

 <https://doi.org/10.56344/2675-4827.v4n1a2023.1>

Notas jurídico-bioéticas sobre o aborto de anencéfalos no Brasil

Legal-bioethical notes on the abortion of anencephalic patients in Brazil

Luis Fernando Biasoli¹, Rafael Rio Ribeiro²

Resumo: Por meio deste artigo, objetiva-se debater o impacto da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), de 2012 concernente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54/DF), que versa sobre o aborto em anencéfalos no Brasil. Por meio do método de pesquisa dialético-crítico, sistematicamente, fez-se uma revisão bibliográfica dos conceitos fundamentais envolvidos na questão do aborto em casos diagnosticados com anencefalia à luz da atual posição do Poder Judiciário frente a este dilema, tendo como escopo uma síntese entre algumas das principais correntes que debatem esta temática. Sabe-se que o ato abortivo é uma questão polêmica e delicada no mundo todo há séculos; entretanto, a partir deste julgamento, com suas enormes implicações jurídico-bioéticas, várias decisões judiciais atuais estão ampliando tal compreensão, a fim de permitir o aborto de fetos com outras malformações graves. Assim, a decisão do STF de 2012 pode ter desencadeado uma nova forma do judiciário proceder em casos de fetos com malformações graves, na falta de uma legislação mais clara. Uma possível solução para isto, que não esgota o problema e que precisa de mais pesquisas, é que o tema deve ser analisado mais profundamente pelo poder legislativo, e tratado numa perspectiva crítico-dialética, longe de extremismos conflituosos, visões de mundo radicais e polarizadas que obnubilam e mitigam o democrático e sadio debate social.

Palavras-chave: Aborto. STF. Constituição Federal. Abortamento. Anencefalia.

Abstract: Through this article aims to discuss the impact of the decision of the Federal Supreme Court (STF) in 2012 regarding the Argumentation of Noncompliance with Fundamental Precept nº 54 (ADPF 54/DF), which deals with abortion in anencephalic children in Brazil. Through the dialectic-critical research method, systematically, a bibliographical review was carried out of the fundamental concepts involved in the issue of abortion in cases diagnosed with anencephaly in light of the current position of the Judiciary regarding this dilemma, having as scope a synthesis between some of the main currents that debate this theme. It is known that the act of abortion has been a controversial and delicate issue worldwide for centuries; however, based on this judgment, with its enormous legal and bioethical implications, several current judicial decisions are expanding this understanding, in

¹ Doutorado em Filosofia pela PUC-RS. Docente da Universidade de Caxias do Sul (UCS). Contato: lfbiasoli@ucs.br

² Graduado em Medicina pela UCS e em Direito pela UFPel. Especialização em Bioética pela UCS. Contato: rafaelrrio@yahoo.com.br

order to allow the abortion of fetuses with other serious malformations. Thus, the 2012 STF decision may have triggered a new way for the judiciary to proceed in cases of fetuses with serious malformations, in the absence of clearer legislation. A possible solution for this, which does not exhaust the problem and which needs further research, is that the theme should be analyzed more deeply by the legislative power, and treated in a critical-dialectical perspective, far from conflicting extremisms, radical and polarized worldviews that cloud and mitigate the democratic and healthy social debate.

Keywords: Abortion. STF. Federal Constitution. Abortion. Anencephaly.

Recebimento: 06/04/2022

Aprovação: 12/06/2023

INTRODUÇÃO

A bioética é uma rica ferramenta de reflexão e ação. Deve, sobremaneira, ser aplicada em temas nos quais há forte tensão envolvendo os limites da ciência e da tecnologia aplicados ao ser humano. Ademais, é mister que suas reflexões ajudem a fomentar uma cultura de paz e de promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, em sentido amplo. Sabe-se que a palavra bioética é um neologismo derivado das palavras de origem grega *bios* (vida) e *ethike* (ética). Para Junges (1999), a bioética compreende a ética médica, porém não se esgota nela. A ética médica, em seu sentido tradicional, trata dos problemas relacionados a valores, que surgem da relação entre médico e paciente. A bioética, por seu turno, constitui um conceito mais amplo que trata das questões referentes à vida, buscando protegê-la de todas as formas contra as possíveis ameaças.

Entre os temas bioéticos e jurídicos inquietantes está a questão do início da vida humana: quando, afinal, se inicia a vida humana? E esta resposta é fundamental, aqui, para nosso trabalho em tela de juízo crítico. Sabe-se que esta resposta vem sendo buscada desde os primórdios da humanidade e das interrogações científico-filosóficas e não há, contudo, uma resposta unânime e pacífica para tal ponto. Apesar disto e cientes deste limite, não obstante, buscar-se-á tecer algumas reflexões que ajudarão a pôr em evidência os principais desafios teórico-práticos implicados na procura pela solução sobre se é, legalmente, permitido estender o conceito de aborto para além daqueles emanados da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54/DF) analisada pelo STF (Supremo Tribunal Federal) em

2012, isto é, que possibilitou, dentro de marcos legais e sanitários brasileiros, a prática do abortamento em fetos com anencefalia.

O desfecho desta análise implicará, diretamente, numa melhor compreensão e ciência sobre como agir ou não agir em diversas condutas concernentes a pesquisas e a procedimentos inovadores, como, por exemplo: a pesquisa com células-tronco embrionárias para a cura de diversas doenças, técnicas de reprodução assistida, como a fertilização *in-vitro*, útero de substituição e a utilização de métodos contraceptivos, suas vias (orais, injetáveis e uso de dispositivos intrauterinos) e mecanismos de ação.

ABORTO E BIOLOGIA

A problemática em tela de juízo, aqui, envolve os direitos fundamentais, porquanto o aborto e as várias práticas mencionadas colocam em xeque o reconhecimento do direito à vida a depender do momento em que se considere iniciada a vida humana (DA SILVA, 2013). Diante da complexidade do tema, uma análise multidisciplinar, típica da Bioética, faz-se necessária e pode auxiliar, deveras, nesta compreensão, e ajudar a elucidar, com prudência e discernimento, pontos importantes e nevrálgicos, para uma tomada de decisão mais racional, contemporânea e equilibrada, num mundo que parece ter perdido, por vezes, o sentido e a noção da importância de posições teóricas sensatas, bioéticas e ponderadas.

Sabe-se que para a embriologia, o desenvolvimento humano inicia, quando o gameta feminino (óvulo) é fecundado pelo espermatozoide (gameta masculino). Este estágio embrionário é denominado zigoto - *zygotos* – que significa unido em grego, em alusão à união entre os gametas (SCHOENWOLF *et al.*, 2010). Inicia-se, aí, uma série de divisões celulares até o quarto dia, quando se chega ao estágio chamado de mórula; e no quinto dia ao estágio denominado blastocisto. Neste estágio, é difícil observar características específicas da espécie humana; contudo, por volta de oito a treze semanas de idade gestacional, isso já é possível.

Algumas teses díspares, contudo, surgiram dentro da biologia e da embriologia. Entre tantas: a teoria da formação rudimentar do sistema nervoso central

advoga que o início da vida deve ser considerado, quando o sistema nervoso do feto deixa o estágio primitivo e passa a apresentar características complexas – algo em torno de treze a dezoito semanas de gestação. Outros defendem que a vida humana se inicia com a nidação, ou seja, com o implante pleno do embrião na parede uterina (SCHOENWOLF et al., 2010).

Há, também, aqueles que consideram a concepção como o início da vida; principalmente, os que estão ligados a uma concepção mais teológico-religiosa do mundo. Estes consideram o processo de desenvolvimento e de amadurecimento como um processo contínuo, orientado e gradual até a maturidade. A biologia, talvez, ao menos no atual estágio da ciência, careça de informações plenas, variáveis definidoras, isto é, dados paradigmáticos e modelos a uma resposta definitiva (SCHOENWOLF et al., 2010).

Pode-se, aqui, trazer para o debate as contribuições advindas do conhecimento sobre a vida psíquica do ser humano. Freud é reconhecido, mundialmente, e festejado nas academias mundo afora por criar e desenvolver a psicanálise. Na gênese de seu pensamento revolucionário, descreveu a fase oral como a primeira etapa do desenvolvimento psíquico e que a personalidade inicia entre dois e três anos de idade. Entretanto, não ele afastava, totalmente, a possibilidade de a vida intrauterina interferir neste processo (LIMA et al., 2019).

Por muito tempo, entretanto, a vida pré-natal foi considerada um vazio, algo com pouca importância, biologicamente; dados os poucos recursos neuro-tecnológicos e científicos dos conhecimentos da medicina à época. Posteriormente, com o advento da ecografia obstétrica - exame não-invasivo -, estudos e pesquisas levantaram o véu que cobria a vida fetal e auxiliaram no processo de conhecimento da vida mental fetal, permitindo identificar marcos promissores e importantes de desenvolvimento sensitivo e motor, que auxiliaram a avaliação da *psiquê* do feto e criaram um novo paradigma nos cuidados pré-natais.

Surgiu, então, o psiquismo fetal ou psicoembriologia, área da psicologia dedicada ao estudo do desenvolvimento evolutivo psicoafetivo e emocional dos fetos. Ora, se o feto tem uma vida mental, pode ter pensamentos; ainda que primitivos. Assim, do ponto de vista da psicologia, então, a vida inicia antes do nascimento,

contudo não há um consenso a respeito do momento exato, como é amplamente sabido (LIMA et al., 2019).

Para o catolicismo, a vida inicia já mesmo no momento da concepção. Logo, a Igreja Católica é, totalmente, contrária ao aborto e à manipulação de embriões e determina punições aos que advogam tal tese, ou mesmo a praticam (CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO, 2001, Cânon 1398). O judaísmo, por sua vez, crê que a vida se inicia no quadragésimo dia de gestação e, portanto, admite a pesquisa com células-tronco e até o aborto, nos casos em que a gestação resulta de estupro, ou quando apresenta risco de morte para a mãe e, ainda, em casos de anomalias fetais (PRADO, 1985). Um pensador de origem judia, Emmanuel Levinas (1905-1995), que se inscreveu, classicamente, na história do pensamento da ética contemporânea - com a ética da alteridade -, defende uma posição bem incisiva sobre a defesa da vida,

O Tu não matarás é a primeira palavra do rosto. Ora é uma ordem. Há no aparecer do rosto um mandamento como se algum senhor me falasse. Apesar de tudo, ao mesmo tempo o rosto está nu; é o pobre por quem possuo tudo e a quem tudo devo. (LEVINAS, 1982, p. 80).

O islamismo, religião que tem suas origens na tradição judaica, por sua vez, fundamentado no livro sagrado do Alcorão, defende que a vida inicia, apenas quando Alá – o ser divino - assopra a alma no feto, o que ocorreria por volta de cento e vinte dias após a concepção. Ademais, para os que tem Meca como seu centro sagrado e irradiador de uma cosmovisão verdadeira, o aborto é admitido, embora muitos o condenem, e as pesquisas com células-tronco são permitidas. No budismo, religião milenar, não há uma visão única sobre a manipulação de embriões, nem, outrossim, sobre o aborto. Estes que se originam nas fortes tradições da cultura milenar sagrada indiana acreditam na reencarnação como um processo contínuo e ininterrupto – a vida estaria presente em tudo o que existe (PRADO, 1985).

Agora, saindo do universo das influentes tradições teológico-religiosas e ao se passar a analisar a situação mais próxima de nós, isto é, no direito contemporâneo brasileiro, percebe-se, igualmente, que não há um consenso tácito, mesmo analisando-se o direito comparado. A Magna Carta brasileira de 1988 elenca, no art. 5º, os direitos e garantias fundamentais; e em seu *caput* prevê “todos são iguais perante a lei (...) garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros (...) a inviolabilidade

do direito à vida”. O Código Civil Brasileiro, marco da legislação infraconstitucional, em seu art. 2º escreve: “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969), tratado do qual o Brasil é signatário, desde 1992, prevê em seu art. 4º: “toda a pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Na ausência de uma definição consensual para o conceito de início da vida, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2012, foi obrigado, após fortes pressões, a se manifestar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 que impugnava o art. 5º da Lei de Biossegurança e teve que proferir sentença acatando a teoria natalista, segundo a qual a vida se inicia após o parto.

Portanto, verifica-se que o tema é muito polêmico e que existe uma variada gama de teorias diferentes – umas de cunho mais teológico-religioso, outras de viés mais seculista e liberal - cada qual sustentadas e lastreadas teoricamente por bons e fortes argumentos, como sumarizou-se. Dada a relevância e importância do tema para a sociedade moderna e contemporânea brasileira, deve-se ter um olhar mais cauteloso, humilde, responsável e que não esteja impregnado e contaminado pelos ventos das guerras de narrativas da polarização político-ideológica de nosso tempo. Urge, mais do que nunca, aplicar-se os conceitos e os princípios consagrados da bioética (autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça) para uma possível solução via diálogo e escuta, dos dilemas e conflitos. A seguir, analisar-se-á, a problemática envolvida nos conceitos de aborto e abortamento.

CONCEITO DE ABORTO

Os médicos e os juristas não estão acordes no conceito de aborto, como afirmado por Magalhães Noronha “as divergências, aliás, começam pelo próprio nome, opinando muitos que se deve dizer *abortamento*, reservando aquele vocábulo para designar o *produto* morto ou expelido.” (NORONHA, 2001, p. 54).

Etimologicamente, o termo significa privação de nascimento (*ab + ortus*). Daí, muitos asseverarem que *abortamento* melhor expressa a conduta de abortar. E o termo *aborto*, por sua vez, seria o produto da concepção que já está morto. Apesar disso, o termo mais comumente empregado mesmo é aborto, inclusive na legislação e nos documentos médico-legais.

Delton Croce, médico legista renomado, assim, define o aborto:

a interrupção da gravidez normal e não patológica, em qualquer fase do período gestatório, haja ou não a expulsão do concepto morto, ou, se vivo, que morrei logo após pela inaptidão para a vida extrauterina, resultante de ofensa corporal ou violência psíquica, constitui lesão gravíssima. (1998, p. 132).

A obstetrícia e a Medicina Legal divergem desta concepção de Croce. Para a primeira, aborto é a interrupção da gestação - espontânea ou propositada - desde o momento da fecundação até a vigésima primeira semana de gravidez (CUNNINGHAM *et al.*, 2015). Assim, da vigésima primeira semana de gestação até a vigésima oitava, trata-se de parto imaturo; e da vigésima nona até a trigésima sétima em parto prematuro. Ou seja, a Obstetrícia médica só admite o aborto dentro das primeiras vinte e uma semanas de idade gestacional. Esta diferenciação não existe na Medicina Legal, como nos ensina Delton Croce “à Medicina Legal não importa o tempo gestacional em que ocorre a interrupção da prenhez, seja desde a fecundação até momentos antes do início do trabalho de parto ou o termo, no 9º mês.” (1998, p. 440).

Para o direito penal, o aborto é a interrupção da gravidez, com a morte do produto da concepção (destruição do ovo, embrião ou feto). O crime está previsto e tipificado no Código Penal (BRASIL, 1941) e a objetividade jurídica é a proteção da vida (ainda não autônoma, mas uma vida em formação). A norma legal tutela, também, a vida e a integridade física da mulher, e a prática abortiva está classificada como delito contra a vida. De modo geral, podemos classificar o abortamento em natural, acidental, legal ou permitido e abortamento criminoso (JESUS, 2001, p. 119).

O aborto é *natural*, quando a interrupção da gravidez é espontânea (BEZERRA, 2009). Neste caso, não há crime evidentemente. Fatores gametogênicos masculinos e femininos e fatores maternos diversos podem ser a causa (p. ex., alterações cromossômicas, principalmente aneuploidias, alterações do DNA

espermático, alterações da vascularização das vilosidades coriais, incompatibilidade sanguínea *Rh-ABO*, drogas lícitas e ilícitas, doenças infecciosas, hormonais, trombofilias maternas etc.). Estima-se que grande parte das gestações são interrompidas espontaneamente por processos naturais - gestações subclínicas - onde, na imensa maioria destes casos, o fato não é de conhecimento sequer da gestante. Pode ser, também, *acidental*, e isto é bem relatado na medicina: aborto causado por trauma (quedas, acidentes automobilísticos etc.). E, nestes casos, não há de se falar em crime.

Há, ainda, o aborto *legal* ou *permitido*, quando a interrupção da gestação está amparada por lei (BRASIL, 1941). Os juristas, em diversos países, aprofundam a classificação do aborto legal, permitido ou consentido em várias espécies. A saber: aborto *terapêutico*, quando o meio é utilizado, para salvar a vida da mulher gestante frente a um perigo atual ou iminente causado pela gravidez. Aborto *social* ou *econômico*: quando, por falta de recursos financeiros, a mãe avalia que não tem condições econômicas de manter o filho e escolhe pela interrupção da gestação. Aborto *eugênico* (sugestão): quando o feto apresenta anomalias ou defeitos congênitos (atuais ou futuros) e, desse modo, é permitida a interrupção da gravidez.

No Brasil, existem dois tipos de aborto, legalmente, previstos no Código Penal (Brasil, 1941). O aborto necessário ou terapêutico (disposto no art.128, I, do Código Penal): quando o abortamento é praticado por um médico com o intuito de salvar a vida da gestante. Trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade. Entre a vida da gestante e a vida do feto, o direito optou expressa e claramente pela vida da mãe, tanto é que prescinde do consentimento da gestante. E o aborto sentimental ou humanitário previsto no art. 128, II, do Código Penal (BRASIL, 1941), quando a gravidez resulta de estupro. Em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana da mulher violentada, o direito permite o abortamento do feto fruto da conjunção carnal violenta e não consentida. Para a doutrina e jurisprudência majoritárias, o aborto necessário e o aborto sentimental são constitucionais, porque sustentam que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida.

Vale, no entanto, assinalar que há doutrina em posição contrária, sustentando a absoluta impossibilidade de legitimação do aborto, porquanto seria ofensa à cláusula pétreia do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que é o direito à vida. Opinião, por

exemplo, de Vidal Serrano Nunes Júnior, professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 1999, p. 85).

Por fim, o aborto criminoso que é a interrupção ilegal da vida intrauterina em qualquer fase de sua evolução gestacional, até momentos antes do início do trabalho de parto (NUCCI, 2006). Os tipos penais de aborto estão previstos nos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal. São eles:

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

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

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

Pena – reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.

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

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. “Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (BRASIL, 1941).

O art. 124 elenca o aborto provocado pela gestante em si mesma ou provocado por terceiro, mas com o seu consentimento (a gestante que pratica o aborto é enquadrada neste tipo penal). O tipo penal previsto no art. 125 é o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (JESUS, 2009). E no tipo previsto no art. 126 é enquadrado o terceiro que pratica o aborto com o consentimento da gestante (recebe uma pena, que inclusive pode ser maior que a pena da própria gestante que consente com o crime – uma vez que ela recebe a pena do art. 124). A seguir, analisar-se-á o abortamento à luz do poder constitucional brasileiro.

ABORTO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Magna Carta de 1988 elenca no art. 5º os direitos e garantias fundamentais e em seu *caput* prevê “todos são iguais perante a lei (...) garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros (...) a inviolabilidade do direito à vida” (BRASIL, 1988). Nessa linha, há quem defenda ser o direito à vida um direito fundamental absoluto, sendo vedado, portanto, o aborto em quaisquer circunstâncias – mesmo quando a vida extrauterina é inviável do ponto de vista médico.

No entanto, há corrente doutrinária e jurisprudencial, majoritária, no sentido de que não há direito fundamental absoluto – nem mesmo o direito à vida. Como para esta corrente o direito à vida não é absoluto, ele comporta restrições. E, portanto, o aborto consentido seria permitido em alguns casos excepcionais, desde que previstos, previamente, em lei.

Importante notar que quando a Constituição Cidadã de 1988 quis excepcionar, ela o fez, expressamente (LENZA, 2006). Como no Título II dos Direitos e Garantias Fundamentais, na qual há uma exceção ao direito à vida, a saber, permite a pena de morte em caso de guerra declarada nos termos do art. 84, XIX,

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX (BRASIL, 1988).

Não é o caso do aborto consentido, pois a Constituição Cidadã não o excepciona expressamente. Outros defendem a permissão do aborto até determinada idade gestacional, quando ainda, não haveria de se falar em vida. O Código Civil Brasileiro, em seu art. 2º afirma: “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002).

Neste caso, grupos mais liberais sustentam que a decisão do aborto caberia a gestante, levando-se em conta a sua autonomia. O Supremo Tribunal Federal (STF), apreciando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº54 declarou que é inconstitucional o enquadramento como delito de aborto, a interrupção voluntária da gravidez de fetos anencefálicos. E a justificativa é a inviabilidade da vida extrauterina do feto, bem como os danos psicológicos aos pais, em especial à gestante.

Alguns juízes, com base na decisão proferida pelo STF na ADPF nº 54, (BRASIL, 2012a) estão indo além e estendendo a possibilidade de abortamento para outras anomalias gravíssimas. Sustentam que se não é crime o aborto de feto

anencefálico, outras anomalias graves e incuráveis que inviabilizam a vida extrauterina devem receber tratamento análogo, haja vista que se deve considerar as mesmas razões utilizadas para a decisão sobre o caso de anencefalia.

ABORTO E ANENCEFALIA NO BRASIL

A anencefalia é uma malformação congênita. Sabe-se que malformações ou anormalidades congênitas fetais são alterações funcionais ou estruturais do feto, que ocorrem durante o período fetal (pré-nascimento), cujas causas podem ser genéticas, ambientais e idiopáticas e não há, ainda, uma questão fechada e explicativa, na ciência médica, sobre esta temática. De certo, é sabido, apenas, que é uma malformação congênita grave incompatível com a vida que pertence mais especificamente à família dos defeitos de fechamento do tubo neural (SCHOENWOLF *et al.*, 2010).

A biologia celular ensina que já no período embrionário, aparece o tubo neural, o qual permanece, temporariamente, aberto nos extremos cefálico e caudal do corpo do embrião. Contudo, infelizmente, o não fechamento da extremidade anterior impede o desenvolvimento do encéfalo e da calota craniana e seus revestimentos, caracterizando a anencefalia.

Pode o feto anencefálico apresentar algumas partes do tronco cerebral funcionando, o que permite o funcionamento de algumas funções vitais básicas como a respiração e os batimentos cardíacos. Entretanto, estão ausentes todas as funções superiores do sistema nervoso central, o qual é responsável por partes importantes como a cognição, consciência, afetividade, comunicação e vida relacional. Em virtude da malformação, cerca de oitenta por cento dos fetos com anencefalia morre, ainda, na etapa intrauterina, e os demais em algumas horas ou dias depois do nascimento (SCHOENWOLF *et al.*, 2010).

Com o advento dos métodos de imagem, sobretudo a ultrassonografia obstétrica, os diagnósticos de malformações tornaram-se possíveis durante a gestação e não apenas no nascimento, como ocorria anteriormente. Iniciou-se, então, a discussão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez em casos de malformações graves incompatíveis com a vida extrauterina, sob a justificativa

plausível e compreensível de que o prolongamento desta gestação poderia afetar o bem-estar - físico e mental - da mulher, e até mesmo colocá-la em risco (SCHOENWOLF *et al.*, 2010). O tema em tela de juízo, aqui - polêmico já nas discussões acadêmicas - então, chegou às barras dos Tribunais do Poder Judiciário e, notoriamente, na mais Alta Corte do País.

De fato, em 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por oito votos a dois, favoravelmente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), em 17 de junho de 2004, que buscava encurtar o processo de autorização para antecipação de parto de feto anencefálico. Assinava a petição o então advogado Luís Roberto Barroso, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012a).

O pedido suplicava que fosse declarada a inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*, e, ademais, efeito vinculante da interpretação e enquadramento dos artigos do Código Penal referentes ao aborto e à conduta da antecipação do parto de feto anencefálico diagnosticado por médico habilitado com o consentimento da gestante. E que, para tal, prescindisse a gestante de qualquer autorização específica estatal.

Entre os argumentos sustentados na petição podem-se citar: o potencial perigo à saúde da gestante, ao manter um feto anômalo inviável no útero em razão do alto índice de morte intraútero; a impossibilidade de reversão da inviabilidade fetal – não há tratamento possível a essa condição inevitavelmente fatal; o fato de que a antecipação do parto de anencéfalos não caracterizaria abortamento propriamente dito, na medida em que a morte certa e inevitável seria causada pela anencefalia e não pelos meios abortivos empregados. E, por fim, que a hipótese de aborto de feto anencefálico só não foi prevista no Código Penal (BRASIL, 1941) porque, à época, a ciência não dispunha de meios para o diagnóstico preciso.

O ministro Carlos Ayres Brito em seu voto defendeu que não há que se falar em aborto em casos de anencefalia, porque o feto anencefálico seria um natimorto cerebral (BRASIL, 2012b). A propósito, a Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos e tecidos e partes do corpo humano - para fins de transplante e tratamento - adotou o critério de morte cerebral e, portanto, por via

reflexa e interpretação sistemática, acabou autorizando a antecipação do parto de feto anencefálico.

Se a morte (ausência de vida) se dá com o fim da atividade cerebral, o feto anencefálico não tem vida intrauterina (só é possível, logicamente, matar aquilo que vive). Somente o feto, com capacidade de ser pessoa, pode ser sujeito passivo do delito de aborto. O Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou a Resolução Nº 1.989 (2012), definindo diretrizes para o diagnóstico de malformação fetal, através de exame ultrassonográfico, que deve ser realizado após a décima segunda semana de gestação. Exame esse que deverá ser assinado por dois médicos capacitados, cabendo à gestante o direito de pleitear uma junta médica para os esclarecimentos devidos, com vistas a garantir o seu direito de decidir, livremente; e adotar a conduta que lhe aprouver. Assim, tem-se a desnecessidade de autorização do Estado, para que o médico interrompa a gravidez da gestante - se for de sua vontade - diante do diagnóstico inequívoco de anencefalia.

Como os tribunais brasileiros enfrentam o dilema ético dos casos envolvendo aborto de anencéfalos e, mais ainda: esta decisão permite que se possa auferir o mesmo entendimento sobre o aborto para doenças semelhantes em gravidade? Como a decisão do STF na ADPF nº 54 tem efeito vinculante (BRASIL, 2012a), todos os Tribunais e Juízos devem segui-la, não considerando como crime a antecipação do parto de feto anencefálico. Ocorre que alguns juízes estão indo além e estendendo a possibilidade de aborto para outras anomalias, também, gravíssimas como a anencefalia, o que gera insegurança jurídica e causa enormes debates na sociedade civil, sobretudo nos grupos que tem uma posição mais conservadora sobre o abortamento. Já os que vivem numa visão de mundo mais liberal e laica, aduzem que se não é crime o aborto de feto anencefálico, outras anomalias graves, incuráveis e que inviabilizam a vida extrauterina, também, devem receber o mesmo tratamento.

Sabe-se que são as malformações congênitas do sistema nervoso central que causam formas incompatíveis com a vida extrauterina. Pode-se, a título de exemplo, citar as seguintes doenças: a holoprosencefalia, a craniorraquisquise, a mielosquise e a meningoencefalocele total. E, assim como a anencefalia, estas são anomalias graves, oriundas de defeito de fechamento do tubo neural e podem se apresentar isoladas ou em associações com outras alterações; produzindo síndromes

malformativas sistêmicas das mais diversas etiologias, comprometendo, seriamente, as chances de um desenvolvimento saudável para o feto, e mesmo pondo em risco de morte a gestante.

Desta forma, sustentando tratamento isonômico e com base nos fundamentos da ADPF nº 54, diversas ações em todo o Brasil têm pleiteado autorização judicial, a fim de garantir a interrupção da gestação, nestes casos de malformações graves e incompatíveis com a vida extrauterina. Com lastro em laudos médicos e perícias judiciais que declaram a certeza da inviabilidade extrauterina, bem como para proteger a gestante de riscos e agravos à sua saúde física e mental, os tribunais têm deferido, favoravelmente, os pedidos. Dando prevalência à autonomia da vontade e à liberdade da gestante, em detrimento de uma posição mais conservadora, lastreada em fundamentos sacro-teológicos. (BRASIL, 2012a).

CONCLUSÃO

Como notas finais do presente artigo, dado que o aborto é um tema complexo e envolve, amplamente, questões sociais e cientes dos limites que se pode incorrer ao discorrer sobre tais temas, busca-se defender uma visão conciliadora e democrática que incorpore todos os espectros ideológicos e as variadas camadas sociais. Percebeu-se que os debates jurídicos, as crenças religiosas e as visões de mundo filosófico-científicas influenciam e condicionam muito a visão da sociedade sobre tal temática. Assim, buscou-se defender uma visão equilibrada e conciliadora dialético-sistemática que contempla a variedade e a pluralidade de vozes dissonantes que compõem a multifacetada sociedade pós-moderna, profundamente, interconectada e globalizada.

Está-se, certamente, muito longe de uma definição sobre quando a vida inicia e, talvez, nunca a alcancemos; contudo, isto não impede que a sociedade democrática via diálogos francos, transparentes, honestos e em busca de consensos não se esforce ou se esquive, a construir uma resposta plena, satisfatória e coerente para as pessoas que têm sua vida ameaçada ao levar a termo uma gestação.

O conceito de aborto, no âmbito do direito penal, é diverso daquele empregado na medicina obstétrica; não obstante, ambos estarem corretos para as suas

especificidades. A decisão do STF, no âmbito da ADPF nº 54 de 2012, é um divisor de águas na interpretação dos tipos penais do aborto previstos no Código Penal brasileiro e sua extensão, por analogia a outras malformações, tem sido aceita em diversos tribunais.

Tem-se por princípio que a vida é um bem acima de qualquer teoria, e, sobremaneira, deve-se defendê-la de todas as formas de ataques e práticas que minimizem e precarizem sua dignidade. Debater sobre o aborto, mais do que nunca, é fundamental em nossa conturbada sociedade, a fim de que as pessoas possam ter uma melhor compreensão formada sobre tão delicado e urgente assunto que é um grande dilema ético, outrossim, complexo e difícil. Longe de querer implicar a última palavra sobre o tema, buscou-se, acima de tudo, fazer uma análise séria e justa - cientes de que não se esgotaria o tema - dos principais conceitos envolvidos no tema, e mostrar a gênese da problemática.

Num tempo em que as ideias científicas estão sendo, cada vez mais, testadas, cerceadas pelos extremismos e pelas posições polarizadas, e o bom senso vê-se atacado por todos os lados; faz-se, cada vez mais, necessário debater, científica, responsável e democraticamente, as questões emergentes e candentes do mundo da vida do século XXI; principalmente, aquelas que se referem ao início da vida e à saúde da gestante.

A decisão do STF sobre anencefalia, de 2012, como viu-se, subsidiou para um novo entendimento do tema para a sociedade civil brasileira e para os agentes políticos. Ela está longe de agradar a todos os grupos sociais da nação; contudo, parece espelhar e sintonizar um entendimento que tem crescido no mundo inteiro, sobremaneira, nas democracias ocidentais, nas quais muitos países estão revendo seus posicionamentos e flexibilizando, cada um à sua maneira e dentro de suas culturas, a compreensão e o entendimento jurídico sobre o abortamento. Vive-se, certamente, numa sociedade que está, hoje, mais inclinada politicamente a tendências mais liberais, seculares e laicas, o que parece se refletir nos parlamentos e nas supremas cortes jurisdicionais que estão dando entendimentos e deliberações sobre o abortamento que eram inimagináveis a décadas atrás, onde a hegemonia e a influência na sociedade das igrejas eram muito notadas. Assim, as decisões que liberam o abortamento parecem vocalizar anseios de muitas frações e camadas da

sociedade que não tinham vez e voz, para serem ouvidas pelas esferas decisórias mais influentes.

Desta forma, mais do que defender uma visão petrificada e enviesada sobre a temática, aqui, desenvolvida, buscou-se defender que as pessoas, enquanto portadoras de direitos e deveres - como um gesto próprio de amadurecimento da cidadania - devem procurar, cada vez mais, ler, analisar, estudar criticamente e se informar amplamente sobre a gênese e os condicionantes de seus juízos ético-morais. Senão, terão uma visão míope, limitada e, rigidamente, ideologizada; sendo destituídos e privados de uma consciência filosófico-crítica do real porquê defendem tal visão de mundo ou tais posicionamentos ético-morais.

Faz-se urgente e imprescindível que o debate sério, responsável e democrático sobre o abortamento saia das arenas polarizadas das lutas políticas, ou das bolhas midiáticas e estreitas de fóruns e debates movidos a sofismas irracionais de qualidade sofrível. Percebe-se que muitas trocas de posicionamentos sobre o abortamento são movidas por péssimas e sofríveis intenções, seja por qual matriz teórica ou cunho de pensamento sejam nutridas: fanatismo religioso-eclesial, ignorância ideológico-cultural ou ódio político. Deste modo, com uma visão que incorpore as conquistas da biologia e da medicina moderna e num estreito diálogo com o patrimônio ético-moral advindo da cultura histórica milenar da humanidade que está assentada na riqueza do pensamento teológico-filosófico, pode-se encontrar e desfrutar de melhores e frutíferas respostas teórico-práticas que visem a uma melhor qualidade de vida a todas as pessoas envolvidas ou perpassadas pela problemática do abortamento. Afinal, este é o objetivo maior da ciência e das religiões, e deve ser garantido por um efetivo ordenamento jurídico-legal de modo imparcial, e baseado em fundamentos teóricos sólidos, democráticos e racionais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEZERRA, Marcelle Andrízia. Aborto anencefálico e o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito**. v. 12, n. 15, set. 2009. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com/index.php/rdire/article/view/1994>.

Acesso em: 6 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406**. 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde**. 2012. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/ADPF-54-Ementa-ac%C3%B3rd%C3%A3o-extrato-da-ata-e-relat%C3%B3rio.pdf> Acesso em: 19 fev 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde** Voto do Min. Carlos Ayres de Britto. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.12/04/2012c. Informativo do STF n. 661. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF%20e%20interrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20gravidez%20de%20feto%20anenc%C3%A9falo%20-%202026>. Acesso em: 1 abr 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 fev 2022.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. **Compêndio do Concílio Vaticano II**. Constituições, Decretos, Declarações. São Paulo: Loyola, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.989**, de 14 de maio de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. (Publicada no Diário Oficial da União. Brasília, p. 308, 14 maio 2012. Seção 1). 2012 Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1989>. Acesso em: 5 mar 2022.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 4. ed. rev. e ampla. São Paulo: Saraiva, 1998.

CUNNINGHAM, F. Gary et al. **Obstetrícia de Williams**. 24ª edição. Porto Alegre: Mc Graw Hill Bookman, 2015.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Código penal anotado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNGLES, José Roque. **Bioética: Perspectivas e Desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional: esquematizado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1980.

LIMA ARAÚJO, G.; DIAZ LEYVA DE OLIVEIRA, K.; MARTINS LEAL, M.; BATISTA CORRÊA PARENTE, P.; QUINAGLIA E SILVA, J. C. Início da vida: uma visão multidisciplinar pautada na Bioética. **Comunicação em Ciências da Saúde**, [S. l.], v. 29, n. 03, 2019. Disponível em: <http://www.escs.edu.br/revistaccs/index.php/comunicacaoemcienciasdasaude/article/view/298> Acesso em: 3 Abr 2022.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Danda. **O que é o Aborto?** São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. (OEA). Convenção **Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 5 jan 2023.

SILVA, Vera Lúcia Mariani da. **Aborto: uma discussão ética**. 2013. 71 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/786/Dissertacao%20Vera%20Lucia%20Mariani%20da%20Silva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 fev 2023.

SCHOENWOLF, G. C.; BLEYL, S. B.; BRAUER, P. R.; FRANCIS-WEST, P. H. **Larsen Embriologia. Humana**. 4a ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.