

O POLÊMICO CASO DOS FETOS ANENCEFÁLICOS FRENTE AO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

DANIELLE HENKEL BOHRER²

RESUMO: Objetiva-se propor reflexões acerca da aceitabilidade da interrupção da gravidez nos casos comprovados de gestação de um feto anencefálico, através da compreensão de como este tema era tratado pelo poder judiciário antes do advento da decisão final da ADPF-54, bem como aventar acerca da repercussão gerada na sociedade em torno do deferimento dessa ação, destacando os principais argumentos dos votos contrários, além de provocar questionamentos nos leitores sobre a matéria em questão.

Palavras-chave: Direito Penal. Anencefalia Fetal. Aborto Eugenésico. Aborto Terapêutico. Anomalia Congênita. Feto Anencefálico.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Anencefalia Fetal; 3 O Percurso da ADPF-54 ao Longo dos Anos; 4 Como o Tema era Tratado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Antes do Advento da Decisão da ADPF-54?; 5 Principais Argumentos Embasadores dos Votos de Improcedência da ADPF-54; 6 Conclusão; 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Diante de decisões emblemáticas e polêmicas do poder judiciário ao longo dos tempos em relação a antecipação do parto quando o produto da concepção for anencéfalo e do recente julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 54, proposta no ano de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), o presente artigo científico procura oferecer subsídios que auxiliam as pessoas a

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pela Professora Orientadora Dra. Telma Sirlei da Silva Ferreira Favaretto, Professora Dra. Marise Soares Corrêa e Professora Dra. Maria Cristina da Rosa Martinez, em 15 de junho de 2012.

² Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. *E-mail:* danielle_bohrer@hotmail.com

desenvolverem uma visão crítica sobre o assunto, levantando algumas questões polêmicas que nos induzem a uma profunda reflexão.

O tema a ser abordado é de suma importância, pois não só possui grande relevância para o Direito no que tange a disciplina de Direito Penal, como também produz efeitos para diversas matérias correlatas como a psicologia, a sociologia, a economia, a bioética, a medicina e para religião. É um tema que repercute em inúmeras áreas, não ficando adstrito exclusivamente ao ordenamento jurídico pátrio, o qual é o foco principal do trabalho.

Existe grande ligação deste assunto com as demais ciências existentes, uma vez que a questão sobre a interrupção da gravidez em caso anencefalia do feto não é simples. Pelo contrário, é tão complexa que mesmo após o STF ter decidido acerca da possibilidade da gestante antecipar o parto nestas circunstâncias, o assunto continuou gerando muita discussão entre os diversos segmentos da sociedade, permanecendo muito longe de ser algo pacífico.

Desta forma, apesar do STF ter se manifestado favoravelmente em relação a possibilidade da interrupção da gestação quando o feto for acometido por anencefalia, ainda existe muito confronto de opiniões quanto à matéria abordada, pois o tema é muito delicado e envolve argumentações sólidas e plausíveis de ambos os lados, daqueles que são contra e de quem é a favor da interrupção da gestação anencefálica. Trata-se de uma questão altamente controvertida que continua suscitando inúmeras indagações.

Por estes, e por tantos outros motivos, que o tema da antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidez de fetos anencefálicos merece especial atenção. Com isso, para alcançar o objetivo maior, pretendemos conceituar o que se entende por anencefalia fetal sob o ponto de vista científico, possibilitando, desta forma, levar informações às pessoas de maneira clara, sem evasão, para que possam se posicionar acerca do tema sem qualquer dúvida remanescente, proporcionando uma compreensão ampla de tal anomalia.

Após esta conceituação inicial acerca da anencefalia, procuramos descrever de maneira sucinta a trajetória da ADPF-54 ao longo dos anos, da sua propositura até o seu julgamento final. Além disso, buscamos fazer uma análise dos principais argumentos utilizados pelos julgadores quando se deparavam com a questão da anencefalia fetal antes do advento da referida decisão do STF, reunindo diferentes perspectivas e fundamentações em torno da matéria aludida, demonstrando a verdadeira divergência teórica da prática forense.

Dentro deste patamar, indispensável fazer referência ao julgamento da ADPF-54, pelo qual iremos ressaltar os principais argumentos contrários à autorização da interrupção da gravidez quando o feto estiver acometido pela anencefalia, com o objetivo de levantarmos algumas questões conflituosas que ainda permeiam o inconsciente das pessoas.

2 ANENCEFALIA FETAL

Importante destacar de início que a anencefalia se trata de uma patologia letal. Os fetos portadores de anencefalia possuem expectativa de vida muito curta e, na sua grande maioria, acabam falecendo dentro do útero materno. A anomalia pode ser diagnosticada a partir da 12ª semana de gestação, através de um exame de ultra-sonografia, quando já é possível a visualização do segmento cefálico fetal.

A anencefalia, deste modo, ocorre durante a gestação, passível de ser identificada ainda nas primeiras semanas, ocorrendo um defeito no fechamento do tubo neural do feto. Assim sendo, o nascituro acaba por não apresentar os hemisférios cerebrais, existindo apenas, em raros casos, o córtex e mais corriqueiro resíduo do tronco encefálico. A palavra anencefalia significa “sem encéfalo”. Esta expressão não está totalmente adequada para se referir a tal anomalia. Segundo a etimologia do termo “a-” significa ausência, e por conta desta nomenclatura que muitas vezes os fetos anencefálicos são erroneamente caracterizados pela ausência total do encéfalo, o que não condiz com a verdade.

Para uma melhor compreensão desta anomalia congênita, imperioso esclarecer, desde logo, o que se entende por encéfalo, que é o conjunto de órgãos do sistema nervoso central contido na caixa craniana, composto pelos hemisférios cerebrais, cerebelo e tronco encefálico. Importante ressaltar que a anencefalia compreende tanto a ausência total quanto a ausência parcial do encéfalo e da calota craniana.

O sistema nervoso central dos seres humanos é constituído, morfológicamente, pelo encéfalo (porção superior encerrada dentro do crânio) e pela medula (porção inferior, alongada e cilíndrica, que se localiza dentro da coluna vertebral). O encéfalo, por sua vez, é subdividido em três estruturas: o cérebro, o cerebelo e o tronco encefálico. O **cérebro** é formado pelo telencéfalo, responsável pelas funções sensitivas e conscientes e pelo diencéfalo, responsável basicamente pela condução dos impulsos nervosos às regiões apropriadas do cérebro onde elas devem ser processadas (tálamo) e pela integração das atividades dos órgãos viscerais, assim como para a homeostase corporal (hipotálamo). Já o **cerebelo** está relacionado basicamente com a motricidade. E, por sua vez, o **tronco encefálico** é constituído por três estruturas básicas (mesencéfalo, ponte e bulbo) e é um importante sítio das funções vegetativas do organismo [...]. (grifo nosso)³

O bebê portador de anencefalia preserva algumas funções vegetativas em razão do tronco encefálico, apesar de ser bastante primitivo, como, por exemplo, respirar (ainda que com ajuda de aparelhos) e algumas funções cardíacas. Apesar de manter algumas funções vegetativas em decorrência da existência de resíduos do tronco encefálico, ele não tem capacidade de assimilar nem de processar estas informações ante a ausência dos hemisférios

³ ROCHA, Andréia Ribeiro da et all. Análise teórico-reflexiva sobre decisões judiciais do TJRS em relação ao aborto de fetos anencéfalos. **Direito e justiça**, Porto Alegre, v. 34, n.1, jan./jun. 2008, p. 46.

cerebrais, responsáveis pela codificação das informações, motivo pelo qual estas funções não persistem por muito tempo. Na grande maioria dos casos ocorre a chamada morte intrauterina, conforme ressaltado no início deste tópico, isto é, o bebê morre dentro do útero materno, e os que conseguem nascer “vivos”⁴ falecem logo nas primeiras horas ou, em casos mais incomuns, evoluem para o óbito em alguns dias.

Portanto, a falha no fechamento do tubo neural afeta, principalmente, a parte superior do encéfalo embrionário representada pelos hemisférios cerebrais que, no caso da anencefalia, são ausentes. Evidencia-se uma maior preservação das estruturas médias e, sobretudo, inferiores, que originam respectivamente o cerebelo e o tronco encefálico. Por isso que é errôneo afirmar de forma generalizada que o anencéfalo não possui encéfalo, comprovada a existência do tronco encefálico em muitos casos, sendo este o responsável pelas funções vegetativas mais primitivas do corpo humano. Cabe esclarecer que anencefalia não é mera deficiência, mas consiste em uma má-formação congênita incompatível com a vida.

Pode-se dizer, então, que anencefalia é uma anomalia irreversível de má formação cerebral do feto, tornando impossível a perpetuação da vida fora do útero materno. Quando se fala em anencefalia, é de suma importância não confundir-la com as malformações fetais, pois os fetos malformados possuem expectativa de vida extrauterina, sendo possível sobreviver desvinculado do ventre da gestante, mesmo que esta sobrevivência ocorra com certas limitações, as quais vão depender da intensidade e da gravidade da malformação na qual estão acometidos. A anencefalia, do contrário, torna o feto inviável, não possuindo vida em potencial, de forma que o diagnóstico de morte é certo e irreversível.

É mister estabelecer a diferença entre o feto malformado e inviável, pois as situações fáticas a que se referem estes conceitos são essencialmente diversas. As malformações fetais, dependendo de sua gravidade, não provocam a morte do feto ao nascer. Ainda que estejam presentes anomalias congênicas, é possível que o feto mal formado sobreviva, porém com certas limitações no que diz respeito a sua qualidade de vida. Em alguns casos, existem tratamentos clínicos ou cirúrgicos que podem mitigar ou até curar os efeitos desta má formação. A fenda lábio-palatina é um exemplo de anomalia fetal compatível com a vida.⁵

Cabe-nos, portanto, descrever algumas definições médicas no que concerne à anencefalia fetal, a fim de que possamos melhor compreendê-la. Conforme as palavras de Denise Araújo Lapa Pedreira⁶ “*a anencefalia é definida pela ausência dos hemisférios cerebrais e do crânio.*

⁴ A palavra “vida” foi colocada entre aspas, pois segundo o ordenamento jurídico o feto anencefálico já é considerado morto, já que o critério legal de aferição da morte atualmente utilizado é o da morte encefálica.

⁵ TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**: discriminação e avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá, 2005, p. 25.

⁶ TESSARO, Anelise, 2005 apud PEDREIRA, Denise Lapa, p. 27.

Podendo ou não ser acompanhada por espinha bífida e polidrâmnio. Não se formam as partes anterior e central do cérebro”. Já para Jorge de Rezende⁷:

Anencefalia é uma anomalia do Sistema Nervoso Central, que se caracteriza pela ausência da abóbada craniana e massa encefálica reduzida a vestígios da substância cerebral, sendo que frequentemente a gravidez não alcança o termo, podendo tornar-se trabalhosa a extração do feto, que não sobrevive.

Segundo Delton Croce⁸:

A anencefalia consiste em má-formação rara do tubo neural acontecida entre o 16º e o 26º dia de gestação, caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente do defeito do tubo neural durante a formação embrionária.

Consoante entendimento de Lages Netto⁹, *“a anencefalia é representada pela ausência da calota craniana e por uma parte do encéfalo, que fica exposto, facilitando o diagnóstico à inspeção. A criança falece em geral em horas ou dias”*. Para José Aristodemo Pinotti¹⁰:

A anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. As evidências têm demonstrado que a diminuição do ácido fólico materno está associada com o aumento da incidência, daí sua maior frequência nos níveis socioeconômicos menos favorecidos. O Brasil é um país com incidência alta, cerca de 18 casos para cada 10 mil nascidos vivos, a maioria deles do sexo feminino.

Desta forma, em termos científicos, pode-se afirmar que a anencefalia é fatal, não existindo qualquer perspectiva de vida futura. Embora existam alguns relatos no sentido de que o feto anencéfalo possa vir a nascer com vida, há grande consenso médico de que, caso venha a ocorrer esta situação, a sobrevivência desta criança é muito curta após o parto, uma vez que não existe nenhum tipo de tratamento cirúrgico ou científico capaz de reverter o caso. O que existe até o momento são estudos científicos que relacionam esta malformação congênita à carência de vitaminas no organismo da gestante, sendo possível apenas realizar uma prevenção pré-concepcional, mas uma vez constatada esta anomalia congênita letal no nascituro, não há nada que possa reverter o quadro.

As pesquisas que objetivam descobrir o que provoca a anencefalia são as mais variadas possíveis. Alguns estudos mais avançados apontam uma relação da ocorrência da anencefalia com a carência do ácido fólico no organismo materno (uma vitamina de complexo

⁷ MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa. **Rezende, obstetrícia fundamental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008, p. 607.

⁸ CROCE, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 864.

⁹ NETTO, Lages. **Neonatologia**. Rio de Janeiro: Monterrey, 1973, p. 172.

¹⁰ PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/noticia/anencefalia-jose-aristodemo-pinotti>>. Acesso em: 29 Abr. 2012.

B), mas ainda está em investigação. Outros estudos afirmam que os fatores como a predisposição genética, a carência nutricional e o uso de drogas e também contribuem para o desenvolvimento desta anormalidade.

Sem ter informações suficientes, inexistente tratamento adequado que possa reverter o quadro patológico, havendo apenas tratamento preventivo, que consiste na administração contínua de ácido fólico às mulheres com histórico relacionado ao problema na família, tendo em vista que tal anomalia pode também estar associada a fatores genéticos.

Seguindo o exemplo de países como os Estados Unidos e o Chile, que possuem leis exigindo que alguns alimentos sejam enriquecidos com ácido fólico, o Brasil, através da “*Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em 5 de dezembro de 2002, consolidou a consulta pública nº 51, que determina a adição de ácido fólico às farinhas de trigo e de milho no Brasil*”.¹¹ Estas medidas preventivas, ainda que não sejam suficientes para fulminar todos os casos de anencefalia no Brasil, contribuem com parcela da população, que ao menos minimizam o risco de desenvolver esta anomalia no feto. Por isso a grande importância dos profissionais da saúde, juntamente com o governo, de implementarem medidas preventivas para a sociedade, divulgando a relevância da suplementação do ácido fólico para as mulheres que estão em idade fértil ou que pretendam ter filhos em um momento próximo.¹² A prevenção é sempre o melhor caminho a ser seguido e o menos custoso para o estado.

Em síntese, com base nos preceitos médicos, podemos dizer que a anencefalia é uma anomalia congênita do tubo neural por deficiência de seu fechamento, caracterizando-se pela ausência da abóboda craniana e redução da massa encefálica, pois ausentes os hemisférios cerebrais. É uma patologia letal que pode ser facilmente identificada pela ausência dos ossos frontal, parietal e occipital que formam a abóboda craniana. O cérebro remanescente do anencéfalo encontra-se exposto e o tronco cerebral fica deformado.

O reconhecimento de conceito com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Hoje, com os equipamentos modernos de ultrassom, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese.¹³

¹¹ GRILLO, Eugênio et al. Defeitos do Tubo Neural e Hidrocefalia Congênita. Por Que Conhecer suas Prevalências? **Jornal de Pediatria**, v. 79, n. 2, 2003, p. 105.

¹² Idem, p. 106.

¹³ Idem.

Todavia, os conceitos encontrados na doutrina médica acerca da anencefalia não são unânimes, ou seja, ainda existem definições distintas, que variam de doutrinador para doutrinador, levando-se em consideração que esta anomalia apresenta díspares estágios de desenvolvimento, o que leva a alguns doutrinadores diferenciarem os níveis de malformação e outros a caracterizá-los como sendo apenas uma anomalia única. Infelizmente, não existe 100% de segurança no prognóstico da anencefalia e erros médicos podem vir a acontecer, servindo de grande alerta os notórios casos das meninas Marcela de Jesus e Vitória de Cristo.

Há que se ressaltar a famosa passagem da menina Marcela de Jesus Ferreira que supostamente teria anencefalia. Este bebê sobreviveu 01 ano e 08 meses e, segundo relatos, reagia à luminosidade, expressava sentimentos como tristeza quando sua mãe se afastava, sentia dor e chorava, ria, contrariando de todas as formas os prognósticos médicos que descreviam a anencefalia. Este caso ficou conhecido diante da grande repercussão que obteve na mídia e que encontrou grandes semelhanças com outro caso que, de igual forma, repercutiu entre a sociedade, principalmente na Igreja Católica, que foi o caso da menina Vitória de Cristo.

A partir de então, vários foram os debates emblemáticos e pesquisas realizadas sobre a possibilidade de um bebê anencéfalo sobreviver fora do útero materno. Contudo, ficaram comprovados, nos dois casos em análise, que não se tratavam de anencefalia, como haviam sido erroneamente diagnosticadas as meninas Marcela e Vitória, uma vez que, segundo o instituto de bioética, direitos humanos e gênero¹⁴:

No caso da anencefalia há ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas as funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vaso motoras e funções dependentes da medula espinhal.

Afastado o diagnóstico de anencefalia, diversos médicos ratificaram que haviam pequenas partes do cérebro nestas crianças e que suas doenças, na verdade, estavam associadas a um desenvolvimento reduzido dos hemisférios cerebrais chamado de merocrania ou merocefalia (e não da ausência dos hemisférios cerebrais como ocorre na anencefalia).

Este erro de prognóstico foi objeto, inclusive, de observação na audiência pública realizada pelo STF em prol da democracia, pelo qual os médicos presentes na audiência se manifestaram no sentido de não poder haver relação da Marcela e da Vitória com a ADPF-54, pois os dois casos se referiam à outra doença que não a discutida. Apesar da curta estimativa

¹⁴ INSTITUTO DE BIOETICA, DIREITOS HUMANOS E GENERO. **Anencefalia**: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 85.

de vida destas crianças, verificou-se que não se tratavam de anencefalia, pois esta última não prevê nenhuma possibilidade de vida extrauterina. Apesar da fácil constatação desta anomalia congênita, mesmo através de ultrassonografias, existem médicos que ainda cometem erros inadmissíveis em termos de diagnósticos, ficando as gestantes a mercê de um péssimo atendimento profissional, suscetíveis a erros. Feito este esclarecimento inicial, passamos a observar como o ordenamento jurídico tem tratado a questão da anencefalia fetal.

Iremos conhecer um pouco sobre o conteúdo da ADPF-54 e como foi a sua trajetória no decorrer do tempo, e após, imprescindível fazermos uma análise jurisprudencial, a fim de verificarmos como os tribunais julgavam os casos concernentes aos anencéfalos antes da decisão do Supremo que autorizou as gestantes a interromperem a gravidez anencefálica se esta for a sua vontade, a fim de verificarmos os principais fundamentos que embasavam estas decisões judiciais, sejam elas contra ou a favor da referida interrupção.

3 O PERCURSO DA ADPF-54 AO LONGO DOS ANOS

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), sob a autoria do advogado Luiz Roberto Barroso, ajuizou uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF-54), a qual foi proposta em 17 de junho de 2004 perante o STF, com intuito de obter do judiciário o reconhecimento da validade da prática abortiva em se tratando de feto anencefálico.

Esta ADPF-54 visava justamente abreviar o tempo despendido pelas gestantes ao buscarem, através do poder judiciário, uma autorização para a interrupção da gestação nos casos de anencefalia fetal. Almejava-se, com isso, reconhecer o direito subjetivo da gestante de antecipar o parto caso o feto tenha esta anomalia incompatível com a vida extrauterina, sem que houvesse a necessidade da apresentação prévia de uma autorização judicial declarando a permissão do Estado para tal prática interruptiva.

Em 1º de julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio de Mello, relator da referida ação, concedeu liminar favorável à pretensão da parte autora, autorizando as gestantes a anteciparem o parto após o diagnóstico da anencefalia. Para o referido Ministro, a interrupção da gravidez no caso de fetos anencefálicos não pode ser considerada um aborto e sob sua ótica, afirma que:

Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos postos à disposição da humanidade não para a simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.¹⁵

Como era de se esperar, o deferimento desta liminar ocasionou debates calorosos e foi motivo de grande repercussão social. Muitas gestantes, nesta época, obtiveram êxito na busca pela interrupção da gestação de fetos anencefálicos através do Sistema Único de Saúde (SUS), que a mercê das decisões judiciais, passaram a realizar o abortamento sem exigir que a gestante propusesse ação para ver reconhecido este direito, bastando para tanto que houvesse um diagnóstico médico afirmando a existência de tal anomalia congênita.

Trata-se de uma discussão relevante, pois, como se sabe, em 2004 o STF concedeu uma liminar concedendo às gestantes o direito de interromper a gravidez nos casos comprovados de anencefalia fetal. Essa decisão ocasionou grande debate entre diversos segmentos da sociedade civil, incluindo a CNBB, a OAB, grupos feministas, associações médicas, etc. em torno da legalidade e da moralidade da decisão do STF.¹⁶

Pouco tempo se passou para que, em 20 de outubro de 2004, a liminar anteriormente deferida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello fosse cassada pelo Pleno do Tribunal. Com a cassação da liminar, o julgamento da decisão monocrática foi levado a termo, deixando de produzir seus efeitos. Diante dessa circunstância, questionava-se sobre a insegurança jurídica da falta de um provimento final para este problema, pois a mudança repentina de opinião do Supremo em relação a anencefalia fetal, com a respectiva revogação da liminar, gerou ainda mais dúvidas na sociedade sobre a matéria em questão.

Diversas gestantes que estavam internadas em hospitais para interromper a gestação cujo produto da concepção era portador de anencefalia, tiveram sua pretensão frustrada diante da inversão de posicionamento do STF que ocorreu durante a madrugada do dia 20 de outubro. Os hospitais não mais podiam realizar a prática interruptiva, devendo as gestantes que ali estavam internadas para anteciparem seus partos voltarem para suas respectivas residências e providenciarem a autorização judicial através da propositura de uma ação, uma vez que a liminar havia sido cassada.

É de conhecimento público que as pessoas com condições financeiras superiores não foram bruscamente alcançadas pela decisão do STF que suspendeu a liminar a qual permitia a

¹⁵ ADPF 54 / DF - DISTRITO FEDERAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 1/07/2008. Publicação. DJe-151 DIVULG. 13/08/2008 PUBLIC 14/08/2008. Partes: Argte: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde – CNTS. Advs: Luís Roberto Barroso e outro(s). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2012.

¹⁶ ARAUJO, Marcelo de. Ética normativa e meta-ética no exame de problemas morais particulares: o caso do feto anencefálico. **Phróneses - revista de ética**, Campinas, v. 8, n. 2, p. 141, jul/dez. 2006.

interrupção da gestação de feto portador de anomalia fetal incompatível com a vida, uma vez que determinada classe social não procura, em regra, os hospitais públicos, mas pelo que se constata na realidade, esta classe social prefere atendimento particular, sendo a interrupção realizada indistintamente por clínicas privadas, já que não dependem do Estado para efetuar tal procedimento abortivo. Estas interrupções de gestação são realizadas na “clandestinidade”, com absoluto sigilo entre o médico e a paciente, o que torna muito difícil a fiscalização desses procedimentos pelos entes estatais, sendo uma prática comum entre os profissionais da área médica que, indiscriminadamente, infringiam a lei¹⁷.

A decisão de revogação da liminar atingiu de certa forma, as classes mais desfavorecidas, as quais dependiam do Sistema Único de Saúde (SUS) para concretizar a referida técnica interruptiva, uma vez que só poderiam agir com a respectiva autorização judicial. Embora seja notório este alcance mais restrito da interpretação realizada pelo STF ao revogar a liminar, atingindo significativamente a camadas mais humildes da sociedade, muitos anos se passaram para que, enfim, houvesse um provimento definitivo acerca do tema, assegurando o princípio da igualdade, o que na prática, não estava sendo observado. Mas esta é uma análise mais subjetiva, que está intimamente ligada à percepção da realidade fática e não, propriamente, da aplicação da norma jurídica.

Em suma, no dia 1º de julho de 2004 o STF autorizou a interrupção da gestação de fetos anencefálicos e na quarta-feira do dia 20 de outubro do mesmo ano, essa permissão foi cancelada, sendo que apenas quatro dos Magistrados do STF votaram pela manutenção da liminar, dentre eles o próprio Ministro Marco Aurélio, o qual concedeu a liminar. Os demais julgadores que também se posicionaram no sentido de manter a liminar antes outorgada foram Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Em contrapartida, o principal argumento exposto por Eros Grau (também Ministro do STF) que proferiu voto contrário à manutenção da liminar foi que “*o Código Penal não pode ser reescrito pelo judiciário e permitir uma terceira modalidade de aborto*”. Este fundamento foi aceito pelos demais Ministros do STF, o que, conseqüentemente, derivou na respectiva cassação da liminar. Todas as gestantes de fetos anencefálicos que desejassem interromper sua gravidez teriam, a partir daquele dia, que ingressar com uma ação judicial, requerendo a autorização do poder judiciário para que pudessem realizar a antecipação de seus partos.

¹⁷ Fala-se “infringiam”, já que agora, após o julgamento final da ADPF-54 foi autorizado a interrupção da gestação de fetos anencefálicos sem que isso constitua um crime. Assim, as clínicas particulares que realizarem a interrupção não estarão mais infringindo a lei.

Alguns anos se passaram e, em 2008, o Ministro Marco Aurélio de Mello, através do despacho de saneamento de audiência pública, expôs novamente o seu entendimento sobre o assunto, reafirmando seu posicionamento no sentido do deferimento da ação postulada:

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 intrauterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, 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.¹⁸

A temática acerca da anencefalia fetal sempre foi bastante controversa e não poderia deixar de ter sido tema de audiência pública no STF. No próprio despacho de saneamento mencionado anteriormente, ficou consignado as datas em que ocorreriam as audiências públicas para ouvir entidades e técnicos, não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos que extravasam os limites do próprio Direito.

Com isso, no final de agosto de 2008, o STF dava início às audiências públicas a fim de debater as questões mais conflituosas com diversas entidades e especialistas sobre o assunto da antecipação terapêutica do parto em caso de fetos anencefálicos, sendo que estas solenidades foram conduzidas pelo próprio ministro Marco Aurélio, ocasião em que estiveram presentes representantes do governo, especialistas em genética, entidades religiosas e da sociedade civil.

Cabe-nos ressaltar a participação polêmica dos representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), os quais apresentaram diversos argumentos contra a permissão da interrupção de gravidez em casos de anencefalia, defendendo que o início da vida ocorre na concepção, devendo ser protegido o direito à dignidade do feto anencéfalo, bem como a intangibilidade de sua vida.

¹⁸ ADPF 54 / DF - DISTRITO FEDERAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 1/07/2008. Publicação. DJe-151 DIVULG. 13/08/2008 PUBLIC 14/08/2008. Partes: Argte: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde – CNTS. Advs: Luís Roberto Barroso e outro(s). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2012.

Os provocantes e intensos debates sobre a possibilidade ou não da gestante vir a interromper a gestação anencefálica persistiam até alguns dias atrás, mais precisamente até o dia 11 de abril de 2012, uma vez que ainda não havia sido dado um provimento final ao caso. Porém, sobre forte pressão popular e também em razão da previsão acerca da anencefalia no novo anteprojeto do Código Penal Brasileiro¹⁹, o STF se manifestou sobre a questão, proferindo a tão esperada decisão sobre a ADPF-54 que tramitava pelos tribunais desde o ano de 2004.

O Supremo decidiu por 8 a 2 que as gestantes têm o direito de escolher se desejam levar a gestação anencefálica até o seu término natural ou se desejam interromper essa gestação, sem que sejam criminalizadas por esta conduta. O julgamento final da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54 foi iniciado na manhã do dia 11 de abril de 2012, pelo qual votaram favoravelmente os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Apenas o ministro Ricardo Lewandowski divergiu no primeiro dia da maioria já formada, mantendo seu voto contrário a autorização da interrupção da gestação nos casos de anencefalia.

Nesta ocasião, o plenário do Supremo Tribunal Federal interrompeu o julgamento ainda no início daquela noite, quando cinco ministros já tinham votado em sentido favorável e apenas um em sentido contrário. Faltavam ainda votar os ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso, já que Dias Toffoli²⁰ estava impedido neste julgamento. Logo, após o voto do ministro Ricardo Lewandowski, foi declarada suspensa a votação do primeiro dia (11.04.2012), pelo qual ficou imediatamente estabelecido que o julgamento fosse retomado no dia seguinte (12.04.2012), a partir das 14h.

No segundo dia, houve apenas um voto contrário o qual decidiu pelo indeferimento da ação, que foi do ministro Cezar Peluso, enquanto os outros três ministros se manifestaram favoravelmente, acompanhando a esmagadora maioria. Mas antes de fazermos a análise específica dos principais argumentos utilizados pelos ministros do STF para embasar os votos contrários à ADPF-54, importante verificarmos como o poder judiciário se portava frente as ações que postulavam uma autorização para a realização da interrupção da gravidez no caso da anencefalia fetal, antes do emblemático julgamento final da ADPF-54.

¹⁹ Uma comissão de juristas aprovou, no dia 09 de março de 2012, uma série de propostas de mudanças do CP brasileiro que irão constar no anteprojeto de reforma do código penal. Até maio as sugestões serão apresentadas ao senado. Uma delas amplia as possibilidades de se fazer um aborto, dentro das quais prevê o aborto de feto anencéfalo. A referida comissão de juristas manteve o aborto como crime, mas ampliou a possibilidade da mulher recorrer ao aborto sem ser punida criminalmente.

²⁰ Dias Toffoli não participou porque se declarou impedido, já que, quando era advogado-geral da União, se manifestou publicamente sobre o tema, a favor do aborto de fetos anencéfalos.

4 COMO O TEMA ERA TRATADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL ANTES DO ADVENTO DA DECISÃO DA ADPF-54?

A atual legislação brasileira não prevê de forma expressa o caso da interrupção do parto quando o feto for portador de anencefalia. O que existe hoje é o julgamento de uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que possui “*efeito erga omnes*” e força de coisa julgada. Sendo assim, como não havia norma jurídica regulamentadora, o juiz julgava com base nos princípios gerais do direito e através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, pois não podia afastar sua jurisdição em decorrência da falta de regramento específico acerca da matéria em questão. Importante ressaltar que se tratou de uma matéria bastante controversa nos tribunais, que admitiu as mais variadas fundamentações por parte dos julgadores.

Neste diapasão, diversas gestantes de fetos anencefálicos pleiteavam em juízo uma autorização para que pudessem antecipar o parto no caso de anencefalia fetal devidamente comprovada, buscando resguardar-se de futuras ações ou mesmo para que pudessem realizar esta interrupção no sistema de saúde pública, uma vez que o Sistema Único de Saúde (SUS) exigia uma autorização judicial, dependendo necessariamente desta licença para que pudessem exercer tal prática interruptiva.

Para demonstrarmos a existência dessa multiplicidade de interpretações do sistema jurídico em relação à matéria da anencefalia fetal, realizamos uma pesquisa jurisprudencial nos tribunais do Rio Grande do Sul, com intuito de destacar os três principais argumentos utilizados nas decisões judiciais, tanto daqueles que foram favoráveis à interrupção da gestação, quanto daqueles que se manifestaram de maneira contrária a ela.

Inicialmente, cumpre destacar que os Magistrados, em sua grande maioria, julgavam procedentes os pedidos de antecipação do parto no caso de anencefalia fetal, proferindo sentença favorável às gestantes. Estas autorizações judiciais se fundamentavam em várias vertentes, dentre elas podemos destacar as mais relevantes:

- a. Inexigibilidade de conduta diversa;
- b. Atipicidade da conduta;
- c. Equiparação com o aborto necessário.

Boa parte da jurisprudência argumentava que a conduta praticada pela gestante de interromper a gestação de feto anencefálico era um ato ilícito, isto é, constituía um crime, porém decidiam no sentido de excluir a culpabilidade da gestante, isentando-a de pena, tendo

em vista a inexigibilidade de uma conduta diversa em razão de se tratar de uma condição peculiar. Consoante disciplina Cezar Roberto Bitencourt²¹, “a inexigibilidade de outra conduta exclui, portanto, a culpabilidade, não bastando, por conseguinte, a prática de um fato típico e antijurídico para que seja socialmente reprovável”.

Portanto, aquelas decisões que identificavam a inexigibilidade de conduta diversa, sustentavam suas premissas em princípios constitucionais, como por exemplo, o princípio de que ninguém deva submeter-se a tratamento desumano e cruel e no princípio da dignidade da pessoa humana. Evidenciava-se, nesta situação, uma causa excludente de culpabilidade, por não haver motivos para uma reprovação social contra o agente que praticou o ilícito nestas circunstâncias²², isentando a gestante de pena.

Na hipótese da anencefalia, não se pode reprovar o abortamento que a gestante possa pretender, pois, a evidência, outra conduta não se pode exigir de uma aflita e desesperada gestante. Seria social e juridicamente inadmissível, além de ferir o princípio da dignidade humana, exigir que a gestante, contra a sua vontade, levasse a termo uma gravidez nessas circunstâncias [...] ²³

Alguns magistrados, por sua vez, se limitavam a analisar, segundo constatações científicas e legais, a existência ou a inexistência de vida em fetos acometidos pela anencefalia. Para os juízes que fundamentavam suas decisões²⁴ com base neste argumento, afirmam que no caso de fetos anencefálicos não se pode falar em vida, e conseqüentemente, sem que haja uma vida para ser retirada, não há o crime de aborto, tratando-se, na verdade, de um comportamento atípico, ante a ausência de elementares típicas do crime de aborto. Diante

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2:** parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.153.

²² A “circunstância” a que se refere o texto é em relação a gestação de feto diagnosticado com anencefalia.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 154.

²⁴ A título exemplificativo segue a **EMENTA: HABEAS CORPUS. GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO.** Pleito de autorização para interrupção da gravidez. Pedido anteriormente indeferido em sede de medida cautelar por falta de amparo legal. Há comprovação nos autos de que o feto não traz qualquer possibilidade de vida extra uterina. Considerando-se que o Direito tutela a vida - vida intra e extra uterina, nunca a morte nem a mera possibilidade de vida extra uterina imediatamente seguida de morte e, desde que cientificamente comprovado que o feto não virá a ter vida extra uterina ou, ainda, que tal manutenção de vida não ocorrerá, a tutela jurídica não tem mais como ser exercida por falta de vida a preservar e assegurar. Concessão da ordem. **ACÓRDÃO:** Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n.º 2008.059.07542, em que é impetrante a Defensoria Pública e, paciente, Renata Lopes da Silva, sendo autoridade apontada como coatora o Juízo da 4.ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias: **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a 6.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada aos nove dias do mês de dezembro do ano de 2008, por maioria de votos, em conceder a ordem para, nos termos do pedido, autorizar a antecipação do parto, restando superado o exame da preliminar, sendo vencido o Desembargador Relator que a denegava e ficando designado para lavratura. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6.ª CÂMARA CRIMINAL. HABEAS CORPUS** n.º 2008.059.07542. Rel: Des. Antônio Jayme Boente. Lavratura do acórdão o Desembargador 1.º Vogal. Rio de Janeiro, 02 de fevereiro de 2009. Des. Antônio Carlos Nascimento Amado, Relator vencido.

deste contexto, Marco Antônio Becker²⁵ e demais especialistas da área médica concluíram no sentido de que:

Quando a mãe pede para retirar esse feto e o médico pratica o ato, isso não se configura propriamente aborto, com base no art. 126 do Código Penal, pois o feto conceitualmente não tem vida. E diz mais: Não há porque adicionar outra excludente ao art. 128 do Código Penal, pois pelas razões expostas o ordenamento jurídico já existente autoriza o médico a retirar o feto de anencéfalo da gestante, a seu pedido, sem que com isso incorra em infração penal ou ética, pois, repetimos: se não há vida, não há o que se falar em aborto.

No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt²⁶:

Com efeito, na hipótese da anencefalia, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e a sua morte não decorre de manobras abortivas. Diante desta constatação, na nossa ótica, essa interrupção da gravidez revela-se absolutamente atípica e, portanto, sequer pode ser tachado como aborto, criminoso ou não.

A terceira e última hipótese ventilada diz respeito à equiparação com o aborto necessário. Quando fazemos referência à equiparação da interrupção da gestação de fetos anencefálicos com o aborto necessário como um dos fundamentos utilizados outrora nas decisões dos tribunais, estamos tratando de analogia. Para Victor Eduardo Rios Gonçalves²⁷ a analogia é aplicável nos casos de lacuna da lei, ou seja, quando não há qualquer norma regulamentando o tema, como se constata na ocorrência da anencefalia.

Segundo o autor supracitado, “*fazer uso dela significa aplicar uma norma penal a um fato não abrangido por ela nem por qualquer outra lei, em razão de tratar-se de fato semelhante àquela que a norma regulamenta*”. Com isso, os seguidores deste argumento utilizam a analogia *in bonam partem*²⁸, firmando por uma interpretação extensiva da excludente de antijuridicidade prevista no art. 128, inciso I, do Código Penal²⁹.

A utilização da analogia *in bonam partem* decorre, principalmente, da desatualização do Código Penal frente às mudanças significativas que ocorreram na ciência e na medicina contemporânea. Essa desatualização é nitidamente evidenciada quando fazemos menção para a data de promulgação do atual código penal em relação à sociedade contemporânea. É notório que o Código Penal, cuja promulgação ocorreu em 04 de novembro de 1940, está desatualizado no que tange a alguns assuntos específicos, levando-se em consideração que o

²⁵ BECKER, Marco Antônio. BECKER, Marco Antonio. Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez. **Revista Medicina**, Conselho Federal de Medicina, nº 155, mai./jul. 2005, p. 10.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p.155.

²⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**: parte geral. ed. 16. reform. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

²⁸ Expressão em latim que significa “*em benefício da parte*”.

²⁹ **Art. 128 do CP** - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

direito é uma ciência em constante modificação e deve manter consonância com a realidade fática na qual se encontra inserido.

Partindo-se dessa premissa, que muitos julgadores dilatavam o texto legal, ampliando o alcance do art. 128, inciso I do CP para os casos de gestação de anencéfalos, buscando, com isso, adequar o direito com as exigências e avanços sociais, uma vez que a norma penal não poderia prever dentre o rol de abortos permitidos a possibilidade de antecipação do parto de feto anencéfalo, já que naquela época não havia diagnóstico preciso, ou melhor, era inexistente, devido as limitações médicas e científicas que lhes eram inerentes.

Percebe-se uma verdadeira incompatibilidade do avanço da medicina nas técnicas de diagnóstico pré-natal, observando-se que nos dias atuais existe um alto grau de confiabilidade destes exames, em contraponto com o entendimento rudimentar e ultrapassado do vigente Código Penal brasileiro, que por consequência da época de sua edição, não previa esta hipótese de interrupção.

Deve-se considerar que os diagnósticos de anomalias fetais irreversíveis, como é o caso da anencefalia, são realizados com grande precisão em decorrência dos avanços técnico-científicos da medicina moderna. A ciência médica evoluiu de tal maneira que é possível identificar com alto grau de exatidão se o feto é portador de anomalia incompatível com a vida extrauterina, evitando-se levar a termo uma gestação impotencial.

Percebe-se hoje, uma inadequação entre os avanços da medicina e a legislação penal. Ao passo que as ciências médicas evoluíram para oferecer maior certeza nos diagnósticos e, em decorrência disso, possibilidades de cura para o paciente, a legislação criminal ficou estancada em 1940, onde a tecnologia médica era rudimentar, se comparada às conquistas atuais. Deste modo, urge uma adequação da lei penal aos conhecimentos técnicos contemporâneos, permitindo que o problema da interrupção da gestação de feto inviável seja tratado entre o médico e a paciente, sendo lhe conferido o direito de optar entre interromper ou levar a termo esta gravidez.³⁰

Desta banda, conclui Andreia Ribeiro da Rocha³¹ que, diante de uma situação de *déficit legal*, que muitas decisões “*têm realizado esta interpretação extensiva dos casos de exclusão de ilicitude do aborto, abarcando casos que a priori não estariam protegidos sob o manto da lei*”. Portanto, na falta de regramento³² específico acerca da anencefalia,

³⁰ TESSARO, Anelise. Op. Cit., p. 17-18.

³¹ ROCHA, Andréia Ribeiro da et all. Op. Cit., p. 51.

³² Cezar Roberto Bitencourt em sua obra “Tratado de direito penal, 2: parte especial”, na página 150, faz alusão à necessidade de uma permanente atualização do direito positivo que, segundo ele, “somente pela interpretação do cientista é que ganha vida e atualidade, evoluindo de acordo com as necessidades e aspirações sociais”. E diz mais, “é nessa sociedade que, pela hermenêutica, deve encontrar-se o verdadeiro sentido de normas que ganharam vida através do legislador, mesmo em outro século, objetivando normatizar uma sociedade que se pautava em outro padrão de comportamento”.

determinados magistrados aplicavam a analogia *in bonam partem* a fim de que as gestantes pudessem antecipar o parto sem serem punidas criminalmente.

Os juízes não podem fiar alheios às transformações sociais, jurídicas e científicas. Por isso, a vontade da lei não deve ser investigada somente em relação à época que nasceu o preceito, mas sim tendo em conta o momento de sua aplicação. O magistrado adapta o texto da lei às evoluções sofridas pela vida, da qual, em última consideração, o Direito é forma. Decorre daí o dever de ajustá-la a situações que não foram imaginadas na remota hora de seu nascimento.³³

Entretanto, havia também aqueles Magistrados que se manifestavam contra o deferimento das autorizações judiciais quando o processo fosse atinente a antecipação do parto nos casos de diagnóstico de anencefalia. Aqueles que negavam a referida autorização fundamentavam suas decisões, principalmente, em premissas religiosas diante do conservadorismo de suas crenças, mas também ressaltavam a falta de previsão legal expressa para o deferimento do pedido.

Da mesma forma, destacaremos os principais argumentos encontrados na jurisprudência que norteavam os juízes ao não reconhecimento do direito da mulher em interromper a gestação quando o feto estivesse acometido por uma anomalia irreversível incompatível com a vida. Dentre os principais argumentos encontrados podemos citar:

- a. O art. 128 do Código Penal possui um rol taxativo;
- b. Reconhecimento da vida no feto anencéfalo;
- c. Comparação com o aborto eugênico.

Ao longo da pesquisa realizada verificamos que parte da jurisprudência não deferia a autorização para a realização da interrupção da gestação no caso de anencefalia fetal sobre o pretexto de que o art. 128 do Código Penal elenca apenas duas hipóteses de aborto permitido, caracterizando um rol taxativo, motivo pelo qual estes magistrados defendiam que o Código Penal não reconhece a anomalia fetal chamada de anencefalia como uma causa excludente de ilicitude. Ante a expressa previsão do Código Penal, só não é punível o aborto necessário e o aborto realizado quando a gravidez decorrer de estupro. Qualquer outra hipótese de aborto não poderia ser permitida por não dispor de previsão legal.

Segundo os seguidores deste entendimento, o permissivo atribuído ao inciso I do art. 128 do CP que se refere ao aborto necessário, só é possível quando constitui um autêntico estado de necessidade, exigindo a ocorrência simultânea de dois requisitos. O primeiro requisito indispensável para que se possa caracterizar o estado de necessidade é o perigo de vida da mãe (e aqui os juízes alegam que não basta o risco de vida) e o segundo requisito é

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto, 2009 apud ASÚA, Luis Jiménez, 1949.

que inexistia outro meio para salvar a vida da gestante. Neste caso, segundo as palavras de Andréia Ribeiro da Rocha³⁴, ocorria “*uma interpretação objetiva do texto da Lei, sem ter a pretensão de ultrapassar os seus limites*”.

Na perspectiva destas autoridades não existia a possibilidade de autorizarem judicialmente a antecipação do parto em se tratando de fetos anencefálicos, tendo em vista que a lei penal pátria não reconheceu este tipo de interrupção quando projetou o rol de abortos permitidos. Além disso, entendiam que não há como equiparar a interrupção da gestação de anencéfalos com o aborto necessário visto que o fundamento para a interrupção da gestação anencefálica é adverso ao fundamento do estado de necessidade.

[...] Não há estado de necessidade a justificar o aborto do anencéfalo, que possui apoio na doutrina penal ou na legislação pátria; o que há, de fato, é uma distorção do estado de necessidade para “legalizar” um ato ilícito, não se podendo chegar a outra conclusão senão a de que o atentado à vida do feto é uma conduta antijurídica e não encontra apoio em nenhuma das excludentes de ilicitude contempladas no ordenamento jurídico pátrio.³⁵

De outro lado, alguns julgadores firmam suas decisões de indeferimento da autorização pleiteada sob o fundamento de que reconhecem o feto anencefálico como sujeito de direitos, dentro dos quais o direito à vida³⁶, com a conseqüente conclusão de que existe uma vida intrauterina enquanto se desenvolve no ventre materno. Esta é a opinião de muitos religiosos, mormente no que tange aos princípios cristãos sobre a vida e tudo que dela decorre. Segue esta mesma linha de raciocínio do saudoso Walter Barbosa Bittar³⁷ quando afirma que todo o “*feto é vida, e vida humana, portanto merecedor da irrestrita tutela penal, conforme dados das ciências biológicas, que dão supedâneo aos diplomas legais que não permitem o aborto de feto anencéfalo*”.

Para Walter Barbosa Bittar, a constituição brasileira é bastante explícita quanto à proteção jurídica do feto, reconhecendo-o como sujeito de direitos, pois sendo o Brasil signatário do Pacto San José da Costa Rica e trazendo no bojo do art. 4 do Código Civil um dispositivo legal que regula a proteção do nascituro desde a concepção, por uma interpretação

³⁴ ROCHA, Andréia Ribeiro da et all. Op. Cit., p. 53.

³⁵ BITTAR, Walter Barbosa. Aspectos jurídico-penais da autorização para o aborto do feto anencéfalo. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 313. Nov. 2003, p. 98.

³⁶ A título ilustrativo segue **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. Negaram provimento. Proc: 1.0024.06.199818-3/001(1). Proc: 1998183-45.2006.8.13.0024. Rel. Des. Nilo Lacerda. Data do Julgamento: 08/11/2006. Data da Publicação: 29/11/2006.

³⁷ BITTAR, Walter Barbosa. Op. Cit., p.98.

lógica deve-se defender estes seres, tendo eles problemas ou não, sendo eles portadores de anomalias graves ou não. Nota-se a consideração de um “*status moral*” dos fetos humanos (sejam eles anômalos ou não) como uma pessoa detentora de direitos, direitos estes que devem ser resguardados, garantindo aos fetos anencefálicos a intangibilidade do direito à vida.

Por fim, no terceiro argumento destacado que fora ventilado pelos tribunais do Rio Grande do Sul quando do julgamento de algumas ações sobre a matéria em comento, percebemos uma clara comparação da interrupção da gestação quando o feto for acometido por anencefalia com o aborto eugênico, no que diz respeito às práticas nazistas. Destacamos, desde logo, que se trata de um posicionamento equivocado, porém, respeitados os inúmeros posicionamentos existentes, não podemos deixar de citá-lo. O próprio Walter Barbosa Bittar³⁸ faz alusão em sua obra acerca das práticas nazistas:

Ora, ou bem se admite que é necessário propagar a ideia de que o Direito deve admitir a destruição de vida carente de valor (deficientes e menos úteis à sociedade) dando guarida ao pensamento nazista – ou bem se reconhece que o ordenamento jurídico brasileiro opõe-se a este nefasto pensamento (o nazismo), de terríveis e conhecidas consequências para a humanidade, pleiteando a tutela irrestrita à vida, e vida humana, que não pode abrir mão da tutela jurídico-penal.

Insta observar que, apesar de alguns juristas tratarem a interrupção da gestação de feto diagnosticado com anencefalia como sendo um aborto eugênico, estamos tratando, exclusivamente, da anencefalia e não aos demais casos também classificados como aborto eugênico, não devendo haver confusão em relação ao objeto desta pesquisa científica.

A expressão “aborto eugênico” tornou-se um tabu para a sociedade, pois em um primeiro momento ocorre a associação da eugenia às práticas nazistas de Hitler, realizadas na Alemanha, com o intuito de alcançar a pureza da raça ariana, preservando sua espécie. Tanto isso é verdade, que podemos observar nas decisões que negaram a autorização para a antecipação do parto de anencéfalos o preconceito implicitamente emitido, apregoado de uma profunda carga de rejeição social. Desta banda, indaga Cezar Roberto Bitencourt³⁹:

Justifica-se que ainda continue falando em ‘eugenia’ como fazia, a seu tempo, Nelson Hungria, com toda a sua carga emocional-racial que o termo carregou consigo em meados do século passado, especialmente a partir do nacional-socialismo?

Parte do preconceito emanado pela sociedade no que tange à interrupção da gestação de fetos anencefálicos está intimamente ligado ao fato de que esta interrupção é uma das espécies concernentes ao gênero do “aborto eugênico”, em razão de algumas características

³⁸ Idem, p. 95.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p.151.

que se assemelham. Contudo, a antecipação do parto de um anencéfalo não pode ser confundida com as demais espécies de abortos eugenésicos, tendo em vista que cada uma das espécies desse gênero dispõe de elementos próprios e circunstâncias peculiares que não se comunicam.

A doutrina médica especializada, conforme relata Bitencourt, apresenta uma classificação dos abortos, dentro dos quais se encontra a classificação do aborto eugênico, ou, como nomeia o referido autor, da interrupção eugênica da gestação (IEG). Apontando para as principais características deste tipo de aborto, Bitencourt aduz que são “*situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos. Comumente sugere o tipo praticado pela medicina nazista, quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras*”.

A fim de constatar o grau de influência negativa gerada pela inserção da interrupção da gestação quando o feto for acometido pela anencefalia como uma das espécies do gênero “interrupção eugênica da gestação”, basta, para isso, observarmos as principais características associadas ao aborto eugênico, que certamente induzem aos leitores que todas as espécies seguem a mesma característica (o que está completamente equivocado).

Cumprе salientar, novamente, que o trabalho diz respeito apenas ao caso da anencefalia, devendo ser dissociada de qualquer formulação ideológica herdada pelo nazismo. Conforme se observa, a expressão eugenia (repudiada por muitos) faz lembrarmos, inevitavelmente, de situações aterrorizantes vividas por povos na Alemanha em tempos mais remotos que, por força de um governo que estabelecia ideologias nazistas, obrigavam as mulheres gestantes a abortar contra a sua vontade, em razão de uma política avassaladora dominante na época. Esta trágica situação não tem nenhuma relação com o objeto do presente trabalho.

A faculdade da gestante em optar por interromper a gestação de fetos anencefálicos ou em levá-la a termo já é o suficiente para afastar qualquer ligação com traços nazistas, pois em nenhum momento se cogitou em compelir a gestante ao abortamento contra a sua vontade. Pelo contrário, busca-se assegurar o direito de escolha da gestante, assegurando o princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, sendo esta uma decisão eminentemente de cunho pessoal, somente podendo ser realizada por vontade única e exclusiva da gestante.

Desta forma, vale ressaltar as palavras utilizadas por Cezar Roberto Bitencourt ao concluir seu entendimento sobre a necessidade de fazermos uma clara distinção entre a espécie de antecipação do parto no caso específico da anencefalia com o gênero na qual ela se encontra inserida, qual seja, a interrupção eugênica da gestação:

[...] As locuções ‘indicação eugênica’ ou ‘aborto eugênico’ devem ser analisadas racionalmente, sem a indesejável e prejudicial carga de rejeição emocional que poderá até inviabilizar um exame mais aprofundado e que leve a alguma conclusão mais racional. Deve-se, de plano, afastar aquela concepção que lhe concedeu o nacional-socialismo alemão: não se pode mais falar em aborto eugênico com a finalidade de obter-se uma raça de ‘super-homens’ e tampouco para a conservação da ‘pureza’ de uma raça superior. Esse período, o mais negro de todos os tempos da civilização humana, está morto e enterrado, e somente deve ser lembrado para impedir o seu ressurgimento, em qualquer circunstância.⁴⁰

É de grande valia termos noção de como o assunto era tratado pelos tribunais brasileiros antes do julgamento final da ADPF-54, não só por uma questão de conhecimento histórico, como principalmente para visualizarmos o quanto é complexo e abstruso este assunto sobre os fetos anencéfalos, com interpretações das mais variadas possíveis pelas autoridades julgadoras. Estas divergências teóricas que pairavam nos tribunais na medida em que os casos concretos desaguavam no poder judiciário, acabam comprovando que não havia um consentimento unânime acerca da questão da anencefalia, assim como ainda é uma questão conflituosa, mesmo após ter ocorrido o julgamento. Por mais que tenha sido autorizada pelo poder judiciário a retirada terapêutica do feto anencefálico durante o período gestacional conforme a vontade da gestante, muitas pessoas continuam a repudiar esta conduta.

Os argumentos que se posicionam de maneira contrária à decisão da ADPF-54 têm provocado muita repercussão na sociedade, já que abordam questões controversas, que muitas vezes não cabe ao ser humano responder, pois extravasam o limite do conhecimento. É certo que os fundamentos que embasaram os votos contrários na ADPF-54 servirão de escopo para o surgimento de novas dúvidas e inquietações.

O assunto não se pacificou com o julgamento da ADPF-54, pelo contrário, quanto maior for o aprofundamento dos estudos e com a ininterrupta evolução das técnicas médicas, mais descobertas serão realizadas, o que conseqüentemente, resultará em formas de pensar diferente. Sendo assim, necessário o exame dos principais argumentos aventados pelos Ministros do STF ao proferirem a decisão contrária a ADPF-54, a fim de constatarmos a perplexidade que gira em torno do tema acerca da anencefalia.

5 PRINCIPAIS ARGUMENTOS EMBASADORES DOS VOTOS DE IMPROCEDÊNCIA DA ADPF-54

Cabe-nos, por fim, ressaltar os argumentos contrários utilizados pelos ministros ao julgarem a ADPF-54, uma vez que apenas os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso

⁴⁰ Idem, p. 152.

se manifestaram contra a antecipação do parto de feto anencefálico, entre os dez que analisaram o tema. Com isso, objetivamos provocar no leitor uma profunda reflexão sobre a matéria aludida, fazendo-os questionar se a decisão prolatada pelo STF no julgamento final da ADPF-54 foi a mais adequada e correta.

Iniciaremos, portanto, com o voto do Ministro Lewandowski e depois finalizaremos com o voto do Ministro Cezar Peluso, tendo em vista que todos os demais votos proferidos se declinaram no sentido do deferimento da ação de arguição de preceito fundamental em comento.

Importante lembrar que o ministro Lewandowski foi o sexto a votar, abrindo a divergência na votação, o qual afirmou inicialmente que os valores em conflito que devem ser preservados no caso de aborto, é a vida do nascituro em contrapartida com a vida e a incolumidade psíquica da gestante, demonstrando evidente convicção de que o anencéfalo é um ser humano detentor de vida, devendo com isso, ser protegido pelo ordenamento jurídico. Com este argumento ele procura afirmar que o simples fato de não existir o cérebro no indivíduo não que faz com que o feto não seja considerado um ser vivo, pelo contrário, entende que o anencéfalo possui vida intrauterina, devendo ser protegido contra qualquer agressão do mundo exterior, em especial, a tutela sobre a vida.

Segundo o referido ministro, o legislador estabeleceu nos tipos penais do crime de aborto, apenas duas hipóteses taxativas de isenção de pena, conforme prevê o artigo 128 do CP, quais sejam: o aborto necessário ou terapêutico (perigo de vida par a mãe) e o aborto sentimental (decorrente de estupro). Para ele, é vedado ao poder judiciário legislar no caso concreto, acrescentando arbitrariamente mais um inciso no art. 128 ou concedendo uma interpretação extensiva ao art. 128, I do CP para adaptar a legislação. Segundo a sua óptica, o poder judiciário estaria invadindo a competência do poder legislativo, que é o órgão competente para realizar tal modificação.

Lewandowski, primando pelo princípio da “conservação das normas”, afirma que é possível ao poder judiciário fazer uma interpretação das normas conforme a Constituição, mas sempre na lógica do razoável, que, consoante sua concepção, não estava acontecendo naquele momento no julgamento da ADPF-54. Desta banda, conforme informações disponibilizadas no site do STF⁴¹, o ministro:

⁴¹ Imprensa. **Notícias STF**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204758&caixaBusca=N>>
Acesso em: 11 abr. 2012.

Destacou os limites objetivos do controle de constitucionalidade das leis e da chamada interpretação conforme a Constituição, com base na independência e harmonia entre os Poderes. “O STF, à semelhança das demais cortes constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição”, afirmou. Mesmo este papel, segundo seu voto, deve ser exercido com “cerimoniosa parcimônia”, diante do risco de usurpação de poderes atribuídos constitucionalmente aos integrantes do Congresso Nacional. “Não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”, ressaltou.

Por outro lado, o ministro manifestou entendimento no sentido de que anencefalia é, na verdade, falta de “parte” do cérebro e não da ausência total do encéfalo, sendo esta uma anomalia extremamente difícil de ser avaliada, pelo qual lembrou os casos de erros médicos que tiveram notoriedade na mídia em razão da grande repercussão da ADPF-54. Faz referência ao grau de malformação do encéfalo, afirmando que é mínima a diferença entre os fetos que possuem condições de sobreviver fora do útero materno daqueles que não conseguem sobreviver. Diz que o encéfalo existe, mas apenas é malformado.

Conclui que o STF não poderia modificar ou interpretar uma lei aprovada pelo Congresso⁴², abrindo condições para a realização de “*abortos em série*”. Assim, dividiu seu temor em relação a possibilidade de que uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos naquela ADPF-54 acabasse sendo o precursor de tornar “*lícita a interrupção da gestação de embriões com diversas outras patologias que resultem em pouca ou nenhuma perspectiva de vida extrauterina*”⁴³. Ele acredita que a autorização concedida às gestantes para interromper a gestação quando o feto for anencefálico pode ser um forte precedente para que outros tipos de interrupções da gestação também sejam pleiteados, havendo a “relativização da vida humana”.

Por fim, o sexto ministro a votar chamou a atenção para o fato de que o assunto é tão complexo que existem vários projetos de lei em tramitação no Congresso que versam sobre a descriminalização do aborto, mas nenhum deles foi convertido em lei propriamente dita. Argumenta que, se o legislador quisesse modificar o Código Penal no que tange ao crime de aborto, já teria feito, pois não faltaram anteprojetos prevendo tal reforma. Após fazer referência a alguns desses projetos, ele reafirmou que o Judiciário não pode “legislar” invadindo a competência de outro poder. Assim, Lewandowski indeferiu a ADPF-54, por não poder o STF “*criar uma nova norma, usurpando a competência do Congresso*”.⁴⁴

⁴² O ministro estava se referindo ao próprio Código Penal.

⁴³ Voto do ministro Lewandowski. Disponível em:

<<http://www.youtube.com/watch?v=MszbaTFqFsA>> Acesso em: 14 de abril de 2012.

⁴⁴ Idem.

Por sua vez, o Ministro Cezar Peluso também votou pela improcedência da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54, acompanhando a divergência aberta pelo ministro Ricardo Lewandowski no dia anterior. Em seu voto, o ministro Cezar Peluso aludiu que não se pode impor “*pena capital ao feto anencefálico*”, reduzindo dessa forma o anencéfalo à condição de lixo ou de alguma coisa imprestável, correndo o risco de “coisificar” a vida humana. Assim, conforme entendimento de Peluso, permitir o aborto de anencéfalo é dar uma autorização judicial para o cometimento de um crime, pois, segundo ele:

Ao feto, reduzido no fim das contas à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada de nenhum ângulo a menor consideração ética ou jurídica nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humana. Essa forma de discriminação em nada difere, a meu ver, do racismo e do sexismo e do chamado especismo.⁴⁵

Assim, o presidente do STF comparou o aborto de fetos sem cérebro ao racismo e também ressaltou que eventual decisão favorável ocasionaria um verdadeiro “extermínio” de anencéfalos, como outrora teria ocorrido na Alemanha com o nazismo de Hitler. Nesse sentido, aduz que:

Todos esses casos retratam a absurda defesa em absolvição da superioridade de alguns, em regra brancos de estirpe ariana, homens e ser humanos, sobre outros, negros, judeus, mulheres, e animais. No caso de extermínio do anencéfalo encena-se a atuação avassaladora do ser poderoso superior que, detentor de toda força, infringe a pena de morte a um incapaz de prescindir à agressão e de esboçar-lhe qualquer defesa.⁴⁶

Para o ministro Cezar Peluso, a argumentação utilizada pela parte autora da ADPF-54 poderia ser empregada, com algumas adaptações, para a defesa de assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos, uma vez que seu posicionamento é no sentido de que há vida nos anencéfalos e que eventual interrupção da gestação caracterizaria sim um crime de aborto (havendo todos os elementos do tipo legal), não havendo nada que justifique suficientemente tal interrupção. Desta forma, assevera que:

A ação de limitação intencional de vida intrauterina, suposto acometida esta de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo, a meu sentir, com o devido respeito, malabarismo hermenêutico ou ginástica de dialética capaz de conduzir-me a conclusão diversa.⁴⁷

⁴⁵ Voto do ministro Cezar Peluso na íntegra. Disponível em:

<<http://www.youtube.com/watch?v=n2rhSMc0cwc>> Acesso em: 14 abr. 2012.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Imprensa. **Notícias STF**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204873&caixaBusca=N>>
Acesso em: 11 abr. 2012.

Segundo a percepção do ministro Cezar Peluso a proposta da ADPF-54 é clara: pede-se para “*resguardar alguns supostos direitos superiores da mãe – como saúde psíquica e liberdade pessoal – requerendo que seja legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencéfalo porque em um ou outro caso, muda só o momento de execução, não o ato de extermínio nem os pretextos para praticá-lo*”⁴⁸. Logo, o referido ministro entende que o objeto da presente ação se resume em uma autorização judicial generalizada para realizar um crime, em que se retira brutalmente a vida de outro ser vivo, sem dó nem piedade.

Em relação ao argumento suscitado nos demais votos de que a gravidez de feto anencefálico inflige tamanho sofrimento à mãe, que “*obrigá-la a manter a gestação seria comparável à tortura*”, o ministro Cezar Peluso afirmou que ao votar pelo indeferimento da ADPF-54 não está ignorando a imensa dor da mãe que carrega no ventre um ser cuja probabilidade de sobrevivência, segundo ele, é incerta; Mas apenas sopesando, diante do caso concreto, o que deve prevalecer perante o direito e a lei. Concluiu, por fim, que o argumento da dor psicológica causada à gestante não seria capaz de autorizar tal brutalidade e desumanidade em relação aos anencéfalos, que também são detentores de direitos. Para ele:

A questão é saber se, do ponto de vista estritamente jurídico-constitucional, essa carga compreensível de sofrimento e dor - refletida na saúde física, mental e social da mulher, associada à liberdade de escolha -, comporia razão convincente para autorizar a aniquilação do feto anencéfalo por meio da eufemisticamente chamada ‘antecipação terapêutica do parto’. Concluo que não.⁴⁹

Em suma, estes foram os principais fundamentos elucidados pelos Ministros ao indeferirem a ADPF-54. Suas observações, apesar de constituírem um entendimento minoritário, não devem ser desconsideradas, devendo haver uma profunda reflexão sobre a matéria, principalmente em relação aos aspectos ainda questionáveis⁵⁰. Muitas questões incertas ainda surgirão, na medida em que o mundo evolui e tudo que nele está contido sofre alterações. A vida é um processo em constante mutação, cabendo ao direito se adequar na medida do possível às novas formas de pensar e agir da sociedade. Por fim, como já dizia Eduardo Prado de Mendonça⁵¹ “*o nascimento é um mistério, a morte é um mistério, e a vida é*

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Dentre os aspectos controversos que ainda embasam os grandes debates está a dúvida em relação a condição do feto em ser considerado um ser vivo, com seus respectivos direitos assegurados, ou caracterizado como um mero ser vegetativo, que não dispõe de vitalidade nem da essência humana.

⁵¹ MENDONÇA, Eduardo Prado de. **O mundo precisa de filosofia**. Rio de Janeiro: Agir, 1984, p.138.

um mistério limitado por aqueles dois, o da origem e o do fim. Cumpre-nos, no entanto, viver. E cumpre-nos viver bem”.

6 CONCLUSÃO

As matérias que envolvem a definição do termo inicial da vida, como no caso do aborto, por si só, geram inúmeras discussões, uma vez que não existe conhecimento no mundo que indique com precisão qual é o início deste momento, o que encontramos hoje são teorias e vertentes das mais variadas, que buscam explicar o início da vida, mas todas de cunho especulatório.

Um das questões mais importantes já julgadas pelo STF diz respeito, justamente, sobre o começo da vida humana em relação à anencefalia, a qual versou sobre a possibilidade de interromper a gestação quando o feto fosse acometido por esta anomalia congênita letal, pois supostamente, o feto não teria vida em potencial, sendo considerado um natimorto cerebral. A decisão emanada pelo Supremo se declinou no sentido de autorizar a gestante a realizar a antecipação do parto se assim desejar, após ser confirmado por médico o diagnóstico de anencefalia.

Logo, sobrevém a necessidade de haver uma distinção entre o crime do aborto e a interrupção da gestação quando o feto estiver acometido pela anencefalia. Nos dias atuais, não existe nenhum tratamento que possa reverter a condição letal do feto anencefálico. Todos os estudos realizados sobre o natimorto indicam que não há nenhuma atividade cortical devido a ausência dos hemisférios cerebrais. Sem este órgão, não há viabilidade nenhuma no feto, motivo pelo qual a interrupção da gestação não pode ser considerada um crime de aborto, já que este tutela a vida.

A atual decisão da ADPF-54 só vem a corroborar com esta afirmação, uma vez que o direito não pode ser imutável, mas deve acompanhar a evolução da sociedade, tanto em relação a forma de pensar, aos costumes e a pluralidade de crenças, tão presentes no mundo contemporâneo, quanto em relação aos avanços científicos e tecnológicos que tanto contribuem para o desenvolvimento humanitário.

Assim como inúmeras mudanças já ocorreram no passado quanto a forma de interpretar se determinada conduta é ou não passível de punição, muitas outras alterações no Código Penal ainda advirão, na medida em que as descobertas científicas permanecem trazendo inovações, além da constante transformação em relação a forma de pensar e agir da sociedade.

Os assuntos ligados ao início e ao momento final da vida sempre foram alvo de diversos debates, provocando inquietações e dúvidas até mesmo para especialistas, pois afinal, trata-se de um mistério que está muito além da compreensão do homem. Tanto isso é verdade que, várias foram as técnicas utilizadas para a constatação da morte de um indivíduo ao longo dos tempos. Neste ponto é que surge a mais intrigante das indagações já enfrentadas pelo ser humano: a partir de que momento se pode dizer que o ser humano é dotado de vida? Quando que a malformação do cérebro de um indivíduo torna-o incapaz de ser considerado como um sujeito de direitos, sem a essência humana?

São questões de difícil resolução como estas citadas acima que dificultaram a resolução da questão colocada em pauta através da ADPF-54, a qual perdurou por oito longos anos nos tribunais até que a decisão final fosse proferida. O julgamento da ADPF-54 levou em consideração todas as informações disponíveis na atualidade acerca da anencefalia, bem como considerou os conhecimentos técnicos especializados que estavam ao seu alcance, os quais foram imprescindíveis para a resolução do caso.

Mas apesar de todo o acervo médico utilizado para embasar a referida decisão, existem diversos setores da sociedade que ainda não se conformaram com a sentença e manifestam-se contrariamente à autorização da interrupção da gestação no caso de fetos anencefálicos. Seus argumentos, apesar de não encontrarem respaldo na ciência, mas simplesmente em preceitos religiosos e princípios humanitários, também não podem ser desconsiderados, pois nos fazem pensar sobre o significado da vida em seu sentido maior.

Por isso que o assunto tratado neste artigo é de extrema relevância, motivo pelo qual suscitou intensos debates e valiosas argumentações das partes envolvidas, do poder judiciário e da sociedade como um todo. A nosso ver, a matéria objeto da ADPF-54 foi uma das questões mais importantes já analisadas pelo Supremo na história do direito.

O provimento final do Supremo em relação à ADPF-54 corroborou com o que esperávamos da Justiça. Desta forma, agiram corretamente os ilustres ministros do STF ao julgarem procedente a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54, garantindo o direito das gestantes em optar pela antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de fetos anencefálicos ao invés de um doloroso⁵² e delongado trajeto em busca deste direito através da justiça brasileira, como ocorria anteriormente.

⁵² Quando nos referimos a processo doloroso, deve ser entendido tanto por dor física quanto por dor mental. O sofrimento psicológico que era desencadeado na gestante pela espera de uma decisão no judiciário era mais intenso que a dor física propriamente dita, cujos traumas se estendiam para o resto da vida da gestante, ao passo que a dor física, apesar de intensa, devido ao descaso com a saúde pública no nosso país e pela

Importante ressaltar, ainda, que a referida decisão do Supremo, que permitiu a interrupção de gestações de fetos portadores de anencefalia, em nenhum momento obriga a gestante acometida por este problema em sua gestação a realizar tal conduta. Pelo contrário, o que se coloca em questão é exclusivamente a possibilidade da mulher de interromper a gravidez, conforme a sua vontade, primando pelo princípio da liberdade e da autonomia, além de resguardar o direito à dignidade da pessoa humana.

Devemos ter em mente que o caso dos fetos anencefálicos é uma situação atípica, diferente de qualquer outra situação já enfrentada pelo direito, não devendo ser equiparada com qualquer outro tipo de anomalia. Nada obsta, entretanto, que sejam realizados mais estudos sobre o tema que comprovem que a decisão proferida na ADPF-54 foi equivocada.

Será que esta decisão não influenciará para que outras antecipações do parto em casos malformações fetais também sejam permitidas? E os erros médicos? Haverá a possibilidade de retirar a vida de um ser que foi erroneamente diagnosticado com anencefalia, mas que tinha possibilidade de vida extrauterina, como são os casos das doenças assemelhadas à anencefalia? Quando que realmente passa a existir vida em um ser? Será que a ciência dispõe de todas as respostas para esta indagação?

Como é notório, existem inúmeras anomalias congênicas que também são incompatíveis com a vida extrauterina. Será que a decisão do STF na ADPF-54 não seria um precedente forte para que também seja permitido o aborto em tais anomalias? Até que ponto a eugenia positiva é útil?

Assim como estas indagações surgiram com o deferimento da Ação de Arguição de Preceito Fundamental de número 54, muitos outros questionamentos serão levantados, o que contribui significativamente para o aperfeiçoamento da ciência. Enquanto não for possível afirmarmos com precisão qual é o momento inicial da vida humana, as controvérsias continuarão existindo e as questões só irão se multiplicar...

Será que com a manipulação de ácido fólico nos alimentos (como por exemplo, na farinha de trigo e na farinha de milho) não vão surgir algumas crianças com a forma mais atenuada de anencefalia? Por uma adaptação, será que as crianças portadoras de anencefalia não irão desenvolver uma resistência maior ao meio ambiente e ter uma sobrevivência mais prolongada?

O ser humano não é infalível e jamais pode ter cem por cento de certeza sobre os atos praticados que dependem de conhecimentos técnicos especializados. O que podemos dizer é

imprecisão jurídica antes da decisão da ADPF-54 em relação a anencefalia, não supera os gravames psicológicos supervenientes aos problemas resultantes da gestação de fetos anencefálicos.

que, diante das informações disponibilizadas hoje, esta foi a melhor solução possível a ser dada ao caso. Mas isso não significa dizer que o assunto sobre a anencefalia está definitivamente resolvido. Pelo contrário, a repercussão que o julgamento da ADPF-54 gerou na sociedade levantou questões altamente intrigantes que sequer eram cogitadas há alguns anos atrás.

Como já dizia Marco Aurélio⁵³ *“há que se calçar o sapato não com o próprio pé, mas com o pé do outro, de modo a sentir exatamente onde lhe machuca o calo. Para aguçar o termômetro da sensibilidade, é de bom alvitre perguntar a si mesmo, antes de qualquer decisão: e se fosse com a minha filha, minha mulher, minha irmã? Suportaria estes nove meses de tormento, de espera sem esperança?”*

7 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo de. Ética normativa e meta-ética no exame de problemas morais particulares: o caso do feto anencefálico. **Phróneses - revista de ética**, Campinas, v. 8, n. 2, jul/dez. 2006.

BECKER, Marco Antonio. Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez. **Revista Medicina**, Conselho Federal de Medicina, nº 155, mai./jul. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 2 ed; São Paulo: Saraiva, 2004.

CROCE, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**: parte geral. ed. 16. reform. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRILLO, Eugênio et all. Defeitos do Tubo Neural e Hidrocefalia Congênita. Por Que Conhecer suas Prevalências? **Jornal de Pediatria**, v. 79, n. 2, 2003.

INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GENERO. **Anencefalia**: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: Letras Livres, 2004.

MENDONÇA, Eduardo Prado de. **O mundo precisa de filosofia**. Rio de Janeiro: Agir, 1984.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A dor a mais. **Folha de São Paulo**. 29.10.2004.

⁵³ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A dor a mais. **Folha de São Paulo**. 29.10.2004.

MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa. **Rezende, obstetrícia fundamental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

NETTO, Lages. **Neonatologia**. Rio de Janeiro: Monterrey, 1973.

PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia**. Disponível em:
<<http://www.aids.gov.br/noticia/anencefalia-jose-aristodemo-pinotti>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

ROCHA, Andréia Ribeiro da et all. Análise teórico-reflexiva sobre decisões judiciais do TJRS em relação ao aborto de fetos anencéfalos. **Direito e justiça**, Porto Alegre, v. 34, n.1, jan./jun. 2008.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**: discriminação e avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá, 2005.