

**ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA:
UM ESTUDO RETROSPECTIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS
THERAPEUTIC ANTICIPATION OF BIRTH IN CASE OF ANENCEPHALY:
A RETROSPECTIVE STUDY OF COURT DECISIONS**

Cátia Andrade Silva de Andrade*

RESUMO

A antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo tem sido considerada, ao longo da história, questão extremamente polêmica, mesmo após mudança de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Diante dessa realidade, o artigo objetivou analisar os fundamentos que eram utilizados para deferir ou indeferir o pedido de autorização para realização do procedimento de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. Para isso, utilizou-se como metodologia a pesquisa qualitativa e exploratória, com técnica de análise de conteúdo temática, constituiu-se de 17 acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, referentes ao período de janeiro/2000 a março/2012, colhidos no site oficial do tribunal. Observou-se, que 09 acórdãos deferiram enquanto 06 indeferiram o pedido de interrupção da gestação, e 02 extinguiram o recurso por perda do objeto. Da análise, emergiram cinco categorias de fundamentação: no Direto Penal; no Direito Constitucional; em crenças religiosas; na confiabilidade da perícia médica; e na Lei de Transplante. Concluiu-se, que os argumentos utilizados nas decisões, tanto de deferimento, quanto de indeferimento do pedido, eram basicamente os mesmos, apenas, alterando-se a interpretação argumentativa sobre cada um deles; por fim, muito ainda, precisa ser discutido a cerca da temática, para que a sociedade compreenda e os operadores do direito possam atuar conscientes quanto à licitude do procedimento.

Palavras-chave: Anencefalia; antecipação terapêutica do parto; decisões judiciais.

ABSTRACT

The therapeutic anticipation of the birth of anencephalic fetus has been considered, throughout history, an extremely controversial issue, even after a change of jurisprudential understanding of the Federal Supreme Court. In view of this reality, the article aimed to analyze the grounds that were used to defer or refuse the request for authorization to perform the procedure of therapeutic anticipation of the birth of anencephalic fetuses. For this purpose, qualitative and exploratory research was used as a methodology, using a thematic content analysis technique. It consisted of 17 judgments of the Court of Justice of Minas Gerais, referring to the period from January 2000 to March 2012, official website of the court. It was observed that 09 judgments were granted while 06 denied the request to interrupt gestation, and 02 extinguished the appeal for loss of the object. From the analysis, five categories of foundations emerged: in the Penal Right; in Constitutional Law; in

* Advogada, Especialista em Vigilância a Saúde pelo Instituto de Ensino e Pesquisa/Hospital Sírio Libanês, Mestre no Cuidar Humano pela Universidade Federal da Bahia. Servidora efetiva da Secretária de Saúde do Estado da Bahia - SESAB, lotada na Diretoria de Vigilância a Saúde do Trabalhador (DIVAST).

religious beliefs; reliability of medical expertise; and in the Law of Transplantation. It was concluded that the arguments used in the decisions, both of deference and rejection of the request, were basically the same, only, altering the argumentative interpretation on each one of them; Finally, much more needs to be discussed about the subject, so that society understands and legal operators can act conscientiously about the lawfulness of the procedure.

Key-words: Anencephaly; therapeutic anticipation of childbirth; court decisions.

1 INTRODUÇÃO

A antecipação terapêutica do parto entendida como interrupção da gestação é indicada nos casos de anencefalia. Por seu turno, a anencefalia é definida como um defeito congênito que decorre do irregular fechamento do tubo neural ocorrendo, normalmente, entre o 23º e 28º dias de gestação. As causas desse problema de embriogênese, ainda, não estão bem definidas, mas acredita-se que resulte de um conjunto de interações complexas entre fatores de origem genética e ambientais. (Valadares et al, 2014).

Sabe-se que o feto anencéfalo possui, apenas, algumas funções inferiores que regulam de forma parcial o aparelho respiratório, vasomotor e a medula espinhal, conduzindo, assim, ao entendimento biomédico, de que a anencefalia é inconciliável com a vida extra-uterina, sendo, portanto 100% fatal. (GAZOLLA E MELO, 2015)

No Brasil, estudos desenvolvidos pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO (2011) revelam que a incidência de anencefalia é de cerca de 18 casos para cada 10.000 nascidos vivos, que 25% dos fetos anencéfalos que vivem até o fim da gravidez morrem durante o parto, que 50% deles têm expectativa de vida de poucos minutos a 24 horas, e que 25% não vivem além de 10 dias. Em suma 100% deles morrem, sendo que 65% morrem intra-útero, porque não há a mínima possibilidade de reversão e tratamento do quadro clínico.

Nesse contexto, travaram-se, e ainda subsistem, acirradas discussões acerca da licitude da antecipação terapêutica nos casos de anencefalia. Formaram-se posições contra e a favor da realização do procedimento médico, que para uns poria fim a uma vida e seria um crime, enquanto que para outros, encerraria o prolongamento de um sofrimento psíquico desnecessário, protegendo-se a saúde da gestante, seu Direito a Liberdade de Escolha, Autonomia da Vontade e sua Dignidade de Pessoa Humana.

Durante décadas, ficou exclusivamente na tutela do poder judiciário a decisão final quanto à autorização da realização da antecipação terapêutica do parto. Até que em 11 de abril de 2012, o STF deu início ao julgamento da ADPF n.54/DF, e pôs fim a essa celeuma jurídica, assentando entendimento na incompatibilidade da anencefalia com a vida plena extrauterina, e decidindo que a antecipação terapêutica do parto, quando há diagnóstico dessa anomalia, é fato penalmente atípico e não constitui aborto, uma vez que esse tipo penal presume potencialidade de vida extrauterina.

Contudo, na atualidade, a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, ainda, é uma temática inserida em interminável teia de discussões, que permeiam desde o âmbito da Medicina ao Direito, perpassando, principalmente, o domínio da moral e das crenças religiosas.

Na busca do aprofundamento da temática, realizou-se pesquisa qualitativa e exploratória, que consistiu no levantamento dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG), compreendidos no período de janeiro/2000 a março/2012, utilizando-se o descritor anencefalia, com o objetivo de analisar os fundamentos que sustentavam o deferimento ou o indeferimento do pedido de interrupção da gestação anencefálica.

Utilizando-se a técnica de análise de conteúdo proposta por Bardin (1988), emergiam cinco categorias compostas pelos fundamentos do deferimento e indeferimento dos acórdãos estudados, são elas, fundamentação: no Direito Penal, no Direito Constitucional; em crenças religiosas; na confiabilidade da perícia médica; e na Lei de Transplante.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 ANENCÉFALIA E A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO

A confusão entre essas terminologias enseja inúmeros questionamentos e debates, que culminam transcendendo a esfera do Direito e percorrendo o âmbito da moral e da religiosidade. Nesse sentido, Benute et al. (2006) conceituam anencefalia como um defeito congênito que se desenvolve no período inicial da gestação.

Os mesmos autores referem, ainda, que uma criança com anencefalia nasce sem o cérebro com seus dois hemisférios, cerebelo, couro cabeludo, calota craniana e meninges, tendo, geralmente, o tronco cerebral preservado. Assim, devido à ausência do córtex cerebral

não há a menor possibilidade de consciência, e sem esta, não haverá a função cognitiva, ou seja, ouvir, falar e sentir.

Ventura (2009) destaca que a anencefalia é o tipo mais freqüente de má-formação fetal do sistema neurológico, que impossibilita o desenvolvimento do encéfalo do feto levando a 100% de letalidade. Essa anormalidade não permite a sobrevivência extra-uterina e pode ser facilmente diagnosticada durante a gestação, por meio de exame de ultra-sonografia no terceiro mês gestacional.

A anencefalia é definida e possui prognóstico negativo consoante afirmam Rowland (2002) e Penna (2005):

[...] Trata-se de um problema da embriogênese que ocorre muito precocemente na gestação [...]. O prognóstico de uma criança nascida a termo é de manutenção de batimentos cardíacos por poucas horas e, no máximo, alguns dias. [...]. (PENNA, 2005, p. 4).

[...] má-formação fetal congênita [...] de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos [...]. (ROWLAND, 2002, p. 587).

É unânime, entre os autores pesquisados, que não existe possibilidade de tratamento ou reversão dessa anomalia fatal. Isso conduz a dúvida sobre a existência da vida, já que muitos autores negam essa condição ao feto anencéfalo, afirmando que este, apenas é biologicamente ativo, resta então acreditar que a antecipação terapêutica do parto seria a resolução mais lógica e menos torturante para a mulher.

Mas, o que se entende por antecipação terapêutica do parto?

Segundo documentos da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde – CNTS (2011) consiste em um procedimento médico e terapêutico que, apenas, antecipa o término de uma gestação, com o objetivo precípuo de resguardar e proteger a vida, a dignidade e a integridade física e mental da mulher.

Entretanto, a sociedade, muitos profissionais de saúde e operadores do direito confundem as terminologias antecipação terapêutica do parto com aborto, chegando a afirmar que seria o primeiro termo, simplesmente, uma nova roupagem ou camuflagem para o

segundo. Todavia, se formos buscar o entendimento correto, para os mesmos, poderemos apreender que são completamente antagônicos.

No Brasil, enquanto o aborto é considerado como um crime dirigido contra uma vida em potencial, a antecipação é compreendida como técnica terapêutica dirigida a antecipar o final de gestações de fetos sem potencialidade de vida, portanto são conceitos completamente diferentes. (CNTS, 2011)

Podemos citar como exemplo desse tipo de gestação sem potencialidade de vida, a de fetos anencefálicos, pois se não possuem encéfalo estão clinicamente em morte encefálica, logo mortos. E, isso está de acordo com a própria legislação brasileira – Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, do Transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano – que regulamenta que se for diagnosticada a morte encefálica permiti-se que sejam retiradas estruturas pertencentes ao corpo doador, porque este, está clinicamente morto.

Então, pergunta-se: porque a legislação brasileira permite o transplante se constatada morte encefálica e não permitia a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, se este nem encéfalo possui? Tomando-se como base a Lei de Transplantes, não haveria dúvida de que esse feto estaria morto.

Em meio às discussões, Ventura (2009) traz essa questão da utilização da expressão antecipação terapêutica do parto em substituição ao termo aborto ou abortamento, afirmando que o emprego de nova terminologia, faz-se no intuito de reduzir aspectos psicológicos, preconceituosos e desfavoráveis à gestante e aos profissionais. Deixando vir à luz, para discussão, um tema velado de preconceito social de gênero, ainda, arraigado em nossa sociedade. Sem dúvida, a mudança terminológica causa menos impacto social, já que a antecipação está relacionada à dimensão terapêutica da interrupção da gestação, bem como a nomeação do procedimento médico adotado.

Ventura (2004), em estudo anterior, sinaliza que o Ministério Público do Distrito Federal adota a denominação antecipação terapêutica de parto e não aborto, porque entende ser a mais adequada, além de ser penalmente atípica, já que o tipo penal que configura o crime de aborto necessita de que o feto possua capacidade fisiológica de ser pessoa.

Quanto ao diagnóstico da anencefalia, este é facilitado devido às novas tecnologias biomédicas. Assim, um simples exame de ultrassom de alta resolução, na 10ª semana, é o suficiente para se afirmar que um feto é anencéfalo. Também, existem exames de sangue e do

líquido amniótico, mas são complementares a confirmação do diagnóstico. (DINIZ et al., 2009)

De acordo com Diniz et al. (2009) a estrutura corpórea de uma criança anencéfala é, geralmente normal, ou seja, não é afetada anatomicamente pela anomalia. A exceção da cabeça, onde está ausente a calota craniana, freqüentemente a partir da altura das sobrancelhas, onde se observa os globos oculares projetados, devido à má formação das órbitas, levando as crianças anencéfalas a serem pejorativamente comparadas a rãs.

Quanto à viabilidade desse feto anencéfalo, os estudos estatísticos ilustrados pela FEBRASGO (2011) fazem referencia a cerca de 65% de morte intra-uterina e 100% de morte extra-uterina. No Brasil, a incidência de anencefalia é de cerca de 18 casos para cada 10.000 nascidos vivos. E, o que se observa é que 25% dos fetos anencéfalos que vivem até o fim da gravidez morrem durante o parto, que 50% deles têm expectativa de vida de poucos minutos a 24 horas, e que 25% não vivem além de 10 dias, em suma 100% deles morrem, porque não há a mínima possibilidade de reversão e tratamento do quadro clínico.

Nesse contexto, confirmada a anencefalia fetal, deveria ser imediatamente indicada à mulher, pelo profissional médico, a antecipação terapêutica do parto e oferecido a ela o direito de escolher fazer ou recusar o procedimento. Entretanto, a realidade não era tão simples como nos períodos frásicos anteriores, era paradoxalmente uma celeuma sem fim.

Essa celeuma se projetava na vida das gestantes de fetos anencéfalos desde a confusão entre o que vem a ser vida *versus* morte e antecipação terapêutica do parto *versus* aborto, ao total desrespeito aos princípios constitucionais da Autonomia da Vontade, da Dignidade da Pessoa humana, da Vida, da Legalidade, da Liberdade e o Direito à preservação da sua própria saúde.

2.2 HISTORIANDO O PROBLEMA DA ANENCÉFALIA NO BRASIL

De acordo com a ANIS (2012) – uma organização não-governamental que promove pesquisas nas áreas de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – o Brasil figura em quarto lugar no ranking mundial de número de partos de fetos com anencefalia. E, segundo Diniz e Vélez (2008) esse número elevado de partos de fetos anencéfalos no país, não se deve a disposição

natural das mulheres brasileiras, mas sim ao fato crucial da legislação pátria ser extremamente restritiva no que se refere à interrupção da gestação.

Nesse contexto de restrição legislativa e de grande divergência jurisprudencial, as mulheres brasileiras eram obrigadas a manter uma gestação, com fundamento legal no direito à preservação da vida do feto, mas em detrimento de sua própria dignidade, já que passavam por todo o período gestacional e parto sem a perspectiva de que, ao final, teriam um recém-nascido, e sim um natimorto.

Ventura (2009) destaca que desde 1990, no Brasil, vem se registrando um crescente número de decisões judiciais individuais que admitem a legalidade do aborto, a pedido da gestante, no caso de fetos inviáveis, como o de fetos anencéfalos e com outras anomalias graves, tem-se o registro de mais de três mil decisões judiciais autorizando o procedimento.

O mesmo autor esclarece que as reiteradas decisões favoráveis ao aborto, no caso de anomalias fetais graves, incomodaram segmentos mais conservadores, motivando o líder do movimento Pró-vida de Goiás a impetrar um *habeas corpus* (HC n.º 32159/RJ - STJ) a favor de um feto com anencefalia, com a finalidade de anular uma decisão favorável do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, obtida pela gestante para interromper a gestação.

O HC a favor do feto foi deferido pelo STJ e motivou a impetração do HC n.º 84.025-6/RJ, em favor da gestante, proposto no STF pelas organizações não-governamentais (ONG) feministas Anis e Themis (Gênero, Justiça e Direitos Humanos). Entretanto, infelizmente, ocorreu que o HC a favor da gestante não chegou a ser julgado, em razão do nascimento seguido de morte da criança, exatamente durante a sessão de julgamento onde o ministro-relator apresentou seu voto favorável a gestante, e outros ministros terem se mostrado favoráveis ao abortamento nessas circunstâncias.

O mesmo autor afirma que esse caso, motivou o movimento feminista a buscar uma estratégia judicial para enfrentamento do problema. E, em 2004 foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 54/DF) pela CNTS, em articulação com a Anis. Essas entidades reunidas requereram uma declaração judicial sobre a legalidade da intervenção médica denominada antecipação terapêutica do parto, nos casos de gestação de fetos com anencefalia, isto é, que esse procedimento médico não configurasse como crime de aborto previsto no Código Penal Brasileiro (CPB/1940).

Da análise da referida ADPF extraiu-se os seguintes fundamentos fáticos: a inviabilidade de vida extra-uterina do feto, a antecipação terapêutica do parto configurava-se como um procedimento médico adequado para reduzir o sofrimento da gestante, e os possíveis riscos e custos de uma gestação cujo resultado seria um natimorto ou a morte imediata do nascido; e os seguintes fundamentos de direito: no Direito Constitucional da gestante à saúde, à liberdade, e ao tratamento digno e humano.

Foi requerido ao STF que reconhecesse o descumprimento desses preceitos fundamentais em relação à mulher, nos casos em que as normas penais eram interpretadas de forma a impedir a antecipação terapêutica de partos de fetos anencefálicos, bem como fosse efetivada a interpretação conforme a Constituição Federal/88, dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do CPB/1940, para declarar inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a aplicação desses dispositivos. (NOGUEIRA, 2005).

Nesse íterim a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) requereu a sua inclusão no processo como *amicus curiae*, para poder se manifestar sobre a matéria, mas o Ministro Marco Aurélio do STF negou, alegando que o pedido não se enquadrava no texto legal que foi evocado pelo requerente. E, concedeu liminar à CNTS para reconhecer o direito constitucional das gestantes que decidirem realizar o procedimento. (NOGUEIRA, 2005).

Tendo em vista essa ADPF ajuizada, o Ministro Marco Aurélio, em 01/07/2004, concedeu a liminar pleiteada pela CNTS, argumentando que: “diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para uma simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar”.

O STF, então, propôs audiência pública, que ocorreu em 30/09/2004, para que as entidades representativas da sociedade brasileira manifestassem-se sobre o processo. E o mesmo foi intensamente combatido pela CNBB, culminando em 20/10/2004 na cassação da liminar, fazendo com que as mulheres tivessem que novamente solicitar autorização judicial para realizar a interrupção da gestação de feto anencéfalo.

Vale ressaltar, nesse contexto, acirrado de discussões o voto do relator da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Arx Tourinho que afirmou ter a gestante o direito de interromper a gravidez, valendo-se de seu direito a saúde e em atenção aos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Ainda, afirmou que a

antecipação do parto de anencéfalo não é aborto, porque o CPB/1940 não definiu o que era aborto, fazendo com que o Direito fosse buscar na Ciência Médica a conceituação do aborto como a retirada de feto que possui potencialidade de vida, o que não é o caso do feto anencéfalo; e por fim o referido relator tocou em uma questão extremamente polêmica e que merece ser destacada:

[...] a ação liminar, aqui referida, em verdade, está a proteger mulheres desprovidas de recursos financeiros, mulheres pobres, que necessitam ir a juízo, pleiteando alvará autorizador, porque vão utilizar-se dos serviços públicos de saúde. Aquelas que têm condição financeira sabem qual clínica ou qual médico devem procurar [...] não seja a sociedade hipócrita, nem sejam os opositores da liminar ingênuos [...] porque o direito não é, nem pode ser, estático, não é, nem pode ser contemplativo de uma realidade que passou, ignorando os avanços da ciência. (TOURINHO, 2004).

O jurista nos chama à reflexão para a visualização do problema sob um prisma social inegável, que nossa sociedade finge não ver, a questão das mulheres pobres que gestam fetos anencéfalos. Estas mulheres é que foram imensamente prejudicadas com a cassação da liminar, pois sem recursos financeiros para recorrer a uma interrupção com médico habilitado, foram bater as portas do judiciário, ou entregam-se a verdadeiros “barbeiros”, ao aborto clandestino e inseguro, na tentativa de livrar-se do sofrimento, culminando muitas vezes em elevar, as já assustadoramente altas, estatísticas de mortalidade materna.

Não podemos fechar os olhos a essa realidade de mortalidade materna crescente. De acordo com dados disponibilizados pelo Ministério da Saúde do Brasil (2005), estima-se que ocorrem entre 530 a 580 mil mortes maternas por ano, sendo que destas 13 a 15% decorrem do aborto inseguro. E, cerca de 250.000 mulheres são hospitalizadas por ano, para tratar de complicações derivadas de abortamentos inseguros.

Diniz et al (2009), ainda nesse contexto, sugere que há uma ligação entre classe social e submissão ao poder judicial para o aborto nos casos de fetos anencéfalos no Brasil. Afirma que a judicialização dessas causas, configura-se como um fenômeno materializado entre as mulheres menos favorecidas economicamente, em sua maioria usuárias do Sistema Único de Saúde (SUS), para quem a requisição da autorização judicial é condição de acesso ao procedimento médico de aborto, aqui entendido como antecipação terapêutica do parto.

Em meio a intensos debates, em 12 de abril de 2012, o Plenário do STF, por maioria de votos, decidiu pela procedência do pedido contido na ADPF 54, declarando a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto

anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro de 1940.

A CNBB (2012, p. 1) lamentou publicamente a decisão do STF, afirmando que “legalizar o aborto de fetos com anencefalia, erroneamente diagnosticados como mortos cerebrais, é descartar um ser humano frágil e indefeso”.

Faz-se importante ressaltar que foi criada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), em 13 de abril de 2012, uma comissão especial que teve como missão estabelecer no prazo máximo de 60 dias, os critérios para o diagnóstico de anencefalia. Essa medida, de acordo com a Agência Brasil (2012) foi tomada pelo plenário da entidade diante da decisão tomada pelo STF que permitiu a interrupção de gestações de anencéfalos.

Segundo essa comissão do CFM, que emitiu a resolução n. 1989/2012, o critério para confirmar o diagnóstico de anencefalia é ultrassom realizado a partir da 12^a semana de gestação com laudo assinado por dois médicos, dispensando autorização judicial para realização do procedimento.

2.3 ALGUNS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS NA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE FETOS ANENCÉFALOS

O tema, ainda permanece imerso em intermináveis discussões, que se situam assustadoramente no âmbito da moral, ao invés de estar situada na esfera da Medicina e do Direito, sendo norteadas por seus objetivos, respectivos, precípuos de promoção da saúde e justiça. Infelizmente, representantes de diversos segmentos da sociedade discutem que a antecipação terapêutica do parto não passa de uma máscara para o aborto, e que este para os casos de anencefalia não deveria estar previsto no CPB/1940, devendo ser considerado, então, como crime contra a vida do feto.

Opositores contra a decisão do STF afirmam que o Brasil de forma lenta vem, ao longo da história, autorizando situações de aborto legal. E, que não demorará muito para que o aborto deixe de ser crime no país. (CNBB, 2012)

Em contraponto, aqueles que apóiam a decisão do STF e a reforma do CPB, entendem que em 1940 a medicina não detinha os recursos tecnológicos necessários para se fazer diagnóstico preciso das más formações fetais incompatíveis com a vida e, por isso,

acredita-se que a anencefalia não foi incluída no rol de excludentes do crime de aborto. (CNTS, 2011; ANIS, 2012)

No entanto, o Direito precisa acompanhar a evolução tecnológica e social e amoldar-se, a partir de reformas e novas interpretações, as novas relações sociais e as necessidades humanas e não estagnar-se permitindo que os Direitos Fundamentais das mulheres continuem sendo negligenciados e desrespeitados.

Faz-se importante ressaltar, que no intuito de reformar o CPB/1940, para melhor adequá-lo à nova realidade, existiu um Projeto de Lei nº 4.360 de 2004 que foi arquivado, do deputado paulista Dr. Pinotti, objetivando acrescentar um inciso ao artigo 128 do Decreto – Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940:

Art. 1º É isenta de ilicitude a interrupção da gravidez em caso de gestante portadora de feto anencéfalo.

Art. 2º O art. 128 do Decreto – Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

Art. 128:

[...]

III – se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos (NR).

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação. (PINOTTI, 2004, p. 1).

O autor, do referido projeto de lei, justificava a iniciativa afirmando que as mulheres estão sujeitas a incontáveis preconceitos sociais, historicamente construídos ao longo da evolução da sociedade brasileira, mas que esta mesma sociedade, precisava se dar conta da gravidade e extensão desse processo de discriminação e de suas repercussões sobre a vida das mulheres brasileiras. Em outras palavras, o autor, deixava claro que o impedimento à realização da interrupção da gestação comprovada de feto anencéfalo é uma questão de preconceito social, um julgo imposto sobre as mulheres.

Pinotti (2004, p. 2) alegava que ao “[...] se diagnosticar um feto anencéfalo, deveria ser permitido ao casal decidir de uma maneira totalmente informada e livre sobre a interrupção ou o seguimento da gravidez [...]”. Isso evidência a preocupação do autor com o respeito aos princípios da Liberdade e da Autonomia da Vontade. E, conclui o projeto de lei asseverando que impor a mulher a manutenção da gestação de feto anencéfalo é semelhante à imposição de prática de tortura, que é exaustivamente combatida por nosso Direito.

Esse aspecto social, da problemática em questão, pode ser observado no voto do Ministro Carlos Britto (2005), durante julgamento da ADPF 54-8/DF, que asseverou:

[...] Neste momento, ainda penso que está em jogo, acima de tudo, subjacente a tudo isso, a questão feminina. Nós somos uma sociedade culturalmente machista e fica fácil para todos nós falarmos até em solidariedade, que é um sentimento tão bonito, mas solidariedade para os outros, para as mulheres que arrostam dificuldades de gravidez do tipo anencefálico ou anencéfalo. Se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta. [...]. (BRITTO, 2005, p. 30)

O autor traz uma crítica contundente à sociedade, referente à questão de gênero, alertando que a manutenção da proibição da antecipação terapêutica do parto, nesses casos específicos de anencefalia, não passa de uma questão de cunho social machista.

Destaca-se, com base na ADPF 54-8/DF, os princípios e os direitos constitucionais que foram elencados como violados com a negativa da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Legalidade, Princípio da Autonomia da Vontade, Princípio da Liberdade, Direito à Vida e Direito de Escolha.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que é prelecionado como fundamento do nosso Estado de Direito Democrático no art. 1º da Carta Magna de 1988, é o centro dos sistemas jurídicos contemporâneos:

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

Compreende-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como o eixo central de todo o ordenamento jurídico, uma espécie de farol que guia toda e qualquer interpretação. No entendimento de Silva (2006) não basta, apenas, a Constituição Federal garantir os direitos, mas deve-se tê-los assegurados com o mínimo de dignidade possível.

Entende-se o princípio como norteador do sistema jurídico e, com base nele, afirma-se que obrigar a mulher a gestar por nove meses um feto que não possui a menor chance de sobreviver extra-útero é desrespeitar a sua dignidade. É impor-lhe sofrimento inútil, que segundo Nogueira (2005, p.14) consiste em: “Adiar o parto, que não será uma celebração da

vida, mas um ritual de morte, viola a integridade física e psicológica da gestante, em situação análoga à da tortura”.

Outro princípio considerado como violado pelos estudiosos dessa temática é o da Legalidade, que é compreendido por Silva (2006) como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, tendo previsão constitucional no artigo 5º, inciso II, que preleciona: “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei [...]”. Acredita-se que esse princípio é violado quando se indefere o pedido da gestante para interromper a gestação de anencéfalo, sob alegação de que se estaria ceifando uma vida. Mas que vida, perguntam esses estudiosos, se a própria Lei de Transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano afirma que morte encefálica é morte clínica. O que dizer de um ser que nem encéfalo possui? Indubitavelmente pelos critérios de morte da referida lei estariam mortos.

O Princípio da Autonomia da Vontade é compreendido por Silva (2006) como aquele que assegura aos indivíduos envolvidos o poder de externar sua própria vontade. E, no tema em discussão é considerado, pelos autores, como violado no caso da obrigação de continuar gestando um anencéfalo, porque é retirada toda a autonomia da gestante, subjugando-a a uma gestação sem perspectiva de sucesso.

Flavia Piovesan (2007) corrobora para esse entendimento, quando afirma que:

[...] com fundamento nos direitos à liberdade, à autonomia e à saúde, entendemos caber à mulher e aos casais, na qualidade de plenos sujeitos de direitos, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado em caso de anencefalia fetal. A responsabilidade de efetuar escolhas morais sobre a interrupção ou o prosseguimento da gravidez não apenas assegura à mulher o seu direito fundamental à dignidade, mas permite a apropriada atuação dos profissionais de saúde... impedir significa impor tratamento cruel. Desumano ou degradante, equiparável a tortura, porque é violatório de sua integridade psíquica e moral [...]. (PIOVESAN, 2007).

Nesse sentido, o Estado e a Sociedade impõem tratamento desumano e cruel às mulheres, quando as obrigam a gestar fetos anencéfalos, principalmente, se as decisões forem sustentadas sobre convicções de ordem moral e religiosa.

Quanto aos direitos tidos como violados pelo indeferimento do pedido de antecipação terapêutica do parto, encontravam-se primeiramente o Direito à Saúde, que é definido por Silva (2006) como um subconjunto de um conjunto de direitos denominados

Direitos Sociais, que foi reconhecido e assegurado na Constituição Federal de 1988, no artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação. (Constituição Federal de 1988, art. 196).

Para entender como se processava a violação ao Direito à Saúde da gestante de feto anencéfalo precisamos compreender, inicialmente, que saúde não é apenas a ausência de doença, e sim o definido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), de que saúde é o mais completo bem-estar físico, psíquico e social. Assim, se a mulher que gesta anencéfalo requeria judicialmente o pedido de interrupção da gestação, é porque não desejava continuar gestando um feto sem perspectiva de sobrevivência, que possivelmente estava lhe gerando grande sofrimento psíquico e, por vezes, físico. E, a negativa desse pedido seria considerada como uma violação a seu Direito Constitucional à Saúde.

Destaca-se, ainda, o Direito à Liberdade de Escolha como violado, na medida em que se nega o requerimento judicial de antecipação terapêutica do parto, pois se retira a possibilidade de que a mulher possa decidir sobre o que é melhor para sua saúde.

3 METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa qualitativa e exploratória, com o objetivo de analisar os fundamentos que sustentavam o deferimento ou o indeferimento do pedido de interrupção da gestação anencefálica. Consistiu no levantamento dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG), no período de janeiro/2000 a março/2012, a partir da busca de jurisprudência, utilizando-se como descritor o termo anencefalia.

Inicialmente, apareceram como resultado da busca 19 acórdãos, mas após leitura dos mesmos, constatou-se que dois destes eram referentes a outras máis-formações fetais diferentes da anencefalia. Diante disso os dois acórdãos foram descartados e não integraram o universo do estudo.

Foram analisados 17 acórdãos, destes 09 deferiram a autorização para a antecipação terapêutica do parto, enquanto 06 indeferiram o pedido de realização do procedimento, e 02 extinguiram o processo por perda do objeto, pois o término da gestação ocorreu durante o

decorrer do processo. Para facilitar a citação de trechos dos acórdãos, numerei os mesmos de 01 a 17, de forma aleatória.

A análise fundamentou-se na técnica de análise de conteúdo proposta por Bardin (1988), onde se identificou cinco categorias compostas pelos fundamentos do deferimento e indeferimento dos acórdãos estudados, são elas, fundamentação: no Direito Penal, no Direito Constitucional; em crenças religiosas; na confiabilidade da perícia médica; e na Lei de Transplante.

4 DISCUSSÃO

A distribuição temporal dos acórdãos foi organizada no quadro abaixo:

DISTRIBUIÇÃO DOS ACÓRDÃOS DO TJ/MG POR ANO DE EMISSÃO, JAN./2000 A MAR./2012

Ano de Emissão	Deferimento do pedido	Indeferimento do pedido	Perda do objeto
2000	-----	1	-----
2002	-----	-----	1
2005	2	1	-----
2006	-----	1	-----
2007	1	1	-----
2008	2	-----	1
2009	1	1	-----
2010	2	-----	-----
2011	-----	1	-----
2012	1	-----	-----
Total	09	06	02

Observou-se que dos 17 acórdãos, 06 foram negados pelo TJ/MG, o que representa um número elevado se compararmos com os 09 que foram deferidos ao longo de doze anos.

Os fundamentos para o deferimento ou o indeferimento do pedido de antecipação terapêutica do parto, não variaram muito, terminaram se repetindo nos acórdãos, ou seja, observou-se a variância na argumentação e interpretação, em torno do mesmo fundamento.

Da análise de conteúdo emergiu cinco categorias temáticas de fundamentação: no Direito Penal; no Direito Constitucional; nas crenças religiosas; na confiabilidade da perícia médica; e na Lei de Transplante.

4.1 FUNDAMENTAÇÃO NO DIREITO PENAL

Os fundamentos no Direito Penal concentraram-se em torno do artigo 128 do Código Penal Brasileiro de 1940. Nos acórdãos que deferiram o pedido, os desembargadores argumentaram que o mesmo deve ser interpretado de forma extensiva, afirmando que a ausência de previsão legal, contida no mesmo para autorizar o aborto, não impede que o juiz julgue o caso concreto, utilizando, para isso, as outras fontes do direito.

[...] considero viável e oportuna uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, da Lei Penal, admitindo o aborto em decorrência de má formação congênita do feto (**ANENCEFALIA**), evitando-se dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, considerando que os pais já sabem que o filho não tem qualquer possibilidade de vida “extra-uterina”. [...]. (Acórdão 05).

[...] Malgrado inexista legislação expressa, não significa que não possa o Judiciário, embasando-se em fundamentos jurídicos, entender pela viabilidade da antecipação de parto em casos de anencefalia cabalmente comprovada. Ainda que seja tarefa árdua, o julgador não deve declinar de seu ofício, haja vista que a sociedade, para qual ele deve voltar, reclama uma solução. [...]. (Acórdão 08).

[...] Nenhum direito fundamental é absoluto, devendo o conflito de princípios constitucionais ser resolvido mediante juízo de ponderação no qual se avalia, no caso concreto, a preponderância de uma norma sobre a outra, segundo os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. [...]. (Acórdão 13).

Nestes trechos supracitados percebe-se a necessidade de se interpretar o direito positivado, e a finalidade precípua de se colocar a justiça material como alvo a ser alcançado. No âmbito desse entendimento o direito, então, precisa adequar-se as novas, mutantes e complexas realidades sociais, impulsionando os operadores do direito a não permanecerem circunscritos a letra da lei, mas a utilizarem as demais fontes do direito, efetivando a justiça na medida do caso concreto.

[...] Sabido que o Direito não se resume nem se esgota na letra da lei, tampouco deve se estagnar no tempo, inerte e alheio às evoluções sociais. [...]. (Acórdão 05).

[...] Para haver a mais límpida e verdadeira promoção da justiça, é de fundamental importância realizar a adaptação do ordenamento jurídico as técnicas medicinais advindas com a evolução do tempo. Vale dizer, o direito não é algo estático, inerte, mas sim uma ciência evolutiva, a qual deve se adequar à realidade [...]. (Acórdão 08).

[...] o Código Penal que data de 1940, época em que a medicina ainda estava muito distante de todas as evoluções científicas que hoje assiste, quando não se imaginava a possibilidade do diagnóstico de uma deformidade do feto ainda no útero materno. Nessa esteira, é necessário que o direito acompanhe a evolução da humanidade, caminhando juntamente com as descobertas do homem para que as novas situações que surjam não fiquem desamparadas pela lei. [...]. (Acórdão 11).

Entende-se que os avanços tecnológicos tornam praticamente nula a possibilidade de um erro no diagnóstico, e o anacronismo da legislação penal com relação a esses avanços, não pode, de forma alguma, impedir a salvaguarda de direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

No que tange o indeferimento do pedido, com fundamento no Direito Penal, os desembargadores argumentaram no sentido de que não tem cabimento à autorização de interrupção da gestação fora das hipóteses prelecionadas no artigo 128 do Código Penal, destacando a ausência de perigo de morte para a gestante:

[...] não advém, comprovadamente perigo iminente de morte da mãe, ou seja, que o aborto é o único meio de salvar sua vida, conforme preceitua o artigo 128, I, do Código Penal. Neste caso, por óbice legal, não tem cabimento a autorização judicial para interrupção da gravidez. [...]. (Acórdão 04).

[...] a pretensão esposada [...] não se enquadra, nas hipóteses legais em que se admite a interrupção da gravidez. [...]. (Acórdão 06).

[...] não creio que possa ser autorizado, mormente em face da presença de tecido encefálico – a sugerir a possibilidade de vida – sobretudo quando não demonstrado o risco de dano irreversível à saúde da gestante, já por certo que não configurado risco de vida da mulher. [...]. (Acórdão 16).

Observa-se nos trechos o respeito a não possibilidade de interpretação extensiva do Código Penal, bem como a vedação a inserção interpretativa de mais uma hipótese não elencada pelo legislador.

[...] A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. [...]. (Acórdão 4).

[...] pois o feto é incontroverso pode nascer com vida, não sendo possível utilizar a analogia e/ou princípios genéricos para fundamentar suposições e ilações desprovidas de qualquer fundamento legal. [...]. (Acórdão 06).

[...] eis que pretende a criação por via transversa de terceira hipótese de aborto, ainda não prevista pelo artigo 128 do Código Penal, ferindo o direito à vida da criança e os direitos do nascituro estabelecidos pelo atual Código Civil. [...]. (Acórdão 16).

Vale salientar, ainda, que em quatro acórdãos houve a menção à proibição do Código Penal ao aborto eugenésico, entendido como interrupção de gestações com quaisquer anomalias, objetivando que nasçam seres perfeitos.

[...] estaria, a admissibilidade de tão absurda conceituação, referendando posturas de civilizações que nos antecederam, como Esparta (na Grécia antiga), e outras, na antiguidade, onde os que nasciam com defeitos físicos eram rejeitados e deixados de lado, preferencialmente para a morte, porque não interessavam, e constituíam um estorvo para o desenvolvimento e manutenção de uma raça saudável e forte? [...]. (Acórdão 01).

[...] o que se pretende realizar é o chamado aborto eugenésico [...] hipótese não autorizada pela legislação. [...]. (Acórdão 04).

[...] infere-se que a autorização do aborto eugenésico, não é contemplada por qualquer norma do direito infraconstitucional, resulta em afronta à Lei Maior, o que se afirma sem negar o devido respeito aos que defendem teses opostas. [...]. (Acórdão 06).

[...] aborto eugénico é vedado no nosso ordenamento jurídico [...]. (Acórdão 12).

Outro aspecto importante a ser salientado é a questão da confusão entre aborto e antecipação terapêutica do parto, que muitos julgadores acreditam ser iguais. O autor Nélson Hungria, em 1958, esclarecia que:

[...] o feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico [...] se a gravidez se apresenta como um processo mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há como falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto [...]. (HUNGRIA, 1958, p. 96)

Data venia àqueles operadores do direito, que ainda consideram os conceitos de antecipação terapêutica e aborto como similares, não há como confundi-los, principalmente, após a leitura do fragmento acima. Ainda, nesse âmbito de raciocínio, se uma mulher interrompe uma gestação de anencéfalo, a sua conduta deveria ser considerada atípica, pelo trecho do acórdão 08:

[...] pela inexigibilidade de conduta diversa, causa supra legal de exclusão da culpabilidade, seja pela própria interpretação da lei penal, a interrupção terapêutica do parto revela-se possível à luz do vetusto Código Penal de 1940. Considerando a previsão expressa neste diploma legal para a preservação de outros bens jurídicos em detrimento do direito à vida, não se pode compreender por qual razão se deve inviabilizar a interrupção do parto no caso de feto anencefálico, se, da mesma maneira, há risco para a vida da gestante, com patente violação da sua integridade física e psíquica, e, inexistente possibilidade de vida extra-uterina. [...]. (Acórdão 08).

Quanto à tese de inexigibilidade de conduta diversa como causa supra legal de exclusão da culpabilidade no caso de antecipação terapêutica do parto, Nucci (2007) afirma que essa tese tem dois enfoques, o primeiro centra-se na gestante que não suporta carregar no ventre uma criança sem perspectiva de sobrevivência e o segundo enfoque o do médico que se concentra em salvar a genitora de cruel tormento psicológico. Assim, entende-se que seria

inexigível a mulher carregar por meses um ser que logo ao nascer, morrerá. (Barbato Jr, 2012).

4.2 FUNDAMENTAÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Nos acórdãos que deferiram o pedido os desembargadores argumentaram no sentido da garantia dos Direitos Fundamentais Constitucionais, das gestantes e de sua família, à Vida e à Saúde, bem como a não violação aos princípios constitucionais da Legalidade, Autonomia Privada, Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana. Vale lembrar, que todos garantidos no texto constitucional e em vasta legislação infraconstitucional.

[...] O fato da ausência de previsão autorizativa para o aborto no art. 128 do CP não impede que o Judiciário analise o caso concreto e o resolva à luz do bom senso e da dignidade humana, preocupando-se com a saúde da própria mãe. [...]. Ora, teimar-se na manutenção do feto é afrontar os princípios saudáveis da medicina, colocando em risco a própria vida da apelante. [...]. (Acórdão 03).

[...] Evidente que configura clara afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana submeter a gestante a sofrimento que pode ser evitado concedendo-se o que pleiteia por direito. [...]. (Acórdão 08).

[...] Configura-se afronta ao princípio da dignidade humana submeter a gestante a sofrimento grave e desnecessário de levar em seu ventre um filho, que não poderá sobreviver. [...]. (Acórdão 09).

[...] deixar prosseguir uma gravidez, sabendo-se que, se chegar ao fim, o feto que se desenvolveu naquela gestante nascerá e morrerá, pode causar a todos os familiares, e não apenas à mãe, uma enorme afetação psicológica que acarretará traumas irreparáveis [...]. Ante a ausência de chances de sobrevivência, entendo que deve ser preservada a vida e a saúde dos pais, de forma digna, sem a dor física e psicológica de ver crescer um ser que não tem qualquer chance de vingar. [...]. (Acórdão 11).

Fica evidente, nas decisões de deferimento, a posição protetiva e assecuratória dos direitos constitucionais das gestantes, levando-se em consideração as possíveis complicações da gestação de anencéfalo, que são elencadas pela FEBRASGO (2011): a gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas; existe uma grande frequência de aumento do líquido amniótico o que leva a necessidade dolorosa de ser drenado; associação com a doença hipertensiva da gestação e com a vasculopatia periférica de estase; alterações comportamentais e psicológicas da gestante; complicações no parto de anencéfalos; necessidade de apoio psicológico e medicamentoso no pós-parto e no puerpério; necessidade de bloqueio de lactação; maior incidência de hemorragias puerperais; e incidência aumentada de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas.

Tomando como base as alterações patológicas elencadas pela FEBRASGO (2011), percebe-se, no entendimento dos juristas, o risco desnecessário imposto à saúde da mulher que gesta anencéfalo. Assim, obrigar a mulher a levar adiante uma gestação nessas condições é violar literalmente seu Direito Fundamental à Saúde e a Dignidade Humana.

Ainda, sob o ângulo dos Direitos Constitucionais, os juristas relativizam, no caso concreto, o direito à vida. E, o Código Penal permite isso, quando autoriza que a mulher vítima de estupro aborte um feto, mesmo tendo a presunção inicial de ser viável.

[...] O direito à vida, assegurado pelo artigo 5º da Constituição da República, não é absoluto. Tanto é verdade que o próprio ordenamento prevê expressamente exceções a ele em outras hipóteses, como ocorre naquelas elencadas no art. 128 do Código Penal – existência de perigo de vida para a gestante ou feto concebido mediante estupro ou atentado violento ao pudor.

[...] nos dois casos a plena viabilidade do feto, porém, ainda assim, o direito à vida é relativizado perante outros valores. [...]. (Acórdão 08).

Importa dizer que nessa linha de pensamento o direito à vida, é relativizado frente a princípios que estão sendo violados no caso concreto, a citar: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é o eixo central de nosso ordenamento jurídico.

O Ministro Arnaldo Esteves Lima, que julgou o HC n.º 56.572/SP, em 2006, ressalva que o legislador ordinário, nos incisos I e II do artigo 128 do CP se preocupou em proteger a saúde psicológica da mulher em detrimento da vida do feto saudável, potencialmente capaz de se transformar numa pessoa, e assevera que o aborto nos casos de anomalia não foi autorizado, porque não se tinha o aparato biotecnológico necessário para o diagnóstico seguro.

[...] a razão pela qual o Código Penal (CP) não autorizou o aborto nos casos de anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina decorre apenas do fato de que quando o mesmo foi editado a ciência médica ainda não dispunha de instrumentos capazes de antecipadamente, durante a gestação, oferecer diagnósticos seguros sobre a existência de anomalias fetais severas que inviabilizem a vida após o parto. [...]. (HC n.º 56.572/SP, 2006).

Assim, quando alguns juristas, dos acórdãos estudados, afirmam que a vida é um critério absoluto e que não pode ser relativizado, pergunta-se: porque o próprio Código Penal relativiza a vida do feto potencialmente sadio em valorização a outros bens jurídicos associados à vida da gestante?

Foram identificados acórdãos que indeferiram o pedido, sob o argumento em torno da proteção ao Direito à Vida da criança e os direitos do nascituro, estabelecidos pela Constituição Federal (1988), Código Civil (1996 e 2002) e Legislações específicas referentes aos Direitos das Crianças (ex. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA Lei n. 8069/1990):

[...] Não bastasse, necessário frisar que, muito embora seja necessária a garantia à apelante de sua dignidade, também se deve sopesar para o caso o direito à vida da criança, norte da CF/88, bem como da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo o nascituro seus direitos já estabelecidos pelo atual Código Civil. [...]. (Acórdão 07).

[...] O direito à vida antecede todos os outros e não pode ser minimizado por um direito subjetivo da mãe, que deseja abortar, para evitar eventuais problemas seus de ordem estritamente emocionais. [...]. (Acórdão 16).

Salienta-se que o jurista responsável pela emissão do acórdão 16 chega a cogitar a hipótese de nomear um curador para salvaguardar os direitos do feto, principalmente o de viver. No que pese o Código Civil (1996 e 2002) assegurar os direitos do nascituro desde a concepção, esses juristas defendem a idéia de que não é a viabilidade ou a potencialidade de vida que tornam um feto mais ou menos digno da proteção do Estado, mas apenas o fato de que deve prevalecer o direito do feto acéfalo de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto, porque o Direito à vida é supremo em relação à dignidade da mãe.

Destaca-se, ainda, nos acórdãos de indeferimento do pedido, que a não comprovação nos autos de perigo de morte iminente da gestante é argumento que faz contraponto ao respeito ao Direito à Vida da gestante e sua dignidade.

[...] pois não se comprovou a ausência de vida do feto e nem o risco da gestante, à impossibilitar a espera do tempo certo que a natureza comanda para a nossa gestação [...]. Equivale dizer: a vida, que, repito, sem prova de outra perigar (no caso, a da gestante), deve ser respeitada. [...]. (Acórdão 01).

Essa argumentação revela que o julgador se prende as hipóteses elencadas no Código Penal, em detrimento a não violação do Direito à Vida com Saúde e Dignidade prelecionadas pela vasta legislação pátria.

4.3. FUNDAMENTAÇÃO NAS CRENÇAS RELIGIOSAS

Nos acórdãos que deferiram o pedido, esta categoria temática emergiu sob a argumentação da necessidade da imparcialidade dos julgadores, de que estes não fundamentassem os acórdãos com base em suas religiões ou concepções religiosas pessoais.

[...] é indispensável que o Julgador ao examinar a causa se dissocie de suas convicções pessoais e estritamente religiosas, pois, num Estado laico, as decisões precisam estar fundamentadas em princípios do direito e não nas crenças religiosas. [...]. (Acórdão 08).

[...] A sensibilidade do Julgador deve alcançar um universo bem maior do que um raciocínio limitado por preceitos e preconceitos arraigados através dos tempos. [...]. (Acórdão 13).

Já nas decisões de indeferimento os desembargadores se repetem exaustivamente, e em sua grande maioria evocam suas práticas religiosas para nortear as suas decisões, o que sem dúvida, fere de forma clara o Princípio da Imparcialidade do Juiz. Na emissão de seus votos, muitos declararam as religiões professadas e deixaram transparecer muitos preconceitos de ordem moral e religiosa.

[...] Se a minha decisão, aos olhos do Criador Supremo, transparecer um tropeço ou uma falha, peço o amparo e o perdão Divino, porque sou um ser humano falível e portador de defeitos, embora dotado da Divina missão de julgar os meus semelhantes. [...]. (Acórdão 03).

[...] Outro aspecto que deve ser também analisado é o religioso, porque todos aqueles que seguem a doutrina de Cristo não podem mancomunar-se com uma violência dessa natureza. [...]. (Acórdão 12).

Os desembargadores fundamentaram seus votos com base em suas opções religiosas, como católica, espírita e evangélica. E, alegaram que não cabia a eles ceifar uma vida, mas alguns podem se perguntar que vida? Se a Lei do Transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano (Lei nº 9434/1997) diz que a morte está confirmada no caso de morte encefálica, e os fetos não possuem o encéfalo.

Chama a atenção o argumento do acórdão 12, que indeferiu o pedido de antecipação terapêutica do parto, pois se configura como violação clara e cruel do Princípio da Imparcialidade do Juiz, no trecho *in verbis*:

[...] A Igreja sempre condenou o aborto como uma ignomínia que avilta o ser humano. Só o Criador, que nos deu a vida, tem o direito de tirá-la. E nós, os espíritas, temos a convicção inabalável de que o nascituro tem um karma a ser cumprido, pouco importando o seu período de vida. Daí a necessidade do nascimento do feto com ou sem boa formação fetal. [...]. (Acórdão 12).

Em outros trechos, emerge o sofrimento do jurista ao confrontar-se com a questão:

[...] De início, vejo-me compelido a admitir que em dezessete anos de magistratura, é este o feito mais aflitivo e angustiante com que já me deparei. Se estávamos acostumados a lidar com a liberdade, o patrimônio e o sentimento das pessoas, agora deveremos decidir entre a vida e a morte. Situação assustadora, especialmente quando o espírito religioso nos leva a reconhecer que somente o Criador pode sobre isso dispor. [...]. (Acórdão 01).

[...] Além de todo o aspecto legal supra abordado, autorizar a interrupção de uma gravidez, atormentaria a minha convicção Cristã de que a vida vem de Deus e somente Ele tem o poder de dela dispor. [...]. (Acórdão 06).

Há juristas que vão além do limite mínimo e razoável de imparcialidade, como nesse acórdão:

[...] Porque não posso conceber a idéia de que uma Entidade tão perfeita (para nós, Deus), que rege todo o Universo, que cria a vida sob diferentes formas, cometa erros, e permita a geração e a continuação da existência de fatos e seres ditos inúteis sem um propósito. [...]. Penso que a ninguém é dado o direito de negar a vida, ainda que durando apenas um dia, apenas alguns momentos, é extremamente valiosa; é uma dádiva Divina. Por que negar a esse feto esses poucos momentos de vida? [...]. (Acórdão 01).

Almeida (2014) afirma que antes do STF julgar procedente a pretensão postulada na ADPF n. 54, havia muita resistência e oposição contra a descriminalização do aborto de feto anencéfalo, havia necessidade de regra norteadora que regulasse a jurisprudência independente das crenças e valores pessoais dos juristas.

Marques (2010, p. 164) já ponderava, sinalizando que “não se pode confundir assunto moral ou religioso com questionamento jurídico. Não compete ao Estado laico, dentro de uma sociedade pluralista, decidir sobre o assunto (...)”, cabe a mulher então escolher se quer levar a diante ou não a gestação de anencéfalo, a ela deve ser conferido o direito de escolha, e assim o foi após o julgamento da ADPF 54/DF.

4.4 FUNDAMENTAÇÃO NA CONFIABILIDADE DA PERÍCIA MÉDICA

A confiabilidade da perícia médica, bem como a inexistência de procedimento terapêutico ou cirúrgico para reverter o quadro de anencefalia fetal, estiveram presentes como fundamentos dos acórdãos que deferiram o pedido.

[...] a constatação técnico-médica é indiscutível [...]. (Acórdão 03).

[...] uma vez diagnosticada a anencefalia, não haveria nada que a ciência médica possa fazer quanto à sobrevivência do feto. [...]. Além disso, deve ser salientado que os recursos de que são dotados os aparelhos de ecografia modernos tornam praticamente nula a possibilidade de um erro no diagnóstico. [...]. (Acórdão 08).

[...] Em que pesem argumentos contrários, data máxima *venia*, entende-se que não se pode deixar de lançar mão dos avanços médicos, mormente, em casos desta natureza, cujo grau de certeza é absoluto acerca da impossibilidade de continuidade de vida do feto anencefálico [...]. (Acórdão 9).

Já, nos acórdãos que indeferiram o pedido, esse quarto tema emergiu com a argumentação de que os exames diagnósticos são falíveis e de que existe a necessidade premente da realização de mais exames confirmatórios do diagnóstico de anencefalia.

[...] Mas, será que essa verdadeira maravilha da ciência é infalível, a ponto de dar, ao ser humano, a certeza absoluta no momento de dispor entre a vida e a morte? [...]. (Acórdão 01).

[...] Não admito a certeza decantada acerca dos exames realizados. [...]. (Acórdão 06).

[...] recomendável ainda sua confirmação pela dosagem de alfafetoproteína no líquido amniótico [...]. (Acórdão 07).

Observa-se que o exame de dosagem de alfafetoproteína no líquido amniótico é extremamente doloroso para a gestante, impondo riscos para sua saúde e vida, a citar: rotura uterina e infecção.

4.5 FUNDAMENTAÇÃO NA LEI DE TRANSPLANTE DE TECIDOS E ÓRGÃOS

Nos acórdãos de deferimento do pedido emergiu a Lei nº 9434, de 4 de fevereiro de 1997, que adota como critério de morte, a morte encefálica.

Analisando-se o anencéfalo com base nesta lei, chega-se a conclusão de que estes estariam clinicamente mortos, o que conduz ao entendimento de que na existência da possibilidade de se falar em vida, o seu contraponto morte, está configurado.

[...] Ademais, com o advento da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, adotou-se o critério de morte encefálica como o definidor da morte. Nessa linha, no caso de anencefalia, dada a ausência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, é impossível se cogitar em vida [...]. (Acórdão 08).

[...] Com efeito, passou-se a adotar o critério de morte encefálica como definidor da morte. Dessa assertiva, por similaridade, não se vê razão para sacrificar a dignidade da gestante em prol de uma situação em que a vida do nascituro está irremediavelmente comprometida. [...]. (Acórdão 17).

Na visão dos julgadores que deferem o pedido com fundamento nesta lei, que preleciona o critério de morte encefálica para se confirmar a morte clínica e se autorizar a retirada de órgãos e tecidos, observa-se que a mesma é frequentemente citada pelos desembargadores, porque entendem que ela pode ter compreensão extensiva ao caso dos anencéfalos.

No entendimento, com base nessa lei de transplantes, o feto anencéfalo é um feto clinicamente morto, porque não possui sequer encéfalo, e por isso antecipar o parto seria, apenas, retirar um feto que já está morto, não configurando de forma alguma o aborto.

Uma questão, também, extremamente delicada e que repercute de forma negativa nas discussões envolvendo a temática do anencéfalo é a de se considerá-lo como vivo, ou morto, ou biologicamente ativo. Esse é um nó crítico de discussão que transcende a esfera de conceituação da medicina para a esfera religiosa. Contudo, o próprio Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução n.º 1.752/2004 que autoriza o médico a utilizar em transplantes nascidos anencéfalos, pois o considera como natimorto cerebral, já que não possui o córtex cerebral.

Questiona-se, então, se a ciência médica considera o anencéfalo como natimorto cerebral, porque os operadores do direito, os legisladores e a sociedade, resistem tanto em alterar concepções para ajustá-las aos avanços biotecnológicos? Não há como negar que os valores morais e religiosos impedem que ocorram mudanças na legislação, por parte do Poder Legislativo, e impedem também que haja mudanças de interpretação da legislação, por parte do Poder Judiciário.

Nesse ínterim, não devemos esquecer, jamais, que a previsão legislativa é de possíveis situações hipotéticas, ou seja, jamais haverá a possibilidade de uma legislação prever todas as possíveis situações da realidade, a citar a anencefalia fetal que é a nossa discussão. Isso conduz, ao entendimento de que fica, então, a cargo do judiciário promover a justiça material ao caso concreto, interpretando as leis infraconstitucionais de modo a respeitar e harmonizar o ordenamento jurídico.

Por fim, e com toda a *data venia* que é pertinente, entende-se a situação a luz dos nobres estudiosos do Direito Fonseca, Ciarallo e Cruz (2007) que asseveram estar o conhecimento jurídico muito além do que está positivado em normas jurídicas, manuais de direito, e produções jurisprudenciais. Asseguram, sem dúvida, que o conhecimento jurídico é vivo, ativo e dinâmico, e que mesmo positivado pode acompanhar os processos evolutivos sociais em que funciona como esteio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluiu-se, que as decisões de deferimento do pedido se fundamentaram em uma interpretação constitucional dos dispositivos infraconstitucionais que regulam o aborto e nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade sobre os bens jurídicos tutelados na questão, enquanto que nos acórdãos que indeferiram o pedido observou-se o lastreamento da decisão em argumentos de ordem moral e religiosa, bem como o privilégio ao princípio da legalidade de normas infraconstitucionais em detrimento dos princípios e direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna Brasileira.

Percebe-se nos acórdãos de deferimento que as mulheres, que gestam fetos anencéfalos, sem vida em potencial, devem ter o direito de escolher se desejam continuar com a gestação até o final, ou se antecipam terapeuticamente o parto, pois negar a essas mulheres o direito de escolha é violar de forma absurda os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade de escolha e da autonomia da vontade.

Vale ressaltar, que o STF já se posicionou em decisão plenária, a favor do direito de escolha da mulher em antecipar terapeuticamente o parto, afastando a interpretação de aborto criminoso. E, essa decisão é a maior prova de que a função precípua do Direito é o alcance da

justiça, em detrimento de decisões aferradas e limitadas a mera aplicação da letra fria de normas jurídicas.

Constatou-se, ainda, a imprescindibilidade do respeito ao Princípio da Imparcialidade do Juiz, e na necessidade precípua do Direito em acompanhar os avanços tecnológicos da medicina e dos novos contextos sociais, onde a interpretação jurídica deve transcender o que está positivado em normas jurídicas, manuais de direito, e produções jurisprudenciais, ou seja, este deve ser dinâmico, e mesmo estando positivado, deve acompanhar os processos evolutivos sociais, adequando-se, e jamais alterar o seu foco que é a justiça e a paz social. Deve pautar-se na realidade dos indivíduos que compõem a sociedade em que se encontra vigente, do contrário corre o risco de se tornar letra morta, um peso morto, tão morto quanto o produto do ventre de uma gestação anencefálica.

Quanto aos 02 acórdãos que foram considerados prejudicados por perda do objeto, num deles o parto ocorreu durante o julgamento do recurso, porque este levou cerca de 10 dias para ser julgado.

Acredita-se que a relevância deste artigo consiste na importância de motivar discussões acadêmicas sobre a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, e de se verificar a realidade da aplicação prática do Direito Positivado, se de forma literal ou com avanços significativos lastreados pela interpretação da norma com foco no atendimento aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ADPF 54/Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 10/09/2017.

AGENCIA BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Definirá critérios para anencefalia*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br>. Acesso em: 13/04/2017.

ALMEIDA, Jéssica de Jesus. Aborto de feto anencéfalo: nova perspectiva após decisão do STF. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVIII, n. 64, p. 26-31, set./dez. 2014.

ANIS. *Anencefalia*. Disponível em: <http://www.anis.org.br>. Acesso em: 27/02/2017.

BARBATO JR, Roberto. O aborto de fetos anencéfalos: o direito e a realidade atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.865, Novembro de 2007, PP. 434-449.

- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1988.
- BENUTE, Gláucia Rosana Guerra; NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; LUCIA, Mara Cristina Souza; ZUGAIB, Marcelo. Interrupção da gestação após diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais. *Rev. Bras. de Ginec. e Obstet.* v. 28, nº1, RJ, 2006.
- BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Atenção Humanizada ao Abortamento: norma técnica/Ministério da Saúde, Secretária de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas – Brasília: Ministério da Saúde, 2005.*
- BRITO, Carlos Aires. *Voto na ADPF n. 54/DF*, 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20/09/2017.
- CNBB - Conferencia Nacional dos Bispos do Brasil. *Legalizar aborto de fetos anencéfalos é descartar ser humano*. Disponível em: <http://www.jb.com.br>. Acesso em: 13/04/2017.
- CNTS - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. *A autorização do Supremo Tribunal Federal para Antecipação Terapêutica de Parto em Caso de Anencefalia*. Disponível em: <http://www.cnts.org.br>. Acesso em: 01/07/2017.
- DINIZ, Débora; VÉLEZ, Ana Cristina Gonzalez. Aborto na suprema corte: o caso da anencefalia no Brasil. *Revista Estudos Feministas*. v. 16, nº 2, Florianópolis, Mai/Aug, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br> . Acesso em: 30/06/2017.
- DINIZ, Débora; PENALVA, Janaína; FAÚNDES, Aníbal; ROSAS, Cristiano. A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médicos. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, RJ, 2009.
- FEBRASGO, Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. *Gestação de fetos anencéfalos*. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br>. Acesso em: 13/09/2017.
- FONSECA, Dirce Mendes da; CIARALLO, Gilson; CRUZ, Tânia Cristina. *Epistemologia do campo jurídico: Reflexões acerca do papel da pesquisa jurídica*. Ano: 2007. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/dircemendes_da_fonseca.pdf. Acesso em: 10/02/2017.
- GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Corrêa de. Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário. *Rev. Bioét.*, vol.23, n.3, Brasília, Sept./Dec. 2015.
- HABEAS CORPUS* nº 56.572/SP, 2006, publicado no DJ 15/05/2006. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <http://www.tjsp.org.sp>. Acesso em: 10/09/2017.

HABEAS CORPUS nº 32.159/RJ, STJ/2003, pedido de autorização para prática de aborto. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 17/02/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10/09/2017.

HABEAS CORPUS nº 84.025-6/RJ, STF/2004, DJ 25/06/2004. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.redir.stf.jus.br>. Acesso em: 10/09/2017.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. vol.V. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARQUES, José Manoel de Souza. *Anencefalia: Interrupção da gravidez é uma liberdade de escolha da mulher*. Revista de Direito Sanitário, São Paulo. v.11, n.1, p. 151-164, Mar./Jun.2010.

PENNA Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). *Revista de Saúde Coletiva*. v. 15. nº1, Rio de Janeiro, jan./jun., 2005, p.1-7.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: aborto inseguro como violação aos Direitos Humanos. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (orgs.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

PINOTTI, Dr. *Projeto de Lei Nº 4360, de 2004*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 22/09/2017.

NOGUEIRA, Sandro D' Amato. Ainda sobre a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia e a visão do STF – novas considerações em face da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da autonomia da vontade. *Revista Jus Vigilantibus*, 18/07/2005. Disponível em: <http://www.jusvi.com.br>. Acesso em: 01/07/2017.

NUCCI, Guilherme Souza. *Código penal comentado*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA nº 1.752 de 2004. *Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização previa dos pais*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/>. Disponível em: 10/09/2017.

RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA nº 1.989 de 2012. *Diagnóstico da anencefalia para a antecipação terapêutica do parto*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/>. Disponível em: 10/09/2017.

ROWLAND, Lewis P. Lesões de parto e anormalidades do desenvolvimento. In: *Merrit Tratado de Neurologia*. 10. ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

TOURINHO, Arx. *Parecer da OAB: Interrupção de gestação de anencefálico não é aborto.* (2004). Disponível em: <http://www.ghente.org/doc>. Acesso em 02/02/2017.

VALADARES, E.R.; CARNEIRO T.B; SANTOS P.M.; OLIVEIRA, A.C.; ZABEL, B. What is new in genetics and osteogenesis imperfecta classification? *Journal Pediatric* (Rio J). 2014; 90(6):536-41.

VENTURA, Mirian. *Direitos reprodutivos no Brasil.* 3. ed., Brasília: UNFPA, 2009.

Encaminhado em 23/09/2017

Aprovado em 20/11/2017