

5

ESTUDO DE CASO: ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO EM CASO DE ANENCEFALIA FETAL

5.1. Apresentação do Estudo de Caso

O termo antecipação terapêutica do parto foi proposto pela antropóloga Débora Diniz em suas diversas obras sobre o tema. Segundo a autora a substituição do termo aborto pela expressão antecipação terapêutica do parto retira da gestante o peso de séculos de preconceitos e dogmas religiosos. A situação vivenciada por tais mulheres é por demais específica para ser enquadrada juntamente com os outros casos de interrupção da gestação. Embora esta redefinição seja objeto de críticas, no âmbito deste trabalho, será adotada esta nomenclatura como opção metodológica visando diferenciar esta hipótese das demais espécies de procedimentos médicos com fim de interromper a gravidez.

O Brasil é o quarto país do mundo em ocorrência da anencefalia fetal de acordo com dados disponibilizados pela Organização Mundial de Saúde, estando atrás somente do México, Chile e Paraguai. No total de 10 mil gestações levadas a termo em nosso país, cerca de nove apresentam essa má-formação do feto. Essa taxa é mais de cinquenta vezes maior que a observada em diversos países europeus. Tal proporção pode ter como fundamento dois fatores: a carência nutricional, principalmente de vitaminas do complexo B, e a proibição legal da interrupção da gravidez.

A repercussão do tema na mídia nacional é extrema. Diversos segmentos sociais expressam opiniões e sentimentos a respeito da interrupção da gestação nestes casos. A falta de precisão dos termos e a ignorância também são recorrentes na discussão. Contudo, a evidência de assunto de tamanha importância nos meios de comunicação é tida como válida e útil, desde que o conflito de posições seja exposto em um debate racional e aberto a todos. Um Estado Laico como o Brasil deve preferir a utilização de argumentos não religiosos, embora na prática tal não ocorra e ainda vemos a influência preponderante das posições religiosas.

À guisa de ilustração, são trazidas as seguintes reportagens: **“O parto da Justiça”** - Revista Época de 13/09/1999; **“Autorização para aborto dura até 1 mês”** – Folhaonline em 27/02/2005; **“Conselho adia debate sobre aborto de anencéfalo a pedido de Zilda Arns”** – Folhaonline em 17/02/2004; **“OAB é a favor de interrupção da gravidez em caso de anencefalia fetal”**- Folhaonline em 17/08/2004; **“Saiba mais sobre anencefalia”**- Folhaonline em 13/07/2004; **“O direito ao aborto”**- GLOBO em 06/03/2004; **“Liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal”**- Agência UNB em 23/07/2004; **“Entrevista: Aborto de fetos / bebês anencéfalos”**- Notícias Dia-a-Dia em 23/07/2004; **“Brasil é o quarto país em nascimento de fetos com anencefalia, revela OMS”**- AOLNotícias em 19/08/2004; **“Juiz de Goiânia autoriza aborto de feto anencéfalo”**- AOLNotícias em 17/11/2004; **“Médico Com Causa”** – Revista Isto É, número 183 de 9/02/2005; **“Conselho apóia interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal”**- Folhaonline em 10/03/2005; **“Mulher consegue na Justiça aborto de feto anencéfalo”** – Agência Estado de 10/05/2005; **“O direito irrefutável ao aborto”** – Jornal da Ciência de 28/10/2005;

Representantes de diversas crenças religiosas, algumas delas destacadas no livro *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*, opinam a respeito da moralidade da interrupção do parto.

O primeiro credo exposto, e certamente o mais atuante no tocante ao aborto, é o catolicismo. Segundo Dom Odilo Pedro Scherer¹²²:

“Toda agressão contra a vida humana, ainda mais a vida frágil e inocente, por qualquer motivo, ainda que seja em nome da ciência, ou do conforto de outras pessoas, não faz honra à humanidade e é sinal de decadência da ética e retrocesso na civilização. A CNBB espera que a decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL esteja orientada pelo respeito pleno à frágil vida do feto / bebê anencéfalo.”

O Rabino Henry Sobel, presidente do Rabinato da Congregação Israelita Paulista, esclarece que¹²³:

“A meu ver, a antecipação do parto em caso de anencefalia deve ser permitida. (...). O que o judaísmo pode oferecer a estas mulheres é apoio humano e moral. Como rabino, eu faria tudo ao meu alcance para que a mulher possa tomar essa decisão sem o mínimo sentimento de culpa. Muito pelo contrário, eu acho que a decisão da mãe tem que ser apoiada.”

¹²² ANIS. *Anencefalia. O pensamento brasileiro em sua pluralidade*, 2004. p. 46.

¹²³ *Ibid.*, p. 47.

O Bispo da Igreja Universal do Reino de Deus, Marcelo Silva, destaca a posição de sua denominação religiosa¹²⁴:

“A posição da Igreja Universal é sempre a favor da qualidade de vida e do bem-estar das pessoas. Nós entendemos que há casos em que a interrupção da gravidez é a atitude certa a ser tomada. A nossa fé tem que ser conduzida com inteligência, caso contrário cairemos no fanatismo. Temos que preservar a vida da mãe, já que seria inútil dar à luz uma criança que não tem chances de vida.”

Lairton de Oxum é representante da Associação Brasileira de Umbanda, Cultos Afro-Brasileiros e Ameríndios diz que¹²⁵:

“A minha opinião é de que não deve haver a antecipação do parto porque como espiritualista acredito na reencarnação. (...) Mas a opinião de nossa associação é favorável que o Supremo Tribunal Federal conceda essa liminar¹²⁶, pois a decisão depende das próprias grávidas. (...) Mas nós damos o conforto espiritual através de orações, de preces, porque essa criança é um espírito, então como espírito nós temos que olhar por este lado.”

Lama Tartchin praticante budista acredita que¹²⁷:

“De acordo com os ensinamentos budistas tibetanos, para que um ser venha a ter uma completa existência são necessários 3 fatores: espermatozóide, óvulo e mente. Se um corpo veio a se formar sem um órgão, impossibilitando que este venha a ter uma existência independente (não morrer após o parto), é porque houve a falta de um ou mais dos 3 fatores. No budismo não há pecado. Há carma, isto é, lei da causa e efeito. A gestante que será responsável pelo efeito de seus atos e a decisão de seus atos diz respeito apenas a ela.”

Por fim, destaca-se a posição da Federação Espírita Brasileira, através de seu diretor Geraldo Campetti¹²⁸:

“(...) doutrina espírita em relação ao aborto é a de que não somos contra o aborto, mas a favor do não-aborto. Entendemos que o ser humano é, também, espírito. Nesse sentido, não poderíamos ser favoráveis a um aborto provocado, mesmo com a conotação terapêutica no caso da anencefalia. (...). Nossa opinião a respeito da antecipação do parto também é visto como um tipo de aborto, e é um aborto provocado e, no nosso entendimento, não deve se realizado.”

¹²⁴ Ibid., p. 48.

¹²⁵ Ibid., p. 49.

¹²⁶ À época dessa entrevista ainda não tinha sido concedida a liminar pelo Ministro Marco Aurélio que foi posteriormente revogada pelo plenário.

¹²⁷ Ibid., p. 50.

¹²⁸ Ibid., p. 51.

5.2. Aporte Médico

A pretensão deste estudo não é a análise técnica sobre a anencefalia fetal. Porém, o estudo de caso envolve conceitos e determinações interdisciplinares. Assim sendo, este capítulo objetiva apresentar, mesmo que de forma breve, aspectos sobre a definição e o diagnóstico dessa anomalia, objetivando analisar a certeza científica de tal procedimento.

Durante séculos, em diversas culturas, a arte de curar era considerada uma prática mágico-religiosa. Os responsáveis pelo tratamento de doenças eram, em sua grande maioria, pajés e sacerdotes, e o instrumento básico para a cura era a fé do doente. No início da era cristã a prática da medicina em Roma e nas grandes cidades da época era feita quase que exclusivamente por médicos gregos. Adicionalmente eram numerosos os charlatães que prescreviam ervas, amuletos ou encantamentos. Na Roma Antiga a medicina era considerada uma profissão indigna para um cidadão romano.

Hipócrates, na Antiga Grécia, inicia uma visão empírica da medicina, em que algumas doenças passaram a ter origens naturais. Ele, considerado pai da medicina, foi o primeiro a empregar o termo diagnóstico, que significa discernimento, formada do prefixo *dia* - através de e *gnosis* - conhecimento. Diagnóstico, portanto, é discernir pelo conhecimento. A instrumentalização da ciência médica teve início no século XIX com a invenção do estetoscópio por Laennec em 1816. Porém, somente no final do século passado, a medicina adquiriu um caráter científico, onde há uma causa para a doença e existe um meio eficaz de combatê-la. Louis Pasteur é considerado o precursor dessa fase científica da medicina, considerada a primeira revolução dessa área de conhecimento.

A tecnologia médica se desenvolveu no decorrer do século XX, com o diagnóstico por imagens, endoscopia, métodos gráficos, exames de laboratório e provas funcionais. A influência da corrente de pensamento denominada de positivismo na medicina acarretou a busca maior pela certeza científica através do aperfeiçoamento do material humano e instrumental envolvidos. O positivismo defende que só a ciência pode satisfazer a necessidade de conhecimento, visto que, só ela parte dos fatos e aos fatos se submete para confirmar suas verdades, tornando possível a obtenção de noções absolutas. Nesse contexto, surge a chamada Medicina Baseada em Evidência (MBE). De acordo com a

conceituação proposta por David Sackett¹²⁹ a MBE é a integração das melhores evidências de pesquisa com a habilidade clínica e a preferência do paciente e envolve cinco fatores: desenvolvimento de estratégias para identificar e analisar as evidências; criação de revisões sistemáticas e sumários concisos dos efeitos da assistência à saúde; criação de revistas dedicadas à MBE de publicação secundária; criação de sistemas de informação que nos trazem os avanços em segundos e identificação e aplicação de estratégias efetivas para o aprendizado durante toda a vida e para melhora de nosso desempenho clínico.

Hodiernamente, estamos vivendo uma nova revolução representada por procedimentos como a engenharia genética e o estudo da bioquímica cerebral e novos métodos de diagnóstico e tratamento.

O diagnóstico pré-natal de anomalias fetais foi um avanço na medicina propagado a partir da década de 50, mas, difundida no Brasil no final dos anos 70. Nos últimos anos desenvolveu-se uma nova área multidisciplinar de atuação, denominada Medicina Fetal, que incorporou às técnicas de diagnóstico as possibilidades da terapêutica intra-uterina.

O fechamento do tubo neural ocorre em 20 a 28 dias após a concepção. Não ocorrendo, o tecido neural fica exposto e há rupturas secundárias na brida amniótica. Os denominados defeitos de fechamento do tubo neural ocorrem em consequência de anormalidades de formação fetal em fases precoces da gestação. As espécies de defeitos de fechamento do tubo neural são: anencefalia, iniencefalia, espinha bífida e encefalocese.

A anencefalia pode ser conceituada como sendo:

“Um dos defeitos do tubo neural caracterizado 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.”¹³⁰

A anencefalia é considerada a fase final da acrania, em consequência da ruptura do tecido cerebral anormal, não protegido pela calvária.

¹²⁹ SACKETT, D., *Medicina baseada em evidências: prática e ensino*, 2003.

¹³⁰ MORON, A., *Medicina fetal na prática obstétrica*, 2003. p. 173.



Figura 1. Foto de recém nascido anencéfalo¹³¹

Roger Sanders traz em sua obra a epidemiologia da doença. Segundo ele a incidência da anencefalia é geográfica e depende da população. E a hereditariedade é multifatorial dependendo de implicações de fatores genéticos e ambientais. A incidência é variável na dependência da região e outros fatores como a raça, porém ocorre de 0,1 a 1% dos nascituros.

Antonio Moron estabelece três fases na ocorrência da anencefalia. Primeiro, há um defeito no fechamento do neuróporo rostral. A seguir, ocorre a exencefalia, onde há a exteriorização do cérebro desenvolvido para o meio amniótico, e, finalmente, resulta na destruição do tecido cerebral.

O diagnóstico precoce pode ser realizado através de sonda transvaginal a partir da 11^a semana, período no qual se observa a ausência da calota craniana com exteriorização de tecido cerebral. A partir da 15^a semana os aspectos característicos da anencefalia são diagnosticados com precisão por meio da ultra-sonografia. O tecido cerebral é gradualmente eliminado pelo contato com o líquido amniótico e desaparece totalmente na 17^a semana, restando apenas as veias intracranianas. O exame ultrassonográfico apresenta uma alta precisão diagnóstica para a detecção de acrania durante o segundo semestre com taxa diagnóstica de 100%.¹³²

¹³¹ Foto obtida no documentário Doutor, Eu não sabia, produzido pela ANIS.

¹³² Ressalte-se que obviamente tal taxa de precisão depende da qualificação do profissional que realizará o exame. Por isso, para a determinação da ocorrência desta anomalia os exames são confirmados por outra equipe médica através de novo exame de ultra-sonografia. A referida taxa de precisão é proposta por NYBERG, D., *Diagnostyc imaging of fetal anomalies*, 2003. p.294.



Figura 2. Ultrassonografia de feto anencéfalo¹³³



Figura 3. Ultrassonografia em três dimensões de feto anencéfalo¹³⁴

Os autores estudados ressaltam o chamado diagnóstico diferencial. São exemplos: encefalocele grande – o crânio será visível através de um exame minucioso, outras malformações estão associadas como a inencefalia e hidrocefalia; microcefalia – o crânio é pequeno. Essas anomalias não importam necessariamente inviabilidade fetal e por tal razão diferem do estudo de caso proposto.¹³⁵

¹³³ Ultrassonografia fornecida pelo IFF.

¹³⁴ Imagem obtida no endereço eletrônico: www.thefethus.org em 02.01.2006

¹³⁵ Este dado é importante à medida que reportagens, muitas das vezes sem o devido embasamento científico, afirmam a sobrevivência por meses e até mesmo anos, igualando anomalias diversas.

Pesquisas recentes procuram determinar a sobrevivência de fetos anencéfalos. Em uma revisão de 181 recém-natos portadores dessa anomalia apenas 40% sobreviveram até 24 horas e 5 % permaneceram vivos por até uma semana. Outro estudo de 205 infantes anencéfalos, pesando mais de 2,5 quilos mostrou que apenas 9% tiveram uma sobrevivência de uma semana.¹³⁶

Diversos estudos buscam demonstrar também a alta periculosidade da gravidez à vida da gestante. O médico obstetra Thomaz Gollop¹³⁷ ressalta dois fatores que agravam os riscos maternos: 1) possibilidade de polidrâmnio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia após o parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso do líquido, a possibilidade de deslocamento prematuro de placenta, que é um acidente obstétrico considerado grave. O segundo fator é que por não terem o pólo cefálico os fetos anencéfalos, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter a chamada distócia do ombro, porque nesses fetos, com frequência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão do feto. Segundo ele a distócia do ombro acontece em 5%, o excesso de líquido em 50%¹³⁸ e a atonia do útero em 10% a 15% dos casos.

O médico Jorge Andalaft¹³⁹, coordenador da comissão Violência Sexual e Interrupção da Gestação da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, observa um aumento de 22% no parto de fetos anencéfalos. Esse acréscimo decorre da própria deformidade que impossibilita o encaixe adequado do feto devido à ausência da completa formação da caixa craniana. Os fetos normalmente encontram-se na posição sentada, atravessada o que acarrete um risco para a vida da gestante no momento do parto e a demora excessiva desse, entre 14 e 16 horas, enquanto os partos considerados normais duram aproximadamente 6 horas.

A ANIS editou um documentário chamado *Doutor Eu Não Sabia* com o referido médico destacando uma experiência por este vivida onde um de seus alunos residentes, orgulhosamente, relata que convenceu uma gestante de feto anencéfalo a não interromper a gravidez. O Dr. Jorge inicia então o relato de

¹³⁶ MORON, A., *Medicina fetal na prática obstétrica*, 2003, p. 296.

¹³⁷ ANIS. *Anencefalia. O pensamento brasileiro em sua pluralidade*, 2004. p. 27-28.

¹³⁸ A geneticista Dafne Horovitz apresenta uma taxa de 75% de polidramnia e ainda apresenta outro fator de risco, qual seja, a hipertensão materna aumentada nessas gestações.

¹³⁹ ANIS. *Anencefalia. O pensamento brasileiro em sua pluralidade*, 2004. p. 31.

como são os procedimentos de pré-natal e as complicações que podem ocorrer durante a gestação e durante o parto. O obstetra elenca a ocorrência de polidrâmnio, hipertensão que pode acarretar desmaios e convulsões, alto número de contrações que pode levar a uma hemorragia irremediável denominada de atonia uterina, entre outros contratemplos médicos. Além disso, o documentário atenta para o fato de que nascido o feto, não importando a duração de sua vida, ele terá que ser registrado, emitido seu atestado de óbito e enterrado. Caso a família não possua recursos financeiros para arcar com uma sepultura privada o caminho a ser percorrido é ainda mais vexatório. O pai ou algum parente deverá comparecer a uma delegacia de polícia, registrar um Boletim de Ocorrência solicitando o serviço de verificação de óbito para que o enterro ocorra através dos serviços públicos. Feito isso, a família acompanhará obrigatoriamente a retirada do corpo do feto do hospital até o lugar de seu sepultamento, lembrando que a mãe estará impossibilitada de participar do enterro, pois ainda estará internada em recuperação pós-natal. A recuperação dessa mulher é outra fase traumática à medida que ficará na enfermaria junto de outras mulheres que deram à luz e estão felizes e acompanhadas de seus filhos.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) tem proferido manifestações sobre o tema. Seja através de Resoluções ou fornecendo pareceres o órgão expressa de forma clara a incontroversa quanto à inviabilidade da vida extra-uterina dos fetos que apresentam anencefalia.

A Resolução nº 1.752/04 do CFM datada de 8 de setembro de 2004 prevê a autorização ética do uso de órgãos ou tecidos de anencéfalos para a realização de transplantes. 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 e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes; que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica; e que a Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivência, por não possuir a parte vital do cérebro. O artigo 1º da Resolução diz que uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá

realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.

Diversos pareceres foram emitidos pelos Conselhos Regionais quanto ao tema, dentre eles:

PROCESSO CONSULTA Nº 07/2000 CRM-PB, protocolado em 15/05/2000

ASSUNTO: Solicita parecer sobre a legalidade ética da interrupção de gestação de feto de 30 semanas (em 14/04/2000) por provavelmente apresentar má-formação congênita chamada de anencefalia.

EMENTA: O artigo 128 do Código Penal, em vigor, nos seus incisos I e II, permite a realização de abortamento para salvar a vida da gestante e nos casos de estupro. Em decorrência, o artigo 42 do Código de Ética Médica propugna a sua obediência. Com a evolução do armamentário tecnológico médico é possível, com uma boa margem de acerto, diagnosticar doenças na vida intra-uterina, algumas reconhecidamente incompatíveis com a vida humana. A anencefalia é um exemplo clássico. Independente do aspecto moral, ético ou legal, dois parâmetros são essenciais: termo de consentimento da gestante e/ou do pai e a certeza diagnóstica mediante a confirmação do diagnóstico por pelo menos duas ultrasonografias. Nestes casos, o médico só deve realizar a interrupção da gestação em estrito cumprimento à determinação judicial.

A Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FERASGO) emitiu parecer favorável a respeito do tema:

“Do ponto de vista dos direitos sexuais e reprodutivos, buscando não restringir a autonomia das mulheres, somos favoráveis à livre decisão pela antecipação do parto na anencefalia. Do ponto de vista clínico e obstétrico há evidências muito claras de que a manutenção da gestação pode elevar o risco de morbi-mortalidade materna, justificando-se, deste modo, a livre decisão de médicos e pacientes pela antecipação do parto.”¹⁴⁰

5.3. Aporte Jurídico

No âmbito jurídico, ainda em 1996, segundo pesquisa realizada por Gollop, foram encontrados cerca de trezentos e cinquenta alvarás autorizando a antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, sendo que o primeiro datado de 1991, da cidade de Rio Verde, no estado de Mato Grosso.

¹⁴⁰ Texto disponibilizado no site da FEBRASGO sob o título Anencefalia – Posição da FEBRASGO, www.febRASGO.org.br acesso em 08/11/2005.

Dois posicionamentos principais podem ser observados no meio jurídico a respeito do tema: um proibitivo e outro permissivo.

O primeiro, no mais das vezes de caráter positivista, considera a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia como uma espécie de aborto, e como tal, por não estar prevista nas hipóteses de exclusão de punibilidade deve ser encarada como um crime contra a vida, respondendo penalmente tanto o médico quanto a gestante que consentiu com o procedimento. Neste sentido, o entendimento de Maria Helena Diniz em sua obra sobre biodireito na qual a autora afirma que a antecipação não passa de uma interrupção seletiva da gravidez, igualando o ato à eugenia.

A eugenia é tema recorrente na discussão sobre a interrupção da gravidez em caso de anencefalia. Diversos escritores comparam as práticas, alertando sobre o perigo de que a permissão legal do aborto nesse caso seria permitir a seleção de seres humanos indesejáveis. Estes autores utilizam uma teoria denominada de Ladeira Escorregadia, segundo a qual, a permissão de um determinado comportamento cuja importância é pontual pode levar a uma aceitação de comportamentos cada vez mais amplos. Esta ferramenta utilizada principalmente no campo da bioética permite chamar a atenção sobre os possíveis abusos e aconselhar a prudência.

Especificamente sobre o aborto de fetos anencéfalos Hare acredita possível que a autorização legal de realização de aborto em casos extremos como a anencefalia abriria margem para o assassinato de fetos nas demais gestações, principalmente aqueles portadores de deficiências¹⁴¹.

No artigo *Eugenia e Bioética: os limites da ciência face à dignidade humana* o autor tece um breve histórico sobre a eugenia e a necessidade de regulamentação jurídica em relação a algumas práticas médicas, principalmente no tocante à reprodução humana. Eduardo Leite remonta à origem da prática aos gregos que matavam as crianças nascidas com alguma deformidade e ainda na Babilônia onde a rainha Semiramis determinou a castração dos jovens defeituosos. Porém, o termo eugenia somente é criado em 1883 por Francis Galton baseado na teoria de hereditariedade e evolução de Darwin.

Galton propagava a visão de que alguns estão predestinados ao sucesso devido às suas características genéticas dependentes diretamente da hereditariedade, enquanto os demais, pelo mesmo motivo, estariam fadados ao

¹⁴¹ HARE, R. *Essays on Bioethics*, 1993. p.180-181.

fracasso. O segundo grande impulsionador das teorias eugênicas foi o descobrimento da ciência genética através de Mendel. As medidas eugênicas, dotadas agora de “teor científico”, ganharam força em diversos países, influenciando também suas legislações.

As leis eugênicas visavam dois fatores: a exclusão de pessoas indesejadas (seja através da restrição à imigração, a internação dos anormais ou até mesmo pela eutanásia) e a adoção de medidas de procriação (medida negativa – esterilização ou positiva – encorajamento dos indivíduos são a se reproduzirem). O preconceito que utiliza como mecanismo a eugenia tem como ápice o Regime Nazista Alemão. Várias práticas de eliminação dos indivíduos inferiores tinham como fundamento diversos estudos médicos e genéticos e como legitimação o ordenamento jurídico. As atrocidades são notórias e levaram ao questionamento sobre o papel e limites da ciência até os dias atuais.

Adrienne Asch, em seu artigo *Diagnóstico pré-natal e aborto seletivo*¹⁴², aponta para a problemática da legalização do aborto eugênico sem que haja uma preocupação com a devida informação sobre deficiências oriundas das doenças genéticas. A autora, portadora de deficiência física, diz que a sociedade atual em que vivemos é altamente preconceituosa e desinformada a respeito das capacidades dos deficientes físicos importando na diminuição da dignidade da pessoa humana desses indivíduos.

A segunda corrente considera que a situação da anencefalia fetal é *sui generis* e, portanto, não deve ser enquadrada na proibição legal. Porém, os argumentos são variados, atacando os diversos elementos do crime¹⁴³, dentre eles: a atipicidade da conduta, a inexigibilidade de conduta diversa e a causa de exclusão da ilicitude.

O promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro analisa aspectos do crime no estudo de caso proposto¹⁴⁴. Quanto à tipicidade o autor considera que a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia fetal afasta a tipicidade da conduta, pois apenas o feto com capacidade fisiológica de ser pessoa pode configurar como sujeito passivo do crime de aborto. A seguir apresenta a falta de nexo de causalidade entre a conduta da gestante e a morte do feto, à medida

¹⁴² *In Perfil das Percepções sobre as Pessoas com Síndrome de Down e do seu atendimento: Aspectos Qualitativos e Quantitativos*. Márcio Ruiz Schiavo.(coord) Brasília: Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down, 1999.

¹⁴³ Segundo Bitencourt o conceito clássico de delito envolve: ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. *Tratado de direito penal*, 2003. pg. 48.

¹⁴⁴ RIBEIRO, D., *Antecipação terapêutica de parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil*, 2004. p. 93-141.

que, o feto cessa suas atividades biológicas em razão da patologia prévia e não do ato cirúrgico interventivo da gestação. E por fim, o estado de necessidade é outro aspecto penal estudado pelo promotor. Segundo Diaulas a continuidade da gestação torna-se um risco desnecessário à saúde da mulher, pois há de um lado na gestação anencefálica um aumento dos riscos maternos e a inviabilidade da vida fetal do outro lado.

Paulo César Busato é um dos autores a considerar a conduta da antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia como atípica. Em seu artigo *Tipicidade material, aborto e anencefalia* o doutor em Direito Penal considera que no caso em voga em razão da inviabilidade de vida extra-uterina não há o bem jurídico vida tutelado pelo direito e, por tal razão, não há que se falar em afronta aos dispositivos penais previstos no capítulo dos crimes dolosos contra a vida. Assim sendo, inexistindo bem jurídico a ser protegido pelo Estado, a conduta da gestante que interrompe a gestação é atípica, não cabendo qualquer responsabilidade penal. No mesmo sentido, o entendimento de Adel El Tasse em seu artigo *Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade*.¹⁴⁵

Enquanto não ocorrer uma normatização deste caso específico juristas apresentarão as mais diversas teses interpretativas sobre a licitude da antecipação terapêutica de parto em caso de fetos anencéfalos.

5.4. O caso no Estado do Rio de Janeiro

5.4.1. Coleta de dados empíricos: Instituto Fernandes Figueira

O Instituto Fernandes Figueira (IFF), estabelecido em 1924, é a unidade materno-infantil da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Realiza pesquisa, ensino e assistência no âmbito da saúde da criança, da mulher e do adolescente, sendo referência em tratamento em diversas doenças de alta complexidade. Reconhecido nacional e internacionalmente como centro de excelência, o IFF atua no desenvolvimento tecnológico, extensão, assim como na formação e capacitação de recursos humanos.

A escolha do instituto decorreu de sua especialização em gestações de alto risco (inclusive de fetos anencéfalos) e pela alta qualificação de seus profissionais, sendo este um hospital de referência no Estado do Rio de Janeiro.

¹⁴⁵ TASSE, A., *Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade*, 2004, p. 101–113.

O IFF também possui um curso de especialização em Bioética e Ética aplicada direcionado para fornecer uma análise interdisciplinar para profissionais de diversas áreas de conhecimento sobre aspectos relevantes da Bioética. Clara a preocupação do instituto em agregar os dados cotidianos com a reflexão filosófica e teórica sobre aspectos da ciência médica.

Atualmente, devido à constante ocorrência de anomalias incompatíveis com a vida fetal, o IFF elaborou uma rotina de atendimento às gestantes com patologias fetais cabíveis de interrupção judicial, dentre elas a anencefalia. Tal documento prescreve sete fases que deverão ser observadas durante o tratamento pré-natal. Na primeira fase denominada de triagem a paciente diagnosticada em outra unidade hospitalar ou mesmo dentro do próprio Fernandes Figueira é encaminhada para o setor de medicina fetal onde será feita a confirmação diagnóstica. No caso da anencefalia através de novo exame ultrassonográfico ou reexame do anteriormente realizado. A seguir, já no setor de medicina fetal, após a confirmação do diagnóstico, a paciente será orientada sobre a patologia de seu feto e sobre os procedimentos que serão adotados. Nesta fase também é feito o esclarecimento sobre a possibilidade de interrupção da gestação. Na terceira fase inicia-se propriamente o pré-natal, com a abertura de prontuário. Os procedimentos de praxe do pré-natal são realizados, como por exemplo: a solicitação de exames dos mais diversos (hematologia, imunologia, etc), marcação de matrícula, encaminhamento ao setor de genética e consultas pré-natais. Os exames clínicos obstétricos e avaliação laboratorial são feitos na fase posterior denominada de matrícula, momento este, onde também será encaminhada a gestante, caso manifeste seu desejo e obtenha judicialmente o alvará permissivo, à outra rotina para marcação do processo de interrupção da gestação. Esta nova rotina tem como objetivo marcar a internação para a realização de cardiocentese e indução do trabalho de parto, predominantemente as quintas ou segundas-feiras. A seguir a paciente retorna ao setor de medicina fetal onde será orientada sobre o procedimento, devendo assinar o consentimento pós-informado específico para a cardiocentese (feticídio), e autorização de necropsia, que serão anexados ao prontuário juntamente com a autorização judicial. Conclusivamente, a fase sétima, chamada de puerpério, preocupa-se com a confirmação do diagnóstico, através da necropsia do feto.

Ainda no tocante ao procedimento adotado, o IFF, através do setor de genética, possui um documento padrão cujo objetivo é embasar tecnicamente o pedido judicial para interrupção da gestação. Tal documento, via de regra, é encaminhado para a defensoria pública e constam dados sobre a precisão do

diagnóstico e as demais medidas tomadas no sentido de confirmar a anomalia, além de uma breve consideração sobre a inviabilidade de vida extra-uterina do feto. Juntamente com este documento é enviada uma cópia do parecer favorável do Comitê de Ética do IFF emitido pelo responsável pelo setor de genética do instituto.

O estudo de caso proposto será realizado através dos dados empíricos que foram colhidos através da técnica de aplicação de formulário padrão cujo preenchimento teve como origem prontuários, ou seja, dados clínicos de pacientes que buscaram assistência pré-natal no próprio instituto. O formulário elaborado visava as seguintes informações:

DADOS SOBRE A INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO:

- ⇒ Ano de entrada:
- ⇒ Solicitação da Interrupção : () Sim () Não
- ⇒ Concessão da autorização: () Sim () Não
- ⇒ Fundamentação da sentença:
- ⇒ Tempo entre solicitação e autorização judicial :
- ⇒ Tempo entre autorização judicial e internação:
- ⇒ Tempo entre internação e feticídio:
- ⇒ Tempo entre feticídio e parto:

DADOS DO RECÉM NASCIDO

- ⇒ Vitabilidade: () Vivo () Nati
- ⇒ Tempo de vida:
- ⇒ Confim Diag Neonat. () Sim () Não

Algumas considerações são importantes antes da exposição dos resultados obtidos.

Inicialmente, por ser uma pesquisa envolvendo informações sobre seres humanos, segundo a Resolução nº 196 de 1996 do Conselho Federal de Medicina, fez-se necessário perpassar um procedimento junto ao Comitê de Ética do Instituto Fernandes Figueira o qual emitiu o registro de número 052/05

em 21.11.2005¹⁴⁶. Os dados obtidos não importarão em nenhuma forma de identificação dos pacientes.

O período compreendido foi de 1992 até 2004, sendo a escolha dos prontuários decorrente do melhor preenchimento dos dados visados. Alguns prontuários, especialmente os anteriores a 2000, possuem poucas informações sendo inútil a sua utilização. No total foram analisados 107 (cento e sete) prontuários.

Os dados obtidos podem ser divididos em duas vertentes. A primeira refere-se a questões jurídicas da solicitação judicial para a antecipação do parto. E a segunda quanto à viabilidade fetal e confirmação do diagnóstico após o parto.

A primeira informação relevante do estudo de caso aponta para a opção da gestante no tocante ao desejo de interromper a gravidez. Duas experiências relatadas podem ser tidas como pólos opostos da sensação experimentada pela gestante quando recebido o diagnóstico da anomalia. A primeira gestante, embora consciente da brevidade da sobrevivência de seu filho, manifesta durante todo o período gestacional a intenção de levar a gravidez até o seu fim natural, assegurando inclusive a realização de uma comemoração de nascimento. A segunda gestante, de forma contrária, emite sua vontade de o quanto antes realizar o procedimento jurídico e médico para a antecipação do parto, chegando a mencionar para a equipe médica responsável por seu acompanhamento pré-natal o seu sofrimento ao se sentir como um “caixão ambulante”.

Os dados a seguir demonstram o equilíbrio na percentagem das mulheres que optam por solicitar a interrupção da gestação. Apenas dois números percentuais a mais dos casais, mesmo informados sobre a possibilidade da obtenção de uma permissão legal, preferem aguardar o final natural da gravidez. O gráfico a seguir demonstra o que foi supra mencionado.

¹⁴⁶ Íntegra do documento m anexo (anexo2).



Figura 4. Solicitação judicial para interrupção da gestação

Ademais, do total de 55 (cinquenta e cinco) solicitações de alvarás judiciais, 9 (nove) desistiram da interrupção em alguma fase do pré-natal, mesmo após obterem a autorização do Poder Judiciário.

Outro dado obtido com a pesquisa empírica demonstra a posição majoritária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quanto ao estudo de caso proposto. Somente duas solicitações foram negadas, enquanto que 96% das decisões foram proferidas no sentido de permitir a antecipação terapêutica do parto.



Figura 5. Concessão da autorização judicial

Esse dado é essencial à medida que representa dois fatores importantes para o Direito. Primeiramente, que já há um posicionamento jurisprudencial majoritário a respeito do tema. Embora as fundamentações utilizadas pelos julgadores não sejam unânimes, quase a totalidade deles considera lícita a antecipação do parto em caso de anencefalia fetal. E segundo, o tratamento desigual fornecido a duas gestantes que manifestaram seu desejo de interromper a gravidez, mas obtiveram uma resposta negativa por parte do Estado. Tal fato demonstra a insegurança ainda existente decorrente da falta de normatização a respeito do tema, deixando a critério do julgador a interpretação dos valores envolvidos.

Outro fator relevante foi a inobservância pelo IFF de um procedimento interno rígido quanto aos documentos jurídicos anexados aos prontuários. A falta de um padrão a ser seguido acarreta a inexistência inclusive do próprio alvará autorizatório do procedimento de antecipação do parto. O gráfico a seguir demonstra os documentos encontrados nos prontuários.

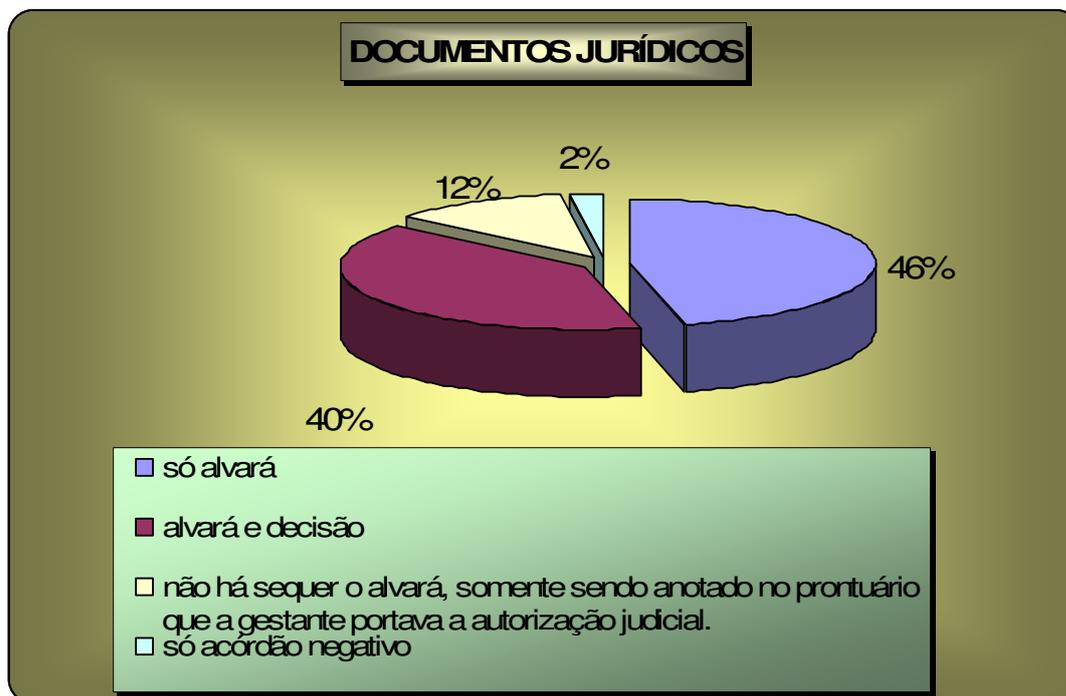


Figura 6. Documentos jurídicos constantes do prontuário médico

Na grande parte dos casos somente é anexado o alvará judicial. Em 40% dos casos, relacionados aos dois últimos anos, há além do alvará a decisão

proferida, tais decisões demonstram a variedade de teses jurídicas utilizadas pelos juízes para conceder a autorização.

Nas decisões analisadas, 24 (vinte e quatro) no total, alguns argumentos foram utilizados como base jurídica para a concessão do alvará conforme enunciado abaixo:

- 1) Processo nº 2003.206.000364-1 - A evolução tecnológica tornou possível detectar com absoluta certeza anomalias que tornam inviáveis a vida extra-uterina. Cita Luiz de Asúa; impossibilidade absoluta da vida, e por tal razão, a tutela penal não merece ser exercida. Sacrifícios físicos e psicológicos maternos acarretam riscos para a saúde da mãe. Interpretação analógica do artigo 128, I Código Penal como fundamento legal para a permissão da intervenção cirúrgica.
- 2) Processo nº 2003.067.1128-4 - O Legislador não se ocupou de regular a hipótese. Não pode no entanto o juízo, sob a alegação de inexistência de regra específica sobre o tema, negar a prestação jurisdicional. Há casos nos quais o legislador se mantém omissivo não fazendo qualquer opção, cabe ao intérprete, após verificar a efetiva existência do conflito, ponderar qual desses direitos deve prevalecer. No caso em voga de um lado há o direito à vida do outro o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana. O direito à vida é fundamental, mas não absoluto. De fato, ao autorizar o aborto na hipótese de gravidez resultante de estupro, o legislador sinaliza que a afetividade entre gestante e feto é prevalecente ao direito à vida. Jamais poderá a requerente desenvolver qualquer afeto por um ser que evoluirá necessariamente para êxito letal. No entanto, no caso dos autos não se cogita nem mesmo colisão de direito fundamental. Cita a lei 9434/97 - morte encefálica. Logo, não havendo vida, mas mera proliferação de células, não há que se cogitar de direito fundamental à vida, tendo a requerente o direito fundamental à liberdade e à saúde de retirada de corpo estranho que tanto sofrimento gera.
- 3) Processo nº 2003.078.00030 - Decisão de segunda instância, 1ª instância indeferiu. Fundamentos: complicações na gestação; conduta atípica pois não atinge nenhum bem jurídico penalmente

tutelado. E por se tratar de liminar ressalta que estão presentes o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

- 4) Processo nº 2004.001.008443-1 - Decisão constante do prontuário muito sucinta. Autorização da interrupção utilizando como fundamento os elementos de convicção constantes das provas dos autos, mormente os pareceres médicos e manifestação favorável da curadoria especial e do *Parquet*.
- 5) Processo nº 2004.001.025612-6 – Utiliza tripla fundamentação: não é figura típica de aborto por impossibilidade de sobrevivência do feto. Conduta não punível. Em segundo, há ausência de ilicitude por ser aborto necessário pela saúde, vida e seqüelas psicológicas impostas à gestante. E em terceiro, por inexistência de conduta diversa. Tal sentença aparece de forma idêntica em outros dois processos de nº 2003.001.069344-5 e 2002.001.120804-4.
- 6) Processo nº 2003.029.046333-1 - Embora a situação não encontre amparo em nossa legislação penal, sendo a conduta tipificada em tese, a jurisprudência já vem se manifestando pela possibilidade de se interromper a gravidez em casos extremos como o dos autos.
- 7) Processo nº 2003.001.057625-8 - Em que pese a legislação vigente incriminar o aborto com o consentimento da gestante, ressalvados os casos de aborto necessário e quando a gravidez for resultante de estupro, outras hipóteses não contempladas na lei estão a exigir uma análise mais consentânea com a realidade descortinada pela medicina e pelo progresso tecnológico. Mais moral e social a interrupção por inviabilidade de sobrevivência do feto justifica-se tanto ou mais do que o aborto por motivo de honra, estupro. Sob o aspecto jurídico deve-se questionar se a destruição do feto, sem qualquer possibilidade de sobreviver como ser humano, enquadra-se no crime de aborto, que tem por objeto jurídico a vida humana. Cita julgados precedentes. Anteprojeto da reforma do Código Penal, no Congresso Nacional, prevê como excludente de ilicitude o aborto eugenésico. Nova modalidade de justificação do aborto a ser introduzida em nossa legislação penal evitará não só o nascimento de seres infelizes, mas também, fará cessar o

sofrimento da gestante, não mais obrigada a aguardar em seu corpo o nascimento de um ser sem condições de sobreviver ou em condições de sobreviver por algum tempo de forma anormal. Evita também as funestas conseqüências dos abortos clandestinos, realizados com enormes riscos para a vida e a saúde da gestante. Aplica a interpretação extensiva do artigo 128, I do Código Penal. Outro caso analisado utiliza de forma exata a mesma fundamentação (2003.001.094742-0).

- 8) Processo nº 2003.038.007520-4 - Utiliza como fundamentação a Inexigibilidade de conduta diversa por parte da gestante. Esta fundamentação é utilizada em duas outras decisões judiciais de forma idêntica (2003.038.010812-0 e 2003.038.007520-4).
- 9) Processo nº 2003.054.003635-9 - Fundamentos: aparente conflito com artigo 128 Código Penal, por não ser uma das hipóteses expressas na permissão legal. Porém, deve o intérprete utilizar instrumental técnico novo. A comissão de ética do IFF manifestou-se concorde com a interrupção da gestação sugerida e já há outros julgados neste sentido. Não há vida a ser protegida legalmente a mesmo que este feto se mostra inviável. Falta o objeto da tutela penal. Nos termos vertentes deixa de constituir crime falecendo os elementos necessários para a tipificação de aborto.
- 10) Processo nº 2002.054.021393-0 - Fundamento nos artigos 5º, III da Constituição Federal e 3º do Código Penal, nos princípios gerais do direito, nos princípios da jurisdição voluntária, artigos 1104 e seguinte do Código de Processo Civil.
- 11) Processo nº 2002.001.092453-2 - Diante da comprovação técnica da inviabilidade da sobrevivência do feto, ponto relevante para se desconsiderar a ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado no Capítulo I, do Título I, Parte especial do Código Penal com fulcro no disposto no inciso I, do artigo 128, daquele diploma legal, defere o pedido.
- 12) Processo nº 2002.001.118545-7 - Ante a ausência de perspectiva devida para o nascituro e o altíssimo risco da gravidez em casos de anencefalia fetal aplica o artigo 128, I Código Penal analogicamente e em uma interpretação extensiva fica caracterizado o aborto necessário.

- 13) Processo nº 99.001.088305-9 - Aborto eugenésico tem acolhimento na doutrina e jurisprudência. Proteção ao objeto jurídico preservação da vida não é infringido no caso em questão. Fulcro: artigos 128, I Código Penal; 4º da Lei de Introdução do Código Civil e artigos 1103, 1104 e 1109 do Código de Processo Civil.
- 14) Processo nº 98.001.03402-0 - Em um dos casos analisados a fundamentação não adentra no mérito da anencefalia fetal, pois a gravidez decorreu de estupro.
- 15) Processo nº 2003.207.007966-6 - Aborto pressupõe que a gravidez seja normal e não somente patológica. Se o que existe é produto conceptivo degenerado, lícita é a intervenção. Cita a lei de doação de órgãos. Vida ligada indissolúvelmente à existência de cérebro. Igual a gravidez molar já consagrada na jurisprudência. Crime impossível pois não há vida.
- 16) Constam duas breves decisões em alvarás sem a especificação do número do processo que utilizam como fundamento a hipótese permissiva contida no artigo 128, II do Código Penal, analogicamente.
- 17) Processo nº 2003.001.146495-6 - Questão da tipicidade da conduta sabendo que o feto não tem perspectiva de vida. Crime de aborto tem como escopo tutelar a vida humana em formação. Constatada a falta de perspectiva de vida, inexistente violação ao bem jurídico tutelado; evolução da medicina e CP de 1940. Se a legislação não pode acompanhar com a necessária celeridade a evolução social, constitui função do julgador, sem dúvida, aplicá-la ao mundo atual.
- 18) *Habeas Corpus* nº 5355/2003 - Princípios da dignidade humana e razoabilidade. Direito de escolha da gestante. Atipicidade do aborto porque não há lesividade do bem jurídico tutelado.

Este último caso merece uma observação mais apurada, pois pode ser tido como exemplo típico da insegurança que acarreta a prolação de decisões judiciais conflituosas. A gestante orientada segundo a rotina anteriormente mencionada, manifesta sua vontade no sentido de interromper a gestação e assim é encaminhada pelo setor de medicina fetal para devidas orientações jurídicas da defensoria pública. Em primeira instância o pedido foi negado sob o

argumento de que a legislação penal proíbe a prática de aborto, senão nos casos taxativos previstos no Código Penal. A gestante recorreu da decisão obtendo em 16 de dezembro de 2003 a permissão legal para a realização da intervenção médica. Com a devida autorização a paciente foi internada no dia 18 de dezembro do referido ano, sendo neste mesmo dia executado o procedimento de antecipação do parto. Porém, um terceiro estranho à relação médico-paciente recorreu da decisão proferida, em *Habeas Corpus*, pelo Tribunal do Estado do Rio de Janeiro e em 19 de dezembro de 2003 foi proferida uma decisão pelo Superior Tribunal de Justiça no processo de nº 32757/ RJ no sentido de deferir a liminar para que não fosse tomada qualquer procedimento visando a interrupção antecipada da gravidez. O Instituto Fernandes Figueira encaminhou um ofício ao STJ informando ao tribunal que o procedimento interventivo já tinha sido realizado no dia anterior ao da prolação da decisão. Retornando do recesso forense o STJ, em 04 de março de 2004, o ministro Felix Fischer profere a decisão no sentido de ter o Writ como prejudicado por perda do objeto vez que já havia ocorrido a interrupção antecipada da gravidez, em conformidade à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Um dos casos negativos da autorização judicial fundamentava-se apenas na declaração de que a anencefalia não podia ser enquadrada nas hipóteses legais de permissão para a realização do aborto e o processo recebeu o nº 2003.021.018943-0. O segundo não consta qualquer informação judicial, apenas sendo anotado no prontuário que a gestante obteve uma decisão negativa.

O tempo entre a solicitação e a autorização judicial também foi objeto de análise. A decisão proferida de forma mais breve foi proferida em 3 (três) dias e a mais demorada em 65 (sessenta e cinco) dias. O tempo médio das decisões analisadas foi em torno de 20 (vinte) dias.



Figura 7. Tempo entre a solicitação e a autorização judicial

No tocante à viabilidade fetal, dois gráficos serão expostos. O primeiro compara a ocorrência de natimortos, já falecidos no momento do parto ou da antecipação terapêutica e os que sobreviveram.

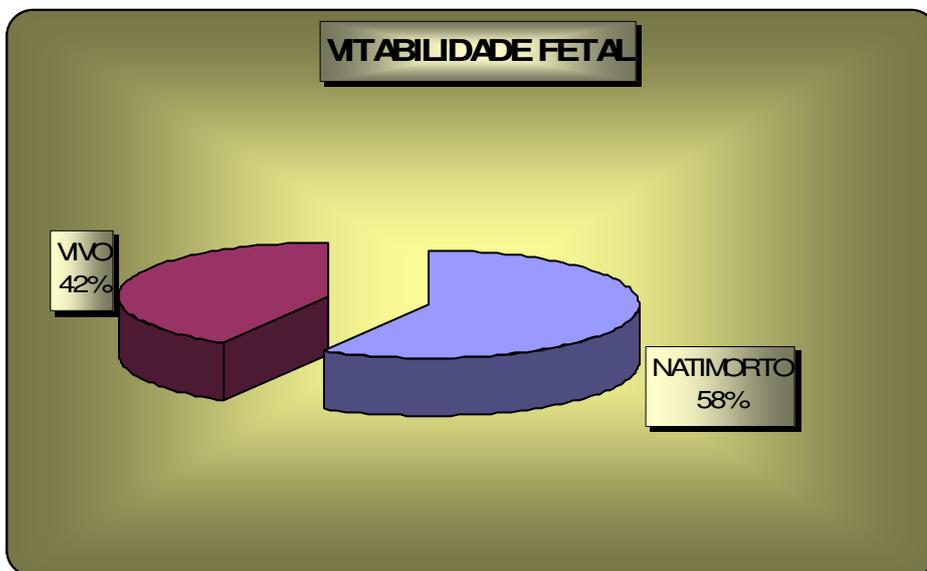


Figura 8. Vitabilidade fetal

E o segundo gráfico demonstra o tempo de vida dos 42% de fetos que nasceram vivos. O maior tempo foi de 5 (cinco) dias e o menor de 5 (cinco) minutos e em 6 (seis) casos não consta do prontuário a sobrevivência dos fetos.



Figura 9. Tempo de vida fetal

E por fim, a confirmação posterior do diagnóstico é quase totalitária, somente não havendo certeza porque em 4% dos casos não foi feita qualquer

menção a este respeito no prontuário. Porém, em nenhum caso há a não confirmação do diagnóstico.



Figura 10. Confirmação do diagnóstico

Algumas conclusões podem ser extraídas dos dados obtidos. Primeiramente, já há no Estado do Rio de Janeiro uma jurisprudência permissiva da antecipação do aborto em casos de anencefalia fetal e pode ser observada inclusive certa brevidade na formulação da decisão jurídica (em torno de vinte dias).

Segundo, os juízes muitas vezes aplicam analogicamente os dispositivos legais, valendo-se sobretudo da defasagem dos documentos jurídicos e as descobertas científicas na área médica. Os princípios constitucionais e a jurisprudência também são parâmetros de interpretação utilizados pelos julgadores.

Terceiro, somente nos últimos três anos as informações jurídicas têm sido objeto de preocupação por parte dos institutos médicos, valendo-se atualmente de uma rotina o IFF visa a padronização dos documentos anexados ao prontuário, constando desta rotina especificamente a obrigatoriedade de anexar a autorização judicial ao prontuário. Fato este estranho aos documentos analisados anteriores a 2001.

E por fim, ficou demonstrada que mesmo com a informação aos genitores das conseqüências e riscos da gestação apenas a metade deles busca a interrupção da gestação através da via judicial. Demonstra tal percentagem que mesmo conscientes de que há uma alternativa para interromper a gravidez em

quase 50% dos casos a gestante e seu companheiro optam por levar a gravidez até o final.

5.5.O caso no Supremo Tribunal Federal

5.5.1. O Caso Gabriela Cordeiro¹⁴⁷

Gabriela de Oliveira Cordeiro é uma jovem residente na cidade de Teresópolis no estado Rio de Janeiro que no quarto mês de sua gestação recebeu o diagnóstico de anencefalia de seu feto. O médico responsável por seu pré-natal a informou sobre a letalidade da doença e a impossibilidade de tratamento.

Com o apoio de seu cônjuge Gabriela inicia sua saga na busca da autorização judicial para realizar a antecipação do parto. A primeira dificuldade encontrada pelo casal ocorreu antes do início da ação judicial. Somente após muita espera e constrangimentos a Promotora Soraya Taveira Gaya convenceu-se da especificidade do caso e encaminhou o caso para a defensora pública Andréia Teixeira Pacheco que representaria judicialmente o casal.

Em 6 de novembro de 2003 o pedido de autorização para a antecipação do parto foi impetrado na Comarca de Teresópolis. O juiz Paulo Rudolfo Tostes negou o pedido fundamentando sua decisão no argumento de que o Código Penal não admitia a prática de aborto em casos de anencefalia, portanto, tal ato é considerado crime pelo ordenamento brasileiro.

Houve apelação ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cuja relatoria do processo ficou a cargo da Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira que concedeu a autorização judicial para o procedimento médico no dia 19 de novembro de 2003, quando Gabriela já estava no quinto mês de gestação.

Porém, no dia 21 de novembro do mesmo ano os advogados Carlos Brasil e Paulo Leão Junior ingressaram em juízo com um agravo tendo como

¹⁴⁷ As informações sobre o caso foram retiradas das obras: ANIS. *Anencefalia. O pensamento brasileiro em sua pluralidade*, 2004 e CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*, 2004 e do site www.SupremoTribunalFederal.gov.br.

argumento a sacralidade da vida. O juiz José Murta Ribeiro cassou a autorização anteriormente concedida e ordenou que o processo retornasse à relatora Gizelda. No mesmo dia 21 o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz de Anápolis, presidente do movimento Pró-Vida da Igreja Católica, entrou com um Habeas Corpus em favor do feto de Gabriela no Superior Tribunal de Justiça.

Em 25 de novembro a Desembargadora Gizelda indeferiu o agravo proposto mantendo a autorização judicial para a antecipação, neste mesmo dia a Ministra Laurita Vaz do STJ derruba a autorização concedida pelo TJ do Rio de Janeiro até que o Habeas Corpus fosse decidido meritariamente pelo STJ. O Procurador-Geral da República emitiu parecer apoiando a decisão da Ministra Laurita Vaz, ou seja, contrário à autorização em 10 de dezembro de 2003.

No início do recesso forense Gabriela estava no sexto mês de gestação.

Em 26 de fevereiro de 2004 as organizações ANIS e THEMIS ingressaram no Supremo Tribunal Federal com um pedido de Habeas Corpus, porém em favor de Gabriela, a fundamentação da ação foi pautada no direito à saúde, à liberdade e à dignidade de Gabriela em decidir sobre sua própria vida.

O relator designado foi o Ministro Joaquim Barbosa que reconhecendo a urgência do pedido colocou em pauta o processo já no dia 4 de março. O resultado da ação foi a declaração de perda do objeto, já que, foi apresentado ao Tribunal o atestado de óbito de Maria Vida, filha de Gabriela que sobreviveu apenas sete minutos. Apesar da perda do objeto três Ministros emitiram seus pronunciamentos a respeito da lide, lamentando o cerceamento do direito de Gabriela de ter decidido sobre sua própria vida, ou, pelo menos ter obtido uma resposta jurídica a seu pedido.

O relator Joaquim Barbosa inicialmente tece alguns comentários a respeito da admissibilidade do *Habeas Corpus* e da competência do Supremo em julgar tal ação já que há alegações de afronta a direitos e princípios constitucionais, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Outro aspecto processual é analisado pelo Ministro Joaquim Barbosa. O relator considera nulo o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça pela falta de competência do mesmo em julgar a matéria, qual seja, *habeas corpus* atacando decisão monocrática de membro do tribunal. No mérito o ministro elenca dois argumentos: direito à liberdade individual da gestante e o segundo refere-se aos diferentes graus de tutela penal da vida humana.

O Ministro Sepúlveda Pertence não adentra no mérito da lide, somente constando de sua manifestação o cabimento do Habeas Corpus no caso por ser assunto intimamente relacionado com o direito à vida.

O Ministro Carlos Ayres Britto também pugna pelo não recebimento do remédio constitucional pela perda do objeto. Porém, acrescenta seu lamento pela perda da oportunidade do Supremo Tribunal Federal “debater um tema vital no plano do direito e no da dignidade, seja da pessoa humana, em geral, seja da condição feminina, em particular. Também havia anotado, aqui, a minha perplexidade diante de um caso médico que, por antecipação, dizia que algo que se desenvolvia no útero de uma mulher jamais se transformaria em alguém, ou seja, tínhamos o fenômeno de um casulo, que seria o útero, de uma crisálida que seria o feto, mas jamais a borboleta alçaria vôo, porque a criança não teria condições de sobreviver. Mas fica para outra oportunidade o debate desse tema tão candente.”

Porém, o desejo do ministro Carlos Ayres Britto não tardou em se cumprir. Em meados de 2004 o Supremo Tribunal Federal foi novamente provocado a emitir seu entendimento a respeito do caso através de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

5.5.2.A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é uma ação constitucional prevista no artigo 102, § 1º da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei 9.882/99. Esta ação tem como objetivo *evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*¹⁴⁸. Alguns requisitos são necessários para a propositura desta ação, dentre eles: o não cabimento de outro remédio constitucional, a especificação na petição inicial do preceito fundamental descumprido acrescida da prova de sua violação¹⁴⁹. A arguição é sujeita ao princípio da indisponibilidade e sua decisão é irrecorrível, não cabendo sequer ação rescisória.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ingressou judicialmente, em 17 de junho de 2004, com uma arguição de descumprimento de preceito fundamental buscando um posicionamento do Supremo Tribunal Federal no tocante antecipação terapêutica do parto ante a anencefalia do feto e as conseqüências jurídicas para os profissionais de saúde.

A representação autoral é de responsabilidade do constitucionalista Luís Roberto Barroso. Já em nota prévia a inicial distingue os termos aborto e

¹⁴⁸ Artigo 1º da Lei 9.882/99

¹⁴⁹ Artigo 3º da Lei 9.882/99

antecipação terapêutica do parto. Pretende a sociedade autoral demonstrar que a antecipação terapêutica de parto em casos de anencefalia fetal situa-se no âmbito da medicina e do senso comum, diferentemente da interrupção voluntária da gravidez de concepto viável. Busca com isso o eminente advogado retirar o debate moral a respeito do tema, através da simplificação da hipótese.

Alguns argumentos sobre a hipótese são levantados: a inviabilidade de vida do feto, a certeza diagnóstica do exame, o aumento do risco para a saúde da gestante (baseada em um parecer da FEBRASGO).

Quanto às questões processuais relevantes destaca-se a legitimação ativa da CNTS, a pertinência temática e o cabimento da via escolhida.

No mérito 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 prevista nos artigos 1, 5, 6 e 196 da Constituição de 1988. Foi utilizado como alegação principal o fato de que a adoção de tais preceitos constitucionais afastaria a aplicação das sanções legais impostas aos profissionais de saúde dispostas nos artigos 124, 126 e 128 I e II do Código Penal nos casos de atestada anencefalia fetal.

O pedido principal é a 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 anencéfalo, reconhecendo-se o direito desta gestante de se submeter ao procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Como pedido alternativo é apresentado o requerimento de que se julgado o descabimento da ADPF, que o Supremo Tribunal a receba como ação direta de inconstitucionalidade.

O feito foi distribuído ao Ministro Marco Aurélio para que o mesmo funcionasse como relator do processo.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, a Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e a Associação UNIVIDA, entre outras, pleitearam sua admissão no feito na qualidade de *Amicus Curiae*. O relator proferiu decisões indeferindo o pedido da CNBB e demais associações com fundamento no artigo 7, § 2º da lei nº 9.868/99 o qual confere ao Ministro relator a decisão a respeito da conveniência de intervenções no processo.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Decisões do relator quanto ao mesmo tema nas petições: PG Nº 69849/04, PG Nº 75796/04, PG Nº 77365/04, PG Nº 81135/04, PG Nº 84862/04, PG Nº 85934/04, PG Nº 89467/04, PG N.º 90229/04, PG N.º 93748/04, 95645/2004, PG Nº110483/04.

A Procuradoria Geral da República emitiu seu parecer no sentido de indeferimento do feito por não ser adequada a interpretação conforme a Constituição. Elenca também como fundamentação a primazia jurídica do direito à vida do feto mesmo que por tempo ínfimo. E que a hipótese não encontra respaldo constitucional ou legal.

O Ministro Marco Aurélio, em sede de liminar no dia 01 de julho de 2004, acolheu os pedidos formulados, reconhecendo a relevância do pleito e o risco de manter-se o ambiente de desencontros de pronunciamento judiciais. Decidiu pelo sobrestamento dos demais processos e decisões não transitadas em julgado relacionadas a esta problemática, e, pelo reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, a partir de laudo médico atestando tal anomalia.

No dia 30 de setembro foi revogada a medida liminar sob a alegação de que a repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos. Declarou-se a importância da realização de uma audiência pública e a admissão no feito como *Amicus Curiae* de diversas 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 Biotecnologia, Direitos Humanos e Gênero. E remete ao plenário para a designação de audiência para apreciar questão de ordem relativa à admissibilidade da ADPF.

Questão de ordem foi posta em mesa no dia 20 de outubro de 2004 no sentido de considerar a adequação da ação proposta. O relator, Ministro Marco Aurélio, profere um relatório inicial sobre o processo e sobre a medida liminar deferida.

Concede a palavra ao advogado do autor que rebate os argumentos aviltados pela Procuradoria da República, quais sejam: a ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo e a inadequação da ADPF. Sobre a ilegitimidade Luís Roberto Barroso levanta a importância do Supremo Tribunal Federal e que a interpretação conforme a Constituição não cria norma, mantendo o texto elaborado pelo legislador. Nos dizeres do advogado referido a ADPF busca um resultado menor que a declaração de inconstitucionalidade, pois tem como objetivo reconhecer a afastabilidade de aplicação dos artigos penais apenas no caso proposto e não *erga omnes*. Quanto à admissibilidade da ADPF o representante autoral defende a ocorrência dos três requisitos para a admissão

da ação: lesão a preceito fundamental, ato do poder público e inexistência de outro meio eficaz para cessar a lesão. Ele ainda ressalta que tais requisitos são fundamentais para evitar o acúmulo de ADPF no Supremo, mas assegura a relevância dessa ação. Ainda oralmente Luís Roberto Barroso reafirma o pedido alternativo proposto na inicial de recebimentos da ação como ação direta de inconstitucionalidade e diz que apenas a técnica não é suficiente, embora tenha se atido às questões processuais o mérito é essencial, elencando de forma breve os argumentos meritórios da ação. Conclui sua fala afirmando que pior solução seria dizer à sociedade que o Supremo Tribunal Federal não vai se pronunciar sobre tema de tamanha importância.

O Procurador Geral da República Cláudio Fontelles inicia seu pronunciamento lembrando o ensinamento de Rui Medeiros de que a interpretação conforme a Constituição pode se substituir ao legislador, e que esta não pode contrariar o texto legal. Diz que de acordo com o princípio da separação dos poderes é vedado ao juiz à criação de uma nova lei, somente cabendo a este averiguar se a lei contraria ou não a Lei Maior. Após começa a análise dos dispositivos penais que tipificam a conduta. O procurador levanta a impossibilidade de que a interpretação conforme o texto constitucional acarretará a exclusão da punibilidade, pois as exceções devem ser interpretadas de forma literal e restritiva, não comportando analogia. Afirma Cláudio Fontelles que o princípio da ponderação e proporcionalidade privilegia o direito à Vida, sendo indiferente a duração desta vida. Por fim, salienta que seus argumentos têm cunho estritamente jurídico e não religioso.

O relator retoma a palavra proferindo seu relatório no sentido de considerar admissível a ADPF. O Ministro traz como dado a informação de que uma ação demora aproximadamente 5 anos do tribunal inicial até o julgamento final do Supremo Tribunal Federal. Segundo ele o processo objetivo de controle de constitucionalidade exerce de forma precípua a guarda da constituição afastando decisões conflitantes e numerosas de órgãos inferiores, e uma nova forma de realizar este controle é através da ADPF. Utiliza ainda como argumentos a importância dessa decisão para as pessoas de baixa renda que têm que recorrer ao serviço público de saúde, a mobilização da sociedade civil em torno da temática, a eliminação do elevado número de Recursos Extraordinários e a observância da petição inicial dos requisitos legais. À guisa de conclusão, Marco Aurélio defende que o Supremo Tribunal Federal tem que se manifestar quer num sentido, quer no outro devido ao seu papel constitucional

e institucional no Estado Democrático de Direito e pela impiedade da História com a inércia.

Diante do pedido de vista do Ministro Carlos Britto, interrompeu-se o julgamento neste tocante.

Ocorre que na mesma sessão o Ministro Eros Grau levanta a hipótese de revogação da liminar monocraticamente concedida pelo relator. Não houve o referendo do plenário do Tribunal. E, segundo ele, a liminar ofende a dignidade do feto tratando-o como coisa e não como pessoa.

O Presidente do Tribunal, Nelson Jobim, esclarece que a liminar continha dois aspectos: o sobrestamento dos feitos nas instâncias inferiores e o reconhecimento do direito das gestantes enquadradas no caso de realizar a interrupção sem a necessidade de autorização judicial específica.

O Ministro Marco Aurélio afirma que no dia 2 de agosto a concessão monocrática da liminar foi trazida à bancada e por tal razão houve o referendo da liminar. Defende o julgamento apenas quanto à admissibilidade da ação e não no tocante à liminar.

O Ministro Eros Grau reafirma que não aconteceu o referendo no que é acompanhado pelos demais membros. Carlos Britto se manifesta no sentido de manter a liminar. Há uma nova votação para determinar a concessão da palavra novamente ao advogado da autora para defender a manutenção da liminar obtida anteriormente. A decisão defere o uso da tribuna ao representante autoral.

Luís Roberto Barroso inicia sua segunda fala elencando os requisitos da concessão de liminar: relevância e perigo na demora. O primeiro estaria presente na lide nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde. A dignidade humana enquadra-se na integridade física e psicológica da gestante, no entender do constitucionalista o registro civil de um natimorto, o óbito, enterro e a falta de recursos financeiros da mulher seriam equiparáveis à tortura psicológica. A ninguém deve ser imposto sofrimento evitável. Outro ponto seria a violação do princípio da legalidade se entendida a interpretação conforme a constituição anteriormente referida. Como fundamento Luís Roberto Barroso propõe também a atipicidade do fato. Como a morte para o Direito é a morte cerebral, o feto anencéfalo não pode ser considerado ser vivo, somente mantendo a vitalidade através de um aparelho que é o corpo materno. Assim sendo, não há conflito entre bens jurídicos porque não há vida. O segundo requisito – perigo na demora – é demonstrado nos diversos pronunciamentos judiciais conflitantes a respeito do tema. Retratar a

liminar neste momento passará a mensagem de insegurança quanto às decisões da corte suprema, ferindo a credibilidade do Judiciário. Finaliza sua apresentação destacando a importância da laicização do Estado e o apoio de diversas entidades como o Conselho Federal de Medicina, Ordem dos Advogados do Brasil e organizações feministas.

Após, o Procurador Geral da República solicita o reexame da liminar. Os argumentos apontados são: o bem maior protegido juridicamente é a vida (não vê argumentos jurídicos que afastem esse direito) e vida intra-uterina é vida, não podendo haver a coisificação do feto, a noção de vida é atemporal. Utiliza o princípio da ponderação considerando que nem todas as gestantes sofrem com a continuação da gestação, mas todos os fetos morrem.

O ministro Marco Aurélio é o primeiro a proferir seu voto. Inicialmente, afirma o beneplácito do plenário quanto à liminar já que a mesma perdurou por mais de quatro meses. Ressalta que em uma ação conjunta com o Ministério Público, as gestantes já não necessitam ingressar em juízo para obter a permissão de antecipação, e se o Ministério Público do Distrito Federal pode autorizar, quanto mais demonstrada a competência do Supremo Tribunal Federal. A lei 9.882/99 permite que a liminar suspenda as decisões não transitadas em julgado e a adoção de qualquer outra medida ligada à matéria discutida. Declara seu voto no sentido de manter a liminar, acreditando que a suspensão da medida já deferida importaria em insegurança jurídica e o descrédito da prestação judicial provisória. Apela para a formação ética e humanística dos julgadores, rechaçando a pressão religiosa.

O Ministro Eros Grau estabelece um raciocínio contrário, para ele a insegurança jurídica reside na própria liminar e não em sua cassação. Ressalta que seu voto será exclusivamente técnico e jurídico. Nega referendo à liminar sob o fundamento de que a mesma atenta contra a vida reconhecida pelo Código civil e que não pode o julgador estabelecer nova exclusão de punibilidade ignorada pelo legislador.

O Ministro Joaquim Barbosa, adstrito aos aspectos processuais nega referendo à liminar por considerar que nesse momento ainda não realizado o exame de admissibilidade impossível o deferimento de liminar.

O Ministro Carlos Britto inicia seu voto confessando que suas convicções a respeito do tema encontram-se abaladas. Tece comentários sobre o caráter machista de nossa sociedade, crê inclusive que se os homens engravidassem o aborto a muito deixaria de ser crime. A seguir, trata da viabilidade do feto, questionando se há o direito de viver ou direito de viver para morrer e que o

anencéfalo será algo que nunca será alguém. Saliencia a riqueza do amor materno e considera que a liminar apenas devolve a questão ao arbítrio a quem cabe decidir. Encontra indicadores para endossar a medida e, portanto, vota favoravelmente à liminar.

O Ministro Cezar Peluso ressalta que a liminar somente pode ser concedida quando há uma alta probabilidade de confirmação ao final do processo. No caso em questão entende o ministro que a liminar ofende o valor jurídico da vida protegida juridicamente mesmo ainda no ventre materno. A história da criminalização do aborto é ponto de destaque em sua manifestação. O crime de aborto tem sua origem na necessidade de preservar a vida humana, independente de deformidade. O diagnóstico da anencefalia é novo, porém, a ocorrência de inviabilidade da vida extra-uterina não. A duração da vida não está à disposição das pessoas, só coisa é objeto de disposição alheia. Vota no sentido da cassação da medida.

Após é dada a palavra ao Ministro Gilmar Mendes. Esse inicia sua fala diferenciando o papel positivo do negativo do julgador, afirmando a construção diária pelo Supremo Tribunal Federal de interpretações até mesmo de normas constitucionais. Porém, não vislumbra os requisitos da liminar no caso em voga e por isso vota no sentido de cassar a decisão monocrática.

A ministra Ellen Gracie considera a liminar satisfativa porque autoriza o aborto em casos não previstos na legislação. Acompanha os votos da maioria por considerar incabível tal medida se o Tribunal ainda não se manifestou sobre a admissibilidade da ação.

Carlos Velloso concorda com a ministra anteriormente referida no tocante ao caráter satisfativo da liminar e a incerteza quanto ao cabimento do meio jurídico escolhido, por tais razões vota com o intuito de revogar a liminar.

O Ministro Celso de Mello formula ponderações sobre o papel do juiz republicano em uma república laica e a neutralidade confessional que deve pautar suas decisões. Considera a importância da decisão atacada e de seus fundamentos dentre eles destaca: extensão e titularidade do direito à vida, direito sexual, direito à saúde, direito reprodutivo, autonomia da vontade e saúde física e mental da gestante. Destarte, há densidade jurídica na cautelar decidindo pela manutenção integral da liminar.

O ministro Sepúlveda Pertence concorda com o relator sobre a protelação do Tribunal no caso e não vê como voltar às decisões controvertidas, preferindo manter a liminar nos seus termos. Criada uma situação de fato o Supremo Tribunal Federal assumiu uma política judiciária.

Como resultado, o Tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no tocante ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido Cezar Peluso. E, também por maioria, foi revogada a segunda parte da liminar, que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, vencidos: Marco Aurélio, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Atualmente, os processos judiciais interpostos e não transitados em julgado estão suspensos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54 foi considerada admissível em 27 de abril de 2005, por maioria de votos, e aguarda julgamento no tocante ao mérito sobre a legalidade do procedimento médico de antecipar o parto em caso de anencefalia fetal sem a necessidade de cada hipótese de solicitação ser submetida ao Poder Judiciário como ocorria até a propositura da ação.