2002)/ Curitiba: Juruá, 2006.

UEDA, Rosângela Teruko. **Gestação de fetos anencéfalos e seus aspectos jurídicos**. 2001. 67f. Monografia (bacharelado em Direito) – faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2001.