



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A anencefalia e seus reflexos jurídicos

Juliana Cardozo Franco

Rio de Janeiro
2011

JULIANA CARDOZO FRANCO

A anencefalia e seus reflexos jurídicos

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Mônica Areal
Nelson Tavares
Néli Fetzner
Guilherme Sandoval
ⁱRafael Iorio

Rio de Janeiro
2012

A ANENCEFALIA E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

Juliana Cardozo Franco

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: A presente pesquisa analisa a questão da anencefalia do ponto de vista jurídico, e o processo construtivo que serviu de fundamento para as questões suscitadas na ADPF nº 54, pois passa pela análise das razões moral e ética que deverão ser ponderadas no momento de decisão pelo STF. A análise interdisciplinar acerca da possibilidade ou não de legalização do aborto no caso dos anencéfalo. A análise permite que o judiciário chegue a uma possível decisão, que se traduzirá num resultado mais ético, devendo ser fundamentada, sob pena de violar a garantia constitucional do direito à vida.

Palavras-chaves: Anencefalia. Aborto. Princípios. Legalidade. Ética

1.1 Sumário: Introdução. 1. Possibilidade de aborto em feto anencéfalo: uma questão polêmica. 2. A anencefalia. 3. A interdisciplinariedade: o ponto de vista médico e jurídico, 4. O aborto 5. Uma crítica jurídica e moral aos fundamentos defendidos na ADPF nº 54. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a polêmica discussão suscitada pela ADPF nº 54 que trata da possibilidade do aborto nos casos de anencefalia, objetiva ainda trazer as reflexões acerca da legalidade da decisão não somente no meio jurídico, como também no meio social.

Sabe-se que a vida é direito fundamental assegurado não só pelo ordenamento jurídico interno, como também pela legislação externa; o direito a vida é o que possibilita o exercício dos demais, ou seja, é a condição para o exercício de quaisquer direitos, o fato de estar vivo. Ser humano aqui engloba tanto aquele com uma enorme longevidade, quanto àquele que tem sua vida cessada brevemente ao nascer. Em ambas as situações, é importante que o ser humano tenha confiança em um Judiciário atuante e ao mesmo tempo capaz de responder com justiça às questões que lhe são postas para julgamento.

Todo e qualquer ato humano de julgar tem uma carga direta das convicções pessoais

de quem o empreende, com as suas experiências anteriores e os conhecimentos que incorporou ao longo da sua existência. Os conhecimentos teóricos, intelectuais ou acadêmicos, são certamente vitais para a formação do julgador, porém aqueles provindos de outras fontes, como a dos duros embates da vida e das suas adversidades tem valor indispensável para constituir um bom e justo julgador.

Para Claudio Fonteles¹, a sociedade, e todos os operadores do direito devem, além de ponderar seus atos e decisões com carga valorativa oriunda das experiências, devem acima de tudo, cumprir os preceitos previstos na Constituição Federal, os quais é importante relembrar que têm como um de seus objetivos a construção de uma sociedade solidária que encontra previsão no art. 3º da CRFB, não devendo portanto permitir que nenhuma decisão vá na contra-mão da construção dessa sociedade solidária.

O aborto de fetos anencefálicos recentemente tornou-se um tema alvo de diversas controvérsias, tanto nas esferas sociais, como na jurídica e na médica, o que tem possibilitado as discussões entre a população e os estudiosos da classe médicas e jurídica.

Trata-se de um assunto polêmico que traz a lume diversas interpretações, o que impossibilita que este trabalho aborde o tema em sua totalidade. Não se pretende discutir consequências no âmbito médico, político ou de controle social, mas sim elucidar algumas considerações a respeito do aborto anencefálico sob o aspecto legal, tanto na esfera penal quanto naquilo que tange às divergências diante da realidade social.

Um dos objetivos do presente estudo é estudar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental instaurada no Supremo Tribunal, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, para discutir a polêmica sobre o aborto de anencéfalos. Esse estudo busca mostrar definições técnicas da anencefalia, visão doutrinária dos juristas que discutem tal assunto, questões psicológicas dos familiares envolvidos, e alguns argumentos contrários

¹ . FONTELES, Cláudio. *Parecer do MPF na ADPF nº 54/DF*. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/parefont.htm>>. Acesso em: 27 set. 2011

acerca da legalização do aborto nesses casos.

Assim, mostram-se relevantes as discussões suscitadas na audiência pública referente à ADPF, de modo que todos os interpretes da lei possam trilhar um caminho seguro para o deslinde das controvérsias de acordo com os ditames da Constituição, como também dos valores morais que são base de qualquer sociedade justa, equilibrada e solidária.

2. POSSIBILIDADE DE ABORTO EM FETO ANENCÉFALO : UMA QUESTÃO POLÊMICA.

A Arguição de descumprimento de preceito fundamental, também conhecida como ADPF, é uma denominação dada no Direito brasileiro à ferramenta utilizada para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (União, estados, Distrito Federal e municípios) incluídos atos anteriores à Constituição Federal.

A ADPF nº 54 trouxe a lume a questão polêmica, advinda do avanço da tecnologia e da medicina fetal que hoje possibilita aos médicos e aos pais acompanharem integralmente a formação, bem como todo período evolutivo do bebê, e ainda facilita o diagnóstico de algumas lesões ou patologias. É sobre esse tema que a ADPF de nº 54 trata. O pedido formulado por tal Ação de descumprimento é no sentido de haver uma interpretação conforme a Constituição, bem como de tais dispositivos do Código Penal, para ao final declarar que eles não incidem no caso de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, denominação dada ao aborto pela ADPF nº 54. Os legitimados que propuseram tal ação defendem ainda como consequência, que o direito ao aborto ou, como queira, eufemisticamente chamar antecipação terapêutica do parto, deve ser reconhecido como o direito subjetivo da gestante de querer se submeter a tal procedimento, sem a necessidade de prévia obtenção de autorização judicial.

O debate jurídico sobre a caracterização da "antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico" como crime ou, dito de forma mais direta, a retirada do feto anencefalo do ventre materno, pode conduzir a discussão sobre o aborto para o campo estritamente jurídico e, dentro desta seara, o debate pode se restringir ao Direito Penal.

Contudo, uma profunda compreensão do problema não pode prescindir da consideração de que se trata de uma questão fundamentalmente moral, ainda que seja necessário oferecer respostas ao debate nos campos estritamente jurídico e médico, os quais, cedo ou tarde, precisam se afastar da reflexão moral para oferecer diretrizes taxativas, que sirvam de referencial à conduta dos profissionais em particular e da sociedade em geral.

A ADPF nº 54 trouxe em suas razões e argumentos um conjunto com algumas premissas fáticas sobre as quais construiu seu argumento. Tais premissas estavam associadas ao diagnóstico da patologia, ao prognóstico no tocante à viabilidade do feto e aos riscos para a gestante, assim como à questão do sofrimento psicológico a que estava sujeita a mulher, entre outros fatores. Também tentou apresentar distinções relevantes em relação às situações caracterizadas como aborto pela legislação penal, o sucesso não foi absoluto, pois houve inúmeras contrarrazões muito mais consistentes para criticar tais argumentos, tanto de ordem moral, quanto de ordem jurídica.

3. A ANENCEFALIA

É importante, inicialmente, definir o que é verdadeiramente reconhecido como anencefalia, para um posterior debate de quais argumentos podem ser debatidos ou não, dentro do contexto da gestação de um feto anencefálico.

A anencefalia consiste em malformação rara do tubo neural acontecida entre o 16º e o 26º dia de gestação, caracterizada pela *ausência parcial* do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária.

Ao contrário do que o termo possa sugerir a anencefalia não caracteriza somente casos de ausência total do encéfalo, mas, sobretudo casos onde se observa graus variados de danos encefálicos. É entendida também como uma má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico, o bebê pode apresentar algumas partes do tronco cerebral funcionando, garantindo algumas funções vitais do organismo .

A dificuldade de uma definição exata do termo "baseia-se sobre o fato de que a anencefalia não é uma má-formação do tipo 'tudo ou nada', ou seja, não está ausente ou presente"². Trata-se de uma má-formação que passa, sem solução de continuidade, de quadros menos graves até chegar aos quadros de indubitável anencefalia, ou seja, ausência total de encéfalo. Logo, uma classificação rigorosa é, quase impossível.

Trata-se de uma patologia letal, e é bem verdade que os bebês com anencefalia possuem expectativa de vida muito curta, não se pode estabelecer com precisão o tempo de vida extra-uterina que terão, entretanto nem mesmo por essa questão cronológica devem ter seu direito de desenvolvimento cessado.

A convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 1º, reconhece o direito intrínseco à vida que todo ser humano concebido tem. Portanto, os diplomas legais internacionais estabelecem que há vida desde a concepção, a criança por falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, aí incluída a proteção legal, tanto antes, como depois, do nascimento.

² CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Comissão de Bioética. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/>>. Acesso em 8 de ago 2011.

Com os avanços tecnológicos que permitem exames precisos para esse tipo de malformação fetal, verificaram-se, nos últimos anos, no âmbito do judiciário, que foram inúmeros os pedidos aos juízes para obtenção de liminar, a fim de que pudesse efetuar a retirada do feto, através do aborto, sem que essa atitude gerasse consequências penais. Em virtude dessa problemática, é que surgiu a necessidade de discutir esse tema de forma nacional, e importante que seja discutido com enfoque em uma abordagem interdisciplinar, pois diversos fatores, além da questão jurídica, devem ser ponderados e analisados para que a solução seja antes de mais nada justa e digna, protegendo o direito de todos os envolvidos na lide. Por essa ocasião é que foi proposta a ADPF nº 54 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS que foi promovida perante o Supremo Tribunal Federal requerendo que este tribunal autorize em todo o território nacional a prática do aborto em casos de nascituros portadores de anencefalia, em qualquer idade gestacional. A ação foi pedida em nome da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

A anencefalia é uma malformação grave caracterizada por ausência dos ossos do crânio, exceto pelo osso frontal, e inexistência dos hemisférios cerebrais. Pode ser total ou parcial, em diversos graus. Os fetos anencefálicos são vivos, sentem dor, se desenvolvem ao longo de uma gestação normal e a criança nasce com vida, porém costuma ter uma sobrevivência extra-uterina curta, questão de algumas horas ou no máximo alguns meses de vida. A incidência é de 0,1 a 0,7 caso em cada mil nascidos, com predomínio do sexo feminino.

No Brasil o Código Penal define o aborto como crime contra a vida, prevendo porém que ele não seja punido apenas em duas hipóteses: quando a gestação é decorrente de estupro ou quando não há outro meio para se salvar a vida da mãe. Como a gravidez de um nascituro anencefálico normalmente não é resultado de estupro nem implica risco para a vida da mãe, o aborto neste caso é claramente proibido pela lei.

O Supremo Tribunal Federal não tem autoridade para derrogar leis ou abrir novas exceções às proibições legais. Para não parecer que o Supremo estivesse violando a legislação, o autor da ação pede que o Supremo Tribunal interprete que a antecipação do parto de uma gestação de um anencéfalo com a conseqüente morte do concepto não se considere como prática de aborto.

4. A INTERDISCIPLINARIEDADE: O PONTO DE VISTA MÉDICO E JURÍDICO

A anencefalia já foi conceituada do ponto de vista médico como sendo uma má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, sobra apenas resíduo do tronco encefálico.

Não se pode abordar esse tema sem definir também o conceito de vida humana:

“Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou de matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como metabolismo; crescimento, a reação a estímulos; a adaptação ao meio, a reprodução, e outras; existência³”

É importante ainda esclarecer que na anencefalia não existe um *gene* responsável. É a diminuição do ácido fólico, segundo alguns estudos, que seria umas das causas, e por esta razão é que alguns médicos passam uma dieta rica nesse tipo de vitamina B. Torna-se ainda mais grave o caso do Brasil, que por ter um sistema de saúde precário e ineficiente, tem altos índices de fetos anencéfalos.

Já no âmbito jurídico, o conceito de vida surge com a interpretação da Constituição Federal, combinando-se com o princípio da dignidade humana e ainda com o conceito de vida

³ANDRADE, Ricardo Luís SantAnna de. *Aborto e direito à vida*. Ceará. Disponível em <http://www.pgi.ce.gov.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=21>. Acesso em 12 mar 2012.

biológica. Assim, a vida é o pressuposto e condição de existência e exercício de todos os demais direitos invioláveis pelo art. 5º da Magna Carta.

Urge buscar nas pesquisas médicas dados acerca da expectativa de vida dos fetos anencéfalos, e essas pesquisas trazem como dados que cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos sobrevivem com uma expectativa extra-uterina de no máximo 48 horas. É necessário lembrar o caso Marcela que ocorreu no Brasil: um bebê que conseguiu sobreviver três anos, com um desenvolvimento inferior aos de sua idade, pois não falava, andava e não enxergava, entretanto, a indagação que vem à tona, e deve ser direcionada aos defensores cruéis da legalização do aborto, ou como queiram da antecipação terapêutica do parto: será que é possível afirmar que um ser vivo que consegue sobreviver por 3 horas, 3 dias, 3 semanas, 3 meses ou 3 anos não externaliza vida?

Parece que afirmar a não existência de vida em um bebe anencéfalo, como pretende a ADPF e os seus defensores, com base em um tempo cronológico de sobrevivência do feto, ou como preferem dizer por não haver potencialidade de vida, vai de encontro os aspectos constitucionais. Aqui é necessário um esclarecimento acerca da pontencialidade, pois o feto anencefálico é potencialmente um ser humano, uma vez que reúne todas as condições genéticas para tanto, o que ele não será, é potencialmente adulto. Porém, a condição de ser ou não ser adulto não é um bem jurídico tutelado pelo direito brasileiro. Ser adulto não é uma questão potencial para o ordenamento vigente.

Não é raro, ter notícias de morte de bebês saudáveis nos primeiros dias de vida, sejam por doenças infecciosas, por paralisias, por negligencia de cuidados, o que solidifica ainda mais a idéia de que parece um tanto quanto incoerente que esse bebe que faleceu no seu primeiro dia de vida, mas que nasceu com seu encéfalo completamente formado seja considerado mais humano, e por isso merecedor de mais proteção e de mais direitos do que

aquele que nasceu com uma má-formação cerebral, diagnosticada como anencefalia, mas que ainda assim conseguiu por seus próprios meios, sobreviver pelo mesmo tempo cronológico que o tal bebe saudável, tendo como única diferença a *causa mortis* de ambos.

Com efeito, ser a vida humana inviolável, direito pessoal individualmente garantido, conduz à necessária conclusão de que o tempo de duração da vida humana, se de 3 minutos ou de 3 anos, não é fator decisivo para uma eliminação consentida.

À vida humana, gestada ou nascida, garante-se sua inviolabilidade, impedindo-se sua morte, insisto, por simples projeção do decurso temporal. É importante informar que não existe previsão legal no ordenamento jurídico acerca do aborto anencefálico. Entretanto, pode-se verificar que algumas jurisprudências manifestam-se a favor da interrupção gestacional, com fundamento no sofrimento psicológico da gestante diante do fato de gerar um feto sem a “tal” potencialidade de vida adulta, afirmam essas jurisprudências que não autorizar seria violar o princípio da dignidade humana.

É bem verdade que o princípio da dignidade humana é expresso na Constituição Federal, ocorre que esse princípio não é o apanágio do individualismo, ou do egocentrismo, da absoluta supremacia do eu, como quando é utilizado como fundamento para a interrupção gestacional.

Vale destacar a lição do Sub-Procurador Geral da República Claudio Fonteles em um parecer concedido a um *site* pró-vida⁴

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, se resguarda a autodeterminação de cada mulher e de cada homem, até porque nós todos, mulheres e homens, desde a concepção somos em contínuo e incessante auto-movimento nos ciclos que compõem a nossa vida, necessariamente embrionário, a que se inicie, e depois fetal, recém-nascido, criança, jovem, adulto e velho, se nos é dado viver

⁴ FONTELES, Cláudio. *Parecer do MPF na ADPF nº 54/DF*. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/parefont.htm>>. Acesso em: 27 set. 2011

todos os ciclos, tanto resguarda não para que nos enclausuremos, repito, na solidão egocêntrica, eis que somos seres vocacionados, porque também ínsita em nossa dimensão, a sociabilidade, portanto o princípio da dignidade da pessoa humana promove-a como ser social.

Cumprir examinar que, se existe vida que se sustenta e permanece viva por seus próprios meios de existência, ou seja, se auto-movimenta no corpo materno, com ou sem deformidades, mas de fato se movimenta e vive. Então como matá-la por uma perspectiva meramente cronológica de sua existência? Seria essa morte a primazia, a sobreposição do egocentrismo, que modifica a interpretação jurídica até hoje em vigor no ordenamento pátrio do que seria o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em virtude dessas considerações, é oportuno enfatizar as palavras de Claudio Fonteles⁵:

Com todo o respeito, o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o da inviolabilidade da vida humana, ambos contemplam a vida e a pessoa humanas em todos os seus ciclos, desde o momento-embrião até o momento-ancião, se os ciclos cumprem-se normalmente, como já o disse antes, não fazendo o menor sentido atribuir-se a tal, ou qual, ciclo maior, ou menor, proteção constitucional. Não existe meia-vida como não existe meia-gravidez .

Em contrapartida a argumentação levantada acima, existe uma corrente que defende que a oposição à interrupção da gravidez em casos de anencefalia é de fundo religioso. A Igreja católica se posiciona firmemente neste sentido e argumenta contra a aplicação do conceito de morte cerebral nesses casos.

Por fim , como se sabe o Estado democrático é laico, devendo legislar sobre princípios básicos que permitam tanto a convivência harmônica de todos como as diferentes escolhas morais baseadas nas crenças de cada um. Se a legislação e sua interpretação forem determinadas por diretrizes religiosas emanadas da alta hierarquia eclesiástica, estamos de

⁵ FONTELES, Cláudio. *Parecer do MPF na ADPF nº 54/DF*. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/parefont.htm>>. Acesso em: 27 set. 2011

fato impedindo a liberdade de credo e utilizando o poder do Estado para garantir que todos os cidadãos sigam tais diretrizes. Os católicos têm direito de defender suas idéias, mas não de impô-las a todos através dos aparelhos de Estado. Acredita-se que católicos que ocupam posição pública com função de defender o Estado laico e democrático devem seguir o catecismo, porém como um ponto de vista fundamentado a ser defendido, porém não como uma imposição religiosa a toda a sociedade.

4.1 O ABORTO

O aborto ou interrupção da gravidez é a remoção ou expulsão prematura de um embrião ou feto do útero, resultando na sua morte. Isso pode ocorrer de forma espontânea ou artificial, provocando-se o fim da gestação e, conseqüentemente, o fim da vida do feto, mediante técnicas médicas, cirúrgicas entre outras. Essa conduta é tida como típica para o ordenamento jurídico vigente, e está prevista no art. 124 e seguintes do Código Penal que diz ⁶:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em < [http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigo_penal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigo_penal.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2012.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

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

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

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Há anos, o aborto vem sendo provocado por vários métodos diferentes, e seus aspectos morais, éticos, legais e religiosos são objeto de intenso debate em diversas partes do mundo.

É importante lembrar que o aborto traz, além das consequências jurídicas previstas no Código Penal, inúmeras outras consequências, algumas de ordem psicológica e muitas vezes de difícil cura, como, por exemplo, a síndrome pós-abortiva que seria uma série de reações psicológicas apresentadas ao longo da vida por mulheres após terem cometido um aborto. Há vários relatos de problemas mentais relacionados direta ou indiretamente ao aborto; uma descrição clássica pode ser encontrada na obra "Sobre a Psicopatologia da Vida Cotidiana", de Sigmund Freud.⁷

⁷ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, extraído do volume XXI da Edição *Standard* Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Rio de Janeiro, Imago Editora, 1969

No livro "Além do princípio de prazer", Freud salienta: "Fica-se também estupefato com os resultados inesperados que se podem seguir a um aborto artificial, à morte de um filho não nascido, decidido sem remorso e sem hesitação."⁸

A síndrome pós-abortivo (PAS), conhecida também como síndrome pós-traumática pós-abortiva ou síndrome do trauma abortivo é um termo que designa um conjunto de características psicopatológicas que alguns médicos dizem ocorrer nas mulheres após um aborto provocado⁹ E ainda, tal síndrome teria sido catalogada em inúmeras pesquisas, entre elas a do Dr. Vincent Rue que no estudo da Desordem Ansiosa Pós-Traumática (DAPT), presente em ex-combatentes do Vietnã, que teria sua correspondente na síndrome pós-aborto (SPA). Algumas estatísticas de organizações pró-vida argumentam que há um aumento de 9% para 59% nos índices de distúrbios psicológicos em mulheres que se submetem ao aborto anencefálico.

O aborto é uma questão psicológica muito intensa para a mulher. Verificou-se que muitas delas, depois de realizar o aborto, tentam o suicídio. No caso de fetos anencefálicos, além do trauma de terem eliminado injustamente uma vida, sofrem ainda com a má formação do feto. No plano inconsciente, elaboram em suas mentes, que deixaram de ser geradoras de vida e passaram a ser uma homicida. A psicologia traz estudos em que afirma que a mulher, quando aborta, considera ter rejeitado o filho pela má-formação, tornando-se isso o motivo de condenação pessoal.

⁸ FREUD, S. "Além do princípio de prazer (1920)". In: Edição Standard das Obras Completas de Sigmund Freud. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Ed Imago, 1976.

⁹ Gomez, Lavin C & Zapata, Garcia R. "Diagnostic categorization of post-abortion syndrome", *Actas Esp Psiquiatr.* 2005 Jul-Aug;33(4):267-72.

O que para a maioria das mulheres seria o ápice de uma trajetória de realizações, concretizações de sonhos, planejamento de vida a dois, a gravidez de um feto anencefálico com posterior abortamento torna-se uma condenação perpétua.

Entretanto, se analisar a questão fazendo uma interface com a psicanálise, concluiremos que ao autorizar o aborto, estaríamos permitindo uma condenação perpétua, pois no que concerne ao inconsciente os operadores do Direito não tem acesso, e nem possuem métodos capazes de fazer com que as reminiscências de um aborto se tornem irrelevantes para a mulher que se submeteu a tal procedimento, logo se a preocupação sempre alegada nos casos de anencefalia, e até mesmo é trazido como um dos fundamento da ADPF: a saúde da mulher -- a autorização do aborto em nada estaria resguardando a saúde mental da mulher, uma vez que ao defender a atipicidade desta conduta, na verdade está, de certa forma, possibilitando uma condenação perpétua da ordem do psicológico, uma vez que esta mulher comprovadamente, quando não se suicida, fica com o sentimento de culpa por aquela conduta cometida para o resto de sua existência¹⁰. Nenhuma mulher, por mais resistente que seja, será capaz de um dia se tornar novamente livre, pois para o mental não há tempo que faça extinguir a punibilidade.

Como se sabe a Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Consequentemente, a vida é o bem supremo na sociedade. Assim, o caráter absoluto do direito à vida só poderia ser afastado quando seu sacrifício visasse a proteger um bem de equivalência idêntica, qual seja outra vida, nos casos especiais em que tal medida se justificasse. Não se aplica a pena nos casos de legítima defesa (artigo 25, Código Penal), no caso de aborto para resguardar a vida da gestante em perigo – aborto necessário - (artigo 128, I, Código Penal), ou ainda no caso de gravidez resultante de estupro – aborto humanitário - (artigo 128, II, Código Penal).

Atualmente, está em discussão no país o caso de não se aplicar a pena para o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ou seja,

¹⁰ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, extraído do volume XXI da Edição *Standard* Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Rio de Janeiro, Imago Editora, 1969

quando o feto não tem condições de sobreviver após o nascimento. O caso mais conhecido nesse tipo de abortamento é o do aborto por anencefalia, que é quando a criança não possui cérebro, ou este está mal formado, portanto não terá condições de sobreviver.

Cabe frisar que a legalização do aborto nesses casos não trará a cura, e nem fará com que haja uma redução desta anomalia. Pode-se concluir o que está no Congresso Nacional um anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, a fim de que se autorize o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas e mentais, em outras palavras, aguarda-se o que seria a constitucionalização de um “aborto eugênico”?

A eugenia é um termo cunhado em 1883 por Francis Galton, significando "bem nascido".¹¹ Galton definiu eugenia como o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente.¹² Em outras palavras, melhoramento genético. O tema é bastante controverso, particularmente após o surgimento da eugenia nazista, que veio a ser parte fundamental da ideologia de pureza racial, a qual culminou no Holocausto. Mesmo com a cada vez maior utilização cada vez maior de técnicas de melhoramento genético usadas atualmente em plantas e animais, ainda existem questionamentos éticos quanto a seu uso com seres humanos, chegando até o ponto de alguns cientistas declararem que é de fato impossível mudar a natureza humana.

A definição do que seria a eugenia, em muito se assemelha com situação que pode ser gerada caso haja a aprovação do anteprojeto acima referido, ou seja, será autorizado o aborto toda vez que se estiver diante de um nascituro que apresente graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. Os fundamentos para a concessão do aborto estão se tornando cada dia mais precário, abrindo precedente para uma legalização do aborto banal, ou seja, aquele que

¹¹ GALTON, Francis. *Inquiries into human faculty and its development*. New York: AMS Press, 1973.

¹² GOLDIM, José Roberto. *Eugenia*. Disponível em <<http://www.ufrgs.com.br/>> Acesso em 28 de set. 2011.

ocorre na tentativa de eliminar as inconveniências de uma gravidez indesejada. Tal realidade, a legalização do aborto eugênico, em outras palavras, seria similar a uma execução em massa ocorrida no nazismo de Hitler, pois o objetivo-fim seria obtenção de um melhoramento racial, ou também conhecida como a ideologia de pureza racial, onde se justificavam exterminar os deficientes, os judeus, enfim a minoria, com a finalidade de permitir a perpetuação apenas dos arianos.

Hoje relembra o nazismo ainda e sempre será traumático para toda a sociedade, e hoje no auge da Democracia, parece assustador pensar em regredirmos a essa realidade.

Ocorre que os fundamentos que se encontram por de trás da legalização do aborto anencefálico, por serem de natureza tão precária, em muito se assemelham as razões defendidas pelos nazistas. Sob o manto da proteção à saúde da gestante, estaria legalizando a possibilidade de escolher e/ou criar uma raça pura, o mesmo da realidade nazista, uma vez que estaria nas mãos do casal aceitar o bebê que está sendo gerado no ventre materno, com todas as suas limitações, ou eliminá-lo para dar chance a uma gravidez de um ser humano completa, e sem limitações. Isso não seria a ideologia da pureza racial?

Então, a reflexão que deve ser feita a fim de obter uma decisão verdadeiramente justa e democrática é de que, abrindo precedente para os casos de anencéfalos, todas as demais anomalias fatais serão passíveis de abortamento, sem que possa haver com isso qualquer punição Estatal, pois se em um caso não configura crime, em casos análogos também não poderão configura-lo, respeitando a justiça e a equidade das decisões, valores esses previstos na Constituição Federal.

5. UMA CRÍTICA JURÍDICA E MORAL AOS FUNDAMENTOS DEFENDIDOS NA ADPF Nº 54.

Os fundamentos trazidos pela ADPF nº 54 podem ser imediatamente refutados com fundamentos muito mais consistentes e relevantes, tanto do ponto de vista moral, quanto do ponto de vista jurídico.

O primeiro argumento utilizado pelos defensores da legalização do aborto anencefálico é da Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito¹³, e vale ser transcrito:

A maior parte dos fetos anencéfalos morre durante a gestação. Aqueles que não falecem durante a gravidez têm curtíssima sobrevivência, de natureza meramente vegetativa, em geral de poucos minutos, ou horas(...)

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressupõe que se respeite a esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem, que tem o poder de tomar decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferências do Estado ou de terceiros.

É importante ressaltar que raciocínio como esse acima transcrito é incompatível com o preceito do art. 5º caput da CRFB/88, a saber: princípio da inviolabilidade da vida e a dignidade humana, uma vez que embora a maioria dos casos o bebê vem a óbito nas horas subsequentes ou em alguns dias após o parto, não se pode desprezar a pequena parcela que recebe alta do hospital e pode viver com a família, ainda que minimamente, período esse que recebem carinho, atenção dos pais, avós e familiares; ocasião que são registradas civilmente e, no momento em que ocorre o falecimento, serão sepultadas dignamente, ao contrário do que ocorre no caso de abortamento. O final desses seres vivos não pode ser outro a não ser uma lixeira de hospital, lugar que por si só é um verdadeiro desrespeito a dignidade da pessoa humana.

No caso da antecipação do parto na gravidez de um anencefálico está se abreviando a

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: _____ Informativos.

expectativa de vida já curta do nascituro privando-o justamente do que ele necessita para sua sobrevivência até a morte natural, assim como aconteceria se retirássemos o alimento de um doente que tenha pouca expectativa de vida.

Outro aspecto importante a ser aprofundado a fim de contradizer a afirmação acima transcrita é a possibilidade de esses bebês anencefálicos “através de um mecanismo de neuroplasticidade experimentarem sensações ou uma forma de consciência primitiva”.¹⁴ Esse mecanismo é tão real que levou o Conselho de Ética da Associação Médica Americana, no ano de 1995, a retroceder naquilo que dizia respeito à retirada de órgão de fetos anencefálicos, passando a ser exigida a verificação da morte encefálica, assim como eram verificadas nas pessoas em geral, postura que permanece até hoje.

É importante ainda informar que, quando todos esses momentos previsíveis de dor e morte são cuidados e tratados especificamente, há ali uma forma de cuidar e respeitar a dignidade tanto do bebê, quanto da gestante. “O anencéfalo é uma pessoa vivente e a reduzida expectativa de vida não limita os seus direitos e a sua dignidade” nesta é a posição do Comitê Nacional de Bioética da Itália.

Outro argumento também da Dra. Deborah¹⁵, utilizado na ação de descumprimento de preceito fundamental que trata da anencefalia é de que:

Não há qualquer possibilidade de vida extra-uterina, como ocorre na anencefalia, nada justifica do ponto de vista dos interesses constitucionais envolvidos, uma restrição tão intensa ao direito à liberdade e à autonomia reprodutiva da mulher.

Derradeiramente conclui-se que, os anencéfalos não estão mortos. A medicina considera equivalente à morte a cessação total da atividade encefálica e não apenas a ausência de atividade elétrica cerebral. O feto anencefálico não possui uma parte do cérebro mas possui

¹⁴ ACATAUASSÚ, Rodolfo, LEÃO, Paulo Silveira Martins Junior. *Anencefalia: Aliviar o sofrimento sim, matar o paciente não*.

Disponível <http://amems.org/amems/index.php?option=com_content&view=article&id=462:anencefalia2&catid=92:boxing&Itemid=386>. Acesso em 22 out. 2011

¹⁵ Item 42 do parecer da ADPF nº 54

cerebelo e tronco encefálico, que também necessitam ter morrido para que se declare a morte do paciente.

CONCLUSÃO

A compreensão da natureza do feto anencéfalo depende do exame profundo, sério e consequente de questões morais (especialmente as bioéticas) e de técnicas de medicina às quais a comunidade científica brasileira ainda não dedicou a atenção merecida.

As discussões acerca da possibilidade de autorização do aborto nos casos de anencefalia são polêmicas, e podem guiar-se por diversas esferas. No entanto, a pesquisa refletiu o aspecto jurídico.

De todas as análises, fica marcante a idéia dialética que o Direito promove, visto que, ambas as correntes, tanto contrária quanto favorável, orientaram-se pelo ordenamento jurídico. Os que julgam necessário à possibilidade do aborto lembram que o Direito deve acompanhar a evolução da sociedade. E nesse sentido, o Código Penal data-se de 1940, sendo que na época de sua criação realmente não seria possível prever a possibilidade de anencefalia de forma a autorizar a possibilidade de aborto anencefálico.

Porém o que se percebe ao longo deste trabalho foi que o debate jurídico sobre o aborto de fetos anencéfalos não tem sido satisfatoriamente respaldado em pesquisas médicas à altura da seriedade do problema, encontrando-se posições de segmentos importantes no cenário jurídico que se fundam apenas em argumentos de autoridade, tomando por verdades absolutas posições médicas altamente questionáveis do ponto de vista científico.

Em decorrência da forma inadequada com que a maioria dos setores jurídicos tem tratado a questão, vem se consolidando o entendimento (senão equivocado, no mínimo

discutível) de que o feto anencéfalo não seria um ser humano, donde se extrai uma postura de total indiferença pelo feto anencéfalo.

Implicações éticas têm sido descartadas sob o argumento rarefeito de que a resistência ao aborto dos fetos anencéfalos basear-se-ia simplesmente em posturas religiosas ou filosóficas, o que constitui uma inaceitável simplificação do problema.

Isso não significa, por outro lado, que a questão não mereça prioridade na discussão moral, jurídica e médica: em verdade, a discussão sobre o tema leva o interlocutor a questionar o próprio sentido e alcance da dignidade da pessoa humana, expressão que não apenas veicula um princípio fundamental na República Federativa do Brasil, mas, principalmente, sintetiza a busca por uma definição do conteúdo da etérea e indelével busca do homem pelo sentido da vida.

Finaliza-se, portanto, com o raciocínio estritamente jurídico de que o direito a vida é atemporal, vale dizer, que não se avalia pelo tempo de duração da existência humana. O feto no estado intra-uterino e ser humano, não é coisa!

REFERÊNCIAS:

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 05 de outubro de 1988. Disponível em < [http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Petição Inicial na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* n° 54-8/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 8 de ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* n° 54-8/DF. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 3 de ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n° 366, Brasília, 18 a 22 de outubro de 2004. Disponível em< <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> . Acesso em 9 de ago. 2006.

BRAZ, Marlene. "*Resenha ABORTO POR ANOMALIA FETAL*". In: D. Diniz; D. C. Ribeiro. Brasília: Letras Livres, 2003. p.149 .". *Cadernos de Saúde Pública*. v. 20, n. 1, Rio de Janeiro, jan.-fev. 2004.

CANTARINO, Carolina. *Mulher ou sociedade: quem decide sobre o aborto*. Disponível em: <http://www.comciencia.br/rportagens/2005/05/05_impr.shtml>. Acesso em: 10 set. 2011. Conselho Federal de Medicina do Estado da Bahia. Anencefalia e Supremo Tribunal Federal. Brasília: Letras Livres, 2004.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Comissão de Bioética. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/>>. Acesso em 8 de ago 2011.

DINIZ, Débora ; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2003.

FONTELES, Cláudio. *Parecer do MPF na ADPF n° 54/DF*. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/parefont.htm>>. Acesso em: 27 set. 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. "*Aborto – Breves Reflexões sobre o Direito de Viver*" In: *Revista Bioética*. v. 2, n. 1, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1994. Disponível em: <www.portalmedico.org.br>. Acesso em 3 de ago.2006.

FREITAS, Ana Clélia de et al. "*Existe aborto de anencéfalos?*". Disponível em: . Acesso em 3 de ago.2006.

GOLLOP, Thomaz Rafael. "*Aborto por Anomalia Fetal*". In: *Revista Bioética*. v. 2, n. 1, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1994. Disponível em: <www.portalmedico.org.br>. Acesso em 3 ago.2006.

QUEIROZ, Victor Santos. "*Reflexões acerca da equiparação da anencefalia à morte encefálica como justificativa para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos*". *Jus Navigandi*. Teresina, a. 9, n. 760, 3 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7111>>. Acesso em 3 ago.2011.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. Aborto por anomalia fetal*. 1ª Reimpressão. Brasília: Letras Livres, 2004.

SANTOS, Marília Andrade dos. *A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica*. Revista de Direito Médico e da Saúde, ano II, nº 5, março de 2011. Recife: Livro Rápido, 2006, pp. 05-46.

SEGRE, Marco e HOSSNE, William Saad. "*O Aborto e o Transplante de Tecido Fetal*". *Revista Bioética*. v. 2, n. 1, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1994. Disponível em: <www.portalmedico.org.br>. Acesso em 3 ago.2011.

SILVEIRA, José Néri. "Néri da Silveira é contra o aborto de anencéfalos." *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 413, 24 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16602>>. Acesso em: 3 de ago.2011.

TOURINHO, Arx. OAB: *Interrupção de gestação de anencefálico não é aborto*. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=2528&arg=anencefalia>>. Acesso em 3 ago. 2011.