

A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO EM CASOS DE INVIABILIDADE FETAL

Rodrigo Fagundes Luz Serrano

Mestrando em Ciência Política e Relações Internacionais na Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional. Especialização em andamento em Direito Médico e da Saúde na Universidade Potiguar. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: rodrigofagundesluzserrano@gmail.com

Resumo: A antecipação terapêutica do parto é um procedimento médico recomendado em casos de inviabilidade fetal, tendo em vista que 98,7% das gestantes com feto portador de anomalia incompatível com a sobrevivência neonatal que levaram a gestação a termo tiveram complicações obstétricas. Mesmo com forte indicação médica, o Conselho Federal de Medicina recomenda a prévia autorização judicial para a realização deste procedimento em casos que não envolvam a anencefalia, situação no qual a autorização não é necessária por força de decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. A doutrina e a jurisprudência se posicionam majoritariamente pela atipicidade da conduta pelas ausências de bem jurídico protegido e de sujeito passivo, além da inexigibilidade de conduta diversa. Apesar disto, alguns magistrados negam alvará autorizando a operação. Para evitar decisões divergentes, é necessária a alteração da legislação penal ou a tomada de uma decisão vinculante pelo Supremo Tribunal Federal a exemplo da exarada na ADPF nº 54.

Palavras-chave: Aborto, Antecipação Terapêutica do Parto, Direito Médico, Inviabilidade Fetal.



INTRODUÇÃO

Em 1940, quando da promulgação do Código Penal em vigor, diversas áreas da ciência ainda estavam em desenvolvimento. A medicina ainda engatinhava em diversos setores, a exemplo do exame pré-natal, em que o máximo que se conseguia fazer era auscultar os batimentos cardíacos do feto e esperar que ele nascesse sem nenhuma enfermidade. Os avanços da medicina nas últimas décadas permitiram o diagnóstico e até o tratamento de doenças ainda no útero. Algumas patologias, a exemplo da anencefalia, da acrania e das Síndromes de Meckel Gruber, de Patau e de Edwards, patologias estas que impossibilitam a vida extra-uterina do feto, podem ser identificadas nas primeiras semanas de gestação. Tais enfermidades são incompatíveis com a vida, uma vez que o feto não viverá após o parto, dependendo inteiramente do organismo da mãe para mantê-lo vivo, falecendo logo que cortado o cordão umbilical, ou mesmo antes, dentro do útero. É evidente o trauma tanto físico quanto psicológico que os genitores, em especial a mãe, sofrem com isto.

Contudo, apesar dos avanços da ciência, o Código Penal ficou estancado em 1940. Existe um claro descompasso entre a realidade atual e a legislação atrasada. Questões como os crimes virtuais e antecipação terapêutica do parto não estão abarcadas em uma lei que até pouco tempo previa crimes como sedução e adultério. Prosseguir com uma gestação de um feto que possui clinicamente um atestado de óbito é uma tortura que dura nove meses, um claro atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana e à vedação à tortura e a tratamento desumano ou degradante, previstos na Constituição.

Um exemplo de iniciativa para tentar modificar este quadro foi o da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em abril de 2012, na qual foi declarada a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, que tratam do crime de aborto.

Por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e de legislação comparada, este trabalho se destina a defender a tese da atipicidade penal da antecipação terapêutica do parto em casos de inviabilidade fetal, destacando a indicação médica para tal procedimento, os fundamentos da decisão do STF que podem ter aplicação analógica a estes casos, o posicionamento do Conselho Federal de Medicina, a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência e as propostas de alteração deste quadro.

1. DA RECOMENDAÇÃO MÉDICA PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ EM CASOS DE FETOS INVIÁVEIS

A obstetrícia avançou substancialmente nos últimos anos. A genética e o diagnóstico por imagem trouxeram contribuições imensas para a identificação de anomalias fetais. Para algumas delas foram desenvolvidos tratamentos, alguns envolvendo cirurgias do feto dentro do útero. Contudo, para outras, ainda não temos nenhuma resposta à altura. Para algumas anomalias fetais, só resta ao obstetra informar à mãe que em seu ventre está se desenvolvendo um ser que clinicamente não possui vida, que ao invés de uma certidão de nascimento ela receberá um atestado de óbito em virtude da inviabilidade fetal.

Importante destacar a diferença entre o aborto eugênico e a antecipação terapêutica do parto, uma vez que o primeiro se destina a interromper a gravidez de um feto com qualquer malformação, enquanto este último se destina especificamente à gestação de fetos inviáveis. Existe uma “diferenciação entre feto malformado e feto inviável, pois apesar das anomalias, é possível que o feto malformado se mantenha vivo. Já com relação ao feto inviável, a anomalia inviabilizará sua sobrevivência, vindo a criança a óbito logo após o parto” (CRM-MG, 2016).

Diversas são as anomalias que inviabilizam a vida extra-uterina no feto. Em estudo no qual foram analisadas as enfermidades que motivaram a concessão de alvarás judiciais para a interrupção da gravidez, foram identificadas anomalias do sistema urinário, cardíacas congênitas, cromossômicas, ósseas, asplenia, bridas amnióticas, erros do fechamento da linha média, erros de fechamento do tubo neural, gemelaridade imperfeita, hidropsia fetal, malformações congênitas múltiplas e síndrome da rubéola congênita (KARAGULIAN, p. 35-36). Dentre as anomalias relatadas, as mais severas são a anencefalia, a acrania e as Síndromes de Meckel Gruber, de Patau e de Edwards.

A interrupção da gravidez é um procedimento médico recomendado nas situações em que ocorre a inviabilidade do feto, tendo em vista as conseqüências para a gestante caso opte pelo prosseguimento a termo da gestação. Segundo estudo realizado pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), em consulta a prontuários das pacientes do Hospital São Paulo, 98,7% das gestantes com feto portador de anomalia incompatível com a sobrevivência neonatal que levaram a gestação a termo tiveram complicações obstétricas, tais como oligoâmnio, polidrâmnio, retenção de fragmentos placentários, óbito fetal, lacerações de trajeto, rotura prematura das membranas, distócia do trajeto, doença hipertensiva específica da gravidez, diabetes gestacional, descolamento prematuro

da placenta, transfusão sanguínea puerperal, descompensação de doença crônica, histerectomia, distocia do cordão umbilical e retenção placentária uterina (ABRAHÃO; SALAL, p. 617).

A maioria das complicações descritas não ocorreu isolada, mas sim associada, o que reforça o risco a que estão submetidas gestantes que prosseguem com a gestação de um feto inviável. Destaca-se que o estabelecimento onde foi conduzido o estudo é um hospital universitário, portanto um hospital de referência, com diversos profissionais da mais alta qualificação. Em outros estabelecimentos hospitalares, especialmente no interior do país, ocorrem complicações mais severas, chegando ao óbito da gestante, contribuindo para o alto índice de mortalidade materna do Brasil.

A indicação embriopatológica é o principal motivo pelo qual a interrupção da gravidez nestes casos deve ser considerada um procedimento médico sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, que em vários casos agrava ainda mais o suplício por que passa a gestante, obrigando-a a se submeter a um processo judicial que muitas vezes demora mais que os 9 meses de gestação para ter uma sentença, a qual se torna inócua em virtude do lapso temporal.

2. FUNDAMENTAÇÃO DA ADPF Nº 54 E SUA APLICABILIDADE PARA OUTROS CASOS

A ação judicial que mais trouxe mudanças nesta área foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de autoria da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, representada pelo hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, julgada em abril de 2012, na qual foi declarada a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, que tratam do crime de aborto. Na petição inicial já aparecem fundamentações a serem aplicadas a todos os casos de inviabilidade fetal:

A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos. De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal. Assim, a antecipação do parto nessa hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução (BRASIL, 2016e, p. 6-7).

O relator da ADPF, Ministro Marco Aurélio de Mello, em seu voto acolhido por maioria no julgamento desta ação, expôs os diversos argumentos levantados contra e a favor desta decisão nas

audiências públicas realizadas sobre este assunto, voto este a que remeto o leitor para um maior detalhamento da questão. Para os fins deste artigo, destaco o trecho final de seu voto:

mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, **parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida** (BRASIL, 2016d, p. 56, grifo nosso)

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, **se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher**. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. **Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto** (idem, ibidem, p. 69, grifo nosso).

O Ministro Carlos Ayres Britto, assim como o relator, expõe em seu voto uma argumentação que claramente levaria ao entendimento da atipicidade da conduta nos demais casos de inviabilidade extra-uterina:

Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta porque não alçará vôo jamais. O que já importa proclamar que **se a gravidez “é destinada ao nada”** – a figuração é do Ministro Sepúlveda Pertence –, **sua voluntária interrupção é penalmente atípica, já não corresponde a um fato-tipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri***, donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: **se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer** (idem, ibidem, p. 259-260, grifo nosso).

A decisão do STF é importante não só porque ratificou o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, conforme será mostrado a seguir, mas principalmente por ter estabelecido expressamente a dispensabilidade de autorização judicial para realizar a antecipação terapêutica do parto em casos de fetos anencéfalos. Reconheceu-se que este procedimento pode ser realizado com base em indicação médica sem intervenção do Poder Judiciário, conforme regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), mas lamentavelmente se restringiu a apenas uma inviabilidade fetal.

A fundamentação do acórdão do STF pode ser aplicada a todos os casos nos quais o feto padece de anomalia que torne inviável a sobrevivência neonatal, mas como a demanda se limitou a

questionar unicamente o caso da anencefalia, o STF apenas se pronunciou expressamente sobre esta situação, não decidindo *extra petita*. Isto mantém os demais casos num limbo jurídico, no qual existe um entendimento de que a conduta é atípica, mas como não existe decisão tornando expressamente desnecessária a autorização judicial para a prática de tal procedimento nos demais casos, a mesma ainda é recomendada para evitar problemas legais, situação esta que pode ser alterada em virtude de mudanças na legislação ou de provocações ao Judiciário, como será visto adiante.

3. RESOLUÇÕES E PARECERES DOS CONSELHOS FEDERAL E REGIONAIS DE MEDICINA

Por força de decisão do STF na ADPF nº 54, o Conselho Federal de Medicina regulamentou a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia na Resolução nº 1.989/2012, segundo a qual um laudo deve ser realizado por dois médicos capacitados para tal diagnóstico, cabendo a gestante o direito de decidir livremente sobre a conduta a ser adotada, mantendo a gravidez ou a interrompendo, independente do tempo de gestação, podendo adiar a decisão para outro momento.

Com o assentamento da questão no tocante à anencefalia, diversos médicos questionaram se a mesma orientação poderia ser aplicada em casos semelhantes, se a antecipação terapêutica do parto de fetos inviáveis constituía infração ética e se era necessária a autorização judicial para a realização do mesmo. No Parecer nº 5427/2014 do Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais (CRM-MG), o órgão se manifestou no sentido de que “não constitui infração ética o parto prematuro terapêutico em malformações incompatíveis com a vida” (CRM-MG, 2016). No caso em tela, a instituição foi instada a se manifestar no tocante a um procedimento já autorizado judicialmente.

No Parecer 03/2014 do Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia (CREMEB), o conselho tratou dos métodos de diagnóstico da inviabilidade fetal, recomendando a adoção do mesmo procedimento da Resolução nº 1.989/2012 do CFM, e dando autonomia aos profissionais para decidirem sobre o método a ser utilizado para a interrupção da gravidez, fazendo uma análise do caso concreto, “não havendo óbices do ponto de vista médico e tampouco ético, resguardadas a autonomia e as condições da paciente, e analisados o risco-benefício deste procedimento” (CREMEB, 2016). Novamente, houve a análise de um caso no qual já havia autorização judicial.

O Parecer nº 2495/2015 do Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná (CRM-PR) tratou da questão específica da necessidade de autorização judicial para a antecipação terapêutica do parto para fetos inviáveis. Estava em estudo o caso de um feto com malformação de Body-Stalk, anomalia esta completamente incompatível com a vida, mas diversa da anencefalia. Foi questionado se seria necessária a autorização judicial para a realização do procedimento, e o conselho se manifestou no sentido de que “a constatação de outra malformação incompatível com a vida que não a anencefalia não tem amparo legal para prática de abortamento” e que “para segurança do profissional assistente frente às questões jurídicas que por ventura possam surgir orientamos que seja, previamente, solicitada a Autorização Judicial” (CRM-PR, 2016). Sendo assim, o posicionamento deste órgão de representação da classe médica é o de que ainda é necessária autorização judicial para a antecipação terapêutica do parto em casos de inviabilidade fetal diversa da anencefalia, hipótese regulamentada na já citada decisão do STF.

4. A ATIPICIDADE PENAL DA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO EM CASOS DE INVIABILIDADE FETAL

O STF julgou por maioria que a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia é penalmente atípica, uma vez que não há o bem jurídico tutelado no crime de aborto, ou seja, a vida. Tal resultado reflete o posicionamento de diversos doutrinadores, que já se manifestavam neste sentido antes mesmo do julgamento, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, Anelise Tessaro, Fernando Capez, Nelson Hungria e Cezar Roberto Bitencourt.

Contudo, segundo grande parte da doutrina e da jurisprudência, a atipicidade da conduta não se restringe apenas aos fetos anencefálicos, mas também a todos aqueles que são inviáveis. Segundo Nucci, no tocante ao aborto, a legislação penal “busca proteger a vida humana, porém a vida útil e viável, não exigindo que a mãe carregue em seu ventre por nove meses um feto que, logo ao nascer, dure algumas horas e finde a sua existência efêmera, por total impossibilidade de sobrevivência” (NUCCI, p. 526). Tessaro baseia-se na interpretação do tipo penal com base no bem jurídico protegido para afirmar:

Por conseguinte, tem-se que a vida humana é tutelada em graus diferenciados pelo legislador penal. A norma legal que proíbe o aborto visa resguardar o nascimento de eventuais agressões por parte da mãe ou terceiros, a fim de que estes não pudessem dele dispor, possibilitando, desta forma, condições para uma vida “independente” após o seu nascimento. Entretanto, em se tratando de feto inviável, após o termo da gestação, não haverá vida a ser tutelada pelo legislador penal. O óbito do feto será um fato natural e inevitável, cuja causa será a anomalia que padece e não o procedimento de expulsão

prematura a que será submetido, em nome da higidez física e mental da gestante. Logo, o aborto por anomalia incompatível com a vida somente antecipa um fato natural e certo, qual seja, o óbito do feto logo após seu nascimento (TESSARO, p. 85-86).

Por sua vez, Capez afirma sobre a interrupção da gravidez que “mediante prova irrefutável de que o feto não dispõe de qualquer condição de sobrevivência, consubstanciada em laudos subscritos por juntas médicas, deve ser autorizada a sua prática” (Capez, p. 139-140). Citado na ação constitucional sob análise, em seu livro “Comentários ao Código Penal”, edição de 1958, Hungria naquela época já colocava que:

Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto (HUNGRIA *apud* BRASIL, 2016d, p. 4).

Bitencourt defende a tese de que a atipicidade pode ser caracterizada não só pela ausência do bem jurídico tutelado no crime de aborto, mas também pela ausência de sujeito passivo, além da inexigibilidade de conduta diversa:

somente o feto que apresente potencial capacidade de tornar-se pessoa pode ser *sujeito passivo* do crime de aborto. A antecipação do parto, nessas circunstâncias, portanto, não pode ter repercussão penal, considerando-se que somente a conduta que frustra ou impede o nascimento ou o surgimento de um ser humano ou que cause danos à integridade física ou à vida da gestante pode adequar-se à descrição típica do aborto (BITENCOURT, p. 194).

Com efeito, quando uma gestante de posse de laudo médico assegurando-lhe que o feto que está em seu ventre não tem cérebro e não lhe resta nenhuma possibilidade de vida extrauterina, quem poderá, afinal, nas circunstâncias, *censurá-la* por buscar o abortamento? Com que autoridade moral o Estado poderá exigir dessa gestante que aguarde o ciclo biológico, mantendo em seu ventre um ser inanimado, que, quando a natureza resolver expeli-lo, não terá alternativa senão prantear-lo, enterrá-lo ou cremá-lo?! A *inexigibilidade de conduta diversa*, nessa hipótese, deve ser aceita como *causa excludente de culpabilidade* (idem, p. 202).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui o mesmo sentido, como pode ser visto no Habeas Corpus nº 56.572/SP:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR NO WRIT ORIGINÁRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE. CABIMENTO DE HABEAS CORPUS PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. PATOLOGIA CONSIDERADA INCOMPATÍVEL COM A VIDA EXTRA-UTERINA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. GESTAÇÃO NO TERMO FINAL PARA A REALIZAÇÃO DO PARTO. ORDEM PREJUDICADA.

1. A via do habeas corpus é adequada para pleitear a interrupção de gravidez fora das hipóteses previstas no Código Penal (art. 128, incs. I e II), tendo em vista a real ameaça de constrição à liberdade ambulatorial, caso a gestante venha a interromper a gravidez sem autorização judicial. 2. Consoante entendimento desta Corte, é admitida a impetração de habeas corpus contra decisão denegatória de liminar em outro writ quando presente flagrante ilegalidade. 3. Não há como

desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. 4. **Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia.** 5. Contudo, considerando que a gestação da paciente se encontra em estágio avançado, tendo atingido o termo final para a realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração. 6. Ordem prejudicada. (BRASIL, 2016b, grifo nosso)

Apesar da esmagadora posição majoritária da doutrina e da jurisprudência no sentido da atipicidade da conduta em virtude da ausência de bem jurídico tutelado e inexigibilidade de conduta diversa nas situações de antecipação terapêutica do parto em casos de inviabilidade fetal, algumas decisões judiciais vão de encontro a este entendimento. Alguns magistrados adotam a interpretação majoritária, concedendo alvarás judiciais autorizando a realização do procedimento médico, a exemplo dos casos citados objeto de parecer dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina, mas lamentavelmente outros não interpretam a conduta como atípica, e nem mesmo concebem-na num contexto de excludente de culpabilidade:

Podemos citar como exemplo o Mandado de Segurança 2091871-92.2014.8.26.0000, em que apesar de restar incontestada a inviabilidade do feto por anidrâmio (ausência de líquido amniótico), agenesia renal bilateral, ausência de visualização de bexiga, comunicação interventricular e estenose pulmonar, com a conclusão de que as anomalias são incompatíveis com a vida extrauterina -- cujo laudo elaborado pelo Hospital das Clínicas foi assinado por dois médicos capacitados --, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu por indeferir o pleito de interrupção da gravidez por tratar-se de hipótese diversa da anencefalia (TOTH, 2016).

Mesmo quando um magistrado concede a autorização judicial, em muitos casos a mesma é emitida após o termo da gestação, tornando a decisão inócua. Neste contexto, é importante uma definição clara na lei ou uma decisão judicial do STF com a mesma natureza vinculante da concedida da ADPF nº 54 para evitar a difusão de condutas conflitantes no trato deste já delicado tema, buscando minimizar os prejuízos físicos e psicológicos da gestante, evitando os acontecimentos nas palavras do Ministro Marco Aurélio de Mello, “no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação” (BRASIL, 2016d, p. 15).

5. PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL

Como foi exposto, a antecipação terapêutica do parto em casos de inviabilidade fetal é um procedimento eminentemente médico, no qual sua não realização provoca diversos problemas de saúde para 98,7% das gestantes que levam a gestação à termo. Com um percentual tão alto de incidência de problemas, é difícil explicar porque a atual legislação não prevê expressamente este

procedimento médico como excludente de ilicitude, a exemplo do que ocorre em outros países, o que certamente tornaria tudo mais claro.

Em Portugal, por exemplo, a gravidez de fetos inviáveis pode ser interrompida em qualquer momento da gestação, nos termos da Lei nº 16/2007 de 17 de Abril, legislação esta aprovada após consulta popular. Segundo a Lei Portuguesa, a verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente do médico assistente. Ou seja, com o parecer de dois médicos, acompanhado dos exames que comprovem a inviabilidade fetal. Tal regulamentação aparentemente foi a inspiração para a Resolução nº 1.989/2012 do CFM, que adota exatamente os mesmos critérios, mas restringe sua aplicabilidade aos casos de anencefalia.

O Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, que trata de um novo Código Penal, busca deixar a situação clara, eliminando o limbo jurídico no qual muitas pessoas infelizmente acabam por se encontrar. O projeto propõe a exclusão do crime no inciso III do artigo 128:

Exclusão do crime

Art. 128. Não há crime de aborto:

(...)

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; (BRASIL, 2016a).

Contudo, o projeto caminha a passos lentos no Legislativo. O Judiciário, por sua vez, tem desempenhado um papel de destaque na mudança de paradigma com relação a este tema, e a atuação de entidades de representação profissional, como ocorreu na ADPF nº 54, por meio da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, traz maior legitimidade ao processo. A Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) e o Instituto de Bioética Anis se mobilizaram para judicializar a questão no tocante à Síndrome Congênita do Vírus Zika, ingressando com a Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada de Arguição de Preceito Fundamental nº 5581 no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016c).

CONCLUSÃO

A antecipação terapêutica do parto em casos de inviabilidade fetal deve ser tratada como um procedimento médico, sem necessidade de intervenção do Judiciário. Cabe ao obstetra assistente avaliar a indicação terapêutica do procedimento, devendo o mesmo informar a gestante para que ela

decida se será submetida a este tratamento, lembrando que toda a gravidez de feto inviável é uma gravidez de alto risco com grande possibilidade de haver complicações obstétricas e, caso ela opte por seguir com a gestação, deve ser acompanhada com o máximo cuidado.

A falta de esclarecimento e a influência de alguns valores religiosos acabam levando a uma confusão da população e mesmo de alguns magistrados sobre este procedimento médico recomendado em virtude de complicações obstétricas inerentes ao prosseguimento de uma gestação de feto inviável, que acabam por negar autorização para este procedimento, apesar da maioria esmagadora da doutrina e da jurisprudência opinarem pela atipicidade penal face a ausência de bem jurídico protegido por inexistir potencialidade de vida extra-uterina. A previsão expressa em lei ou por meio de decisão com efeito vinculante do STF pode tornar o suplício por que passam as gestantes de fetos inviáveis menos doloroso, especialmente num momento em que surgem novas doenças que podem afetar o desenvolvimento fetal, tornando desnecessária a autorização judicial para realizar este procedimento médico.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Anelise Riedel; SALAL, Danila Cristina Paquier. **Complicações obstétricas em gestações com feto portador de anomalia incompatível com a sobrevida neonatal**. Acta paulista de enfermagem, São Paulo, v. 23, n. 5, p. 614-618, out. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002010000500005>. Acesso em: 15 dez 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol. 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em 16 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Habeas Corpus nº 56.572/SP**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600626714&dt_publicacao=15/05/2006>. Acesso em 16 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5581&processo=5581>>. Acesso em 16 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – Acórdão**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 16 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – Petição Inicial**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>>. Acesso em 16 dez. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CFM, Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.989/2012**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em 16 dez. 2016.

CREMEB, Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia. **Parecer CREMEB Nº 03/14**. Disponível em: <<http://www.cremeb.org.br/index.php/normas/parecer-cremeb-032014/>>. Acesso em 16 dez. 2016.

CRM-MG, Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais. **Parecer Consulta nº 005427-0000/14**. Disponível em: <http://sistemas.crrmmg.org.br/pareceres/visualizar_documento.php?ID_ORGAO=1&NU_NUMERO=5427&DT_ANO=0&ID_RELATOR=0&IN_ASSUNTO=0&TX_PESQUISA=&IN_ORDENAR=1&id=1666&pagina=1&qtd=10>. Acesso em 16 dez. 2016.

CRM-PR, Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná. **Parecer nº 2495/2015 CRM-PR**. Disponível em: <<http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/view/725/706>>. Acesso em 16 dez. 2016.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

KARAGULIAN, Patrícia Partamian (Coord.). **Aborto e Legalidade: malformação congênita**. São Caetano do Sul: Yendis, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PORTUGAL, Secretaria-Geral do Ministério da Saúde. **Lei nº 16/2007 de 17 de Abril**. Disponível em: <<http://www.sg.min-saude.pt/NR/rdonlyres/A110CE46-A607-4BD1-AB82-BE86B31314C3/16583/24172419.pdf>>. Acesso em 16 dez. 2016.

TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

TOTH, Marina. **Caso de anencefalia deveria ser aplicado por analogia a casos similares**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/marina-toth-casos-feto-inviavel-cabem-cessao-gravidez>>. Acesso em 16 dez. 2016.