

PARECER Nº , DE 2012

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*.

RELATOR: Senador CYRO MIRANDA

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, de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti, que propõe acrescentar um terceiro inciso ao art. 128 do Código Penal – aborto de feto anencéfalo – para ampliar as hipóteses de aborto legal.

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.

A matéria foi distribuída inicialmente para a relatoria da Senadora Gleisi Hoffman, que a devolveu sem manifestação. Seguiu para a relatoria do Senador Eduardo Amorim, que solicitou redistribuição. Em maio de 2011, o projeto foi distribuído à Senadora Marinor Brito, que o devolveu a esta CDH após transcorridos seis meses, desta vez, porém, acompanhado de criterioso relatório, que concluía pela aprovação da proposição, na forma de um substitutivo.

O relatório foi lido na reunião da CDH, realizada em 8 de dezembro de 2011, mas não houve deliberação a respeito da matéria, em função de ter sido concedida vista coletiva. Em fevereiro deste ano, o Senador Marcelo Crivella apresentou requerimento de audiência pública para instruir a matéria, o qual ainda não foi submetido à apreciação deste colegiado.

Por fim, em virtude do afastamento da Senadora Marinor Brito, a proposição foi redistribuída para a minha relatoria. Por concordar com a manifestação da relatora que me antecedeu no exame do PLS nº 50, de 2011, adoto, na forma e no conteúdo, os termos do relatório então apresentado por Sua Excelência, com as necessárias atualizações.

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 à 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. 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, ao considerarmos que existe um aparente conflito de direitos fundamentais no caso da anencefalia fetal: de um lado, o direito da mãe de preservar a sua saúde (física, psíquica e social) e sua autonomia; de outro, o direito à vida do feto anencefálico.

Contudo, nesse caso, o feto não é viável após o nascimento. Assim, como falar do valor da vida de quem, por definição e em virtude de sua anomalia neurológica, carece da expectativa de vida extrauterina?

Admite-se que a viabilidade fetal – capacidade do neonato de sobreviver fora do útero materno – não é um conceito absoluto. Ela varia de acordo com a tecnologia médica disponível e até mesmo com aspectos socioculturais. Há duas décadas, um feto era considerado viável a partir das 28 semanas de idade gestacional. Hoje, esse tempo caiu para 24 semanas ou menos,

mas apenas em locais que dispõem de moderna infraestrutura de assistência perinatal. 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 condição de morte neocortical. Dessa forma, aplicar o conceito de viabilidade em função do tempo de gestação de um anencéfalo carece de lógica. O feto será inviável qualquer que seja a data do parto.

Assim, quando não for a vontade da gestante, carece de 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.

Com efeito, a anencefalia implica a total ausência de viabilidade extrauterina. A aplicação de técnicas de suporte vital ao nascituro permitiria, na melhor das hipóteses, postergar a sua “morte” por algumas horas. Mantê-lo no útero materno, contra a vontade da gestante, representa, assim, o prolongamento desnecessário de uma situação de grande sofrimento e a imposição de um profundo transtorno psicológico: obrigar a mulher grávida a carregar no ventre um ser que não tem expectativa de vida extrauterina.

Em face desse quadro, inúmeras gestantes de fetos anencefálicos buscaram obter autorização judicial para a interrupção da gravidez, sob pena de serem, juntamente com os médicos, acusadas da prática de aborto. Em muitos casos, a tramitação do processo arrastou-se por longo período, causando grande sofrimento à gestante e, frequentemente, resultando inócuo diante de um parto espontâneo. Em outros, a autorização pleiteada foi 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 (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 n^{os} 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 redigiu requerimento solicitando a 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 continuasse a buscar 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, a causa não foi julgada naquele momento.

Nesse meio tempo, o Senador Mozarildo Cavalcanti, convicto da relevância do tema, insistiu em trazer novamente a matéria para debate no Parlamento, mediante a apresentação do PLS nº 50, de 2011. A iniciativa foi extremamente oportuna, pois o Congresso Nacional não poderia 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.

Recentemente, a situação jurídica da interrupção da gestação de anencéfalos mudou drasticamente, pois o STF finalmente pôs em julgamento a ADPF nº 54. Oito Ministros julgaram procedente o pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, enquanto que apenas dois o consideraram improcedente. Com a decisão, o Supremo determinou ser

inconstitucional a interpretação do Código Penal que tipifique como aborto criminoso a interrupção voluntária da gestação de anencéfalo.

Trata-se de importante e paradigmática vitória das gestantes brasileiras. Assim, na hipótese de um feto estar acometido pela anencefalia, a gestante não mais precisará enfrentar o calvário de um processo judicial, caso decida-se pela interrupção da gravidez.

Diante da decisão do STF, o projeto apresentado pelo Senador Mozarildo Cavalcanti poderia ser considerado prejudicado. Não obstante tal fato, julgamos que a proposição ainda pode ser aproveitada e, até, aprimorada, a fim de conferir maior segurança jurídica 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: 1) consentimento prévio da gestante, 2) diagnóstico da anomalia fetal por três médicos não integrantes da equipe que realizará o procedimento e 3) 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 anencefálico

III – se o feto apresenta anencefalia, diagnosticada por três 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 das Comissões, 17 de maio de 2012

Senador Paulo Paim,
Presidente

Senador Cyro Miranda,
Relator