

PARECER Nº , DE 2011

Da COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 50, de 2011, do Senador Mozarildo Cavalcanti, que *insere inciso III ao art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 1940 para incluir os casos de anencefalia fetal.*

RELATORA: Senadora MARINOR BRITO

I – RELATÓRIO

Vem ao exame da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 50, de 2011, do Senador Mozarildo Cavalcanti, que propõe acrescentar um terceiro inciso ao art. 128 do Código Penal, acatando legalmente o aborto de feto anencéfalo.

Após o exame pela CDH, a proposição seguirá para a apreciação da Comissão de Assuntos Sociais (CAS) e da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), para decisão em caráter terminativo nesta última.

Não foram oferecidas emendas à proposição.

Na justificação do projeto, o autor informa que a anencefalia caracteriza-se pela ausência dos hemisférios cerebrais e de ossos cranianos e que resulta inexoravelmente na morte do conceito, durante a gestação ou logo após o parto.

II – ANÁLISE

A apreciação do PLS nº 50, de 2011, pela CDH justifica-se em razão dos incisos III, IV e V do art. 102-E do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), que confere à Comissão competência para opinar sobre proposições que versem sobre garantia dos direitos humanos, direitos da mulher e proteção da família. Em conformidade com as disposições do RISF, a CAS pronunciar-se-á sobre as questões relativas à saúde (inciso II do art. 100), enquanto à CCJ caberá a análise dos aspectos jurídico-constitucionais da matéria (inciso I e alínea *d* do inciso II do art. 101).

O tema do aborto é sempre cercado de extrema polêmica e deve ser analisado sob diversas perspectivas: penal, sanitária, direitos da mulher etc. Em matéria de direitos humanos, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário, condena a prática do aborto em seu art. 4º, item 1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”. No entanto, o mesmo Pacto, em diversos dispositivos, protege a autonomia, a dignidade e a integridade física, psíquica e moral das pessoas (arts. 5º, 7º, 11 e 12).

Nesse sentido, há pelo menos dois valores a ponderar, em um conflito *aparente* de direitos fundamentais no caso da anencefalia fetal: de um lado, o direito da mãe de preservar sua saúde (física, psíquica e social) e sua autonomia; de outro, o direito à vida do feto anencefálico, que não é viável após o nascimento. Não se coloca em discussão o começo da vida nem a situação de saúde do feto, mas somente a questão de como se pode falar do valor da vida em quem, por definição e em virtude de sua anomalia neurológica, carece de expectativa de vida extrauterina.

O conceito de viabilidade deve levar em conta a capacidade do neonato de sobreviver fora do útero materno. Há duas décadas, um feto era considerado viável a partir das 28 semanas de idade gestacional. Hoje, porém, esse tempo caiu para 24 semanas ou até menos, mas apenas em locais que disponham de moderna infraestrutura de assistência perinatal.

De qualquer modo, a viabilidade fetal não é um conceito absoluto. Ela varia de acordo com a tecnologia médica disponível e até

mesmo com aspectos socioculturais. Em todo caso, a viabilidade é conceituada em relação a fetos saudáveis ou potencialmente saudáveis.

O feto anencefálico, por sua vez, é intrinsecamente inviável por ser portador de malformação neurológica que se enquadra na definição de morte neocortical. Dessa forma, aplicar o conceito de viabilidade em função do tempo de gestação carece de lógica. O feto será inviável qualquer que seja a data do parto.

Destarte, faz pouco sentido aguardar que a gestação chegue a termo para fazer o parto de um anencéfalo, visto que ele continuará tão inviável quanto o era no início da gravidez. A interrupção da gravidez nunca será a **causa** da morte do feto e, sim, a **ocasião** em que ela ocorre. Nesse sentido, cabe citar trecho de voto do Juiz Julio Maier, do *Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, na Argentina, a respeito de ação judicial para permitir a interrupção de gravidez de feto anencefálico naquele país:

Tão certo é que a vida não será abreviada pela expulsão prematura [do concepto] que os médicos, curiosamente, se atrevem a determinar que, segundo a prática corrente, o nascituro não receberá qualquer auxílio pós-natal, sem dúvida uma decisão mais forte do ponto de vista penal do que aquela da expulsão antecipada, pois se trata de omitir toda a assistência a um ser vivo em situação de desamparo e incapaz de defender a si mesmo. (...) Compreendo o temor dos médicos frente à situação, porém deixo de entendê-la quando me explicam que o recém-nascido não receberá qualquer assistência pós-natal, pelo menos para prolongar a sua vida.

Neste ponto cabem algumas considerações sobre conceitos adotados em terapia intensiva. Desde que surgiram os métodos de substituição de funções orgânicas vitais aplicáveis em situações críticas, para facilitar sua recuperação, existe a possibilidade de não aplicar, utilizar ou suspender tais procedimentos, de acordo com a evolução da enfermidade que acomete o paciente. Quando se diz que o suporte vital é toda técnica ou tratamento que, aplicado no organismo, pode substituir a função fisiológica de um órgão quando sua disfunção ponha a vida em

risco, qualifica-se o suporte vital mediante a definição do paciente em estado crítico.

Essa categoria de estado crítico pressupõe duas circunstâncias essenciais, a reversibilidade e a transitoriedade, ainda que elas nem sempre sejam previsíveis ou avaliáveis em cada caso específico. A análise das condutas possíveis em relação ao suporte vital no paciente crítico deve se efetuar no campo da limitação do tratamento ou do esforço terapêutico, sendo indispensável compreender que, nesse cenário, as decisões sobre a utilização dos métodos de suporte podem ter influência decisiva na determinação da morte do paciente. A aplicação ilimitada de todos os tratamentos possíveis, a chamada “obstinação terapêutica” ou “*medical futility*”, pode levar a um prolongamento indefinido da agonia do enfermo e apenas retardar a morte inevitável.

No caso do feto anencefálico, não há esse tipo de dilema. A anencefalia implica a total ausência de viabilidade extrauterina. A aplicação de técnicas de suporte vital ao nascituro permitiria, na melhor das hipóteses, postergar sua “morte” por algumas horas. Mantê-lo no útero materno, contra a vontade da gestante, também representa, de certa forma, o prolongamento desnecessário de uma situação de profundo sofrimento. Obrigar a mulher grávida a carregar no ventre um ser que não tem expectativa de vida extrauterina pode significar a imposição de um transtorno psicológico desnecessário, exigindo-se que o corpo da mãe ofereça ao feto o que o Estado e os médicos lhe negarão após seu nascimento (suporte vital).

Em face desse quadro, gestantes de fetos anencefálicos buscam obter autorização judicial prévia para a interrupção da prenhez, sob pena de serem, juntamente com os médicos que efetuem o ato, processadas por prática de aborto. Em muitos casos, a tramitação do processo arrasta-se por longo período, causando grande sofrimento à gestante e, frequentemente, resultando inócuo diante de um parto espontâneo. Em outros, a autorização pleiteada é negada pelo juiz, sob o argumento de que o responsável pela impossibilidade de se interromper a gestação de anencéfalos seria o Legislador, que não incluiu essa hipótese entre as autorizativas do aborto (excluentes de ilicitude do art. 128 do Código Penal). Nas palavras da eminente Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, não se poderia “exigir do Magistrado, intérprete da lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese, que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.”

Sensíveis a essa questão, os Senadores Duciomar Costa e Mozarildo Cavalcanti apresentaram, respectivamente, os PLS nºs 183 e 227, ambos de 2004, com objetivo de excluir de ilicitude a interrupção voluntária da gravidez em casos de anencefalia fetal. No entanto, menos de um mês após a apresentação do projeto, o Senador Duciomar Costa apresentou requerimento solicitando sua retirada. O PLS nº 227, de 2004, por sua vez, permaneceu inerte por pouco mais de meia década, sem nunca ter sido apreciado por uma única comissão desta Casa Legislativa, até ser finalmente arquivado ao final da última Legislatura.

A falta de uma resposta definitiva do Legislador para o problema fez com que a sociedade buscasse o auxílio do Poder Judiciário – agora de forma coletiva, organizada, e não mais apenas por meio de demandas individuais em casos concretos – com o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

Em 1º de julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu liminar autorizando a interrupção da gestação quando detectada anencefalia no feto. Com a liminar, os médicos, quando solicitados pela gestante, estariam autorizados a interromper a gestação de fetos anencefálicos, independentemente de autorização judicial específica para aquela grávida, necessitando somente da cópia da decisão e do laudo médico atestando a deformidade.

Subsequentemente, o STF revogou a decisão liminar, mas decidiu favoravelmente à admissibilidade da ADPF. Em 2008, foram realizadas audiências públicas para instruir a decisão dos magistrados. Contudo, o processo ainda está pendente de julgamento.

O Senador Mozarildo Cavalcanti, convicto da relevância do tema para a saúde e a dignidade das gestantes, insistiu em trazer novamente a matéria para o debate no Parlamento, com a apresentação do PLS nº 50, de 2011. A iniciativa foi extremamente oportuna, pois o Congresso Nacional não pode se esquivar da discussão e continuar a assistir passivamente ao drama de centenas de gestantes, em sua maioria mulheres humildes, em situação de fragilidade, submetidas às idas e vindas de um processo judicial, enquanto enfrentam suas próprias angústias em função da anomalia fetal.

Não obstante, o PLS nº 50, de 2011, pode ser aprimorado, a fim de conferir maior segurança ao procedimento ali previsto. Conforme observou o Senador Edison Lobão, em seu relatório sobre o PLS nº 227, de 2004:

É que referida proposição não detalha os requisitos de validade do diagnóstico e do consentimento da gestante. Entendemos, por força do mais elevado comando de segurança jurídica: **a)** que o diagnóstico deve ser subscrito por **dois outros médicos** (que não participem, portanto, do procedimento cirúrgico de interrupção da gravidez); **b)** que as técnicas de diagnóstico da anencefalia sejam reguladas pelo **Conselho Federal de Medicina**, de modo a uniformizar os procedimentos de investigação da referida anomalia; **c)** que a manifestação do consentimento da gestante ou de seu representante legal deve ser feita **por escrito**, para evitar, assim, qualquer tipo de dúvida ou questionamento futuro.

Dessa forma, oferecemos emenda à proposição sob análise, no sentido de exigir o consentimento prévio da gestante, o diagnóstico da anomalia fetal por dois médicos não integrantes da equipe que realizará o procedimento e o atendimento aos critérios diagnósticos definidos pelo Conselho Federal de Medicina.

III – VOTO

Em face do exposto, somos pela **aprovação** do Projeto de Lei do Senado nº 50, de 2011, nos termos da seguinte emenda substitutiva:

EMENDA Nº – CDH (SUBSTITUTIVO)

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 50, DE 2011

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) para

prever a exclusão da ilicitude do aborto de
feto anencefálico.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro
de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 128.

.....
.....
.....

Aborto no caso de gravidez de feto anencéfalo

III – se o feto apresenta anencefalia, diagnosticada
por dois médicos que não integrem a equipe responsável
pela realização do aborto, e o procedimento é precedido
de consentimento por escrito da gestante ou, quando
incapaz, de seu representante legal.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso III, o
diagnóstico de anencefalia atenderá aos critérios técnicos
definidos por resolução do Conselho Federal de
Medicina.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relatora