

## ABORTO NO BRASIL

A temática da gestação de fetos anencefálicos é abordada de uma forma multifatorial e interdisciplinar, abrangendo a esfera dogmática do direito civil e do direito penal, amparada nos ditames do constitucionalismo moderno que valoriza a dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Inicialmente, entendemos que é de bem vislumbrarmos a gestação sob um tríplice aspecto, como lecionam Alfredo Salim Helito e Paulo Kauffman: o social, o psíquico e o biológico, sendo que em qualquer dos campos seu desenvolvimento pode ser eivado de transtornos".

Assim sendo, "quando da chegada de um filho, desponta também a presença de uma mãe, de um pai, de avós, dos irmãos. A gestação envolve intrinsecamente o psiquismo da mulher, mas em casos especiais poderá determinar alterações de natureza emocional que demandam suporte terapêutico, o que na prática pode desencadear crises, às vezes pouco resolvidas".

Aduz ainda Mauro Sancovski que "considera-se gravidez de alto risco aquela em que ocorrem condições desfavoráveis à evolução normal e fisiológica da gestação, seja por alterações maternas, placentárias, fetais, podendo resultar em pior prognóstico para a mãe e/ou para o feto. Assim, para se ter uma gestação saudável é importante manter o equilíbrio físico, emocional e ambiental. A classificação do alto risco pode ser realizada antes da gravidez ou durante a primeira consulta de pré-natal".

Quanto às alterações emocionais da mulher na gestação, estas devem-se a vários fatores, entre os quais se destacam os fatores hormonais, aliado aos medos, à ansiedade, preocupações e desejos que envolvem o período gestacional, e assim, acaba-se mobilizando profundamente o psiquismo profundo e consequentemente o estado emocional da mulher.

A obstetrícia moderna já oferece muitos recursos tecnológicos que permitem avaliar, quase com 100% de precisão, as condições anatômicas e funcionais do feto".

Nesse sentido, tem lugar a questão a interrupção da gestação do feto anancéfalo.

A polêmica da interrupção da gestação de fetos anencéfalos encontrará solução aceitável após a unificação dos critérios e conceitos médicos e jurídicos para a definição do momento morte. Atualmente a falta deste consenso gera controvérsia nas interpretações jurídicas. Conforme a Lei 9434/97 nos casos de transplante de órgãos o critério utilizado é a morte cerebral, enquanto nos casos de crimes contra a vida o critério utilizado em sua magnitude é a morte clínica.

A anencefalia é uma malformação do sistema neurológico de grande invergadura, na maioria dos casos é mesmo incompatível com a vida. Estatísticas médicas apontam para o fato de que apenas 25% dos anencéfalos apresentam sinais vitais na 1<sup>a</sup> semana após o parto. A incidência é de cerca de 2 a cada 1.000 nascidos vivos. O seu diagnóstico pode ser estabelecido mediante ultra-sonografia por volta da 15<sup>a</sup> semana de gestação e pelo exame da alfa-fetoproteína no soro materno e no líquido amniótico, que está

aumentada em 100% dos casos em torno da 11<sup>a</sup> a 16<sup>a</sup> semana de gestação.

A gravidez do feto anencéfalo, embora possa correr normal, também pode importar em inúmeros problemas para a gestante, como a eclâmpsia, a embolia pulmonar, o aumento do volume do líquido amniótico e até mesmo a morte.

Pode ocorrer também, além da antecipação do termo do parto, um prolongamento da gestação para além das 40 semanas que atinge a gestação normal; desconforto respiratório; problemas hipertensivos e principalmente, pode gerar à gestante e à família um grande stress psicológico. Que acarretaria a mãe a necessidade de apoio psicoterapêutico no pós-parto.

Além desses problemas supra elencados, tem-se que cerca de 15- a 33% dos anencéfalos apresentam outras malformações congênitas graves, incluindo defeitos cardíacos como hipoplasia de ventrículo esquerdo, coarcação da aorta, persistência do canal arterial, atresia pulmonar e ventrículo único, ou seja, apresentam outras complicações. De acordo com os preceitos médicos, existem dois processos que evidenciam o momento morte: a morte cerebral e a morte clínica. A morte cerebral é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de processo irreversível e de causa conhecida, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionante. A morte clínica (ou biológica) é a parada irreversível das funções cardio-respiratórias, com parada cardíaca e consequente morte cerebral, por falta de irrigação sanguínea, levando a posterior necrose celular. Segundo o Conselho Federal de

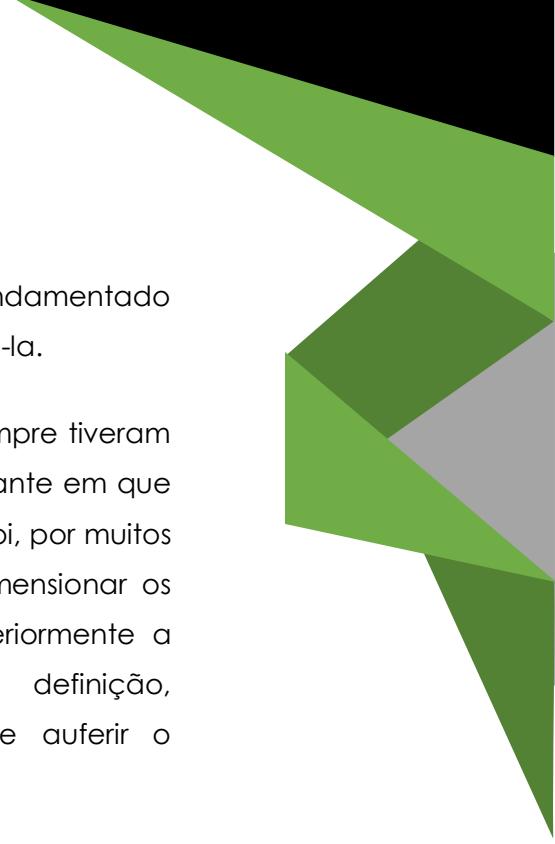
Medicina (CFM), os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: ausência de atividade elétrica cerebral, ou ausência de atividade metabólica cerebral, ou ausência de perfusão sanguínea cerebral. (Conselho Federal de Medicina. Resolução Nº 1.480, de 08 de Agosto de 1997).

Segundo o CFM, em sua Resolução Nº 1.752/04, os anencéfalos são natimortos cerebrais, e por não possuirem o córtex, mas apenas o tronco encefálico, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica, uma vez que a anencefalia resulta num processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro

A Resolução n. 1949/10 revoga a anterior considerando que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica e também considerando os precários resultados obtidos com os órgãos transplantados de anencéfalos em pacientes – pois seus órgãos são via de regra mal formados. Torna-se, pois, a antiga Resolução insípiente.

A questão inicial é relativa à definição do conceito de vida humana, principalmente no que concerne ao estabelecimento do momento em que se inicia e o momento em que se acaba.

Fundamental é, pois, a compreensão dos limites da vida protegidos pelo direito. Num diálogo interdisciplinar a medicina conceitua a vida, estabelecendo seus parâmetros, mas cabe ao direito regular essa conceituação. O conceito



de vida não decorre da lei, mas é por ela fundamentado quando se tem em vista a necessidade de tutelá-la.

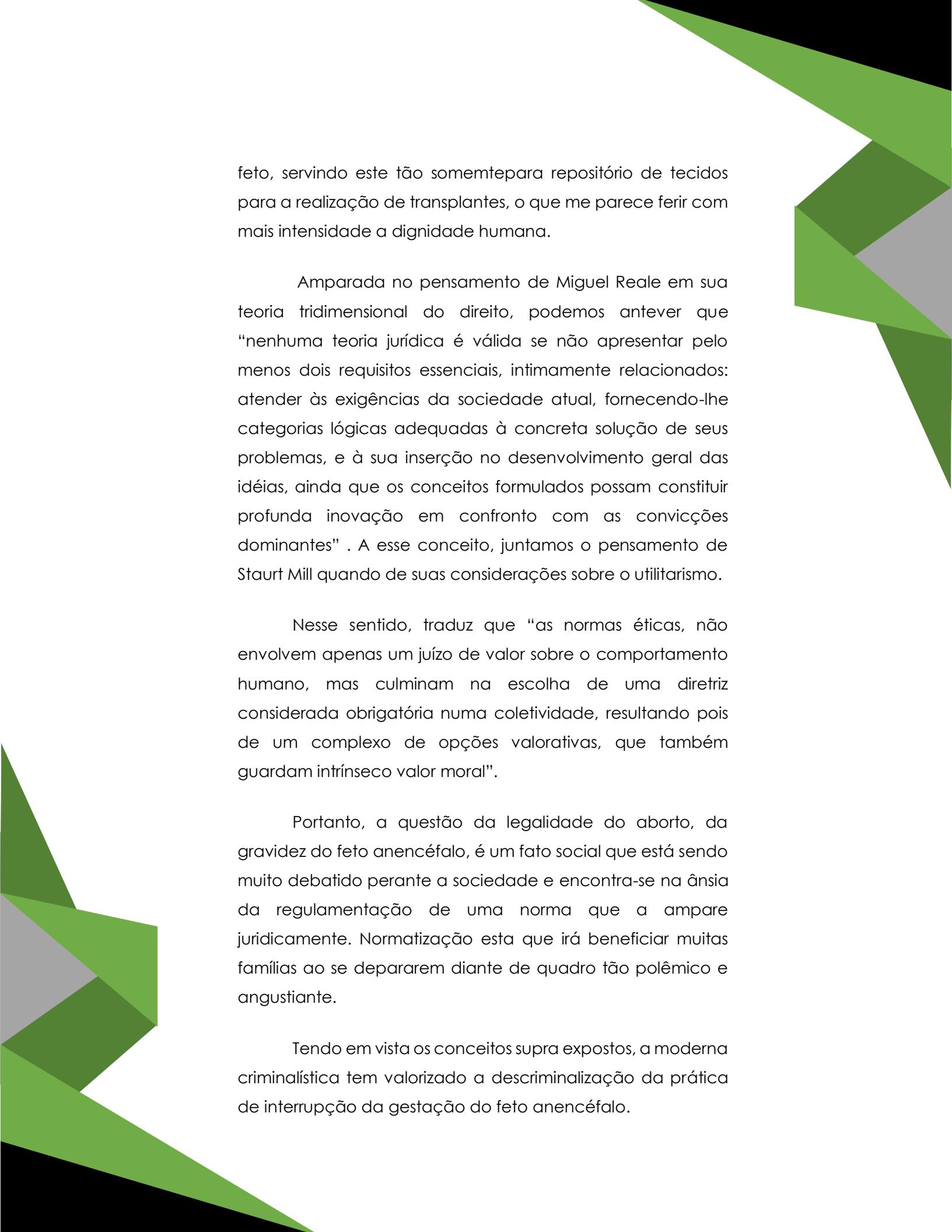
Por outro lado, as discussões médicas sempre tiveram por objetivo chegar a um consenso sobre o instante em que a vida termina. A incapacidade de respiração foi, por muitos anos, o único parâmetro responsável para dimensionar os indícios vitais, cevando à morte clínica, posteriormente a atividade cerebral tomou o lugar dessa definição, funcionando pois como paradigma para se auferir o momento da morte.

A questão abrangendo a anencefalia, transcende essas duas posições a finca-se no momento em que a vida passa a ter existência moral. O que é a vida e a morte sob o ponto de vista moral e de inserção do ser humano no seu núcleo social?

Parece-nos nesse sentido, bastante relevante a incompatibilidade entre a vida e a anencefalia.

Assim um importante debate bioético se perfaz, pois para quem, partindo destes critérios diagnósticos, entende que o feto já estava morto, não há que se falar em aborto, pois o aborto é a morte do feto causada pela interrupção da gravidez. Se o feto já estava morto não é lesado o interesse protegido pela lei penal. Resta, portanto, atípica a conduta da interrupção da gravidez do anencéfalo.

Contrario senso, haveria a indicação da interrupção terapêutica da gravidez, em face dos difíceis entraves psicológicos que esta acarreta à gestante e sua família. Decorre daí que entendemos pela interrupção da gravidez do anencéfalo, pela impossibilidade de sobrevida ulterior do



feto, servindo este tão somente para depósito de tecidos para a realização de transplantes, o que me parece ferir com mais intensidade a dignidade humana.

Amparada no pensamento de Miguel Reale em sua teoria tridimensional do direito, podemos antever que “nenhuma teoria jurídica é válida se não apresentar pelo menos dois requisitos essenciais, intimamente relacionados: atender às exigências da sociedade atual, fornecendo-lhe categorias lógicas adequadas à concreta solução de seus problemas, e à sua inserção no desenvolvimento geral das idéias, ainda que os conceitos formulados possam constituir profunda inovação em confronto com as convicções dominantes” . A esse conceito, juntamos o pensamento de Staurt Mill quando de suas considerações sobre o utilitarismo.

Nesse sentido, traduz que “as normas éticas, não envolvem apenas um juízo de valor sobre o comportamento humano, mas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa coletividade, resultando pois de um complexo de opções valorativas, que também guardam intrínseco valor moral”.

Portanto, a questão da legalidade do aborto, da gravidez do feto anencéfalo, é um fato social que está sendo muito debatido perante a sociedade e encontra-se na ânsia da regulamentação de uma norma que a ampare juridicamente. Normatização esta que irá beneficiar muitas famílias ao se depararem diante de quadro tão polêmico e angustiante.

Tendo em vista os conceitos supra expostos, a moderna criminalística tem valorizado a desriminalização da prática de interrupção da gestação do feto anencéfalo.

Na lição de Alexandre de Moraes: "entendemos em relação ao aborto que, além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade do feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extra-uterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas. Dessa forma, a penalização nesses casos seria de flagrante inconstitucionalidade".

Também no que se refere à proteção constitucional do direito à vida, André Ramos Tavares observa a dimensão dúplice do conteúdo desse direito: "O conteúdo do direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo lugar, no direito a um adequado nível de vida. A falta de um "adequado nível de vida" já seria, ao menos para alguns, suficiente para se justificar a prática abortiva no caso de anencefalia".

Manifesta-se Julio Fabrini Mirabete a respeito do aborto do feto anencefalo, modalidade de aborto eugenético "Não prevê a lei a exclusão da ilicitude do aborto eugenético que é o executado ante a prova ou até a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves ou fatais embora haja movimentos, a nosso ver totalmente justificados, em favor da legalização dessa prática. Já há precedentes jurisprudenciais no sentido de que, provada a anomalia grave, o aborto deve ser autorizado, mas os alvarás concedidos ainda não

encontram apoio nem no direito material nem no direito processual".

À luz de seu entendimento podemos concluir que não obstante à existência de alvarás aptos a autorizar a prática abortiva, eles não encontram sustentação legal, ou seja, tal consentimento não está amparado juridicamente, e assim, permanece como conduta alheia ao universo do direito.

Para Guilherme de Souza Nucci, o aborto do feto anencéfalo, re'resenta uma excludente de culpabilidade, pois resta patente para a mãe a impossibilidade de conduta diversa da pratica abortiva.Uma vez que prolongar a gestação de um feto inviável lhe imputaria, e a seu cônjuge e/ou companheiro intenso sofrimento psíquico e mental.

Sob a ótica do biodireito penal, seria justo exigir-se da mãe conduta diferente da adoção do aborto diante da ciência de que seu filho é um anencéfalo? E no caso dessa mãe ter abortado, é justo condená-la por isso? O que deve se entender por exigibilidade de conduta diversa? Qual é seu fundamento? Seria a possibilidade do agente de, no momento da ação ou omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se sua particular condição de pessoa humana? se não dispusesse da possibilidade de conduta diversa trata-se-ia, de uma exclusão supralegal da culpabilidade?

É válido ressaltar que no diploma penal brasileiro estão previstas duas situações de tal exclusão: a coação irresistível e a obediência hierárquica". Ambas previstas na regra do art. 22 "Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem".

Necessário se mostra atentar para o fato de que, ao se possibilitar a interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia, não foi criada norma impositiva para qualquer gestante nessa condição, mas sim, foi permitido pelo Estado uma opção não incriminadora para aquelas gestantes que optassem pela interrupção da gestação, posição esta tomada a partir de uma perspectiva laica, garantia essencial para o exercício pleno dos direitos humanos. Atualmente tem-se buscado diversas interpretações da lei penal para se possibilitar a antecipação terapêutica do parto do anencéfalo. Fala-se em adicionar ao Art. 128 uma nova regra de exclusão da ilicitude, mas, por não haver tipicidade não haverá comportamento ilícito. 1

---

<sup>1</sup> APELAÇÃO CÍVEL. ALVARÁ JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO. FETO ANENCEFÁLICO. EXAMES MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. VIABILIDADE DO PLEITO. Não se pode lançar mão dos avanços médicos, mormente, em casos de anencefalia cabalmente comprovada, cujo grau de certeza é absoluto acerca da impossibilidade de continuidade de vida extra-uterina do feto anencefálico por tempo razoável. Para haver a mais límpida e verdadeira promoção da justiça, é de fundamental importância realizar a adaptação do ordenamento jurídico às técnicas medicinais advindas com a evolução do tempo. Vale dizer, o direito não é algo estático, inerte, mas sim uma ciência evolutiva, a qual deve se adequar à realidade. Seja pela inexigibilidade de conduta diversa, causa supra legal de exclusão da culpabilidade, seja pela própria interpretação da lei penal, a interrupção terapêutica do parto revela-se possível à luz do vetusto Código Penal de 1940. Considerando a previsão expressa neste diploma legal para a preservação de outros bens jurídicos em detrimento do direito à vida, não se pode compreender por qual razão se deve inviabilizar a interrupção do parto no caso do feto anencefálico, se, da mesma maneira, há risco para a vida da gestante, com patente violação da sua integridade física e psíquica, e, ainda, inexiste possibilidade de vida extra-uterina. Dentro os consectários naturais do princípio da dignidade da pessoa humana deflui o respeito à integridade física e psíquica das pessoas. Evidente que configura clara afronta a tal princípio submeter a gestante a sofrimento grave e desnecessário de levar em seu ventre um filho, que não poderá sobreviver. Não bastasse a gravíssima repercussão de ordem psicológica, a

Interpreta-se também a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos como crime impossível ou crime putativo.

---

gestação de feto anencefálico, conforme atestam estudos científicos, gera também danos à integridade física, colocando em risco a própria vida da gestante. Ademais, com o advento da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, adotou-se o critério de morte encefálica como definidor da morte. Nessa linha, no caso de anencefalia, dada a ausência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, é impossível se cogitar em vida, na medida em que o seu contraponto, a morte, está configurado. Deram provimento ao recurso. Ap Civ n. 1.0079.07.343179-7/001 (1), Rel Des Claudia Maia. TJMG, j.31.05.07; APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - INTERRUPÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO - PATOLOGIA LETAL COMPROVADA - DESCARACTERIZAÇÃO DA PRÁTICA DE ABORTO - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - CONHECIMENTO E ADESÃO DO PAI. - Dispensa-se a presença do pai no polo ativo se ele e gestante, ouvidos pelo médico e científicos da ocorrência da anencefalia no feto, solicitam, expressamente, a expedição de laudo para encaminhamento judicial de interrupção da gravidez. - ""Existe, hoje, capacidade técnica para diagnosticar a anencefalia com 100% de segurança, já no primeiro trimestre de gestação, mais precisamente a partir da 8ª semana. Essa segurança técnica foi alcançada nos anos de 1995-1996, com o advento da ultrasonografia em três dimensões (3D) e com a padronização de normas sobre o assunto. Basta termos a imagem do feto, um corte transverso no pólo cefálico, e teremos a imagem ultrasonográfica bem clássica da formação correta do desenvolvimento do sistema nervoso central"". (Médico Everton Neves Pettersen, da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal). - A interrupção de gestação de feto desprovido de vida cerebral não poderá ser considerada aborto, pois não há vida autônoma. Não se está diante de um pleito de paralisação de uma vida indesejada ou que tenha uma deformidade qualquer, ainda que grave e incurável; não se quer evitar a existência de uma vida vegetativa, mas sim paralisar uma gravidez sem vida presente ou futura. - O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deverá prevalecer sobre a garantia de uma vida meramente orgânica, sendo indubitável que o prosseguimento da gravidez é capaz de gerar imensuráveis danos à integridade física e mental da gestante e demais familiares. Deram provimento ao recurso.TJMG. Ap Civ n. 0351315-65.2010.8.13.0079, Rel Des José Antonio Braga, j. 24.08.10

Recentemente o STF derrubou liminar concedida pelo Min. Marco Aurélio de Mello ao pedido de ADPF para a antecipação terapêutica da gravidez de anencéfalos, baseado nos princípios constitucionais da liberdade e preservação da autonomia da vontade, da legalidade, do direito a saúde e da dignidade da pessoa humana.

Observemos então, que a anencefalia desafia a discussão sobre o evento morte, como um fato físico inexorável, cuja definição jurídica está na lei que regulamentou a doação e transplante de órgãos. Portanto, em sendo a morte a cessação das atividades cerebrais, um feto anencéfalo não é dotado de vida, nos estritos termos do parecer editado pelo Conselho Federal de Medicina que afirmou trata-se de “natimorto cerebral”. Enquanto não se tem legislada a questão, há de ressaltar os benefícios que são trazidos com a concessão dos alvarás para as gestantes de fetos anencefálicos que, por vontade livre e deliberada, optaram pela interrupção da gravidez após o diagnóstico da malformação fetal destacada. Uma das primeiras benesses é o fato de que se retira a questão do âmbito do crime, permite-se atendimento ético e médico competente, garante-se internação hospitalar adequada com a utilização do SUS ou seguro privado.

O enfrentamento de tão grave lacuna legal presente em nosso ordenamento jurídico “faz com que este momento seja histórico no judiciário brasileiro. Em boa hora, presta-se a cumprir o princípio fundamental do art. 1º da Carta Magna, respeitando “a dignidade da pessoa humana”, na medida em que assegura à gestante a liberdade de prosseguir ou interromper a gravidez na hipótese de anencefalia, bem utilizando a eqüidade para responder a uma necessidade

social emergente. Resta também contemplada, a imperiosa observância ao inciso I, do art. 5º da CF, não submetendo as gestantes, quando se deparam com o diagnóstico da anencefalia, a um tratamento cruel, desumano e degradante equiparado à tortura, como o que lhe é imposto com o dever de obter um alvará judicial autorizativo para interrupção da gestação, submetendo-se a toda a delonga que assombra o judiciário brasileiro. Entende-se, pois, que, assim, está-se de fato realizando “Justiça”, pois estão em pauta questões referentes aos direitos humanos garantidores dos direitos fundamentais das gestantes, previstos pela própria Constituição e, por isso, não podem estar condicionados à edição de lei, eis que gozam de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º § 1º, da Lei Maior”.

Assim, ao impedir-se a interrupção da gravidez de feto anencefálico, há tratamento equiparado ao da tortura, que se configura sempre que há violação, intencional, do direito de uma pessoa, causando dores ou sofrimento agudo, físico ou mental, consubstanciado no impedimento de todos os mecanismos legais para fazer uso de sua vontade.

Podemos concluir que a dignidade humana deve prevalecer sobre uma vida meramente orgânica que se desenvolve. Entendemos nesse sentido, que além da anencefalia, outras formas não viáveis deveriam ser prestigiadas com a alteração da norma penal.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> ALVARÁ JUDICIAL - ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO - FETO COM ANOMALIA CONGÊNITA INCOMPATÍVEL COM A VIDA - DISPLASIA TANATOFÓRICA - EXAMES MÉDICOS COMPROBATÓRIOS - PONDERAÇÃO DE VALORES - CONCESSÃO - VOTO VENCIDO PARCIALMENTE. A constatação segura do desenvolvimento de gravidez de feto com anomalia congênita incompatível com a vida põe em confronto muitos valores consagrados por nossa Constituição Federal, sendo a vida o

bem mais precioso, seguido da liberdade, autonomia da vontade e dignidade humana. Tendo poucas probabilidades de sobrevivência ao nascimento, atestado pelo médico que assiste a requerente, bem assim, corroborado com parecer do perito médico judicial, assiste a requerente o direito de exercer a liberdade e autonomia de vontade, realizando o aborto e abreviando os sérios problemas clínicos e emocionais que a estão acometendo, ao pai e a todos os familiares. Diante da certeza médica de que o feto será natimorto, protegendo-se a liberdade, a autonomia de vontade e a dignidade da gestante, deve a ela ser permitida a interrupção da gravidez. DERAM PROVIMENTO, COM RECOMENDAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DO ALVARÁ INDEPENDENTE DO TRÂNSITO, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR. Ap Civ n.1.0027.08.157422-3/001 (1), TJMG, Rel Des Fernando Caldeira Brant, j. 25.06.08; PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ. FETO QUE APRESENTA SÍNDROME DE PATAU. DOCUMENTOS MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. DIFÍCIL POSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA. NESSE CASO, OLIGOFRENIA ACENTUADA E FREQÜENTES CONVULSÕES. EXCLUSÃO DA ILICITUDE. APLICAÇÃO DO ART. 128, I, DO CP, POR ANALOGIA IN BONAM PARTEM.

Considerando-se que, por ocasião da promulgação do vigente Código Penal, em 1940, não existiam os recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outras anomalias fetais, inclusive com a certeza de morte ou de deficiência física ou mental do nascituro, e que, portanto, a lei não poderia incluir o aborto eugenético entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto, impõe-se uma atualização do pensamento em torno da matéria, uma vez que o Direito não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, indiferente aos avanços tecnológicos e à evolução social. Ademais, a jurisprudência atual tem feito uma interpretação extensiva do art. 128, I, daquele diploma, admitindo a exclusão da ilicitude do aborto, não só quando é feito para salvar a vida da gestante, mas quando é necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica. Diante da moléstia apontada no feto, que provavelmente lhe causará a morte e, em caso de sobrevivência, provocará oligofrenia acentuada e freqüentes convulsões, e da circunstância de que o casal de requerentes já possui um filho com retardo mental e dificuldade motora, pode-se vislumbrar na continuação da gestação sério risco para a saúde mental da primeira apelante, o que inclui a situação na hipótese de aborto terapêutico previsto naquele dispositivo. Apelo provido, por maioria.

(SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Crim N° 70006088090, 1º Câm Crim, TJRS, Rel Des Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 02/04/2003); APELAÇÃO. PEDIDO DE INTERRUPÇÃO DE GESTAÇÃO. FETO ANENCÉFALO E COM MÚLTIPHAS MAL-FORMAÇÕES CONGÊNITAS. INVIABILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA COMPROVADA POR EXAMES MÉDICOS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 128,

Nesse sentido, percebemos que as mais prejudicadas com a medida estatal são as gestantes de baixa renda, usuárias da rede pública hospitalar, pois as mais abastadas gozam da solidariedade de seus médicos particulares e interrompem a gestação anencefálica, ferindo assim o princípio bioético da justiça. Há expressa afronta aos princípios e garantias fundamentais, como o respeito à liberdade e à autonomia da vontade, direitos básicos e irrenunciáveis de toda e qualquer sociedade democrática. Por assim ser, entendemos que, enquanto vigorou a liminar do STF, houve aquilo que é chamado de “justiça social”, eis que beneficiou, de forma igualitária, tanto as usuárias da rede privada quanto pública de saúde.<sup>3</sup>

Entendemos assim, preferencialmente, fazer com que a lei proteja direito à vida, e, mais do que isto, o direito a uma

---

I, DO CÓDIGO PENAL, POR ANALOGIA IN BONAM PARTEM. Comprovadas por variados exames médicos a anencefalia e as múltiplas mal-formações congênitas do feto, de modo a tornar certa a inviabilidade de vida extra-uterina do nascimento, é possível a interrupção da gestação com base no Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e, por analogia in bonam partem, no artigo 128, I, do Código Penal. No caso dos autos, exames médicos demonstram, inequivocamente, estar o feto com seus órgãos vitais (encéfalo, coração, estômago, fígado e alças intestinais) em contato com o líquido amniótico, para fora da caixa torácica. O aborto eugênico, embora não autorizado expressamente pelo Código Penal, pode ser judicialmente permitido nas hipóteses em que comprovada a inviabilidade da vida extra-uterina, independente de risco de morte da gestante, pois também a sua saúde psíquica é tutelada pelo ordenamento jurídico. A imposição de uma gestação comprovadamente inviável constitui tratamento desumano e cruel à gestante. 3. Parecer favorável do Ministério Público, nas duas instâncias. RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70040663163, 3º Câm Crim, TJRS, Rel Des Nereu José Giacomolli, J. em 30/12/2010.

<sup>3</sup> CRISPIN, Mirian Cristina Generoso Ribeiro – A dignidade da pessoa humana da gestante e o problema dos fetos anencefálicos. In.

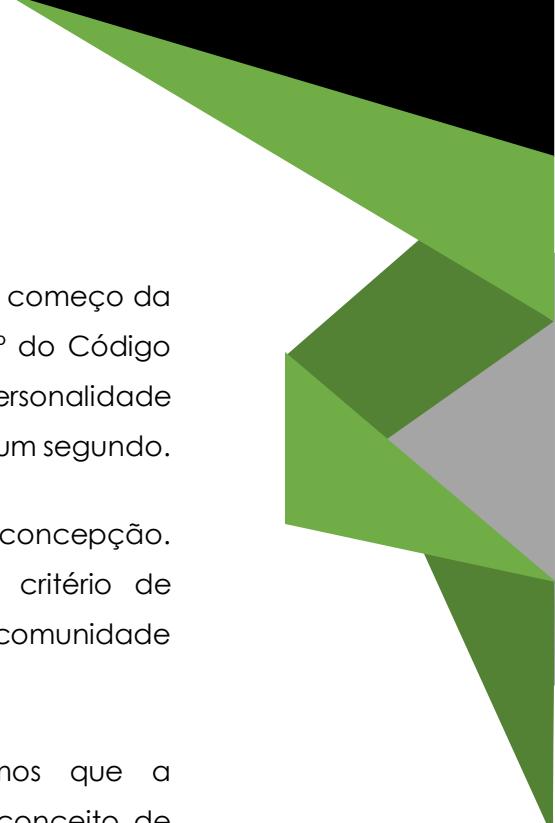
vida digna, com inserção, com esteio nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que faz com que se opte por não fazer a mãe correr riscos para preservar um ser que não tem sua estrutura encefálica altamente comprometida e, por via de consequência não resistirá à vida, sendo caracterizada como natimorto cerebral, mas que todavia, do ponto de vista clínico possui vida quando em seu estágio gestacional, devendo-se assim ser conferidos direitos personalíssimos ao nascituro anencéfalo.

Por outro lado, sob, o olhar civilista, o nascituro anencefalo, é ser vivo, e não obstante sua impossibilidade de sobrevivência, respirará e, portanto, segundo nossa lei civil, terá nascido com vida, mesmo que lhe falte a atividade cerebral, terá vida e portanto, ao respirar, se tornará sujeito de direitos e deveres (Lei dos registros Públicos, 6.015/73 - Art. 53. § 2º: "No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas".

O direito civil utiliza o critério do reconhecimento da vida para se adquirir personalidade. O bem jurídico principal a ser tutelado é a vida, e esta se mede pelos aspectos clínicos – especialmente pela respiração. Para a corrente natalista, adotada pelo Código Civil, o nascituro possuiria uma expectativa de direitos, frente à aquisição da personalidade material, mas todos os demais direitos oriundos de sua condição possuem respaldo legal.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> O grande problema é uniformizar conceitos – de vida e morte, de inicio e fim da vida, de pessoa humana, de coisa. Conceitos que se enfrentam e se complementam,



Para Maria Helena Diniz, no que tange ao começo da personalidade natural, de acordo com o art. 2º do Código Civil, para que um ente seja pessoa e adquira personalidade jurídica, será suficiente que este tenha vivido por um segundo.

Adquire o nascituro direitos desde a sua concepção. Como visto, a anencefalia admite graus, o critério de natimorte fetal não é inteiramente aceito pela comunidade científica.

Com Celso Galli Coimbra, entendemos que a Resolução n.1752/04 do CFM, que alterava o conceito de morte encefálica para “morte cerebral”, contrariava todo o conhecimento científico em matéria de neurologia perante a comunidade internacional, que conta com exemplos de longa sobrevida e mesmo de casos de recomposição de parte do tecido cerebral, tal como demonstrou o Prof. John Lorber, em estudo anteriormente analisado no capítulo precedente.

A referida Resolução n. 1752/04 do CFM, autorizava ainda a remoção de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais, aduzindo que os anencéfalos são natimortos cerebrais, com baixíssima chance de sobrevida no pós-parto. Completa que perante a inviabilidade dos anencéfalos, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica. Foi revogada pela Resolução n.1949/10 do CFM.

Em se diagnosticando a morte cerebral do feto, não existe bem jurídico a ser tutelado. Conforme o Min. Marco

---

eivando o operador do direito de muitos conflitos para sua aplicação.

Aurélio de Mello, a interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico não caracteriza aborto, porque não há expectativa de vida fora do útero. De acordo com o Min. Joaquim Barbosa, do STF, "o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos), não tem proteção jurídica".

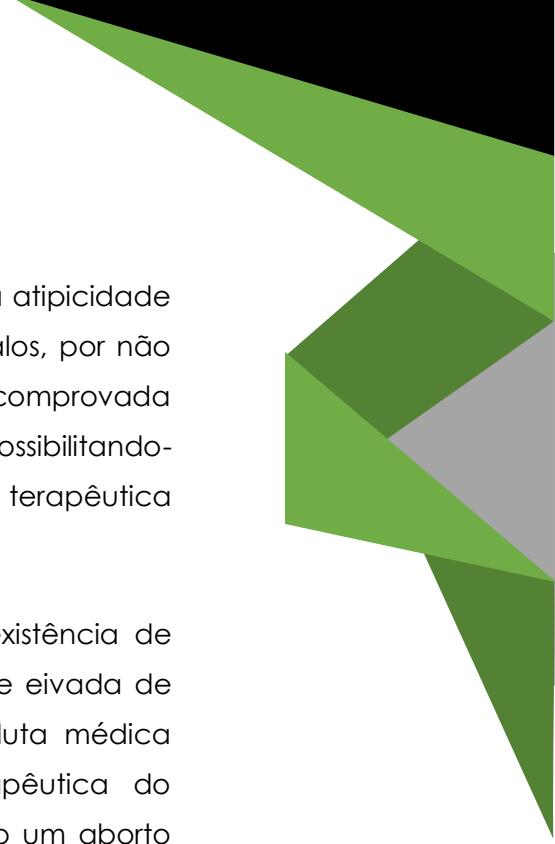
Discordamos da versão que retira a vida e a dignidade do nascituro em virtude de sua anencefalia. Fica-nos claro o conceito utilitarista da Resolução n.1752/04 que via no anencéfalo um grande repositório de órgãos e tecidos humanos, retirando-lhe o direito ao bem mais precioso- que é a vida – retirava-lhe também a proteção civil e a penal, fazendo cair por terra a visão arendtiana do "direito a ter direitos".

Positivamente em seu 6º considerando, expressa "que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados".

Entendemos que essa disposição fere frontalmente os direitos humanos, os direitos da personalidade da gestante, dos pais, do feto; comprimindo-lhe a dignidade inerente ao ser humano, coisificando o homem.

Tal discussão tornou-se sem sentido, uma vez que a prática comprovou o baixo aproveitamento dos órgãos do anencéfalo e a referida Resolução foi por fim revogada.

Desta forma o debate bioético referente ao aborto do anencéfalo pauta-se na seguinte base: Quando se conclui



pela inexistência de vida, e se constate assim a atipicidade da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, por não haver bem jurídico a ser tutelado, e desde que comprovada e registrada por no mínimo 02 laudos médicos; possibilitando-se, assim, à gestante, a opção de antecipação terapêutica do parto do anencéfalo.

Quando ao contrário, conclui-se pela existência de vida fetal – vida clínica ou encefálica- mas que eivada de grande comprometimento encefálico, a conduta médica mais adequada é a da antecipação terapêutica do parto, que por sua vez, entendemos, mais como um aborto piedoso – por visar poupar de sofrimento a mãe e toda a família- do que como aborto eugênico, tendo em vista a idéia preconceituosa de supremacia de raça.

Desta forma, vemos que a discussão bioética relativa à morte encefálica obedece a três critérios básicos:

O primeiro, que se situa no nível filosófico, nos faz pensar se devem ou não as pessoas que se encontrarem com lesão irreversível de todo o encéfalo serem denominadas mortas e, consequentemente, tratadas como cadáveres; o segundo, se situa num plano conceitual , fazendo-nos refletir como deve ser conceituada a morte encefálica. Inicialmente, esta foi conceituada como “ necrose difusa de todo o encéfalo”, posteriormente, vendo-se que determinadas funções diencefálicas, como o controle de temperatura e respiração, continuavam presentes, mudou-se o conceito para perda irreversível de um grupo de funções encefálicas; o terceiro, no que tange ao diagnóstico, investiga como deve ser diagnosticada a morte encefálica, ou seja, quais os

critérios clínicos e laboratoriais que devem ser utilizados para o estabelecimento desse diagnóstico.

No Brasil, e na maioria dos países é condição essencial que o paciente tenha perdido irreversivelmente a capacidade de respirar, pois contrário senso, a manutenção dessa capacidade é excludente do diagnóstico de morte encefálica

Tal como leciona Celso Galli Coimbra “muitos neonatos encefálicos são capazes de manter a respiração, em virtude de seu tronco encefálico funcionante. Alguns possuem mesmo parte do cérebro presente. A maior parte dos anencéfalos nasce em parada cardio-respiratória. Casos menos severos de meroanencefalia podem sobreviver vários anos e a atual avaliação que o STF está fazendo na ADPF 54, não leva em consideração essas fundamentais distinções de ordem médica, presentes na bibliografia neurológica”.

Existem, entretanto, muitas divergências quanto a realização do aborto do feto anencéfalo. Inicialmente definido como eugênico, termo que compreendemos inadequado, sendo melhor utilizado o termo aborto terapêutico.

Assim, através das grandes divergências surgem duas correntes em relação a esse tipo de aborto, a primeira defende a aplicação do aborto, por garantir o direito à vida da gestante conforme o art.5º, caput da Constituição Federal de 1988 e também para garantir a saúde física e psíquica da mulher, não vindo a confrontar com o direito a vida do feto, pois este já foi diagnosticado por laudo médico que não possui capacidade de viver ao nascer, podendo vir a causar uma gestação indesejada e com altos riscos a mulher, essa

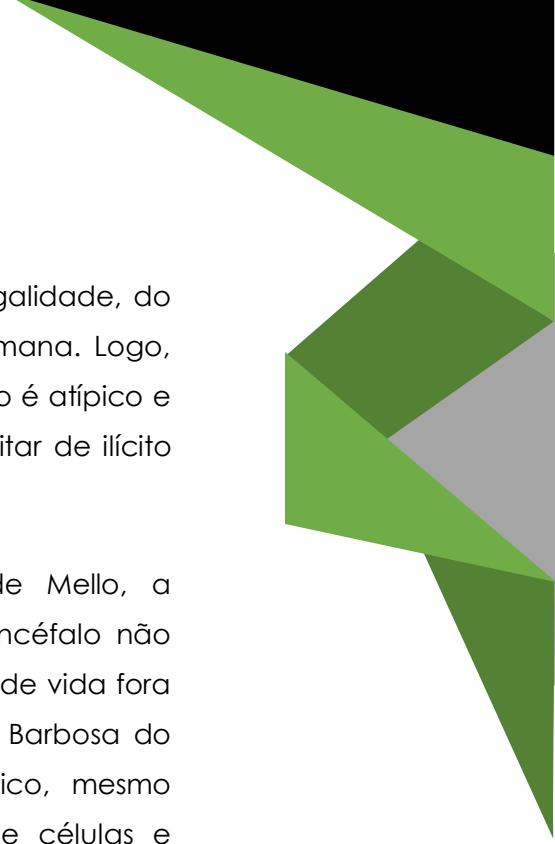
corrente é defendida por alguns juízes em seus julgados, onde através de todas as circunstâncias acabam dando à liminar e garantindo o aborto anencéfalo.

Segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM), para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica, à luz da Resolução n. 1949/10.

Podemos assim perceber a grande magnitude das divergências doutrinárias que esse tipo de interrupção da gravidez provoca.

Defende-se o direito incondicional à vida (do feto) de um lado, conforme garante o art.5º, caput da CF, além dos diversos documentos internacionais, como a Convenção Americana dos Direitos Humanos, em seu art. 4º. E o direito à dignidade da mãe de outro, que pode vir a ter comprometida a sua saúde física e mental. Num aspecto clínico, não entendemos que a interrupção da gestação venha a se confrontar com o direito à vida do feto, porque a este já foi diagnosticada ausência de atividade cerebral, o que lhe importaria à morte iminente, logo após o nascimento.

Em relação a segunda corrente esta defendida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), diz que esse tipo de aborto é vedado, sendo constitucional, vindo a confrontar de forma direta com os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988. Onde recentemente o Supremo Tribunal Federal derrubou liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello ao pedido da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), de nº. 54, para a antecipação terapêutica da gravidez de anencéfalos, baseado nos princípios constitucionais da liberdade e



preservação da autonomia da vontade, da legalidade, do direito a saúde e da dignidade da pessoa humana. Logo, essas condutas não são necessárias, já que o ato é atípico e se a conduta não é típica, não há que se cogitar de ilícito penal.

Conforme o Ministro Marco Aurélio de Mello, a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo não caracteriza aborto, porque não há expectativa de vida fora do útero. De acordo com o Ministro. Joaquim Barbosa do Supremo Tribunal Federal, “o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos), não tem proteção jurídica”.

Segundo o Professor Claus Roxin, a vida vegetativa não é suficiente para fazer de algo um homem e com a morte encefálica termina a proteção à vida. A própria lei de Transplante de órgãos (lei 9.434/97), ao fixar como momento da morte do ser humano a morte encefálica, reforça esse argumento. Dessa forma, o feto desde sua concepção até o momento que se constatou clinicamente a anencefalia, era merecedor de tutela penal, pelo pressuposto da existência de vida. Mas, a partir do momento em que se comprovou a morte encefálica, deixou de ser amparado pelo art.124 do Código Penal. A conclusão tida em relação ao exposto é tida pelo motivo da inexistência de vida deste feto com anencefalia, e tendo ainda que se constatar a atipicidade da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, por não haver bem jurídico a ser tutelado, desde que comprovada e registrada por no mínimo 2 laudos médicos, possibilitando-se, assim, à gestante, a opção de antecipação terapêutica do parto deste anencéfalo.

Discordamos dessa posição pois enquanto nascituro, goza o feto, anencéfalo ou não de proteção legal, garantido pelo art. 2º do Código Civil, pelos artigos 1º e 5º da CF, entre outros. É válido ressaltar que este apresenta vida clínica, pois bate o seu coração, a gestante poderá necessitar de amparo alimentar. Logo, se retira-se o direito a ter direitos do feto anencéfalo, este, por rochete também estará sendo retirado da mãe, que se vê obrigada a gestar um ser que representaria “um nada jurídico”, por ser considerada crime tipificado no Código Penal a interrupção da gravidez.

Também podemos aduzir que são os graus diferentes de anencefalia que levam a uma viabilidade diferente, e mais prolongada dos portadores de anencefalia.

Portanto, a grande divergência doutrinária leva à tipificação ou não do ilícito penal à anencefalia. Podem ser encontradas decisões em ambos os sentidos, tanto em tipificar a conduta como prática abortiva e, portanto, criminosa, quanto as que privilegiando a saúde da mãe permite a interrupção da gravidez.

Nos dias 10 e 11 de abril de 2012, após oito anos, o STF retomou o julgamento da ADPF 54 proposta pela Confederação nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) em 2004, tendo decidido pela maioria de votos 8 a 2, que é possível a interrupção da gestação de feto anencéfalo desde que observados os laudos de 2 médicos diferentes ao terceiro que executará o procedimento, em decorrência do fato de que não existe vida naquele feto então gestado.

Manifestaram-se favoravelmente à antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos os Ministros: Marco Aurélio de Mello; Rosa Weber; Joaquim Barbosa; Luiz Fux;

Carmen Lucia; Ayres Brito; Gilmar Mendes e Celso de Mello. Posicionaram-se desfavoravelmente os Ministros: Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski.

“Uma comissão especial, criada em 13.04.12 pelo plenário do Conselho Federal de Medicina (CFM) terá a missão de estabelecer em, no máximo, 60 dias os critérios para o diagnóstico de anencefalia. Com o estabelecimento desses critérios, acredita a entidade, os médicos terão mais segurança para o diagnóstico destes casos, facilitando a interrupção mais precoce de gestações, em coerência com a decisão das mulheres que se enquadrem nestas circunstâncias”.

“Para o CFM, “a sentença contribui para o aperfeiçoamento das relações éticas na sociedade, estabelecendo uma ponte sólida entre a Medicina e o Poder Judiciário no debate e na deliberação acerca de temas de grande interesse para a assistência em saúde”.