

DIREITO À INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ E À DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DE FETO ANENCÉFALO

NATÁLIA MASIERO VOLPE*
SÍLVIO CARLOS ÁLVARES**

RESUMO

O aborto e a doação de órgãos de anencéfalo são situações que envolvem a vida da gestante e do anencéfalo. A interrupção da gravidez e o transplante de órgãos colocam em pauta o anencéfalo como uma pessoa ou uma coisa. A ausência parcial ou total de cérebro confronta-se com a constatação da morte encefálica. A falta de legislação específica cria um obstáculo ao bem-estar da gestante e da sociedade.

Palavras-chave: Anencefalia. Interrupção da gravidez. Doação de órgãos.

1 INTRODUÇÃO

O avanço da ciência médica ante as inovações tecnológicas trouxe ao mundo jurídico novos conflitos no âmbito dos direitos fundamentais. Um dos problemas enfrentados atualmente refere-se à anencefalia. A discussão ganhou força e proporção quando aumentou o volume de autorizações judiciais para interrupção da gravidez

* Acadêmica do curso de Direito da Instituição Toledo de Ensino - Bauru - SP

** Professor Orientador da Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino - ITE - Bauru - SP

de anencéfalo e de autorizações para doação de órgãos, principalmente por envolver aspectos morais, éticos e religiosos.

O direito à interrupção da gestação e à doação de órgãos de anencéfalo exclui a gestante e os profissionais de saúde da responsabilização penal a eles imputada? Há despenalização ou descriminalização? No âmbito da doação de órgãos, pode ser invocada a preservação de um bem jurídico de maior valor em detrimento de um bem jurídico de menor valor? Quando o anencéfalo deve ser considerado doador legal de órgãos?

Em suma, as discussões que envolvem o anencéfalo, sua existência e a doação de seus órgãos, acarretam receio social, além da inexistência de legislação atualizada. Por isso é de suma importância a discussão acerca do tema, inclusive para buscar um caminho mais justo, humano e solidário para a gestante e o anencéfalo.

2 PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme estatui o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988¹, e dos direitos e garantias fundamentais. Ao lado da dignidade está a igualdade, a solidariedade e a respeitabilidade entre os seres humanos.

A dignidade, como fundamento da República Federativa do Brasil, está ao lado dos demais direitos estampados na Constituição, ressaltando-se a necessidade de uma sociedade livre, justa e solidária para garantia da dignidade².

O direito à vida é um direito fundamental e consiste em perseguir o caminho lógico da existência, nascer, viver e morrer; é a garantia da vida intra-uterina ao nascimento e da vida extra-uterina à morte. É o bem jurídico de maior valor. Tanto é que a própria Constituição Federal de 1988, além de prever sua existência no artigo 5º, *caput*, que garante a inviolabilidade do direito à vida, e inciso XLIII, que considera

1 Art. 1º 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: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

2 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

inafiançável e insuscetível de graça ou anistia os crimes hediondos³, e no artigo 230 ao estabelecer ser dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas garantindo o direito à vida, tratou no artigo 5º, inciso XLVII, sobre a proibição da pena de morte⁴ e, ainda, no artigo 196 sobre o direito à saúde.

Não só a Constituição Federal de 1988 protege o direito à vida. A Constituição de 1891 e a de 1934 aboliram a pena de morte, ressalvadas as disposições da legislação militar em caso de guerra. A Constituição de 1937 estabeleceu pena de morte não só em caso de guerra previsto na legislação militar, como também elencou os crimes que admitiam a pena de morte⁵. O artigo 141 da Constituição de 1946 e o artigo 150 da Constituição de 1967 asseguraram expressamente aos brasileiros e aos estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida e voltaram a abolir a pena de morte, ressalvado o disposto na legislação militar em caso de guerra com país estrangeiro. Por outro lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também é um documento que protege o direito à vida, pois estabeleceu no artigo 3º que: “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948, 2007).

O Código Penal de 1940 protege a vida intra e extra-uterina como um bem jurídico relevante em capítulo próprio. Já o Código Civil de 2002 protege os direitos do nascituro desde a concepção, porém somente adquire personalidade após o nascimento com vida.

Há exceção ao direito à vida prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVIII, alínea a, onde se permite a pena de morte em caso de guerra declarada

3 Lei nº 8.072/90, art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: I – homicídio [...] e homicídio qualificado; II – latrocínio; III – extorsão qualificada pela morte [...].

4 Art. 5º, XLVII – não haverá penas: a) de morte [...].

5 Dos Direitos e Garantias Individuais. Art. 122, § 13 – [...] a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes: a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.

em virtude de agressão estrangeira⁶. Na seara penal, o artigo 23 do Código Penal⁷ prevê as causas excludentes de ilicitude. Portanto, o direito à vida não é absoluto e sofre limitações frente a um bem jurídico de maior valor.

Em relação ao direito à saúde, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, preserva o direito à saúde de todas as pessoas, independente de qualquer natureza, seja física ou psíquica⁸. É verdade que o sistema de saúde brasileiro é falho devido às péssimas condições oferecidas, além da falta de estrutura. Mesmo assim todos têm direito à saúde física e psíquica. Desse modo, torna-se essencial o acompanhamento psicológico da gestante grávida de anencéfalo.

3 ABORTO: UM CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA INTRA-UTERINA

A palavra aborto origina-se do latim *abortum* ou *abortus*, “onde *ab* significa privação e *ortus*, nascimento” (BELO; BARROS, 1999, p. 19). Portanto, consiste na supressão da vida intra-uterina.

Antigamente, o feto era visto como “simples anexo ocasional do organismo materno (*pars mulieris*), de cujo destino a mulher podia livremente decidir, salvo quando casada, devido a proeminência do direito marital” (BELO; BARROS, 1999, p. 21).

Na antiga Roma, com a Lei de Miletto, aplicava-se ao aborto cometido pela mulher, sem o consentimento de seu marido, a pena de morte. Nessa época, os filhos eram propriedade privada do pai e somente este tinha o direito de vida e de morte sobre os mesmos (BELO; BARROS, 1999, p. 22). Contudo, foi com cristianismo que se passou a valorizar a vida do feto, considerando crime a sua privação.

Segundo Mirabete, “é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção” (MIRABETE, 2005, p. 93), por meios químicos, orgânicos, físicos mecânicos, térmicos e elétricos e psíquicos. O feto pode ser ou não expulso. Caso não seja expulso, poderá ser reabsorvido ou mumificado pelo organismo da gestante.

6 Art. 5º, inciso XLVII – não haverá pena: a – de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX. Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional.

7 Art. 23 Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

8 Art. 196 A saúde é um 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 sua promoção, proteção e recuperação.

Classifica-se o aborto de acordo com o período gestacional. “O aborto será ovular, se praticado até a 8ª semana de gestação; embrionário, se operado até a 15ª semana de vida intra-uterina, ou seja, até o 3º mês de gravidez; e fetal, se ocorrer após a 15ª semana de gestação” (DINIZ, 2002, p. 32).

Não se considera aborto aquele decorrente de gravidez extra-uterina e molar, pois ambos os casos acarretam conseqüências graves à gestante, levando-a a morte ou gerando risco de vida. Segundo Noronha, a gravidez extra-uterina é aquela que “se dá no ovário, fimbria, trompas, parede uterina (interstício) [...] e a gravidez molar” consiste na formação degenerativa do ovo fecundado” (NORONHA, 1984, p. 60).

Por isso, a responsabilidade criminal do aborto não é aplicada, tão somente, com fins de tutelar a vida intra-uterina, mas também a vida e a integridade corporal da gestante. Basta a interrupção dolosa da gravidez e a morte do ovo, embrião ou feto, independente da expulsão ou não, para se consumir o aborto. Não é admitido na modalidade culposa.

O aborto pode ser praticado pela gestante e por terceiro sempre contra a vida intra-uterina. Pode configurar os delitos do artigo 124 ao 128 do Código Penal. O sujeito passivo é o ovo, o embrião e o feto, todos produtos da concepção, e também a gestante.

O aborto pode ser espontâneo e acidental. Não são considerados crimes, porque há ausência do dolo, ou seja, da vontade livre e consciente de interromper a gravidez, causando a morte do feto.

O aborto pode ser provocado, ou seja, é aquele produzido ou ocasionado por determinada pessoa. Suas espécies são o auto-aborto ou aborto consentido⁹ (artigo 124 do Código Penal), o aborto provocado por terceiro¹⁰ (artigo 125 do Código Penal), o aborto consensual¹¹ (artigo 126 do Código Penal) e o aborto qualificado¹² (artigo 127 do Código Penal).

O auto-aborto é aquele praticado pela própria gestante. O aborto consentido não é executado pela gestante, mas ela consente validamente para que terceiro o realize. No aborto provocado por terceiro, o agente provoca o aborto sem o con-

9 Art. 124 Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

10 Art. 125 Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

11 Art. 126 Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

12 Art. 127 As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

sentimento da gestante. No o aborto consensual, o terceiro pratica o núcleo do tipo com o consentimento da gestante, esta responderá pelo crime do artigo 124, segunda parte, em que se refere ao aborto consentido. Quanto ao aborto qualificado, qualifica-se pelo resultado lesão corporal de natureza grave ou pelo resultado morte. Trata-se do aborto preterintencional ou preterdoloso, em que o agente não deseja o resultado mais grave, apenas age com dolo em relação ao aborto.

Além dessas modalidades, existe o aborto terapêutico, o aborto sentimental, o aborto social ou *honoris causa* e o aborto eugênico.

O aborto terapêutico ou necessário, também conhecido por aborto legal, é aquele em que a interrupção da gravidez não se torna uma conduta reprovável pela sociedade, não a punindo - artigo 128, inciso I, do Código Penal¹³. Trata-se de causa excludente de antijuridicidade, estado de necessidade, em virtude da ausência de ilicitude. Há preservação de bem jurídico de maior valor (vida da gestante) em prejuízo de bem jurídico de menor valor (vida do feto).

Aborto sentimental ou humanitário¹⁴ é aquele que advém de estupro e também de atentado violento ao pudor, aplicando a analogia *in bonam partem* (NUCCI, 2003, p. 427).

O aborto social e *honoris causa* decorre da situação social ou econômica e da preservação da honra, condições estas que não autorizam a interrupção da gravidez e, tampouco, são causas de impunibilidade, pelo contrário, é crime.

Por fim, o aborto eugênico consiste na interrupção da gravidez de feto acometido por graves anomalias que impossibilitem ou reduzam a qualidade de vida extra-uterina. A prática dessa modalidade é proibida no Brasil.

4 ABORTO E DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DE ANENCÉFALO

4.1 BREVE HISTÓRICO

O aborto eugênico teve sua primeira aparição na Lei das XII Tábuas, que previa a possibilidade do pai matar o filho que nascesse disforme¹⁵ (LEI DAS XII TÁBUAS, 2006).

13 Art. 128 Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante [...].

14 Art. 28 Não se pune o aborto praticado por médico: [...] II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

15 Tábua IV – Do pátrio poder. I – Que seja morta a criança monstruosa.

Na Grécia Antiga, os bebês deformados eram abandonados em uma montanha. Em Esparta, os bebês que não pudessem servir o Estado em virtude de alguma malformação eram eliminados, ou seja, atirados do alto de uma montanha.

Com o advento do cristianismo, o abandono e a morte dos bebês malformados cessaram devido a sua proibição. Surgiu uma nova idéia: que “a vida iniciava-se com a concepção e tratava-se de dom recebido diretamente de Deus” (TESSARO, 2006, p. 28), ninguém nela podendo intervir.

Na Primeira Guerra Mundial (1914-1918) surgiu o aborto eugênico. As mulheres estupradas pelos invasores deviam submeter-se à interrupção da gravidez. Diante disso, ganhou imperatividade a ideologia de evitar a transmissão de doenças trazidas pelos invasores mediante o aborto.

Foi na Alemanha nazista de Adolf Hitler que a terminologia aborto eugênico adquiriu maior expressividade. Isso ocorreu porque Hitler adotou medidas que consistiam na preservação da pureza da raça ariana, medidas estas conhecidas por eugênicas. Os bebês malformados eram abandonados ou conduzidos a morte. Obrigava-se o aborto de fetos, inviáveis ou não, sadios ou malformados, para preservar a raça ariana.

O aborto eugênico tem por objetivo preservar a pureza da raça, evitando, a miscigenação e a transmissão de doenças, contudo, essa terminologia continua vinculada ao nazismo. Hoje, tem-se invocado a eugenia de Hitler como motivo determinante para a proibição da interrupção da gravidez de anencéfalo, impedindo a tutela da integridade física, psíquica e da dignidade da gestante. Por isso, a terminologia aborto eugênico é equivocada.

Portanto, há diferença entre interrupção da gravidez quando o feto é portador de anomalia que reduza sua qualidade de vida daquele acometido por anomalia que torne impossível a vida extra-uterina. A seletividade incutida no aborto eugênico em razão de seus aspectos históricos não está presente na interrupção da gravidez em virtude de anomalia incompatível com a vida extra-uterina.

4.2 AS DIFERENTES TERMINOLOGIAS CONFERIDAS AO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

O aborto eugênico ou seletivo surgiu da prática nazista, pois “destinava a eliminar seres tidos como inferiores, tais como eram considerados os judeus, ciganos, negros ou árabes” (CRISPIN, 2005, p. 03). Ainda tem como idéia a seleção humana com fulcro nas leis genéticas – a escolha de seres perfeitos.

Diante disso, a interrupção da gravidez de feto portador de anomalias físicas e psíquicas graves, desde a síndrome de down até a anencefalia, passou a ser tratada como prática eugênica. Por isso, Débora Diniz e Marcos de Almeida diferenciaram os tipos de aborto levando em consideração as seguintes situações:

Interrupção eugênica da gestação (IEG): são os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos etc [...] Regra geral, a IEG processa-se contra a vontade da gestante, sendo esta obrigada a abortar; Interrupção terapêutica da gestação (ITG): são os casos de aborto ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante [...]; Interrupção seletiva da gestação (ISG): são os casos de aborto ocorridos em nome de anomalias fetais, isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões fetais. Em geral, os casos que justificam as solicitações de ISG são de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, sendo o exemplo clássico a da anencefalia; Interrupção voluntária da gestação (IVG): são os casos de aborto ocorridos em nome da autonomia reprodutivos da gestante ou do casal, isto é, situações que se interrompe a gestação porque a mulher ou o casal não mais deseja a gravidez, seja ela fruto de estupro ou de uma relação consensual [...] (DINIZ; ALMEIDA, 1998, p. 126-127).

Hoje, Débora Diniz considera a interrupção da gravidez por anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina como antecipação terapêutica do parto, inclusive por não provocar danos ao feto, e invoca como fundamentos éticos da antecipação terapêutica do parto a promoção e respeito à autonomia reprodutiva das mulheres e o princípio da dignidade humana (DINIZ, 2004, p. 80-81).

Não é qualquer tipo de malformação capaz de ensejar autorização para interrupção da gravidez. Malformações ou defeitos que não impedem a sobrevivência, mas apenas reduzem a qualidade de vida, não são motivos suficientes para a interrupção.

Nesse sentido, Anelise Tessaro diferencia feto inviável de feto malformado. O feto malformado é aquele que nasce com anomalia genética, que reduz a sua qualidade de vida, porque há limitações de seu organismo, porém consegue sobreviver fora do útero materno. Já o feto inviável nasce com anomalia, grave e incurável, incompatível com a vida extra-uterina (TESSARO, 2006, p. 25).

Diante dos diversos termos utilizados, o mais adequado é a própria expressão aborto ou interrupção da gravidez por anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina. Abortar e interromper são palavras com o mesmo significado: pôr termo a gestação.

4.3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ANENCEFALIA

A anencefalia consiste em uma malformação fetal incompatível com a vida extra-uterina, também conhecida pela ausência parcial ou total de cérebro, decorrente de malformação do tubo neural. É mais freqüente nos fetos femininos (REZENDE, 1991, p. 815).

Para um conceito técnico-científico, a anencefalia é uma “anomalia do sistema nervoso central que se caracteriza, genericamente, pela ausência da abóbada craniana, massa encefálica reduzida a vestígios da substância cerebral” (REZENDE, 1991, p. 815).

No desenvolvimento normal, as células da placa neural dobram sobre si mesmas dando origem ao tubo neural, que, por sua vez, forma a coluna vertebral e no seu interior a medula espinhal. Continuamente, o pólo superior do tubo neural transforma-se no cérebro (PERGUNTAS MAIS FREQUENTES SOBRE ANENCEFALIA, 2006). No caso de anencefalia, o tubo neural não se fecha completamente e o feto nasce com ausência parcial ou total de cérebro.

O sistema nervoso central é composto pelo encéfalo, protegido pela caixa craniana, e pela medula espinhal, protegida pela coluna vertebral. O encéfalo está dividido em prosencéfalo, mesencéfalo e rombencéfalo.

O prosencéfalo é formado pelo telencéfalo e diencéfalo. O telencéfalo é mais conhecido por cérebro, este dividido em dois hemisférios cerebrais, o esquerdo e o direito. O cérebro é formado pelo córtex cerebral (massa cinzenta) e pelos ossos frontal, parietal, occipital e temporal. Já o diencéfalo é composto pelo tálamo e hipotálamo, responsáveis pelos controles da temperatura corporal, apetite, balanço da água no corpo e sono, além da transmissão de impulsos nervosos para o córtex cerebral. O mesencéfalo e o rombencéfalo, este dividido em cerebelo e bulbo, compõem o tronco encefálico. O tronco encefálico é responsável pela respiração, pelos batimentos cardíacos e pela pressão arterial (VILELA, 2007). O sistema nervoso central é o sistema mais complexo do organismo humano, sendo o cérebro o órgão mais importante, pois “controla os movimentos, recebe e interpreta os estímulos sensitivos, coordena os atos de inteligência, de memória, de raciocínio e de imaginação” (SISTEMA NERVOSO CENTRAL, 2007).

O anencéfalo com ausência total de cérebro nasce sem prosencéfalo e mesencéfalo. Por sua vez, está desprovido dos ossos e hemisférios cerebrais, córtex cerebral, tálamo e hipotálamo. Não consegue controlar e coordenar o corpo humano através dos nervos sensitivos e motores e transmitir os impulsos nervosos para o cérebro,

pois sem ele não é possível interpretar os sinais. Por ser total a ausência de cérebro, embora possa apresentar tronco encefálico bem primitivo, há comprometimento gravíssimo de toda estrutura encefálica, principalmente pela exposição (abertura do crânio). Nesse caso, a anomalia é tão grave que o feto morre durante a gestação ou logo após o parto, pois somente consegue sobreviver graças ao organismo de sua mãe, que o alimenta. Ademais, levada a gravidez a termo, o anencéfalo nasce sem couro cabeludo, calota craniana e meninges¹⁶, além de alterações na estrutura facial, orelhas e globos oculares. Com ausência total, o bebê não é viável e não tem potencialidade de vida.

O anencéfalo com ausência parcial de cérebro nasce com parte do encéfalo e o tronco encefálico permanece intacto. Essa malformação atinge parcialmente os hemisférios cerebrais e o córtex cerebral. O cérebro interpreta alguns estímulos nervosos e consegue, ainda que limitadamente, coordenar e controlar o corpo humano. A malformação não afeta toda a estrutura encefálica. O anencéfalo com ausência parcial de cérebro é viável e tem potencialidade de vida extra-uterina, ainda que remota e com qualidade de vida reduzida. Nesse caso, também nasce sem couro cabeludo, calota craniana e apresenta alterações faciais, orelhas e globos oculares.

Os casos de sobrevivida registrados foram de bebês com ausência parcial de cérebro, como é o caso de Marcela de Jesus Ferreira.

A anencefalia, como uma anomalia incurável e irreversível, difere-se da Síndrome de Down e de qualquer outro defeito genético que não impede a sobrevivida, pois, embora haja deficiência, limitando alguma parte do corpo humano, a deformidade é compatível com a vida extra-uterina.

A suspeita de anencefalia pode ocorrer na 15^o semana (REZENDE, 1991, p. 815) após a concepção. Entretanto, é constatada entre a 16^o a 18^o semana de gestação (REZENDE, 1991, p. 815) através dos exames de pré-natal, isto é, a partir do quarto mês de gestação. O principal método empregado é a ultra-sonografia. Além desse, deve ser feito, posteriormente, os exames de alfafetoproteína¹⁷ e de amniocentese¹⁸.

16 Meninge é cada uma das três membranas superpostas (dura-máter, aracnóide e pia-máter) que envolvem o encéfalo e a medula espinhal.

17 Exame de Alfafetoproteína ou exame de sangue - os níveis de alfafetoproteína são medidos pelo soro materno. A alfafetoproteína (AFP) é uma proteína liberada, através da urina do feto, no líquido amniótico. Por sua vez, essa proteína entra na corrente sanguínea da mãe através da placenta. O feto portador de anencefalia libera maiores quantidades de AFP no líquido amniótico (PERGUNTAS MAIS FREQUENTES SOBRE ANENCEFALIA, 2006).

18 Exame de Amniocentese – é a verificação de anomalias cromossômicas e defeitos genéticos mediante punção do útero para retirada de amostra de líquido amniótico.

A aparição da anencefalia era vista sob duas teorias: defeito no fechamento do tubo neural e excesso de líquido cefalorraquidiano. Hoje não se sabe a origem da anomalia, sendo mais aceito como causa a combinação de fatores genéticos com fatores ambientais. Uma das maiores causas da anencefalia tem sido a falta ou a ausência de ingestão de ácido fólico. Outra causa está ligada aos fatores ambientais. A poluição ambiental na cidade de Cubatão ensejou os primeiros casos de anencefalia (BRITO, 2006).

Em relação à extração do feto anencefalo durante o parto, Rezende explica que a tração será praticada introduzindo um dedo na boca do feto juntamente com o auxílio de um gancho, pois o fórcepe é infrutífero em virtude da ausência de pega sólida. Além disso, o parto pode apresentar dificuldade em razão da largura das espáduas, isto é, as partes moles do canal são pouco distendidas pela cabeça pequena (REZENDE, 1991, p. 816).

Há vários argumentos para a proibição da interrupção da gravidez por anomalia fetal. Débora Diniz cita três premissas¹⁹ nas quais se amparam os adeptos contrários ao aborto: a premissa da santidade da vida humana, a premissa da ladeira escorregadia e a premissa da potencialidade. Segundo a autora:

A premissa da santidade da vida humana defende a idéia de que a vida é um dom ou um bem divino e que não deve ser objeto de intervenção humana. Acredita-se que exista um ciclo natural da vida e que qualquer tentativa de intervir nele seria um atentado à ordem divina. Aqueles que defendem essa premissa baseia-se em crenças religiosas que partem do pressuposto da intocabilidade da vida humana.

A premissa da ladeira escorregadia sustenta que uma maior tolerância da legislação que rege o aborto provocaria uma flexibilização moral no campo da reprodução. Ou seja, se neste momento é o aborto o que se discute, adiante seria o infanticídio e, mais adiante, a eutanásia neonatal, por exemplo. No campo do aborto por anomalia fetal, a premissa da ladeira escorregadia aponta para o risco permanente do revigoramento da eugenia.

A premissa da potencialidade defende que entre um feto, uma criança e um adulto há uma relação de continuidade. Um feto teria todas as potencialidades para se desenvolver e transformar-se em um indivíduo adulto, caso lhe fosse permitido o pleno desenvolvimento biológico intra-útero. O feto seria já um indivíduo e, conseqüentemente, um dano ao feto deveria ser considerado um dano a um indivíduo vivo (DINIZ, 2004, p. 66-67).

19 Entende-se por premissa como sendo um postulado moral no qual aquele que nela acredita apresenta uma enorme resistência em modificá-lo.

Além dessas premissas, deve-se acrescentar a premissa do erro do diagnóstico. Se há probabilidade de erro no diagnóstico de anencefalia, deve-se proibir a prática abortiva.

O anencéfalo total possui anomalia incompatível com a vida extra-uterina. Não tem potencialidade de vida, isto é, não viverá fora do útero. O anencéfalo parcial tem potencialidade de vida extra-uterina, ainda que remota e com reduzida qualidade. Diante disso, como é considerado o anencéfalo? Pessoa ou coisa?

O aborto, no Código Penal, está disposto entre os crimes contra pessoa e os crimes contra a vida. Se ao anencéfalo for atribuído o estado de pessoa haverá restrição à prática abortiva, porque passa a ser considerado uma pessoa antes mesmo de seu nascimento com vida. Se considerado uma coisa, não haverá qualquer restrição jurídica.

A pessoa é o que define o indivíduo em diferentes estágios da vida – fetos e indivíduos são pessoas, porque são formados por células humanas. Essas células geram a capacidade ou a potencialidade de viver a vida (DINIZ, 2004, p. 71). Para a autora “na ausência de vida ou na ausência de potencialidade da vida, não há pessoa, apenas coisa e, o mais importante: o princípio do direito à vida perde o objeto de proteção, que é a própria vida” (DINIZ, 2004, p. 74).

O anencéfalo com ausência total de cérebro é um ser humano. É formado por células humanas, que compõem todos os sistemas do organismo humano, desde o nervoso ao digestório. Não será uma pessoa, pois não há possibilidade de vida extra-uterina e potencialidade de ser uma pessoa. Por outro lado, não deve ser considerado como coisa, algo inanimado. É ser humano, porque é composto por células humanas, e tem vida intra-uterina.

O anencéfalo com ausência parcial de cérebro, embora com remota possibilidade de vida extra-uterina e qualidade reduzida, é um ser humano e será uma pessoa. É um ser humano, porque é formado por células humanas, e tem vida intra-uterina. Será uma pessoa, porque tem potencialidade de vida extra-uterina e de personalidade.

Imagine que o médico diagnosticou anencefalia total. Imagine uma pessoa vivendo sem cérebro, com o crânio aberto, com a ausência dos órgãos que o compõem e de toda a estrutura encefálica. Impossível. Esse ser em desenvolvimento jamais se relacionará com o meio extra-útero, bem como será capaz de desenvolver-se como pessoa. E se o médico diagnosticar anencefalia parcial? Ainda que precariamente, o anencéfalo tem potencialidade de vida extra-uterina, relacionando-se com o meio externo e com chances de se desenvolver como pessoa. Embora sua qualidade de vida seja bem reduzida, não se sabe por quanto tempo ele irá sobreviver. Não se sabe os limites físicos e psíquicos de seu corpo.

De fato, o anencéfalo total tem vida intra-uterina e isso não basta para dizer que há vida. Ainda que possa viver temporariamente (no útero), não terá possibilidade de vida extra-uterina e qualidade de vida, ainda que reduzida. Portanto, não se atribui ao ovo, embrião ou feto o estado de pessoa, mas a ele apenas é antecipada a reserva de direitos.

O conceito de vida é amplo, podendo ser utilizado em vários sentidos como, por exemplo, biológico, espiritual, jurídico.

Existe a vida intra e a extra-uterina. A vida intra-uterina inicia-se após a fixação do óvulo fecundado na parede do útero (nidação), onde se forma e se desenvolve. Em continuidade, tem-se a vida extra-uterina, que se inicia com o nascimento (ruptura da bolsa), ou seja, com o parto, e termina com a morte.

Segundo os ensinamentos de Pietro Alarcón, o conceito de vida constantemente sofre modificações, sempre mantendo o pressuposto da “existência de algo que, indiscutivelmente, se anima, que promove um ímpeto, um movimento, a concretização de uma potência – potencialidade vital – que lhe é inerente” (ALARCÓN, 2004, p. 24).

Assim, a vida é um sistema, caracterizado principalmente pelo conjunto de funções biológicas, que confere ao ser humano capacidade de existir como pessoa e indivíduo, ou seja, como organismo autônomo, conferindo-lhe autodeterminação. Desse modo, não basta possuir atividades isoladas – respiração ou batimento cardíaco ou atividade cerebral – para dizer que há vida. É necessário a potencialização do ser nascente como pessoa e, para que isso aconteça, é imprescindível a presença da vida em seu todo, isto é, respiração, batimento cardíaco e, principalmente, atividade cerebral, ainda que se apresentem de forma precária.

Desse modo, o anencéfalo total ou parcial é considerado ser humano, pois seu organismo é formado por células humanas, e possui vida intra-uterina. Todavia, somente o anencéfalo com ausência parcial de cérebro será considerado uma pessoa, porque tem potencialidade de vida extra-uterina e vida autônoma.

4.4 FUNDAMENTOS PARA A INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO DE ANENCÉFALO

Diversas teorias são invocadas como fundamento para a interrupção da gravidez em caso de anencefalia.

A teoria da tipicidade é adotada por pessoas contrárias à prática abortiva, como o Conselho Nacional de Bispos e a Associação Pró-Vida e Pró-Família. Segundo essa teoria, a vida é tida como um dom divino, não se permitindo a intervenção

humana. Acredita-se que todos têm o direito de nascer, viver e morrer, independente da condição do feto. Nesse sentido, a interrupção da gravidez de anencéfalo parcial ou total constitui crime de aborto.

O aborto de anencéfalo com ausência total ou parcial de cérebro também é considerado como fato atípico, não preenchendo o tipo penal descrito na norma. Trata-se de atipicidade específica em razão da inexistência do elemento objetivo vida intra-uterina, requisito essencial para caracterizar a conduta delituosa. Paulo César Busato entende:

Não ser possível a caracterização do aborto, porque este é um dispositivo jurídico que se inscreve no capítulo dos delitos dolosos contra a vida. A vida é o bem jurídico protegido pelo aborto. Se onde há cessação da atividade cerebral não há vida, não há objeto jurídico. Não havendo objeto jurídico, não há proteção jurídica justificada. Como tal, não pode existir responsabilidade penal (BUSATO, 2005, p. 96).

Compartilha do mesmo entendimento Alberto Silva Franco, que menciona faltar na anencefalia os elementos indicadores do aborto, inclusive o reconhecimento prévio da existência de vida humana intra-uterina, tratando-se de fato atípico (FRANCO, 2005, p. 416). Para Diaulas Costa Ribeiro, o feto inviável transforma a gravidez fisiológica em uma gravidez patológica, não sendo sujeito passivo do crime de aborto em virtude da inaptidão para atingir o *status* de pessoa, exigência do tipo penal para que haja crime de aborto (RIBEIRO, 2004, p. 100). Nessa mesma linha, Adel El Tasse entende que a formação de um feto sem atividade encefálica implica em um feto sem possibilidade de vida (TASSE, 2004, p. 35).

Na exclusão da culpabilidade, há crime, mas a pena não é imposta. Segundo preceitua Mirabete, a culpabilidade é composta por três elementos: imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa (MIRABETE, 2004, p. 198). Embora haja crime, com a ausência de um desses elementos, não há culpa e, não havendo culpa, há isenção de pena. No caso de anencefalia, invoca-se a inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, não se pode exigir da gestante comportamento diverso da interrupção da gravidez. Luiz Augusto Coutinho explica:

Na culpabilidade, exige-se a comprovação, antes de se formular o juízo completo de culpabilidade, se um autor, com capacidade de culpabilidade e conhecimento da ilicitude de sua ação, realizou um fato típico e antijurídico, mas encontrava-se numa situação tão extrema que não seria aconselhável, do ponto de vista dos fins de pena, impor-lhe uma sanção penal, nesta hipótese inegavelmente encontra-se a mãe que carrega no seu ventre o feto anencéfalo (COUTINHO, 2005, p. 42).

Essas teorias também se apóiam no direito de escolha da gestante em interromper ou não a gravidez. O principal objetivo do direito de escolha é a proibição da interrupção da gravidez de anencéfalo ser equiparada à tortura. Obrigar a mulher levar a gestação a termo seria tratamento desumano vedado pela Constituição Federal. Também é visto sob a ótica da valorização da vida da gestante sob o âmbito emocional. Há conflito de dois direitos fundamentais: a vida da gestante e a vida do anencéfalo. Com esse raciocínio, delimita Miriam Cristina Crispin:

Ao impedir a interrupção da gravidez de feto anencefálico, há tratamento equiparado ao da tortura, que se configura sempre que há violação, intencional, do direito de uma pessoa, causando dores ou sofrimento agudo, físico ou mental, consubstanciado no impedimento de todos os mecanismos legais para fazer uso de sua vontade (CRISPIN, 2005, p.04).

Preceitua Carlos Gherardi e Isabel Kurlat:

En todos los casos la viabilidad resulta concebible en relación a fetos intrínsecamente sanos o potencialmente sanos [...] El feto anencefálico es un feto intrínsecamente inviable [...] La protección de la vida de un feto tiene sentido cuando ésta es posible por definición fuera del seno materno [...] La interrupción del embarazo no será nunca la causa de la muerte del feto²⁰ (GHERARDI; KURLAT, 2005, p. 59-60).

Portanto, é imprescindível a reforma do Código Penal para inclusão do inciso III no artigo 128, tratando o aborto de anencéfalo total como excludente de antijuridicidade (ausência de potencialidade de vida extra-uterina), intitulando-o: aborto por anomalia fetal incompatível com a vida. Excluindo a antijuridicidade do aborto, não há crime. O resultado seria:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto por anomalia fetal incompatível com a vida

III – se o produto da gravidez apresentar anomalia grave, incurável e irreversível, incompatível com a vida extra-uterina, atestada por médico de equipe especialista, precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

§ 1º A anomalia fetal incompatível com a vida consiste na impossibilidade de vida extra-uterina e potencialidade de pessoa. Consideram-se anomalias

20 Em todos os casos, a viabilidade é concedida em relação a fetos essencialmente saudáveis e potencialmente saudáveis [...] O feto anencéfalo é um feto essencialmente inviável [...] A proteção da vida do feto tem sentido quando esta é possível fora do útero materno [...] A interrupção da gravidez nunca será a causa da morte do feto.

fetais incompatíveis com a vida àquelas listadas pelo Ministério de Estado da Saúde.

§ 3º No caso do inciso III, se o cônjuge da gestante for manifestamente contrário à interrupção da gravidez, caberá ao juiz a decisão.

É importante esclarecer que a gestação de anencéfalo pode colocar em risco a vida da gestante e com isso levar o médico a interromper a gravidez para salvar a vida da gestante com fulcro no artigo 128, inciso I, do Código Penal.

4.5 A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DE ANENCÉFALO

O transplante de órgãos, disposto na Lei nº 9.434/97 e alterada pela Lei nº 10.211/2001, consiste na retirada de órgão, tecido ou parte do corpo de um ser humano para inseri-lo em outro corpo humano ou no mesmo, porém em outra parte do corpo. É realizado em vida ou após a morte, este conhecido como transplante *post mortem*, dependendo do consentimento do doador ou de sua família.

No Brasil, adotava-se o modelo do consentimento presumido²¹. Hoje, pela Lei nº 10.211/2001, adota-se o modelo do consentimento (*opting in system*).

Em se tratando de transplante *post mortem*, é imprescindível que haja diagnóstico de morte encefálica, que deverá ser constatada e registrada por dois médicos que não façam parte da equipe de transplante. Quanto à disposição de órgãos do corpo humano vivo, deve-se observar as exigências legais, bem delineadas na referida lei de transplantes.

No caso de doação de órgãos *post mortem*, é lícito sejam mantidas as funções biológicas do doador por um determinado tempo após a morte, para que o órgão não se deteriore e o transplante seja realizado com êxito. Emprega-se a técnica homeostática²². Para a realização desse tipo de transplante não se pode olvidar da necessidade de morte encefálica, diagnosticado pelo encefalograma plano²³ (DINIZ, 2002, p. 276).

No feto portador de anencefalia pode ser constatada a morte encefálica?

21 Artigo 4º da Lei nº 9.434/97.

22 Técnica homeostática - consiste em manter a circulação e a oxigenação do organismo, após a morte, para evitar que determinados órgãos se deteriore como, por exemplo, o pulmão, cujo prazo viável é três horas depois da morte (DINIZ, 2002, p. 274).

23 Encefalograma plano constata a inexistência de impulsos elétricos no Sistema Nervoso Central.

O anencéfalo com ausência parcial de cérebro será doador de órgãos *post mortem*, tão-somente após a sua morte. Primeiro ele terá resguardado seu direito à vida, pois tem potencialidade de vida extra-uterina. Somente após o nascimento e a constatação de morte encefálica, será considerado doador legal de órgãos. A doação de órgãos do anencéfalo parcial caracteriza crime de homicídio.

O anencéfalo com ausência total de cérebro poderá ser doador legal de órgãos, porque não possui qualquer atividade cerebral para manter o organismo vivo extra-uterinamente, uma vez ser o cérebro o principal órgão do corpo humano. Essa anomalia que o acomete é tão grave que jamais reverterá o quadro clínico: ausência de cérebro. O transplante deverá ser realizado logo após a interrupção da gravidez ou do parto. Os órgãos, por si só, já são debilitados em razão da anomalia e a perda de tempo torna-os imprestáveis para o transplante.

Recentemente o Juiz Cândido de Andrade Villaça, da Comarca de Taipu, no Rio Grande do Norte, proferiu decisão favorável, autorizando a retirada de órgãos de recém-nascido anencéfalo para doação. Inicialmente, a mãe da criança ingressou com pedido liminar para antecipação do parto, porém, voltou atrás e optou pelo prosseguimento com o intuito de salvar a vida de outra criança (DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DE BEBÊ ANENCÉFALO É AUTORIZADO NO RN, 2006).

Diante da ausência total de cérebro, o artigo 3º da Lei de Transplantes²⁴ passará a vigorar com o § 4º, com a seguinte redação:

§ 4º Equipara-se à morte encefálica, para fins de transplantes, a anencefalia com ausência total de cérebro.

Desse modo, o médico, ao constatar a gravidez anencefálica total, poderá atestar, morte encefálica no feto para fins de transplante de órgãos, o que torna desnecessária a espera pelo término da gravidez. Assim, a gestante poderá antecipar o parto e doar os órgãos do anencéfalo total, bem como, se desejar, aguardar o termo da gravidez para a realização do referido procedimento. Ressalte-se a livre decisão da gestante ou do casal.

24 Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, destinada ao transplante ou ao tratamento, deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

4.6 A HISTÓRIA DOS BEBÊS ARTHUR B. SCHLOBACK SANTOS E MARCELA J. GALANTE FERREIRA

O bebê Arthur nasceu com hipoplasia no coração esquerdo. Essa malformação cardíaca é caracterizada pela inexistência do ventrículo esquerdo do coração. Foi submetido à intervenção cirúrgica, porém o coração de Arthur não reagiu favoravelmente (BOLETIM MÉDICO, 2006). Nesse ínterim, apareceu um casal determinado a doar o coração de seu filho anencéfalo. Em contrapartida, surgiu o problema da constatação da morte encefálica no bebê anencéfalo. Para ajudar os pais de Arthur, o coordenador do Rio Transplantes, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, Joaquim Ribeiro Filho, assumiu a responsabilidade pela realização do transplante de órgão do bebê anencéfalo, com respaldo na Resolução nº 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina. Entretanto, os pais de Arthur tomaram conhecimento de que o bebê anencéfalo era menor que seu filho e o coração não resistiria a diferença de pesos (O BEBÊ ARTHUR, 2006).

Já Marcela nasceu com anencefalia, ausência parcial de cérebro. Após o diagnóstico da anomalia, em nenhum momento, a mãe de Marcela pensou na possibilidade de interrupção da gravidez. A pediatra Márcia Barcellos, que cuida do caso, afirmou que Marcela “possui uma pequena porção do córtex cerebral (localizado na parte frontal da cabeça), mas, isso não impede o bebê de ser classificado como anencéfalo” (MENINA QUE NASCEU SEM CÉREBRO SOBREVIVE A NOVE DIAS, 2006).

Não será admitido tirar a vida de um anencéfalo parcial para salvar a vida de outra criança. Nesse caso, não há que se falar em limitabilidade do bem jurídico, ou seja, prevalência do bem jurídico de maior valor em detrimento do bem jurídico de menor valor. Tanto a vida de Arthur como a de Marcela são bens jurídicos de extrema importância.

4.7 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ANENCEFALIA

Tem-se notícia que a primeira decisão judicial autorizando a interrupção da gestação de anencéfalo no Brasil foi proferida na cidade de Rio Verde, no Estado do Mato Grosso do Sul, em 1991 (DINIZ, 2004, p. 44).

Estima-se que já foram emitidas pelo Poder Judiciário duas mil autorizações para a interrupção da gravidez em caso de anomalia fetal incompatível com a vida, sendo já teve situações de chegar o momento do parto sem obter a decisão favorável ou não do Judiciário (OLIVEIRA; MONTENEGRO; GARRAFA, 2005, p. 79-80).

Diante dessa situação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), juntamente com o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros – ANIS, em 2004, ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) com a finalidade de que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a inviabilidade do feto anencefalo e o direito da gestante à antecipação terapêutica do parto sem autorização judicial, bem como suspendesse o andamento de processos e decisões judiciais não transitadas em julgado que discutissem a mesma matéria.

A CNTS argumentou ser perigosa a manutenção do feto no útero da mãe, podendo acarretar danos à saúde e perigo de vida, indicando a antecipação terapêutica do parto como medida única e eficaz para o tratamento da gestante (CNTS PEDE AO STF QUE ANTECIPAÇÃO DO PARTO DE FETO SEM CÉREBRO NÃO SEJA CARACTERIZADA COMO ABORTO, 2006) e, ainda, a proibição da antecipação do parto viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia individual e o direito à saúde.

Ante o pedido contido na arguição de preceito fundamental ajuizada pela Confederação, o Ministro Marco Aurélio concedeu a liminar²⁵. Contudo, em outubro de 2004, a liminar foi cassada pelo Supremo Tribunal Federal por maioria dos votos, com efeitos *ex nunc*. Apenas mantiveram a suspensão de processos e decisões judiciais não transitadas em julgado (STF CASSA LIMINAR QUE PERMITIA ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE FETO ANENCEFÁLICO, 2006).

O documentário *Uma História Severina*, criado pela antropóloga Débora Diniz e pela jornalista Eliane Brum, mostra a trajetória de Severina, grávida de anencefalo, internada no hospital para interrupção da gravidez, quando recebe a notícia de que o Supremo Tribunal Federal cassou a liminar que autorizava a interrupção da gravidez (SINOPSE DO DOCUMENTÁRIO UMA HISTÓRIA SEVERINA, 2007).

Ainda há posicionamentos divergentes em todos os graus de jurisdição, colocando as gestantes em posições desiguais.

Acrescenta-se à discussão a laicidade do Estado. Até que ponto a religião deve interferir nas decisões judiciais? O artigo 5º, inciso VIII²⁶, da Constituição Federal põe a salvo a liberdade religiosa. Segundo, Adel El Tasse:

A mãe está obrigada a fazer o aborto em constatando a anencefalia do feto que carrega? Seguramente não. Seus valores emocionais, morais e religiosos podem conduzi-la à conclusão de que deve percorrer todo o período de ges-

25 Essa decisão está disponível no site do Supremo - www.stf.gov.br.

26 Art. 5º, VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

tação e dar à luz a um ser, mesmo sabedora de que este não viverá [...] Justamente, a questão não é se deve ou não a mãe realizar o aborto na hipótese de o feto se formar sem encéfalo, é de garantir a ela o direito de escolher, consciente de seus valores morais e religiosos. O que não se admite é que o Estado, carregado de religiosidade, intervenha em tal escolha para impedir a mulher de praticar um ato que não é, e nem poderia ser ilegal (TASSE, 2004, p. 41).

É de conhecimento geral que não há regulamentação legal para a interrupção da gravidez de anencéfalo e, por isso, as gestantes ingressam judicialmente com intuito de obterem autorização. De modo geral, o parecer do Ministério Público e a decisão do magistrado, autorizando ou não a interrupção da gestação e a doação de órgãos de anencéfalo total, devem ser imparciais à religião pessoal e ter tão-somente embasamento jurídico, mas nada impede a invocação de Deus²⁷.

5 PROJETOS DE LEI, RESOLUÇÕES E PORTARIA

5.1 OS PROJETOS DE LEI Nº 1.956 DE 1996, Nº 227 DE 2004 E Nº 4.403 DE 2004 E A RESOLUÇÃO Nº 348 DE 2005 DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE

As anomalias que atingem o feto e tornam sua existência incompatível com a vida extra-uterina vêm merecendo atenção com o aumento dos casos de anencefalia e de outras malformações fetais como a amielencefalia, ausência de cérebro e de medula espinhal, e a craniorraquisquise, necrose do cérebro e da medula espinhal em razão da exposição ao líquido amniótico.

É compreensível que em 1940 não havia equipamentos tecnicamente evoluídos para constatarem malformações fetais ainda no útero materno. Hoje, os avanços da medicina fetal e da tecnologia possibilitaram diagnósticos precisos, constatando, durante a gestação, anomalias curáveis e incuráveis. Diante disso, surgiram projetos de lei, que ainda tramitam nas casas legislativas, autorizando a interrupção da gravidez de fetos portadores de malformações incompatíveis com a vida extra-uterina.

O Projeto de Lei nº 1.956 de 1996, proposto por Marta Suplicy, dispõe acerca da autorização da interrupção da gravidez nos casos de malformação fetal incompatível com a vida ou de doença degenerativa incurável, precedida de indicação médica,

27 É o que estabelece o preâmbulo da Constituição Federal.

e a constatação da impossibilidade de vida extra-uterina, acompanhada do consentimento da gestante ou de seu representante legal, além das orientações do médico sobre a anomalia. Esse projeto foi arquivado em decorrência do término da legislatura de Marta Suplicy, porém se tem notícia do pedido de desarquivamento da referida proposição em março de 2007.

O Projeto de Lei nº 227 de 2004 do Senado Federal, elaborado pelo Senador Mozarildo Cavalcanti, ainda em andamento, visa alterar o artigo 128 do Código Penal com o intuito de não punir o aborto realizado por médico em caso de anencefalia. Trata do risco à saúde física e psicológica da mãe, bem como da impossibilidade de vida extra-uterina como motivos determinantes à interrupção da gravidez.

O Projeto de Lei nº 4.403 de 2004, proposto pela Deputada Jandira Feghali e arquivado pelo término de sua legislatura, também dispõe acerca do acréscimo do inciso III ao artigo 128 do Código Penal, intitulado como aborto terapêutico, não punindo o aborto praticado por médico, quando o nascituro apresenta grave e incurável anomalia, que implique na impossibilidade de vida extra-uterina. Esse projeto tem como argumento a saúde física e psicológica da gestante, conferindo-lhe o direito de optar pela interrupção quando o diagnóstico evidenciar anomalia incompatível com a vida fora do útero.

Além desses projetos, tem-se a Resolução nº 348 de 2005 do Conselho Nacional de Saúde versando sobre a anencefalia. Ela explica os riscos inerentes à gravidez de anencéfalo e manifesta-se pelo direito de escolha da gestante, levando em consideração o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que trata do direito à saúde.

Embora existam vários projetos em tramitação, tratando das anomalias incompatíveis com a vida, em especial a anencefalia, é necessária a elaboração de um projeto mais específico, que deixe expressamente claro ser a anomalia incurável, irreversível e incompatível com a vida extra-uterina, sem qualquer potencialidade de vida após o parto, e, ainda, faça distinção entre o anencéfalo com ausência total e parcial de cérebro.

5.2 A RESOLUÇÃO Nº 1.752 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E O PROJETO DE LEI Nº 6.599 DE 2006

O Conselho Federal de Medicina elaborou a Resolução nº 1.752 de 2004 que autoriza, eticamente, o uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais, seja o anencéfalo parcial ou total.

Os artigos 1º e 2º da Resolução permitem que os médicos possam realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos de anencéfalo, após o seu nascimento, desde que os pais autorizem, formalmente, com no mínimo quinze dias de antecedência da data do nascimento.

Algumas considerações são feitas pela Resolução diante da possibilidade de transplante de órgãos e tecidos de anencéfalo. Trata os anencéfalos como natimortos cerebrais, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro. Explica que, durante as primeiras horas pós-parto, o anencéfalo tem parada cardiorrespiratória, tornando os órgãos, muitas vezes, inviáveis e de dimensões incompatíveis. Os pais devem demonstrar sentimento de solidariedade, pois deixaram de optarem pela interrupção da gestação e optaram pelo prosseguimento da gravidez com o intuito de doarem os órgãos de seu filho anencéfalo.

Tem-se notícia que o Ministério da Saúde, mediante o Sistema Nacional de Transplante, entregou ao Conselho Federal de Medicina um pedido formal de revisão da Resolução nº 1.752 de 2004 para que a prática seja proibida (LOPES, 2006).

Difícilmente se obtém êxito com o transplante, porque a criança deve receber órgãos com dimensões compatíveis com a sua idade. Além disso, o anencéfalo tem maior probabilidade de desenvolver outras malformações e infecções, obstaculizando a realização do transplante.

Em 2006, Marco Abramo apresentou o projeto de lei nº 6.599 alterando a Lei nº 9.434 de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento para que portadores de anencefalia possam ser doadores, equiparando a anencefalia à morte encefálica. Esse projeto transforma tanto o anencéfalo com ausência parcial como o anencéfalo com ausência total doadores de órgãos, considerando nos dois casos o diagnóstico de morte encefálica.

A resolução e o projeto acima expostos devem ser revistos ante a ausência da distinção entre anencéfalo total e parcial e a equiparação da anencefalia à morte encefálica.

5.3 A PORTARIA Nº 487 DE 2007 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

O Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 487 de 02 de março de 2007, dispondo sobre a remoção de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento. O artigo 1º estabelece que a retirada de órgãos e tecidos do anencéfalo para fins de doação deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível. Aqueles que não cumprirem o estabelecido nesse artigo estarão

sujeitos as sanções penais previstas nos artigos 14, 16 e 17 da Lei nº 9.434/97 – Lei de Transplantes, além das demais sanções cabíveis, como a administrativa.

Analisando a portaria, ela só deve ser aplicada ao anencéfalo com ausência parcial de cérebro, porque somente ele deve ser considerado doador legal de órgãos após a constatação da sua morte e esta poderá ser diagnosticada pela parada cardíaca ante a precariedade de seu sistema respiratório²⁸.

6 CONCLUSÃO

A anencefalia é uma anomalia decorrente de defeito do fechamento do tubo neural, caracterizada pela ausência total ou parcial de cérebro, tratando-se de uma anomalia fetal irreversível, incurável e incompatível com a vida extra-uterina.

O aborto, em regra, é crime contra a vida previsto no ordenamento jurídico brasileiro, tratado no Código Penal de 1940, salvo as exceções em que se permite o aborto para salvar a vida da gestante ou no caso de estupro e atentado violento ao pudor. São conhecidos, respectivamente, por aborto necessário ou terapêutico e por aborto sentimental ou humanitário. As demais modalidades de interrupção da gravidez são caracterizadas como crime.

Os avanços tecnológicos da ciência médica acarretaram conflitos entre a omissão da lei em relação ao anencéfalo e os direitos fundamentais previstos na Constituição. Por sua vez, os pedidos e as decisões judiciais baseiam-se nos princípios e direitos constitucionais e no artigo 128, inciso I, do Código Penal, tratando o aborto de anencéfalo como aborto terapêutico.

Diante da falta de regulamentação legal, o Conselho Nacional de Saúde, o Conselho Federal de Medicina e o Ministério da Saúde manifestaram-se acerca do direito a interrupção da gravidez e doação de órgãos de anencéfalo.

Inúmeras teorias buscaram solucionar, da melhor forma possível, o conflito da interrupção da gravidez de anencéfalo desde a criminalização até a descriminalização.

O anencéfalo com ausência total ou parcial de cérebro é um ser humano por ser formado por células humanas e por ter vida, ainda que intra-uterinamente. O anencéfalo total não tem potencialidade de vida e não será uma pessoa. Já o anencéfalo parcial será considerado uma pessoa, porque é um ser potencial e, ao nascer,

28 É importante lembrar-se de que não basta, isoladamente, respirar ou pensar ou ter batimentos cardíacos para dizer que há vida. O indivíduo precisa da presença das três atividades essenciais ao organismo, ainda que se apresentem de modo precário ou limitado.

é considerado em si mesmo. A ausência total ou parcial de cérebro delimitará a potencialidade ou não de vida extra-uterina, fator determinante para a interrupção da gravidez.

A melhor teoria a ser adotada é a da exclusão da antijuridicidade, incluindo o inciso III, no artigo 128 do Código Penal, intitulando-o: aborto por anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina, ou seja, o fato é típico, há vida intra-uterina, porém não é antijurídico, ausência de potencialidade e pessoa, sendo capaz de trazer a gestante de anencéfalo um tratamento mais justo, humano e solidário.

Em se tratando da doação de órgãos, a grande discussão reside na possibilidade do anencéfalo ser doador legal de órgãos e a constatação de morte encefálica. A doação de órgãos de anencéfalo parcial caracteriza crime de homicídio. Já o anencéfalo total, por não possuir potencialidade de vida extra-uterina e atividade cerebral para manter seu organismo vivo, deve ser considerado doador de órgãos. Considerando o cérebro como órgão principal do corpo humano, a ausência de atividade cerebral e a conseqüente morte do anencéfalo total, a anencefalia total deve ser equiparada à morte encefálica. Essa constatação pode ser realizada durante a gestação, possibilitando a interrupção, ou após o parto, se assim desejar a gestante.

A inclusão do aborto de anencéfalo no artigo 128 do Código Penal diminuiria o volume de pedidos de autorização judicial e agilizaria o próprio procedimento de interrupção pelo médico, bastando o reconhecimento médico da anomalia de acordo com o Código de Ética, evitando meses de sofrimento à gestante e à sua família.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

BELO, Warley Rodrigues; BARROS, Marcio Aristeu Monteiro de. (APRES.). *Aborto : considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BOLETIM MÉDICO. Disponível em: <<http://www.doeacao.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRITO, Agnaldo. Cubatão ganha unidade de pesquisa ambiental. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/ultimas/economia/noticias/2006/jul/25//216.htm>>. Acesso em: 27ago. 2006.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.52, n.327, p.79-98, jan. 2005.

CNTS PEDE AO STF QUE ANTECIPAÇÃO DO PARTO DE FETO SEM CÉREBRO NÃO SEJA CARACTERIZADA COMO ABORTO. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=95241&tip=UM>>. Acesso em: 19 dez. 2006.

COUTINHO, Luiz Augusto. Anencefalia: novos rumos para a ciência jurídica. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.5, n.29, p.32-46, jan. 2005.

CRISPIN, Mirian Cristina Generoso Ribeiro. A dignidade da pessoa humana da gestante e o problema dos fetos anencefálicos. *DireitoNet*, São Paulo, 26 out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/25/2325.>> Acesso em: 29 mar. 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 13 jan. 2007.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004.

DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos. Bioética e aborto. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira. OSELKA, Gabriel. GAR-RAFA, Volnei (Orgs.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. Parte III. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIaborto.html>. Acesso em: 28 maio. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DE BEBÊ ANENCÉFALO É AUTORIZADO NO RN. Disponível em: <<http://www.conjur.estado.com.br/static/text/49800.1>>. Acesso em: 26 dez. 2006.

FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.94, n.833, p.399-419, mar. 2005.

GHERARDI, Carlos; KURLAT, Isabel. Anencefalia e interrupción del embarazo: análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v.13, n.52, p.53-70, jan./fev. 2005.

LEI DAS XII TÁBUAS. Disponível em: <<http://www.internext.com.br/valois/pena/451ac.htm>> Acesso em: 27 dez. 2006.

LOPES, Adriana Dias. Governo contesta regra para anencéfalo. Disponível em: <<http://www.txt.estado.com.br/editoriais/2006/06/01/ger-1.93.7.20060601.12.1.xml>>. Acesso em: 03 jul. 2006.

MENINA QUE NASCEU SEM CÉREBRO SOBREVIVE A NOVE DIAS. Disponível em: <<http://www.grandefm.com.br/news/news.asp?NewsID=161335>>. Acesso em: 26 dez. 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal; parte geral (arts. 1º a 120)*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal; parte especial (arts. 121 a 234)*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2005. V.2.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal (dos crimes contra a pessoa. dos crimes contra o patrimônio)*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1984. V.2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O BEBÊ ARTHUR. Disponível em: <<http://www.doeacao.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2006.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque de; MONTENEGRO, Sandra; GARRAFA, Volnei. Supremo Tribunal Federal do Brasil e o aborto do anencefalo. *Revista Bioética*, Brasília, v.13, n.1, p.79-92, jan./fev. 2005.

PERGUNTAS MAIS FREQUENTES SOBRE ANENCEFALIA. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.html>>. Acesso em: 28 maio. 2006.

REZENDE, Jorge; MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa. *Obstetrícia*. 6.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991.

SINOPSE DO DOCUMENTÁRIO UMA HISTÓRIA SEVERINA. Disponível em: <<http://www.anis.org.br/ImagensLivres/Detalhes.cfm?Idfilme=5>>. Acesso em: 13 jan. 2007.

SISTEMA NERVOSO CENTRAL. Disponível em: <http://www.universitario.com.br/ceho/topicos/subtopicos/anatomia/sistema_nervoso/sistema_nervoso.html>. Acesso em: 14 jan. 2007.

STF CASSA LIMINAR QUE PERMITIA ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE FETO ANENCEFÁLICO. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=110381&tip=UM>>. Acesso em: 19 set. 2006.

TASSE, Adel El. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.5, n.27, p.28-41, ago./set. 2004.

TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2002.

VILELA, Ana Luisa Miranda Vilela. Sistema nervoso central. Disponível em: <<http://www.afn.bio.br/nervoso/nervoso3.asp#snc>>. Acesso em: 14 jan. 2007.