

ABORTO ANENCEFÁLICO:

Aspectos éticos e jurídicos

Domingos Cavalcante Cardoso Linhares¹

RESUMO

Tece-se explicações a respeito do que vem a ser o aborto anencefálico; pondera-se a respeito dos argumentos favoráveis e contrários ao assunto e discute-se acerca da viabilização jurídica desse meio abortivo, dos direitos do feto defeituoso e da necessidade de uma legislação específica que trate desse tipo de procedimento no país. Utilizando-se de uma pesquisa elaborada a partir de uma visão dialógica e transdisciplinar, embasada na análise documental e pesquisa bibliográfica pode-se chegar à conclusão de que o Brasil necessita de uma legislação específica direcionada à regulamentação do aborto anencefálico em seu território.

Palavras-chave: Direito Penal. Aborto. Anencefalia.

ANENCEPHALIC ABORTION: legal and ethical aspects

ABSTRACT

The following study has as its main purposes: Make explanations about what an anencephalic abortion is; weigh about the pros and cons concerning the matter, the rights of the defective fetuses and the need for specific legislation dealing with that nature of abortion in the country. By using a research elaborated on a dialogical and transdisciplinary view and based on the analysis of the collected material and written data, it was possible to reach the following conclusion: Brazil needs a specific legislation targeting the regulation of anencephalic abortion in its territory.

Keywords: Criminal Law. Abortion. Anencephaly.

1 Aluno do Curso de Pós Graduação em Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: domingoscavalcante@uol.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto tem como principal escopo trazer à discussão o tema ético do aborto, enfocando especificadamente o aborto anencefálico, seu impacto social na população brasileira e na legislação nacional.

O aborto anencefálico é ou não é um ato ilícito? Será que valeria a pena deixar amadurecer um feto que fatalmente irá expirar logo após sua concepção (isso se for concebido)? Será legal recusar o direito à vida a um ser, apenas pelo fato dele ser um anencéfalo? Atalhar o desprazer de uma mãe ao ver seu filho morrer logo após sua chegada ao mundo seria uma justificativa admissível para a legalização do aborto anencefálico? As mães condizem com tal decisão judicial? Pode um feto anencéfalo ser considerado um ser humano integral, já que nasce desprovido de cérebro? Não seria o mais essencial tudo asseverar a autonomia da genitora diante da decisão abortiva?

Essas e outras indagações serão abordadas no decorrer desse trabalho.

O assunto que trata sobre a ética e a tipicidade do aborto anencefálico tem sido de grande polêmica nos últimos tempos. Ao ver o padecimento de mães de fetos anencéfalos com o fato infalível de dar a luz à um bebê que expirará em breve me fez ponderar sobre a necessidade de se fazer um estudo mais direcionado acerca de tão controversa discussão. O assunto apresenta-se livre e polemicamente, por diversas áreas da cognição humana, tais como a ciência, a filosofia e a religião. Quais destas áreas estaria com o melhor ponto de vista? Esta é uma questão “quase” sem resposta conclusiva.

Mas o tema é de relevância máxima para o direito, pois, sendo o aborto considerado um ato criminoso na legislação brasileira, resta-nos analisar se no caso do feto anencéfalo, tal legislação deveria ou deve ser mesmo considerado na categoria de crime. A sociedade, munida de uma visão crítica mais amadurecida e quem sabe, mais politizada, poderá contribuir bastante na discussão, mas ainda teremos muitas oportunidades de revisão do tema, mesmo porque nos parece, que não será uma decisão definitiva; não será uma questão apenas de licitude ou ilicitude do aborto anencefálico.

Os doutrinadores, por sua vez, também dotados de uma visão ponderada acerca da realidade social frente à temática, poderão elaborar trabalhos mais esclarecedores e direcionados ao auxílio da população nacional na persecução de seus anseios. O papel da doutrina é imprescindível no que

tange à existência da legislação tal qual como a conhecemos hodiernamente. Aos órgãos jurídicos cabe o exame de novas ideias para legislação, julgando verossímil sua viabilidade ou não. A posição doutrinária, em parte, admite a exclusão da culpabilidade no caso de fetos anencéfalos, pois, nesses casos, não há dúvida de que a previsão legal deveria ser favorável ao abortamento, posto que, não seria justo subjugar a gestante ao intenso sofrimento de carregar consigo um feto sem a menor perspectiva de vida futura.

A lei também não possui matéria específica que discorra a respeito do tema. O que se dispõe é uma liminar que foi concedida pelo Supremo Tribunal Federal em 1º de julho de 2004, na qual o aborto de anencéfalos seria passível de legalização no Brasil. Com relação à jurisprudência, multiplicam-se os casos em que juízes que, baseando-se em legisladores de exceção, concedem alvarás para abortos de nascituros anencéfalos.

Saliente-se também que ocorrem casos de juízes que indeferiram os pedidos de autorização para aborto anencefálico, havendo também pedidos de **Habeas Corpus** ou **Mandado de Segurança** para cassar a autorização judicial de aborto eugênico anencefálico, dada a gritante ilegalidade e abuso de poder da parte coatora. No que tange à bibliografia, se desenvolverá um levantamento de autores diversificados, na tentativa de se contribuir na discussão do tema. Se desenvolverá ainda, uma avaliação concernente ao que vem sendo aplicado no Brasil em termos da legalização do aborto de anencéfalos, dos direitos do feto defeituoso e da necessidade de uma legislação específica a respeito do tema, assim como também sua sustentabilidade no cenário jurídico pátrio.

2 ABORTO ANENCEFÁLICO: ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS

A anencefalia é definida como anomalia resultante da má formação fetal congênita, assinalada como defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não ostenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Como consequência inexistem as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.

Apresentam-se apenas, no feto com anencefalia, algumas funções inferiores, que dominam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a

medula espinhal. A literatura e a experiência médica são unânimes em afirmar a total impossibilidade da vida extra-uterina do feto acometido com anencefalia. Invariavelmente, o feto atinge o óbito algumas horas após o parto, quando isso não acontece ainda no ventre materno, pondo em risco a vida da gestante (FRIGÉRIO *et al.*, 2008).

A anencefalia é revelada pela realização do exame denominado ecografia, a partir do segundo trimestre de gestação. Uma vez diagnosticada a anomalia, a medicina nada pode fazer para corrigir ou evitar o resultado fatal daquela gravidez; não existe tratamento que possa ser efetuado. Por outro lado, a equipe médica precisa acompanhar atentamente o desenrolar de todo o processo, de forma mais cuidadosa do que no caso de uma gravidez normal, pois a permanência do feto anômalo dentro do útero materno é potencialmente perigosa, podendo gerar danos a saúde da mãe e até risco de vida. Na anencefalia, a morte do feto é certa e inevitável (GHERARDI; KURLAT, 2008).

Nesses casos, costuma-se designar a interrupção da gravidez como antecipação do parto, com o intuito de se diferenciar tal procedimento do aborto propriamente dito e do aborto eugênico. Segundo a doutrina penal, o aborto é descrito como a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto, como resultado direto dos meios empregados, sendo imprescindível a demonstração da relação causal. Já o aborto eugênico é a interrupção da gravidez, com fundamento em deficiência grave da qual o feto é portador. Porém, há a presunção da viabilidade da vida extra-uterina deste ser. Por certo, o mesmo não ocorre no caso do feto acometido pela anencefalia.

O Código Penal Brasileiro define o crime de aborto do art. 124 ao art. 127 (BRASIL, 1940). No art.128, estão descritas duas hipóteses excludentes de ilicitude: a primeira relaciona-se à possibilidade da interrupção da gravidez, em caso de risco iminente de morte da mãe; a segunda reconhece a possibilidade do aborto, quando a concepção for decorrente de estupro. A jurisprudência dos tribunais tem sido conflitante, assim como as decisões monocráticas de primeira instância. Frequentemente, observam-se decisões que permitem o aborto em casos de anencefalia e outras em que esse direito e negado à mãe. Infelizmente, no mesmo caso concreto, constata-se decisões antagônicas. Em determinadas situações, os casos concretos foram levados até a mais alta corte da justiça brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF). Entretanto, devido a demora na via *crucis* trilhada pelos pais, quando

os casos chegaram ao egrégio tribunal, os processos perderam seu objeto, pois os fetos já haviam nascido e falecido poucas horas após o parto. Assim, o STF ainda não teve a oportunidade de se pronunciar sobre o tema e de pacificar a controvérsia desta questão.

Sabe-se que a gravidez é acontecimento de suma importância na vida dos seres humanos, impregnado de inúmeras questões psíquicas para os personagens diretamente envolvidos. Em realidade, experiência tão fundamental costuma ser estopim para a emergência de complexos e motivações inconscientes constituídas nos indivíduos, ao longo de suas vidas (SOIFER, 1992). Mesmo em uma gravidez normal, a mãe passa por fases carregadas de sentimentos contraditórios em relação a si mesma, ao feto e à gravidez. Isso ocorre antes mesmo da concepção, pois o novo ser já ocupa um lugar simbólico na mente da futura mãe.

Desejos, expectativas e esperanças fazem parte da construção mental referente àquele bebê. Pode-se dizer que existem duas gestações: uma uterina e outra mental. Note-se que essa construção não é composta apenas por sentimentos positivos, eis que medos, angústias e frustrações também estão presentes. Comumente, percebe-se que a grávida se depara com o medo da má formação fetal e esta possibilidade imaginária leva-a a ter sentimentos de culpa e impropriedade. Com freqüência a mulher é assombrada pelo medo de não ser capaz de gerar um filho sadio.

No caso da gravidez de feto anencefálico, esses sentimentos passam de uma esfera imaginária para o plano da realidade. Nesse contexto, os sentimentos de culpa e raiva de si mesma intensificam-se de maneira devastadora. A prática clínica demonstra que, a partir do diagnóstico da anomalia, em regra, a mãe desenvolve depressão profunda. Esse quadro clínico piora pela obrigação de convivência diuturna com uma gravidez que já sabe fadada ao fracasso.

As consequências psíquicas e comportamentais em longo prazo podem levar a desestruturação do grupo familiar e da vida emocional da gestante. Não raro, a depressão profunda pode desembocar em tentativas de suicídio (MALDONATO, 1984). Considerando a gravidade do problema e suas consequências, é forçoso reconhecer que a manutenção da gravidez, após o diagnóstico de anencefalia, representa elevado risco a saúde física e, principalmente, psíquica da mãe.

3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS AO ABORTO ANENCEFÁLICO

Nesta seção expõem-se algumas das ideias que tecem argumentos posicionados contra o aborto anencefálico. Argumentam os opositores da antecipação do parto no caso de anencefalia, que falta a previsão legal para ser considerado esse procedimento como inserido num caso de exclusão de ilicitude. Dessa forma, a intervenção médica intencionando a interrupção da gravidez caracterizaria a conduta típica do delito de aborto. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarretaria a aplicação de pena corpórea máxima e irreparável.

Segundo tal entendimento, a legislação penal e a própria Constituição tutelam a vida como bem maior a ser preservado. Nessa perspectiva de análise, a vida constitui direito constitucional garantido – que se justapõe a todos os outros direitos (garantidos ou não pela Constituição). As hipóteses em que se admitiria atentar contra ela, tais como aborto de feto concebido em estupro, ou eminente perigo à vida da mãe, estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia. Assim definido o problema, nesses casos há de prevalecer o princípio da reserva legal, que garante que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Outro argumento utilizado é o de que o legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, art. 128 do Código Penal, o caso descrito como anencefalia. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, sem exigir do magistrado que se lhe acrescente qualquer hipótese excluída de forma propositada pelo legislador.

Conforme essa corrente, na anencefalia não estaria demonstrada a ausência de vida, mas, tão-somente, a presença de uma enfermidade. Argumento sobre o qual é falacioso se sustentar, pois todos sabem que anencefalia não é apenas uma enfermidade, e sim uma sentença de morte inevitável (ALVARENGA, 2004).

Já a corrente doutrinária que defende a possibilidade da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia argumenta que o Código Penal é uma lei ultrapassada, formulada na década de 1940 e, portanto, em muitos aspectos, em dissonância com a realidade atual. Esses analistas

acrescentam que a ciência médica evoluiu muito desde a aprovação desta lei. Em realidade, naquele período, era impossível o diagnóstico de anencefalia durante a gestação.

Partindo desse pressuposto, alegam que o legislador da época não eximiu esta anomalia propositadamente do rol das excludentes de ilicitude, posto que não pudesse prevê-la no estágio em que a medicina se encontrava à época. Eles lembram ainda que, em nossa Constituição, ao lado do direito a vida, também estão garantidos o direito a saúde, física e psíquica, o direito a liberdade e, principalmente, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, elucidam que a antecipação do parto não caracterizaria o tipo penal, pois, no caso, a vida já não existe. Nesse ponto, buscam respaldo na lei que regulamentou a doação de órgãos, Lei no 9.434/97; que, no seu art. 3º, dispõe que, o transplante de órgãos só é possível após a constatação da morte, que se caracterizaria pela ausência de atividade encefálica (BRASIL, 1997). Dessa forma, se o parâmetro utilizado é a morte encefálica, o mesmo diagnóstico deveria resultar da constatação da ausência de cérebro do feto.

Por isso, entendem que a vida do feto, desde a concepção até a constatação da anencefalia, é merecedora da tutela penal. Entretanto, a partir desse momento deixa de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal.

Por fim, os defensores da antecipação do parto lembram que a excludente de ilicitude prevista no Código Penal, em caso de estupro, é uma hipótese de interrupção legal da gravidez, embora esta seja totalmente viável, logo; não e razoável que a mulher seja obrigada a manter uma gravidez fadada ao fracasso.

O tema em questão é controverso, por ser uma fatalidade que traz à tona questões morais, religiosas, éticas, além do próprio aspecto jurídico (SANEMATSU, 2004). Mas é importante ressaltar que ao se analisar os fatores concretos, tente-se afastar os preconceitos.

Por sua vez, o que deve interessar ao operador do direito é a busca da Justiça. Sem dúvida, a divergência das decisões judiciais não ajuda em nada ao apaziguamento necessário aos que sofrem. Por outro lado, a falta de garantia de ver concedida a tutela jurisdicional não melhora a imagem do Poder Judiciário junto à sociedade.

Se, por um lado, o problema poderia ser resolvido de forma simples pelo legislador contemporâneo, que conhece o avanço médico e a possibilidade do

diagnóstico de anencefalia, por outro, não se pode ficar a mercê da mora legislativa, tão comum em nosso país. Então, o Poder Judiciário não pode esquivar-se de sua responsabilidade.

Infelizmente o Supremo Tribunal Federal vergou ao peso das pressões da igreja e cassou, em 2004, a liminar concedida pelo então ministro Marco Aurélio que autorizava o aborto de fetos anencéfalos, falhando assim o Brasil completamente no quesito “separação entre Estado e igreja”, mantendo-se na sua eterna mentalidade medieval, em completa discrepância com a tendência mundial atual, que se encaminha para a descriminalização.

Ressalte-se que se faz necessária a participação da sociedade na discussão sobre o tema, pois não se pode esperar que a Justiça seja ação de poucos, mas sim, ação de todos. Embora, felizmente, a anencefalia tenha uma incidência baixa, não distingue credo, raça, cor ou classe social; ninguém pode ter certeza que não enfrentará futuramente o problema. Além disso, é importante ressaltar que, ao se fazer a justiça para um, em realidade, está se fazendo para todos.

Quaisquer ações ou liminares favoráveis ao aborto anencefálico, em verdade, estão a resguardar mulheres desprovidas de recursos financeiros, mulheres pobres, que necessitam ir a juízo, pleiteando alvará autorizador, porque vão utilizar-se dos serviços públicos de saúde. Aquelas que têm condições financeiras sabem qual clínica ou qual médico devem buscar, para a prática interruptiva da gravidez. Não seja a sociedade hipócrita, nem sejam os opositores da liminar ingênuos. Aguarda-se que, diante de todos esses fatos e em prol da liberdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, se manifeste o direito da gestante de obstar, sempre que assim desejar, uma gestação onde se ache um feto anencefálico, porque o Direito não é e nem pode ser estático, não é e nem pode ser contemplativo de uma realidade que passou, ignorando os avanços da ciência.

4 CONCLUSÃO

De posse dessas considerações, é possível definir uma teoria laica sobre o abortamento do feto anencéfalo no sentido de que é mais importante a integridade do ser que já está vivo, do que a do que ainda não veio à luz, ou que até já faleceu. Convém, a princípio, demarcar um paralelo sobre

a posição jurídica dos dois extremos da vida humana: o feto (aqui considerado genericamente do ovo até antes do nascimento) e o defunto. O feto e o morto não gozam de dignidade da pessoa humana (já que pessoas humanas não são), entretanto, usufruem de uma dignidade relativa. O feto pelo que ele pode vir a ser e o cadáver pelo que foi.

O Estado não criminalizou o aborto em homenagem ao direito à vida, mas para proteger a dignidade relativa do feto, ou seja, a sua potencialidade de adquirir direito à vida e se transformar numa pessoa humana com sua concepção. Em sentido inverso, de acordo com o Art. 212 do Código Penal, a vilipendiação de cadáver também é crime, mas isso não condiz com a proteção da sua dignidade *a posteriori*.

Entretanto, quando o direito à vida (aborto anencefálico) ou à dignidade (aborto sentimental) da gestante está em risco, o abortamento é admitido. A vilipendiação de cadáver, por sua vez, desde que para fins científicos ou educacionais, é permitido. Pela aplicação do princípio da proporcionalidade e pela análise dos bens jurídicos em conflito, é fácil perceber o acerto da legislação. É que o que pode ser (o feto) ou o que foi (o defunto) jamais podem predominar sobre o que é (a pessoa humana). A parturiente e o estudioso da medicina possuem direito à vida e dignidade da pessoa humana em suas formas plenas. O feto e o defunto não.

Utilizando-se dessas observações, pôde-se chegar à atual conclusão desse trabalho sobre o abortamento voluntário quando se tratar de feto portador da anomalia genética denominada anencefalia. O feto anencéfalo pode ser considerado portador de morte neocortical (*high brain criterion*), já que não possui a parte da estrutura cerebral responsável pela existência da consciência e que implicam na cognição, na percepção, na comunicação, na afetividade. Estas, como se sabe, são as características definidoras da pessoa humana. Muito embora em alguns poucos casos a vida extra-uterina seja possível – por um curto período e dependendo do suporte tecnológico disponível – jamais o feto anencéfalo se tornará uma pessoa humana. Se não existe viabilidade de vida humana, não há que se falar em dignidade sequer relativa.

Por outro lado, se o crime de aborto possui por objetividade jurídica resguardar a dignidade relativa do feto, a potencialidade de vida humana, e o portador da anencefalia não possuem essa potencialidade, é de se concluir que, no

caso do abortamento do feto anencéfalo, não existe lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Não havendo lesividade, não há crime: é fato atípico.

Mesmo em se apreciando o feto anencéfalo como portador de algum tipo de dignidade relativa, deve-se ponderar que a continuação de uma gravidez inviável não pode ser imposta à gestante, esta portadora de uma dignidade plena, em comparação a um feto sem qualquer possibilidade de se tornar uma pessoa humana. Para chegar a esta conclusão, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, considera-se a ausência de consciência do feto anencéfalo – o fato de não haver possibilidade de padecimento no abortamento – e a extrema dor psicológica da gestante confrontada com um diagnóstico de anencefalia.

Assim, continuar a criminalizar o abortamento no caso de anencefalia por motivos puramente religiosos é inadmissível em um Estado laico. Com a autorização, cada um pode agir de acordo com suas crenças. Com a criminalização, a fé de alguns é imposta a todos, constituindo tratamento desumano e inadmissível tortura psicológica.

Concluindo, não restam dúvidas de que o abortamento do feto anencéfalo não é crime, sendo caso de atipicidade da conduta pela ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal aborto. Faz-se urgente que o Brasil, situado no contexto de Estado laico e moderno, afine-se à tendência mundial no que tange ao aborto aqui abordado, afim de que muito dos sofrimentos hoje presenciados por algumas gestantes portadoras desses fetos, seja evitada.

5 REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Dílio Procópio Drummond de. Anencefalia e aborto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 324, 27 maio 2004.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei n. 9.434 de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **D.O.U.**, Brasília, 5 fev.1997.

FRIGÉRIO, Marcos Valentin *et al.* **Aspectos bioéticos e jurídicos do abortamento seletivo no Brasil.** Disponível em: <http://www.jep.org.br/downloads/JEP/Artigos/aspectos_bioetico_juridico_abortamento_seletivo.htm>. Acesso em: 25 abr. 2008.

GHERARDI, Carlos; KURLAT, Isabel. **Anencefalia e interrupción del embarazo:** análisis *médico y* bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente. Disponível em: <<http://www.la-lectura.com/ensayo/ens-19.htm>>. Acesso em: 27 maio 2008.

MALDONATO, Tereza. **Psicologia da gravidez e do parto.** São Paulo: Saraiva, 1984.

SANEMATSU, Marisa. **Interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal:** a cobertura da imprensa sobre a liminar do STF e suas repercussões. 2004. Disponível em: <http://www.ipas.org.br/arquivos/10anos/marisa_liminarstf2004.doc>. Acesso em: 12 set. 2005.

SOIFER, Raquel. **Psicologia da gravidez, parto e puerpério.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.