

Da Antecipação do Parto de Feto Anencéfalo: análise do art. 1º, III, da Constituição Federal

Clea Ribeiro

Aluna do 4º ano noturno da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Resumo: O presente trabalho trata da possibilidade de antecipação de parto nos casos de anencefalia sob a análise dos princípios constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1º, III da Constituição Federal.

Buscou-se por meio de pesquisa bibliográfica, analisar o conceito da anomalia, bem como determinar o conteúdo da proteção jurídica dada à vida frente aos demais preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal e legislação pátrias.

Sob esse prisma, é abordada a possibilidade de antecipação terapêutica do parto de feto portador de anencefalia, em consonância com os princípios constitucionais envolvidos, bem como o posicionamento dos setores diretamente relacionados e o Supremo Tribunal Federal para, assim, estabelecer o alcance e a possibilidade de realização do feito.

Palavras-chave: anencefalia, antecipação de parto, hermenêutica constitucional, direitos fundamentais.

A vida e a morte, dois extremos, dois opostos, dois fenômenos em cuja seqüência se desenvolve todo o destino do homem, do ser humano considerado como pessoa pelo Direito.

D. Gogliano

1. Introdução

O princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser imprescindível de proteção jurídica, em especial, a partir do século 20, dados os profundos acontecimentos que atingiram a humanidade nesse período, como os ideologismos fascista e nazista e suas conseqüências mundiais. Como fruto da evolução social, passou a ser agasalhado em sede constitucional por diversas constituições do mundo, sendo garantido a todo ser humano enquanto pessoa.

No Brasil, encontra-se fundamentado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, constituindo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, devendo ser observado pelo operador do Direito tanto na elaboração das normas jurídicas – dirigido ao legislador – quanto na interpretação da mesma – dirigido ao jurista.

Controvérsias insurgem quanto ao aparente conflito entre a dignidade da pessoa humana e outros valores que também possuem proteção constitucional. O debate mais atual envolve a questão da antecipação do parto de feto portador de anencefalia: de um lado o direito à vida e de outro a dignidade humana e o direito à liberdade da gestante.

Para a análise do tema, foi realizada a conceituação da anomalia, bem como seus efeitos e conseqüências, a importância da hermenêutica jurídica, com destaque para a observância e conteúdo dos preceitos constitucionais envolvidos.

Posteriormente, foi esboçado o atual panorama da questão, demonstrando-se o posicionamento do Supremo Tribunal da Federal, bem como as medidas judiciais já

realizadas para melhor consolidação a respeito da matéria.

Ao final do presente trabalho, conforme os pontos temáticos abordados, foi possível verificar com maior propriedade o real conteúdo valorativo envolvido na questão, além da possibilidade e alcance da antecipação do parto de feto anencefalo.

2. Anencefalia

2.1. Conceito

De acordo com dados atuais da Organização Mundial da Saúde, o Brasil é o quarto país do mundo em prevalência de anencefalia. Em cada dez mil gestações levadas a termo no País, cerca de nove são fetos anencefalos, taxa mais de cinquenta vezes maior que a observada em países como França, Bélgica ou Áustria. As explicações para esse fenômeno são o fato de que o parto de anencefalos pode ser menos comum ou porque a anencefalia é menos freqüente ou porque o termo da gestação é mais raro, ocorrendo interrupção.

Uma possível razão para a maior ocorrência de anencefalia estaria relacionada aos seus determinantes biológicos, dentre os quais o principal é a carência de vitaminas do complexo B, uma vez que o Brasil é mais pobre que os países europeus, a carência desses nutrientes seria suficiente para justificar as diferenças.

Ocorre que países como Bolívia, Equador e China, com maior incidência de pobreza, não possuem taxas mais altas que o Brasil em relação à anencefalia, e de acordo com o documento *World Atlas of Birth Defects* da Organização Mundial de Saúde, diversos países mais carentes e mais deficientes nutricionalmente que o Brasil apresentam taxa de partos anencefalos mais baixa que a brasileira. Esses países têm em comum o fato de pertencerem ao grupo em que a interrupção da gestação com a finalidade de garantir a saúde das mulheres é autorizada.

De acordo com Débora Diniz (2003, p.101), a anencefalia pode ser definida como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.

A anomalia é conhecida coloquialmente como “ausência de cérebro”, mas envolve uma estrutura maior que é a ausência de encéfalo. A estrutura encefálica é inexistente ou, caso existente, é amorfa, estando solta no líquido amniótico ou separada por uma membrana. Não há formação dos hemisférios cerebrais, nem do córtex cerebral (que constituem a estrutura cerebral). Assim, não é possível observar nos fetos portadores desta anomalia qualquer sinal de consciência ou cognição, pois a dor, por exemplo, é uma interpretação de uma lesão a ser manipulada pelo cérebro, para ser transformada em sensação objetiva. As terminações nervosas estão presentes no anencefalo, mas o cérebro não processa, não sentindo, assim, dor, já que não há terminação nervosa da sensação.

Com isso, restam apenas funções inferiores realizadas pelo tronco encefálico, controlando parcialmente a respiração, funções vasomotoras e medula espinhal. A anencefalia leva, por conseqüência, a total incompatibilidade com a vida extra-uterina, em 100% dos casos, não havendo controvérsias sobre o tema na literatura ou experiência médica.

A sobrevivência de anencefálos após o parto é de minutos ou no máximo algumas horas, sendo que não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, tornando a morte inevitável e certa, de maneira que aproximadamente 65% dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterino.

Seu diagnóstico poderá ser feito, de forma inequívoca, já a partir do terceiro mês de gestação, utilizando-se, para tanto, de simples ecografia, visto que a estrutura craniana do feto portador desta anomalia não possui o formato oval/circular, mas tem profunda depressão na parte superior.

Frise-se que não há qualquer possibilidade de sobrevivência nos casos de anencefalia, sendo certo que relatos já divulgados da existência dessa sobrevivência referem-se normalmente à encefalose, acrania ou distúrbios graves, porém compatíveis com a vida, o que não é o caso discutido.

2.3. Anencefalia, Deficiência e Eugenia.

A anencefalia está bem distante em relacionar-se com a deficiência, ou ainda eugenia, como alguns posicionamentos entendem.

A deficiência, que é parte da vida humana, refere-se à diminuição ou perda de capacidades funcionais, mas totalmente compatíveis com a vida extra-uterina.

A eugenia, por sua vez, refere-se ao aperfeiçoamento da raça humana, por meio de uma ideologia opressora e arbitrária baseada em pressupostos discriminatórios, de prevalência de uma determinada etnia ou caracteres sobre outras, cuja maior expressão foi o nazismo.

A anencefalia, por tratar-se de total incompatibilidade de vida extra-uterina, na unanimidade dos casos, não guarda qualquer relação com as designações acima. Não se trata de seleção dos que sobrevivem ou morrem, sua discussão reside na análise de preceitos constitucionais que devem ser sopesados pelo legislador e demais operadores do Direito.

3. Aborto e antecipação de parto

A fim de justificar o título do presente trabalho, bem como evitar futuras confusões terminológicas, passa-se a conceituação e diferenciação entre aborto e antecipação de parto.

O aborto é conceituado pela doutrina majoritária como a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto, ou seja, produto da concepção. Assim, a morte é resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível a relação de causalidade entre a

atitude abortiva e a morte do feto, bem como a potencialidade de vida extra-uterina.

Percebe-se, pela definição acima, que não há ocorrência de aborto na antecipação do parto de feto anencéfalo, uma vez que o resultado morte decorre de má formação congênita, certa e inevitável, ainda que decorridos os nove meses de gestação.

O Código Penal em seus arts. 124 a 128 protege a vida e a integridade física da mãe, bem como a vida do produto da concepção. Na gestação de feto anencéfalo não há vida humana viável, não há potencial de vida a ser protegido, uma vez que a vida extra-uterina é totalmente inviável, ocorrendo óbito em 100% dos casos.

Para que ocorra a ilicitude prevista no Código Penal é necessário que a morte seja resultado do ato abortivo, ou seja, seja consequência deste, o que não ocorre na antecipação do parto de feto anencéfalo, já que a mãe levará uma gestação com fim certo: a morte da criança, independentemente de qualquer interferência sua ou médica.

Assim, não há que se imprimir qualquer repercussão jurídico-penal à antecipação do parto, já que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o aborto.

Apesar de escrita há décadas antes do possível diagnóstico de anencefalia, vale reproduzir a lição de Nelson Hungria (1958, p. 297-8):

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

presumida possibilidade de continuação da vida do feto.

Sendo o Código Penal elaborado em 1940, é justificável a omissão quanto à situação ora examinada. Ao legislador não é possível prever todas as situações ocorrentes no mundo fático, ainda mais tratando de situação que sequer era diagnosticada por falta de desenvolvimento médico-científico à época. Não se pode permitir, contudo, que por tal motivo não sejam resguardados direitos fundamentais constitucionalmente consagrados em nome do positivismo exarcebado que leva em detrimento os fins visados pela norma.

Ressalte-se, ainda, que a gravidez de feto anencéfalo traz inúmeros riscos e complicações à gestante, além dos sofrimentos de ordem psicológica e moral, não só a mãe, mas a toda família.

4. Direito comparado

Praticamente todos os países desenvolvidos já autorizam a antecipação do parto por anencefalia como Itália, Espanha, França, Portugal, Holanda, dentre outros. Vale destacar a posição do Tribunal Constitucional português em que reconheceu a constitucionalidade da lei que permite a antecipação do parto em determinadas circunstâncias, como riscos à saúde física ou psíquica da gestante, feto com doença grave e incurável, dentre outras determinadas pelo estado de necessidade da gestante. Contudo, majoritariamente contrários a este posicionamento, encontramos as nações em desenvolvimento como Brasil, Peru, Paraguai, Venezuela, Argentina, Chile, Equador.

5. Hermenêutica jurídica

A técnica de interpretação conforme a Constituição consiste na escolha de determinada interpretação em meio a outras que podem ser retiradas da norma. Assim, há exclusão de um dos sentidos possíveis da norma, por ser contrária à Constituição, e a

afirmação de outro sentido compatível com a Lei Maior, dentro dos limites do texto legal.

Luís Roberto Barroso (2003, p.189), decompõe didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição estabelecendo: a) tratar-se de escolha de interpretação mantendo harmonia com a Constituição Federal, em meio a outras possibilidades interpretativas admitidas pelo preceito; b) a interpretação busca encontrar um sentido para a norma que não é o que mais resulta do texto de modo evidente; c) há exclusão de uma ou mais interpretações possíveis que conduzem a resultado contrastante com a Constituição; d) a interpretação conforme a Constituição é preceito hermenêutico e controle de constitucionalidade em que se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.

Portanto, há de buscar-se a verdadeira interpretação da norma legal frente aos preceitos constitucionais protegidos. Para tal, em 2004, chegou pela primeira vez à Suprema Corte brasileira, *habeas corpus* para a análise do tema e, posteriormente, foi apresentada arguição de descumprimento de preceito fundamental pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que serão analisadas em capítulo específico.

Da interpretação dada pelo Poder Judiciário em todo o País, verificou-se a presença de três situações: a antecipação do parto é crime, bastando a conduta; inexistência de crime devido a inviabilidade da vida; e consideração como fato típico, porém não punível. A última situação justifica-se pelo abalo psicológico e moral da gestante frente à inviabilidade vital, conforme se depreende do julgado abaixo:

Não importa tenha havido prática tipicamente abortiva para a configuração do art. 124 do Código Penal, se o laudo pericial concluiu que a gravidez não era apta a produzir uma vida. Consoante os ensinamentos dos mestres da medicina legal, a formação da mola carnososa ocorre quando há concepção frustrada, gerando embrião degenerado, inapto a produzir nova vida.

E nesse caso não pode haver aborto. (RT 397/101)

A Lei nº 9.434/1997, em seu artigo 3º estabelece a morte encefálica, e não mais a parada cardíaca, como morte jurídica, já que nesse caso não há qualquer perspectiva de vida. Com a morte cerebral, não há qualquer razão para a mãe, não querendo, esperar que a gestação chegue a termo, seja obrigada a mantê-la até o fim, sendo a antecipação terapêutica do parto uma consequência lógica, de acordo com o médico especialista Marco Antônio Becker na obra de Débora Diniz e Fabiana Paranhos (2004, p.32).

A Resolução 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina, por sua vez, estabelece que para anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica, já que sequer o possuem.

6. A defesa da antecipação do parto

Os argumentos favoráveis à antecipação do parto anencéfalo, inclusive utilizados como fundamentos em decisões judiciais, dizem respeito, principalmente, aos riscos que a gestação provoca à gestante.

As complicações da gestação decorrem da própria deformidade do feto, pois não possuindo a caixa craniana formada, não encaixa corretamente para o parto, ficando os fetos sentados ou atravessados o que gera grande risco para a mulher, já que sequer poderá ser realizado o parto fórceps, uma vez que não há crânio para encaixe do instrumento.

Além do mais, o trabalho de parto pode demorar de 14 a 16 horas, enquanto os outros partos duram 6 horas; em mais de 65% dos casos o óbito do feto se dá ainda dentro do útero da mãe; há 75% de chances de haver polidrâmio, ou seja, excesso de líquido amniótico causando maior distensão do útero; possibilidade de atonia no pós-parto; distócia de ombro (o ombro do feto é,

em geral, maior que a média e pode ocorrer acidente obstétrico de grande gravidade do ponto de vista obstétrico); a gestação tende a se prolongar além de 40 semanas; há associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG); alterações do comportamento e psicológicas da gestante; necessidade apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; necessidade de bloqueio da lactação (amamentação); puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contralidade uterina, dentre outras complicações. Diagnosticada a anencefalia, não há qualquer recurso médico para reversão do quadro quanto ao feto inviável, mas há com relação ao quadro clínico da gestante.

Assim, a antecipação do parto, na hipótese específica de anencefalia, constitui indicação terapêutica médica, a única possível e eficaz para o tratamento da gestante, já que não há qualquer possibilidade de reversão da inviabilidade do fato.

Além das conseqüências de natureza física, as de natureza psicológica são de extrema relevância. Os planos que são realizados após a notícia de uma gestação são infinitos, em especial para a mãe. Por toda a vida a mulher planeja, na maior parte dos casos, o casamento e o grande dia do nascimento de seus filhos, faz parte da natureza humana do sexo feminino. Após a grande notícia de uma gravidez tudo é pensado para aquela criança que vai nascer: móveis, roupas, brinquedos, futuro.

Com a notícia de que aquele filho, que gerou expectativas não só para a mãe, mas para a toda a família que se envolve no evento, será uma vida inviável após o parto, que não há qualquer possibilidade de sobrevivência após o mesmo devido a uma má formação congênita que o impede de vida extra-útero, salvo, no máximo, algumas horas, todos os sonhos e planos que a família possuía são destruídos.

Enquanto todas as outras gestantes se preparam para a chegada de seus filhos com festividades e alegrias, aquela mãe pensará

no momento do velório de seu filho, que sequer terá oportunidade de conviver. Enquanto suas colegas de quarto estarão comemorando com seus familiares o nascimento saudável de seus filhos, esta mãe estará chorando a morte do seu.

Há sentimentos envolvidos no plano de toda uma vida para a mulher que se vê perante a situação de gerar um filho com anencefalia. Será que a dignidade dessa mãe como pessoa humana, contemplada constitucionalmente no Brasil, não deve ser observada?

Dentre os grupos sociais que defendem esse posicionamento há, inclusive, representantes de segmentos religiosos, conforme relatos fornecidos a Débora Diniz e Fabiana Paranhos (2004, p.47). O segmento religioso que chama atenção por ser favorável à antecipação é da Igreja Católica, denominado Católicas pelo Direito de Decidir, que vai além, sendo favorável não só nos casos de anencefalia, mas também em outros casos de má formação fetal em que não há possibilidade de vida extra-uterina, fundados na compaixão pelas mulheres que convivem com a situação.

Diaulas Ribeiro, Promotor de Justiça, Doutor em Direito Penal e Pós-Doutor em Direito Médico, afirma, na mesma obra citada, que antecipação terapêutica do parto nos casos de inviabilidade fetal, do qual a anencefalia é apenas uma delas, deve ser vista como direito da mulher e considera como tortura, o que não deixa de ser, condenar uma mulher a manter em seu ventre por nove meses um filho amado, mas que será um natimorto. Trata-se de desrespeito aos Direitos Humanos.

Arx Tourinho, ex-Subprocurador-Geral da República, já tendo participado do Conselho Federal da OAB, ex-presidente da OAB-BA e professor de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia, chega a afirmar, na mesma obra, que a situação já está amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a lei de doação de órgãos considera uma pessoa legalmente

morta quando as funções cerebrais se encerram, rompendo a paradigma que considerava morte a parada cardíaca. O feto anencéfalo já é um morto cerebral, sendo considerado legalmente morto. Conclui afirmando que a antecipação do parto, nessa situação, está de acordo com a ordem jurídica brasileira.

Ressalte-se que praticamente todos os países desenvolvidos já autorizam a antecipação do parto por anencefalia como Itália, Espanha, França, Portugal, Holanda, dentre outros. Vale destacar a posição do Tribunal Constitucional português em que reconheceu a constitucionalidade da lei que permite o aborto em determinadas circunstâncias, como riscos à saúde física ou psíquica da gestante, feto com doença grave e incurável, dentre outras determinadas pelo estado de necessidade da gestante. Contudo, contrários a este posicionamento, encontramos as nações em desenvolvimento como Brasil, Peru, Paraguai, Venezuela, Argentina, Chile, Equador.

7. A observância dos preceitos fundamentais

Na busca da solução de quaisquer confrontos jurídicos devem ser observados os preceitos fundamentais da pessoa humana.

Na discussão do aborto, que não é o caso discutido no presente, há ponderação de bens em possível tensão, de um lado a potencialidade de vida do nascituro, e de outro a liberdade e autonomia de vontade da gestante. No caso da antecipação do parto em decorrência de anencefalia não está presente tal ponderação, pois não há qualquer possibilidade de vida extra-uterina do feto, em consequência não há potencialidade de vida.

Neste caso, não há confronto entre os direitos fundamentais da gestante com os de outrem, pois não há viabilidade de vida e não se trata sequer de nascituro, que de acordo com a definição do dicionário Aurélio Buarque de Holanda, é o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como

fato futuro e certo. Aqui só há como certo a morte do feto.

O direito fundamental da dignidade da pessoa humana é o ponto central da questão. Trata-se de direito a ser observado em todas as questões jurídicas e sociais e é resultante de constantes transformações sociais em todo o mundo, o qual passou a integrar a Constituição de diversos países, inclusive a brasileira já no art. 1º, III, dentre os fundamentos do País. É garantido a todo ser humano enquanto pessoa e é observado tanto no aspecto moral, íntimo, do juízo de valor que determinado ser humano faz de si, quanto no aspecto fático, que diz respeito às condições materiais que devem ser proporcionadas para o alcance de uma vida digna.

Ao impor à gestante a obrigação de seguir adiante com uma gestação que não levará a qualquer êxito, ou seja, há certeza que não haverá sobrevivência por parte do feto, trata-se verdadeira tortura, causando-lhe dor, angústia e sofrimento, violando sua dignidade tanto – e principalmente – no aspecto moral quanto no fático, uma vez que, conforme demonstrado nos pontos anteriores, há diversos impactos na saúde física da mulher e principalmente no plano psicológico e moral. Fazê-la conviver diariamente com o fato de que o filho que carrega jamais sobreviverá e convivendo diariamente com outras mães felizes com a chegada de seus filhos é desumano.

Apesar do posicionamento majoritário contrário à adoção da medida, em julgado excepcional na Suprema Corte Argentina, foi feita a afirmação de condição de tortura à mãe que se encontrava em situação semelhante, o que se mostra plausível, pois o sofrimento e angústia que irá suportar dia a dia durante toda a gestação é inimaginável, não possuindo justificativa fundamentada para ser obrigada a chegar ao fim com essa gestação, se não for sua vontade, já que conforme a própria legislação brasileira e Regulamentos do Conselho Federal de Medicina, é qualificada como morte, a morte encefálica.

Dentre outros direitos fundamentais a serem observados também estão presentes o direito à liberdade da gestante, bem como o direito à saúde, todos previstos constitucionalmente. Liberdade no sentido de escolher se quer seguir adiante uma gravidez nas circunstâncias do presente estudo dada todas as considerações tecidas anteriormente, direito este prejudicado por interpretações divergentes dadas pelo judiciário brasileiro. Há ainda o direito constitucional à saúde, que de acordo com a Organização Mundial da Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doença, dada todas as complicações físicas e psicológicas resultantes da gestação de feto anencéfalo, já explanadas.

8. O supremo tribunal federal

Há algum tempo, o Poder Judiciário brasileiro vem examinando a matéria expedindo decisões contraditórias com os mais diversos fundamentos. Recentemente, no ano de 2004, o assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal sob a forma de *habeas corpus* nº 84.025-6/RJ, ficando conhecido como caso Maria Vida. O caso pode ser relatado, sinteticamente, da seguinte forma: ocorrendo a constatação que o feto sofria de anencefalia, foi realizado pedido de autorização judicial, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, para antecipação do parto, que foi negado em primeira instância por falta de previsão legal; houve recurso em novembro de 2003 ao Tribunal de Justiça em que foi concedida liminarmente a autorização para a intervenção cirúrgica; foi interposto agravo regimental por advogados estranhos ao processo, fundados no direito de petição do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, em foi cassada liminarmente a autorização do procedimento dada anteriormente, sendo posteriormente negado provimento ao agravo pela 2ª Câmara Criminal, confirmando a liminar que autorizava o procedimento; foi impetrado *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, em favor do feto, pela ONG Pró-vida, em que foi suspensa a liminar que autorizava o procedimento

cirúrgico; em último recurso, foi impetrado *habeas corpus* em favor da gestante perante o Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2004 – dada a morosidade no julgamento dos demais recursos apresentados.

Em seu relatório, o Ministro Joaquim Barbosa colocou o caso sob a análise de duas situações: a liberdade individual e os diferentes níveis de tutela penal da vida humana, ou seja, direito à vida x direito à liberdade, intimidade e autonomia privada. Em seu voto, o Ministro frisou que a questão tratada se refere a anencefalia, à interrupção de gravidez levada ao fracasso, ponderando os riscos físicos a que a mãe fica submetida, e os riscos psicológicos, seu sofrimento. Diferenciou, ainda, a antecipação do parto do aborto, estabelecendo que o aborto é a subtração da vida do feto, sendo que a morte é consequência do aborto. No caso de anencefalia, independentemente do momento do parto ocorrerá a morte, sendo certo que a antecipação do parto nessas condições atende os princípios tutelados pela ordem jurídica, bem como a saúde da mulher:

Ao proceder a ponderação entre os valores jurídicos pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher.

No entendimento do Relator, não é razoável considerar a conduta como típica, tendo em vista as hipóteses de exclusão de ilicitude previstas na lei, inclusive para o feto cuja vida extra-útero é viável, como no caso de estupro. Seria um contra-senso vedar o direito de liberdade nos casos de má formação fetal gravíssima, como é a anencefalia, sendo permitido no caso de proteção da liberdade sexual, como o é no estupro. Na anencefalia, conforme afirmou, não há conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica. Para o Ministro, a lei penal tutela a vida potencial e a incolumidade da gestação, sendo que a antecipação do parto, nessa situação, é atípica. Ressaltou, ainda, que há razão histórica para não previsão da situação no Código Penal: na época, 1940, não havia

tecnologia médica desenvolvida para constatação da inviabilidade da vida. Assim, foi concedida a ordem para a intervenção cirúrgica, se essa fosse sua vontade.

Ocorre que, para pesar dos próprios Ministros da Corte, houve perda do objeto já que a criança, Maria Vida, já havia nascido e falecido após sete minutos do parto, não tendo a Corte possibilidade de debater o assunto.

No mesmo ano, foi oferecida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, visando, liminarmente, à suspensão de andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os dispositivos do Código Penal relacionados ao aborto, nos casos de antecipação de partos por anencefalia, bem como seja reconhecido o direito da gestante em submeter-se ao procedimento e do profissional da saúde a realizá-lo, e possuindo o pedido principal de interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, declarando inconstitucional com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação que impeça a antecipação de partos de fetos anencéfalos, reconhecendo o direito da gestante em submeter-se ao procedimento quando estiver na situação relatada, sem qualquer autorização judicial ou interferência do Estado. Há, ainda, pedido alternativo para que a ação seja recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, caso seja considerada descabida a Arguição.

O ministro Marco Aurélio Mello, em julho de 2004, com a fundamentação de proteção à saúde e integridade física da gestante, em especial à saúde psíquica, já que obrigá-la a prosseguir uma gestação na qual resultaria em um desfecho infeliz e fazê-la conviver com a triste realidade de diariamente lembrar que o feto que leva em seu ventre não se tornará ser vivo conflita com a dignidade humana, deferiu liminar suspendendo todo e qualquer procedimento judicial

e decisões não transitadas em julgado existentes e reconheceu o direito constitucional da gestante em submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anencefalia com eficácia *erga omnes*.

Em outubro do mesmo ano o Pleno do Supremo Tribunal Federal (por sete votos contra quatro) cassou a liminar, sob o principal argumento de que era satisfativa e ainda estava sendo discutida se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível, uma vez que não sendo esta a via viável, não caberia liminar. Até o momento não houve julgamento definitivo da ação.

A decisão do Ministro Marco Aurélio Mello repercutiu em toda a sociedade sendo apoiada pela maioria dos setores sociais. Nos fundamentos de sua decisão também relacionou os desencontros de decisões judiciais a respeito do mesmo assunto e citou o caso Maria Vida, exemplo da morosidade do Judiciário em questão que demandava urgência.

Não se pretende, por meio da referida ação, a criação de uma nova norma jurídica para autorizar a antecipação do parto de feto anencéfalo, vez que por força da tradicional teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, a tarefa de legislar é do legislador. A questão é a Corte Suprema Brasileira interpretar os dispositivos previstos na lei penal excluindo as demais interpretações que impeçam a realização da antecipação do parto de feto portador de anencefalia, com base nos princípios e normas constitucionais exaustivamente relacionados.

9. Conclusão

A Escola Histórica do Direito, fundada no pensamento de Savigny, observava que a lei, antes de ser uma criação arbitrária do legislador, devia corresponder ao desenvolvimento histórico de cada povo, uma vez que a vida social vai alterando-se, deve a lei adaptar-se às novas situações.

Não só a sociedade evoluiu como um todo, mas também principalmente a ciência médica se desenvolveu de tal forma, que hoje o diagnóstico de diversas enfermidades, estando aí incluída a má formação congênita da anencefalia, é realizado de forma extremamente segura, sendo possível realizar intervenções para a diminuição das conseqüências resultantes de determinadas anomalias. O Direito, sob pena de tornar-se obsoleto, deve acompanhar essas transformações e, assim, resguardar e disciplinar as novas situações que de tal desenvolvimento resultam.

Após a possibilidade de efetiva constatação da anomalia, surgiu o debate a respeito da possibilidade de antecipação do parto de feto que se encontre na situação de anencéfalo, envolvendo diversos preceitos e valores a serem observados.

Dentre os valores constitucionais envolvidos na questão, debatidos anteriormente, chega-se à conclusão de que não há conflito entre direitos, uma vez que nessa situa-

ção, como se pôde observar da exposição do presente, não são direitos com o mesmo grau de proteção pela lei, devendo ser observada a proteção à dignidade humana da gestante, bem como proporcionar proteção à sua saúde que inclui, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, bem estar mental.

Há um desafio lançado ao Supremo Tribunal Federal, zelador da Constituição Federal, que já demonstrou no *habeas corpus* do caso Maria Vida, por meio do Ministro Joaquim Barbosa, e na liminar concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 pelo Ministro Marco Aurélio Mello: a proteção aos preceitos fundamentais defendidos no presente trabalho, em realizar a **interpretação** dos preceitos legais envolvidos **conforme** a Constituição Federal, estabelecendo seu alcance e eficácia, eliminando decisões contraditórias, não criando norma jurídica (que não é sua função), mas interpretando a antecipação à luz dos preceitos constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana.

Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINIZ, Debora (ed). *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Letras Livres, 2004.
- DINIZ, Debora; Ribeiro, DIAULAS Costa. *Aborto por anomalia fetal*. São Paulo: Letras Livres, 2003.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Positivo, 2004.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1958. v. 2
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2
- PARANHOS, Fabiana; DINIZ, Débora (ed). *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. São Paulo: Anis, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.