

O abortamento de feto anencéfalo na ordem jurídica brasileira

Abortion of anencephalic fetus in the Brazilian legal system

FAISE CAROLINA CAIXETA

Aluna do 8.º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM
e-mail: faisecarolina@yahoo.com.br

LUCIANA DE BRITO FREITAS LEITE

Professora de Direito Penal do Centro Universitário de Patos de Minas.
Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia.
e-mail: lucianaleite@netsite.com.br

Resumo: O aborto existe desde os povos antigos e é alvo de discussão desde aquela época, mas com a evolução da sociedade o tema tem se tornado cada vez mais discutido. Uma das discussões abarca a permissão ou não do aborto em casos de fetos portadores de anomalias como a anencefalia. Este é um tema que ainda não está pacificado. Opiniões se divergem: há aqueles que entendem que o aborto poderá ser praticado, pois não acarreta prejuízo para a mãe nem para o feto, já que este é desprovido de vida e a mãe tem o direito constitucional pela liberdade de escolha; já outros afirmam que estão incorrendo na norma do tipo penal, pois o feto tem vida e a Constituição lhe garante o direito à vida. Como o tema não é pacífico, várias ações estão sendo introduzidas no sistema judiciário para o deferimento do aborto para que estas mães não incorram na norma do tipo penal. Foi arguida junto ao STF a ADPF 54 para que seja legalizado o aborto de feto portador de anencefalia. No entanto, depois de deferida, esta liminar foi cassada e continua suspensa a ação.

Palavras-chave: Aborto; anencefalia; arguição de descumprimento de preceito fundamental; Legalidade.

Abstract: Abortion has existed since the ancient peoples and it has been the subject of discussions since that time, but with the evolution of society, the issue has become increasingly discussed. One of the discussions includes the permission or not in cases of abortion of fetuses with anomalies such as anencephaly. This is a topic that is not yet pacified. Opinions differ: there are those who understand that abortion might be practiced, because it causes no injury to the mother or the fetus, as this is devoid of life and the mother has a constitutional right for freedom of choice; while others say they are incurring the standard type of criminal, because the fetus is alive and the Constitution guarantees the right to life. As the theme is not peaceful, several actions have been introduced in the judicial system for the acceptance of abortion so these mothers do not incur in the standard type of criminal. It was raised by the STF the ADPF 54 to legalize abortion of fetuses carrying anencephaly. However, once granted, this injunction was annulled and the action is still suspended.

Keywords: Abortion; anencephaly; complaint for breach of fundamental precept; legality.

Jurisvox, (11):94-108, 2010

© Centro Universitário de Patos de Minas 2010

1. Introdução

Desde os povos antigos já existiam divergências no que diz respeito à permissão ou não do aborto. Para alguns povos era proibido; para outros, era permitido. No Código de Hamurabi, por exemplo, eram destacados aspectos da reparação devida a mulheres livres em casos de abortos provocados mediante violência por golpes, exigindo o pagamento de 10 ciclos pelo feto perdido.

Por outro lado, os gregos antigos apoiavam o aborto para regular o tamanho da população e manter estáveis as condições sociais e econômicas. Platão recomendava o aborto às mulheres grávidas com mais de quarenta anos de idade, e via a interrupção de uma gravidez não desejada como um meio para aperfeiçoar o próprio corpo.

Segundo o direito romano, o nascituro era desprovido de personalidade. Na Roma Antiga, o aborto era permitido, (embora lhe reconhecesse direitos). Por exemplo, se a mulher grávida fosse condenada à morte, suspendia-se a execução até o nascimento.

No século II, encontramos os primeiros registros de leis promulgadas pelo Estado contra o aborto, decretando o exílio contra as mães e condenando os que administravam a poção abortiva a serem enviados para certas ilhas, se fossem nobres, e a trabalhos forçados nas minas de metal, se fossem plebeus.

O primeiro país do mundo a legalizar o aborto foi a União Soviética, em 8 de novembro de 1920. Pela lei soviética, os abortos seriam gratuitos e sem restrições para qualquer mulher que estivesse em seu primeiro trimestre de gravidez. Os hospitais soviéticos instalaram unidades especiais denominadas abortórios, concebidas para realizar as operações em ritmo de produção de massa. Médicos estrangeiros que visitaram a União Soviética neste período para estudar a implantação do aborto referem que, em 1930, um abortório com quatro médicos realizava 57 abortos em duas horas e meia¹.

A história nos mostra que o aborto é um problema que se discute até hoje. Não há um ponto em comum. Alguns países permitem que sejam feitos os procedimentos abortivos e outros os condenam veementemente.

2. Aborto

A palavra aborto tem sua origem etimológica no latim *abortus*, derivado de *ab-oriri* ("perecer"), composto de *ab* ("distanciamento", "a partir de") e *oriri* ("nascer"). Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da con-

¹ ABORTO, um tema atual. Disponível em: <http://leituradiaria.com.br/?p=279>. Acesso em 15 out. 2010.

cepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão, podendo ser aborto espontâneo ou provocado.

O aborto espontâneo também pode ser chamado de aborto involuntário ou “falso parto”. Calcula-se que 25% das gestações terminam em aborto espontâneo, sendo que 3/4 ocorrem nos três primeiros meses de gravidez. A causa do aborto espontâneo no primeiro trimestre são distúrbios de origem genética (Aborto Espontâneo. Disponível em http://www.brasilmedicina.com.br/especial/gine_t11s1.asp). Acesso em 10 out. 2010).

Em cerca de 70% dos casos, esses embriões são portadores de anomalias cromossômicas incompatíveis com a vida. Nestes casos o ovo primeiro morre e em seguida é expulso. Nos abortos do segundo trimestre, o ovo é expulso devido a causas externas a ele (incontinência do colo uterino, mal formação uterina, insuficiência de desenvolvimento uterino, fibroma, infecções do embrião e de seus anexos).

Já o aborto provocado é a interrupção deliberada da gravidez. Dá-se pela extração do feto da cavidade uterina. Os processos utilizados podem ser químicos, físicos ou psíquicos. São substâncias que provocam a intoxicação do organismo da gestante e o conseqüente aborto, o fósforo, o chumbo, o mercúrio, o arsênio (químicos), e a quinina, a estricnina, o ópio, a beladona (orgânicos). Os meios físicos são os mecânicos (traumatismo do ovo com punção, dilatação do colo do útero, curetagem do útero, microcesária), térmicos (bolsas de água quente, escalda-pés) ou elétricos (choque elétrico por máquina estática). Os meios psíquicos ou morais são os que agem sobre o psiquismo da mulher (sugestão, susto, terror, choque moral) (MIRABETE & FABRINI, 2008, p. 159).

Em função do período gestacional em que é realizado, emprega-se uma das quatro intervenções cirúrgicas a seguir descritas.

A sucção ou aspiração: o médico introduz uma cureta no útero da gestante para remover o feto. No caso de gestação até seis semanas a aspiração é manual utilizando uma cânula flexível e não é necessário dilatação cervical, em gestações mais avançadas até doze semanas é utilizado um aparelho de vácuo elétrico e os conteúdos do útero (incluindo o feto) são sugados pelo equipamento (Aborto. Disponível em: <http://www.artecor.com.br/blog/artigos/1315/2010/06/04/aborto-2/>. Acesso em 10 out. 2010).

A dilatação e curetagem: após alargar a entrada do útero da paciente, introduz-se dentro dela a chamada cureta, que é um instrumento cirúrgico cortante, em forma de colher. Servindo-se desta o médico retira todo o conteúdo do útero (idem).

A dilatação e expulsão: neste procedimento o médico promove primeiro a dilatação cervical (um dia antes). Na intervenção que é feita sob anestesia é inserido um aparelho

O abortamento do feto anencéfalo na ordem jurídica brasileira

cirúrgico na vagina para cortar o feto em pedaços, e retirá-los um a um de dentro do útero. No final é feita a aspiração. O feto é remontado no exterior para garantir que não há nenhum pedaço no interior do útero que poderia levar a infecção séria (idem).

O aborto com nascimento parcial: técnica utilizada para provocar o aborto quando a gravidez está em estágio avançado (entre 20 e 26 semanas). Guiado por ultrassom, o médico agarra a perna do feto com um fórceps, puxa-a para o canal vaginal, e então puxa seu corpo inteiro para fora do útero, com exceção da cabeça. Faz então uma incisão na nuca, inserindo depois um catéter para sugar o cérebro do bebê e então retirá-lo por inteiro do corpo da mãe. Além das intervenções utiliza-se também a inserção de objetos não-cirúrgicos no útero. Estes potencialmente perigosos para a mulher, conduzindo a um elevado risco de infecção permanente ou mesmo à morte. Segundo a ONU, pelo menos 70 mil mulheres perdem a vida anualmente em consequência de aborto realizado em condições precárias (idem).

Ao utilizar práticas abortivas, possíveis efeitos negativos podem surgir como o câncer de mama, a dor fetal, o síndrome pós-abortivo. Podem surgir também como efeitos positivos redução de riscos para a mãe e para o desenvolvimento da criança não desejada.

Como consequências negativas da legalização do aborto na sociedade, apontam-se, entre outras, a banalização de sua prática, a disseminação da eugenia, a submissão a interesses mercadológicos de grupos médicos e empresas farmacológicas, a diminuição da população, o controle demográfico internacional, a desvalorização generalizada da vida, o aumento de casos de síndromes pós-aborto.

Já como consequências positivas pode-se ter a redução dos índices de criminalidade em que o aborto é legal, a redução do risco de vida para a mulher, uma vez que utilizariam métodos mais seguros e pessoas capacitadas para tal prática, problemas de saúde evitados, menos mortalidade maternal.

Uma gravidez, mesmo que desejada, tem riscos inerentes diretos para a mulher. O Brasil tem um Rácio de Mortalidade Maternal de cerca de 260 mortes por cada 100.000 nascimentos e um em cada 140 mulheres corre o risco de morrer em consequência de uma gravidez.

O aborto pode ser ainda terapêutico para salvar a vida da gestante, para preservar a saúde física ou mental da mulher, para dar fim à gestação que resultaria numa criança com problemas congênitos que seriam fatais ou associados com enfermidades graves, para reduzir seletivamente o número de fetos e para diminuir a possibilidade de riscos associados a gravidezes múltiplas.

2.1. Aborto no Código Penal

Há uma grande divergência no Direito com relação a quando começa a vida humana a ser protegida. Para alguns, a vida começa na fecundação (ovo\zigoto), pois possui potencialidade própria e autonomia genética. Ainda uma segunda corrente diz que seria a nidificação ou nidação (ovo\zigoto – blastocisto) na superfície do endomé-

trio, que se inicia por volta do 8º ou 9º dia após a fertilização do ovócito, completando-se no 14º dia, quando se pode identificar a presença do ser vivo – gonadotrofina cariótica humana. Outra corrente afirma que a vida começa quando há atividade cerebral, surgimento dos tecidos nervosos e com eletroencefalograma positivo, por volta de 2 ou 3 semanas após a nidação e, por fim, ainda há aqueles que dizem que só há vida a partir do momento em que o feto tem capacidade de viver fora do útero. No Brasil, nenhuma dessas correntes é descartada. Há adeptos de todas, mas a segunda corrente vem ganhando força.

A legislação sobre o aborto, dependendo do ordenamento jurídico vigente, considera o aborto uma conduta penalizada ou despenalizada, atendendo a circunstâncias específicas. As situações possíveis vão desde o aborto considerado como um crime contra a vida humana ao apoio estatal à interrupção voluntária da gravidez a pedido da grávida sob determinadas circunstâncias.

O aborto no ordenamento jurídico brasileiro tem previsão no Código Penal nos artigos 124 a 128. O artigo 2.º do Código Civil protege a vida intrauterina.

O artigo 124, em sua primeira parte, descreve o autoaborto (provocar aborto em si mesma); em sua segunda parte, trata do aborto consentido, a gestante é incriminada por consentir que outrem lhe provoque o aborto e o terceiro que provocou responde por aborto consentido, artigo 126, mas se for apenas auxiliar na conduta responderá pelo 124 como partícipe.

O artigo 125 trata do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da mulher. Presume-se que não há consentimento da gestante se é menor de 14 anos ou se é alienada ou débil mental ou ainda se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Já o artigo 126 diz do aborto provocado com o consentimento da mulher. Neste caso, ela responderá pelo artigo 124, e aquele que pratica os atos abortivos será punido pelo artigo 126. Aqui, pode ser expresso ou tácito o consentimento, mas ele deve existir desde o início da conduta até a consumação do crime.

O artigo 127 prevê a qualificação do crime se em consequência do aborto e dos meios utilizados nos artigos 125 e 126 se advier lesão corporal de natureza grave ou a morte.

E por fim o artigo 128 prevê os casos de aborto legal. Não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante, se a gravidez é resultante de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante ou, se incapaz, do seu representante legal. Estes são os únicos casos em que o ordenamento jurídico brasileiro permite que se faça o aborto.

O aborto praticado por médico, aborto necessário ou terapêutico, é feito quando houver caso de estado de necessidade e não há outro meio de salvar a vida da gestante. Neste caso, não precisa do consentimento da gestante; o médico, verificando o estado da paciente, poderá fazê-lo.

Quando a gravidez é resultante de estupro, classifica-se como sentimental. Existe um estado de necessidade ou causa de não exigibilidade de conduta diversa, a mulher não é obrigada a cuidar da criança resultante de estupro. O médico poderá fazê-lo sem autorização judicial e não precisa ter sentença condenatória contra o autor do es-

tupro, apenas provas a respeito da ocorrência do fato como boletim de ocorrência, declarações, atestados entre outros.

3. Da anencefalia

A anencefalia consiste em malformação rara do tubo neural acontecida entre o 16.º e o 26.º 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. Esta é a malformação fetal mais frequentemente relatada pela medicina (STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>, p. 4. Acesso em 10 out 2010).

Ao contrário do que o termo possa sugerir, a anencefalia não caracteriza somente casos de ausência total do encéfalo, mas sobretudo casos em que observam-se graus variados de danos encefálicos. 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, mas trata-se de uma má-formação que passa, sem solução de continuidade, de quadros menos graves a quadros de indubitável anencefalia. Uma classificação rigorosa é, portanto quase que impossível” (BEBÊ nasce com cara de sapo em Sobral/CE. Porto Alegre Notícias. Porto Alegre. 2008.

Disponível em <http://www.portalegrenoticias.com/2011/08/bebe-nasce-com-cara-de-sapo-em-sobralce.html>. Acesso em 10 out. 2010.

Na prática, a palavra “anencefalia” geralmente é utilizada para caracterizar uma malformação fetal do cérebro. Nestes casos, o bebê pode apresentar algumas partes do tronco cerebral funcionando, garantindo algumas funções vitais do organismo.

Trata-se de patologia letal. Bebês com anencefalia possuem expectativa de vida muito curta, embora não se possa estabelecer com precisão o tempo de vida extra-uterina que terão. A anomalia pode ser diagnosticada, com certa precisão, a partir das 12 semanas de gestação, através de um exame de ultra-sonografia, quando já é possível a visualização do segmento cefálico fetal. De modo geral, os ultra-sonografistas preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para confirmação diagnóstica (ANENCEFALIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anencefalia>. Acesso em: 15 out. 2010).

O risco de incidência aumenta 5% a cada gravidez subsequente, mães diabéticas têm seis vezes mais probabilidade de gerar filhos com este problema. Há também maior incidência de casos de anencefalia em mães muito jovens ou nas de idade avançada. Uma das formas de prevenção mais indicadas é a ingestão de ácido fólico antes e durante a gestação (idem).

3.1. Anencefalia aos olhos da Medicina

A discussão sobre o aborto do feto anencéfalo tem de passar, necessariamente, por uma melhor compreensão do que vem a ser a anencefalia. De um ponto de vista médico, os doutores Carlos Gherardi e Isabel Kurlat (2004) esclarecem alguns pontos relevantes.

A anencefalia é uma alteração na formação cerebral resultante de falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural e que se caracteriza pela falta dos ossos cranianos (frontal, occipital e parietal), hemisférios e do córtex cerebral. O tronco cerebral e a medula espinhal estão conservados, embora, em muitos casos, a anencefalia se acompanhe de defeitos no fechamento da coluna vertebral. Aproximadamente 75% dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 horas e o resto dentro da primeira semana.

Na anencefalia, a inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) provoca a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Estas funções têm a ver com a existência da consciência e implicam a cognição, percepção, comunicação, afetividade e emotividade, ou seja, aquelas características que são a expressão da identidade humana. Há apenas uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal. Esta situação neurológica corresponde aos critérios de morte neocortical, enquanto que a abolição completa da função encefálica define a morte cerebral ou encefálica.

A viabilidade para a vida extrauterina depende do suporte tecnológico disponível (oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vasomotora, nutrição, hidratação). Há 20 anos, um feto era considerado viável quando completava 28 semanas, enquanto que hoje, bastam 24 semanas ou menos. Faz 10 anos que um neonato de 1 kg estava em um peso limite, mas hoje sobrevivem fetos com 600 gramas. A viabilidade não é, pois, um conceito absoluto, mas variável em cada continente, cada país, cada cidade e cada grupo sociocultural. O feto anencéfalo, ao contrário, é intrinsecamente inviável. Dentro de um quadro de morte neocortical, carece de toda lógica aplicar o conceito de viabilidade em relação ao tempo de gestação. O feto será inviável qualquer que seja a data do parto.

O médico geneticista Salmo Raskin, da Sociedade Brasileira de Genética Médica, afirmou ser a anencefalia a maior causa de má formação congênita no primeiro trimestre de gestação. “A cada três horas no Brasil nasce uma criança anencefálica. Estamos falando de algo extremamente frequente”, afirmou. Segundo ele, a fortificação com o ácido fólico reduz somente de 10% a 40% dos casos, mas, para ter eficiência, precisa ser feita antes do fechamento do chamado tubo neural, ao vigésimo quarto dia após fecundação, quando, muitas vezes, a gestante nem sabe que está grávida. O risco de um casal que teve um feto anencefálico vir a ter outras gestações semelhantes é de 25 a 50 vezes maior comparado com casais que nunca tiveram fetos anencefálicos (RASKIN, Salmo. *Geneticista diz que a anencefalia é algo extremamente frequente*. 2004. p. 5.

O abortamento do feto anencéfalo na ordem jurídica brasileira

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95145&caixaBusca=N>. Acesso em: 25 out. 2010).

Raskin (2004, p. 5) afirma que a anencefalia pode estar associada a mais de 20 síndromes genéticas e que os bebês que nascem sem cérebro não podem e não devem ser doadores de órgãos. “A doação não pode ser feita porque os fetos são portadores de múltiplas malformações, sem falar naquelas que não podem ser detectadas. E também o transplante em recém-nascidos não é feito antes do sétimo dia de vida. Além disso, os órgãos são menores e não podem ser aproveitados para o transplante”.

O ginecologista e obstetra Thomaz Rafael Gollop, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, afirmou que o SUS está aparelhado para fazer ultrassonografias e diagnosticar a anencefalia. Segundo ele, mais de 2,2 milhões de ultrassonografias foram feitas em 2007 e três milhões de partos. Gollop (2005, p. 5) afirmou que a morte cerebral é rigorosamente igual ao que acontece no caso de bebês anencéfalos. “O anencéfalo é um morto cerebral que tem batimento cardíaco e tem respiração”, disse, ao apresentar um mapa de eletroencefalograma.

Ele informou que o Brasil é o quarto país no mundo em frequência de anencefalia, e isso é um problema de saúde pública. “75% dos fetos anencefálicos morrem dentro do útero. Dos 25% que chegam a nascer, todos têm sobrevivência vegetativa que cessa na maioria dos casos dentro de 24 horas, e os demais nas primeiras semanas de sobrevivência. O feto anencéfalo é um natimorto cerebral”. Pesquisa realizada em 41 países de cinco continentes revelou que em 90% dos desenvolvidos e 20% daqueles em desenvolvimento permitem a interrupção de gravidez em caso de anencefalia. “Ou seja, o mundo desenvolvido tem, por demanda da sociedade, uma legislação adaptada para esses casos”. E reforçou que o que se pretende com o julgamento da ADPF é o direito de escolha diante de um “diagnóstico irrefutável e com êxito letal”. De 1989 a 2008 mais de cinco mil alvarás foram concedidos, número que é muito maior, tendo em vista que muitos tribunais ainda não são informatizados, informou.

O deputado federal José Aristodemo Pinotti, membro da Academia Nacional de Medicina, reafirmou as posições de que os fetos com má formação cerebral não têm potencialidade de vida. “O que se quer é garantir a dignidade da pessoa humana, permitindo que a mulher escolha levar ou não esse tipo de gravidez até o fim, sempre de uma maneira bastante informada”. Sobre os argumentos de que a medicina deve existir para garantir a vida, o deputado disse que “a medicina fetal tem se preparado mais para tratar dos defeitos congênitos do que para expulsar os fetos do útero” (PINOTTI, José Aristodemo. *Geneticista diz que a anencefalia é algo extremamente frequente*. 2004. p. 6).

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95145&caixaBusca=N>. Acesso em: 25 out. 2010).

Pinotti (2004, p. 6) reforçou que a antecipação do parto de fetos anencéfalos não é aborto. “Não podemos cunhar o nome aborto, que é a interrupção da potencialidade de vida, e um feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. São poucas certezas que

nós temos na medicina, mas ela é possível em diagnósticos de anencefalia e de óbito fetal". Segundo ele, dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) apontam a existência de 8,6 fetos com malformação cerebral a cada 10 mil partos.

Pinotti (2004, p. 6) também ressaltou os riscos que a gravidez de feto anencéfalo representa para a gestante, e lembrou que muitas mulheres são compelidas a fazer abortos na ilegalidade por não suportarem prolongar o sofrimento por nove meses. "As estimativas são de que sejam realizados no Brasil cerca de 1,5 milhão de abortos clandestinos no país. Quem tem dinheiro faz isso com a segurança, e as mulheres pobres ficam num verdadeiro dilema: ou elas levam a gravidez até o fim sem querer e, em vez de preparar o berço, preparam um enterro, ou se submetem a um aborto ilegal que as criminaliza e as expõe a um risco imenso", alertou.

A doutora em Antropologia e pós-doutora em Bioética, diretora da Associação Internacional de Bioética, Débora Diniz (2005, p. 5), pesquisadora da ONG Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, parceiro da CNTS na ADPF 54, classificou como tortura a obrigatoriedade de a mulher levar até o fim uma gestação de feto anencefálico. "A tortura não está no acaso de uma gravidez de um feto com anencefalia, mas no dever de se manter grávida para enterrar o filho após o parto", afirmou (CIEN- TISTAS e médicos destacam letalidade da anencefalia. *Jornal da CNTS: Informativo da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde*. ago. 2008. Disponível em: <<http://www.cnts.org.br/geral/Arquivo/JornalCNTSJulhoAgosto2008.pdf>>. Acesso em 15 out. 2010).

Com base em pesquisas, esclareceu-se que essas mulheres nunca utilizam o conceito de aborto para essa escolha. O diagnóstico de anencefalia lança uma situação ética inesperada. E elas querem descrevê-la em termos acolhedores para suas próprias vidas, e não em nome de dogmas religiosos ou verdades absolutas, distantes de suas realidades. Isto porque o conceito de antecipação permite não apenas sigilo jurídico, ético e moral, mas conforta as mulheres em sua dor e seu luto. Débora Diniz defendeu o direito de escolha da mulher: "Hoje, infelizmente, a gestação de feto com anencefalia não é escolha, mas um dever – de prolongar o luto, transformar sofrimento involuntário em experiência mística, dever de uma espera sem qualquer sentido. E na ausência de proteção jurídica, as mulheres são alvo de tortura das instituições", observou (idem). Relatou ainda que, em muitos casos, há uma "luta desesperada contra os tribunais" para que a gravidez não atinja 20 semanas de gestação ou que o feto chegue ao peso de 500 gramas. Isto porque, a partir deste peso, ele tem que ser enterrado e ter atestado de óbito. A médica disse que levantamentos feitos pelo Ministério da Saúde ao longo dos últimos 20 anos mostram que uma em cada 15 mulheres com idade reprodutiva, entre 15 e 49 anos, já realizou pelo menos um aborto.

3.2. Anencefalia no Direito Brasileiro

Embora muitos doutrinadores considerem o direito à vida antecedente necessário de todos os demais direitos fundamentais, esta análise é de natureza puramente cronológica. O direito à vida é consequência lógica da dignidade da pessoa humana. Neste mesmo sentido, a Constituição Federal considerou a dignidade da pessoa huma-

na fundamentação do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III), sendo o princípio-valor fundamental segundo o qual devem ser interpretados todos os demais direitos.

Assim, antes mesmo de se falar em direito à vida, é necessário compreender a dignidade da pessoa humana e seus caracteres principais. Um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O art. 5.º, *caput* da Constituição Federal de 1988, assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o direito à vida. O Código Civil de 2002 garante a preservação da vida intrauterina. Além disso, o próprio Código Penal não traz em seu bojo a autorização expressa do aborto ao portador de anencefalia.

O significado da palavra *vida* é o período de um ser vivo compreendido entre o nascimento e a morte, então podemos falar em proteção do direito à vida após o nascimento; antes, não há proteção. Mas o código penal trata do crime de aborto justamente no capítulo sobre crimes contra a vida. No entendimento majoritário da doutrina, afirmam que há vida, e que a medicina pode provar essa existência.

O aborto em casos de feto anencefálico na legislação brasileira é impossível, a lei exclui a possibilidade de aborto eugenésico, ou seja, feto com deformidade ou enfermidade incurável. É fato que tal discussão gera controvérsia em diversos aspectos tanto éticos, como religiosos, jurídicos, etc. Bitencourt (2008, 64) afirma que não se distingue entre vida biológica e vida autônoma ou extrauterina. “É indiferente à capacidade de vida autônoma, sendo suficiente a presença de vida biológica”. Sendo assim, como consequência, o abortamento de feto anencefálico enquadra-se como crime contra vida. Ora, o feto apresenta batimentos cardíacos, circulação sanguínea, e isto já caracterizaria vida biológica.

Porém, por outro lado, o produto desta gestação só possui “vida” devido ao metabolismo da mãe, que a criança ao nascer conseguiria “sobreviver” apenas alguns instantes e viria a óbito logo em seguida. Assim, a ausência de cérebro não daria a este ser nenhuma expectativa de vida. E, mesmo com a afirmação acima de que a capacidade de vida autônoma torna-se irrelevante à questão do aborto, torna-se indispensável expor aqui a desnecessidade de uma mãe carregar em seu ventre um filho que não tenha possibilidade de ter uma vida extrauterina, e que ela, além da dor física que terá durante nove meses de gravidez, que neste caso tornar-se-ia a menor das dores, sofrerá de forma que só uma mãe possa sofrer ao imaginar seu filho “nascendo” e “morrendo”, em seguida.

Duas correntes têm se manifestado em relação a esse fato. A primeira defende a aplicação do aborto, por garantir o direito à vida da gestante conforme o art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988 e também para garantir a saúde física e psíquica da mulher, não vindo a confrontar com o direito à vida do feto, pois este já foi diagnosticado por laudo médico que não possui capacidade de viver ao nascer, podendo vir a causar uma gestação indesejada e com altos riscos para a mulher. Essa corrente é defendida por alguns juízes em seus julgados, em que por meio de todas as circunstâncias

acabam dando a liminar e garantindo o aborto anencéfalo. A segunda corrente, esta defendida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), diz que esse tipo de aborto é vedado, sendo inconstitucional, vindo a confrontar de forma direta com os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988.

Cabe ressaltar que o Código Penal de 40 foi publicado com costumes de décadas anteriores, e, conseqüentemente, não podemos esperar que tais hábitos permaneçam pétreos. Não só na cultura como também na ciência, houve uma grande evolução, permitindo, dessa forma, a indiscutível necessidade de uma reforma do código. Porém, como uma reforma acontece de forma muito lenta, o Judiciário tem atuado, deferindo ou indeferindo pedidos de mães que têm o produto em seu ventre portador de alguma anomalia congênita como anencefalia.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores (CNTS) emitiu nota ao Supremo Tribunal Federal (STF) para que fixe entendimento de que a gestação de feto anencefálico é desnecessária, aquela afirma que, mesmo com a regularidade de sentenças que o Judiciário vinha firmando em todo o país, reconhecendo o direito da antecipação terapêutica do parto, as decisões em sentido inverso desequilibram essas jurisprudências. Por isso, faz-se necessário o reconhecimento do Supremo em relação à inutilidade de levar-se adiante uma gravidez que não apresente possibilidade de vida extrauterina.

A autorização ou não para o aborto de anencéfalos começou a ser discutida por volta do ano de 1994. Em 2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 54, colocando em pauta a interrupção da gestação de feto anencéfalo, tendo sido convocados especialistas da área médica, renomados juristas, representantes religiosos e políticos. Não houve acordo, alguns se posicionaram a favor outros contra, e o tema ainda se arrasta até aos dias de hoje sem conclusão.

A ADPF foi protocolada junto ao STF no dia 17 de junho de 2004 e distribuída para o Ministro Marco Aurélio. Argumentava a parte autora (CNTS) que, ao se proibir o aborto de crianças anencéfalas, estava-se descumprindo um preceito fundamental da Constituição. É difícil imaginar que preceito fundamental é descumprido quando se protege a vida de um deficiente. Segundo a entidade impetrante, ao se obrigar a gestante a não matar seu filho gravemente deficiente, estaria sendo violado o princípio da dignidade humana, da legalidade, da liberdade e autonomia da vontade, bem como os princípios relacionados com a saúde com fundamentação legal na Constituição Federal nos artigos 1.º, IV; 5.º, II; 6.º, *caput* e 196.

O Ministro Marco Aurélio de Mello naquela ocasião concedeu medida liminar autorizativa tendo efeito vinculante para todo o país. Segundo suas próprias palavras, quando é detectada a anencefalia em um bebê, “a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar –, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade” (STF. *Ministro do STF permite antecipação de parto de feto sem cérebro*. 30 jun. 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?Clippings&clipping=297>. Acesso em: 25 out. 2010).

Note-se que, para Marco Aurélio, a criança anencéfala não é viva e nunca poderá tornar-se viva. Embora ela tenha um coração pulsando, embora reaja a estímulos nervosos, embora se movimente dentro do útero, embora se alimente e respire pela placenta, ela não tem vida. E mais: ela nunca poderá tornar-se um ser vivo. Continuará sem vida, ainda que nasça que respire com os próprios pulmões e que continue com o coração batendo por alguns minutos ou por alguns dias.

Após decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Marco Aurélio de Mello, concedendo medida liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, autorizando a antecipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia, o que levou a sociedade a polemizar o assunto e o STF a cassar, em reunião plenária, a liminar concedida.

Por não ser um tema consolidado, mães estão procurando cada vez mais o Judiciário, pois não querem incorrer em um crime. Seus pedidos, às vezes, são indeferidos em primeira instância e recorridos em segunda. Quando deferidos são julgados por inexigibilidade de conduta diversa, observando o princípio da liberdade e autonomia da vontade em relação à mulher.

Em recente caso de 18 de Junho de 2010, um casal que teve o pedido de interrupção da gravidez negado em primeira instância recorreu para o TJMG, deferido por três desembargadores, baseando-se em laudos médicos que indicavam risco para a mãe. E assim o STF ainda não se manifestou, continuando o impasse entre permitir ou não a interrupção da gravidez em caso de feto portador de anencefalia.

3.3. Da Anencefalia à Eutanásia

Ao fazer este estudo, ainda que superficialmente, pode-se verificar que é um tema polêmico e que não tem um posicionamento definido. Em países nos quais a prática do aborto de fetos que apresentam alguma anomalia é permitida, ocorre em média a morte de 40% a 70% dos fetos portadores de Síndrome de Down e outras deficiências. A síndrome de Down é uma deficiência com a qual se vive muitas décadas.

Não podemos permitir que ocorra no Brasil o que ocorreu na Alemanha nazista, onde se permitiu a interrupção da gravidez de mulheres consideradas de “má hereditariedade” (“não-arianas” ou portadoras de deficiência física ou mental). A decisão de se praticar o aborto tinha de ser apreciada previamente por uma junta médica de consultoria. O programa foi posteriormente desenvolvido pelos médicos nazistas de modo a alcançar também crianças já nascidas, até se transformar em um programa de eutanásia de crianças em larga escala. Milhares de crianças alemãs, mesmo consideradas racialmente “arianas”, foram enquadradas dentro do programa de eutanásia, muitas por razões sociais em vez de defeitos físicos. As mortes eram provocadas sob a supervisão e com a colaboração de médicos psiquiatras e pediatras. A morte das crianças era realizada principalmente pela fome ou por uma alta dose de drogas. Nos primeiros anos de vigência do programa somente crianças portadoras de sérios defeitos congênitos foram mortas, mas à medida que o tempo foi passando a idade das crianças submetidas à eutanásia foi aumentando e as indicações para as quais esta era recomendada foram se ampliando. Foram mortas crianças por apresentar orelhas deformadas, por urinar na

cama e outras enquadradas como “difíceis de educar” (CRIME ou controle de natalidade? Disponível em: <http://nerineto.blogspot.com/2010/10/aborto-crime-ou-controle-de-natalidade.html>. Acesso em 25 out. 2010).

A permitição para a interrupção da gravidez nos casos de anomalias causará consequências drásticas como a banalização de sua prática, a disseminação da eugenia, a submissão a interesses mercadológicos de grupos médicos e empresas farmacológicas, a diminuição da população, o controle demográfico internacional, a desvalorização generalizada da vida, o aumento de casos de síndromes pós-aborto.

Os fetos anencéfalos vão morrer e nós também. Isso não dá ao Estado o direito de permitir que o provoque, não pode conceder a opção entre matar ou não um ser humano, isso é banalização da própria vida.

Por mais que se diga que a mãe tem direito à escolha garantida pela constituição, não é razoável interromper a gravidez. Recentes estudos apontam que o feto sente dor; logo, ao utilizar qualquer método, seria assim permitida a tortura que é penalizada pelo nosso ordenamento jurídico. Além disso, a natureza deve seguir seu próprio curso: uma mãe que tem o feto portador de anencefalia não deve descartá-lo como um sapato que é jogado no lixo. Apesar de seu cérebro estar comprometido, seu coração e outros órgãos funcionam, mesmo que ligados à placenta. A mulher tem o privilégio de dar a vida e mantê-la. É um dever da mãe continuar a manter o feto até que nasça, e se fora do ventre da mãe, o feto não suporte e venha a falecer, o sentimento que fica para essa mãe é que ela lhe deu a vida enquanto pôde.

4. Conclusão

Desde os tempos antigos a interrupção da gravidez em países que permitiam ou não o aborto era polemizada. A polêmica sobre esse fato ainda traz consigo as sobras do passado, num tema ainda não consolidado pela jurisprudência brasileira por opiniões divergentes. Enquanto isso, decisões monocráticas e de tribunais colegiados autorizam a prática da interrupção ou não da gravidez.

A anencefalia não tem solução para ciência, sendo assim a única certeza de que o feto não sobreviverá. Portanto, uma posição do STF se torna necessária e urgente para evitar tais divergências e erros que poderão ser cometidos no Judiciário.

Referências

ABORTO, um tema atual. Disponível em: <http://leituradiaria.com.br/?p=279>. Acesso em 15 out 2010.

ABORTO. Disponível em: <http://www.artecor.com.br/blog/artigos/1315/2010/06/04/aborto-2/>. Acesso em 10 out. 2010.

O abortamento do feto anencéfalo na ordem jurídica brasileira

ALEXANDRINO, Vicente Paulo Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3 ed. São Paulo: Gen, 2008.

ANENCEFALIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anencefalia>. Acesso em 15 out. 2010.

BEBÊ nasce com cara de sapo em Sobral/CE. *Porto Alegre Notícias*. Porto Alegre. 2008. Disponível em <http://www.portalegrenoticias.com/2011/08/bebe-nasce-com-cara-de-sapo-em-sobralce.html>. Acesso em 10 out. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Julgados. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 15 out. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte especial 2: dos crimes contra a pessoa*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASILIA. Superior Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 20 out. 2010.

CAMARA, Edson de Arruda. A Questão do Abortamento de Anencéfalo. *Prática Jurídica*. Brasília, ano 3, n. 32, nov. 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

CIENTISTAS e médicos destacam letalidade da anencefalia. *Jornal da CNTS: Informativo da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde*. ago. 2008. Disponível em: <http://www.cnts.org.br/geral/Arquivo/JornalCNTSJulhoAgosto2008.pdf>. Acesso em 15 out. 2010.

CRIME ou controle de natalidade?. Disponível em: <http://nerineto.blogspot.com/2010/10/aborto-crime-ou-controle-de-natalidade.html>. Acesso em: 25 out 2010.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Ciclo Virtuoso*. Belo Horizonte, n. 52, set./out. 2008.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal parte especial: arts. 121 a 234 do CP*. 25 ed. São Paulo, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, v. 2.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial – Arts. 121 a 249*. 7.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. v.2

RASKIN, Salmo. *Geneticista diz que a anencefalia é “algo extremamente frequente”*, 2004, p. 5. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95145&caixaBusca=N>. Acesso em 25 out. 2010.

REVISTA IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: IOB, fev.-mar. 2009.

REVISTA JURIDICA. São Paulo: Notadez, jan. 2005, v. 52. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>, p. 4. Acesso em 10 out. 2010.

STF. *Ministro do STF permite antecipação de parto de feto sem cérebro*. 30 jun. 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?clippings&clipping=297>. Acesso em: 25 out. 2010.

VERARDO, Maria Tereza. *Aborto: um direito ou um crime?* São Paulo: Moderna, 2002.