

COMENTÁRIO

ANENCEFALIA: INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ É UMA LIBERDADE DE ESCOLHA DA MULHER?*

ANENCEPHALY: IS THE INTERRUPTION OF PREGNANCY A FREEDOM CHOICE OF WOMEN?

*José Manoel de Souza Marques^(**)*

INTRODUÇÃO

Trata-se de um estudo qualitativo para análise do tema sob a luz dos direitos constitucionais, como o direito à saúde e a liberdade de escolha da mulher, visando à construção de um conceito médico-jurídico para o caso e auxiliando, assim, os atores envolvidos nesse dilema em suas tomadas de decisão.

Para alcançar tais pretensões, foram realizadas pesquisas bibliográfica, documental e jurisprudencial, destacando-se a medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54-8 DF (ADPF n. 54-8 DF), cujo relator é o ministro Marco Aurélio de Mello.

As publicações foram analisadas e delas foram extraídas as informações importantes para este estudo.

(*) Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Sanitário, da Fundação Oswaldo Cruz — Brasília.

(**) Médico do Ministério da Saúde e da Secretaria de Estado de Saúde Pública do Pará, especialista em Saúde Pública, Medicina do Trabalho e Direito Sanitário. E-mail: <josemanoelmarques@ig.com.br>. Recebido em 25.06.08. Revisado em 31.10.08. Aprovado em 15.01.09.

I. DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 define no art. 1º, inc. III a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental para a construção do Estado Democrático de Direito no país, assegura a participação popular e trata a educação e a saúde como dever do Estado e direito de todos. Prevendo também que os direitos sociais devam ser efetivados, não se constituindo em finalidade, mas rotina da prática dos direitos sociais.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, pois tem *a priori* o Poder Constituinte, no exercício legal e legítimo, a fim de que os cidadãos ativos estabeleçam o bem comum de acordo com os preceitos da igualdade social, da soberania do povo e da integralidade do conjunto orgânico dos direitos humanos.⁽¹⁾

A Constituição estabelece como direito fundamental a liberdade de religião (inc. VI, VII e VII do art. 5º) e, dessa maneira, o Estado brasileiro definiu-se como um Estado laico, que pode arbitrar de modo imparcial, e na forma da lei, nos conflitos entre grupos religiosos, não tomando partido por uma ou outra religião. Logo, a ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva de uma única religião. A interpretação constitucional deve primar pelo respeito a princípios e racionalidade constitucionais, conferindo força normativa à Constituição.⁽²⁾

Da globalização e dos avanços tecnológicos, surgem consequências econômicas, políticas e sociais que requerem uma nova conduta ética que reconheça o “dever de cuidar”, dentro e além das fronteiras, e uma nova negociação entre os indivíduos. Dessa forma, o maior desafio contemporâneo é a construção de uma ordem social justa, à luz do conhecimento obtido da evolução tecnológica, talvez, e não só por isso, é possível pensar e falar em um novo cenário.⁽³⁾

O “dever de cuidar”, neste caso, nada mais é que cumprir os preceitos constitucionais referenciados no art. 23, inc. II, que estabelece a competência comum dos três níveis de governo de cuidar da saúde.

A Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90) no enunciado de seus arts. 2º e 3º, diz que o Estado deve garantir o direito à saúde referindo-se às causas determinantes e condicionantes da saúde. Em consequência, o Estado pode intervir em fontes causadoras de doenças que interferem na saúde do indivíduo e da coletividade. Deve ser garantido a todos, pelo Estado, o cuidado de sua “doença”, sendo que o direito à saúde começa, entre outros, pelo direito de não ficar doente mediante à adoção de medidas que reduzam o agravo à saúde.

(1) SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

(2) DINIZ, D.; DIAULAS, C. R. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004.

(3) SEBASTIANI, M. Analisis ético bajo el concepto del feto como paciente en los casos de anencefalia. *Lexis NexisJurisprudência Argentina*, Buenos Aires, n. 4, jul. 2003.

Nesse sentido, as ações de saúde vão na direção do controle do risco sanitário — probabilidade de ocorrência de danos à saúde individual ou coletiva, podendo esse dano ser a própria doença ou um outro evento que leve à doença (vulnerabilidade).

II. DO DIREITO À VIDA

A palavra vida é conceituada em nossos dicionários, entre outras acepções como o período entre o nascimento e a morte.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos reza que “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei, ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida” (Parte III, art. 6).

O Art. 5º, *caput* da Constituição, garante, entre outros a inviolabilidade do direito à vida. Nesse sentido, Miranda⁽⁴⁾ assegura que “o direito à vida é inato; quem nasce com vida, tem direito a ela”. O direito à vida, pois, já que é inerente à pessoa humana, surge com o nascimento e finda com a morte. Correndo o risco da redundância, é de se concluir que só tem direito à vida a pessoa humana que já nasceu e que, portanto, já vive.

Assim, não há que se falar em direito à vida do nascituro, posto que ainda não se trata de pessoa humana, não ocorreu o fato que fará surgir seu direito à vida, ou seja: o nascimento. O Estado, entretanto, tem interesse que o feto nasça, realizando seu potencial e passando a ser titular do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre o tema, convém destacar que: “o feto e o cadáver não possuem dignidade da pessoa humana (já que pessoas humanas não são), entretanto, possuem uma dignidade relativa. O feto pelo que ele pode vir a ser e o cadáver pelo que foi”.⁽⁵⁾

Deve-se existir a proteção do nascimento de um feto portador de deficiência, mesmo que venha a ser uma pessoa que possa ter alguma limitação, o problema, aqui, refere-se às anomalias incompatíveis com a vida, onde não haverá sobrevivência do feto.

O aborto seletivo ocorre no caso de uma má formação fetal, o que faz com que a gestante ou o casal deseje interromper a gestação. Há uma seleção, como na eugenia, com a diferença de que o procedimento é realizado com o consentimento da gestante e por incompatibilidade com a vida extra-

(4) MIRANDA, P. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. t. 7.

(5) PONTES, M. S. *A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 24 nov. 2006.

-uterina do feto. Assim, o aborto seletivo trata de forma diferente os casos em que o feto vai se tornar uma criança portadora de deficiência dos casos nos quais o feto não possui qualquer viabilidade para vida extra-uterina.

III. BIOÉTICA E BIODIREITO

A bioética, literalmente a ética da vida, tem como objeto garantir que sejam efetuadas, dentro de padrões éticos e de respeito à dignidade humana, todas as intervenções médicas. Nas situações emergentes, há conflitos originados pela contradição verificada entre o progresso biomédico e os limites da cidadania e dos direitos humanos, como fecundação assistida, doação e transplante de órgãos e tecidos, clonagem e engenharia genética. A tarefa da bioética é harmonizar o uso das ciências biomédicas e suas tecnologias com os direitos humanos, até que, com o ordenamento jurídico dessas situações, surge o biodireito.⁽⁶⁾

O biodireito salienta que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá ocultar crimes contra a dignidade humana sem limites jurídicos e traçar os destinos da humanidade. Isto requer a elaboração de normas que tragam respostas e criem condições satisfatórias, atendendo às novas necessidades ora surgidas e defendendo a pessoa humana da terrível ameaça de passar a ser coisa⁽⁷⁾. A bioética e o biodireito estabelecem um vínculo com a justiça, para qual a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim, de “vida com dignidade”.

Com os avanços científicos e ponderações ético-jurídicas, o diagnóstico pré-natal de anomalias fetais teve um grande avanço a partir do fim dos anos 70 no Brasil. Assim, a evolução da Medicina Fetal, multidisciplinar, está relacionada à incorporação das técnicas de diagnósticos e terapêuticas intra-uterinos e, embora existam estudos relacionados à anencefalia e seus desdobramentos para a saúde da criança, da mulher e da família, as condutas ainda são estabelecidas de forma individual e subjetivas e muitas vezes não respeitam o direito à saúde e o direito de escolha da mulher.⁽⁸⁾

Observa-se que a partir das Conferências de População em Desenvolvimento (Cairo, 1994), e a 4ª Conferência Mundial da Mulher (Pequim, 1995), os direitos sexuais e os direitos reprodutivos passaram a ser tratados sob a

(6) FREITAS, Teixeira de. Bioética e biodireito: a questão do aborto anencefálico. 2005. Disponível em: <<http://www.biodireito-medicina.com.br/website/internas/anencefalia.asp?idAnencefalia=168>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

(7) ALMEIDA, A. M. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

(8) MORON, A. F.; CHA, S. C.; ISFER, E. V. (Eds.). *Abordagem multiprofissional em medicina fetal*. São Paulo, 1996.

ótica dos direitos humanos e passa ser dever do Estado garantir condições concretas para o exercício desses direitos, por intermédio de leis e políticas públicas.⁽⁹⁾

IV. SOBRE OS DIREITOS DA MULHER

Para Barroso obrigar a mulher a levar uma gestação adiante nesses casos é uma espécie de tortura psicológica, pois se impõem à mãe que ela porte por mais seis meses a frustração de não ter o filho que desejava, sendo isso um castigo cruel. Para ele, a mulher deve ter o direito assegurado de escolher se leva ou não a gestação até o final.⁽¹⁰⁾

Entender que o dano psíquico padecido por mulher grávida, portadora de anencéfalo, não merece especial atenção porque o sofrimento engrandece a condição humana constitui, sem dúvida, uma postura religiosa que merece respeito, mas que não pode ser traçada como regra a ser seguida por todas as mulheres. Suportar o sofrimento como ato de purificação da alma tem incontestável conotação cristã. É evidente que não cabe ao direito a pretensão de extirpar da existência humana todas as formas de sofrimento, mas não é menos evidente que não lhe incumbe impô-las. Além disso, não há como fugir da inafastável diferença entre sofrimento voluntário e involuntário.

Mas o que, em matéria de anencefalia, seria pertinente à área jurídica, excluídos os círculos da moral e da religião? Por óbvio, é tarefa indiscutível do direito assegurar à gestante de anencéfalo o seu direito de decidir pela preservação ou não do processo de gravidez. Essa opção encontra assento em regras constitucionais bastante explícitas, tais como o direito à liberdade, em seu sentido mais amplo, o direito à autonomia da vontade, o direito à saúde e, sobretudo, o direito à dignidade da pessoa humana. Além disso, não se pode esquecer que o Estado Democrático de Direito pressupõe a realidade de uma sociedade plural. Toda vez em que se tenta romper o muro de separação entre direito e moral, ou entre direito e cultura, ou entre direito e religião, o princípio fundante do pluralismo político (art. 1º, V da CF) passa por sério perigo de deterioração, e, por via de consequência, o mesmo ocorre com o próprio princípio da dignidade humana.

Leis vigentes em alguns países, como Portugal, consideram lícito interromper a gravidez em função do tempo de gestação e de recomendações médicas, psicológicas, sociais ou econômicas. Trata-se de locais onde o entendimento é em favor do direito de opção da mulher, o qual se encontra descrito no corpo de suas Constituições.

(9) BASTED, L. L. *Memória do Seminário Direito ao Aborto: uma questão de justiça social*. [elaborado por] Marta Rovey de Souza. Goiânia: Grupo Transas do Corpo, 2004. (Série Argumentos Feministas; 1).

(10) BARROSO, L. R. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Em alguns países, após decisão da mãe e do médico, a gestante é submetida a um acompanhamento psicológico, sendo que a interrupção da gestação deverá ocorrer num prazo mínimo, em casos de dano à saúde da mãe, não há condicionamento a nenhum prazo. Conta-se com a gratuidade por parte do Estado desse procedimento.⁽¹¹⁾

O Código Penal Brasileiro define aborto como sendo a interrupção ilícita da gravidez. O necessário ou terapêutico é o praticado por médico com o escopo de salvar a vida da gestante e o moral ou humanitário, oriundo de gravidez indesejada resultante de estupro (art. 128, inc. I e II, do C.P.). Já o aborto considerado criminoso está capitulado em nosso Código nos arts. 124 a 127, com ou sem o consentimento da gestante e as cominações desses casos, que podem implicar resultados lesivos à gestante, tais como lesões corporais graves e até a morte⁽¹²⁾. Dentre as tentativas para reformulação desse Código está o projeto de emenda de autoria do deputado Rafael Guerra, restringindo a autorização legal à hipótese de anencefalia. Nessa hipótese há evidência clínica embasada em técnica de diagnóstico complementar de que o nascituro apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante.

Os fetos anencéfalos não estão vivos, o que explica que seja considerado como “antecipação terapêutica do parto” e não de “aborto” em sentido técnico-jurídico. Por isso, não está previsto nos arts. 124 a 127 do CP e não figura como excludente no rol do art. 128 do CP que possibilita o aborto em caso de estupro ou de risco de vida para a gestante. Nesses casos, admite-se o feto vivo e, por si só, considerar um feto em qualquer estágio da gravidez como vida merecedora de proteção jurídica é bastante problemático, mas, em razão das circunstâncias, optou-se por não impedir a sua retirada. Já no caso da anencefalia, não há que se falar em “vida intra-uterina”. Para que seja considerada a existência de vida, é necessária atividade cerebral, pois, sem atividade cerebral, o indivíduo é considerado morto, conforme a Lei n. 9.434/97. O feto anencéfalo não tem um cérebro, logo não chega a ter vida.⁽¹³⁾

É necessário esclarecer novamente que não há que se confundir a interrupção da gravidez devido a anencefalia, com o aborto eugênico, quando as mulheres são obrigadas a abortar por questões raciais, étnicas, religiosas ou discriminatórias, e que sob hipótese alguma, é defendida neste estudo. A interrupção da gravidez, aqui, tem por pressuposto ético a autonomia reprodutiva, ou seja, a decisão deve ser livre e individual, sem que haja qualquer tipo de constrangimento.

(11) MONTEIRO, W. B. *Curso de direito civil*. parte geral. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 362.

(12) BARROSO, L. R. *Artigos, pareceres, memoriais e petições*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_70/Artigos/Art_Luis.htm>. Acesso em: 21 nov. 2006.

(13) SIMON, H. S. Antecipação terapêutica do parto e os direitos fundamentais. *Observatório Constituição & Democracia*, n. 1, jan. 2006.

V. ASPECTOS MÉDICOS

A partir da incorporação da tecnologia pela medicina no decorrer do último século, tais como o diagnóstico por imagens, ampliou-se a capacidade de diagnosticar com precisão as situações de risco à saúde.

O uso e a evolução da ultrassonografia na medicina e a utilização de múltiplos parâmetros são fundamentais no caso em questão, pois oferecem menor margem de erro e possibilita a identificação precoce dos desvios do crescimento fetal, das alterações que podem distorcer o crânio, bem como estimar a idade gestacional. Com o avanço tecnológico, esses exames começam a ter imagens em três dimensões, o que aumenta ainda mais a segurança dos diagnósticos intra-úteros das má-formações fetais. Um exame de ultrassom pode dar o diagnóstico de anencefalia na 12ª semana, dado que o fechamento do tubo neural ocorre em 3 a 4 semanas após a concepção.

A anencefalia é uma má-formação congênita que se caracteriza geralmente pela ausência da abóbada craniana e massa encefálica. Sua característica principal é a má-formação do tubo neural, ou seja, no desenvolvimento embrionário não acontece o fechamento da calota craniana. Em detalhes, ocorre à ausência completa ou parcial do cérebro decorrente de falha de fechamento da porção cefálica do tubo neural, subsequente degeneração do tecido craniano, que se mantém em contato com o líquido amniótico, resultando em anencefalia. Trata-se, portanto, da mais chocante má-formação, sendo incompatível com a vida extra-uterina.

Outro dado importante é que a anencefalia é um acaso genético que pode ocorrer entre mulheres ricas e pobres; trata-se de um problema da embriogênese que ocorre muito precocemente na gestação, causado por interações complexas entre fatores genéticos e ambientais.⁽¹⁴⁾

A gestante de um feto anencéfalo é considerada portadora de uma gravidez de risco, já que pode evoluir com um ou mais dos distúrbios. Assim, sua saúde e bem-estar ficam comprometidos, não há como não cogitar que a vida da gestante esteja em risco.⁽¹⁵⁾

É inquestionável que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos após o diagnóstico da anencefalia, que contagia a si própria e a seu núcleo familiar. A gravidez é uma fase de transição na vida de uma mulher, em que há grandes transformações físicas e vulnerabilidade emocional. A gestante portadora de um feto anencéfalo, pode experimentar sentimentos de choque, negação, tristeza, raiva e ansiedade. Assim, uma equipe multidisciplinar evidencia a importância dos aspectos emocionais da

(14) DIAS, M. S.; PARTINGTON, M. Embryology of myelomeningocele and anencephaly. *Neurosurg Focus*, v. 16, p. 1-16, 2004.

(15) FEBRASGO ANENCEFALIA: POSIÇÃO DA FEBRASGO. Disponível em: <<http://www.febRASGO.org.br/anencefalia1.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2006.

família e faz com que toda a equipe seja cuidadosa em relação a esses aspectos, respeitando o difícil momento que eles enfrentam.⁽¹⁶⁾

Com o avanço tecnológico e a possibilidade de se fazer o diagnóstico nos 3 primeiros meses de gestação, cria-se o dilema: o que fazer com a condução da gravidez para a qual foi diagnosticado um feto anencéfalo, uma vez que eles “morrem” intra-útero ou durante o parto e a expectativa de vida para aqueles que sobrevivem é de apenas poucas horas ou dias? Por sua gravidade e importância, as decisões decorrentes da resposta para essa pergunta são urgentes.⁽¹⁷⁾ A interrupção da gravidez nos casos de anencefalia não deveria precisar sequer de autorização, porque se trata de um feto inviável, porque somente sobrevive às custas do corpo da mulher/mãe. Com medo de sofrer eventual penalidade, os médicos se negam a realizar, para a mulher que vai até a rede de saúde, a interrupção da gestação de uma criança anencéfala.

VI. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO EM SAÚDE PÚBLICA

O princípio da prevenção tem como fundamento constitucional o disposto no art. 198, II, da CF/88, na medida em que expressamente se refere à prioridade para as atividades preventivas em prol da saúde da população. Ressalta-se que é dever do Estado tomar medidas preventivas em relação aos riscos sanitários, o que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que promovam e protejam a saúde, mas não se descarta o dever de cuidado individual.

Prevenção é o agir antecipado e, para tal, é necessário ter informação e certezas científicas dos efeitos. Em prevenção sanitária, há a obrigatoriedade legal de tomada de cuidados preventivos, pois há a certeza das consequências indesejáveis, e são antecipadas medidas para que elas não ocorram. Assim, os médicos devem observar tal princípio mesmo que os danos ainda não sejam aparentemente graves.

Cientificamente, são comprovados os danos causados à mulher por uma gravidez de um feto com anencefalia, mas as incertezas causadas pela correlação de forças da sociedade de cunhos ético, moral, religioso e outras que influenciam toda a atmosfera que envolve o caso, colocam em dúvida a inviabilidade de vida extra-uterina do feto.

(16) SETUBAL, M.S.V.; BARINI, R.; ZACCARIA, R.; SILVA, J.L. Pinto e. Relação psicológicas diante da complicada por uma malformação fetal. *Soc. Brás. Méd Fetal*, n. 7, 2001.

(17) BERNARDETT (DE L. DA C. R.) Espírito Santo. In: SEMINÁRIO SAÚDE REPRODUTIVA, ABORTO E DIREITOS HUMANOS, Rio de Janeiro, set. 2005. Coordenação editorial Gleyde Selma da Hora e Suelyemma Franco. *Anais...* Rio de Janeiro: ADVOCACI, 2005. p. 71-77.

VII. DA DECISÃO PARADIGMÁTICA — MEDIDA CAUTELAR NA ADPF N. 54/DF⁽¹⁸⁾

Desde meados de 2004, o tema da interrupção da gravidez de uma gestação de feto anencefálico está sendo debatido em uma ADPF, no Supremo Tribunal Federal, cujo relator é o ministro Marco Aurélio de Mello. Ele deferiu liminar na ADPF autorizando a interrupção da gravidez de feto anencefálico, mas este ato, posteriormente, foi cassado por maioria de votos em acatamento à proposta do ministro Eros Grau, devido ao instrumento utilizado para a petição. O julgamento final do mérito da ação, até os dias de hoje, ainda não foi iniciado. Em consequência, Tribunais de todo o país vêm decidindo a respeito do tema — ora permitindo, ora negando autorização à interrupção de gravidez.

Simon faz um histórico do problema e evidencia que os juízes negavam a autorização para interrupção da gravidez “sob o argumento de que não havia previsão legal para o pedido, pois as únicas excludentes de ilicitude para o crime de aborto são aquelas previstas pelo artigo 128 do CP”. Em instâncias superiores, começou-se a conceder a autorização. Entre o ingresso do pedido da autorização, audiências, recursos, apelações e mudança de instâncias jurídicas, o tempo levado era o bastante para a gestante parir um feto anencefalo.

ADPF é a ferramenta do direito utilizada para questionar, dentre outras, a constitucionalidade de normas anteriores à promulgação de uma constituição. Sua criação teve por objetivo suprir a lacuna deixada pela ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Tanto a legitimação ativa (art. 103, I a IX da CF) como os efeitos da decisão (art. 28 § único da Lei n. 9.868/99) são idênticos aos da ADI, que não pode ser proposta contra lei ou atos normativos que entraram em vigor em data anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, a ADPF tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, bem como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.⁽¹⁹⁾

Na primeira hipótese cuida de ação em face de ato *in genere* praticado pelo Poder Público contra um ato efetivo do Poder Público. O Poder Público pratica um ato ilegítimo, violando preceito fundamental da Carta da República, cujos efeitos lesivos podem ser evitados ou reparados por meio da ADPF. Na segunda hipótese, permite-se atacar, *in abstracto*, lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, anteriores ou posteriores à Constituição, cuja

(18) ARGUIÇÃO de Descumprimento de Preceito Fundamental. Decisão monocrática. DJU, Seção I, 2 ago. 2004. Publicado também em: Informativo nº 354 STF, 28 jun. a 02 jul. 2004.

(19) DINIZ, M. H. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103.

controvérsia tenha fundamento relevante. Anote-se que, nesse caso, não se exige, para a propositura da ADPF, a prática de um ato *in genere* pelo Poder Público — basta a existência de uma controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os pré-constitucionais.

A ADPF é uma modalidade de arguição principal (abstrata) de constitucionalidade, instituída pelo §1º do art. 102 da CF, posteriormente regulamentada pela Lei n. 9.882/99. Não se afigura como modalidade incidental de controle, não obstante vários autores postulem em sentido inverso. Não é pré-requisito obrigatório de admissibilidade da ADPF a demonstração de controvérsia relevante sobre a lei objeto da demanda, ao contrário do que ocorre com a ação declaratória de constitucionalidade (art. 14, III da Lei n. 9.868/99), que mutilada pelos vetos, perdeu completamente a característica de arguição incidental.

No caso da ADPF n. 54/DF, colocou-se em discussão a interrupção da gestação de feto anencéfalo, com a pretensão de que o Tribunal adotasse expressamente o direito da mulher de interromper a gestação em situações de feto com anencefalia, dentre as causas de justificação para o aborto especificadas no Código Penal ⁽²⁰⁾. O ministro Marco Aurélio de Mello, em 2004, conferiu a liminar sensibilizado com o fato de que “a permanência do feto mostra-se potencialmente perigosa, podendo ocasionar danos à saúde e à vida da gestante”⁽²¹⁾. Ele também reconheceu a dor, a angústia e a frustração da mãe forçada a parir um bebê que sabe, com certeza, que não sobreviverá.

Em 2005, o Plenário do STF reuniu-se e cassou a liminar, por maioria, para julgamento do mérito, tendo o ministro Carlos Ayres Brito pedido vista dos autos para a discussão da adequação do meio escolhido ADPF para o objetivo buscado. Entendeu-se que não era o caso de manter-se a liminar com efeitos *ex nunc* (decisão sem efeito retroativo), mas ainda estava pendente discussão sobre legitimidade do veículo processual escolhido para a ação.

O Conselho Nacional de Saúde (CNS) aprovou a Resolução n. 348, apoiando a ADPF n. 54/DF na questão dos direitos da mulher, indicando a necessidade de implementação de políticas de saúde a serem desenvolvidas pelo Sistema Único de Saúde. Tais políticas devem atender e fazer o acompanhamento dos transtornos no decorrer da gravidez e durante o parto, além da assistência aos prováveis distúrbios psíquicos decorrentes de gravidez de feto anencefálico.

O parecer do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), cujo relator foi Arx Tourinho, considerou, por maioria de votos, que a

(20) VELLOSO, C. O aborto do feto anencefálico. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 04 nov. 2004.

(21) MELLO, M. A. M. F. “A dor a mais”. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 29 out. 2004.

interrupção da gravidez de feto anencefálico não é considerada prática abortiva. A decisão da OAB acompanhou o voto do relator, que invocou o princípio da dignidade da pessoa humana em favor da gestante em interromper a gestação de um feto anencéfalo, pois o contrário é ignorar os avanços da ciência e os transtornos causados pela gestação de risco onde o “feto não possui qualquer condição de sobrevida”. Nesse sentido, a gestante tem direito de interromper a gravidez, “valendo-se de seu direito à saúde e em atenção aos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana”. E faz referência às mulheres pobres que usam os serviços públicos de saúde porque delas são exigidos alvarás de autorização para se fazer o procedimento de interrupção.⁽²²⁾

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nenhum procedimento que garanta a integridade física e psicológica da mulher conflita com as normas constitucionais, principalmente com os princípios constitucionais da liberdade e preservação da autonomia da vontade, da legalidade, do direito à saúde e da dignidade da pessoa humana, pois a submissão à vontade estatal denegatória resulta em violência aos princípios comentados, de forma física, moral e psicológica. Deve-se esclarecer, explicar detalhes sobre a patologia e respeitar a decisão da mulher e da família, que pode ser baseada, também, em fatores religiosos.

À luz dos direitos humanos e reprodutivos, torna-se necessário garantir a essas mulheres condições dignas e seguras para a resolução da gestação. O sofrimento psicológico ocasionado pela ansiedade com relação ao término da gravidez, em uma situação onde não haverá as esperadas recompensas da maternidade, é enorme. É importante ressaltar que o final da gravidez representa um período de risco gestacional particular, associado a situações de risco para a vida materna.

Não existe vedação legal para antecipação terapêutica do parto no ordenamento jurídico. O que de fato ocorre é a liberdade de escolha e a autonomia da vontade da gestante em face da cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro.

É necessária a efetivação das comissões de ética dos serviços de saúde, a formalização de um protocolo de cuidados e a confirmação do diagnóstico por, pelo menos, três profissionais capacitados. Tais profissionais deverão prestar esclarecimento e informação a gestantes e seus familiares, contribuindo, assim, para a tomada de decisão sobre qual caminho tomar: levar a gestação até os nove meses ou interromper-la.

(22) BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *A prática do controle social: Conselhos de Saúde e financiamento do SUS*. Reimpressão. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

Qual seja a decisão da gestante e de seus familiares, o Estado tem que estar preparado para atender com qualidade e presteza, devendo a mulher ser cuidada como gestante de risco em uma unidade de saúde que tenha aporte técnico e tecnológico para garantir seu tratamento e a recuperação da sua saúde.

Embasados pela decisão tomada pela mãe, os procedimentos a serem realizados deverão estar ligados aos fundamentos da dignidade da pessoa humana ditados pela Constituição Federal e aos preceitos do princípio da prevenção na efetivação da proteção que antes de tudo é prevenir a integridade física e mental da mulher. Todos os procedimentos médicos e dos profissionais de saúde visam prevenir a morbidade e mortalidade materna.

A anencefalia pode ser detectada no exame de ultrassom com precisão e é de total incompatibilidade com a vida extra-uterina. Por isso, o critério da morte cerebral ou encefálica não pode ser usado, porque esse feto não dispõe de cérebro e é despojado de toda capacidade biológica para a concretização de uma vida humana viável.

Do ponto de vista bioético, pode haver um conflito de valores entre a mãe gestante e o feto anencéfalo; contudo, se este não tem nenhuma viabilidade, o conflito inexiste, a mulher gestante de feto anencéfalo tem o direito de decidir pela manutenção ou não da gravidez e não ultraja a bioética (autonomia, justiça, beneficência e não-maleficência).

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. Entretanto, a opção da mulher pela interrupção da gravidez deve atender a considerações morais ou a preceitos religiosos. Ressalta-se que não é possível caracterizar essa interrupção como aborto, uma vez que o elemento básico para o reconhecimento da existência de vida humana intra-uterina não existe e inviabiliza a própria vida após o parto.

Na visão médica, a gravidez de anencéfalo provoca riscos de caráter físico, social e transtornos de natureza psíquica à mulher gestante. A intervenção médica deve ser nivelada a outros procedimentos médicos como gravidez molar, gravidez ectópica, afecção uterina oncológica, e outros que não se enquadram no tipo de aborto, que são condutas tidas como atípicas. E em se tratando de um caso de atipicidade, não há sentido algum em se exigir autorização judicial para a realização, pelos médicos, dos atos interruptivos da gravidez. Trata-se formalmente de uma mera relação médico/paciente, ou seja, de um lado diagnósticos, indicação e tratamento e, de outro, o consenso informado, consciente, livre e responsável do direito da mulher de escolher, mantendo o direito à saúde e à dignidade preservados.

Como os processos jurídicos podem levar mais tempo que o esperado, e, portanto, ocorrer a consequente utilização tardia do art. 128 do Código

Penal, a mulher poderá sofrer toda a gravidade que envolve o caso e até mesmo evoluir para morte materna ou ainda apresentar sequelas irreparáveis, porque o aguardo foi demasiado e a intervenção na saúde da mulher já estava comprometida.

O médico deve, como profissional de saúde, lançar mão dos princípios da saúde pública para agir em benefício da mulher, que sofre com o risco de uma gravidez de um feto anencéfalo. Sua ação, apesar de ter todo um resguardo legal, não precisa estar originada em uma decisão jurídica e sim, na escolha da mulher em permanecer com a gestação até os nove meses ou interrompe-la. O ato médico deve estar comprometido com o bem-estar físico e mental da mulher.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, A. M. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- ARGUIÇÃO de Descumprimento de Preceito Fundamental. Decisão monocrática. *DJU*, Seção I, 2 ago. 2004. Publicado também em: Informativo n. 354 STF, 28 jun. a 02 jul. 2004.
- BARROSO, L. R. *Artigos, pareceres, memoriais e petições*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_70/Artigos/Art_Luis.htm>. Acesso em: 21 nov. 2006.
- _____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARSTED, L. L. *Memória do Seminário Direito ao Aborto: uma questão de justiça social*. [elaborado por] Marta Rovey de Souza. Goiânia: Grupo Transas do Corpo, 2004. (Série Argumentos Feministas; 1).
- BERNARDETT (DE L. DA C. R.) Espírito Santo. In: SEMINÁRIO SAÚDE REPRODUTIVA, ABORTO E DIREITOS HUMANOS, Rio de Janeiro, set. 2005. Coordenação editorial Gleyde Selma da Hora e Suelyemma Franco. *Anais...* Rio de Janeiro: ADVOCACI, 2005. p. 71-77.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *A prática do controle social: Conselhos de Saúde e financiamento do SUS*. Reimpressão. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.
- DIAS, M. S.; PARTINGTON, M. Embryology of myelomeningocele and anencephaly. *Neurosurg Focus*, v. 16, p. 1-16, 2004.
- DINIZ, D.; DIAULAS, C. R. *Aborto por anormalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004.
- DINIZ, M. H. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103.

FEBRASGO ANENCEFALIA: POSIÇÃO DA FEBRASGO. Disponível em: <<http://www.febRASGO.org.br/anencefalia1.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2006.

FREITAS, Teixeira de. Bioética e biodireito: a questão do aborto anencefálico. 2005. Disponível em: <<http://www.biodireito-medicina.com.br/website/internas/anencefalia.asp?idAnencefalia=168>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

MELLO, M. A. M. F. "A dor a mais". *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 out. 2004.

MIRANDA, P. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. t. 7.

MONTEIRO, W. B. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MORON, A. F.; CHA, S. C.; ISFER, E. V. (Eds.). *Abordagem multiprofissional em medicina fetal*. São Paulo, 1996.

PONTES, M. S. *A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 24 nov. 2006.

SEBASTIANI, M. Analisis ético bajo el concepto del feto como paciente en los casos de anencefalia. *Lexis NexisJurisprudência Argentina*, Buenos Aires, n. 4, jul. 2003.

SETUBAL, M.S.V.; BARINI, R.; ZACCARIA, R.; SILVA, J.L. Pinto e. Relação psicológicas diante da complicada por uma malformação fetal. *Soc. Brás. Méd Fetal*, n. 7, 2001.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

SIMON, H. S. Antecipação terapêutica do parto e os direitos fundamentais. *Observatório Constituição & Democracia*, n. 1, jan. 2006.

VELLOSO, C. O aborto do feto anencéfalo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 04 nov. 2004.