ÁREA TEMÁTICA: DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA

ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA

GARBELINI, Bruno[1]
ERUSTES, Joseth Garcia[2]
TOLEDO, Danilo César[3]
MONGRUEL, Ângela de Quadros Mongruel[4]

RESUMO – A antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos traz discussões de natureza jurídica, social, ética, religiosa e moral. Nestes casos há uma colisão entre direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, como dignidade da pessoa humana, legalidade, vedação da tortura, liberdade, autonomia da gestante versus a tutela da vida intrauterina, no qual para a proteção do Direito Penal se dá a partir da concepção. O "aborto" anencéfalo não está amparado pela legislação penal como causa de excludente de ilicitude, apenas tratado no art. 128 o qual dispõe acerca do aborto necessário e aborto sentimental (humanitário). Desse modo é necessário não apenas a constatação do fato como ocorre nos incisos I e II do referido artigo, mas de autorização judicial para realização do procedimento médico. Parte da doutrina defende que o aborto anencefálico não é uma excludente de ilicitude, mas uma excludente supra legal de culpabilidade. Gerando assim atuais e profundas polêmicas. Com o desenvolvimento médico podemos obter um rápido e seguro diagnóstico sobre a anencefalia, trazendo o debate da antecipação do parto e a proteção da vida intra-uterina logo nos primeiros meses de gestação. A primeira decisão acerca do tema se deu em 1989, no Estado de Roraima, crescendo desde então a demanda para a interrupção da gestação, discussão que até o momento não fora solucionada pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS CHAVE – Antecipação Terapêutica. Conflito. Dignidade Humana.

[1] Acadêmico do terceiro ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa - Paraná
[2] Acadêmica do terceiro ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa - Paraná
[3] Acadêmico do terceiro ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa - Paraná
[4] Professora do curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa - Paraná, lotado no Departamento de Direito do Estado no Setor de Ciências Jurídicas. Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenadora do Curso de Direito da UEPG. Supervisora Jurídica do Programa Pró-Egresso, projeto de extensão vinculado junto à Universidade Estadual de Ponta Grossa - PR.

Introdução

A anencefalia, "definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduos do tronco encefálico", e que "uma vez diagnosticada, não há nada que a ciência médica possa fazer quando ao feto inviável", trazendo a tona que o estado de saúde da própria gestante encontra-se em risco, sendo a antecipação terapêutica do parto a única solução pertinente.[5]

As causas dessa patologia são ainda desconhecidas, "sabe-se apenas que fatores nutricionais, genéticos e ambientais podem influenciar indiretamente", como a exposição da gestante a produtos químicos e solventes, durante os primeiros dias de gestação; irradiações; deficiência materna de ácido fólico (esta como causa mais frequente); alcoolismo e tabagismo. Além de apresentar maior incidência em gestantes diabéticas, muito jovem ou com idade avançada, ocorrendo frequentemente em fetos do sexo feminino.[6]

O Código Penal, em sua Parte Especial, no Título I, dos Crimes Contra a Pessoa, define e tipifica os crimes de aborto nos art. 124 e ss., entretanto, não traz o seu conceito. Doutrinariamente, considera-se aborto a interrupção da gravidez e a destruição do produto da concepção. A finalidade da ilicitude é tutelar a vida humana intrauterina, apesar de esta, ainda encontrar-se como um ser em potencial para o Direito. Todavia, o próprio instituto traz em seu art. 128, as causas excludentes da ilicitude: o aborto necessário, quando a gravidez apresenta risco à vida da gestante e o aborto humanitário ou sentimental, em caso de gravidez resultante de estupro[7].

O "aborto" anencefálico vem gerando atuais e profundas polêmicas. Como nota-se o Código Penal de 1940 não o tipificou, pois tal situação de reconhecimento de fetos anencefálicos é recente, surgido após avanços da ciência médica.

> Infelizmente, na época da elaboração legislativa do Estatuto repressivo pátrio, a Medicina não possuía a tecnologia dos dias atuais. Assim, o legislador do Código Penal Brasileiro de 1940 não podia mesmo arrolar o aborto anencefálico, como uma das excludentes da ilicitude de crime, tipificadas no artigo 128 do CP, porque, nessa época, a Ciência Médica não tinha condições de avaliar, com precisão e antecipação, a anencefalia.
> [...] as ciências médicas não possuíam condições que possibilitassem acompanhar uma gestação de feto anencefálico.[8]

Como o desenvolvimento da tecnologia e da ciência médica, com o surgimento do aparelho de ultrassonografia, que detecta, até os fins do primeiro trimestre a ausência simétrica dos ossos da calota craniana, ou seja, a acrânia, o que autoriza um diagnóstico específico e seguro de anencefalia, e levam a avanços relevantes, permitindo que se obtenham exames que revelam anomalias incompatíveis com a vida, com apenas doze semanas de gestação.

A partir do ano de 1979, a ciência médica começou os diagnósticos de anomalias fetais, e as discussões sobre a antecipação do parto efetivaram-se, apenas no âmbito médico, abrindo posteriormente, tal polêmica ao mundo jurídico somente em 1990, pelo Conselho Federal de Medicina. Como solução para o impasse, surgiu a proposta de reformulação do Código Penal, em seu artigo 128, tornando lícito o aborto eugênico, incluindo desse modo o inciso III, ditando que não é considerado aborto se constatado que o feto apresenta mal formação física ou psíquica, diagnosticado no período de pré-natal, sendo a interrupção feita até a vigésima semana de gestação, com o parecer de outros dois médicos, diversos daquele ao qual o aborto é realizado.

A primeira decisão judicial que deu liminar para autorizar a interrupção da gravidez ocorreu em 1989, no Estado de Rondônia, na cidade de Ariquemes. Em 1991, encontra-se a autorização judicial para a antecipação do parto no Estado do Mato Grosso, em Rio Verde, em uma gestação de 26

---

[5] CNTS. **ADPF-54 Aborto Anencefálico.** Disponível em: http://www.scribd.com/doc/30857598/CNTS-ADPF-Aborto-Anencefalico. Acesso em 26 mar. 2012.

[6]ESGALHA, Thati Iartelli Miranda Rodrigues. **A Anencefalia e suas Discussões no Mundo Jurídico**. Monografia de conclusão de curso de bacharelado em Direito, Presidente Prudente, SP, 2007. p. 50.

[7]Art. 128. Não se pune aborto praticado por médico:
I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

[8] FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. **O Aborto Anencefálico e a Tutela da Dignidade Humana na Constituição de 1988**, R. Jur. UNIJUS, Uberaba-MG, V. 9, p. 154, Mai. 2006.

semanas. Em 1992, em Londrina, no Paraná, em gestação de 20 semanas. Em 1993, em São Paulo, autorizava-se a interrupção da gestação em casos de anomalia fetais, sem vida extrauterina. Torna-se mais intensa a procura judicial para a antecipação do parto, a partir de 1994.

Em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), por intermédio do advogado Luiz Roberto Barroso, entrou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF-54, apontando como violados os preceitos da Constituição Federal, os art. 1°, III, referente á dignidade da pessoa humana; o art. 5°, II, do princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, e o inciso III, referente à tortura; o art. 6° e 196, do direito á saúde. Alegando que os art. 124, 126, 127 e 128 do Código Penal, ferem os princípios constitucionais.

Diante de tais constatações a ADPF-54, aponta a ponderação entre as normas constitucionais entre a gestante, com sua liberdade e autonomia e o nascituro, um ser em potencial, com certeza científica da inviabilidade extrauterina. Portanto, tem que ser levado em conta apenas o estado da gestante, pois seus direitos fundamentais, cientificamente não lesam a outrem. Deixa explícito, sobretudo, que a prática da "antecipação terapeuta médica" não se enquadra nas hipóteses da lei penal, por não apresentar vida viável. Apresentando como:

> A violação dos preceitos fundamentais invocados decorre de uma especifica aplicação que tem sido dada aos dispositivos do Código Penal referidos, por diversos juízes e tribunais: a que deles extrai a proibição de efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extrauterina. O pedido, [...] é para que este Tribunal proceda a interpretação conforme a Constituição de tais normas, pronunciando a inconstitucionalidade de incidência das disposições do Código Penal na hipótese aqui transcrita, reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.[9]

Como nota-se, tal documento expedido tem como finalidade, como foi declarada, não de criar norma jurídica, pois isso nem mesmo compete ao Poder Judiciário, mas decidir se o "aborto" anencefálico está ou não inserido no âmbito da proibição legal dos artigos 124, 125, 126 e 127, do Código Penal.

Em julho de 2004, o Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, concedeu a liminar autorizando a interrupção da gravidez de feto anencéfalo:

> **ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO**. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO** - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. **ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO**. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. (ADPF 54 QO – STF, RELATOR: Min. MARCO AURÉLIO, JULGADO EM 27/04/2005).

Entretanto, em outubro deste mesmo ano, essa liminar foi cassada, e em abril de 2005, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, decidiu pela admissibilidade da ADPF-54.

Vejamos assim o entendimento de outros Tribunais:

> **MANDADO DE SEGURANÇA**. Aborto de indicação. Eugênica. Feto anencefálico.

[9] CNTS. **ADPF-54 Aborto Anencefálico**. Disponível em: http://www.scribd.com/doc/30857598/CNTS-ADPF-Aborto-Anencefalico. Acesso em 26 mar. 2012.

> Interrupção da gravidez requerida pelos pais. Aplicação analógica, nos termos do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, do art. 128, II, do Código Penal (que, dizendo respeito a feto saudável, claramente se aplica, com ainda maior razão, ao caso). Ordem concedida. 4.ºLei de Introdução ao Código Civil128, II, Código Penal (115163720118260000 SP 0011516-37.2011.8.26.0000, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 24/03/2011, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/03/2011)
>
> **HABEAS CORPUS P/ O NASCITURO TER O DIREITO DE PLENA GESTAÇÃO – GESTANTE DESISTIU DA ANTECIPAÇÃO DO PARTO. PEDIDO DEFERIDO.** HABEAS CORPUS. FETO ANENCEFÁLICO. ABORTO EUGENÉSICO. PEDIDO DOS IMPETRANTES PARA QUE SEJA RECONHECIDO O DIREITO DO PACIENTE (NASCITURO) À COMPLETA GESTAÇÃO. SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. ESCLARECIMENTO DA GESTANTE DE QUE NÃO MAIS PRETENDE REALIZAR O ABORTAMENTO. ULTERIOR PETIÇÃO DOS IMPETRANTES NA QUAL PUGNAM PELA PREJUDICIALIDADE DO HABEAS CORPUS, ANTE O TRANSCURSO DO PRAZO DO ALVARÁ JUDICIAL. WRIT PREJUDICADO. 1. Na hipótese, o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Santa Adélia/SP proferiu, em 09/02/2011, sentença por meio da qual autorizou gestante a submeter-se "aos procedimentos médicos necessários para a antecipação/interrupção do parto". Tal autorização ocorreu após a realização de exames pré-natal e de ultrassom, em hospital público municipal, que constataram a "má formação fetal do crânio, denominada pela medicina como anencefalia". 2. Levado em mesa para julgamento na sessão do dia 7 de junho de 2011, esta Turma, à unanimidade, entendeu por bem converter o feito em diligência, para que a Gestante fosse ouvida sobre seu desejo de proceder à intervenção cirúrgica, ou se teria dela desistido. Em juízo, no dia 9 de junho de 2011, esclareceu a grávida que destituído procedimento. 3. Outrossim, conforme esclarecem os Impetrantes, em petição na qual posteriormente pugnam pela prejudicialidade do writ, a interrupção do parto fora autorizada por intermédio de alvará judicial expedido em 10 de fevereiro de 2011, cuja validade era de 120 dias. Ultrapassado tal prazo, resta configurada a ulterior ausência de interesse na tramitação do presente writ. 4. Habeas corpus prejudicado, cassando a liminar anteriormente deferida. (205386 SP 2011/0097544-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/06/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2011).
>
> **APELAÇÃO CRIMINAL. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ. FETO COM ANENCEFALIA. LAUDO MÉDICO ATESTANDO A ANOMALIA. INVIABILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA. CAUSA SUPRA LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PROVIMENTO. UNANIME.** (Acordão n. 5.048 – Rio Branco, Relator: Des.Arquilau Melo, Data de Julgamento: 22/02/2007, Câmara Criminal).

Segundo Thomaz Rafael Gollop, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência: “a anencefalia é a segunda má-formação congênita mais comum no mundo e que o Brasil está em quarto lugar no ranking de casos de patologia. É um problema de saúde pública, [...] a interrupção da gravidez em casos de anencefalia já é permitida em países da Europa, no Canadá, na China e em Cuba”, sendo que “aproximadamente 75% dos fetos anencéfalos morrem no útero. Todos têm sobrevida vegetativa que cessa, na maioria dos casos, em 24 horas e nas primeiras semanas. Foram mais de 5.000 alvarás judiciais concedidos para a interrupção de gravidez com anencefalia entre 1989 a 2008”[10]

Atualmente a questão não foi completamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal. Por conflitar alguns direitos fundamentais sendo preciso que se faça uma análise profunda e atenciosa de todos os pontos positivos e negativos. Alguns juízes favorecem o aborto e outros proíbem. Tudo indica que o problema está longe de ser decidido, cabendo a cada um ter sua opinião a respeito.

[10] ANENCEFALIA. Disponível em: http://www.slideshare.net/Ipas/anencefalia-presentation-588223. Acesso em 26 mar. 2012.

Objetivos

O objetivo primordial é trazer á tona a discussão jurídica, social, ética e religiosa acerca da antecipação terapêutica dos fetos anencéfalos, buscando primordialmente o aspecto jurídico da questão, através de julgados, jurisprudências e doutrinas.

Metodologia

O método utilizado com o intuito de trazer êxito a pesquisa foi a análise da legislação pátria, jurisprudencial e doutrinária, através do modo indutivo. Sendo assim, faz-se uma discussão sobre o tema da antecipação terapêutica em casos de fetos anencéfalos, partindo de constatações genéricas para se concluir sobre quais soluções estão sendo utilizadas nos nossos tribunais.

Resultados

Através da presente pesquisa foram organizados grupos de estudos onde pudemos dirimir as dúvidas a respeito da legalidade e viabilidade da prática do aborto anencéfalo. Constatou se um grau relevante de desconhecimento por parte da sociedade acerca do tema. Verificou se também que em relação as decisões jurisprudenciais existem divergências interpretativas. Sendo que de um lado existem aqueles que defendem o direito de escolha (a autonomia da mulher), buscando recursos para contestar as decisões dos tribunais; por outro lado, há também os que pugnam pelo direito a vida do feto; e, nesse campo, entram as contestações religiosas. São, na realidade, tipos de divergências que permeiam vários argumentos jurídicos, tais como valores éticos e morais, envolvendo desde a questão da saúde pública até as crenças religiosas.

Conclusões

O ordenamento jurídico brasileiro, em regra, não permite a interrupção da gravidez, mesmo esta sendo inviável. Elencado como exceção, os casos previstos no artigo 128 do Código Penal dispõe do gênero de aborto necessário e sentimental. A antecipação terapêutica de fetos anencefálicos não está expressamente regulamentada pela legislação penal vigente, não estando inclusa como causa de excludente de ilicitude. Desse modo, para que seja procedida a antecipação do parto, deve além de ser constatada a anormalidade fetal como prova irrefutável da impossibilidade de vida extrauterina, deve ser concedida autorização judicial para a realização do procedimento.

O que espera se é que proceda alguma medida por parte dos legisladores para regulamentação dessa antecipação, unificando se as decisões, pois como podemos constatar no decorrer de toda pesquisa ainda há vários conflitos vigentes nos próprios Tribunais.

Desse modo, por se tratar não apenas de um conflito de normas fundamentais, a antecipação terapêutica traz consigo questões tanto sociais como religiosas, se tornando uma decisão não apenas do âmbito jurídico, mas de caráter irrelevante a sociedade.

Referencias

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

_____, Código Penal. Decreto-Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Publicado no DOU em 31 de dezembro de 1940, Brasília, DF, 1940.

CORDEIRO, Letícia Gomes. **A antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1412, 14 maio 2007. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/9875. Acesso em: 27 mar. 2012.

ESGALHA, Thati Iartelli Miranda Rodrigues. **A Anencefalia e suas Discussões no Mundo Jurídico**. Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito, Presidente Prudente, SP, 2007.

FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. **O Aborto Anencefálico e a Tutela da Dignidade Humana na Constituição de 1988**, R. Jur. UNIJUS, Uberaba-MG, V. 9, p.153-160, Mai. 2006.

PACHECO, Eliana Descovi. **O Aborto Anencefálico à Luz do Ordenamento Jurídico Atual**, Jus Vigilantibus, 28 out. 2008. Disponível em: http://jusvi.com/artigos/36781. Acesso em 26 dez. 2012.

RODRIGUES, Lorena. **Mãe diz que filha anencéfala é "presente divino"; médicos acusam erro de diagnostico**. Folha Online, 28 ago. 2008, Brasília. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u437962.shtml. Acesso em 26 dez. 2012.

Igreja Pressiona contra o Aborto de Anencéfalos. Fórum PLP's do Distrito Federal, 28 fev. 2009, Distrito Federal. Disponível em: http://www.forumplp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1344:igreja-pressiona-contra-aborto-de-anencefalos&catid=100:dh&Itemid=280. Acesso em 26 mar. 2012.