

DECISÃO DO STF NA ADPF 54: CONQUISTA FEMININA OU REMÉDIO À OMISSÃO DO PODER PÚBLICO?

Lis Maria Bonadio Precipito

Cássia Hakamada*

Resumo: A partir do julgamento da ADPF 54, que considerou constitucional a descriminalização do aborto no caso da gestação de fetos anencéfalos, busca-se no presente artigo verificar se essa permissividade configura realmente um novo direito ou um remédio a omissão do poder público. A anencefalia pode ser prevenida, já que não decorre de qualquer fator genético. Deve ser tratada como uma questão de saúde pública e pode ser evitada se a mulher exercer alguns de seus direitos sociais. Com acesso a informação sanitária, alimentação equilibrada e educação, os casos de anencefalia podem ser erradicados, bem como outras patologias típicas de países subdesenvolvidos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Anencefalia. Responsabilidade Civil do Estado

Abstract: Since the judgment of ADPF 54, which considered constitutional the decriminalization of abortion in cases of anencephalyes gestations, this article searches verify if this permissiveness really means a new right or it's just a try to remedy a State omission. The anencephaly can be prevented because doesn't stem from any genetic factor. It should be deal as a

* Mestrandas em Teoria Geral do Estado e do Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM, participantes do Grupo de Pesquisa INPP- Intervenção do Poder Público na vida do Indivíduo, sob liderança do Professor Doutor Renato Bernardi.

public health issue and can be avoided if woman exercise some of their social rights. Accessing health information, balanced nutrition and education anencephaly cases could be reduced to zero, as well as other typical diseases of under-developed countries.

Keywords: Human Rights. Fundamental Rights. Anencephaly. State Civil Liability.

1. INTRODUÇÃO



recente julgamento da ADPF nº. 54 pelo Supremo Tribunal Federal causou grande mobilização de vários setores e organizações sociais. Todavia, a discussão do tema na corte superior limitou-se ao direito da mulher em optar pelo aborto. Uma questão muito importante não foi levantada: evitar a ocorrência de anencefalia no país.

A anencefalia não é uma patologia decorrente de influências genéticas, ao contrário do que muitos pensam, mas é causada pela exposição da gestante a alguns agentes ou pela privação da gestante ao ácido fólico. Algumas mulheres sofrem com a recorrência da gravidez de fetos anencéfalos não pela existência de qualquer fator genético, mas pela contínua exposição aos agentes causadores ou privação do ácido fólico.

Por não ser causada por fatores genéticos, a anencefalia pode ser prevenida por ações do Poder Público. Com a promoção do acesso à educação, informação e saúde pública, não haveria casos de anencefalia no país.

Esses fatores que evitariam a ocorrência da anencefalia são direitos fundamentais dispostos no artigo 6º da Constituição da República do Brasil, e é dever do Poder Público promovê-los. Todavia, como não conseguiu fazê-lo, veio a permitir o aborto do feto anencefálico, “remediando” tardia e ineficaz-

mente essa má ou falta de prestação de serviços de sua obrigação.

Terá sido a decisão da ADPF 54 uma medida paliativa para combater, de forma ineficaz, tardia e traumática uma omissão do Poder Público, tendo em vista que a anencefalia pode ser prevenida se proporcionados os direitos sociais a mulher?

O objetivo do presente artigo é verificar se o Poder Público reconhece a anencefalia como um problema de saúde pública e toma as devidas providencias para evitá-la, ou negligencia seu papel na promoção dos direitos sociais, sendo responsável pela reiterada ocorrência dessa patologia.

A pesquisa realizar-se-á mediante levantamento bibliográfico de informações médicas e sociais, e terá como material de pesquisa livros, periódicos, artigos de internet e de jornais. O método de pesquisa será o hipotético-dedutivo.

2. CAUSAS DA ANENCEFALIA

Segundo o médico especialista em saúde pública José Almir Santana¹, a anencefalia está se tornando um grave problema de saúde pública, e a chave para a solução é a prevenção e não o aborto. A Organização Mundial de Saúde- OMS declarou que o Brasil é o quarto país do Mundo com o maior número de casos de anencefalia.

A anencefalia é uma malformação congênita do encéfalo, que aparece simultaneamente ao nascimento do bebê, podendo acontecer: antes (se houve carência de ácido fólico no organismo da mulher) durante (também pela carência da substancia ou pela exposição a alguma agente externo) ou depois da concepção (com o contato com substâncias tóxicas e nocivas ao desenvolvimento do embrião).

¹ Especialista em Saúde Pública, inscrito no Conselho Regional de Medicina do Estado do Sergipe sob o nº 865.

Ocorre entre o 23º e 28º dias de gestação, e seu efeito é a não fusão das pregas neurais e a não formação do tubo neural na região do encéfalo. A anencefalia é o defeito no tubo neural de maior gravidade, pois, neste caso não existe cérebro bem constituído, ocorrendo uma ausência ou desabamento da calota craniana, o que impossibilita a vida extrauterina.

A expectativa é que um feto anencéfalo seja natimorto ou viva por poucas horas ou dias. A sobrevivência no caso da anencefalia é absolutamente inviável. Esses casos, portanto, levam inevitavelmente a morte do bebê, e a medicina atual não possui recursos para salvá-lo.

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 declara a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal. Sendo assim, a mulher pode optar ou não pelo aborto no caso da gestação anencefálica.

Para se chegar a esse julgamento, cujo processo tramitou de 2004 a 2012, os ministros do Supremo Tribunal Federal se reuniram em plenário durante dois dias (11 e 12 de abril de 2012). A questão recebeu intervenções de várias organizações sociais, e inúmeros argumentos favoráveis e contrários foram debatidos, mas a questão da prevenção foi deixada de lado.

Os fatores de risco que podem ocasionar a anencefalia são: radiações, vírus, administrações de determinadas drogas durante o período gestacional, contato direto com produto tóxicos e as consideradas gestantes de alto risco². Mas o já mencionado especialista em saúde pública afirma que o fator de risco mais importante é a ausência de ácido fólico no metabolismo das mães gestantes.

Recomenda-se que qualquer mulher em idade reprodutora que não utilize nenhum método anticoncepcional faça uso do

² São as gestantes obesas, diabéticas ou usuárias de medicamentos anticonvulsivantes.

ácido fólico. Esse nutriente é um meio eficiente para reduzir os riscos dessa malformação fetal.

A OMS elaborou uma recomendação³ para que as farinhas de trigo e milho fossem enriquecidas com ferro, ácido fólico, vitamina B12, vitamina A e zinco como meio de se evitar anencefalia. Em 2002 a Anvisa (Agencia Nacional de Vigilância Sanitária) emitiu a Resolução RDC (Resolução da Diretoria Colegiada) n.º 344, de 13/12/2002, na qual determinou a adição obrigatória de 4,2 mg (miligramas) de ferro e de 150 µg (microgramas) de ácido fólico nas farinhas de trigo e milho.

Em 2009, no Brasil, foi criada a Comissão Interinstitucional para Implementação, Acompanhamento e Monitoramento das Ações de Fortificação de Farinhas de Trigo, de Milho e de seus Subprodutos, por meio da Portaria n.º 1793 de 11/08/2009.

Foram escolhidas as farinhas de trigo e milho para a fortificação por serem alimentos consumidos pela maioria da população, possuem pequena variação do consumo por pessoa e o enriquecimento não causa alterações em suas características organolépticas, ou seja, no sabor, cheiro e aceitabilidade do produto. Além disso, o ferro e o ácido fólico são biodisponíveis nesses alimentos, e o processo de fortificação é economicamente viável.

A mencionada Comissão apresentou, em 2011, uma análise referente a presença de ácido fólico nas farinhas de trigo e milho no Estado de São Paulo. Em 2006, 69% das amostras de farinha de trigo foram satisfatórias, enquanto em 2008, apenas

³ *Recomendaciones sobre la fortificación de las harinas de trigo y de maíz*

En estudios realizados adecuadamente en los Estados Unidos (Williams LJ et al, 2002), Canadá (De Wals P et al, 2007) y Chile (Hertrampf E & Cortes F, 2004) se han registrado descensos del 26%, 42% y 40%, respectivamente, en la tasa de nacimientos con anomalías congénitas del tubo neural, tras la aplicación de normas nacionales que exigen fortificar la harina con ácido fólico. La fortificación de la harina de trigo y maíz con ácido fólico aumenta el consumo de folato en mujeres y puede reducir el riesgo de malformaciones del tubo neural y otras anomalías congénitas.

45% das amostras de farinha de milho acusaram a presença da substância.

Revelou-se ainda a falta de preparo dos laboratórios, pois não existe uma metodologia adequada que possa capacitar a análise da presença do ácido fólico nas farinhas e seus subprodutos, por isso a análise foi realizada somente no estado de São Paulo.

Conforme ALBERTO (2010), há vários fatores que podem acarretar a anencefalia,

dentre eles estão: radiações, vírus, administrações de determinadas drogas durante o período gestacional, contato direto com produtos tóxicos, sendo o fator de risco mais importante, a ausência de ácido fólico no metabolismo das mães gestantes; o qual provavelmente é ocasionado pela não absorção deste elemento pelo organismo ou até pelo alto índice de desnutrição dos países subdesenvolvidos.

Observa-se que em momento algum o fator genético é citado, reafirmando ser a anencefalia causada por fatores reguláveis da ação humana. A medicina ainda não tem uma cura para essa malformação, mas há, claramente, formas de evitar a sua ocorrência.

3 ADPF 54: A SUPOSTA CONQUISTA FEMININA

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que julgou a descriminalização do aborto pelas grávidas de anencéfalo recebeu n.º 54. A ADPF teve seu início em 17 de junho de 2004, argüida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, e teve como relator o Ministro Marco Aurélio.

No dia 1º de julho de 2004, foi deferida uma liminar pelo relator, que autorizou o aborto, desde que, a situação da anencefalia fosse atestada por um médico.

O processo recebeu várias intervenções de organizações sociais, como a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Associação Univida, Associação de Desenvolvimento da Família, Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero, entre outros.

Essas intervenções fizeram com que o relator decidisse em 30 de agosto de 2004, o que dispõe o artigo 6º §1º da Lei 9882/99⁴, solicitando informações às autoridades responsáveis pela prática do aborto. Algumas dessas entidades foram admitidas com *amicus curiae*.

Em 20 de outubro de 2004, a liminar foi referendada em sua primeira parte por maioria dos votos que fosse determinado o sobrestamento dos autos e decisões, e foi revogada por maioria dos votos na segunda parte, que reconhecia o direito constitucional da gestante em submeter-se ao aborto em casos de fetos anencéfalos.

Em 31 de março de 2009, foi juntada aos autos as alegações finais da CNTS. No dia 26 de abril de 2012, os autos seguiram conclusos para o relator contendo seis volumes e três apensos. Em 10 de abril de 2012 o Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido por já ter atuado no processo na função de Advogado Geral da União.

No julgamento da ADPF nº 54, em 11 de abril de 2012, reunidos em plenário, votaram os ministros Marco Aurélio

⁴ Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Mello, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia favoráveis à descriminalização do aborto do feto anencéfalo e Ricardo Lewandowski contrário a causa, encerrando-se a primeira votação.

Reunidos novamente no dia 12 de abril, proclamaram seus votos os ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello acompanhando os votos favoráveis e Cezar Peluso, o último a votar, expressou ser contrário, acompanhando o ministro Lewandowski.

Por maioria, e nos termos do voto do relator, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF nº 54, declarando inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada no Código Penal.

Por uma questão metodológica, serão tratados aqui os votos vencidos, dos ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Isso porque os mesmos alegaram a ineficiência do poder legislativo na sua função de elaborar as normas e a incompetência do poder executivo, por não colocar em eficácia os postulados, deixando tal função, mais uma vez, para o judiciário.

Apesar das críticas efetuadas pelos ministros que votaram contra, nenhum deles preocupou-se com a questão da prevenção tratada no item anterior. No sítio virtual do Supremo Tribunal Federal é possível encontrar um resumo de todos os votos proferidos pelos ministros.

O ministro Ricardo Lewandowski, foi o sexto a votar e o primeiro a divergir na votação, seguindo duas linhas de raciocínio: os limites objetivos do controle de constitucionalidade das leis e a interpretação conforme a Constituição.

Segundo o ministro, tais linhas consideram a independência e a harmonia entre os três poderes, sendo que ao Supremo Tribunal Federal só cabe o exercício do papel de legislador negativo. Ou seja, como guardião da Constituição o STF só deve retirar do ordenamento aquelas leis que existem e são

incompatíveis com a Constituição Federal. O intuito de seu voto, ressaltou o ministro, seria a não usurpação dos poderes atribuídos constitucionalmente aos integrantes dos poderes.

Expressou que “não é dado aos integrantes do Judiciário que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”. Para o ministro é descabida a deliberação do STF sobre a questão da descriminalização do aborto do feto anencefálico já que o tema da anencefalia não foi objeto levado à discussão pelo poder legislativo, que legitimamente detém essa incumbência.

Argumentou, ainda, que desde 2004 tramitam dois projetos de Lei sobre a matéria, que até agora não foram aprovados, por isso o tema ainda é divergente e a sociedade brasileira, imatura para uma opinião final.

Ao encerrar seu voto o ministro lembrou que se permitido o aborto ao feto anencefálico, abre-se a possibilidade do aborto de forma lícita a outros embriões com diversas outras patologias que resultem em pouca ou nenhuma perspectiva de vida. Para o ministro, “sem lei devidamente aprovada pelo parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, provavelmente retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto de uma rocha, as crianças consideradas fracas ou debilitadas”.

Os argumentos do ministro Lewandowski, eram suficientes para a improcedência da ADPF, pelo rumo futuro que se toma no quesito julgador do Supremo. Tratar de assunto que não está positivado não é sua função caracterizadora. É, contudo, preocupante a responsabilidade que vem atribuindo para si o Supremo, pois apesar de não ser um órgão legitimado para criação de normas, tomando função que não lhe pertence, ultrapassando os critérios de interpretação de sua competência prevista na própria Constituição.

O segundo voto contrário foi do último ministro a votar,

o presidente do STF Cezar Peluso, que lembrou o julgamento das células tronco embrionárias. Segundo ele, no caso dos embriões não havia processo vital, ao contrário do que ocorre com o feto anencefálico que é portador de vida e, portanto, deve ter seus direitos resguardados. “O anencefalo morre, e ele só pode morrer porque está vivo”.

Para o ministro, o aborto do feto anencefalo é conduta vedada expressamente pela ordem jurídica. O princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade são limitados pela existência das leis. Sendo assim, em casos tipificados como crime não há espaço para liberdade jurídica.

Enfatizou ainda que a discriminação que reduz o feto “a condição de lixo, em nada difere do racismo, do sexismo e do especismo” e a permissão do aborto resulta na “absurda defesa e absolvição da superioridade de alguns sobre outros”.

Além de defender a vida do feto anencefálico, o ministro caminhou na defesa da competência do legislativo, como também defendeu o ministro Lewandowski. Peluso afirmou: “não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panacéia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional”.

A consequência desse julgamento certamente recairá sobre outras prerrogativas do próprio poder legislativo, que serão novamente omitidas. Restará então a arguição ao STF, que deverá pronunciar-se regulando e criando novas normas, o que não é cabível em sua competência natural.

Ao encerrar o seu voto, o ministro Peluso afirmou que “a ADPF ajuizada pela CNTS representa uma tentativa de contornar a má vontade do legislativo em regular a questão, e o Congresso Nacional que não quer assumir essa responsabilidade, e tem motivos para fazê-lo”.

E quanta má vontade não só do poder legislativo como do executivo. Se ambos regulamentassem e dessem efetividade

ao que asseguram como direitos não seriam gerados fetos anencefálicos, pois a prevenção é suficiente para combater a anencefalia- conforme se verificou em instrução regulamentada pela ANVISA e em determinação da OMS.

Na decisão pela procedência do pedido existe uma ressalva para que o aborto seja permitido: que sejam preenchidas as chamadas condições de diagnóstico de anencefalia. Essa menção foi feita pelo Ministro Celso de Mello, tendo o diagnóstico e os critérios para interrupção da gravidez de anencéfalos ficado a cargo do Conselho Federal de Medicina.

O Conselho, em 10 de maio de 2012, editou a Resolução n.º 1989. Afirma que o diagnóstico inequívoco de anencefalia é realizado por meio de ultrassom, a partir da décima segunda semana de gestação, e deve conter duas fotografias identificadas e datadas: uma com face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável, além de laudo assinado por dois médicos capacitados para tal diagnóstico.

Feito o diagnóstico, a resolução determina que o médico deve prestar à gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, garantido-a o direito de decidir livremente. A gestante tem ainda o direito de solicitar a realização de junta médica ou buscar outra opinião.

Optando pelo aborto (antecipação terapêutica do parto) esse somente poderá realizar-se em hospitais que disponham de estrutura adequada ao tratamento de complicações eventuais, inerentes ao procedimento.

Todavia, não é certo que o SUS terá à disposição da gestante dois médicos capacitados a assinar um laudo de diagnóstico de anencefalia, nem que a possibilitará ouvir outros médicos da rede. Se a gestante não tem acesso às informações sobre o ácido fólico, dificilmente terá a oportunidade de ouvir um segundo especialista.

Há ainda mais um desafio: que a gestante seja atendida e tenha o procedimento abortivo realizado em um hospital adequado para a antecipação terapêutica do parto. Seria oportuno um melhor apoio à saúde preventiva da mulher e da gestante, a tornar o sistema de saúde mais oneroso e impotente diante das exigências impostas ao caso.

Assim como a fiscalização do ácido fólico, que não é realizada, é provável que o que determina a Resolução do Conselho Federal de Medicina, também não ocorra, e mais uma vez, o Estado omite sua responsabilidade para com os cidadãos.

4. O QUE NÃO FOI ARGUMENTADO: A CONDIÇÃO OMISSA DO PODER PÚBLICO

Como averiguado, a anencefalia não é causada por fatores genéticos ou inevitáveis. Ela decorre principalmente da deficiência de ácido fólico no organismo da gestante. Mas pode resultar ainda da exposição ou contato da mesma com agentes externos como vírus, radiações, drogas, produtos tóxicos.

Caso fossem proporcionados à gestante alguns dos direitos sociais, dispostos no artigo 6º da Constituição da República (educação, saúde, alimentação, proteção à maternidade e à infância) não seria necessária a criação um novo “direito” – o de realizar o aborto do anencéfalo.

Se a mulher (não só ela, mas especificamente no presente caso referimo-nos ao gênero feminino) gozasse desses direitos não seria necessária a menção sobre o feto anencefálico, muito menos sobre o aborto do mesmo.

O aborto apresenta-se como uma medida paliativa para combater uma anterior omissão do Estado, que deixou de agir preventivamente, no seu dever de proporcionar educação, informação, alimentação, saúde e instrução à mulher.

A promoção da informação sanitária e da educação formal poderiam evitar várias gestações indesejadas ou de fetos

com malformações não decorrentes de fatores genéticos. Da mesma forma, o acesso à saúde e à alimentação também tem a função de combater várias doenças e lesões.

A anencefalia, por ser uma malformação congênita, é uma patologia que pode ser evitada com o acesso à saúde, à alimentação e à informação, que são direitos sociais da população e obrigação do Estado.

Bastante discutido foi o papel da mulher na decisão sobre a realização ou não do aborto, mas em momento algum se ouviu sobre o papel do Estado de prover os direitos sociais à gestante, e que uma das conseqüências de não propiciá-los é a formação do feto anencefálico.

A responsabilidade civil do Estado não foi considerada no julgamento. A relevância de um serviço público eficiente, eficaz e equitativo não foi mencionada em nenhum dos votos dos ministros.

A autorização do aborto representa uma medida atenuante de uma das conseqüências do não exercício de direitos sociais por omissão do Estado. Combate posteriormente, e da forma mais dolorosa possível, a ocorrência de uma malformação congênita, a qual poderia ter sido evitada pelo cumprimento dos direitos e deveres constitucionais.

Não se pode considerar essa permissividade uma conquista feminina. Primeiramente por que não seria necessária a criação de um novo “direito”, caso os direitos já previstos no ordenamento jurídico pátrio desde 1988 fossem cumpridos. E também por que desde o julgamento da ADPF 54 o Poder Público atribui exclusivamente à mulher o peso de imputar um destino ao resultado de sua omissão.

Qualquer que seja a escolha da mulher, a culpa por tê-la feito recairá sobre si. Permitir o aborto do feto anencefálico, deixando ao arbítrio da gestante de fazê-lo ou não, é simplesmente desviar toda a responsabilidade do Estado para a mulher.

Ao optar pelo aborto, a mulher sofrerá a pena de ser res-

ponsável pela eliminação de uma vida e, ao negá-lo sofrerá com a impotência de gerar uma criança saudável e feliz aos olhos da sociedade. Desvia-se assim a responsabilidade do Estado pela saúde da mulher e da criança para a gestante dando continuidade ao processo de culpa e inferioridade feminina que a história da humanidade escreve.

Seria sensato que o Poder Público, ao invés de deixar de intervir na vida da gestante de um feto anencefálico colocando a sua escolha a realização do aborto, que ele interviesse de acordo com suas obrigações provendo saúde, alimentação e educação para todas as mulheres, evitando, além da anencefalia, outras gestações indesejadas.

Como considerar o aborto do anencéfalo uma conquista feminina, quando o fato de existir a anencefalia no país representa um retrocesso no exercício de direitos positivados desde 1988 na Constituição da República?

A omissão do Estado que gerou conseqüências de forte impacto na vida dos cidadãos, teve, na decisão da ADPF 54, seu resultado imputado à escolha da gestante. Caso ela decida pelo aborto ou não estará matando ou dando à luz um bebê que ela não sabe qual será a sobrevida.

A não intervenção do poder público na permissão do aborto não significa uma conquista feminina. Conquista seria não haver casos de anencefalia no país. Frente a tal omissão do Estado, pode a gestante, ou mãe, invocar a Responsabilidade Civil do Estado. Percebe-se aqui uma atmosfera difusa, confusa, sem o discernimento da realidade que envolve a política da saúde da mulher.

Pela Teoria da Culpa Administrativa⁵, quando o dano for atribuído a uma não prestação de serviço pelo Estado, pela sua prestação retardada ou pelo mau funcionamento do serviço, o

⁵ Nomenclatura dada por Hely Lopes Meirelles, também chamada por outros doutrinadores de Teoria da culpa anônima, da culpa do serviço público ou da falta de serviço.

Estado responde subjetivamente pelos danos causados. A falta do serviço público é fato gerador da obrigação do Estado de indenizar dano causado a terceiro.

Segundo DI PIETRO (2006) essa responsabilidade é subjetiva por que decorre do mau funcionamento do serviço público e a culpa é anônima, não individualizada e não decorrente de atuação de agente público, mas sim de omissão do poder público.

MELLO (2011) explica que a responsabilidade subjetiva é aplicada quando o dano decorre de uma omissão do Estado, por que o serviço não funcionou ou funcionou de forma tardia ou ineficiente. Se o Estado tem o dever legal de agir e não o faz ou age de forma ineficiente, abaixo dos padrões legais esperados, responde por essa negligência ou omissão. Caso o serviço fosse prestado de forma adequada, não haveria um ilícito causador de um dano não evitado.

É claro o dever do Estado em proporcionar a todos os cidadãos os direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição Federal. Tais direitos compõem o rol dos direitos fundamentais da Constituição da República, e nada mais fundamental que o Estado os propicie.

Sabe-se do problema da inefetividade de alguns direitos no ordenamento jurídico pátrio, em virtude da mera compilação de direitos conquistados depois de muita luta por outros países. Todavia, aqueles são direitos básicos, direitos humanos e a concepção de um feto anencéfalo é apenas uma das consequências da não disposição desses direitos.

Por ser considerada uma responsabilidade civil subjetiva pela doutrina majoritária, para a obtenção de indenização a mãe deverá provar a ocorrência de anencefalia e a falta do serviço, sua prestação insuficiente ou seu retardamento. Com o dever do Poder Público em prover os direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição Federal, atrelado ao fato de que a formação do feto anencefálico deve-se a não prestação de tais

direitos, a responsabilidade civil do Estado deve ser invocada.

Apesar de instituir o enriquecimento das farinhas de trigo e milho com o ácido fólico, o Estado não criou um mecanismo eficiente para a fiscalização desse enriquecimento. Ou seja, foi criada a lei exigindo a presença da substância, mas não foi elaborada uma metodologia oficial no Brasil para a avaliação, além da falta de capacidade analítica para efetuar essa análise. Mais uma vez o Poder Público atesta que tem conhecimento das necessidades da população, mas não dá efetividade às ações necessárias para supri-las.

5. CONCLUSÕES

A anencefalia é um problema de saúde pública típico de países subdesenvolvidos. Com o acesso a informação sanitária, acompanhamento gestacional e alimentação saudável ela pode ser facilmente prevenida. As ações devem ser focadas na prevenção e não na consequência, como foi a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de determinado o enriquecimento das farinhas de trigo e milho com ácido fólico, não há um planejamento nacional pré-determinado para o monitoramento das amostras. A determinação de enriquecer alimentos sem a devida fiscalização denota que o Poder Público está ciente da necessidade desses nutrientes para a população, mas que não faz o necessário para garantir que o mesmo chegue a todos.

Se o Poder Público realmente proporcionasse aos cidadãos acesso aos direitos sociais, estaríamos diante de uma verdadeira conquista. Um olhar mais apurado sobre a trajetória de valorização da mulher na sociedade seria de bom tom. A sociedade e as relações se modificaram e, no século XXI a mulher trabalha, provê o lar, educa filhos, administra a casa e ainda não é ouvida ou atendida dignamente por políticas públicas.

Pior, ainda, é tornar-se objeto de manobra da mídia, de

religiões, de grupos feministas. Não se pode falar em conquista, já que a mulher foi vitimada por um processo equivocado que autoriza o aborto de um feto que sofreu modificação congênita decorrente de uma penúria gerada pela omissão estatal.

Conquista seria se todos tivessem acesso aos serviços públicos e aos seus direitos sociais. Chamar de conquista esse novo ‘direito’, que vem combater paliativamente a desídia do Poder Público na contemplação de direitos constitucionais, é uma grande falácia.

Não há que se falar em conquista feminina ou conquista social. Essa foi mesmo uma conquista do Poder Público, que transferiu todo o peso da triste consequência de sua omissão para uma das vítimas: a mãe do bebê anencéfalo.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTO, MVL; Galdos, ACR; Miglino, MA; Santos, JM. *Anencefalia: Causas de uma malformação congênita*. Revista de Neurociências, 2010. Disponível em <<http://www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/2010/RN1802/351%20revisao.pdf>> Acesso: 09/08/2012.
- BRASIL. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm> Acesso: 14/08/2012.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Alimenta-

ção e Nutrição. *Fortificação obrigatória das farinhas de trigo e milho com ferro e ácido fólico*. Ministério da Saúde. Disponível em <http://nutricao.saude.gov.br/fortificacao_alimentos.php> Acesso: 14/08/2012. MS.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>> Acesso: 01/08/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Comunicação Social. *Notícias STF*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881>> Acesso: 14/08/2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEZZAOBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OMS. *Recomendaciones sobre la fortificación de las harinas de trigo y de maíz..* Organización Mundial de la Salud, 2009. Disponível em <http://www.who.int/nutrition/publications/micronutrient_s/wheat_maize_fort_es.pdf> Acesso: 14/08/2012.

SANTANA, José Almir. “Anencefalia: melhor é prevenir”. *Jornal da Cidade*. Aracaju, SE, 21/04/2012. Disponível em <<http://www2.jornaldacidade.net/artigos-leitura/76/27203/anencefalia-melhor--e--prevenir.html>> Acesso: 14/08/2012.

ANEXOS

Anexo 1- Resolução RDC 344 da ANVISA

Resolução - RDC nº 344, de 13 de dezembro de 2002 D.O.U de 18/12/2002

>> Revoga a Resolução - RDC nº 15, de 21 de fevereiro de 2000

O Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 13 do Regulamento da ANVISA aprovado pelo Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999, considerando a necessidade de constante aperfeiçoamento das ações de prevenção e controle sanitário na área de alimentos, visando à saúde da população;

considerando as recomendações da Organização Mundial da Saúde-OMS e Organização Panamericana da Saúde-OPAS de fortificação de produtos alimentícios com ferro e ácido fólico; considerando as atribuições emanadas da Comissão Interinstitucional de Condução e Implementação das Ações de Fortificação de Farinhas de Trigo e Farinhas de Milho, coordenada pelo Ministério da Saúde; considerando os benefícios que advém da prática de adoção de fortificação de farinhas, conforme comprovados em estudos científicos; considerando que a anemia ferro priva representa um problema nutricional importante no Brasil, com severas conseqüências econômicas e sociais; considerando que o ácido fólico reduz o risco de patologias do tubo neural e da mielomeningocele; considerando que as farinhas de trigo e as farinhas de milho são largamente consumidas pela população brasileira; considerando a urgência do assunto, adoto, ad referendum, a seguinte Resolução de Diretoria Colegiada e determino a sua publicação:

Art. 1º Aprovar o Regulamento Técnico para a Fortificação das Farinhas de Trigo e das Farinhas de Milho com Ferro e Ácido Fólico, constante do anexo desta Resolução.

Art. 2º As empresas têm o prazo de 18 (dezoito) meses a contar da data de publicação deste Regulamento para adequação de seus produtos.

Art. 3º O descumprimento aos termos desta Resolução constitui infração sanitária sujeitando os infratores às penalidades previstas na Lei n.º 6.437, de 20 de agosto de 1977 e demais disposições aplicáveis.

Art. 4º Fica revogada a Resolução - RDC nº 15, de 21 de fevereiro de 2000, DOU de 25 de fevereiro de 2000.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

GONZALO VECINA NETO.

Texto disponível em
<http://www.anvisa.gov.br/legis/resol/2002/344_02rdc.htm> Data do acesso:
02/08/2012.

Anexo 2- Resolução 1.989 do Conselho Federal de Medicina:

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO Nº 1.989, DE 10 DE MAIO DE 2012

Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do

parto e dá outras providências.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90, republicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173);

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 17 de junho de 2004 (ADPF-54), e declarou a constitucionalidade da antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de feto anencéfalo, o que não caracteriza o aborto tipificado nos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal, nem se confunde com ele;

CONSIDERANDO que o pressuposto fático desse julgamento é o diagnóstico médico inequívoco de anencefalia;

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para o diagnóstico de anencefalia;

CONSIDERANDO que o diagnóstico de anencefalia é realizado por meio de exame ultrassonográfico;

CONSIDERANDO que é da exclusiva competência do médico a execução e a interpretação do exame ultrassonográfico em seres humanos, bem como a emissão do respectivo laudo, nos termos da Resolução CFM nº 1.361/92, de 9 de dezembro de 1992 (Publicada no D.O.U. de 14 de dezembro de 1992, Seção I, p. 17.186);

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo a eles zelar e trabalhar, com todos os meios a seu alcance, pelo prestígio e bom conceito da profissão e pelo perfeito desempenho ético dos profissionais que exercem a Medicina legalmente;

CONSIDERANDO que a meta de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e com o melhor de sua capacidade profissional;

CONSIDERANDO o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, que eleger o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o artigo 5º, inciso III da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO o teor da exposição de motivos que acompanha esta resolução;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 10 de maio de 2012, resolve:

Art. 1º Na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez.

Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter:

I - duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posi-

ção sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável;

II - laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.

Art. 3º Concluído o diagnóstico de anencefalia, o médico deve prestar à gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, garantindo a ela o direito de decidir livremente sobre a conduta a ser adotada, sem impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão ou para limitá-la naquilo que decidir:

§1º É direito da gestante solicitar a realização de junta médica ou buscar outra opinião sobre o diagnóstico.

§2º Ante o diagnóstico de anencefalia, a gestante tem o direito de:

I - manter a gravidez;

II - interromper imediatamente a gravidez, independente do tempo de gestação, ou adiar essa decisão para outro momento.

§3º Qualquer que seja a decisão da gestante, o médico deve informá-la das consequências, incluindo os riscos decorrentes ou associados de cada uma.

§4º Se a gestante optar pela manutenção da gravidez, ser-lhe á assegurada assistência médica pré-natal compatível com o diagnóstico.

§5º Tanto a gestante que optar pela manutenção da gravidez quanto a que optar por sua interrupção receberão, se assim o desejarem, assistência de equipe multiprofissional nos locais onde houver disponibilidade.

§6º A antecipação terapêutica do parto pode ser realizada apenas em hospital que disponha de estrutura adequada ao tratamento de complicações eventuais, inerentes aos respectivos procedimentos.

Art. 4º Será lavrada ata da antecipação terapêutica do parto, na qual deve constar o consentimento da gestante e/ou, se for o caso, de seu representante legal.

Parágrafo único. A ata, as fotografias e o laudo do exame referido no artigo 2º desta resolução integrarão o prontuário da paciente.

Art. 5º Realizada a antecipação terapêutica do parto, o médico deve informar à paciente os riscos de recorrência da anencefalia e referenciá-la para programas de planejamento familiar com assistência à contracepção, enquanto essa for necessária, e à pré-concepção, quando for livremente desejada, garantindo-se, sempre, o direito de opção da mulher.

Parágrafo único. A paciente deve ser informada expressamente que a assistência pré-concepcional tem por objetivo reduzir a recorrência da anencefalia. Art. 6º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA

Presidente do Conselho

E em exercício

HENRIQUE BATISTA E SILVA

Secretário-Geral

Texto

disponível

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf> Data do acesso: 13/08/2012.

Data	Andamento	Órgão Julgador	Observação	Documento
01/07/2004	Decisão Liminar Deferida		"(...) há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da carta da república, presentes os valores em foco. daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se-ão não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. é como decido na espécie. 3. ao plenário para o crivo pertinente."	
30/09/2004	Decisão do Relator		em 28/09/04 "2-a matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. a repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da lei nº 9882, de 3/12/99(...) então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como ' <i>amicus curiae</i> ',(...)como também as seguintes entidades: federação brasileira de ginecologia e obstetrícia, sociedade brasileira de genética clínica, sociedade brasileira de medicina fetal, conselho federal de medicina, rede nacional feminista de saúde, direitos sociais e direitos representativos, escola de gente, igreja universal, instituto de biotécnica, direitos humanos e gênero (...)deputado federal José Aristodemio Pinotti,(...).3.ao plenário, para designação de data, visando à apreciação da questão de ordem relativa à admissibilidade da adpf."	

20/10/2004	Vista ao Ministro	Carlos Britto. decisão: após o voto do senhor ministro Marco Aurélio, relator, resolvendo a questão de ordem no sentido de assentar a adequação da ação proposta, pediu vista dos autos o senhor ministro Carlos Britto. em seguida, o tribunal, acolhendo proposta do senhor ministro Eros Grau, passou a deliberar sobre a revogação da liminar concedida e facultou ao patrono da argente nova oportunidade de sustentação oral. prosseguindo no julgamento, o tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o senhor ministro Cezar Peluso. e o tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os senhores ministros relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. votou o presidente, ministro Nelson Jobim.....	
12/04/2012	Precedente	Decisão : o tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos i e ii, todos do código penal, contra os votos dos senhores ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo ministro Celso de Mello; e contra os votos dos senhores ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (presidente), que a julgavam improcedente. Impedido o senhor ministro Dias Toffoli plenário, 12.04.2012.	Decisão de julgamento