

A ANENCEFALIA E AS CONSIDERAÇÕES JURÍDICA-PENAIIS

Diego Rodrigues Marques¹

RESUMO

Esse trabalho trata do aspecto jurídico-legal a respeito da anencefalia que, embora não esteja fundamentada na legislação vigente, faz-se tema muito pertinente à sociedade brasileira mediante o entendimento doutrinário dominante. Assinala-se, inicialmente, a conceituação de anencefalia para esclarecer o entendimento sobre a má formação congênita e, a saber, as relações com a gestação, analisando os riscos que podem ser ocasionados durante a gravidez. Por fim, apresentamos uma série de considerações jurídico-penais colocando em relevo algumas das correntes doutrinárias favoráveis, ou não, à questão do aborto de fetos anencefálicos. Procuramos incluir, dessa forma, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao tema, conforme se verificará nas exposições a seguir.

PALAVRAS-CHAVE: Anencefalia; Gravidez; Aborto; Legalidade.

¹ Graduando do primeiro período de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior
e-mail: dieramarques@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Diante do polêmico assunto tratado na decisão promulgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54-8/DF, acerca da hipótese da prática legal de aborto de fetos anencefálicos, pretendemos colocar em relevo a importante reflexão sobre as possíveis interpretações que podem ser inferidas do art. 128 do Código Penal (CP) e dos Princípios Constitucionais.

Esse estudo demonstra que algumas respostas e questionamentos pertinentes podem ser deduzidos a respeito do tema como: a permissão da prática de aborto de fetos anencefálicos pelo ordenamento jurídico; ou ainda, sobre a hipótese de inconstitucionalidade. Tais respostas derivam, justamente, do tipo de interpretação levada a cabo pelo intérprete.

Para isso, definimos e conceituamos a anencefalia sob a ótica científica, sob o ponto de vista médico a fim de mostrar a gravidade da doença tanto para o embrião, quanto para a gestante. Busca-se, contudo, apresentar as possíveis causas para a má formação do feto e como é realizado tal diagnóstico.

Serão considerados, em seguida, os aspectos jurídico-penais mediante duas hipóteses legais de aborto já regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro. Procurou-se evidenciar a convergência entre os pensadores de diferentes áreas de atuação para abordar o tema. Serão analisados alguns pontos de vista que envolvem o assunto para que o leitor tenha uma visão panorâmica sobre a polêmica levantada.

2 CONCEITUAÇÃO DE ANENCEFALIA

Conforme definição do dicionário eletrônico Houaiss (2007) denomina-se anencefalia como “monstruosidade que se caracteriza pela ausência total ou parcial do encéfalo”. A ciência explica que no momento de desenvolvimento embrionário, por volta

da segunda semana de gestação, se inicia a formação do sistema nervoso com a formação da placa neural. Nessa fase, pode ocorrer a malformação congênita quando o tubo neural (estrutura fetal precursora do sistema nervoso central) sofre um defeito em seu fechamento podendo ser considerado de maior ou de menor gravidade.

A anencefalia é a mais grave doença de má formação congênita. O embrião no seu vigésimo quarto dia, após sua concepção, devido a má formação, apresenta uma anomalia embrionária apta a produzir gravíssimas alterações anatômicas, como descrita a seguir.

A anencefalia caracteriza-se pela ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria de cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência de hemisférios cerebrais e pela exposição exterior do tecido nervoso hemorrágico e fibrótico (SEBASTIANI, 2003, p. 78)

Essa malformação não pode ser relacionada a uma causa específica, pois vários motivos podem ocasioná-la: a deficiência de vitaminas do complexo B, a ingestão de álcool, o tabagismo, as questões genéticas. Outras razões podem estar relacionadas, não estamos, porém, colocando-as em relevo, embora contribuam de forma direta ou indireta para o problema.

O diagnóstico da má formação poderá ser feito a partir do terceiro mês de gestação, utilizando a ultra-sonografia. É fácil perceber que a estrutura craniana do feto portador de má-formação. Sendo, pois, inconfundível, por não possuir o formato oval/circular, mas uma profunda depressão na parte superior.

Igualmente, poderá ser usado o exame de sangue para o diagnóstico da anencefalia, pois a gestante gera um significativo aumento de alfa-fetoproteínas no sangue materno.

2.1 RELAÇÕES ENTRE ANENCEFALIA E A GRAVIDEZ

A relação existente entre a anencefalia e a gravidez deve-se ao aumento significativo do risco da gravidez e do parto em caso de anencefalia. Por distintas razões ocorre a intensificação do risco como é o caso da hipertensão, que pode ocasionar problemas como desmaios e convulsões e o aumento considerado das contrações. Além disso, na hipótese da anencefalia, a saúde psíquica da mulher passa por preocupantes transtornos. Gerar um filho que não tem chances de sobreviver abala consideravelmente o psicológico e o emocional da gestante.

Embora seja sabido que toda gestação traz consigo um possível risco de morte à gestante, a anencefalia aumenta a ameaça de morte podendo ocorrer antes, durante ou logo após o parto. O receio da gestante quanto ao seu destino causa-lhe bastante sofrimento, além do conhecimento a respeito do embrião anencéfalo: se nascer terá pouco tempo de vida e, mesmo assim, não poderá ter consciência de nada que ocorre ao seu redor.

3 CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS-PENAIAS

Inquestionavelmente, existe um consenso a respeito dos casos de anencefalia entre os pensadores do assunto. Trata-se, portanto, de um evidente conflito de interesse entre o nascituro e seus progenitores, tendo o primeiro direito à vida e o segundo a vontade do aborto devido as condições delicadas que expõe a mãe e o bebê.

No nosso atual Código Penal, o dispositivo legal que trata das duas hipóteses legais de aborto encontram-se nos art. 128, cujos atos não sofrerão sanções ou punições. Um deles é o aborto *necessário* para salvar a vida da gestante, quando a continuidade da gestação a levará à morte.

Outra hipótese de interrupção da gravidez, também prevista no referido artigo, é o aborto *humanitário* ou *sentimental*, decorrente de estupro. Nesse caso, a lei não pune a interrupção da gravidez, sendo ilícita, para o código brasileiro, qualquer outra forma de

interrupção da gestação, levando o agente a submeter-se aos artigos 124 e 126 do Código Penal.

Observa-se com isso que o Código Penal Brasileiro, embora trate desses dois casos específicos de aborto, não tem o aborto por anencefalia regulamentado em nosso ordenamento jurídico. Como já é de conhecido, o nascituro que sofre dessa má formação ou não irá completar os nove meses ou morrerá minutos após o parto.

Essa delicada questão envolvendo a gestação vem sendo arduamente discutida, pois a falta de prescrição legal faz com que as gestantes submetam-se à gravidez angustiante e de risco. Doutrinadores e estudiosos do assunto defendem que impor à mulher a obrigação de gerar um filho sem chances de sobrevivência viola e conflita com os mais basilares princípios do Estado Democrático de Direito: autonomia, liberdade e principalmente a dignidade da pessoa humana.

A questão foi parar no STF, em 2004, através da ADPF n° 54-8/DF proposta em 17 de junho de 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Por meio de seu advogado, o professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso, acerca da possibilidade da prática legal de aborto de fetos anencefálicos buscou considerar os pontos seguintes.

Fundamenta-se em que tal “conjunto normativo” vulnera a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV), o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (artigo 5º, II) e o direito à saúde (artigo 6º, caput e 196) “todos da Constituição da República” (ainda: pórtico da petição inicial a fls. 3). [ADPF n° 54-8/DF, 2004, p.1]

Ao concluir o julgamento, o STF indeferiu o pedido por considerar primazia jurídica do direito à vida. O advogado e mestre Rabay Guerra faz uma análise da postura do judiciário em seu texto “Julgar é humano... Ou crônica de uma morte anunciada”- nele é discutido o aborto de fetos anencefálicos na jurisdição constitucional brasileira e a modernidade jurídica (laica e emancipatória). Infere-se da análise feita por Guerra que no caso posto à apreciação do STF seria uma terceira possível exceção, configurada *cariz*

eugênico - uma vez configurada a má formação do feto, implica na inviabilidade daquela vida, como é o caso do feto anencefálico, justificar-se-ia o abortamento.

Entretanto, o STF, com a revogação da liminar, evidencia como o Tribunal enxerga a matéria. Para o ministro Eros Roberto Grau cujo voto condutor foi elaborado por ele, a manutenção da liminar não se justifica, pois, com ela, o Tribunal estaria reescrevendo o Código Penal possibilitando uma terceira hipótese legal para o aborto, sublinhou o ilustre mestre abaixo.

Não seria coerente, portanto, sugerir da Corte qualquer outra postura que não a decisão sócio politicamente comprometida, até porque essa é a função precípua de um Tribunal legitimado a argüir a negativa de preceito fundamental. (...) No caso concreto, a discussão central é a respeito da chancela da ordem jurídica quanto à interrupção da gravidez, em decorrência de diagnóstico médico lastreado por exame – sem margem de erro, diga-se de passagem – que atesta a ausência de cérebro e, com isso, irrefutável evidência da inviabilidade biológica do ser humano em prospecção. A densidade do problema resulta da controvérsia sobre: (i) quando tem início a vida humana; (ii) que bem jurídico está a se tutelar e (iii) qual a melhor política jurídico-criminal a se almejar. (GUERRA, 2007, p. 02)

Para a Confederação que propôs a ADPF, questiona que a impossibilidade legal do aborto. Nessas condições viola a dignidade da condição feminina, pois obriga a mulher a levar a gestação de um feto nado-morto.

Já o norte-americano Dworkin (2003), o trauma para a mulher é tão severo, que em casos como esses, a gestação “não são apenas indesejáveis, mas igualmente terríveis”, que algumas gestantes fariam de tudo para evitá-la.

Se, em desespero, para fazer um aborto, uma mulher desafiasse o direito penal, poderia arriscar a própria vida. Se submetesse à lei, as conseqüências para ela seriam graves – não teria de arcar apenas com desvantagens econômicas, sociais ou profissionais, mas muitas vezes sofreria um dano irreparável a seu amor próprio. (GUERRA *apud* DWORKIN, 2003, p. 143-144)

Assim, há divergentes correntes que discutem essa matéria, umas a favor da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, outras contrárias ao tema. Um assunto polêmico que vai exigir muitas discussões e, quem sabe, uma futura reforma no Código Penal Brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nesse estudo, se pode concluir que o aborto é uma prática que possui tutela jurídica em dois casos específicos, caminha paralelamente à história da humanidade e quanto mais avançar a ciência, mais polêmica e complexa ficará a discussão da matéria.

Denota-se, ainda, que o Código Penal Brasileiro preceitua valores e conceitos que, com o evoluir da humanidade, muitas vezes, torna-se insuficientes para solucionar as diversas problemáticas que o ser humano se depara, pois seu texto necessita de uma reforma.

Graças à evolução constante da sociedade é impossível o direito positivo avaliar todas as situações e os problemas sociais presentes hoje, e, os futuras que emergirão. Quanto à questão do aborto anencefálico é recente e o ordenamento jurídico do Brasil ainda não a prevê.

Contudo, muitas gestantes não desejam passar suas gestações levando consigo um feto natimorto. Tendo, muitas vezes, que implorar ao Poder Judiciário por autorizações para interromper a gestação quando diagnosticado feto portador de anomalia fetal. Geralmente, todo esse processo é desgastante e inútil, pois a postura do judiciário não favorece essas mães, que por sua vez, descontentes, não carregarão seus filhos para suas casas.

A anencefalia, efetivamente, não é uma questão simples, pois de um lado há a inviolabilidade da vida do feto, bem jurídico resguardado pelo Estado, e do outro há a

liberdade da mulher de dispor sobre seu próprio corpo (claro, que essa disposição é relativa, pois só pode dispor de seu próprio corpo no limite da vida). Considera-se, ainda, os riscos gerados por este tipo de gestação, o transtorno psicológico que essas mães são envolvidas, desde a descoberta do problema, e, principalmente, o aspecto da sua dignidade humana.

Vale relevar que no Brasil existem algumas correntes distintas referentes ao aborto de fetos anencefálicos. Diferem-se, entretanto, no tocante à fundamentação jurídica da matéria. Embora seja de aceitação pacífica o fato de a mulher poder decidir sobre a interrupção, ou não, da gestação - sob alegação de se desrespeitar o princípio da dignidade humana da mulher, a mesma é submetida a dor desnecessária quando obrigada a dar continuidade ao processo de gestação. Independe,, de fato, de sua decisão o fim do desenvolvimento fetal e, sobretudo, a vida do recém nascido..

Por fim, nas hipóteses em que a legislação autoriza a prática do aborto - seja ele necessário ou humanitário - o nascituro possui viáveis expectativas de vida, o que se diferencia cabalmente do tema relativo à anencefalia onde ao feto não lhe resta qualquer esperança de vida.

A abordagem aqui pretendida entende que a autorização legal do aborto do feto anencéfalo contempla aspectos lógicos inquestionáveis, que eliminam qualquer justificativa plausível para a manutenção desse tipo de gravidez. Sua prolongação só vem a causar horror e sofrimento desnecessário à mulher..

REFERÊNCIAS

Conselho Federal de Medicina do Estado da Bahia. **Anencefalia e supremo tribunal federal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano II – Edição II – Setembro 2010

FONTELES, Cláudio. **Parecer do MPF na ADFP nº 54/DF**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/parefont.htm>>. Acesso em: 19 de março de 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Aborto **Anencefálico: exclusão da tipicidade material**. Elaborado em junho de 2006 e disponível no site: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561>> (Acesso em: 19/03/2010)

HABIB, Sérgio. **O Aborto por anencefalia e a cassação da liminar do Ministro Marco Aurélio. Ano VIII - nº. 188**. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, 2004;

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

Ronald Dworkin. **O Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 143-144.

SEBASTIANI, Mario, **Analisis ético bajo el concepto del feto como paciente en los casos de anencefalia**. Lexis Nexis- Jurisprudência Argentina. Fasc. 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 23 de julio 2003, p.78/82.

<http://www.ifpb.gov.br/esmafe/pdf_esmafe/Julgar%20E%20humano%20%20anencefalia%20no%20STF.pdf>. Acesso em: 19 de março de 2010.

< <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339458> >. Acesso em: 19 mar. 2004 ADFP

<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339457>>. Acesso em: 19 mar. 2004 ADFP