



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

SHAYONARA ELIAS MARQUES

ANENCEFALIA: ASPECTOS DA PROBLEMÁTICA EM TORNO DA
INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO

SOUSA - PB
2008

SHAYONARA ELIAS MARQUES

ANENCEFALIA: ASPECTOS DA PROBLEMÁTICA EM TORNO DA
INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Rocha Pordeus.

SOUSA - PB
2008

Shayonara Elias Marques

ANENCEFALIA: ASPECTOS DA PROBLEMÁTICA EM TORNO DA INTERRUPTÃO
DA GESTAÇÃO

Aprovada em: de de 2008.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Carla Rocha Pordeus – UFCG
Professor Orientador

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Ao meu avô e maior ídolo José Antônio da
Silva e ao meu eterno amigo Rafael
Linhares.

Dedico, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à Deus, por nunca ter me abandonado, e nos momentos em que titubeei pensando em desistir foi dEle que recebi forças, me incentivando a continuar e olhar pra frente acreditando que existe um bom futuro guardado para mim.

Agradeço ao meu pai, Nanan, que sempre se esforçou para me proporcionar boas condições de estudo, acreditando em minha capacidade e potencial, me fazendo ter ainda mais garra para ser uma vitoriosa e motivo de orgulho para ele.

Agradeço a minha mãe, Joanean, por seu amor, sua dedicação, sua preocupação com minha saúde, por me fazer uma pessoa melhor, por acreditar que eu conseguiria e por estar ao meu lado compartilhando essa vitória.

À minha irmã Samara que desde pequena foi um exemplo pra mim e hoje é um exemplo para todos por sua inteligência e determinação.

À minha irmã Shanally por ter sido mais que uma irmã, ter sido o alicerce que me sustentou durante todo esse tempo, minha companheira, amiga, cúmplice, meu amor, meu eu.

Ao meu cunhado Marcus, por ter se demonstrado mais que um amigo, um verdadeiro irmão.

Às minhas amigas Grace, Chayse, Dayane, Marcília, Mônica, Alinne e Tarsila que estando presentes ou não, sempre estiveram ao meu lado, me dando forças e me fazendo perceber o real sentido da amizade.

À minha turma que vivenciou comigo essa jornada e agora apronta-se para outra que está por vir, nunca abandonando os laços criados durante esses cinco anos.

Às pessoas maravilhosas que encontrei durante esses anos de vida acadêmica e que deixaram marcas eternas em mim.

Aos meus professores, na pessoa especial de minha tia Maria Marques Moreira Vieira, por terem sido mais que mestres e terem me dado verdadeiros ensinamentos para a vida.

À minha orientadora, Carla Rocha Pordeus, por ter se disposto a trabalhar junto comigo nesta pesquisa, pelas orientações fornecidas ajudando-me a elaborar este trabalho que apresento e encerra não apenas o período acadêmico, mas uma fase de minha vida.

“A saudade é o revés de um parto
A saudade é arrumar o quarto
Do filho que já morreu”.

Chico Buarque de Hollanda

RESUMO

A lei não constitui apenas produto da razão do legislador, sendo necessário para sua formação elementos histórico-culturais que são frutos das relações sociais. No entanto, o Código Penal Brasileiro data de 1940 e, mesmo tendo passado por uma reforma em 1984, na sua Parte Geral, mantém em sua quase integralidade a redação da época ditatorial do Estado Novo, formada com base em conceitos envelhecidos e equivocados, manifestando-se clara a necessidade de atualização para que o mesmo se adéqüe a nova contextualização dos avanços da ciência e da tecnologia. Nesse ínterim ressalta-se de importância a discussão em torno do aborto de feto anencefálico. Pretende a pesquisa, demonstrar a necessidade de atualizar a norma positivada para permitir a legalização do aborto de feto anencefálico. Para atingir o desiderato proposto utilizou-se de colheita bibliográfica consubstanciada em doutrinas e manuais de direito penal, bem como de revistas especializadas sobre a temática abordada, além de artigos na seara médica. A anencefalia trata-se de uma anomalia diagnosticável, na qual o feto não apresenta abóbada craniana e os hemisférios cerebrais não existem ou, caso existam, apresentam-se como pequenas formações aderidas à base do crânio. Por não possuir encéfalo, o feto é destituído de atividade cerebral e goza de vida vegetativa intra-uterina que o permite, em raras vezes, evoluir, chegar a termo e nascer, muito embora, após ínfimo espaço de tempo, venha, fatalmente, a morrer clinicamente, o que se dá com a parada cardiorrespiratória. O aborto, por seu turno, consiste na destruição da vida antes do início do parto, podendo-se dizer, pois, que ocorre quando por algum motivo a vida intra-uterina é interrompida, contanto que a causa desta interrupção não seja o nascimento do feto. A controvérsia instaura-se a partir do momento que se constata que a lei vigente não permite a possibilidade do aborto nesses casos, o que gera polêmica tanto no campo ético, religioso, social e jurídico, centrando-se a pesquisa na seara jurídica. Arremata-se que a interpretação isolada de uma norma proibitiva não produz resultado satisfatório. Ela deve ser realizada de modo comparativo e histórico-evolutivo, tendo em vista que a sociedade evolui, e essa evolução impõe o aparecimento de novas normas, que podem servir como solução a determinadas situações que não encontram previsão legal. Sendo assim, em consonância com o exame da legislação pertinente à remoção e transplante de órgãos, o feto anencefálico pode ser considerado como um morto cerebral que, se chegar a termo, só estará a espera do nascimento para morrer clinicamente. A gravidez, portanto, pode ser interrompida sem os constrangimentos da ameaça penal. O aborto do feto anencefálico torna-se fato inimputável pela ausência de tipicidade fundada em três causas: falta de objeto jurídico, falta de sujeito passivo próprio e falta de objeto material. Vê-se, portanto, que a partir da inexistência de vida, é constatada a atipicidade da interrupção da gestação de fetos anencefálicos, por não haver bem jurídico a ser tutelado, possibilitando à gestante a opção de antecipação terapêutica do parto do anencéfalo.

Palavras-chave: Feto anencefálico. Aborto. Legislação.

ABSTRACT

Law is not only the result of legislators' interests, so that it needs historical and cultural elements, due to social relations, to be constituted. However, Brazilian Criminal Code was defined in 1940 and despite its 1984 reformulation in the General Part, most of its ancient and mistaken principles from the ditatorial period of the New State were kept. Therefore, it is clear we need new adjustments so that the code could keep up to the development of science and technology. Discussing anencephalic fetus' abortions turns out to be important. Research aims to show that upgrading Certain Law to allow anencephalic fetus' abortions is necessary. A bibliographic review of criminal law doctrines and manuals was realized to fulfill it and also medical literature and specialized journals were consulted. Anencephaly is a cephalic disorder resulting in the absence of a major portion of the brain, skull, and scalp that can often be diagnosed before birth. Without a brain, the fetus will not have higher level cognition and the lack of a functioning cerebrum permanently rules out the possibility of ever gaining consciousness, although pregnancy can get to term but the infant will usually die within a few hours or days after birth from cardiorespiratory arrest. An abortion is the termination of a pregnancy before labor, interrupting intrauterine life and the birth itself is not considered one of its causes. Controversy starts to take place as long as the current law does not allow abortion to this especial cases, which emerges as a controversial subject in ethical, religious, social and legal fields; but focusing in the legal one. It is known that a satisfactory result is not always obtained by interpreting prohibition norms. We should interpret them by comparisons and considering the historical-development of societies. This evolution demands new norms creation, which can also help solving some circumstances that are not already legally previewed. Thus, according to the legislation that rules organ transplants and donation, anencephalic fetus can be considered as cerebral death case that, even if pregnancy gets to term, and the embryo is only supposed to die after its birth. So, pregnancy could be interrupted without leading the woman to criminally respond for it. Anencephalic fetus' abortion may not be considered with criminal liability due to its lack of juridical object, passive subject and material object. Once there is no possibility of life and no legally protected interest to be tutored, pregnant women might have the right of choosing wether they want to therapeutically anticipate the anencephalic fetus' birth.

Keywords: Anencephalic fetus. Abortion. Legislation.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT	7
INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 ANÁLISE GERAL SOBRE ABORTO E ANENCEFALIA	12
1.1 Evolução histórica do aborto	13
1.2 Aspectos conceituais.....	16
1.2.1 Aborto Criminoso	17
1.2.2 Aborto Permitido	21
1.3 Anencefalia: conceito e etiologia.....	25
1.3.1 Impossibilidade de sobrevivência do feto	27
1.3.2 Danos à gestante	31
CAPÍTULO 2 A ANENCEFALIA SOB OS ENFOQUES RELIGIOSO, MÉDICO E ÉTICO	34
2.1 Considerações religiosas.....	34
2.2 Considerações médicas.....	38
2.3 Considerações éticas.....	42
CAPÍTULO 3 A DISCUSSÃO SÓCIO-JURÍDICA ACERCA DO ABORTO DO ANENCÉFALO.....	46
3.1 Conflito entre princípios constitucionais e normas penais	46
3.1.1 Perfil das gestantes de feto anencefálicos.....	52
3.1.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	58
3.1.2.1 Posicionamentos trazidos nas audiências públicas realizadas pelo STF	61
3.2 Pela legalização da interrupção da gravidez de feto anencefálico.....	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS	74
GLOSSÁRIO	79
ANEXO A	81
ANEXO B.....	83
ANEXO C.....	106

INTRODUÇÃO

Hodiernamente uma questão suscita calorosos e intensos debates no seio religioso, jurídico e social, uma vez que tal questão abrange princípios e valores destes três setores, está se falando, pois, da interrupção da gestação em caso de comprovada anencefalia.

Os tempos evoluíram, e com eles a sociedade, bem como a ciência, e atualmente já é possível detectar más-formações que ocorrem ainda intra-útero, sendo diagnosticado, inclusive, se tal má-formação é compatível ou não com a vida.

Duas dessas más-formações são mais freqüentes, a saber: a espinha bifida e a anencefalia. Durante o trabalho será dada mais importância a esta última, haja vista ser ela a problemática central, uma vez tratar-se de má-formação incompatível com a vida e que faz com que mulheres, em crescente número, vivam trágicas situações em virtude do seu diagnóstico.

Embora não exista causa expressa no ordenamento jurídico proibindo que a mulher venha a interromper uma gestação onde o feto não possua potencialidade de vida, a adoção de tal conduta constitui crime, trazido pelo Código Penal em seus artigos 124 a 126, de forma que, caso opte por interromper a gravidez, a mulher se vê limitada pelas injunções de um sistema penal que não acompanha a evolução da ciência e sociedade, e ainda mantém a letra original de sua publicação, datada de 1940.

Desta feita, sendo compelida a levar adiante uma gravidez, da qual tem certeza de que o produto não sobreviverá, tem violados seus direitos à liberdade e autonomia da vontade.

Além do que, tal espera configura-se em um período de extrema angústia, dor e sofrimento, pois carrega em si um ser que não poderá viver, e a espera pelo filho torna-se a espera pela morte, de tal modo que fazer com que a mulher passe por esta situação configura, deflagradamente, violação ao Princípio da Dignidade Humana, garantido pela Constituição Federal.

Não obstante, a gestação de um anencéfalo apresenta sérios riscos para a saúde e integridade física da gestante, além de ser responsável por danos psíquicos irreversíveis, donde se infere que obrigar uma mulher a levar uma gravidez desse tipo adiante, viola o direito à saúde assegurado pela Lei Maior.

Desse modo, a violação a dignidade humana, aos direitos à autonomia da vontade, liberdade e saúde, justificam a presente pesquisa, que tem como principal finalidade proporcionar a estas mulheres a obtenção de segurança jurídica, uma vez que pretende dar

solução jurídico-legal em sentido uno a todos os casos que tratem da interrupção de gravidez de feto anencefálico, sem que se busque o judiciário.

Nesse diapasão, a indagação que se faz é: deve ser concedido a gestante o direito de dispor sobre o próprio corpo, autorizando-se legalmente a interrupção da gravidez em casos de fetos anencefálicos?

Considerando os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, a resposta será sempre afirmativa, uma vez que ao criar a legalização estarão sendo respeitados e assegurados os direitos à liberdade, autonomia da vontade, saúde e vida digna.

O objetivo geral deste trabalho é analisar os aspectos religiosos, médicos e jurídicos a respeito da interrupção da gravidez em caso de anencefalia fetal, tendo por finalidade a legalização de tal prática, mediante constatação médica e válido consentimento da gestante.

Quanto aos objetivos específicos, são estes, respectivamente: identificar os aspectos histórico e legal do crime de aborto, assim como traçar um quadro informativo acerca da anencefalia, trazendo à baila aspectos conceituais, etiologia, os danos causados à gestante e a inviabilidade de vida do feto; demonstrar a abrangência da problemática trazendo posicionamentos da Igreja, da Medicina e da Ética, a respeito do tema; deflagrar a inconstitucionalidade da lei penal tendo por base a ADPF nº 54 e todo o processo que gira em torno dela.

Para a consecução deste fim, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e documental, e o método científico exegético-jurídico, fazendo uso também, não obstante, do método histórico-evolutivo como auxiliar.

Sendo assim, no decorrer do trabalho serão abordadas noções gerais acerca do aborto e, principalmente, antevendo uma possibilidade de descriminalização da conduta, através da inserção de uma nova justificativa legal em se tratando de casos de anencefalia fetal.

Nesse contexto, o primeiro capítulo versará a respeito da prática abortiva, enfatizando seu aspecto histórico e legal, enfocando desde a genérica tipificação do ato como crime, prevista nos artigos 124 a 126 do Código Penal Brasileiro, até suas normas permissivas elencadas no artigo 128 e seus incisos, que excluem a ilicitude da conduta.

Tratará ainda o primeiro capítulo acerca da anencefalia e seus aspectos conceituais, bem como sua etiologia, os riscos físicos ocasionados em virtude da gestação, como também os danos psíquicos irreversíveis. A inviabilidade de vida do feto anencefálico também será abordada no referido capítulo.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará do embate entre religião, ciência e ética, trazendo os posicionamentos da Igreja, de médicos e juristas a respeito da problemática da interrupção da gravidez de feto anencefálico.

O terceiro capítulo trará a discussão constitucional a respeito do assunto, uma vez que são violados direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal, ao se obrigar que a mulher leve uma gestação de anencéfalo adiante. Nesta oportunidade será trazida e comentada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, perante o Supremo Tribunal Federal, com o intuito de que seja determinada a legalização da antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico.

Nesse diapasão, serão trazidos os depoimentos aventados em audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal, em razão da ADPF.

Abordando, por último, a necessidade da legalização desse tipo de interrupção de gestação, mediante a concessão do direito ao exercício do livre arbítrio da mulher, como forma de garantir e assegurar sua dignidade.

Desta feita, observar-se-á a importância do tema, onde a gestante figura em papel principal, mas onde a sociedade e a coletividade, secundariamente, são atingidas por estarem submetidas à insegurança jurídica advinda da omissão do Poder Legislativo.

CAPÍTULO 1 ANÁLISE GERAL SOBRE ABORTO E ANENCEFALIA

Na hodiernidade muito se tem falado sobre aborto de fetos anencefálicos, portanto para se ter uma melhor idéia do que, de fato, trata tais debates tão em voga na sociedade, é necessário que se faça um apanhado sobre os conceitos de aborto e anencefalia.

Ademais, dentro do estudo de aborto necessário se faz conhecer a partir de quando é reconhecida a vida de um ser. O Código Civil em seu artigo 2º menciona que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Nesse diapasão, entende-se que a vida intra-uterina é bem jurídico tutelado, no entanto, questionamentos os mais diversos se fazem a esse respeito, indagando-se se existe um novo ser humano no zigoto ou se a vida humana inicia-se com a atividade cerebral. Longe está de se chegar a um consenso científico, filosófico e religioso nesse sentido, o que se sabe é que de acordo com a lei, os direitos do nascituro são protegidos e, portanto, ceifar a vida intra-uterina constitui crime, o chamado aborto.

Entende-se por aborto, segundo Ney Moura Teles (2004), o ato pelo qual se interrompe, de forma natural, acidental ou provocada, uma gravidez, tendo como resultado a conseqüente morte do feto, pelo que se pode inferir, desde logo, a existência de três tipos do mesmo: o aborto natural ou involuntário, o acidental e o provocado ou voluntário que, por sua vez, desdobra-se em criminoso e legal.

Dentro deste contexto de aborto dos anencéfalos, diversos questionamentos estão sendo aventados a respeito do exato conceito de anencefalia, suas formas de diagnóstico e a precisão do mesmo, suas causas, a possibilidade de sobrevivência do feto, os danos físicos e psíquicos causados à gestante, dentre outros.

Tais questões encontram respaldo na ciência para serem dirimidas. Ciência tal que vem, ao longo do tempo e cada vez mais, ganhando avanços tecnológicos para diagnóstico e tratamento de determinadas enfermidades.

De acordo com dados obtidos *on line* em sites especializados, a anencefalia é um defeito congênito que começa a se desenvolver logo no início da vida intra-uterina, em decorrência de uma falha no fechamento do tubo neural. Crianças com esse distúrbio nascem sem couro cabeludo, calota craniana, meninges, cérebro com seus hemisférios e cerebelo, embora normalmente tenham preservado o tronco cerebral. A criança é cega, surda e não tem ou tem poucos reflexos. Cerca de 65% dos fetos anencefálicos morrem intra-útero e 25% ao

nascer. Aqueles que sobrevivem têm uma expectativa de vida de poucas horas, poucos dias e muito raramente poucos meses.

Muito embora tenham sido descobertos tratamento e cura para um sem número de doenças, a anencefalia, infelizmente, ainda faz parte do quadro de doenças irreversíveis, conforme será possível denotar-se pelas explicações a seguir elaboradas.

1.1 Evolução histórica do aborto

As sociedades antigas, em quase toda sua totalidade, praticavam o aborto. Entretanto, em uma delas, o abortamento foi praticamente desconhecido, a saber: a sociedade judaica do Velho Testamento. E é, justamente por isso, que o problema não é mencionado nas Sagradas Escrituras, a menos que indiretamente, em raras passagens que mencionam a pena a que o agressor de uma mulher grávida estaria sujeito se esta viesse a abortar.

O fato de o Velho Testamento não fazer menção à prática abortiva se deve não apenas ao respeito pela vida que é notório em todo o Texto Sagrado, mas também ao fato de que as atitudes para com as crianças naquela época, eram bastante diversas das atitudes para com as mesmas hoje em dia.

O silêncio, pois, do Velho Testamento sobre o assunto, tanto ao não mencionar nenhum fato ligado ao tema do aborto provocado, como ao não proibi-lo ou indicar em seus textos legais, demonstra a desnecessidade de uma legislação sobre o aborto naquela sociedade.

Por outro lado, nas narrações históricas também se verificam as civilizações pagãs com uma cultura que tolerava não apenas o aborto, como também o infanticídio. De acordo com a lei romana, isto se devia à autoridade absoluta que era dada aos pais sobre seus filhos, que eram tidos como se fossem objetos de propriedade daqueles.

Alguns pagãos se opuseram ao aborto, principalmente quando era proveniente de conveniência ou vaidade feminina e, muito embora o juramento hipocrático apresentasse rejeição absoluta ao aborto, este, tal qual o infanticídio, passaram a ser largamente disseminados.

O filósofo grego Aristóteles via o aborto como uma forma de proporcionar o equilíbrio populacional, haja vista que através de tal método poder-se-ia pôr limite aos nascimentos e, conseqüentemente, haveria uma diminuição da concentração de pessoas nas

idades. Platão, por sua vez, entendia que o aborto consistia em obrigação para mulheres com idade superior a quarenta anos, assim como tinham por finalidade a preservação da pureza da raça dos guerreiros, como forma de garantir o aperfeiçoamento da espécie humana.

Em algumas civilizações como a dos gauleses, por exemplo, o aborto era tido como um direito do pai, que possuía a faculdade para decidir sobre vida e morte dos seus filhos.

Na Antiga Roma, por sua vez, o aborto, de início, passou pela aceitação do Estado e da sociedade, vez que, no início da República pôde-se observar um exorbitante crescimento da taxa de natalidade. Importante ainda observar que nesta época, o aborto não sofreu legalização, passando tão somente a ser tolerado pela classe dominante, uma vez que o crescimento populacional ia de encontro aos seus interesses.

No entanto, com a ascensão do Império, tal taxa de natalidade sofreu considerável declínio, gerando, pois, maior severidade e intolerância no tocante à questão do aborto, que passou a ser considerado crime contra a segurança do Estado.

Com o surgimento do Cristianismo, o abortamento passou a não ser tolerado não só pela sociedade e pelo Estado, como também pela Igreja. No entanto, conforme comprova a história evolutiva de tal instituição, seu posicionamento acerca das práticas abortivas não foi sempre tão rígido, e o tratamento dado às mulheres que aderiam a tais práticas, já se mostrou menos severo.

São Tomás de Aquino com sua tese da animação tardia do feto, em muito contribuiu para que a Igreja adotasse um posicionamento mais brando em relação às mulheres adeptas ao abortamento. Tal tese pregava que o feto somente estaria animado depois de ultrapassados quarenta dias da concepção, sendo assim, dentro desse lapso temporal, a mulher não deveria ser punida caso realizasse o aborto de uma gravidez indesejada.

Entretanto, no ano de 1869, a Igreja Católica pôs fim à supracitada teoria, pregando que a alma já faz parte do feto desde o momento de sua concepção, e que este já estaria animado desde então, considerando, pois, o aborto provocado um crime, pelo qual a mulher que o praticou devesse ser devidamente punida, além de sofrer penitência divina pela prática de pecado mortal.

Com o advento da Revolução Industrial e o êxodo rural proveniente de tal fato, as cidades se depararam com um exorbitante crescimento populacional ao passo em que não possuíam estrutura física e social para comportar tal feita e, em decorrência desta superlotação, problemas como miséria, fome, desemprego, condições subumanas de sobrevivência, violência, começaram a surgir. Nesse contexto, surge também o aumento da

prostituição que, conseqüentemente, gerou um número crescente de adultérios, aumentando também o número de abortos, muitos dos quais oriundos de tais relações extraconjugais.

Nesta época, a sociedade dividiu-se em duas classes: burguesia e proletariado, compostas pela classe alta e baixa, respectivamente. Dito isto, para mencionar que o elevado e crescente número de abortos ocorridos, em nada agradou à burguesia, uma vez que a queda na taxa de natalidade acarretaria em um declínio da mão-de-obra barata que, por seu turno, eram as que mais interessavam às indústrias. De tal feita que a burguesia, ora detentora do poder político, aderiu ao posicionamento da Igreja e passou, tal qual esta, a condenar rigidamente as práticas abortivas.

Com o surgimento da antiga União Soviética, no início do século XX, ganhou cenário o primeiro país a legalizar o abortamento, decisão esta, resultante de diversas transformações políticas e sociais ocorridas à época.

Apesar da vigência da Teoria Malthusiana do controle populacional, a legalização do aborto no supramencionado país nada teve a ver com estabelecer o controle da natalidade, tendo se tomado por base única e exclusivamente a questão da emancipação das mulheres, principal objeto da tese de Lenine que defendia o direito destas a terem acesso às informações a respeito de métodos anticoncepcionais e abortivos, como forma de desmistificar a figura da mulher tão somente como reprodutora, lhes dando a oportunidade de fazerem suas escolhas e disporem sobre seus corpos.

Após a Segunda Guerra Mundial, o cenário econômico, político e social de um mundo inteiro, sofreu graves alterações e, em virtude da incrível queda que a taxa populacional sofreu, a proibição à prática abortiva tornou-se ainda mais intensa, vez que se acreditava que os nascimentos serviriam para equilibrar a população, dado o grande número de mortes em tempo de guerra.

A corrente pela liberalização do aborto somente ganhou força a partir de 1960, quando, em virtude da ação de grupos feministas, mulheres dos mais diversos países adotaram uma política de pressão frente ao governo, com a finalidade de que lhes fosse concedido o livre arbítrio, para que decisões como levar uma gravidez adiante ou não, pudessem ser tomadas, mostrando a emancipação do papel da mulher na sociedade como peça fundamental de sua estrutura.

Em assim sendo, a tendência à descriminalização da prática abortiva foi se fortalecendo e, hodiernamente, muitos países coadunam com este entendimento, não sendo, ainda, o caso do Brasil.

1.2 Aspectos conceituais

Pode-se dizer que o aborto constitui uma das infrações penais que mais gera controvérsias na atualidade, tal fato se deve à confusão ou omissão do legislador na tentativa de definir o referido ato, fazendo uso tão-somente da expressão *provocar aborto*, deixando a incumbência de uma melhor definição da prática a cargo da doutrina e jurisprudência.

O aclamado Promotor de Justiça e doutrinador, Fernando Capez (2003, p. 107), considera aborto como sendo a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Afirma ainda que para configurar o crime, é necessário que haja a eliminação da vida intra-uterina.

De uma maneira mais abrangente, Júlio Fabrinni Mirabete (2001) conceitua aborto como “a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente a sua expulsão.”

Damásio E. de Jesus (2003) esclarece ainda que “o termo ‘abortamento’ seria o mais adequado a ser utilizado para designar a interrupção da gravidez, por se referir ao ato de abortar em si, sendo aborto o fruto da concepção expelido em decorrência da interrupção”. No entanto, a expressão aborto é a mais utilizada quando se trata de fazer referência à interrupção de gravidez com a conseqüente morte e expulsão do feto.

Contudo, há ainda diferença no que se refere ao vocábulo aborto, quando utilizado por médicos e profissionais do direito, respectivamente. Em Medicina, o aborto consiste na interrupção da gravidez no período em que o feto ainda não é viável, podendo esta se dar de forma natural como determinada, não importando se a expulsão do feto resulta ou não de manobras abortivas.

Já no sentido jurídico, o aborto é a destruição ou aniquilamento do produto da concepção, em qualquer dos momentos anteriores ao término da gravidez, sem se levar em conta os requisitos de viabilidade, idade e formação regular.

Portanto, conforme se denota, o período de maturação da célula não possui relevante valor jurídico quando da definição de aborto, bastando apenas, para que este ocorra, que a gravidez seja interrompida de forma prematura advindo a morte do infante.

Ocorre o aborto natural ou espontâneo quando, por razões de ordem fisiológica, a mulher não consegue levar a gravidez adiante, ficando a cargo do seu próprio organismo a expulsão do feto. E, para efeitos jurídicos, esse tipo de aborto não é relevante.

Por outro lado, tem-se o aborto provocado que, de fato, gera interesse na seara penal.

O Código Penal de 1940, sancionado pelo Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940, que está em uso até os dias atuais, prevê o crime de aborto em sua parte especial, sob o Título I, dos Crimes contra a Pessoa, no Capítulo I, dos Crimes contra a Vida, em seus artigos 124 a 128.

1.2.1 Aborto Criminoso

A conduta abortiva pode assumir forma dolosa ou culposa, esta última é também conhecida como acidental e não há previsão legal para tal, haja vista que se a gestante, através de seu comportamento desintencionado, der causa à expulsão do feto, tal fato será considerado um indiferente penal.

As formas dolosas do delito estão previstas nos artigos 124 a 126 do Código Penal e, conforme se verifica em análise a tais dispositivos, denota-se que o artigo 124 trata do auto-aborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante; o artigo 125, por sua vez, cuida do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante; e, por fim, o artigo 126 detém-se ao aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante.

O bem jurídico tutelado é, indubitavelmente, a vida intra-uterina, no entanto, necessário se faz conhecer a partir de quando e até que ponto a vida intra-uterina recebe proteção do ordenamento jurídico nacional. Entretanto, antes de adentrar-se neste mérito da questão, importante ressaltar que o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, onde as políticas e decisões devem ser laicas, portanto destituídas de qualquer caráter religioso ou de crença, de tal feita que, não terá relevância o momento em que ocorre a incorporação da alma para se definir o início da vida.

A doutrina é divergente quanto ao momento em que se inicia a proteção jurídico-penal do nascituro. Corrente majoritária entende que há vida humana a partir do momento da concepção e, portanto, é tutelável pelo direito penal. Noutro sentido, há ainda uma corrente que entende que o objeto jurídico do crime de aborto reside na gravidez que se segue ao período de nidificação, que se caracteriza pela fixação do ovo no útero materno.

Outrossim, por ocasião do Relatório elaborado pela Primeira Subcomissão para a feitura do Esboço de Projeto da Parte Especial do Código Penal, restou consignado que “a vida é ‘um acontecer gradual e segmentado, um processo biológico dinâmico que representa a soma de períodos relativos’ e que somente ‘a partir do despertar cerebral, surge na sua inteireza a pessoa humana, como titular do direito individual à vida e merecedora, portanto, de tutela constitucional penal’.” (FRANCO, 2006, p. 50).

Por seu turno, o Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, enuncia que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

No entanto, em comentário ao citado artigo, Sílvio de Salvo Venosa (2002, p. 160) menciona “o fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito”.

De fato, há que se reconhecer que a vida intra-uterina é um bem jurídico tutelado desde que seja viável e haja comprovado de que aquele ser ali existente tem potencialidade de vida, do contrário, ou por constituir-se um natimorto ou por apresentar doença incompatível com a vida, ter-se-á crime impossível em razão da impropriedade do objeto.

Não é possível definir quem figura como sujeito ativo e passivo em tal delito fazendo-se uma análise generalizada do mesmo, sendo necessário, portanto, que se faça um estudo individualizado, ainda que superficial, dos tipos trazidos nos artigos 124 a 126 do Código Penal, a fim de determinar quem figura nos pólos ativo e passivo de tal conduta delitiva.

O artigo 124 prevê o aborto provocado pela gestante (auto-aborto) ou com o seu consentimento. Analisando tal dispositivo é possível perceber que se trata, pois, de crime de mão própria, vez que somente a gestante pode figurar como sujeito ativo, figurando o produto da concepção como sujeito passivo.

Já o artigo 125 faz previsão do delito do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, donde se entende que qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo dessa modalidade, haja vista o tipo penal não trazer nenhuma especificação. E, ainda em análise ao mencionado dispositivo, é possível perceber que em tal caso existe dupla subjetividade passiva, ou seja, tem-se de forma primária como sujeito passivo do delito o óvulo, embrião ou feto, e, de forma secundária, a gestante.

O tipo penal descrito no artigo 126, por sua vez, trata do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. Por tratar-se de crime comum, qualquer pessoa

pode figurar como sujeito ativo do delito. No entanto, quanto à subjetividade passiva, pode concorrer o feto isoladamente ou, o feto e a gestante, dependendo da gravidade das lesões provocadas na mulher, em decorrência da manobra abortiva, ou seja, por haver a gestante consentido que nela fosse praticado o aborto, as lesões que ela porventura venha a sofrer em decorrência de tal prática, não serão suficientes para conduzi-la ao status passivo da ação.

Todavia, se em decorrência da prática abortiva sobrevierem lesões de natureza grave ou mesmo a morte da gestante, esta figurará de forma secundária como sujeito passivo, haja vista seu consentimento não ser válido para a ocorrência de tais resultados.

O bem jurídico tutelado nos três casos supramencionados é, de forma precípua, a vida humana em desenvolvimento. No entanto, conforme ensina Luiz Régis Prado (2002, p. 94):

No aborto provocado por terceiro (com ou sem o consentimento da gestante) tutelam-se também ao lado da vida humana dependente (do embrião ou do feto), a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher grávida. Todavia, apenas é possível vislumbrar a liberdade ou a integridade pessoal como bens jurídicos secundariamente protegidos em se tratando de aborto não consentido (art. 125, CP) ou qualificado pelo resultado (art. 127, CP).

O objeto material do delito de aborto é o produto da concepção em qualquer fase de maturação, seja óvulo, embrião ou feto.

Conforme já mencionado em oportunidade anterior, os tipos penais, trazidos nos artigos 124 a 126 do Código Penal, são formas dolosas do delito de aborto, sendo a forma culposa tratada como indiferente penal. Em assim sendo, fácil perceber-se que o delito de aborto somente pode ser praticado a título de dolo, podendo ser ele direto ou eventual.

Quando o agente adota conduta dirigida especificamente a interromper a gravidez, causando a morte do produto da concepção, tem-se o dolo direto. Ocorre o dolo eventual, entretanto, quando o agente não age diretamente com a intenção de produzir tal resultado, porém, assume o risco de produzi-lo.

O delito de aborto, crime material que é, consuma-se com a efetiva morte do produto da concepção. Conforme bem explica Edgard Magalhães Noronha (1991, p. 52),

Consuma-se o crime com a morte do feto, resultante da interrupção da gravidez. Pode ocorrer dentro do útero materno, como ser subsequente à expulsão prematura. Carece de razão Logoz quando escreve que 'o delito está consumado pela expulsão do *foetus*'. Não é esse o momento consumativo. Pode haver expulsão sem existir aborto, quando, no parto acelerado, o feto continua a viver, embora com vida precária ou deficiente; pode ser expulso já tendo, entretanto, sido morto no ventre materno; pode ser morto aí, e não se dar a expulsão, e pode ser morto juntamente com a mãe, sem ser expulso. Em todas essas hipóteses, é a morte do feto que caracteriza o momento consumativo.

A tentativa em casos de crime de aborto é perfeitamente admissível, haja vista a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*. Portanto, aquele que tiver dado início aos atos de execução e, por circunstâncias alheias à sua vontade, não conseguir consumir a infração penal, deverá ser responsabilizado pelo aborto tentado.

O artigo 127 do Código Penal traz o que denomina qualificadoras. No entanto, analisando tal dispositivo percebe-se que não se trata de qualificadoras, mas sim, causas especiais de aumento de pena, ou majorantes.

O referido artigo menciona que as penas cominadas nos artigos 125 e 126 serão aumentadas de um terço se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave; e serão duplicadas se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevier à morte.

Os resultados trazidos pelo comentado dispositivo legal somente podem ter sido produzidos de forma culposa, constituindo, portanto, um crime preterdoloso, ou seja, a intenção do agente era tão-somente provocar o aborto, sendo a lesão corporal grave ou morte da gestante, resultados em desconformidade com a sua vontade.

Se, no entanto, com seu comportamento inicial, o agente pretendia produzir na gestante lesão corporal de natureza grave ou mesmo a sua morte, responderá pelos dois delitos em concurso formal impróprio, haja vista a identificação de desígnios autônomos em sua conduta. Aplica-se, pois, a regra do cúmulo material de penas.

Existem as mais diversas formas para se provocar um aborto, as quais Júlio Fabrinni Mirabete (2001, p. 95) aponta em sintética ilustração:

Os processos utilizados podem ser químicos, orgânicos, físicos ou psíquicos. São substâncias que provocam a intoxicação do organismo da gestante e o consequente aborto: o fósforo, o chumbo, o mercúrio, o arsênico (químicos), e a quinina, a estricnina, o ópio, a beladona (orgânicos). Os meios físicos são os mecânicos (traumatismo do ovo com punção, dilatação do colo do útero, curetagem do útero, microcesária), térmicos (bolsas de água quente, escalda-pés) ou elétricos (choque

elétrico por máquina estática). Os meios psíquicos ou morais são os que agem sobre o psiquismo da mulher (sugestão, susto, terror, choque moral).

Dentre os procedimentos citados acima, os mais utilizados são químicos e os físicos, os quais são utilizados substâncias ou manobras com a finalidade de ceifar a vida do feto, respectivamente.

1.2.2 Aborto Permitido

Dando continuidade à leitura dos dispositivos penais que tratam do aborto, tem-se o artigo 128 do Código Penal que faz previsão de duas modalidades de aborto que, em virtude de autorização da lei, podem ser realizadas, quais sejam: o aborto terapêutico ou profilático e o aborto sentimental, humanitário ou ético, conforme se denota da própria redação do referido artigo:

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

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

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

No entanto, várias discussões giram acerca de tal dispositivo, a primeira delas a ser aventada é a respeito da natureza jurídica dessas duas modalidades de autorização legal para a realização do aborto.

Com relação ao inciso I que trata do aborto necessário, também conhecido por terapêutico, não há dúvida, pelo entendimento de doutrina majoritária, que consiste numa justificativa correspondente ao estado de necessidade.

Assim ensina José Frederico Marques (1999, p. 213): “Ao aborto terapêutico, dá o Código Penal, na epígrafe do art. 128, nº I, o *nomen juris* de aborto necessário, talvez para ressaltar a *ratio essendi* da impunidade, que outra não é que estado de necessidade”.

Não há, pois, como se ter entendimento diverso. Observe-se que no caso ilustrado no inciso I do artigo 128, é claro o confronto entre dois bens jurídicos, quais sejam: a vida do feto e a da gestante. E, ao permitir que fosse realizado o aborto nessa situação, optou o legislador por proteger a vida da gestante. A conotação de estado de necessidade advém do fato de que quando existe o confronto de bens protegidos pela lei penal, caracteriza-se a situação de estado de necessidade, preenchidos todos os requisitos trazidos no artigo 24 do Código Penal.

A celeuma gira em torno da natureza jurídica do chamado aborto sentimental ou humanitário, autorizado quando a gravidez é proveniente de estupro.

Não existe entendimento doutrinário a respeito da natureza jurídica de tal modalidade de aborto. A doutrina majoritária entende que, na hipótese de gravidez resultante de estupro, o aborto realizado pela gestante não será considerado fato antijurídico.

Grandes penalistas ilustram convincente explicação para a prática do aborto em tais casos. Como bem assegura o grande mestre Hungria (apud GRECO, 2005, p. 278):

Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. Seria profundamente iníqua a terrível exigência de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra.

No entanto, mesmo tendo feita tão perfeita explanação acerca dos motivos para a prática de aborto em tais casos, nada deixa claro quanto à sua natureza jurídica.

Contudo, para que fosse possível que o aborto sentimental fosse considerado um fato antijurídico, necessário seria que a conduta se enquadrasse em uma das causas legais de exclusão de ilicitude trazidas pelo artigo 23 do Código Penal, a saber: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Analisando cada uma dessas causas, é possível deflagrar o não cabimento da conduta trazida pelo inciso II do artigo 128 do Código Penal, em qualquer das hipóteses.

Para que se possa configurar estado de necessidade, é imprescindível haver a colisão de bens igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico. Com efeito, não há como negar que no inciso II do artigo 128 do Código Penal existem dois bens jurídicos em confronto: por um lado, encontra-se a vida do feto e, de um outro, a honra da mulher, vítima de estupro, ou a dor pela recordação dos momentos de violência.

Equiparando-se tais bens que ora encontram-se em conflito, não há como negar a superioridade inexorável do bem maior protegido pelo ordenamento jurídico que é a vida, portanto não há que se falar em estado de necessidade.

Do mesmo modo, não é possível a aplicação das demais causas excludentes de ilicitude, haja vista que não configura legítima defesa, uma vez que não existe agressão injusta por parte do feto contra a gestante; de igual forma, também não constitui estrito cumprimento do dever legal, pelo simples fato de não existir o dever legal de matar; e, finalmente, não ilustra situação de exercício regular de direito, haja vista o ordenamento jurídico assegurar a preservação da vida, e não sua destruição.

Entendimentos minoritários, como o do brilhante doutrinador Rogério Greco (2005, p. 287), consideram que no caso do inciso II do artigo 128 do Código Penal configura uma exculpante:

Entendemos, com a devida vênia das posições em contrário, que, no inciso II do art. 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.

Feitas as considerações necessárias acerca da natureza jurídica das duas modalidades permissivas dos abortos, trazidas no artigo 128 e seus incisos, faz-se mister explicar a respeito do conceito e procedimento em cada uma das formas.

O aborto necessário ou terapêutico consiste na interrupção da gravidez, realizada por médico, quando a vida da gestante estiver em perigo e não existir outro meio para salva-la, senão ceifando a vida do feto. Embora configure uma espécie de estado de necessidade, é prescindível que o perigo de vida seja atual, bastando tão-somente que o médico ateste o risco para a vida da gestante trazido pela gravidez.

Nesse caso, o médico só poderá intervir após parecer de outros dois médicos, tendo a ata que ser, obrigatoriamente, lavrada em três vias, das quais uma deverá ser enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do nosocômio onde o aborto foi praticado. Diante da constatação de perigo de vida da gestante, a sua concordância ou de seu representante legal, é perfeitamente dispensável, podendo o médico intervir à revelia deles.

Por seu turno, o aborto sentimental, humanitário ou ético, consiste nas manobras abortivas empregadas pelos médicos com o fim de aniquilar a vida do feto, nos casos em que

a gravidez adveio de um crime de estupro. Para realizar tal modalidade de aborto, ao contrário do aborto necessário ou terapêutico, o médico necessita do prévio consentimento da gestante ou do seu representante legal.

A lei não exige que haja autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime de estupro para que seja realizado o aborto sentimental, bastando, para tanto, que exista prova idônea do atentado sexual que pode ser o boletim de ocorrência, testemunhos colhidos perante autoridade policial, atestado médico relativo às lesões defensivas sofridas pela mulher e às lesões próprias da submissão forçada à conjunção carnal.

Vale salientar ainda, a existência de outras espécies de aborto que, apesar de não legalizados, ocorrem corriqueiramente no meio social, seja através da concessão de autorização judicial ou mesmo na clandestinidade. Um deles é o aborto eugenésico, eugênico ou piedoso, que é realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável, como é o caso da anencefalia, que tem gerado calorosos debates no seio jurídico e social brasileiro.

E nesse ponto a lei foi silenciosa provavelmente porque em 1940 os conhecimentos acerca dessa área da medicina eram restritos. Mesmo a vida intra-uterina não constituindo um bem absoluto pelo legislador penal, haja vista ser permitida a interrupção da gravidez, independente das condições de saúde do feto, anomalias fetais incompatíveis com a vida, como é o caso da anencefalia, não se encontram previstas como causas excludentes de ilicitude de tal delito.

Conjugando esse entendimento, Geraldo Francisco Pinheiro Franco (1993, p. 02) afirma que se o perigo de vida para a gestante autorizava o aborto independentemente das condições do feto, não há motivos para não se admitir a interrupção da gestação diante da certeza da impossibilidade de vida extra-uterina do feto. Segundo o autor, rechaçando o argumento de que se pretenderia defender a interrupção da gravidez decorrente exclusivamente da vontade da mãe, o que se procura, ao contrário, é buscar uma interpretação da lei penal “de forma mais abrangente e atual, respeitando sempre o objetivo primeiro do legislador, que permite o aborto necessário no caso em que não haja condições de vida extra-uterina do feto, em razão de anomalias sérias, devidamente diagnosticadas.”

Ademais, ressalva que não se pretende que “quaisquer anomalias ou deformidades dêem ensejo à interrupção da gravidez, liberalidade perigosa”. Em conclusão, afirma que se o legislador ordinário admitiu o aborto necessário, independentemente das condições de saúde do feto, e considerando o espírito de seu posicionamento, resta igualmente autorizada a

interrupção da gravidez no caso de impossibilidade de vida do feto após o nascimento, cujo diagnóstico prévio hoje é possível.

E principalmente, assevera ainda o mesmo autor, “se permitiu, há mais de cinquenta anos, com reconhecida e necessária coragem, o aborto sentimental, independentemente dos riscos de vida à mãe e das condições do feto”, com mais razão se pode defender que o legislador penal teria admitido como possível, igualmente, o aborto do feto sem possibilidade de vida autônoma. Essa seria a interpretação “mais condizente com o intuito da lei, não atenta contra o direito à vida e se reveste, creio, de ponderáveis contornos humanitários.”

1.3 Anencefalia: conceito e etiologia

O sistema nervoso do neonato está sujeito a más-formações geradas em razão de anormalidades ocorridas durante o período embrionário ou fetal. Nesse período, o considerado de maior importância é onde ocorre a formação do sistema nervoso do embrião, que tem início com a formação do tubo neural, e ocorre entre a terceira e quarta semana da gestação.

Essa é uma fase delicada, pois o processo de formação e fechamento do tubo neural é suscetível a diversos erros, podendo gerar más-formações ao sistema nervoso consideradas letais, severas ou menores.

O grau máximo de severidade da formação do tubo neural é aquele em que há a total falha da neurulação primária e que origina a craniorraquisquise total, denominada anencefalia. O feto acometido de tal má-formação quando consegue vir a termo e nascer, sobrevive poucas horas fora do útero materno, uma vez que todo o sistema nervoso central fica exposto e mal formado.

Indubitavelmente, a anencefalia está entre as mais graves más-formações congênicas do sistema nervoso central do embrião.

Conforme situado no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, a definição leiga para anencefalia é “monstruosidade consistente na falta de cérebro”.

Numa linguagem científica, a anencefalia é definida como uma má-formação advinda do não fechamento do neuroporo anterior do tubo neural do embrião, acarretando a ausência ou formação com defeitos dos hemisférios cerebrais.

Vale dizer que, no anencéfalo não existe a total ausência do cérebro, sendo deflagrada, contudo, a inexistência de um cérebro bem constituído. O que ocorre é um desabamento ou ausência da calota craniana e dos tecidos cranianos. O ser apresenta o que se denomina área cerebrovascular, que nada mais é do que uma massa de tecido conectivo vascular e esponjosa, onde podem ser encontrados colágeno, canais de sangue, cistos, glias, plexos coróides irregulares e hemorragias.

Conforme Flamínio Fávero (1980), a área cerebrovascular é coberta por um saco epitelial e, em 46% dos casos não existem hemisférios cerebrais, havendo apenas rudimentos nos outros 54%. O cerebelo é ausente em 85% e o tronco cerebral ausente em 75%.

O anencéfalo possui características bastante singulares, geralmente não apresenta testa, suas orelhas têm implantação baixa e o pescoço é curto. A base do crânio é diminuída por causa da alteração do osso esfenóide e a fossa posterior se apresenta com diâmetro transversal aumentado. A boca é pequena e o nariz longo e aquilino. Apresenta sobras de pele nos ombros, globos oculares protuberantes, pavilhões oculares malformados, fenda palatina e anomalias das vértebras cervicais. (Vide Anexo A).

Responde a estímulos auditivos, vestibulares e dolorosos, apresentando quase todos os reflexos primitivos do recém-nascido, que muitas vezes são confundidos com funções vitais.

O diagnóstico da anencefalia pode ser efetuado no pré-natal, a partir de 12 semanas de gestação, utilizando-se dois métodos: ultra-sonografia e dosagem de alfa-proteína. Tal proteína encontra-se aumentada em gestação de anencéfalo.

Ao lado da ultra-sonografia, a ressonância magnética tem sido outro meio bastante empregado para o diagnóstico de tal má-formação, como de outras afecções associadas a ela, vale dizer: a espinha bífida, a raquisquise, cardiopatias congênitas e alterações do sistema gênito-urinário do feto.

Não há dados certos que possam precisar a etiologia de tal enfermidade. No entanto, muitos estudos vêm sendo realizados nesse sentido e, mesmo ainda estando desconhecida, acredita-se que a causa da anencefalia esteja relacionada a infecções pré-natais, antagonistas de ácido fólico, água mineral, hipertensão materna, dentre outros.

No Brasil, existe expressivo posicionamento de que a hipossuficiência de ácido fólico durante a gestação é o fator de maior relevância para a incidência da anencefalia.

Mesmo existindo o apontamento de que a carência de ácido fólico seja a principal causa da anencefalia, entende-se que a causa de tal enfermidade seja multifatorial, sofrendo a

influência de fatores ambientais, sendo o fator genético menos evidente pelo fato de haver sido comprovada a discordância em gêmeos monozigóticos.

Francisco Salomão, chefe do serviço de neurologia infantil do Instituto Fernandes Figueira, no Rio de Janeiro, orienta o rotineiro consumo de ácido fólico, “é fundamental o trabalho de convencimento de médicos de família, obstetras, ginecologistas e outros especialistas, no sentido de recomendar e prescrever a vitamina às suas pacientes”.

Ainda, tecendo comentários acerca de fatores etiológicos da anencefalia, merece destaque o ensinamento de Jorge Andalaft Neto (2008), médico obstetra, ao afirmar que:

Fatores nutricionais e ambientais podem influenciar indiretamente nesta má-formação. Entre eles estão: exposição da mãe durante os primeiros dias de gestação a produtos químicos e solventes, irradiações, deficiência materna de ácido fólico, alcoolismo e tabagismo. Presume-se que a causa mais frequente seja a hipossuficiência de ácido fólico. O melhor modo de prevenir esta má-formação é que toda mulher em idade fértil utilize diariamente ácido fólico três meses antes da concepção e nos primeiros meses de gestação.

Muitos estudos têm sido realizados a respeito da chamada anencefalia, no entanto, tudo o que pôde ser analisado até o dado momento foram as causas e o diagnóstico de tal enfermidade, estando a possibilidade de cura ou mesmo de condições de sobrevivência para o feto acometido, em um plano intangível.

1.3.1 Impossibilidade de sobrevivência do feto

Conforme já mencionado em oportunidade anterior, o anencéfalo possui características que tornam fácil e evidente a sua identificação.

Nas palavras de Pinotti (2008), médico e deputado federal, em seu Projeto de Lei nº 4834/2005, que visa permitir a interrupção da gravidez em casos de anencefalia:

O reconhecimento do conceito com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contêm globos oculares salientes. (Por isso mesmo, as crianças anencéfalas são, muitas vezes, descritas como parecendo rãs.). O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado”.

Até mesmo na fase intra-uterina é fácil reconhecer o anencéfalo, de tal feita que viabiliza a precisão do diagnóstico, vez que a estrutura craniana do feto portador desta má-formação é inconfundível, ela não possui o formato normal que é oval/circular, apresentando, pois, profunda depressão na parte superior.

Como é de se notar, a anencefalia constitui uma má-formação resultante de falha no início do fechamento do tubo neural, que torna o feto incompatível à vida extra-uterina, vez que, lhe faltam os ossos cranianos, os hemisférios e o córtex cerebral, acarretando o desprovimento das funções superiores do Sistema Nervoso Central, tais como, consciência, cognição, percepção, comunicação, afetividade e emotividade, de tal feita que o ser não apresenta qualquer função vital, possuindo sensações meramente vegetativas, que o fazem sobreviver por muito pouco tempo fora do útero materno.

Durante a gravidez, o feto, através da placenta e do cordão umbilical, nutre-se de elementos que lhe são passados pelo organismo da mãe. Utilizando-se de analogia, poder-se-ia dizer que o feto é um parasita do corpo da mãe.

A incompatibilidade de sobrevivência do feto anencefálico reside, pois, no momento em que ele passa a ter contato com o mundo externo, haja vista que seu organismo não possui os meios necessários para lhe proporcionar a sobrevivência, uma vez destituído do Sistema Nervoso Central que é responsável por todas as funções vitais do ser humano.

É de se ressaltar, no entanto, que as funções respiratória e circulatória são mantidas de maneira, relativamente, eficaz, o que justifica o fato de o feto, quando consegue chegar a termo e nascer, respirar.

Neste dado momento o que cabe afirmar, com base em dados, é a total impossibilidade de vida extra-uterina do anencéfalo, sendo a anencefalia fatal em 100% dos casos.

De acordo com os ensinamentos de Manuel Sabino Pontes (2008), “aproximadamente 75% dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 horas e o resto, dentro da primeira semana”.

De ver-se pois, que o tempo máximo de sobrevivência de um bebê anencéfalo é de somente algumas horas.

De aguçar a curiosidade humana, no entanto, é o caso da anencéfala Marcela de Jesus Ferreira Galante, nascida em uma cidade no interior de São Paulo.

A menina diagnosticada anencéfala, nasceu em novembro de 2006, e foi mantida viva através de meios mecânicos, apresentando estímulos sensitivos à luz e a sons muito altos, era alimentada por uma sonda e possuía dificuldade para respirar, ficando nessa situação durante um ano oito meses e doze dias, quando então veio a óbito por motivo alheio à anencefalia.

Durante todo o tempo em que a menina foi mantida viva, muito se veiculou na mídia, através da imprensa e outros meios de comunicação, a viabilidade de vida de anencéfalos, muito se ouviu falar em milagre, entre tantas outras opiniões. E, atualmente, seu caso tem sido o argumento mais forte daqueles que são contrários à interrupção da gravidez quando o feto é anencefálico.

No entanto, argumento trazido pelo médico Everton Petterson, membro da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, em sede de audiência pública realizada no STF para julgamento da ADPF nº 54, que versa sobre a permissão da antecipação terapêutica do parto em casos de anencéfalos que, “ela tinha parte do cerebelo e resquílios do lóbulo temporal, localizado num dos hemisférios cerebrais”. Explicou ainda, ao apresentar ressonância magnética da menina, que:

A anencefalia se caracteriza pela ausência de hemisférios, ausência de cerebelo e tronco cerebral rudimentar, o que descarta a possibilidade de Marcela ser portadora do problema. A criança teria, na verdade, merencefalia, o que permitiu sua sobrevivência. Posso provar que é uma falsa idéia de anencefalia. Ela tem tronco cerebral e parte do lóbulo cerebral. É um caso mais raro que anencefalia.

Além do mais, para que Marcela pudesse se alimentar era utilizada uma sonda, em virtude de ela não possuir o sistema digestivo em pleno funcionamento. As reações tidas pela menina, eram tão-somente sensitivas, respostas à estímulos sensoriais. Marcela não enxergava, não ouvia e não possuía consciência alguma do que estava acontecendo ao seu redor.

No entanto, Marcela, assim como tantos outros anencéfalos ou merencéfalos, não possui expectativa de vida nem qualquer potencialidade de desenvolvimento.

Um ser acometido de qualquer deficiência física ou mental, apesar de apresentar crescimento retardado e desenvolvimento demorado, possui toda a capacidade de viver. No entanto, ao se falar de anencefalia, não está se falando de uma deficiência como tantas outras

que podem ser tratadas e possibilitam ao indivíduo viver, está se falando sim, de uma enfermidade que torna o ser incompatível à vida extra-uterina.

Conjuga desse entendimento a jornalista Cláudia Werneck, fundadora da organização da sociedade civil Escola de Gente – Comunicação em Inclusão, em seu depoimento em audiência pública realizada pelo STF, no dia 04 de setembro de 2008, para julgamento da supracitada ADPF nº 54, ao afirmar que “a falta de expectativa de vida fora do útero retira a anencefalia do grupo de condições aceitas como deficiências” (LOCATELLI, 2008).

De fato, o feto anencefálico é gravemente deficiente no plano neurológico, estando ausentes nesses seres, as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não apenas os fenômenos da vida psíquica, mas também a mobilidade, a sensibilidade e a integração de quase todas suas funções corpóreas.

No entanto, existem casos de anencefalia menos críticos que possibilitam ao anencéfalo, condições primárias sensoriais e de consciência. Tal explicação justifica, pois, o caso da pequena Marcela de Jesus, acometida de merencefalia, bastante semelhante à anencefalia, mas ainda mais raro.

Para finalizar as demonstrações de impossibilidade de sobrevivência do feto anencefálico, ou, em outras palavras, incompatibilidade de vida extra-uterina, necessário se faz trazer o entendimento de Flamínio Fávero (1980), para quem a anencefalia apresenta-se como uma monstruosidade de grande vulto, capaz de impedir a vida:

Inúmeras más-formações, quando de pequeno vulto, são compatíveis com a vida. É o que acontece com o lábio leporino, a goela do lobo, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, inversões viscerais, etc. Outras vezes, a monstruosidade é de tal sorte que pode impedir a vida. Registrem-se a evisceração do tórax e do abdômen, a *anencefalia*, a ausência de cabeça, fusão de membros, duplicidade de cabeça, anomalias de grandes vasos, em se tratando de casos unitários. (grifo do autor)

De ver-se, portanto, através de estatísticas e dados apresentados, que a anencefalia é fatal na totalidade de seus casos, vindo a criança acometida por tal enfermidade a morrer logo após seu nascimento, quando este chega a acontecer.

1.3.2 Danos à gestante

Conforme demonstrando em ocasião oportuna, o feto é a grande vítima da anencefalia, no entanto, para o caso em questão, é possível se afirmar que há duplicidade de vítima, haja vista ser a mãe, indiretamente, a maior atingida por tal enfermidade.

Constatar a incidência de tal enfermidade é tão penoso para o feto, quanto para a mulher grávida, além dos perigos que apresenta para esta. Há divergência, no entanto, sobre o fato de a gestação de anencéfalo ser prejudicial ou não à mulher. Existe uma significativa representação de médicos que dizem não haver nenhum risco para a gestante, os quais afirmam ser a gestação de anencéfalo idêntica à gestação de feto saudável.

Contudo, existe uma vertente que defende a presença de prejuízos para a gestante em decorrência de o feto ser portador de anencefalia, afirmando que há claras evidências de que a manutenção da gestação pode elevar o risco de morbi-mortalidade materna.

Neste sentido, a FEBRASGO (apud ANDALAF NETO, 2008) se posiciona, afirmando “ser freqüente a associação da anencefalia à polihidrâmnio em 50% dos casos”. Tal incidência é devida ao fato de que parte do líquido amniótico é deglutido pelo feto.

A apresentação fetal anômala (pélvico transverso, de face e oblíquos) também é encontrada em gestações de anencéfalos, em razão da dificuldade de insinuação do pólo fetal no estreito inferior da bacia. Não se pode descartar também a associação da gestação de anencéfalo com doença hipertensiva específica da gravidez (DHEG), comprometendo o bem-estar físico e a saúde da gestante.

Importante mencionar os danos que o polihidrâmnio pode causar. Além de fazer com que a gestante apresente um inchaço fora do normal, a incidência de tal doença está associada à prolongação do trabalho de parto, fazendo com que ocorra hipotonia e hemorragia, três a cinco vezes maior, no pós-parto. Além do que, pelo fato de a mulher não amamentar, já que há o bloqueio da lactação, também a involução uterina é mais lenta, provocando sangramento de grande monta no puerpério.

Nesse mesmo diapasão, complementa Pinotti (2008) em seu projeto de lei, ao afirmar que “as gestações de anencéfalos causam, com maior freqüência, patologias maternas como hipertensão e hidrâmnio (excesso de líquido amniótico), levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado”.

Além das doenças causadas pela própria incidência da anencefalia, o risco para a gestante se configura pelo fato de, no mais das vezes, a morte ocorrer intra-útero, haja vista as infecções que podem ser provocadas, caso a morte não seja imediatamente diagnosticada.

E é dentro desse contexto que se encontram os ensinamentos de Thais Tech Gaiotti e Simone Shinzato (2008) ao prelecionar que, “a permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbito intra-uterinos desses fetos”.

No entanto há que se salientar que a saúde da mulher não se restringe apenas ao aspecto físico, mas envolve, principalmente, o aspecto psicológico, sendo a dor moral a mais insuportável pela qual a mulher tenha que se submeter quando da gravidez de um anencéfalo.

A psicologia médica atesta que o perfeito bem-estar físico é tão importante quanto o psíquico, sendo necessário que ambos se encontrem em perfeita harmonia, a fim de evitar-se que ocorra a denominada morte psíquica do ser humano, que se apresenta em decorrência de distúrbios mentais irreversíveis, no mais das vezes fruto de situações de insuportável dor e angústia.

Dentro do contexto da anencefalia, não raro poder-se-á chegar a um prognóstico de morte psíquica, uma vez que a mãe é obrigada a levar adiante uma gravidez que por si só já anuncia a morte. Situação analogicamente levada a efeito como tortura, haja vista ter a gestante que suportar e conviver durante nove meses com a idéia de que o filho que ela tanto espera para brincar, amar, educar e ver se desenvolver, se vier a nascer apenas sobreviverá por poucas ou, com muita sorte, dias.

Compartilhando desse entendimento encontra-se Pinotti (2008), ao afirmar que “para essas mães, a alegria de pensar em berço e enxoval será substituída pela angústia de preparar vestes mortuárias e sepultamento”.

De fato, é de notável relevância o drama psíquico sofrido pela mulher que carrega um anencéfalo em seu ventre, uma vez que tem que suportar meses de intensa amargura e angústia para então ver seu filho morto. Constitui um sofrimento de grandeza tal, pelo qual nenhuma mulher merece passar, tampouco é outorgado a quem quer que seja a obrigação de impor-lhe.

Neste sentido, dispõem Thais Tech Gaiotti e Simone Shinzato (2008):

Como podemos dizer que um ser humano tem direito à vida digna tanto física quanto psicológica, se, nos casos de gestantes de bebês anencéfalos, ela está sendo agredida nesses dois aspectos, pois seu corpo irá transformar-se inutilmente com a

gestação de um bebê que, se vier a nascer, ela tem a certeza que morrerá em seus braços. Qual direito à dignidade que uma gestante desse tipo pode vir a ter?

Dessa forma, preceitos e garantias constitucionais são violados ao impor à mulher que ela tenha que levar a gravidez a termo, submetendo-a à condição análoga a de tortura, ferindo o Princípio da Dignidade Humana, uma vez que o Código Penal só permite a interrupção da gravidez em dois casos já analisados em momento oportuno.

No entanto, por ora, não cabe adentrar em uma discussão jurídica do assunto, sendo conveniente tão-somente ressaltar a dor pela qual a mulher tem que se submeter, além da física, também a moral que, indubitavelmente é a maior de todas, podendo lhe causar danos irreversíveis, como desequilíbrio emocional, depressão, fobias, dentre outros, além do sentimento de culpa pela má-formação do feto, pois, como bem preceitua Tereza Rodrigues Vieira (2008), “ela queria dar a vida, não a morte”.

CAPÍTULO 2 A ANENCEFALIA SOB OS ENFOQUES RELIGIOSO, MÉDICO E ÉTICO

Ciência e religião geralmente são vistos como dois opostos, sendo a primeira baseada por fatos, constatações, comprovações, ao passo que esta última é pautada por dogmas, aceitos por aqueles que têm fé e acreditam.

No entanto, nem sempre estes dois aspectos se mostram conflitantes, existindo situações onde ambos se encontram em busca de um ideal comum, mesmo que possuam dimensões diferentes, haja vista ser a espiritualidade inexplicável e abstrata e a Ciência possuir fortes raízes na concretidade e racionalidade.

A celeuma que gira em torno da interrupção da gravidez em caso de comprovada anencefalia denota claramente o conflito existente entre estes dois âmbitos, uma vez que a Ciência de que se fala não diz respeito apenas à Medicina, englobando de igual modo, as Ciências Jurídicas e Sociais, situando tal discussão num campo onde os costumes religiosos e morais contrapõem-se aos avanços tecnológicos, desencadeando calorosos debates na seara jurídica tal qual na sociedade.

Além do mais, tanto de um lado quanto de outro, o que se busca é que os atos e decisões sejam revestidos de ética por parte dos envolvidos na situação, deflagrando verdadeiro dilema, uma vez que para cada âmbito a ética possui um significado singular e os interesses defendidos por cada um deles são diversos.

2.1 Considerações religiosas

A perda de um filho pode se mostrar avassaladora de forma a atingir não apenas os seus genitores, mas o seio familiar como um todo, conforme relata Eugênio Ponce de Leon (2008):

Em todas as pessoas que vivenciaram a perda de um filho – não importa a idade dele ou em que condições tinha ocorrido - o fato se caracteriza pela complexidade e grande sofrimento causado nos pais sobreviventes. Este tipo de perda é considerado avassalador, origem da desunião e até da destruição do vínculo matrimonial, inclusive familiar.

Interessante observar que o site de onde fora retirado o referido artigo é formado por religiosos que se demonstram radicalmente contra a interrupção da gravidez em caso de anencefalo, e que, no entanto, reconhecem toda a dor e sofrimento gerados pela perda de um filho.

Em outro texto do mesmo artigo, encontra-se a seguinte passagem:

Muitos genitores, ao se depararem com morte de um filho, relatam que em muitas ocasiões tinham pensado: 'eu planejava como deveria ser o batismo de minha filha, chegava mesmo a imaginar cada uma das festas de aniversário que eu lhe faria, mas nunca fui capaz de conceber como seria seu funeral'.

De ver-se que até aqueles que se dizem contrários à interrupção da gestação em caso de anencefalia, sensibilizam-se com a dor que é ter que enterrar um filho que foi planejado com alegria e esperança.

No entanto, mesmo sensíveis a esse sofrimento, a Igreja e adeptos de seus ensinamentos se opõem à retirada do feto do útero materno quando diagnosticada a anencefalia, contrariando conceitos científicos ao afirmarem existir vida em um feto portador desta má- formação, e seguirem em busca da tutela desta vida na seara jurídica.

Fundamentando sua defesa do direito fundamental à vida, assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal, religiosos de todas as partes asseguram estar sendo violada tal garantia ao se permitir que a gestação seja interrompida, por acreditarem que mesmo diante do diagnóstico da anencefalia existe vida ou qualquer possibilidade desta.

Entretanto, situações fáticas onde a gestação acabou vindo a termo, atestam aquilo que os dados científicos asseguram: a anencefalia é letal na totalidade dos casos. E mesmo diante desta realidade religiosos defendem a existência de vida, mesmo que por apenas alguns minutos, do bebê anencefálico, desconsiderando, desta forma, toda a dor e sofrimento causados na gestante, em virtude de ver seu filho morrer imediatamente após o nascimento, uma vez que rechaçam a possibilidade de que a gravidez seja interrompida.

A autora Simone Marcussi de Almeida Prado (2008) assevera: "A vida de um filho não vale pelo número de dias em que ele esteve presente na vida dos pais, mas simples fato de ter estado presente. Mesmo que por um só dia".

De ver-se, pois, que para a Igreja é mais significativo tutelar um curto período de vida, quando existente, do que evitar dor e sofrimento da mulher cerceando seu direito de escolha, impondo-lhe que o certo é levar a gestação adiante e que é errado ir contra o que os dogmas religiosos pregam, fazendo-a passar por uma angústia a qual somente ela conhece a dimensão.

Em questões relacionadas à sexualidade e à Ciência é onde a Igreja Católica revela o seu perfil mais conservador. No que concerne à liberação da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos tem-se encontrado resistência de tal entidade, baseada no argumento da inviolabilidade do direito à vida do embrião que, para ela, é considerado pessoa desde o momento da concepção, independente de apresentar potencialidade de vida ou não.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), em carta endereçada ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, demonstrou o seu posicionamento contrário à permissão da interrupção da gestação em caso de feto anencefálico utilizando como um dos argumentos o fato de que o Estado brasileiro deve reconhecer a posição da Igreja como expressão da vontade de seus cidadãos, na medida em que a maioria deles seriam católicos.

Conforme se denota do trecho a seguir transcrito da referida carta (2008):

No Brasil, o cristianismo se confunde com a nossa história. Daí que os valores cristãos fazem parte da formação cultural da nossa sociedade. Um Estado laico respeita os valores religiosos de uma sociedade e os considera na formulação de suas decisões. Os poderes e as instituições do Estado decidem em nome e para o povo, daí que não podem desprezar ou ignorar esses valores em suas decisões. Um Estado laico não supõe indiferença ante a religiosidade dos cidadãos.

Em algumas passagens do supracitado trecho, a CNBB faz menção a ser o Brasil um, Estado laico, e o faz bem ao ressaltar tal característica do Estado Democrático de Direito, no entanto, ao relacionar esse caráter ao fato de que deveria o Estado levar em consideração preceitos religiosos de forma a influenciar as decisões, andou mal o redator de tal carta.

Ademais, sendo o Brasil um Estado laico o que se procura é que Estado e religião se desvinculem, e que esta não possa interferir naquela e vice-versa, de maneira a garantir a liberdade de crença a cada cidadão.

Católicos, evangélicos, espíritas se dividem em opiniões a respeito do tema, alguns chegam a afirmar, como o professor e teólogo Marcelo Seneda (2008): “Isso me traz à mente qualquer coisa de pureza racial enrustida”.

Fazendo menção que considerar a permissão para interromper a gestação de um anencéfalo, seria “uma volta a barbárie, o retorno da eugenia, uma apologia ao nazismo”. Os movimentos pró-abortistas não pretendem estabelecer nenhum critério de seleção da raça humana, e no caso do anencéfalo, almejam tutelar e proteger a integridade física e psíquica da mulher, tal como a sua saúde e direito à vida digna.

Entretanto, quando a Igreja manifesta seus desejos de que as decisões do Estado sejam influenciadas pela religião, é possível observar que a mesma expressa manifesto desejo em reporta-se à Idade Média, onde tal entidade possuía plenos poderes e influências sobre as decisões do Estado, de forma que a lei vigente àquela época eram os dogmas trazidos por ela.

O Direito possui diversas fontes, dentre as quais a lei, os costumes e a moral, os preceitos religiosos estão inseridos neste último formando a consciência de cada indivíduo. O conjunto de tais fontes determina a estrutura organizacional da sociedade devendo esta ser guiada pelo resultado congruente de tais ditames, uma vez que seguir apenas um deles exclusivamente acarretaria em uma total desorganização social.

Dessa forma, tais fontes devem acompanhar o desenvolvimento da sociedade, ao passo em que esta alcança memoráveis avanços tecnológicos, não pode a lei, os costumes e moral continuarem arraigados a valores de outrora.

O Brasil, no entanto, apesar de ser um Estado laico possui forte tradição católica, e numa discussão como a da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, as opiniões oscilam entre o direito à vida o feto, defendido pela Igreja, e o direito à autonomia reprodutiva da mulher para deliberar sobre o seu próprio corpo, defendido por aqueles favoráveis pela legalização da antecipação do parto.

Nesse sentido, a posição da Igreja Católica insiste em contrapor os direitos do feto aos direitos da mulher, acreditando que o direito da mulher grávida ao seu bem-estar é inferiormente desimportante em relação ao direito do feto anencefálico à sua frágil vida.

Entretanto, ao formular tal opinião a Igreja discrimina dados médico-científicos apresentados, assim como a totalidade dos casos onde diagnosticada a anencefalia o feto veio a óbito ainda dentro do útero materno, ou, vindo a gestação a termo o bebê sobreviveu por um ínfimo lapso temporal.

Portanto, a inevitabilidade da morte do feto é o que sustenta a tese sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia já que, desta forma, tal conduta não poderia

ser enquadrada nos casos de criminalização previstos no Código Penal e que se baseiam na idéia de crime contra a vida e contra uma pessoa em potência. De tal feita, que o consenso sobre a inviabilidade de sobrevivência nos casos de anencefalia conseguiu contornar a controvérsia moral que caracteriza a definição penal do aborto como um crime contra a pessoa.

A Igreja Católica durante o pontificado de João Paulo II demonstrou aproximações com a Ciência reconhecendo o valor irrefutável que esta possui para o desenvolvimento da sociedade, no entanto, no que diz respeito aos aspectos morais o conservadorismo prevaleceu.

O que se espera durante o pontificado de Bento XVI, é que Sua Santidade siga as mesmas premissas. E, se por um lado almeja-se uma tendência de que a relação entre religião católica e Ciência se torne ainda mais próxima, por outro a Igreja ainda encara com uma forte dose de intolerância certos aspectos morais da vida social, como é o caso da interrupção da gestação do feto anencefálico.

Além do mais, esta não é a única imposição moral lançada pela Igreja, outras podem ser encontradas ao longo de sua história tais como, a intolerância à união de homossexuais, a contrariedade à contracepção e a intransigência quando se trata do celibato dos padres e da ordenação das mulheres na Igreja.

Para a Igreja Católica, a pretexto de salvar uma vida, mesmo esta não apresentando nenhuma potencialidade, como no caso da anencefalia, a mulher figura como uma mera reprodutora para multiplicar a espécie cuja saúde e, principalmente, o direito de tomar a sua própria decisão não são respeitados.

2.2 Considerações médicas

O diagnóstico de anomalias fetais foi um avanço na Medicina propagado a partir da década de 50 e difundido no Brasil no final dos anos 70. Dentro desse contexto, nos últimos anos desenvolveu-se uma nova área multidisciplinar de atuação denominada Medicina Fetal, que incorpora as técnicas de diagnóstico às possibilidades da terapêutica intra-uterina.

Dentre as más formações fetais, as mais freqüentes ocorrem em decorrência de uma falha no fechamento adequado do tubo neural embrionário, durante a quarta semana da embriogênese. Apresentam um espectro clínico variável, sendo os mais comuns, a anencefalia e a espinha bífida.

O fechamento do tubo neural ocorre entre o 20º e o 28º dia após a concepção e, não ocorrendo, o tecido neural fica exposto e há rupturas secundárias na brida amniótica. De acordo com os ensinamentos de Moron (apud CARVALHO, 2008):

A anencefalia é um dos defeitos do tubo neural caracterizada pela ausência completa ou parcial do cérebro, das meninges, do crânio e da pele. Pode ser dividida em holocrania e merocrania. A ausência de toda a calota craniana caracteriza a holocrania. Na merocrania, ocorre a ausência parcial da calota craniana com ectopia do encéfalo. (...) Representa uma má- formação letal.

No entanto, o quadro do anencéfalo não se resume apenas às seqüelas já referidas. Inclui ainda, a falta do hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, com estruturas faciais alteradas que dão ao anencéfalo uma aparência grotesca. Os olhos podem parecer, de um modo geral, normais, mas o nervo óptico, quando existente, não se estende até o cérebro impossibilitando, pois, que tal feto desenvolva o sentido da visão.

Por essa razão, o feto anencefálico é tido como semelhante a uma rã, na medida em que é totalmente carente da calota craniana e da cobertura das estruturas neurológicas restantes, com uma protusão dos olhos secundada pela ausência do osso frontal que conforma a parte superior da órbita craniana. É tal aparência que diferencia a anencefalia de outras má-formações que podem ser produzida também pelo não fechamento do tubo neural.

Apesar de carecer das estruturas cerebrais, o que ocasiona a total impossibilidade do exercício de todas as funções superiores do sistema nervoso central relacionadas com a cognição, comunicação, afetividade e emotividade, o anencéfalo, em razão de possuir o tronco cerebral, preserva, de forma passageira, as funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal.

Por todas essas carências já mencionadas, o anencéfalo guarda incompatibilidade com os estágios mais avançados da vida intra-uterina e total incompatibilidade com a vida extra-uterina.

O diagnóstico precoce pode ser realizado através de sonda transvaginal a partir da 11ª semana de gestação, período no qual se observa a ausência da calota craniana com a exteriorização do tecido cerebral. A partir então, da 15ª semana é que os aspectos característicos da anencefalia podem ser diagnosticados com precisão através de ultrassonografia. O tecido cerebral vai sendo gradualmente eliminado em virtude com o contado com o líquido amniótico e desaparece totalmente na 13ª semana, restando apenas as veias

intracranianas, conforme dados obtidos em pesquisa realizada no site da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO).

O médico Jorge Andalaft Neto (CARVALHO, 2008, p. 76-77), em documentário editado pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), intitulado “Doutor, eu não sabia” relata todo o sofrimento vivido pela gestante de anencéfalo desde o período pré-natal até a sua recuperação. Inicia o relato explicando como são os procedimentos de pré-natal e as complicações que podem ocorrer durante a gestação e no parto.

Dentre tais complicações, o obstetra menciona a ocorrência de polihidrâmnio, hipertensão que pode acarretar desmaios e convulsões, alto número de contrações que pode levar a uma hemorragia irremediável denominada atonia uterina, dentre outros contratempos médicos. Além disso, o documentário atenta para o fato de que, uma vez nascido o feto, não importando o seu período de sobrevivência, terá que ser registrado, emitido o seu atestado de óbito e enterrado.

E, caso a família não possua recursos financeiros para arcar com uma sepultura privada, o que não mais das vezes acontece, haja vista dados estatísticos já terem comprovado que as mulheres de baixa renda formam o grande montante daquelas acometidas pela anencefalia fetal, o caminho a ser percorrido é ainda mais vexatório.

O pai, ou algum parente deverá comparecer a uma Delegacia e Polícia, registrar um Boletim de Ocorrência, solicitando o serviço de verificação do óbito para que o enterro ocorra através dos serviços públicos.

Feito isso, a família obrigatoriamente, acompanhará a retirada do corpo do feto do hospital até o lugar de seu sepultamento. O médico ressalta ainda, que a mãe não participa do enterro, uma vez que está internada em recuperação pós-natal.

Jorge Andalaft Neto considera a recuperação dessa mulher uma fase traumática, na medida em que tem que ficar na enfermagem junto de outras mulheres que deram à luz e estão felizes e acompanhadas de seus filhos.

De ver-se, pois, através do relato trazido pelo médico que a gestação de um feto anencefálico implica complicações de ordem física e psíquica para a mulher, tanto ao tempo da gravidez quanto no puerpério.

A dor e angústia pela qual a mulher tem que se submeter possui dimensões que só ela pode ser capaz de calcular, de tal forma que religiosos, médicos, juízes não podem e nem devem decidir sobre um sofrimento que lhes é alheio.

Mesmo convivendo com essa dolorosa realidade, a mulher, muitas vezes é compelida a levar a gestação a termo por ditames e reprimendas que a religião prega. Além do que, optar

por interromper a gravidez deflagra uma odisséia tão angustiante quanto a espera pelo filho morto, uma vez que terá que se submeter a um moroso processo judicial para que se possa ser autorizada a interromper a gestação, ficando a mercê de decisões de terceiros que não sabem e nem sentem a imensidão de sua dor.

Do mesmo modo estão os médicos que, embasados em constatações científicas procuram promover o bem-estar de suas pacientes, resguardando sua saúde e dignidade, mas se vêem impedidos de exercerem de forma plena sua profissão, uma vez que proceder à antecipação terapêutica do parto em uma gestação de anencéfalo é considerado crime de aborto pelo Código Penal.

E foi com o intuito de assegurar a plenitude da realização de suas profissões, assim como o direito à liberdade, à autonomia, saúde e dignidade de suas pacientes, que a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) impetrou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF nº54), visando que a interrupção da gravidez seja uma faculdade oferecida à mulher, cabendo somente a ela decidir por levar a gravidez adiante ou não, independente de critérios de terceiros. Tal ação será tratada minuciosamente em momento oportuno e ulterior desta pesquisa.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) tem proferido manifestações a respeito do tema em questão. Seja através de Resoluções ou fornecendo pareceres, o órgão expressa de forma clara e incontroversa a inviolabilidade da vida extra-uterina dos fetos portadores de anencefalia.

A Resolução nº 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina, datada de 08 de setembro de 2004, prevê a autorização do uso de órgãos ou tecidos de anencéfalos para realização de transplante.

Nas considerações iniciais do referido texto é dito que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais); que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplante; que para os anencéfalos por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica.

Desta feita, resta claro o entendimento da Medicina, de uma forma geral, de que o feto anencefálico não possui qualquer possibilidade de sobrevivência, estando, quando possível, apto a ter seus órgãos e tecidos utilizados para transplante. Entretanto, nem sempre é cabível a realização de tal procedimento, uma vez que o lapso temporal de sobrevivência de um anencéfalo é muito curto, não sendo possível que seus órgãos e tecidos sejam aproveitados.

Sendo assim, os entendimentos médicos não oscilam e é predominante que impor à uma mulher que leve uma gestação de feto anencefálico somente lhe acarretará prejuízos dos mais diversos, principalmente, de ordem moral, não obstante os de ordem física.

Do ponto de visto físico, a anencefalia aumenta significativamente o risco da gravidez e do parto para a gestante, por várias causas, dentre elas menciona-se o fato de estar acompanhada amiúde de polihidrâmnios com todas as complicações deles decorrentes, quais sejam: dificuldade respiratória, hipertensão em decúbito dorsal, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, desligamento normoplacentário, atonia uterina pós-parto, dentre outros.

Na hipótese de anencefalia a saúde psíquica da mulher também passa por graves transtornos. O diagnóstico da má-formação já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e a seu núcleo familiar. São notórias as evidências de depressão, frustração, tristeza e angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto cuja potencialidade de vida inexistente.

Esta morte certa, que não se permite abreviar no tempo, constitui a condenação imerecida da mulher grávida e a abolição do exercício de sua autonomia da vontade.

2.3 Considerações éticas

Historicamente, a ética sempre esteve relacionada à questões de igualdade, de justiça e de respeito à dignidade. Entretanto, para que tais valores possam ser garantidos existe a necessidade de um universalismo moral, ou seja, pontos em comum para que se possa conviver em sociedade forma harmônica respeitando as diferenças do próximo.

No entanto, tal universalismo em algumas questões polêmicas, como é o caso da interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico, está longe de ser atingido, uma vez que suscita opiniões dos mais diferentes setores, onde cada um defende seus interesses. Do ponto de vista médico, como já mencionado, há a clareza e a certeza de que o feto não possui qualquer expectativa de vida.

As religiões, como anteriormente comentado, discordam radicalmente de qualquer posição científica que defenda algum tipo de aborto, mesmo que a interrupção da gravidez não resulte na morte de um ser, como é o caso do anencéfalo. E a ética, o que tem a dizer sobre a anencefalia e a interrupção da gravidez quando do diagnóstico de tal má-formação?

Resta claro que os interesses definidos por Religião e Ciência são diversos. De um lado, o direito à vida de um anencéfalo e, de outro, o direito da mãe de preservar sua saúde física e psíquica, sua dignidade, autonomia e liberdade. Portanto, para que se possa olvidar o ponto de vista ético da questão, necessário se faz que sejam ponderados os dois valores em conflito.

A gravidez não é um episódio sem importância na vida da mulher, conforme assevera Aguilar (apud FRANCO, 2008):

É uma duplicação, um fazer-se dois, outra pulsação e minha pulsação, outra respiração e minha respiração. Já não é a mesma porque não é uma; é ela transformada em dois. Junto a outro que agora é uma pulsação, uma respiração, mínimos sinais vitais. Estar grávida não é pois, assunto trivial. Nem enfermidade nem assunto de órgão corpóreo: é uma situação existencial limite que coloca a mulher diante do supremo mistério de ser um e ser com outro. Desta forma, o embrião aparece para a mãe como um ser outro formando-se dentro do corpo materno.

Não há como cogitar que tal duplicação não acarrete transformações na mulher, mesmo nas condições de normalidade de uma gestação, agravando-se, portanto, quando acometida da certeza de que o produto daquela espera não sobreviverá. É uma realidade trágica e dolorosa, no entanto, irreversível, uma vez que o feto anencefálico é inviável em qualquer fase do processo gestacional, estando, inevitavelmente, condenado à morte.

A morte é certa e inquestionável para todo e qualquer ser humano, no entanto, ela impescinde de seu antecedente lógico: a vida. Vida esta que não se constitui de minutos ou horas, mas se forma em decorrência de um processo que flui no tempo e que não pode ser desconsiderado por seu inafastável desfecho.

Dentro desse contexto, não há razões para se afirmar que um feto anencefálico possui vida, pois os instantes em que ele consegue se manter fora do útero materno não são suficientes para caracterizar esse processo vital que antecede a morte. Na anencefalia, portanto, não há pressuposto de vida, apenas de morte.

Não obstante os agravos à sua saúde física, psíquica e social, resta à mãe gestante o seu direito de optar pela continuidade ou não a gestação de anencéfalo. Ao exercitar esse direito ela faz uso, na sua plenitude, do direito da liberdade e da autonomia da vontade. Uma vez que, impor-lhe o dever de acolher em seu útero, até o término da gravidez, um feto

definitivamente inviável, constitui um cerceamento brutal e flagrante àquele princípio, gerando situação análoga a da tortura.

Destarte, acentua Stela Martinez (apud FRANCO, 2008):

Ao aceitar-se a manifestação da gestante respeitou-se a autonomia de quem, livre e devidamente informada, deu a solução que considerava mais adequada para si mesma e para seu grupo familiar. O princípio da justiça alude à proporcionalidade das contribuições das partes à equidade. No caso, desafortunadamente, a ciência médica somente podia efetuar sua contribuição para aliviar o dano de que padecia a gestante, uma vez que nada podia fazer, nem nesse momento, nem em qualquer outro para otimizar as possibilidades de sobrevivência do nascituro. Sob este ângulo, o justo é dar ajuda à única pessoa que pode ser auxiliada. O princípio da beneficência versa sobre a realização de um bem. Adotar a solução reclamada por quem a pleiteia era autorizar um bem que não apenas atingia a quem solicitava, mas também a todo um grupo familiar que, com ela, padecia. Desconsiderar seu pedido entraria em colisão com o princípio da não-maleficência, já que lhe causaria um sensível prejuízo. A partir da ótica do anencéfalo, não se violava o princípio da não-maleficência na medida em que o adiantamento do parto não aumentava as possibilidades de um desenlace fatal que era uma consequência inevitável de sua gravíssima patologia.

Do ponto de vista ético, portanto, devem ser atribuídos a mulher os direitos que lhe são garantidos na Constituição Federal: autonomia, liberdade, vida digna e saúde, facilitando-lhe a opção de levar a gestação adiante ou não, utilizando-se de sua consciência e dos critérios informadores dela, como forma a auxiliar-lhe na decisão, e não a determiná-la.

Além do mais, fere princípios éticos a determinação de levar a gestação a termo para que os órgãos e tecidos possam ser utilizados para transplante; pois a gravidez que seria a espera por um filho se converte na obrigação de dar a luz a este, para em seguida enterrá-lo.

Não obstante, coisifica o corpo da mulher, transformando-a em mera incubadora de feto anencefálico. Nesse sentido, Débora Diniz (apud FRANCO, 2008):

Penalizá-la com a manutenção da gravidez para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher em relação ao seu corpo e à sua dignidade como pessoa.

Destarte, como já mencionando em oportunidade anterior, devido a falta de oxigenação e ao ínfimo lapso temporal em que o feto consegue se manter fora do útero materno, seus órgãos, no mais das vezes, não podem ser utilizados para transplante. O que

faria com que a mulher se submetesse a um sofrimento absolutamente desnecessário e dispensável, ofendendo os mais mezinhos princípios éticos.

CAPÍTULO 3 A DISCUSSÃO SÓCIO-JURÍDICA ACERCA DO ABORTO DO ANENCÉFALO

O número de casos gravidez em que o feto é diagnosticado anencéfalo vem crescendo no Brasil, e em decorrência disto, a quantidade de pedidos judiciais para concessão de autorização da interrupção da gravidez tem aumentado, uma vez que a interrupção da gravidez somente é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro em duas situações trazidas pelo artigo 128 do Código Penal.

Mulheres instruídas por seus médicos à interromperem a gestação são protagonistas de árduo dilema. Primeiramente, vêm-se conflituosas por não aceitarem que o ser que está sendo gerado em seu ventre não possa viver e, portanto, resguardam qualquer resquício de esperança de que um dia possa ter seu filho em seus braços. No entanto, o diagnóstico médico e as estatísticas atestam: a anencefalia é fatal em 100% dos casos.

Não suportando tamanha tortura, a mulher decide então dar cabo de sua gravidez e a partir daí encontra barreiras no sistema penal que não permite que a gravidez seja interrompida em casos de anencefalia.

E é diante de tal quadro que o pedido se forma. No entanto, em meio a um Judiciário moroso, muitas vezes a gravidez chega a termo e a decisão não é prolatada, fazendo com que a mulher se sujeite forçosamente a um sofrimento que tentou evitar.

3.1 Conflito entre princípios constitucionais e normas penais

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 1º os Princípios Fundamentais que norteiam a pátria, *in verbis*:

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

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a *dignidade da pessoa humana*; (grifo nosso)
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

Uma das finalidades constitucionais, e porque não dizer, a maior delas, consiste basicamente em proteger, resguardando os direitos do homem, estando, pois, a noção de dignidade da pessoa humana intrinsecamente fundida com a definição material de Constituição, haja vista não poder consagrar-se uma Constituição que não proteja e promova a dignidade do homem.

Tem-se, pois, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não apenas é edificante como também se mostra estruturante de um Estado Constitucional de aspiração social e democrática, transcendendo as generalidades teórico-políticas e projetando-se no campo jurídico-político-pragmático de realização, desempenhando papel casuístico na promoção de justiça e na defesa do homem.

A noção de dignidade da pessoa humana, aprioristicamente concebida como uma idéia surgiu no plano filosófico como mera reflexão, para em seguida ser tida como valor moral, tendo em ulterior momento, seu valor jurídico agregado.

O conteúdo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana diz respeito ao atributo imanente a todo ser humano e que justifica o exercício da sua liberdade e a plena realização de seu direito à existência.

Decorre, pois, da elevação do ser humano ao patamar mais elevado das considerações, com a finalidade de impedir a sua degradação e a sua redução a um mero objeto de manipulação.

Compreende a proteção e a promoção das condições fundamentais para uma vida adequada, a garantia de independência e da autonomia do ser humano, a coibição de qualquer obstáculo que o avilte ou que impeça o desenvolvimento do potencial de sua personalidade, bem como compreende a garantia e efetivação de seus direitos essenciais inalienáveis.

O texto constitucional consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio máximo, e o elevou a uma categoria superlativa no ordenamento pátrio, na qualidade de norma jurídica fundamental. Vale dizer, portanto, que as normas jurídicas se caracterizam por sua singularidade de coercitividade e imperatividade.

Sendo assim, os princípios constitucionais são equiparados às normas jurídicas nesse sentido, e tidos como coercitivos e imperativos, no entanto, tal coercitividade se expressa num grau ainda mais contundente do que nas outras normas jurídicas, uma vez que as regras e princípios constitucionais são normas jurídicas de hierarquia superlativa, submetendo todo o conjunto normativo inferior às suas disposições.

E em consequência desse caráter vinculante dos princípios constitucionais, é possível denotar-se a importância que a dignidade da pessoa humana ganha, deixando de ser mera sugestão filosófico-axiológica para se tornar imperativo fático em toda amplitude do Direito projetado na sociedade.

A Carta Magna, lei superior e superlativa que é, com todos os seus princípios, ganha o caráter de projétil dos demais ramos do Direito, estando o sistema penal dentre eles, onde as disposições constitucionais vinculam o funcionamento de tal sistema e nele se concretizam.

Entenda-se por concretizar as normas e valores constitucionais pela realização efetiva dos escopos da Constituição no seio da sociedade e no cerne do sistema jurídico.

Por isso, a dignidade da pessoa humana, principal valor constitucional que é, faz-se necessária a efetiva materialização do princípio humanitário para que se consolide o Estado Social e Democrático de Direito.

Os valores constitucionais ao exercerem influência sob a ordem penal, além de limites, finalidade e paradigma, devem ser fundamentos de uma estrutura específica moldada nos padrões constitucionais e dotada de uma identidade particular.

Dentre os valores penalmente fundamentais estão os princípios estruturantes do Estado Constitucional situados nos artigos 1º a 4º da Carta Magna, os princípios constitucionais penais expressos e os implícitos encontrados em alguns incisos do artigo 5º da Lei Maior, e as demais normas constitucionais que influenciam a política criminal e a dogmática penal, sendo, contudo, a dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, CF/88, o superlativo fundamento constitucional em matéria penal.

No processo legislativo penal devem ser atendidas algumas exigências para que o sistema penal possua legitimidade e seja coadunante com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Sendo assim, as principais pontes de ligação da dignidade da pessoa humana com o processo legislativo penal são os imperativos derivados da legalidade penal, do Princípio da Supremacia da Constituição e do Princípio da Intervenção Mínima.

Os dispositivos do Código Penal, Código Processo Penal e Lei de Execução Penal, são inferiores às cláusulas pétreas e dispositivos constitucionais, ante a vigência do Princípio da soberania, validade e hierarquia vertical das normas.

No entanto, mesmo em meio a uma sociedade organizada por uma Constituição que tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, não raro observa-se a liberdade e autonomia do indivíduo sendo cerceadas por normas positivas e determinantes de condutas

que ferem princípios maiores, como é o caso ilustrado pela mulher que recebe o diagnóstico de anencefalia fetal e decide interromper a gravidez.

Mesmo tendo consciência de sua vontade e propondo-se a interromper a gravidez, visando evitar toda a dor física e moral que esta pode causar-lhe, ela se depara com a impossibilidade jurídica de fazê-lo, uma vez que a lei não permite que em casos de má-formações incompatíveis com a vida possa ser realizado o aborto.

Diante de tal caso, resta claro o conflito existente entre o princípio constitucional de dignidade da pessoa humana e o silêncio do legislador penal que, ao não permitir que a mulher interrompa uma gravidez da qual tem ciência que gerará um ser sem possibilidade de sobrevivência, a submete a uma condição análoga à de tortura, fazendo-a suportar além de dores e riscos físicos, a pior das dores, a moral, por esperar ver seu filho vivo e, no entanto, ter que vê-lo morto, à sua contra-vontade.

Nenhuma mulher merece passar por tal sofrimento, além do mais, ao não facultar-lhe interromper a gestação com fim a poupar-lhe tamanha dor, está o legislador penal infringindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, em consequência, os direitos à liberdade e à vida digna inerentes a todo ser humano.

O direito à liberdade da mulher grávida deve ser valorado na medida em que o feto que gesta não tem a menor condição de sobrevivência, como no caso da anencefalia. Não há como o direito à dignidade e liberdade da mãe poder ser superado por uma expectativa negativa de vida do feto, constatada por laudos e exames médicos.

A Constituição Federal enquanto Lei Maior que é deveria ter seus princípios respeitados, inclusive pelo caráter coercitivo e imperativo que apresentam, no entanto, o que se denota é uma clara inobservância a tais princípios, e uma desvalorização do bem maior que é a vida digna e plena saúde física e mental, em contraponto a uma mera expectativa de vida que se sabe não chegará a existir.

Diante de tal quadro os pedidos de autorização judicial para que a mulher possa interromper a gravidez sem submeter-se à sanção imposta pelo artigo 126 do Código Penal, somente se somam, e a responsabilidade para decidir o sofrimento da mulher fica a cargo de um terceiro, alheio à situação e a toda a dor a qual a mulher está sujeita.

Sensíveis à realidade daquelas que têm o infortúnio de receber o diagnóstico de uma anomalia fetal incompatível com a vida, como é o caso da anencefalia, muitos juízes têm proferido decisões que autorizam a interrupção destas gestações, baseados nos dogmas constitucionais de que ninguém deverá ser submetido a tratamento desumano em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segue, na íntegra, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecendo e concedendo o direito à mulher de interromper uma gravidez de feto acometido de anencefalia:

EMENTA: APELAÇÃO - ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO E ANACRÂNICO - INDEFERIMENTO - INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRA-LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA - ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA APELAÇÃO - ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE FETO ANENCEFÁLICO E ANACRÂNICO - LIMINAR DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM ANDAMENTO GARANTINDO DIREITO DA GESTANTE - DEMAIS DISPOSIÇÕES DA LEI 9.882/99 - ARTIGO 11 - MAIORIA DE 2/3 - RELEVÂNCIA DO TEMA - INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRA-LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA - ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA. O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os abortos eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto extra-uterina. Embora não incluída a antecipação de parto de fetos anencéfalos nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, o embasamento pela possibilidade esteia-se em causa supra-legal autônoma de exclusão da culpabilidade por inexigível outra conduta. O "aborto eugênico" decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto que tem possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade, o que não é o caso presente, atestada a impossibilidade de sobrevivência sem o fluido do corpo materno. Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a "vida" e não a "falsa vida", legitimada a pretensão da mulher de antecipar o parto de feto com tal anomalia que o torna incompatível com a vida. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno. Não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe que tem garantido o direito à dignidade. Não há confronto no caso concreto com o direito à vida porque a morte é certa e o feto só sobrevive às custas do organismo materno. Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade (genérica) de natureza supra-legal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento. PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70011918026, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 09/06/2005)

EMENTA: APELAÇÃO - ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO - INDEFERIMENTO - INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRA LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA - ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA. PROVIDO. O "aborto eugênico" decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade. O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto. Embora não incluída a interrupção da gravidez, neste caso, nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, tem embasamento na causa supralegal autônoma de exclusão da culpabilidade, de inexigibilidade de outra conduta. Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a "vida" e não a "falsa vida", legitimada a pretensão da mulher de interromper a gravidez. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno, não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe. Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade de

natureza supralegal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento. PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70011400355, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 14/04/2005)

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ABORTO EUGENÉSICO. ANENCEFALIA DO FETO. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA APOS O NASCIMENTO. PROLONGAMENTO DA GESTAÇÃO A IMPLICAR SÉRIO RISCO DE VIDA À GESTANTE. CUNHO TERAPÊUTICO DA INTERVENÇÃO. A **anencefalia** ou acrania é uma doença caracterizada pela ausência de ossos do crânio e do encéfalo fetal na vida intra-uterina, o que torna impossível a sobrevivência após o nascimento. E, como patologia de risco, é causa de morbimortalidade materna. Em que pese não estar o aborto eugenésico incluído no art. 128 do Código Penal, como mais uma indicação de causa excludente de ilicitude, tal circunstância não impede a sua realização quando se está a tratar de caso de malformação fetal, especialmente a **anencefalia**, pois esta acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra uterina e implica gravidez de alto risco. No caso concreto, a indicação da interrupção precoce da gravidez da autora tem caráter não apenas eugênico, mas também terapêutico, pois visa salvar, conforme parecer médico juntado aos autos, a vida da gestante. Apelo defensivo provido para deferir o pedido, com fulcro no art. 128, inciso 1, do Código Penal. Decisão unânime. APELACAO CRIME. AUTORIZACAO JUDICIAL PARA ABORTO EUGENESICO. ANENCEFALIA DO FETO. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVENCIA APOS O NASCIMENTO. PROLONGAMENTO DA GESTACAO A IMPLICAR SERIO RISCO DE VIDA A GESTANTE. CUNHO TERAPEUTICO DA INTERVENCAO. A ANENCEFALIA OU ACRANIA E UMA DOENCA CARACTERIZADA PELA AUSENCIA DE OSSOS DO CRANIO E DO ENCEFALO FETAL NA VIDA INTRA-UTERINA, O QUE TORNA IMPOSSIVEL A SOBREVIVENCIA APOS O NASCIMENTO. E, COMO PATOLOGIA DE RISCO, E CAUSA DE MORBIMORTALIDADE MATERNA. EM QUE PESE NAO ESTAR O ABORTO EUGENESICO INCLUIDO NO ART. 128 DO CODIGO PENAL, COMO MAIS UMA INDICACAO DE CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE, TAL CIRCUNSTANCIA NAO IMPEDE A SUA REALIZACAO QUANDO SE ESTA A TRATAR DE CASO DE MALFORMACAO FETAL, ESPECIALMENTE A ANENCEFALIA, POIS ESTA ACARRETA A ABSOLUTA INVIABILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA E IMPLICA GRAVIDEZ DE ALTO RISCO. NO CASO CONCRETO, A INDICACAO DE INTERRUPCAO PRECOCE DA GRAVIDEZ DA AUTORA TEM CARATER NAO APENAS EUGENICO, MAS TAMBEM TERAPEUTICO, POIS VISA SALVAR, CONFORME PARECER MEDICO JUNTADO AOS AUTOS, A VIDA DA GESTANTE. APELO DEFENSIVO PROVIDO PARA DEFERIR O PEDIDO, COM FULCRO NO ART. 128, INCISO I, DO CODIGO PENAL. DECISAO UNANIME. (12 FLS) (Apelação Crime Nº 70005037072, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 12/09/2002).

No entanto, embora havendo reiteradas decisões deferindo a interrupção da gestação, há casos sujas autorizações são indeferidas fundamentando-se na simples justificativa de não haver previsão expressa na legislação penal, violando-se, notoriamente, os postulados de igualdade, humanidade e dignidade, acesso à Justiça e direito à saúde, consagrados na Constituição Federal de 1988, conforme demonstram os seguintes julgados.

EMENTA: HABEAS CORPUS. ANENCEFALIA. ANTECIPAÇÃO DE PARTO. ABORTO. Pedido indeferido em primeiro grau. Admissão do 'habeas corpus' em função de precedente do STJ. Ausência de previsão legal. Risco de vida para a gestante não demonstrado. Eventual abalo psicológico não se constitui em excludente da criminalidade. ORDEM DENEGADA. POR MAIORIA. (Habeas Corpus Nº 70020596730, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 25/07/2007)

EMENTA: ALVARÁ JUDICIAL - ANENCEFALIA - PEDIDO DE INTERRUPTÃO TERAPÊUTICA DA GESTAÇÃO - DIREITO A VIDA. Impossível decretar ou mesmo antecipar a morte, mesmo diante da situação apresentada nos autos, pois o feto é incontroverso pode nascer com vida, não sendo possível utilizar a analogia e/ou princípios genéricos para fundamentar suposições e ilações desprovidas de qualquer fundamento legal. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.199818-3/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. NILO LACERDA .

De ver-se, pois, que inexiste entendimento jurisprudencial a respeito, sendo necessária a existência de norma que regule e pacifique tal questão.

3.1.1 Perfil das gestantes de feto anencefálicos

Em relação à interrupção da gravidez de feto diagnosticado anencéfalo é comum, em termos de discussão, se dizer que a decisão entre manter ou interromper pertence ao casal, no entanto, tal afirmação não condiz com a realidade, uma vez que o livre arbítrio deve ser exercido pela mulher, haja vista ser ela quem sofre com os malefícios advindos de tal gravidez, tanto de ordem física quanto moral.

De tal sorte que o que está em pauta é a saúde, tanto corpórea quanto psíquica, direito garantido pela Lei Maior a todo cidadão, além do mais, obrigar que a mulher leve adiante uma gravidez a qual não deseja, em virtude de ter consciência de que o feto daquela concepção não possui qualquer potencialidade de vida, viola claramente, como outrora comentado, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, trazido pela Constituição Federal.

Conforme preleciona Fiori (apud LOBO, 2008):

Pelo fato de carregar o nascituro no ventre por nove meses e por nutrir sua formação da concepção ao nascimento, o bebê acaba sendo fantasiado muito mais como um produto materno do que como um produto dual. Embora esta preocupação também surja no pai, é notadamente intensificada nas mães.

De notar-se, portanto, que a gravidez por si só já desencadeia uma série de conflitos psicológicos capazes de afetar a gestante das mais diversas maneiras. E dentro desse diapasão, pais de fetos diagnosticados anencéfalos começam seu luto a partir do momento da constatação.

Segundo Bowlby (apud LOBO, 2008):

O sentimento começa com uma fase de torpor muitas vezes interrompida por explosões de raiva. A seguir, vem o período de descrença da exatidão do diagnóstico e especialmente dos prognósticos, e como consequência a tentativa de conservar o filho provando que os médicos estão errados.

O autor registra ainda que a taxa dos que adoecem – casais, indivíduos ou ambos – é muito elevada, sendo os principais casos apresentados com sintomas psiquiátricos ou psicossomáticos, alcoolismo, afonia histérica, problemas com os filhos sobreviventes, sentimentos de culpa e inadequação. Concluindo que, poucas famílias escapam ilesas aos problemas relacionados ao luto. Ainda de acordo com o supracitado autor:

Pais de crianças que saem mortas do ventre ou que morrem dias ou meses após o nascimento – apesar de o laço entre estes pais e o filho ser recente – apresentam os mesmos padrões gerais de reação daqueles que perdem entes com os quais conviveram e compartilharam suas vidas, como os viúvos. O torpor, seguido de aflição somática, anseio, raiva e subseqüentes depressão e irritabilidade são comuns, bem como as preocupações com a imagem do bebê morto e os sonhos com ele.

Ao se deparar com o diagnóstico da anencefalia, é comum que a mulher passe por períodos de dúvidas e questionamentos, e entre em uma incessante busca por outras opiniões, a fim de confirmar ou negar o diagnóstico recebido.

Entretanto, diante de um quadro irreversível, tal qual o da anencefalia, muitas mulheres optam por interromper a gravidez, enfrentando, a partir de então, mais situações difíceis de apreensão e angústia.

No Brasil não há previsão legal expressa que autorize a interrupção da gravidez em casos de má-formação incompatível com a vida, tendo a mulher que, doravante a dor pela perda de um filho, ainda expor à sociedade e ao Estado o seu drama, seus sentimentos, sua vida, através de ações intentadas nas varas criminais.

Segundo Cecília Érika D'Almeida Lobo (2008):

Há mais de uma década, grávidas de feto portador de má-formação sem viabilidade de vida extra-uterina, como a Síndrome de Edwards e feto portador de anencefalia, têm buscado amparo judicial para sua dignidade e seus direitos individuais e sociais fundamentais. Em muitos casos, geralmente em razão do diagnóstico comprovado de anencefalia, têm recebido a solidariedade de juristas, advogados, defensores e promotores de Justiça, e juizes dispersos por todo o país, que vêm autorizando a interrupção da gravidez em qualquer estágio dela.

Durante a última década, muitas decisões foram proferidas favoráveis a interrupção da gravidez em casos de fetos anencefálicos, entretanto, algumas não foram proferidas a tempo e a gravidez acabou por vir a termo findando com a inevitável morte do feto.

No entanto, mais importante do que conhecer as decisões judiciais já proferidas, é vislumbrar as mulheres que são protagonistas de tamanho drama e em meio a conflitos psicológicos e dores físicas, reúnem forças para tomar a importante decisão de manter a gravidez, com todos os seus riscos e dores ou levar sua dor ao Estado com a intenção de se fazer ouvir pelo Poder Judiciário.

E foi dentro desse contexto que acadêmicos do curso de Direito da Faculdade Farias Brito (FFB), orientados pela advogada e professora Cecília Érika D'Almeida Lobo, desenvolveram a pesquisa intitulada "Anencefalia – perfil da tutela jurisdicional no Estado do Ceará", visando, através de resultados obtidos em estudo realizado junto à Maternidade Escola Assis Chateaubriand (MEAC), no período de 1996 a 2006, definir o perfil das gestantes de anencéfalos que recorrem ao Estado, para com autorização judicial, proceder a interrupção da gravidez, bem como daquelas que decidem levar a gestação até o fim. (LOBO, 2008).

Após a análise dos livros de atendimentos, exames e diagnósticos foram constatados noventa casos de anencefalia diagnosticados em gestantes acompanhadas durante o pré-natal ou apenas atendidas em emergência ou para exames na MEAC.

As informações colhidas através do exame dos prontuários referentes aos casos de gestação de anencéfalo, dizem respeito ao estado de saúde, local de origem, idade, escolaridade, profissão, estado civil, religião da gestante, a existência de prole ou aborto anteriores à gestação do feto anencefálico, fim da gestação, decisão sobre a manutenção ou interrupção da gravidez, pedido judicial para interrupção.

Verificando-se que cerca de 88% dos casos de gestação de anencéfalos envolve mulheres com idade entre 19 e 35 anos, 46% das gestantes eram casadas e que 75,55% das pacientes residiam na cidade de Fortaleza.

Constatou-se ainda, com relação à escolaridade e profissão que, 22,22% das gestantes não chegaram a concluir o ensino médio e que 26,66% são empregadas domésticas.

Com a finalidade de identificar as causas determinantes ou influenciadoras da decisão pela manutenção ou interrupção da gravidez, foram analisados dados quanto à existência de prole anterior e estado de saúde das gestantes. Sendo que 33,33% das gestantes viviam sua primeira gravidez e 27,77% tinham apenas um filho.

Constatou-se que, na maioria dos casos, 56,66%, as gestantes apresentaram complicações físicas, configurando gravidez de alto risco.

Com relação ao deslinde da gravidez, foi identificada a realização de abortos terapêutico realizados na MEAC, abortos incompletos que foram concluídos na mesma, interrupção da gestação com alvará judicial, partos vaginais com e sem indução medicamentosa, cesáreas e, em 18 casos não consta informação sobre o fim da gestação, pelo fato de estas mulheres terem estado na estudada maternidade apenas para exames.

Somente foram localizados três casos de interrupção da gestação por ordem judicial. E além destas três que conseguiram alvará judicial para interrupção da gestação, consta do estudo realizado dos prontuários que, quatro outras manifestaram seu desejo pela interrupção da gravidez.

De igual modo a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC – Rio), desenvolveu uma pesquisa realizada junto ao Instituto Fernandes Figueira (IFF), que é a unidade materno-infantil da Fundação Oswaldo Cruz, responsável por pesquisa, ensino e assistência no âmbito da saúde da criança, da mulher e do adolescente, sendo referência no tratamento de diversas doenças de alta complexidade.

Observou-se que, devido a constante ocorrência de anomalias incompatíveis com a vida extra-uterina, o Instituto elaborou uma rotina de atendimento às gestantes que apresentam patologias fetais cabíveis de interrupção através de autorização judicial, como a anencefalia.

Tal rotina compreende sete fases que vão desde o tratamento pré-natal até o período do puerpério, envolvendo fases como o encaminhamento judicial da gestante, caso haja manifesto desejo de interromper a gestação.

O período da pesquisa foi de 1992 até 2004, sendo analisados no total 107 (cento e sete) prontuários.

A primeira informação relevante do estudo realizado aponta para a opção da gestante no tocante ao desejo de interromper a gravidez, sendo possível denotarem-se pólos distintos condizentes a uma mesma realidade.

O primeiro diz respeito ao caso de uma gestante que, embora tendo consciência da impossibilidade de sobrevivência de seu filho, manifesta seu desejo de levar a gravidez até o fim; de outro lado, uma segunda gestante, de forma contrária, emite sua vontade de realizar o procedimento jurídico o quanto antes, chegando a mencionar para a equipe médica o seu sofrimento por se sentir como um caixão ambulante.

Outra informação obtida com a pesquisa demonstrou que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro possui entendimento majoritário quanto à interrupção da gravidez, sendo que apenas duas solicitações foram negadas, enquanto 96% das decisões foram proferidas no sentido de permitir a interrupção da gravidez. Tal dado é de relevante importância para o Direito, uma vez que demonstra já haver um posicionamento jurisprudencial majoritário a respeito do tema.

Durante a análise dos processos para autorização da interrupção da gravidez pôde-se constatar um caso interessante que denota a insegurança jurídica concernente a problemática, em virtude de não existir legislação vigente.

Uma determinada gestante, orientada de acordo pela rotina adotada pelo IFF, manifestou sua vontade no sentido de interromper a gestação e foi encaminhada pelo setor de medicina fetal daquele estabelecimento para receber as devidas orientações jurídicas da Defensoria Pública. Ingressando com pedido de autorização para interromper a gravidez, teve a solicitação negada em primeira instância sob o argumento de que a legislação penal proíbe a prática de aborto, salvo nos casos expressos no artigo 128 do Código Penal.

A gestante então recorreu da decisão, obtendo em 16 de dezembro de 2003 a permissão legal para realização da intervenção médica. E, diante da respectiva autorização, a

paciente foi internada no dia 18 de dezembro daquele ano, tendo sido realizada a intervenção naquele mesmo dia.

No entanto, um terceiro, alheio à relação médico-paciente, recorreu da decisão proferida, em Habeas Corpus, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e em 19 de dezembro de 2003 foi proferida uma decisão pelo Superior Tribunal de Justiça visando deferir a liminar para que a interrupção da gravidez não fosse realizada.

Contudo, como tal procedimento já havia sido realizado, o IFF encaminhou um ofício do STJ informando que, de acordo com a decisão prolatada pelo TJRJ, a intervenção já havia se realizado.

A análise de tal caso demonstra não só a insegurança jurídica como a divergência de opiniões a respeito do tema, gerando um sem número de idéias conflituosas, em pessoas alheias à toda dor e sofrimento da gestante que, em tese, deveria ser a única responsável pela decisão.

Outro caso interessante constatado foi o da jovem Gabriela Cordeiro, que ao receber o diagnóstico de anencefalia fetal no quarto mês de sua gravidez, decidiu interrompe-la, encontrando o primeiro obstáculo antes mesmo do início da ação judicial, devido a demora da Promotora Pública em se convencer da especificidade do caso, e após muita espera e constrangimento, o caso foi encaminhado à Defensoria Pública.

Em 06 de novembro 2003 o pedido de autorização para antecipação do parto foi impetrado na Comarca de Teresópolis, no Rio de Janeiro, sendo negado pelo juiz sob o argumento de que o Código Penal não permite o aborto em casos de anencefalia, sendo tal ato considerando crime pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Após apelar ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a autorização judicial foi concedida para que fosse realizado o procedimento médico, no dia 19 de novembro de 2003, quando Gabriela já estava no 5º mês de gestação.

No entanto, no dia 21 de novembro daquele ano, advogados alheios ao caso, ingressaram em juízo com um agravo tendo como argumento a sacralidade da vida. O juiz, então, cassou a autorização anteriormente concedida. E no mesmo dia 21, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente do movimento Pró-Vida da Igreja Católica, entrou com um Habeas Corpus em favor do feto de Gabriela no Superior Tribunal de Justiça.

O agravo proposto foi indeferido, no entanto, a Ministra do STJ, Laurita Vaz, derrubou a decisão do TJ do Rio de Janeiro até que o Habeas Corpus fosse decidido meritoriamente no STJ.

Em 26 de fevereiro de 2004, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) ingressou no Supremo Tribunal Federal com um pedido de Habeas Corpus em favor de Gabriela, fundamentando no direito à saúde, à liberdade e à dignidade de Gabriela de decidir sobre sua própria vida.

O relator designado foi o Ministro Joaquim Barbosa que, reconhecendo a urgência do pedido, colocou em pauta no dia 04 de março de 2004. No entanto, foi declarada a perda do objeto da ação, uma vez que foi apresentado ao Tribunal o atestado de óbito de Maria Vida, filha de Gabriela que sobreviveu apenas sete minutos.

De ver-se, pois que embora seja predominante o entendimento jurisprudencial pela interrupção da gravidez, a ausência de norma que regule a matéria abre margem para que a Justiça, e porque não dizer, a opinião de um julgador alheio, decida sobre a dor pela qual a mulher tem que passar.

Decidir levar a gravidez de um anencéfalo adiante ou não, consiste numa decisão íntima, de foro pessoal, que cabe apenas à mulher, pois somente ela conhece os limites do seu sofrimento.

Há de se ressaltar, portanto, que uma vez permitida a interrupção da gestação de um anencéfalo, estará sendo gerada uma faculdade à gestante e não uma obrigação, cabendo a ela decidir que caminho seguir, e caso opte por interromper a gestação não terá que enveredar pelos caminhos burocráticos da Justiça e esperar que alguém decida por ela.

Portanto, nesse contexto de absoluta insegurança jurídica, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54), perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que a obrigação de levar a termo uma gestação de feto anencefálico consiste em violação a preceito fundamental, a saber: a dignidade humana e o direito à saúde.

3.1.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) consiste numa ação constitucional que está prevista no artigo 102, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988 e é regulamentada pela Lei 9.882/1999.

Conforme prescreve o artigo 1º da referida lei, tal ação tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, *in verbis*:

Art. 1º A arguição prevista no parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

O artigo 3º desta lei elenca os requisitos necessários para a propositura desta ação.

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

- I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado;
- II – a indicação do ato questionado;
- III – a prova da violação do preceito fundamental;
- IV – o pedido, com suas especificações;
- V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que considera violado.

Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) ingressou com uma arguição de descumprimento de preceito fundamental em busca de um posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação a antecipação terapêutica do parto ante a anencefalia do feto e as conseqüências jurídicas para os profissionais da saúde. (Vide Anexo B).

O advogado constitucionalista Luís Roberto Barroso é o responsável pela representação da Confederação. E na inicial, já em nota prévia, procurou fazer a distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto, pretendendo com isso, demonstrar que a antecipação do parto em casos de anencefalia fetal está situada no âmbito da Medicina e do senso comum, diferente do que ocorre na interrupção voluntária da gravidez de concepto viável, denominada aborto.

Alguns argumentos como, a inviabilidade de vida do feto, a certeza do diagnóstico do exame e o aumento do risco para a saúde da gestante foram levantados, em conformidade com um parecer dado pelo FEBRASGO.

Em fase meritória a ação foi fundamentada nos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autonomia da vontade e a garantia da saúde da gestante previstos nos artigos 1º, 5º, 6º e 196 da Constituição Federal de 1988.

A principal alegação trazida foi o fato de que a aplicação das sanções penais impostas aos profissionais de saúde presentes nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, afastaria adoção de tais princípios constitucionais, nos casos de atestada anencefalia fetal.

O pedido principal consiste na declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, reconhecendo-se o direito da gestante de se submeter ao procedimento sem que haja necessidade de prévia apresentação de autorização judicial.

O pedido alternativo requer que, se julgado o descabimento da ADPF, que o Supremo Tribunal Federal a receba como ação direta de inconstitucionalidade. O feito foi distribuído ao Ministro Marco Aurélio para que o mesmo fosse relator do processo.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, entre outros, pleitearam sua admissão no feito como *Amicus Curiae*. No entanto, o pedido da CNBB e demais associações foi indeferido pelo relator do processo, fundamentado no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.882/99, que confere ao Ministro relator a decisão a respeito da conveniência de intervenções no processo.

O Ministro Marco Aurélio, em sede de liminar, no dia 01 de julho de 2004, acolheu os pedidos formulados na inicial, e reconheceu a relevância do pleito e o risco de manter-se o ambiente de desencontros de pronunciamentos judiciais.

Decidiu pelo sobrestamento dos demais processos e decisões não transitados em julgado relacionados a esta celeuma, e pelo reconhecimento do direito constitucional de a gestante submeter-se à antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, consoante laudo médico que ateste tal anomalia. (Vide Anexo C).

O referido Ministro (LOPES, 2008) demonstrou seu claro entendimento a respeito do assunto ao declarar:

O Código Penal viabiliza a interrupção da gravidez quando há risco de vida para a mulher. No meu entender, o risco de vida não é apenas uma questão relacionada à integridade física, mas à saúde num sentido muito mais amplo. Estou me referindo aqui à saúde psicológica da gestante. A gravidez de um feto anencefálico traz danos irreversíveis à mulher tanto do ponto de vista físico quanto do psicológico. E digo mais: quando o Código Penal foi elaborado em 1940, não havia tecnologia médica para detectar más-formações fetais. Se esse tipo de diagnóstico fosse possível naquele tempo, muito provavelmente a interrupção da gestação de fetos anencefálicos já estaria prevista no Código Penal.

Embora seja esse o entendimento do relator do processo, no dia 30 de setembro de 2004 a medida liminar por ele proferida foi revogada sob a alegação de que a repercussão do decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos.

Declarou-se, portanto, a importância de realização de audiência pública e a admissão no feito como *Amicus Curiae* de diversas entidades.

No dia 31 de julho de 2008, o Ministro relator se pronunciou realizando a intimação das partes interessadas para comparecerem em audiência pública, designando as respectivas datas para as mesmas.

3.1.2.1 Posicionamentos trazidos nas audiências públicas realizadas pelo STF¹

Devidamente intimadas, compareceram no primeiro dia de audiência a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Igreja Universal do Reino de Deus, dentre outras. Iniciados os trabalhos, a Organização Não-Governamental Católicas pelo Direito de Decidir, representada por sua presidente, Maria José Fontelas Rosado Nunes, se pronunciou em defesa do direito de a mulher interromper a gravidez em casos de anencefalia.

Apesar de ser professora, durante sua exposição ela fez questão de ressaltar que não estava ali como pesquisadora, mas “como católica, feminista, mulher e cidadã brasileira”.

Observou que no Brasil, um Estado dito laico, ainda permeia a pressão religiosa, uma vez que a legislação brasileira peca num princípio fundamental que é o direito de isonomia e autodeterminação da mulher em relação a sua gravidez, haja vista obrigar a gestante de feto anencefálico a manter a gravidez.

Ela lembrou que, nos últimos anos, 15 mil mulheres brasileiras tiveram que percorrer “uma peregrinação judicial dolorosa”, para que fosse respeitado o seu direito de interromper uma gestação de anencéfalo, constituindo, em sua opinião, “um desrespeito a mulher”.

Disse ainda que a necessidade de modificar a legislação para que permita a interrupção da gravidez em caso de anencefalia fetal, consiste numa questão de justiça social,

¹ Disponível em www.stf.gov.br

pois com isso, as mulheres pobres, que formam o grande montante de mulheres atingidas, e não possuem recursos para recorrer à Justiça, poderão fazê-lo.

Ao fim de sua exposição, Maria José leu a carta de uma mulher direcionada ao Supremo Tribunal Federal, na qual faz um apelo para que os Ministros decidam pela legalidade da interrupção da gravidez nesses casos.

Na carta, a mulher relata que teve uma gravidez cujo feto era anencefálico e, impulsionada por manifesta vontade de interromper a gravidez, recorreu à Justiça, mas teve negado esse direito em primeira instância.

Então, o Ministério Público apelou à segunda instância, mas o processo foi arquivado por falta de objeto, uma vez que a gravidez acabou tendo sido levada a termo com a conseqüente morte do bebê.

A mulher na carta afirma: “Viver uma gravidez sem esperança é acordar e dormir no desespero. Nunca vou esquecer do caixão com a filha que me obrigaram a enterrar. Não escolhemos essa tragédia, mas gostaríamos de ter o direito de não prolongá-la”.

No transcorrer as exposições a Igreja Universal do Reino de Deus apresentou posicionamento favorável à antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez onde o feto apresente má-formação cerebral.

Representada pelo Bispo Carlos Macedo de Oliveira, que afirmou que “a questão diz respeito à saúde e aos direitos da mulher, portanto a mãe é quem deve decidir sobre a possibilidade de antecipar ou não o parto”.

Afirmou ainda que “talvez nenhum de nós consiga dimensionar os agravos de uma gravidez acometida de anencefalia”.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), representada pelo Padre Luiz Antônio Bento, apresentou-se sob a perspectiva cristã, defendendo a humanidade do feto ainda que anencéfalo.

Em sua exposição o padre afirmou:

Não é possível fugir da realidade de que o aborto é a morte deliberada direta, independentemente da forma como é realizada, de um ser humano na fase inicial de sua existência. Ninguém pode autorizar que se dê a morte a um ser humano inocente, seja ele embrião, feto ou criança sem ou com má-formação, adulto, velho, doente, incurável ou agonizante.

Por outro lado, o representante da CNBB lembrou que o sofrimento da gestante e da família a todos sensibiliza, no entanto, entende que esse sofrimento não justifica e nem autoriza o sacrifício da vida que a mulher carrega em seu ventre.

Ao final das exposições, o advogado que representa a CNTS, Luiz Roberto Barroso, questionou o Padre Luiz a respeito do seu ponto de vista em relação ao momento em que se caracteriza a morte, ressaltando que, segundo o direito brasileiro, a morte ocorre quando o cérebro pára de funcionar.

Em resposta ao advogado, o Padre Luiz declarou que “não se pode declarar morta uma pessoa que ainda está viva, que tem o sistema em funcionamento”.

No segundo dia de audiência foi ouvida a pós-doutora em Bioética e professora da Universidade de Brasília (UnB), Débora Diniz, representando a ANIS, e iniciou partindo em defesa ao direito da mulher em caso de gravidez anencefálica, aproveitando a oportunidade para fazer um apelo aos Ministros do STF para que dêem provimento à ADPF nº 54.

A professora caracterizou como tortura a obrigatoriedade de a mulher levar até o fim uma gestação de feto anencefálico, lembrando que “a tortura não está no acaso de uma gravidez de um feto com anencefalia, mas no dever de se manter grávida para enterrar o filho após o parto”.

Descaracterizando a conduta de interromper a gravidez de feto anencefálico como criminosa ela afirmou:

O conceito de antecipação do parto é um retrato antropológico de como as mulheres grávidas de fetos com anencefalia descrevem o procedimento médico. Nenhuma delas o descreve como aborto. O diagnóstico de anencefalia lança uma situação ética inesperada. E elas querem descrevê-la em termos acolhedores para suas próprias vidas, e não em nome de dogmas religiosos ou verdades absolutas, distantes de suas realidades.

Continuando sua exposição em defesa do direito de escolha da mulher, Débora Diniz sustentou (:

Cuidar seriamente do caráter implacável da anencefalia pressupõe liberdade de escolha. A ADPF não as obriga. Cada uma deverá ser protegida em suas escolhas. Hoje, infelizmente, a gestação de feto anencefálico não é escolha, mas um dever, de prolongar o luto, transformar sofrimento involuntário em experiência mística, dever de uma espera sem qualquer sentido.

Em relação ao conceito de anencefalia, tratou de diferenciar tal enfermidade das demais más-formações existentes, lembrando que a anencefalia não consiste em mera deficiência.

Não há crianças com anencefalia no mundo. A ADPF só diz respeito a anencefalia, não a outro caso de má-formação. Não há risco de renascimento de eugenia entre nós. Vivemos em um Estado Democrático, que reconhece e protege as liberdades individuais, a diversidade e protege a vulnerabilidade. Não há confusão médica, a anencefalia é letal em todos os casos.

O deputado federal José Pinotti (2008), médico e integrante da Academia Nacional de Medicina, prestou esclarecimentos a respeito da anomalia em questão e a inviabilidade de vida do feto. Ele afirmou que “a anencefalia é uma patologia letal em 100% dos casos”. Segundo ele, “na medicina há poucas certezas, mas ela é possível em diagnósticos de anencefalia e óbito fetal”.

Durante sua exposição e defesa do direito de escolha da mulher, garantiu:

O que se quer é simplesmente 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. Quem tem dinheiro faz isso com toda a segurança. 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.

Em seguida foi realizada a oitiva de diversos outros médicos e especialistas da saúde, dentre os quais, o médico Everton Neves Petterson, da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, que enfatizou a capacidade de precisão no diagnóstico da anencefalia, afirmando:

Basta termos a imagem do feto, um corte transversal no pólo cefálico, e teremos a imagem ultra-sonográfica bem clássica da formação correta do desenvolvimento do sistema nervoso central. Se temos dúvida, podemos usar de alta tecnologia dentro da ciência, como a ressonância magnética. Podemos mostrar claramente o desenvolvimento do feto, o desenvolvimento de toda calota craniana e do encéfalo

deste feto, e podemos ver a total ausência da formação do encéfalo e da formação da calota craniana.

E, ao final de sua exposição, após ter discorrido acerca da anomalia, o médico defendeu a realização da antecipação de partos em casos de anencefalia, sustentando:

Nós consideramos o feto anencefálico um natimorto neurológico. Porque, do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central. Seria uma tortura psicológica obrigar a mãe a levar até o fim a gestação de um feto que nascerá morto.

Seguidos os debates, o médico geneticista Salmo Raskin falou em nome da Sociedade Brasileira de Genética Clínica, sobre o índice de ocorrência da anencefalia no Brasil, afirmando “ser algo extremamente freqüente”.

Raskin explicou ainda porque fetos portadores de anencefalia não podem ser doadores de órgãos. De acordo com o geneticista, os bebês anencefálicos não podem nem devem ser doadores de órgãos porque “eles, geralmente, morrem muito rápido e não dá tempo, pois o transplante em recém-nascidos não é feito antes do sétimo dia de vida”. E salientou, “mesmo que dê para retirar os órgãos, eles estarão comprometidos”.

Questionado pelo advogado Luis Roberto Barroso sobre tal impossibilidade, ele respondeu: “A doação não pode ser feita porque os fetos são portadores de múltiplas má-formações, sem falar naquelas que não podem ser detectadas. Além disso, os órgãos são muito pequenos e não podem ser aproveitados para o transplante”.

De destaque entre as exposições médicas foi a feita pelo médico Roberto Luiz D’Avila, representante do Conselho Federal de Medicina. Ele defendeu a possibilidade de a mãe decidir ou não ter o filho que não sobreviverá. E, enquanto médico, falou sobre a dificuldade em dizer que o bebê não poderá ser o que todos esperam.

Ele afirmou que os médicos compreendem o sofrimento das mães e dão a elas a possibilidade de continuar a gravidez, se assim desejarem, no entanto, se a mulher manifesta interesse em interromper a gravidez, defende que “ela deve ter liberdade de escolha”.

Afirmou ainda que quando é interpelado por suas pacientes a respeito do que devem fazer, orienta a procurar o Poder Judiciário.

O médico deflagrou o que chamou de “judicialização da Medicina”, afirmando estarem os médicos “absolutamente reféns das decisões judiciais”:

Estamos reféns e precisamos de uma decisão definitiva com o entendimento de que estamos agindo em benefício da paciente, respeitando aquelas que desejam manter a gravidez até o final e respeitando aquelas que não desejam. Entendemos que é atípico, que não é crime e que estamos fazendo o bem e pretendemos que esta questão seja resolvida.

Em seguida, finalizou fazendo um apelo:

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 a beneficência 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.

Na terceira audiência realizada no dia 04 de setembro de 2008, foi ouvido o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, que se posicionou em defesa ao direito de escolha da mulher em levar a gravidez de feto anencefálico adiante ou não.

Ele declarou o apoio do Ministério da Saúde à causa da ADPF nº 54:

O Ministério da Saúde defende essa garantia fundamentado, entre outras razões, na dolorosa experiência de manejo de situações em que mães são obrigadas a levar sua gestação a termo mesmo sabendo que o feto não sobreviverá após o parto.

O Ministro afirmou que o Sistema Único de Saúde (SUS) possui todo o aparato assistencial para as gestantes de fetos anencefálicos, desde o diagnóstico até a orientação ao Judiciário. Finalizou afirmando:

A tarefa de trabalhar por uma sociedade composta por brasileiros saudáveis física e mentalmente requer, no início desse terceiro milênio, sustentar a defesa da saúde como um processo que promove a civilidade. Esta, absolutamente dependente do

processo democrático e quase todos os países democráticos autorizam a antecipação do parto em caso de anencefalia.

Foi ouvida ainda a representante da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Lia Zanotta que, durante a sua participação, expôs os depoimentos de quatro mulheres que viveram a experiência de gerar um anencéfalo: Erica, Camila, Dulcéia e Michele.

Erica ao receber o diagnóstico da anencefalia fetal, indagou se o caso tinha solução, mas obteve resposta negativa. E, ao receber o consolo de um funcionário da clínica, que dizia para ela ter esperança, recrutou afirmando que “nunca um cérebro apareceria do nada”.

Durante os meses que se seguiram e, conforme sua barriga ia crescendo, Erica via a gravidez como uma tortura. Foi então que, apoiada na liminar expedida pelo Ministro Marco Aurélio, em 2004, ela interrompeu a gravidez e diz não ter se arrependido. “Se fosse para ser saudável, seria desde o começo”, afirmou Erica.

Camila relatou que após receber a notícia perdeu o interesse por sua própria vida, “não me penteava, não me levantava, era como se eu não quisesse mais viver”.

Ela conta que “sentir o bebê se mexendo dentro da barriga e viver com a idéia de ter de registrá-lo e enterrá-lo, era doloroso demais”. E após meses de intensa angústia, ela conseguiu autorização judicial para interromper a gravidez.

Dulcéia disse que ao receber a notícia se sentiu a pior pessoa do mundo, carregando um sentimento de culpa pela má-formação que acometeu seu filho.

E Michele, cuja anencefalia acometeu sua primeira gestação, disse só ter se tranquilizado passados sete meses de sua segunda gravidez.

A última especialista a se pronunciar na audiência do dia 04 de setembro foi a socióloga e cientista política Jacqueline Pitanguy, que representou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, posicionando-se a favor da interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

Utilizando-se de analogia com a lei que regulamente o transplante de órgãos, considerou o anencéfalo como morto. E, em nome do Conselho, a socióloga defendeu o direito de escolha da mulher: “O direito de escolha da mulher é um ato de proteção e solidariedade à dor e ao sofrimento das mulheres que vivenciam uma gravidez de feto anencefálico, anomalia incompatível com a vida em 100% dos casos”.

No quarto e último dia de audiência, no Supremo, foi ouvido o médico psiquiatra Talvane Marins de Moraes, especializado em Psiquiatria Forense e Medicina Legal, que

comparou a obrigação de manter um feto inviável no útero no sofrimento causado pela tortura: “É como se o Estado estivesse promovendo a tortura em uma mulher, que mais tarde pode apresentar um quadro grave de estresse pós-traumático que a leve, em situações extremas, à tentativa de auto-extermínio ou suicídio”.

A audiência transcorreu com uma série de debates e posicionamentos favoráveis, outros contra, ao direito da mulher de dispor sobre seu próprio corpo, optando por levar a gravidez adiante ou não.

Encerradas as audiências, espera-se que o Supremo Tribunal Federal se posicione a respeito de tal questão em novembro do corrente ano.

Por ser a favor da interrupção da gestação nesses casos, ciente da inviabilidade de vida do feto, o Ministro Marco Aurélio se demonstra otimista quanto à aprovação, acreditando na total unanimidade de entendimento.

Diante de tudo quanto foi exposto, percebe-se que o âmbito jurídico é somente um a mais entre os abrangidos por tal polêmica, uma vez que a questão suscita interesses religiosos, éticos, médicos e, principalmente, individuais.

Espera-se, portanto, que o Supremo, última instância do cidadão, possa dirimir e pacificar tal celeuma.

3.2 Pela legalização da interrupção da gravidez de feto anencefálico

A discussão acerca da antecipação do parto quando comprovada a anencefalia fetal tem suscitado calorosos debates, uma vez ser o ponto de confluência das mais diversas vertentes.

O Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito, de caráter laico, com compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana, com a cidadania e o pluralismo político, conforme já mencionado anteriormente. Não há, pois, razão para que se confundam questões jurídicas com morais.

Considerando uma sociedade formada por diversas culturas e critérios religiosos, não raro encontrar-se-ão pessoas ou grupos que pensem e ajam de maneira diferente, o Estado, pois, não pode nem deve se deixar influenciar pelas mais diversas vertentes morais existentes, haja vista seu papel principal ser o de garantir a igualdade, a segurança e os mínimos vitais à sociedade como um todo.

Tal papel pode ser desempenhado pelo Estado através do estabelecimento e da garantia dos direitos fundamentais assegurados na Carta Magna, a começar pelos direitos de liberdade que equivalem a outros tantos direitos à própria identidade cultural, quer seja ela homogênea ou diferente, majoritária ou minoritária e até liberal ou antiliberal.

É exatamente buscando essa neutralidade moral, ideológica e cultural e, portanto, na sua não-invasão da vida privada das pessoas, exceto para proibir condutas que prejudiquem terceiros, que reside a laicidade do Direito e do Estado brasileiro.

Sendo assim, a expulsão do feto anencefálico do útero materno poderá para alguns refletir-se num comportamento moralmente reprovável, o que não configura razão suficiente para acarretar uma proibição jurídica.

A invocação à proteção de Deus, no ato de promulgação da Carta Magna, não implica dizer que a República Federativa do Brasil se tenha transformado num Estado teocrático. Pelo contrário, a Constituição Federal explicita claramente o caráter não-confessional do modelo estatal escolhido. No preâmbulo, onde consta a invocação referida, o legislador constituinte deixou devidamente consignado que o Estado Democrático se destina a assegurar o exercício dos direitos individuais, da liberdade, da igualdade e da justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O Estado brasileiro não é sujeitável, portanto, a nenhuma religião e, por isso, não se pode admitir que princípios religiosos disciplinem a sua atuação. Cada brasileiro é inteiramente livre para adotar a religião que lhe aprouver, mas não poderá exigir que o Estado faça valer, em relação àqueles que não possuem a mesma crença, os fundamentos dessa fé religiosa.

Estado e religião estão, portanto, totalmente apartados por um muro que favorece a igualdade entre os crentes e os não crentes, entre santos e libertinos, entre os redimidos e os condenados, sendo todos igualmente cidadãos e que possuem o mesmo conjunto de direitos constitucionais.

Consiste tarefa do Estado assegurar à gestante de anencéfalo o seu direito de decidir pela manutenção ou não do processo gestacional, e, caso opte por interromper, sem correr o risco de lhe ser imputada uma sanção criminal.

Essa opção encontra assento em regras constitucionais como o direito à liberdade, o direito à autonomia da vontade, o direito à saúde e, sobretudo, o direito à dignidade da pessoa humana.

Resta claro, portanto, que o Estado ao incriminar a conduta de gestante de feto anencefálico, está lhe cerceando todos esses direitos, os quais deveria ser garantidor. Além do

mais, embora existam diversos julgados autorizando a permissão da interrupção da gravidez, obrigar que a mulher, passando por todo o sofrimento que é a morte pré-anunciada de um filho, ainda tenha que se submeter a um processo judicial ficando a mercê da espera de uma decisão que, talvez não lhe seja favorável, denota uma clara violação do papel de garantidor do Estado.

Destarte, muitas vezes a decisão não ser proferida a tempo, vindo a gravidez a termo, tendo a mulher que passar por um sofrimento que quis evitar.

Ressalte-se, contudo, que legalizar a interrupção da gravidez em caso de anencefalia fetal, não consiste em torná-la obrigatória, uma vez que a norma deverá possuir caráter permissivo, como forma de atribuir a quem, de fato e de direito, pertence a decisão, qual seja: a gestante.

Não se pode conceber um Estado, cuja Constituição garanta o bem-estar de seus cidadãos, viver em meio a tamanha insegurança jurídica, em virtude de a lei penal vigente ser arcaica e não acompanhar os avanços da ciência.

Portanto, a esperança das mulheres que protagonizam esse drama, das famílias abatidas por tal infortúnio, dos médicos garantidores da saúde da população é que essa questão seja pacificada através do entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e que os direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal possam, de fato, ser garantidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início da pesquisa, procurou-se tratar sobre o aborto, enfocando seu contexto histórico, bem como sua aplicabilidade na Legislação Penal vigente. Constatando-se que, apesar de a conduta de interromper a gestação ser tipificada como crime, o próprio diploma legal admite exceções, que consistem em causas excludentes de ilicitude tanto da gestante quanto do terceiro provocador da prática abortiva.

Donde se pôde inferir que a vida intra-uterina, para o Código Penal, nem sempre se encontra no patamar da inviolabilidade, podendo, em alguns casos, ser preterida em função de bens jurídicos considerados superiores, como a vida da gestante e sua honra.

Tratou-se ainda a respeito da anencefalia, má-formação fetal incompatível com a vida, abordando seus aspectos conceituais, suas causas, bem como sua irreversibilidade e a inviabilidade da vida do feto. De tal forma, procurou-se ponderar os danos físicos e psíquicos advindos de uma gestação de feto anencefálico.

Embora sejam discutíveis os danos físicos ocasionados à gestante em virtude de tal gestação, foram trazidos relatos de médicos especialistas que atestam o risco de se levar uma gravidez desse tipo adiante, dentre os quais se destacam o polihidrâmnio e a hipertensão.

No entanto, incontestáveis se mostraram os danos psíquico-morais ocasionados à mulher que se vê obrigada a dar continuidade a tal gestação. De fato, ao se depararem com tal diagnóstico estas mulheres encontram-se em situação de extrema angústia e desespero, e ter que esperar nove meses para dar a luz à um filho que ela tem certeza que logo virá a óbito, consiste em situação análoga a tortura.

Por ser uma questão convergente, haja vista abranger diversos âmbitos da sociedade, foram trazidos posicionamentos dos setores abrangidos por tal celeuma, dentre os quais mereceram destaque a Igreja e a Medicina.

Pelos dados trazidos, foi possível se verificar uma total intolerância a intransigência da Igreja a respeito do assunto, uma vez que consideram existir vida em qualquer aspecto gestacional, sejam quais forem as condições de sobrevivência do feto ou riscos gerados à mãe.

Tal intolerância foi demonstrada de igual maneira por acreditarem que permitindo que seja realizada a interrupção da gravidez de feto anencefálico, estaria sendo realizado um processo de seleção da raça humana, fazendo-se, dessa forma, apologia ao nazismo e pré-anunciando o retorno da eugenia.

No entanto, para que fosse possível verificar o quão falhos e infundados são os argumentos trazidos por tal entidade, foram aventados esclarecimentos científicos concedidos por médicos especialistas, que atestam ser a anencefalia uma má-formação irreversível e incompatível com a vida, não possuindo o feto qualquer possibilidade de sobrevivência.

Desta feita, por restar comprovado que não existe vida ou qualquer possibilidade dela em um feto anencefálico, não existe o crime de aborto, haja vista o objeto material de tal conduta ser a vida viável do concepto, desconfigurando, pois, qualquer possibilidade incriminatória da gestante que vier a praticar a interrupção de uma gravidez deste gênero.

No decorrer do trabalho foi tratado ainda do perfil das mulheres que se deparam com o diagnóstico de anencefalia fetal durante a gestação. Trazendo dados estatísticos foi possível demonstrar que muitas delas possuem baixa renda e não tem meios de recorrer à Justiça quando decidem interromper a gravidez, submetendo-se, para tanto, a processos clandestinos e perigosos.

Não obstante, foi possível ser retratado ainda na pesquisa todo o drama que estas mulheres vivem, que se inicia com o diagnóstico da anencefalia e todo o sofrimento advindo desta. A angústia de esperar por um filho morto, a decisão de interromper a gravidez, os entraves encontrados para realizar esta interrupção, o processo judicial, a submissão a uma decisão que virá de alguém alheio à sua dor e, em alguns casos, o não favorecimento ou intempestividade da decisão.

Dentro de tal contexto social de insegurança jurídico e vendo-se diante da impossibilidade de garantir o bem-estar e cuidados necessários às suas pacientes, foi que a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, ingressara com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, visando garantir a estas mulheres os direitos que lhe são assegurados pela Constituição Federal de autonomia da vontade, liberdade, dignidade e saúde.

Tal ação constitucional foi trazida e comentada durante o trabalho. Tendo sido colacionados os depoimentos apresentados durante os dias de audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal, onde foram ouvidas as partes interessadas em tal questão, tais como entidades religiosas, grupos feministas, médicos e especialistas da saúde.

O processo ainda encontra-se em trâmite no Supremo, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio que, conforme apresentado na pesquisa, mostra-se otimista em relação a legalização da interrupção de gravidez de anencéfalo, muito embora, ao fim deste trabalho nenhum posicionamento tenha sido tomado referente a tal questão.

Indubitável, pois, a contribuição social de tal pesquisa, uma vez que esta realidade abate um número cada vez maior de mulheres e suas famílias, fazendo-as protagonistas de um drama proporcionado pelos entraves impostos pela lei penal ao não permitir a realização da interrupção da gravidez, violando direitos fundamentais assegurados às mesmas.

Desta forma, o que se pôde concluir ao final da pesquisa é que, diante do quadro da anencefalia, a maior vítima, depois do feto, é a mulher, uma vez que, tendo que levar a gravidez adiante sofre danos físicos e sérios e irreversíveis abalos psíquicos, além de ter sua liberdade e autonomia cerceadas, assim como, sua dignidade violada.

Entende-se, pois, que a escolha pela interrupção da gravidez deve caber somente a mulher, não tendo a mesma que se submeter a processos judiciais ficando a mercê de decisões de outrem, concedendo-lhe o direito de livre decisão e garantindo-lhe os direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna. Essa é a medida maior de Justiça.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Eugenio Ponce Leon de. *A morte de um filho e suas repercussões familiares*. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo725.shtml>>. Acesso em: 25 set. 2008.

ANDALRAFT NETO, Jorge. *Anencefalia*: posição da FEBRASGO. Disponível em: <<http://www.febrasgo.itarget.com.br>>. Acesso em: 01 out. 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4834/2005. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 13 set. 2008.

_____. *Código Civil*: Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 out 2008.

_____. *Código Penal*: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 05 out. 2008.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. STF. *Notícias*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaUltima.asp>>. Acesso em 05 set. 2008.

_____. STJ. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 27/04/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADPF\\$.SCLA.%20E%2054.NUME.\)%20OU%20\(ADPF.ACMS.%20ADJ2%2054.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADPF$.SCLA.%20E%2054.NUME.)%20OU%20(ADPF.ACMS.%20ADJ2%2054.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 02 out. 2008.

_____. TJMG. *Apelação Cível nº 1.0024.06.199818-3/001* - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(s): Ministério Público Estado Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. Nilo Lacerda. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=6&txt_processo=199818&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 05 out. 2008.

_____. TJRS. *Apelação Crime Nº 70005037072*. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 12/09/2002. Disponível em:

<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70005037072&num_processo=70005037072&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em 05 out. 2008.

_____. TJRS. *Apelação Crime N° 70011400355*. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 14/04/2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70011400355&num_processo=70011400355&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em: 05 out. 2008.

_____. TJRS. *Apelação Crime N° 70011918026*, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 09/06/2005. **RJTJRS** v-252 p-86. 2005.

_____. TJRS. *Habeas Corpus N° 70020596730*. Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 25/07/2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70020596730&num_processo=70020596730&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em: 05 out. 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO Teresa Robichez de. *Estudo de Caso: Antecipação Terapêutica do Parto em Caso de Anencefalia Fetal*. Disponível em: <www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/cgi-bin/PRG_0599.EXE/8598_6.PDF?NrOcoSis=25443&CdLinPrg=pt>. Acesso em: 15 out. 2008.

CNBB. *Aborto do Feto Anencefálico*: arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://br.geocities.com/worth_2001/CNBBABORT.html>. Acesso em: 15 out. 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.752*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm>. Acesso em: 15 set. 2008.

FÁVERO, Flaminio. *Medicina Legal*. v. 1-2. São Paulo: Martins, 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. São Paulo: Positivo Editora, 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. *Revista ICP – Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v.1., p.15-86. 2006.

_____. *Anencefalia*: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. Disponível em: <http://www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf>. Acesso em: 12 out. 2008.

FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro. Impossível a sobrevida do feto, deve ser autorizado o aborto. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n.11, 1993, p.02.

GAIOTTI, Thais Tech; SHINZATO Simone. *Visão jurídica a respeito do aborto de fetos portadores de anencefalia*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/X/17/73/1773/>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. V. II. Niterói: Impetus, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*: parte especial. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Cecília Érika D'Almeida. *Gestantes de fetos anencéfalos*: mulheres que lutam. Disponível em: <http://www.ffb.edu.br/_download/Dialogo_Juridico_n5_07.PDF>. Acesso em: 18 out. 2008.

LOCATELLI, Piero. Mulher diz ter sentido paz e alívio após interromper gravidez de feto anencéfalo. *UOL Ciência e Saúde*, São Paulo, 04 set. 2008. Disponível em: <<http://cienciaesaude.uol.com.br/ultnot/2008/09/04/ult4477u969.jhtm>>. Acesso em: 12 out. 2008.

LOPES, Adriana Dias. *Pelo fim da hipocrisia*. Disponível em: <http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/conteudo_299067.shtml>. Acesso em: 12 out. 2008.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v. I, IV. Campina: Millenium Editora, 1999.

MELLO, Marco Aurélio. Pelo fim da hipocrisia. **Revista Veja**. São Paulo. 03 set. 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia de volta. **Jornal da Ciência**, SBPC, 27 ago. 2008. Disponível em: < <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalle.jsp?id=58235> >. Acesso em: 14 out. 2008.

_____. *Anencefalia*: opinião. Disponível em: <<http://www.febrasgo.itarget.com.br>>. Acesso em: 01 out. 2008.

PONTES, Manuel Sabino. *A anencefalia e o crime de aborto*: atipicidade por ausência de lesividade. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 25 set. 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002..

PRADO, Simone Marcussi de Almeida. *O direito à vida mesmo que por um dia*: o aborto do anencéfalo. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo706.shtml>>. Acesso em: 25 set. 2008.

SENEDA, Marcelo. *Sobre o aborto dos anencéfalos*. Disponível em: <<http://www.portal.dafamilia.org/artigos/artigo719.shtml>> . Acesso em 25 set. 2008.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal*: parte especial. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aborto por anomalia fetal e o direito atual. **Revista Jurídica Consulex**, ano VIII – nº 174, 15 de abril, 2004.

GLOSSÁRIO

ALFALFETOPROTEÍNA: É uma proteína liberada pelo feto, através da urina, no líquido amniótico. A AFP entra na corrente sanguínea da mãe pela placenta, podendo ser a partir daí, medida. Quanto maior a taxa de AFP, maiores são as chances da ocorrência da anencefalia.

CALOTA CRANIANA: Também chamada de calvária, é formada pelos ossos temporais, frontais e parietais, onde se encontra a parte cerebral do Sistema Nervoso Central.

CÉREBRO: Constitui a parte mais importante do Sistema Nervoso Central; localiza-se na caixa ou calota craniana, ocupando-a quase totalmente. Tem forma ovóide, dividido em duas partes simétricas chamadas hemisférios. Para cada parte do corpo, corresponde uma área sensitiva e uma motora: estimulando-se com elétrodo uma dessas áreas, obtém-se uma sensação ou provoca-se um movimento.

CÉREBRO-TRONCO: Muito conhecido por “tronco encefálico”, compreende o mesencéfalo, a ponte e a medula oblonga. Junto com a medula espinhal, controla muitas das funções inconscientes do corpo, tais como o batimento cardíaco, e coordena a maior parte dos movimentos voluntários.

DIENCÉFALO: Região intermediária do encéfalo, situada abaixo dos hemisférios cerebrais.

ENCÉFALO: Parte do Sistema Nervoso Central localizado na caixa craniana. É formado pelo cérebro, pelo cerebelo e pela porção mais alta do bulbo.

ETIOLOGIA: Ramo que estuda as causas que provocam o aparecimento dos processos patológicos.

HEMISFÉRIOS CEREBRAIS: São as subseções a que se divide o cérebro, ligadas entre si por uma ponte de substância branca (corpo caloso).

HIPOTÁLAMO: Parte inferior do diencéfalo, situada abaixo do tálamo.

LÍQUIDO AMNIÓTICO: É o líquido que se encontra dentro da bolsa amniótica e circunda todo o feto.

MASSA ENCEFÁLICA: É a massa do cérebro, formada pelos neurônios. Compreende a massa branca e a massa cinzenta.

MESENCÉFALO: Parte do cérebro situada entre o diencéfalo e o cerebelo. Compreende os pedúnculos cerebrais e a lâmina tectal, da qual saem os colículos inferiores e superiores. No mesencéfalo localizam-se os núcleos de origem do terceiro e do quarto par de nervos cranianos, o núcleo mesencefálico do nervo trigêmeo e o núcleo rubro.

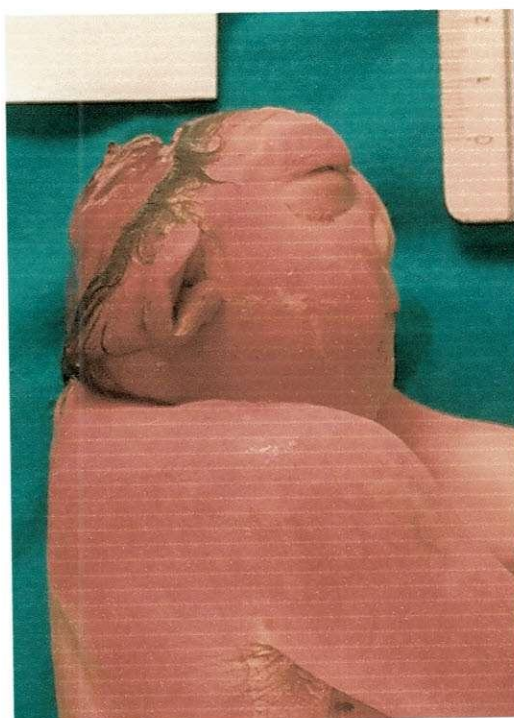
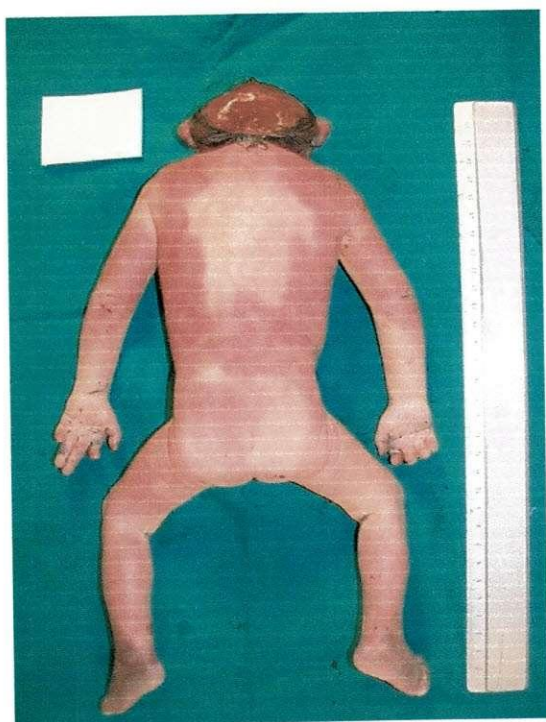
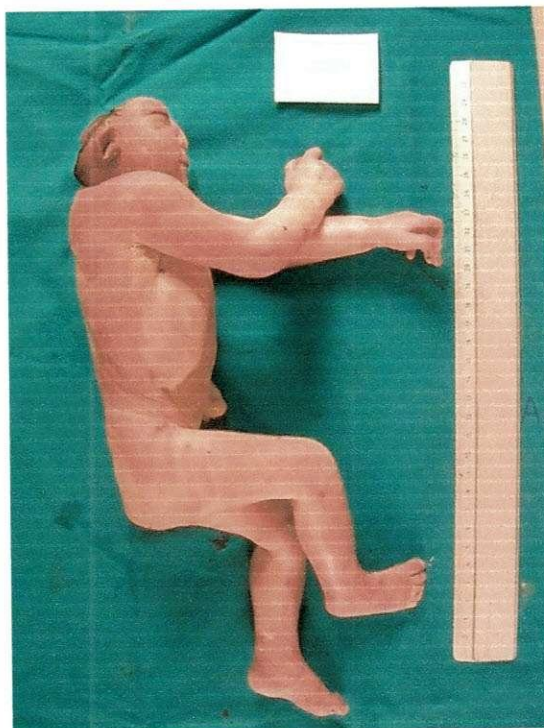
POLIHIDRÂMNIÓ: Aumento do líquido contido na cavidade amniótica, mais frequentemente observado nos casos de nefrite, diabete, gravidez dupla ou anencefalia do feto.

SEGMENTO CEFÁLICO FETAL: É a parte do cérebro compreendida pelos hemisférios, cerebelo e bulbo.

TÁLAMO: Constitui-se de dois núcleos volumosos de substância cinzenta, presentes no diencéfalo, situados de cada lado do terceiro ventrículo e unidos entre si por comissuras.

TUBO NEURAL: Sistema nervoso do embrião. Forma-se pela fusão das células da placa neural, que dobram sobre si mesmas. Mais tarde, este tubo evolui, tornando-se a coluna vertebral. Depois de muitas transformações, seu pólo superior constitui o cérebro.

ANEXO A

FOTOS DE CASOS DE ANENCEFALIA²

² Disponível em: <<http://www.anecephalie-info.org/p/fotografias.html>>. Acesso em: 12 out. 2008.



ANEXO B

PETIÇÃO INICIAL DA ADPF Nº 54

Luís Roberto Barroso


Associados
 ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

 NELSON NASCIMENTO DIZ
 CARMEN TIBURCIO

 ROBERTO BERNARDES BARROSO
 LUÍS ROBERTO BARROSO
 ANA PAULA DE BARCELLOS
 LUÍS EDUARDO B MOREIRA
 VIVIANE PEREZ
 KARIN BASILIO KHALIL
 MARINA GAENSLEY
 RAFAEL BARROSO FONTELLES
 BERNARDO DO AMARAL PEDRETE
 FREDERICO MONTEDONIO
 DANIELLE LINS LIMA LEAL
 BRUNA CARNEIRO TAVARES PEREIRA
 EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA
 ERICK TAVARES RIBEIRO
 MARIA LUISA MARQUES MOREIRA
 GABRIELLE CIONI BITTENCOURT
 ANA CLAUDIA DA SILVA FRADE

 Av. Rio Branco, 195 - 21º andar
 Rio de Janeiro - RJ
 20040-006 - Brasil
 Tel.: (21) 2221.1177
 Fax: (21) 2221.8192
 lrbarroso@lrbarroso.com.br
 www.lrbarroso.com.br

 EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
 Coordenadoria de Registros
 e Informações Processuais
 17/08/2004 16:39 67116


ADFP - 54

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS

TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS, entidade sindical de terceiro grau do sistema confederativo, inscrita no CNPJ sob o nº 67.139.485/0001-70 e registrada no Ministério do Trabalho sob o nº 24000.000490/92, com sede e foro na SCS – Qd. 01 – Bl. G – Edifício Bacarat, sala 1605, Brasília, DF, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e no art. 1º e segs. da Lei nº 9.882, de 3.12.99, por seu advogado ao final assinado (doc. nº 01), que receberá intimações na Av. Rio Branco, nº 125, 21º andar, Centro, Rio de Janeiro, vem oferecer **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**, indicando como preceitos vulnerados o art. 1º, IV (a dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República, e como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40).

163

A violação dos preceitos fundamentais invocados decorre de uma específica aplicação que tem sido dada aos dispositivos do Código Penal referidos, por diversos juízes e tribunais: a que deles extrai a proibição de efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina. O pedido, que ao final será especificado de maneira analítica, é para que este Tribunal proceda à interpretação conforme a Constituição de tais normas, pronunciando a inconstitucionalidade da incidência das disposições do Código Penal na hipótese aqui descrita, reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.

A demonstração da satisfação dos requisitos processuais, bem como da procedência do pedido, de sua relevância jurídica e do perigo da demora será feita no relato a seguir, que obedecerá ao roteiro apresentado acima.

I. NOTA PRÉVIA

ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO NÃO É ABORTO

1. A presente ação é proposta com o apoio técnico e institucional da ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, associação civil com sede em Brasília, voltada para a defesa e promoção da bioética, dos direitos humanos e dos grupos vulneráveis, dentre outros fins institucionais¹. A ANIS apenas não figura formalmente como co-autora da ação à vista da jurisprudência dessa Corte em relação ao direito de propositura. Requer, no entanto, desde logo, sua admissão como *amicus*

¹ A ANIS tem, nos termos do art. 3º de seu Estatuto, como objetivos institucionais: defender e promover a bioética, a paz, os direitos humanos, a democracia e outros valores considerados universais; defender e promover a cidadania e a liberdade por meio da difusão de princípios bioéticos pautados nos direitos humanos; colaborar no combate de todas as formas de opressão social e discriminação, especialmente de gênero, que impeçam o exercício da liberdade; e difundir a bioética como um instrumento eficaz na proteção dos direitos humanos, especialmente de grupos vulneráveis, no Brasil ou em qualquer parte do mundo (doc. nº 05).

curiae, por aplicação analógica do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.99.

2. No Brasil, como em outras partes do mundo, é recorrente o debate acerca da questão do aborto e de sua criminalização, com a torrente de opiniões polarizadas que costuma acompanhá-lo. O Código Penal de 1940, como se sabe, tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Esta visão, nos dias atuais, está longe de ser pacífica. A diversidade de concepções acerca do momento em que tem início a vida tem alçado este tema à deliberação de parlamentos e cortes constitucionais de diversos países, como Estados Unidos², Canadá³, Portugal⁴, Espanha⁵, França⁶ e Alemanha⁷, dentre outros. Na presente ação, todavia, passa-se ao largo dessa relevante discussão, com todas as suas implicações filosóficas, religiosas e sociais. A argumentação desenvolvida, portanto, não questiona o tratamento dado ao aborto pelo direito positivo brasileiro em vigor,

² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e, mais recentemente, *Planned Parenthood of Southwestern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992). Nos Estados Unidos, reconhece-se à mulher o direito constitucional amplo para realizar aborto no primeiro trimestre de gravidez. Em relação ao segundo e ao terceiro trimestres, as restrições instituídas por leis estaduais podem ser progressivamente mais severas.

³ *Morgentaler Smoling and Scott v. The Queen* (1988). No julgamento desse caso, a Suprema Corte canadense reconheceu às mulheres o direito fundamental à prática do aborto. Esta nota e as quatro subseqüentes beneficiam-se de pesquisa desenvolvida pelo Doutor e Procurador da República Daniel Sarmiento, gentilmente cedida ao signatário da presente.

⁴ O Tribunal Constitucional português reconheceu a constitucionalidade de lei que permitia o aborto em circunstâncias específicas, dentre elas o risco à saúde física ou psíquica da gestante, feto com doença grave e incurável, gravidez resultante de estupro e outras situações de estado de necessidade da gestante (Acórdão 25/84).

⁵ A Corte Constitucional espanhola considerou inconstitucional lei que autorizava o aborto em casos de estupro, anomalias do feto e riscos à saúde física e mental da mãe porque a lei não exigia prévio diagnóstico médico nos casos de má-formação fetal e risco à saúde da gestante.

⁶ Em 1975, foi editada lei francesa permitindo o aborto, a pedido da mulher, até a 10ª semana de gestação, quando a gestante afirmasse que a gravidez lhe causa angústia grave, ou a qualquer momento, por motivos terapêuticos. A norma foi submetida ao controle de constitucionalidade (antes de editada) e ao controle de convencionalidade (após sua edição), tendo sido considerada compatível tanto com a Constituição francesa quanto com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Hoje, outra norma cuida da matéria, mantendo a possibilidade relativamente ampla de aborto na França.

⁷ Na Alemanha, após uma posição inicial restritiva, materializada na decisão conhecida como "Aborto I" (1975), a Corte Constitucional, em decisão referida como "Aborto II" (1993), entendeu que uma lei que proibisse em regra o aborto, sem criminalizar a conduta da gestante, seria válida, desde que adotasse outras medidas para proteção do feto. Registrou, contudo, que o direito do feto à vida, embora tenha valor elevado, não se estende a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais da gestante, havendo casos em que deve ser permitida a realização do aborto.

posição que não deve ser compreendida como concordância ou tomada de posição na matéria.

3. O processo objetivo que aqui se instaura cuida, na verdade, de hipótese muito mais simples. A antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos situa-se no domínio da medicina e do senso comum, sem suscitar quaisquer das escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária da gravidez viável⁸. Nada obstante, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal tornou-se indispensável na matéria, que tem profundo alcance humanitário, para libertá-la de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstáculos à atuação dos profissionais de saúde.

II. A HIPÓTESE

ANENCEFALIA, INVIABILIDADE DO FETO E ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO

4. A *anencefalia* é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico⁹. Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal¹⁰. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida

⁸ Inexiste qualquer proximidade entre a pretensão aqui veiculada e o denominado aborto *eugênico*, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade da vida extra-uterina do ser nascido, o que não é o caso em relação à anencefalia.

⁹ Richard E. Behrman, Robert M. Kliegman e Hal B. Jenson, *Nelson/Tratado de Pediatria*, Ed. Guanabara Koogan, 2002, p. 1777.

¹⁰ Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 101.

extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.

5. Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevida de no máximo algumas horas após o parto. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa¹¹. Aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterino¹².

6. O exame pré-natal mais comumente utilizado para detectar anomalias resultantes de má-formação fetal é a ecografia¹³. A partir do segundo trimestre de gestação, o procedimento é realizado através de uma sonda externa que permite um estudo morfológico preciso, incluindo-se a visualização, e.g., da caixa craniana do feto. No estado da técnica atual, o índice de falibilidade dessa espécie de exame é praticamente nulo, de modo que seu resultado é capaz de gerar confortável certeza médica.

7. Uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. O mesmo, todavia, não ocorre com relação ao quadro clínico da gestante. A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos. De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal¹⁴. Assim, a *antecipação do parto* nessa

¹¹ Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 44.

¹² Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro, *Aborto por anomalia fetal*, 2003, p. 102.

¹³ V. definição constante do *Dicionário enciclopédico de medicina* (A. Céu Coutinho), p. 748: "Método auxiliar de diagnóstico baseado no registro gráfico de ecos de ultra-sons que são emitidos e captados por um aparelho especial que emite as ondas e capta os seus reflexos, fazendo também o seu registro gráfico (ecograma).".

¹⁴ Em parecer sobre o assunto, a FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia atesta: "As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstétrica nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente. C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). D) Associação

hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução.

8. Como se percebe do relato feito acima, a antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto, tal como tipificado no Código Penal. O aborto é descrito pela doutrina especializada como “a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)”¹⁵. Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os 9 meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal. Ao ponto se retornará adiante.

9. Note-se, a propósito, que a hipótese em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a Parte Especial daquele diploma, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma.

com vasculopatia periférica de estase. E) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo. G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.” (doc. n° 06)

¹⁵ Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, 2002, p. 424.

III. DO DIREITO

QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES E FUNDAMENTOS DO PEDIDO

III.1. Preliminarmente

a) Legitimação ativa e pertinência temática

10. Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, a legitimação ativa para a ADPF recai sobre os que têm direito de propor ação direta de inconstitucionalidade, constantes do elenco do art. 103 da Constituição Federal¹⁶. Tal é o caso da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que é uma confederação sindical (CF, art. 103, IX), de acordo com o art. 535 da CLT, com registro no Ministério do Trabalho (doc. nº 03) e tem âmbito nacional (Estatuto Social, art. 1º - doc. nº 02). Há exposto reconhecimento, nesse sentido, por parte do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento das ADIns nº 1.458 (Rel. Min. Celso de Mello)¹⁷ e 1.497 (Rel. Min. Marco Aurélio)¹⁸.

11. A pertinência temática é igualmente inequívoca. A CNTS tem, dentre suas finalidades, a de substituir e/ou representar, perante as autoridades judiciárias e administrativas, os interesses individuais e coletivos da categoria profissional dos trabalhadores na saúde (Estatuto, art. 3º, *h*). Ora bem: os trabalhadores na saúde, aí incluídos médicos, enfermeiros e outras categorias que atuam no procedimento de antecipação terapêutica do parto, sujeitam-se a ação penal pública por violação dos dispositivos do Código Penal já mencionados, caso venham a ser indevidamente interpretados e aplicados por juízes e tribunais. Como se percebe intuitivamente, a questão ora submetida à apreciação dessa Corte

¹⁶ CF, art. 103: "Pode propor a ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

¹⁷ STF, ADIn/MC 1.458-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996.

¹⁸ STF, ADIn/MC 1.497-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.12.2002.

afeta não apenas o direito das gestantes, mas também a liberdade pessoal e profissional dos trabalhadores na saúde.

12. Caracterizadas a legitimação ativa e a pertinência temática, cabe agora examinar a presença dos requisitos de cabimento da ADPF.

b) Cabimento da ADPF

13. A Lei nº 9.882, de 3.12.99, que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁹, contemplou duas modalidades possíveis para o instrumento: a arguição autônoma e a incidental. A arguição aqui proposta é de natureza *autônoma*, cuja matriz se encontra no *caput* do art. 1º da lei específica, *in verbis*:

"Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público".²⁰

14. A ADPF autônoma constitui uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Tem por singularidade, todavia, o parâmetro de controle mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle mais amplo, compreendendo os atos do Poder Público em geral, e não apenas os de cunho normativo.

¹⁹ Anteriormente à promulgação desse diploma legal, a posição do Supremo Tribunal Federal era pela não-autoaplicabilidade da medida. V. DJU, 31.05.1998, Ag. Reg. na Pet. 1.140, rel. Min. Sydney Sanches.

²⁰ A arguição incidental decorre do mesmo art. 1º, parágrafo único, I: "Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição", combinado com o art. 6º, § 1º da mesma lei: "Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações,

15. São três os pressupostos de cabimento da arguição autônoma: (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental; (ii) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; (iii) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Confira-se, a seguir, a demonstração da satisfação de cada um deles na hipótese aqui examinada.

(i) Ameaça ou violação a preceito fundamental

16. Nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução “preceito fundamental”. Nada obstante, há substancial consenso na doutrina de que nessa categoria não de figurar os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa tipificação, compreendendo, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5º e segs). Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (art. 34, VII), que são aqueles que, por sua relevância, dão ensejo à intervenção federal²¹.

17. Conforme será aprofundado pouco mais à frente, na questão aqui posta os preceitos fundamentais vulnerados são: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República brasileira; a cláusula geral da liberdade, extraída do princípio da legalidade (art. 5º, II), direito fundamental previsto no Capítulo dedicado aos direitos individuais e coletivos; e o direito à saúde (arts. 6º e 196), contemplado no Capítulo dos direitos sociais e reiterado no Título reservado à ordem social.

em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (grifo acrescentado).

²¹ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* (obra ainda inédita), 2004.

(ii) Ato do Poder Público

18. Como decorre do relato explícito do art. 1º da Lei nº 9.882/99, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados do Poder Público, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Na presente hipótese, o ato estatal do qual resulta a lesão que se pretende reparar consiste no conjunto normativo extraído dos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, ou mais propriamente, na interpretação inadequada que a tais dispositivos se tem dado em múltiplas decisões (docs. nºs 7 a 9). Os dispositivos têm a seguinte dicção:

“Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

“Aborto provocado por terceiro

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”

“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.”

19. O que se visa, em última análise, é a interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.

(iii) Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade (subsidiariedade da ADPF)

20. A exigência de “inexistir outro meio capaz de sanar a lesividade” não decorre da matriz constitucional do instituto. Inspirada por dispositivos análogos, relativamente ao recurso constitucional alemão²² e ao recurso de amparo espanhol²³, a subsidiariedade da ADPF acabou por constar do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99:

“§ 1º. Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

21. A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm construído o entendimento de que a verificação da subsidiariedade em cada caso depende da *eficácia* do “outro meio” referido na lei, isto é, da espécie de solução que as outras medidas possíveis na hipótese sejam capazes de produzir²⁴. O *outro meio* deve proporcionar resultados semelhantes aos que podem ser obtidos com a ADPF. Ora, a decisão na ADPF é dotada de carácter vinculante e contra todos, e dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá

²² A Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal exige, em seu § 90, alínea 2, que antes da interposição de um recurso constitucional seja esgotada regulamentemente a via judicial.

²³ Lei Orgânica 2, de 3.10.79, do Tribunal Constitucional, art. 44, 1, a.

²⁴ Embora na ADPF nº 17 (DJU 28.09.2001), o relator, Min. Celso de Mello, não tenha conhecido da arguição, por aplicação da regra da subsidiariedade, esse ponto não lhe passou despercebido, como se vê da transcrição da seguinte passagem de seu voto: “É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação da lesividade.

Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público” (negrito no original).

atingir tais efeitos²⁵. Ademais, caso, a pretexto da subsidiariedade, se pretendesse vedar o emprego da ADPF sempre que cabível alguma espécie de recurso ou ação de natureza subjetiva, o papel da nova ação seria totalmente marginal e seu propósito não seria cumprido. É por esse fundamento, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF autônoma, que o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

22. Assim, não sendo cabível qualquer espécie de processo objetivo – como a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade –, caberá a ADPF. Esse é o entendimento que tem prevalecido nesse Eg. STF²⁶.

23. No caso presente, as disposições questionadas encontram-se no Código Penal, materializado no Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40. Trata-se, como se percebe singelamente, de diploma legal pré-constitucional, não sendo seus dispositivos originais suscetíveis de controle

²⁵ A exceção pode ocorrer em certas hipóteses de ação popular ou de ação civil pública.

²⁶ DJU 2.12.2002, p. 70, ADPF 33-5, Rel. Min. Gilmar Mendes; "De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.

(...) Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogados ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

(...) Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

(...) Assim, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional".

mediante ação direta de inconstitucionalidade, consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁷. Não seria hipótese de ação declaratória de constitucionalidade nem de qualquer outro processo objetivo.

24. Pelas razões expostas, afigura-se fora de dúvida o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental na hipótese.

III.2. No mérito: preceitos fundamentais violados

25. No início desta peça, mencionou-se que a hipótese aqui em exame não envolve os elementos discutidos quando o tema é aborto. De fato, a discussão jurídica acerca da interrupção da gravidez de um feto viável envolve a ponderação de bens supostamente em tensão: de um lado, a potencialidade de vida do nascituro e, de outro, a liberdade e autonomia individuais da gestante²⁸. Como já referido, no caso de feto anencefálico, há certeza científica de que o feto não tem potencialidade de vida extra-uterina.

26. Diante disso, o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante. O reconhecimento de seus direitos fundamentais, a seguir analisados, não é a causa da lesão a bem ou direito de outrem – por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro²⁹,

²⁷ STF, DJU 21.11.1997, p. 60.585, ADIn nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard. Sobre este tópico específico e as sutilezas que pode envolver, v. itens 45 e segs. da presente petição, nos quais se veicula o pedido alternativo.

²⁸ Sobre a ponderação de bens como técnica de decisão, v. na doutrina brasileira o trabalho pioneiro de Daniel Samento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000.

²⁹ Aurélio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2ª ed., 36ª, imp.: "Nascituro. (...) 3. *Jur.* O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo". No caso, só a morte é certa, anterior ou imediatamente após o parto. Veja-se, por relevante, que a Lei nº 9.437/97 estabelece como momento da morte humana o da morte encefálica, para fins de autorização de transplante. Confira-se sua dicação expressa: "Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina".

cujo interesse se possa eficazmente proteger. É até possível colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores, mas a rigor técnico não há esta necessidade. A hipótese é de não-subsunção da situação fática relevante aos dispositivos do Código Penal. A gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto está protegida por direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva.

a) Dignidade da pessoa humana. Analogia à tortura

27. A dignidade da pessoa humana foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos. A banalização do mal³⁰ ao longo da primeira metade do século XX e a constatação, sobretudo após as experiências do fascismo e do nazismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista, também identificada como pós-positivismo.³¹ Nesse novo paradigma, dá-se a reaproximação entre o Direito e a Ética, resgatam-se os valores civilizatórios, reconhece-se normatividade aos princípios e cultivam-se os direitos fundamentais. Sob este pano de fundo, a Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito (art. 1º, III).³²

³⁰ A expressão foi empregada por Hannah Arendt em *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*, trad. José Rubens Siqueira, Companhia das Letras, 1999.

³¹ V. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 237. Sobre o tema, na doutrina nacional, v. tb. Luís Roberto Barroso, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

³² Alguns trabalhos monográficos recentes sobre o tema: José Afonso da Silva, *Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, Revista de Direito Administrativo 212/89; Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1999; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; Cleber Francisco Alves, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 2001; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001.

28. O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. Aliás, o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos³³, de que todo indivíduo é titular³⁴, generalizou-se também após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanações da própria dignidade, funcionando como “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.”³⁵ Tais direitos, reconhecidos a todo ser humano³⁶ e consagrados pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado³⁷.

29. Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.

³³ Sobre a discussão acerca da existência autônoma dos direitos da personalidade, v. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 155.

³⁴ Pietro Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, apud Gustavo Tepedino, “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”, in *Temas de direito civil*, 2001, p. 42: “O direito da personalidade nasce imediatamente e contextualmente com a pessoa (direitos inatos). Está-se diante do princípio da igualdade: todos nascem com a mesma titularidade e com as mesmas situações jurídicas subjetivas (...) A personalidade comporta imediata titularidade de relações personalíssimas.”

³⁵ Gustavo Tepedino, “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”, in *Temas de direito civil*, 2001, p. 33.

³⁶ Mônica Neves Aguiar da Silva Castro, *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*, 2002, p. 67: “Identificados como inatos, no sentido de que não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir, os direitos da personalidade vêm sendo reconhecidos igualmente aos nascituros.”

³⁷ Miguel Ángel Alegre Martínez, *El derecho a la propia imagen*, 1997, p. 140: “Es de notar, además, que los destinatarios de esse deber genérico son todas las personas. El respeto a los derechos fundamentales, traducción del respeto a la dignidad de la persona, corresponde a todos, precisamente porque los derechos que deben ser respetados son patrimonio de todos, y el no respeto a los mismos por parte de cualquiera privará al otro del disfrute de sus derechos, exigido por su dignidad.”

30. A relevância desses direitos para a hipótese aqui em discussão é simples de ser demonstrada. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental³⁸ (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada).

b) Legalidade, liberdade e autonomia da vontade

31. O princípio da legalidade³⁹, positivado no inciso II do art. 5º da Constituição, na dicção de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, flui por vertentes distintas em sua aplicação ao Poder Público e aos particulares. Para o Poder Público, somente é facultado agir por imposição ou autorização legal⁴⁰. Em relação aos particulares, esta é a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe determinado

³⁸ Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997: “Art 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.”

³⁹ Sobre o princípio da legalidade, dentre muitos, v. Geraldo Ataliba, *República e constituição*, 1985, p. 98/99; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 1999, p. 32 e ss; e Maria Sílvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2001, p. 67 e ss.

⁴⁰ Não é este o local apropriado para a discussão acadêmica acerca do desenvolvimento de novos paradigmas relativamente à vinculação positiva da Administração Pública à lei. Sobre o tema, v. Gustavo Binenbojm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, mimeografado (projeto de tese de doutorado apresentado ao programa de pós-graduação em direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ).

comportamento ou se a lei não o impõe, têm as pessoas a auto-determinação de adotá-lo ou não.

32. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade que não a da lei, e, mesmo assim, desde que seja ela formal e materialmente constitucional. Reverencia-se, dessa forma, a autonomia da vontade individual, cuja atuação somente deverá ceder ante os limites impostos pela legalidade. De tal formulação se extrai a ilação óbvia de que tudo aquilo que não está proibido por lei é juridicamente permitido.

33. Pois bem. A antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico. O fundamento das decisões judiciais que têm proibido sua realização, *data venia* de seus ilustres prolores, não é a ordem jurídica vigente no Brasil, mas sim outro tipo de consideração. A restrição à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante, nesse caso, não se justifica, quer sob o aspecto do direito positivo, quer sob o prisma da ponderação de valores: como já referido, não há bem jurídico em conflito com os direitos aqui descritos⁴¹.

c) Direito à saúde

34. Os fundamentos básicos do direito à saúde no Brasil estão dispostos no art. 6º, *caput*, e nos arts. 196 a 200 da Constituição Federal. O art. 196 é especialmente importante na hipótese:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e

⁴¹ Como assinalado, nada impede que se opte por colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores contrapostos: de um lado os direitos fundamentais da mãe e, de outro, a convicção religiosa ou filosófica que defenda a obrigatoriedade de levar a termo a gravidez, mesmo em se tratando de feto inviável. A ponderação, no entanto, é técnica de decisão que se utiliza quando há colisão de princípios ou de direitos fundamentais, funcionando como uma alternativa à técnica tradicional da subsunção. Não se vislumbra colisão no caso aqui estudado, mas sim uma situação de não subsunção ao Código Penal, vale dizer, de atipicidade da conduta.

de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

35. A previsão expressa do direito à saúde na Carta de 1988 é reflexo da elevação deste direito, no âmbito mundial, à categoria de direito humano fundamental. Ressalte-se, neste ponto, que *saúde*, na concepção da própria Organização Mundial da Saúde, é o *completo bem estar físico, mental e social*, e não apenas a ausência de doença. A antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante. Impedir a sua realização importa em indevida e injustificável restrição ao direito à saúde. Desnecessário enfatizar que se trata, naturalmente, de uma faculdade da gestante e não de um procedimento a que deva obrigatoriamente submeter-se.

IV. DO PEDIDO

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

36. A técnica da interpretação conforme a Constituição, desenvolvida pela doutrina moderna⁴² e amplamente acolhida por essa Corte⁴³, consiste na escolha de uma linha de interpretação para determinada norma legal, em meio a outras que o texto comportaria. Por essa via, dá-se a expressa exclusão de um dos sentidos possíveis da norma, por produzir um resultado que contravém a Constituição, e a afirmação de

⁴² O princípio da interpretação conforme a Constituição tem sua trajetória e especialmente o seu desenvolvimento recente ligados à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde sua importância é crescente. V. Honrad Hesse, *La interpretación constitucional*, in *Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 53. V. tb., dentre muitos outros, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 1983, t. 2., p. 232 e ss.; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 284 e ss.; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991, p. 95; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 1991, p. 236.

⁴³ V. sobre o tema, ilustrativamente, STF, Rep. Nº 1.417-7, Rel. Min. Moreira Alves, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 1, p. 314. No mesmo sentido: RTJ 139/624; RTJ 144/146.

outro sentido, compatível com a Lei Maior, dentro dos limites e possibilidades oferecidos pelo texto⁴⁴.

37. Pois bem. O legislador penal brasileiro tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Assim é que são tutelados, nos artigos 124 a 128 do Código Penal, o feto e, ainda, a vida e a integridade física da gestante (vide CP, art. 125 – aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da mãe). A antecipação consentida do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não afeta qualquer desses bens constitucionais. Muito ao contrário.

38. Como já exposto, na gestação de feto anencefálico não há vida humana viável em formação. Vale dizer: não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto. Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto⁴⁵. Sobre o ponto, vale reproduzir a lição clássica de Nelson Hungria que, embora escrita décadas antes de ser possível o diagnóstico de anencefalia, aplica-se perfeitamente ao caso:

⁴⁴ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 189: "À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura do texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal".

⁴⁵ E, no que toca à gestante, já se registrou que a gravidez de feto anencefálico é potencialmente perigosa, trazendo inúmeros riscos de complicações, além de profunda angústia e sofrimento psicológico não só à mãe como a toda a família. Assim, a antecipação do parto nesses casos somente traz benefícios à saúde da gestante, tanto de ordem física quanto psíquica.

“Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.” (grafia original)⁴⁶

39. O Judiciário já tem examinado essa questão em várias ocasiões. Na realidade, nos últimos anos, decisões judiciais em todo o país têm reconhecido às gestantes o direito de submeterem-se à antecipação terapêutica do parto em casos como o da anencefalia, concedendo-lhes alvarás para realização do procedimento⁴⁷. Recentemente, porém, algumas decisões em sentido inverso desequilibraram a jurisprudência que se havia formado. Uma delas, inclusive, chegou à apreciação desse Eg. Supremo Tribunal no início de 2004.

40. Trata-se do HC 84.025-6/RJ, no qual se versava hipótese, precisamente, de pedido de antecipação do parto de feto anencefálico. Seria a primeira vez que o STF teria oportunidade de apreciar a questão. Lamentavelmente, porém, antes que o julgamento pudesse acontecer, a gravidez chegou a termo e o feto anencefálico, sete minutos após o parto, morreu. O eminente Ministro Joaquim Barbosa, relator designado para o caso, divulgou seu preciso voto, exatamente no sentido do que aqui se sustenta. Vale transcrever trecho de seu pronunciamento, que resume toda a questão em análise:

⁴⁶ Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, 1958, p. 297-298.

⁴⁷ Nesse sentido, vejam-se exemplificativamente: em SP: TJ/SP – JTJ 232/391; TJ/SP, 1ª Câmara Crim., MS nº 309.340-3, Rel. David Haddad, j. 22.05.2000; TJ/SP, 3ª Câmara Crim., MS nº 375.201-3, Rel. Tristão Ribeiro, j. 21.03.2002; em MG: TA/MG, 3ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 264.255-3, Rel. Juiz Duarte de Paula, j. 23.09.1998; TA/MG, 1ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 219.008-9, Rel. Juiz Alvim Soares – RJTAMG 63/272; TA/MG, 6ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 0240338-5, Rel. Juiz Baia Borges, DJ 10.09.1997; no RS: TJ/RS, 2ª Câmara Crim., MS nº 70005577424, Rel. José Antônio Cidade Pitrez, j. 20.02.2003; TJ/RS, 3ª Câmara Crim., Apel. Crim. nº 70005037072, Rel. José Antônio Hirt Preiss, j. 12.09.2002; dentre outros.

“Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.”⁴⁸

IV.1. Pedido cautelar

41. No curso da argumentação desenvolvida demonstrouse, de maneira que se afigura inequívoca, a presença do *fumus boni iuris*. A violação dos preceitos fundamentais representados pela dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde é ostensiva, caso se interpretem as normas penais como impeditivas da antecipação terapêutica do parto na hipótese de feto anencefálico.

42. Quanto ao *periculum in mora*, note-se que tramitam perante tribunais de todo o país diversas ações judiciais em que gestantes –

⁴⁸ Íntegra do voto acessível no site “Consultor Jurídico”, no endereço <http://conjur.uol.com.br/textos/25241/>. No mesmo sentido decidiu a Suprema Corte da Argentina, ao examinar, precisamente, hipótese de antecipação de parto encefálico. O Tribunal confirmou decisão de tribunal inferior no sentido de que “en el caso aquí analizado, y particularmente para una de las hipótesis posibles: la inducción o adelantamiento del parto no se verifican los extremos de la vigencia del tipo objetivo del aborto – artículo 86 del Código Penal”. E acrescentou: “Frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, cobran toda su vitalidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y, en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional, a los que se ha hecho referencia supra”. Referência: T.421.XXXVI. T., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (doc. nº 10).

notadamente as de baixa renda, que dependem da rede pública de saúde – buscam autorização judicial para poderem submeter-se à antecipação terapêutica do parto, por serem portadoras de feto anencefálico. Note-se que o procedimento médico somente é realizado na rede do SUS – e mesmo na maioria dos hospitais privados – mediante a apresentação de tal autorização. Desnecessário dizer (e o caso do HC 84.025-6/RJ, acima citado, é prova disso) que a demora inerente aos trâmites processuais muitas vezes torna inócua eventual decisão judicial favorável à gestante.

43. Configurados o *fumus boni iuris* e o *grave periculum in mora*, a CNTS requer, com fulcro no art. 5º, *caput* e § 3º da Lei n.º 9.882/99, seja concedida medida liminar para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os dispositivos do Código Penal aqui indigitados, nos casos de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. E que se reconheça, como consequência, o direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento aqui referido, e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia descrita na presente ação.

IV.2. Pedido principal

44. Por todo o exposto, a CNTS requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que essa Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

IV.3. Pedido alternativo

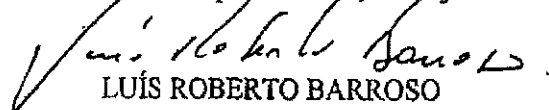
45. Por fim, alternativamente e por eventualidade, a CNTS requer que, caso V. Exa. entenda pelo descabimento da ADPF na hipótese, seja a presente recebida como ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, sem redução de texto, hipótese, portanto, em que não incidiria a jurisprudência consagrada dessa Corte relativamente à inadmissibilidade desse tipo de ação em relação a direito pré-constitucional.

46. De fato, a lógica dominante na Corte, reiterada na ADIn nº 2, é a de que lei anterior à Constituição e com ela incompatível estaria revogada. Conseqüentemente, não se deve admitir a ação direta de inconstitucionalidade cujo propósito é, em última análise, retirar a norma do sistema. Se a norma já não está em vigor, não haveria sentido em declarar sua inconstitucionalidade. Esse tipo de raciocínio, todavia, não é válido quando o pedido na ação direta é o de interpretação conforme a Constituição. É que, nesse caso, não se postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha a dar a Corte.

Por fim, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, a CNTS se coloca à disposição de V. Exa. para providenciar a emissão de pareceres técnicos e/ou a tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria, caso se entenda necessário.

Nestes termos, pede deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 16 de junho de 2004.


LUÍS ROBERTO BARROSO

OAB/RJ 37.769

ANEXO C

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8
DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
ARGÜENTE(S) : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS**
TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS
ADVOGADO(A/S) : **LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)**

DECISÃO

PROCESSO -
SANEAMENTO -
AUDIÊNCIA PÚBLICA.

1. Em substituição ao Colegiado, porque véspera das férias coletivas de julho de 2004, sem possibilidade de submissão do pleito de liminar ao Plenário, prolatei a seguinte decisão (folha 158 a 164):

ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL -
LIMINAR - ATUAÇÃO
INDIVIDUAL - ARTIGOS 21,
INCISOS IV E V, DO
REGIMENTO INTERNO E 5º,
§ 1º, DA LEI Nº
9.882/99.
LIBERDADE - AUTONOMIA DA
VONTADE - DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA - SAÚDE -
GRAVIDEZ - INTERRUPÇÃO -
FETO ANENCEFÁLICO.

1.Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental consideradaa anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal

e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a

categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal - artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.

Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS - Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como *amicus curiae*, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em

casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente.

A argüente protesta pela juntada, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. À peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato - procuração - de folha 26, anexaram-se os documentos de folha 27 a 148.

O processo veio-me conclusivo para exame em 17 de junho de 2004 (folha 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato.

No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão:

ACÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO
FUNDAMENT
AL -
INTERVENÇ
ÃO DE
TERCEIRO
-
REQUERIME
NTO -
IMPROPRIE
DADE.

1. Eis as informações prestadas pela Assessoria:

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como amicus curiae, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada

de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.

2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.

3. Indefiro o pedido.

4. Publique-se.

A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de grave lesão.

2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal.

Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A via-crúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou:

A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a

meses de sofrimento, de angústia, de desespero.

O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando:

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO.

DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.

2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código

Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.

Dai o habeas impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos.

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo.

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, 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. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços,

predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretanto, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. 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. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivência, os efeitos da deficiência. 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. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se

à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

3. Ao Plenário para o crivo pertinente.

4. Publique-se.

Reaberto o segundo semestre judiciário daquele ano, o Plenário deliberou, sem discrepância de votos, não adentrar o exame da medida acauteladora, sinalizando o julgamento de fundo - certidão de folha 167.

À folha 156, está o ato mediante o qual foi indeferida a participação, no processo, como terceira interessada, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB. O pedido de reconsideração não foi acolhido (folhas 171 e 172).

À folha 202, consta o indeferimento da admissibilidade como terceira, no processo, de Católicas pelo Direito de Decidir. Também ocorreu o indeferimento do pleito em idêntico sentido formulado pela Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (folha 204).

O então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, no parecer de folha 207 a 218, preconizou o indeferimento do pedido. Eis a síntese da peça:

1. O pleito, como apresentado, não autoriza o recurso à interpretação conforme a Constituição: considerações.

2. Anencefalia. Primazia jurídica do direito à vida: considerações.

3. **Indeferimento** do pleito.

A Associação de Desenvolvimento da Família - ADEF buscou ser admitida no processo, tendo o requerimento a mesma sorte daqueles formalizados pelas entidades mencionadas (folha 224).

Pessoa natural buscou a reconsideração do ato por meio do qual deferida a liminar, fazendo-o mediante peça sem assinatura (folha 229).

Interposto agravo pela Associação de Desenvolvimento da Família, ressaltei o que previsto no artigo 7º da Lei nº 9.868/99 e a ele negueiseguimento

(folha 231). Chamei o processo à ordem tendo em conta irregularidade da publicação de ato a envolver a citada Associação (folha 236).

À folha 239 à 241, prolatei decisão, acenando com a realização de audiência pública, mas revelando a necessidade de submeter ao Plenário o requerimento da Procuradoria Geral da República no sentido de mostrar-se inadequada a arguição. O Colegiado Maior, na sessão de 20 de outubro de 2004, concluiu pela adequação da ação ajuizada, seguindo-se proposta do ministro Eros Grau para que fosse exercido crivo quanto à liminar. Por maioria de votos, o Plenário referendou a primeira parte da medida, a alcançar o sobrestamento dos processos e decisões não transitados em julgado, e revogou a liminar na segunda parte, em que assentado o reconhecimento do direito das gestantes de submeterem-se, sem a glosa penal, à operação terapêutica de fetos anencefálicos.

À folha 249, ante requerimento de improcedência do pedido formulado na inicial, deixei registrada a circunstância de a Associação de Desenvolvimento da Família - ADEF não participar da relação processual.

Por meio da decisão de folha 266, determinei fosse devolvida à Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos a peça por ela apresentada.

O Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, requereu a realização de audiência pública, indicando rol de professores a serem ouvidos, dos quais ficaria dispensada a intimação (folha 270). O citado Procurador requereu a juntada de documentos. Aberta vista à argüente, esta ressaltou a neutralidade das peças (folhas 275 e 284). À folha 286 à 500, está a documentação do incidente suscitado, com o acórdão relativo à concepção do Plenário.

2. Encontrando-se saneado o processo, devem ocorrer audiências públicas para ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito. Antes mesmo de a Procuradoria Geral da República vir a preconizar a realização, havia consignado, na decisão de 28 de setembro de 2004, a conveniência de implementá-las. Eis o trecho respectivo (folha 241):

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber:

Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas - CEMICAMP.

Já agora incluo, no rol de entidades, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC. Visando à racionalização dos trabalhos, delimito o tempo de quinze minutos para cada exposição - viabilizada a juntada de memoriais - e designo as seguintes datas das audiências públicas, que serão realizadas no horário matutino, a partir das 9h:

a) 26 de agosto de 2008: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; Igreja Universal; Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e Católicas pelo Direito de Decidir.

b) 27 de agosto de 2008: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; Associação de Desenvolvimento da Família - ADEF; Escola de Gente e Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos.

c) 28 de agosto de 2008: Conselho Federal de Medicina; Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Sociedade Brasileira de Genética Clínica; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e, por último, o Deputado Federal José Aristodemo Pinotti.

3. Quanto ao requerimento do Ministério Público formalizado à folha 270, no sentido de serem ouvidos oito professores, sem especificação das respectivas áreas de atuação, indefiro o pedido. Faço-o tendo em conta o que viabilizado em termos de conveniência pela lei regedora da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Vale frisar, por oportuno, que a relação de entidades mencionadas já revela a audiçõesob os diversos ângulos envolvidos na espécie.

4. Providenciem as intimações cabíveis, devendo as entidades referidas designar, previamente, as pessoas naturais que as representarão. Dêem ciência do teor desta decisão ao Procurador-Geral da República e aos demais integrantes da Corte, especialmente ao Presidente, ministro Gilmar Mendes. Encaminhem cópia às citadas entidades.

4. Publiquem.

Brasília, 31 de julho de 2008.

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator