

1

ANENCEFALIA¹

BREVES CONSIDERAÇÕES MÉDICAS, BIOÉTICAS,
JURÍDICAS E JURÍDICO-PENAIIS

Alberto Silva Franco

1. INTRODUÇÃO

A anencefalia é a problemática central a ser enfrentada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54. Não se trata, como é evidente, de matéria original. Fetos anencéfalos sempre existiram. Há, no entanto, diferença marcante entre o passado e o presente. Antes, o anencéfalo era conhecido na interrupção espontânea da gravidez ou no ato do nascimento. Agora, meios tecnológicos permitem, em nível de absoluta certeza, denunciar a anencefalia em tempo precoce. A ultrassonografia detecta, até os fins do primeiro trimestre da gravidez, “a ausência simétrica dos ossos da calota”² craniana, ou seja, a acrania, o que autoriza um diagnóstico específico e seguro de anencefalia. A antecipação diagnóstica coloca em discussão – o que não seria se-

¹ O presente artigo é um resumo do trabalho publicado no vol. 833, de março de 2005, da Revista dos Tribunais, p. 399/419.

O artigo foi publicado antes da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 54-08 em 26.11.2008.

² HOOFT, Pedro Federico. Anencefalia e interrupción del embarazo: una visión integradora a la luz de la Bioética y los Derechos Humanos. *Bioética y Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 347/403.

quer imaginável em época anterior – a questão da pertinência ou não, nessa hipótese, da interrupção da gravidez ou indução do parto.

Cuida-se, aqui, de mais uma situação clínica, entre tantas outras decorrentes do desenvolvimento das ciências biomédicas, que provoca profundas transformações em várias áreas do conhecimento humano e exige, ao mesmo tempo, um olhar mais tolerante e aberto para que não se apliquem, a uma realidade científica cada vez mais mutante, posicionamentos jurídicos imobilistas.

2. CONSIDERAÇÕES MÉDICAS

No desenvolvimento embrionário, por volta do décimo oitavo dia, inicia-se a constituição do sistema nervoso com a formação da placa neural.

A superfície do ectoderma se espessa e começa a enterrar-se e dobrar-se sobre si mesma perto da junção do futuro cérebro e da medula espinhal no meio do embrião. As cristas neurais ectodérmicas de cada lado aproximam-se entre si e fundem-se de modo que o tubo enterra-se debaixo da superfície. (...) O tubo neural formará o cérebro e a medula espinhal, os dois componentes do sistema nervoso central e a crista neural originará todos os neurônios cujos corpos celulares estão localizados no sistema nervoso periférico dos nervos, gânglios e plexos.³

Nesse processo de desenvolvimento embrionário, podem ocorrer, no entanto, malformações de maior ou de menor gravidade. Uma delas – por sinal, a mais severa de todas – é a anencefalia. O tubo neural, na sua porção anterior, deve fechar-se por volta do vigésimo quarto dia após a concepção quando o embrião já possui um tamanho da ordem de 4,5mm. Se o fechamento não suceder, apresenta-se uma anomalia embrionária idônea a produzir gravíssimas alterações anatômicas.

Como descreve Mario Sebastiani, “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

³ COCHARD, Larry R. *Atlas de Embriologia Humana de Netter*. Trad. de Casimiro Garcia Fernández e Sonia Maria Lauer de Garcia. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 73 e 74.

hemorrágico e fibrótico”⁴. O quadro do feto anencéfalo não se resume apenas às sequelas já referidas. Inclui ainda:

(...) a falta do hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, com estruturas faciais alteradas, que dão ao anencéfalo uma aparência grotesca, e anormalidades nas vértebras cervicais. Os olhos podem parecer, de um modo geral, normais, mas o nervo ótico, se existente, não se estende até o cérebro.⁵

Bem por isso, tem o feto anencéfalo a aparência de uma rã na medida em que é totalmente carente da calota craniana e da cobertura das estruturas neurológicas restantes, com uma protrusão dos olhos secundada pela ausência do osso frontal que conforma a parte superior da órbita craniana.⁶

É esta aparência que diferencia a anencefalia de outros transtornos que podem ser produzidos também pelo não fechamento do tubo neural e que acarretam outras tantas anomalias graves, como a espinha bífida, com ou sem mielomeningocele. Não obstante os defeitos congênitos já referidos, o feto anencefálico possui, no entanto, o tronco cerebral cuja existência propicia vários reflexos.

Apesar da carência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), o que ocasiona a total impossibilidade do exercício “de todas as funções superiores do sistema nervoso central que se relacionam com a existência da consciência e que implicam a cognição, a vida de relação, a comunicação, a afetividade, a emotividade”, o feto anencéfalo, em razão do tronco cerebral, preserva, de forma passageira, as “funções vegetativas, que controlam, parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal”⁷. Por todas essas graves carências do processo de desenvolvimento embrionário, o anencéfalo guarda, em altíssimo percentual, incompatibilidade com os estágios mais avançados da vida intrauterina e total incompatibilidade com a vida extrauterina.

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

⁵ SEBASTIANI, Mario. *Ob. cit.*, p. 80/81.

⁶ GHERARDI, Carlos e KURLAT, Isabel. *Anencefalia e interrupción del embarazo, Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2000, p.78/82.

⁷ SEBASTIANI, Mario. *Ob. cit.*, p. 639.

2.1 Influência dos critérios definidores de *vida e de morte*

As características unanimemente reconhecidas, em nível médico, desencadeiam, no entanto, uma discussão acirrada acerca de sua exata qualificação em face dos conceitos de vida e de morte.

A existência do tronco cerebral no anencéfalo e o registro de atividades desse tronco bastariam para excluir a noção de morte cerebral, conforme o *whole brain criterion*? Ou a falta dos hemisférios cerebrais e do córtex e a plena certeza da morte após o nascimento confirmariam que o anencéfalo não se enquadraria na condição de ser vivo?

Nenhuma tomada de posição mostra-se adequada se não se partir de uma consideração básica: vida e morte constituem um processo contínuo, gradual e complexo, não um episódio isolado e, como um processo, têm um desenrolar encadeado no tempo. É evidente, assim, que o conceito de vida ou de morte se insere num dado momento desse desenvolvimento biológico, mas aí não se cuida mais de um conceito de biologia ou de medicina e, sim, de algo que ultrapassa esses limites e chama à colação a filosofia, a ética, a lei e a própria sociedade. Diego Gracia, citado por Carlos Gherardi⁸, salienta, com inteira propriedade, que:

(...) a morte é um fato cultural, humano. Tanto o critério da morte cardiopulmonar, como o da morte cerebral e o da morte cortical são construções culturais, mas que não se identificam diretamente com a morte natural. Não há morte natural. Toda a morte é cultural. E os critérios da morte também o são. É o homem quem diz o que é a vida e o que é a morte. E pode ir mudando sua definição desses termos com o transcurso do tempo. Dito de outro modo: o problema da morte é um tema sempre aberto. É inútil pretender encerrá-lo de uma vez por todas. A única coisa que se pode exigir é que explicitemos as razões das opções e que atue-mos com suma prudência. Os critérios da morte podem, devem e têm que ser racionais e prudentes; não podem nunca aspirar que sejam certos.

⁸ GHERARDI, Carlos. La muerte cerebral: una mirada crítica y reflexiva, em GARAY, Oscar. La responsabilidad profesional de los médicos. *Bioética, Ética, Jurídica civil y penal*. Buenos Aires: La Ley, 2001. Disponível em: <<http://www.medicoecuador.com>>, p. 10.

Ora, desde o informe de 1968, do Comitê da Escola de Medicina de Harvard, o coração deixou de ser o órgão central da vida, e a falta de batimentos cardíacos, a representação da morte. Elegeu-se, em substituição, o cérebro, de forma que a morte passou a ser definida como a abolição total da função cerebral (*whole brain criterion*), o que “importa a perda da função integradora do organismo como um todo, por parte do sistema nervoso central e inclui o comprometimento de todo o encéfalo, do tronco encefálico e de outras funções neocorticais”⁹. A partir da nova definição de morte, estabeleceu-se um limite na assistência dada a pacientes, propiciando um inquestionável progresso na área da transplantação. Na prática, adotou-se a retirada do suporte vital respiratório no tocante a determinados pacientes em estado crítico, desde o momento em que foi dado como morto, do ponto de vista cerebral. Entre 1968 e os anos iniciais do terceiro milênio, as novas tecnologias na área da biomedicina demonstraram, de forma irrefutável, que o conceito de morte cerebral ou encefálica não possuía o nível de segurança desejável e, mais do que isso, dava causa a ponderáveis dúvidas sobre sua legitimidade. Comprovaram-se casos em que, com “a manutenção da respiração mecânica em pacientes com diagnóstico firme de morte cerebral, persistiram sinais vitais (circulação, respiração, diurese, concepção materna, regulação hormonal) durante meses e até anos”¹⁰, de sorte que não encontra sustentação, na atualidade, “uma justificação biológica da morte cerebral sob argumento da perda irreversível da função cerebral completa”¹¹. Desfez-se, então, a plena identificação da morte com a morte cerebral. Esta, em verdade, serve apenas como um diagnóstico clínico ou, mais precisamente, como um critério a partir do qual se admite a abstenção ou a interrupção de suporte vital para efeito de transplante. Não é, e nem nunca será, um método seguro de confirmação da morte.

⁹ MARTÍNEZ, Stella Maris. La incorporación de la reflexión bioética a las decisiones judiciales: un puente al futuro. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000/B, p. 663.

¹⁰ GHERARDI, Carlos. La muerte cerebral. Um permanente debate. *Reflexiones sobre un simposio internacional*, Cuadernos de Bioética, n. 0, Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, p. 132.

¹¹ GHERARDI, Carlos. La muerte cerebral: una mirada crítica y reflexiva. *Ob. cit.*, p. 10.

O avanço no conhecimento neurofisiológico não permitiu encontrar um exame que delimite uma fronteira nítida entre a vida e a morte neurológica (funções corticais e troncais) de sorte que os testes diagnósticos de morte cerebral tendem com o passar dos anos a ser mais clínicos do que instrumentais.¹²

Além disso, – o que é mais sério ainda – nas décadas de setenta e oitenta, foram detectados, em razão de novas tecnologias, quadros clínicos intermediários nos quais há diversificação no grau de lesão do sistema nervoso, como se dá, por exemplo, no estado vegetativo permanente (EVP) ou na anencefalia. Ambos têm em comum:

a) o estado permanente de inconsciência; b) respostas reflexas à dor, sem a possibilidade de experimentar sofrimento¹³; c) ciclos de sono e vigília, embora praticamente não se observem nos anencéfalos. Não obstante, distinguem-se: a) a anencefalia é uma malformação embrionária e o EVP é um estado adquirido; b) a extensão da malformação neurológica é fácil e convincentemente observável no exame clínico, o que não ocorre geralmente no EVP; c) a anencefalia pode ser diagnosticada com certeza enquanto que o EVP apresenta maiores dificuldades; d) os pacientes em EVP costumam ter ampla sobrevida; se o anencéfalo chega a nascer, seu tempo de vida é muito breve.¹⁴

Embora possam ser identificados alguns dados aproximativos entre a anencefalia e o EVP, força é convir que há diferenciações bastante significativas nesses quadros clínicos. Além disso, há na anencefalia um *plus* que lhe dá uma configuração especial e autônoma. Ao contrário de quem se encontra em estado vegetativo permanente, o anencéfalo não tem o próprio cérebro (hemisférios cerebrais e córtex), o que exclui a possibilidade de se adotar relativamente a ele o critério da morte cerebral mesmo que tal critério, apesar das restrições que lhe são movidas, tenha embasamento legal. Seria um verdadeiro

¹² GHERARDI, Carlos. Ob. cit. O autor relata ainda a controvérsia ocorrida na Inglaterra entre médicos de terapia intensiva e anestesistas sobre a aplicação ou não da anestesia ao doador (morto cerebral) para efetuar-se a ablação de órgãos (p. 4).

¹³ SEBASTIANI, Mario. Ob. cit., p. 80.

¹⁴ BAVIO, Paula Siverino. *Algunas cuestiones éticas y legales sobre la anencefalia*. Disponível em: <http://revista.persona.4t.com/19Bavio.htm>, p. 3.

contrassenso reconhecer a morte cerebral de quem não tem, materialmente, cérebro. Não há como conciliar o conceito de morte cerebral, articulado em 1968, à situação do anencéfalo, cuja ausência de equipamento cerebral pode ser, na atualidade, detectada desde os meses iniciais da gravidez. Como comprovar a cessação irreversível das funções integradoras do cérebro como um todo, se esse *todo* inexistente no anencéfalo? Como qualificá-lo, em face do funcionamento primitivo de seu sistema nervoso, no diagnóstico de morte cerebral?

A situação do anencéfalo não se acomoda, neurofisiologicamente, ao *whole brain criterion*, o que requer a busca de outro, e mais adequado, critério identificador da morte. Dá-se, então suporte à teoria da morte neocortical (*high brain criterion*)¹⁵.

(...) que abandona completamente o sentido puramente biológico da vida e prioriza em seu lugar os aspectos vinculados à existência da consciência, afetividade e comunicação, como expressão de identidade da pessoa. Seguindo esta linha de pensamento, a teoria da identidade pessoal de Wikler defende o *high brain criterion* considerando deste modo, como razões espúrias, a justificação biológica, pretensamente inobjetable, da morte cerebral. Quando a consciência fica totalmente abolida, como no EVP, a pessoa desaparece ficando em seu lugar o corpo biológico que a albergou.¹⁶

Ora, se esse raciocínio guarda pertinência e validade em relação à pessoa já nascida que se acha em estado vegetativo permanente, o que dizer em relação ao feto anencéfalo, que não tem, por motivo de sua patologia embrionária:

[a] capacidade de autoconstruir-se, de ser-em-si e em relação aos outros, de dar-se a si mesmo um destino, um plano pessoal para

¹⁵ GHERARDI, Carlos e KURLAT, Isabel (ob. cit., p. 640) acentuam que “a anencefalia é o equivalente do EVP em crianças e em ambos os casos nunca se concretizam as condições da morte encefálica por ausência de lesão no sistema reticular ativador do tronco cerebral. A partir do ponto de vista bioético, esses quadros dão sustentação à hipótese de morte neocortical (critério cerebral superior, *high brain criterion*), presente naquelas situações, como o EVP, em que se afeta os centros corticocerebrais superiores com normalidade do tronco cerebral”.

¹⁶ GHERARDI, Carlos. Ob. cit., p. 6.

o qual é imprescindível a autoconsciência? (...) O feto anencefálico carece das potencialidades que caracterizam e justificam a proteção/inviolabilidade da vida humana em formação: *não seria ato, nem potência*.¹⁷

Bem por isso se mostra correta a afirmação de que o feto anencefálico, um projeto embriológico falido, “não é um processo de vida, mas um processo de morte”. Não se está diante de um *nascituro*; antes de um *morituro*¹⁸. Destarte, os pacientes em estados neurológicos intermédios – e, em particular, na anencefalia – que não atendem aos requisitos da morte cerebral, mas se enquadram na perspectiva da morte neocortical, não podem ser considerados como *tecnicamente* vivos.¹⁹

2.2 Riscos à vida da gestante

Resta, ainda, sob a angulação médica, verificar se a anencefalia diagnosticada provoca riscos à saúde da mulher no caso de se dar seguimento à gestação. Do ponto de vista físico.

(...) a anencefalia aumenta significativamente, o risco da gravidez e do parto para a gestante, por várias causas. Entre elas, menciona-se o fato de estar acompanhada amiúde (entre 30 e 50% dos casos) de polihidrâmnios com todas as complicações deles decorrentes (dificuldade respiratória, hipotensão em decúbito dorsal, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, desligamento normoplacentário, atonia uterina pós-parto, etc). Comprovou-se, além disso, que os fetos podem ser grandes – macrossomia fetal – e a ausência de pescoço e o tamanho pequeno da cabeça fazem com que o tronco tenda a penetrar no canal do parto junto da cabeça, provocando assim uma grave distocia.²⁰

Não obstante o aumento real desses riscos, não há cogitar que a vida da gestante esteja em jogo.

¹⁷ BAVIO, Paula Siverino. Ob. cit., p. 9.

¹⁸ BAVIO, Paula Siverino. Ob. cit., p. 4.

¹⁹ DINIZ, Débora. *O luto das mulheres brasileiras*. Disponível em: <www.febrasgo.org.br/anencefalia3htm>. A autora acentua que “uma pessoa sem atividade cerebral está morta, tanto que é possível com o coração batendo e o sangue fluindo, a retirada de órgãos para transplante. Um feto anencefálico não tem córtex cerebral, portanto, é um feto sem atividade cerebral.”

²⁰ HOOFT, Pedro Federico. Ob. cit., p. 354.

Vale, contudo, acentuar que o conceito de saúde, enquanto direito fundamental tutelado em nível constitucional (art. 196, da CF), não se limita apenas à saúde física. A Organização Mundial da Saúde define a saúde como “o estado de completo bem estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”²¹. Ora, é inquestionável, na hipótese da anencefalia, que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos. O diagnóstico da anencefalia já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiá-la e a seu núcleo familiar. São evidentes as sequelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável. Essa morte certa, que não se permite abreviar no tempo, constitui uma condenação imerecida da mulher grávida e a abolição do exercício de sua autonomia de vontade. Obrigá-la a carregar, em seu ventre, um ser morto, porque deixará de existir se dela desconectado, constitui ainda uma ofensa à sua dignidade de mulher, de mãe, enfim, de pessoa humana.

3. CONSIDERAÇÕES BIOÉTICAS

As novas tecnologias, na área biomédica, possibilitam que, nos primeiros meses de gestação, a mãe possa dispor de uma informação que, em época anterior, não lhe era acessível: seu útero abriga um feto anencéfalo. Essa situação inteiramente nova coloca em linha de colisão dois valores relevantes: de um lado, o direito da mãe de preservar sua saúde física, psíquica e social, e também, sua autonomia de vontade; e, de outro, o direito à vida de um anencéfalo. Como equacionar, do ponto de vista bioético, o impasse? A solução obriga a uma prévia explicitação de cada um dos valores em conflito.

A gravidez não é um episódio desimportante na vida de uma mulher. É algo que lhe acarreta a transformação total de seu ser. “Estar grávida não é pois assunto trivial. Nem enfermidade, nem assunto de órgão corpóreo: é uma situação existencial-limite que coloca a mulher diante do supremo mistério de ser um e ser com outro. Desta forma, o

²¹ LILIE, Hans. Aborto eugenésico. Em: *Biotecnología y Derecho*. Perspectivas en Derecho Comparado. Bilbao-Granada: Publicaciones de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Editorial Comares, 1996, p. 175.

embrião aparece para a mãe como um ser-outro-formando-se-dentro-do-corpo materno”²², ou melhor, ser outro na própria mulher. Só em uma perspectiva intensamente machista poder-se-ia afirmar que essa *duplicação* não acarreta alteração na mulher e que, portanto, não há cogitar, mesmo nas condições de normalidade da gestação, que sua saúde física ou psíquica não seja afetada. O que dizer-se, então, quando o ser gerado nas entranhas da mulher é um anencéfalo?

O feto anencéfalo apresenta uma patologia de caráter embriológico, que não lhe dá chance alguma de vida extrauterina. Sua perspectiva de sobrevivência, fora do claustro materno, equivale a zero. Trata-se, portanto, de um feto inviável, partindo-se da ideia de que viabilidade se conecta direta e imediatamente com a possibilidade de vida extrauterina. O anencéfalo será inviável em qualquer momento do processo gestacional e se isso encontra base científica indesmentível, não há como protegê-lo da irreversível condenação à morte. Quer sua expulsão do ventre materno se dê nos meses iniciais da gestação, quer esta chegue a seu termo, o resultado será sempre igual, ou seja, a morte do anencéfalo em razão do defeito neurológico que lhe é intrínseco.

Além disso, se ocorrer o nascimento do anencéfalo, “não receberá ele nenhuma manobra médica de reanimação, nem nenhum procedimento de suporte vital, em virtude da inocuidade de qualquer medida”²³. Os métodos de suporte vital, nos casos de pacientes em estado crítico, pressupõem duas circunstâncias essenciais (a esperada reversibilidade e a possível transitoriedade) de detecção nem sempre de fácil previsibilidade e valoração. No anencéfalo, no entanto, não há cuidar de reversibilidade e de transitoriedade: a falta do aparato cerebral evidencia que o emprego da tecnologia médica de suporte não permite esperar que o feto reverta seu processo de morte e que substitua a realidade de um estado permanente por um estado possível de transitoriedade vital. Nada realmente justifica o emprego de recursos tecnológicos para tornar viável o que não dispõe congenitamente de viabilidade.

²² AGUILAR, Pámela Chavez. Consideraciones acerca de la condición de la madre embarazada. Em: *Bioética: entre utopias e desarraigos*, ob. cit., p. 376/385.

²³ GHERARDI, Carlos e KURLAT, Isabel. Ob. cit., p. 642.

O argumento de que todos nascem para morrer e que, por isso, o feto anencéfalo não destoa da regra geral, está longe de ser um argumento válido. Trata-se, na realidade, de um truísmo dispensável. Ninguém escapa do processo da morte que é certa e inquestionável. Mas dela não se pode cogitar sem seu antecedente lógico: a vida. Todos nascem para morrer. Entre o nascer e o morrer existe, no entanto, um processo vital que flui no tempo e que não pode ser desconsiderado por seu inafastável desfecho. “Vida não só significa duração; à vida pertencem saúde, bem-estar, felicidade. Doença significa morte; saúde significa vida” (Nm 21, 8; Mc 5, 23; Jó 4, 50). “Daí também provém a afinidade de sentido entre vida e luz” (Sl 27, 1; 36, 10; Jó 3, 20), “entre vida e paz” (Pr 3, 2), “vida e felicidade” (Pr 19, 8; Dt 8, 1), “vida e habitar na terra prometida” (Dt 4, 1; 5, 30). “Vida não é só pressuposto, mas soma de todos esses bens”.²⁴ Na anencefalia, não há o pressuposto da vida; só da morte.

A mãe gestante, a partir do momento em que tem ciência de que alberga, no seu ventre, um anencéfalo, não desconhece o evidente aumento dos riscos físicos do processo de gravidez, nem as consequências psíquicas da manutenção da gestação, ou ainda os reflexos familiares dessa situação. Resulta, assim, inafastável, diante dos agravos à sua saúde física, psíquica e social, o seu direito de optar pela manutenção ou não do anencéfalo. Ao exercitar esse direito, faz uso, na sua plenitude, do princípio constitucional, da liberdade e da autonomia da vontade. Impor-lhe o dever de acolher em seu útero até o termo da gravidez, um feto definitivamente inviável, constitui um cerceamento brutal e flagrante àquele princípio.

Destarte, com inteira razão, Stella Maris Martínez acentua que, na hipótese de a mãe gestante optar pela interrupção da gravidez ou pela antecipação do parto, os quatro princípios (autonomia, justiça, beneficência e não maleficência), que sedimentam a Bioética, se fazem presentes.

Ao aceitar-se a manifestação da gestante, respeitou-se a *autonomia* de quem, livre e devidamente informada, deu a solução que considerava mais adequada para si mesma e para seu grupo familiar. O princípio de *justiça* alude à proporcionalidade das con-

²⁴ SCHMITT, E. *Dicionário de Teologia Bíblica*, p. 1141/1146.

tribuições das partes, à equidade. No caso, desafortunadamente, a ciência médica somente podia efetuar sua contribuição para aliviar o dano de que padecia a gestante, uma vez que nada podia fazer, nem nesse momento nem em qualquer outro, para otimizar as possibilidades de sobrevivência do *nasciturus*. Sob este ângulo, o justo é dar ajuda à única pessoa que pode ser auxiliada. O princípio da *beneficência* versa sobre a realização de um bem. Adotar a solução reclamada por quem a pleiteia era autorizar um bem que não apenas atingia a quem solicitava, mas também a todo um grupo familiar que, com ela, padecia. Desconsiderar seu pedido entraria em colisão com o princípio da *não-maleficência*, já que, indubitavelmente, lhe causaria um sensível prejuízo. A partir da ótica do anencéfalo, não se violava o princípio da não-maleficência na medida em que o adiantamento do parto não aumentava as possibilidades de um desenlace fatal, que era uma conseqüência inevitável de sua gravíssima patologia.²⁵

É evidente que a manifestação de vontade da mãe, portadora de feto anencéfalo, no sentido de pôr fim à sua gravidez, não pode ser imposta por ninguém, muito menos pelo Estado. Isso significa que cada mulher, no exercício de seu direito de liberdade e da sua autonomia de vontade, desde que devidamente informada, pode adotar qualquer direção. Tanto pode legitimamente optar pela expulsão do anencéfalo como pode querer levar a gravidez a termo. Do ponto de vista ético, uma e outra hipótese merecem respeito. O que não pode ser admitido, é que o Estado, a qualquer título, possa impedir à mulher o exercício do seu direito de opção.

Por outro lado, não encontra também nenhum fundamento ético a posição dos que defendem que a mãe gestante deva levar a gravidez a termo para que o anencéfalo possa doar seus órgãos. Ninguém ignora que a anencefalia está associada a outras anomalias também graves, o que põe em xeque a prestabilidade dos órgãos do anencéfalo para o processo de transplante. Não se desconhece também que a falta de suficiente oxigenação dos tecidos e a possibilidade de infecções oportunistas criam obstáculos praticamente insuperáveis para qualquer tipo de transplante. Além disso, como observa Débora Diniz, dois outros argumentos se mostram pertinentes na matéria. Não há “demanda reprimida por órgãos de recém-nascidos” e não há “tecnologia

²⁵ MARTÍNEZ, Stella Maris. Ob. cit., p. 663.

segura para realizar o transplante”, inexistindo, no País, confirmação desse tipo de transplantação. Ademais, diante da impossibilidade concreta dessa doação, coloca-se para a mulher gestante, como única possibilidade, a de sepultar o filho destinado a servir de doador. “O dever de gestação se converte no dever de dar a luz a um filho para enterrá-lo.”²⁶

Mas o que é pior: coisifica a mulher. Transformá-la em mera pessoa encubadora de feto anencéfalo no aguardo do transplante de órgãos atenta contra a dignidade da sua condição de mulher.

“Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa” (...). Cuida-se aqui do “primeiro e fundamental princípio da ética laica contemporânea: aquele com base no qual nenhuma pessoa pode ser tratada como coisa, pelo que qualquer decisão heterônoma, justificada por interesses alheios aos da mulher, equivale a uma lesão do imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como *meio* para fins a si alheios, mas apenas como fim de si mesma”.²⁷

Instrumentalizar a mulher grávida, tornando-a apenas um corpo útil para gestar um feto anencéfalo a fim de que este forneça órgãos ou tecidos a terceiros necessitados é algo que ofende aos mais comensuráveis princípios éticos.

4. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS

A anencefalia constitui, sem nenhuma margem de dúvida, o ponto de confluência de questões das mais variadas vertentes. Nessa encruzilhada, como definir a interrupção da gestação ou a antecipação do parto do anencéfalo? Um comportamento que não encontra abrigo na moral e que, portanto, deve ser proibido pelo direito? Ou um pecado que deve ser punido como crime? Num ou noutro questionamento, o direito tem de ser obrigatoriamente chamado à colação.

²⁶ DINIZ, Débora. Ob. cit., p. 2.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. *Revista do Ministério Público*. Lisboa. n. 94, abr./jun. 2003, p. 22.

A análise da anencefalia, a partir da perspectiva jurídica, exige que se tome em consideração a ideia básica de que o discurso jurídico está em cumplicidade estreita com o modelo de Estado adotado. Ora, num Estado Social e Democrático de Direito, de caráter laico, com compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana, com a cidadania e com o pluralismo político, não há razão justificadora para confundir questões jurídicas com questões morais. “O Direito não é – não deve ser, pois a razão jurídica não o permite, nem a razão moral o pretende – um instrumento de reforço da moral. O seu objetivo não é o de oferecer um braço armado à moral, ou melhor, dada a existência de várias concepções morais na sociedade, a uma determinada moral”.²⁸ Destarte, o direito e a moral devem formar sistemas distintos.

Todos estamos submetidos ao mesmo direito: é uma condição da igualdade e, antes ainda, da certeza e do próprio papel normativo do direito. Ao contrário, nem todos temos, e nem sequer devemos ter numa sociedade liberal, as mesmas opiniões, ou crenças, ou valores morais ou culturais (...), o Estado não tem, portanto, de se meter na vida moral dos cidadãos, defendendo ou impedindo estilos morais de vida, crenças ideológicas ou religiosas, opções ou atitudes culturais. O seu dever é apenas o de garantir a igualdade, a segurança e os mínimos vitais. E pode fazê-lo através do estabelecimento e da garantia, no pacto constitucional, dos direitos fundamentais de todos os cidadãos: a começar pelos direitos de liberdade, que equivalem a outros tantos direitos à própria identidade cultural, quer seja ela homogênea ou diferente, majoritária ou minoritária e até liberal ou antiliberal. É precisamente nesta sua neutralidade moral, ideológica e cultural e, portanto, na sua não-invasão da vida privada das pessoas a não ser para proibir condutas que prejudiquem terceiros, que reside a laicidade do direito e do Estado liberal.²⁹

Assim, a expulsão do anencéfalo do útero da gestante poderá, para alguns, traduzir-se em um comportamento moralmente reprovável, mas isso não será razão suficiente para justificar uma proibição jurídica. Entretanto, se o direito intervier para efeito de normatizar essa situação fática, é indúvidoso que se passa a aceitar:

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.*, p. 11.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.*, p. 11 e 12.

(...) três categorias de sujeitos de direito: os homens e as mulheres que já nasceram aos quais se reconhece a máxima proteção que pode proporcionar uma ordem jurídica; as pessoas por nascer às quais se atribui um grau de proteção menor do que o outorgado ao grupo anterior e, finalmente, as mulheres gestantes que, por essa condição, devem sofrer uma restrição injustificada de seus direitos cada vez que sua vida ou sua saúde entrem em conflito real ou hipotético com o ser que trazem em seu ventre.³⁰

Vale lembrar que, no caso de anencefalia, não há cogitar de conflito algum.

Por outro lado, a invocação à proteção de Deus, no ato de promulgação da Lei Magna, não significa que a República Federativa do Brasil se tenha transformado em um Estado teocrático. A Constituição Federal explicitou claramente, em diversos tópicos, o caráter não confessional do modelo estatal escolhido. No preâmbulo, onde consta a invocação já referida, o legislador constituinte deixou devidamente consignado que o Estado Democrático se destina a assegurar o exercício dos direitos individuais, da liberdade, da igualdade e da justiça como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Mas não é só.

A garantia do caráter laico do Estado Social e Democrático de Direito ficou ainda mais marcante com o texto do art. 5º, que reconheceu a igualdade de todos “sem distinção de qualquer natureza” e, em particular, com a redação dada ao inciso VI desse mesmo artigo: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. A esta norma constitucional acrescentou-se ainda outro inciso do art. 5º, no qual ficou assegurado “que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”, ressalvada a hipótese de objeção de consciência. O Estado brasileiro não é sujeitável, portanto, a nenhuma religião e, por isso, não se pode admitir que princípios religiosos disciplinem o seu atuar. Cada brasileiro é inteiramente livre para adotar a religião que lhe aprouver, mas não

³⁰ MARTÍNEZ, Stella Maris. *Ob. cit.*, p. 663.

poderá exigir que o Estado faça valer, em relação a quem não tiver a mesma crença, os fundamentos de sua fé religiosa. Estado e Religião estão, portanto, totalmente apartados por um muro que “favorece a igualdade entre os crentes e os não crentes, entre santos e libertinos, entre os redimidos e os condenados: todos são igualmente cidadãos e possuem o mesmo conjunto de direitos constitucionais”³¹. Transpor esse muro seria, como afirmou Walzer, citando Locke, “revolver o céu com a terra”; mesclar dimensões que não têm um processo tranquilo de acomodação e correr o risco da própria tirania, na medida em que se objetiva impor aos não crentes os parâmetros de conduta religiosa própria dos crentes.

Ora, entender que o dano psíquico padecido por mulher grávida, portadora de anencéfalo, não merece especial atenção porque nenhum ser humano está isento, enquanto vivo, de sofrer, e que o sofrimento está na raiz da condição humana, o qual, ao invés de degradá-la, a engrandece, constitui, sem dúvida, uma postura religiosa que merece respeito, mas que não pode ser traçada como regra a ser seguida por todas as mulheres. Suportar o sofrimento como ato de purificação da alma tem incontestável convicção cristã.³² É evidente que não cabe ao direito a pretensão de extirpar da existência humana todas as formas de sofrimento, mas não é menos evidente que não lhe incumbe impô-

³¹ WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia*. Trad. Heriberto Rubio, México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 256.

³² “Se ‘sofrermos com ele’, é para sermos também glorificado com Ele (Rm 8, 17), se ‘nós levamos sempre em toda parte em nosso corpo os sofrimentos mortais de Jesus’, é ‘a fim de que a vida de Jesus seja também manifestada em nosso corpo’ (2Co 4, 10). ‘O favor de Deus que nos foi dado [é] não só cremos em Cristo, mas sofrermos por ele’ (Fp 1, 29; At 9, 16; 2Co 11, 23-27). Do sofrimento suportado com Cristo nasce não só ‘o peso eterno de glória preparado além de toda a medida’ (2, Co 4, 17; cf. At 14, 21) depois da morte, mas, desde hoje, a alegria (2Co 7, 4; cf 1, 5-7). Alegria dos Apóstolos que fazem em Jerusalém sua primeira experiência e descobrem a ‘alegria de ter sido julgados dignos de sofrer ultrajes pelo Nome’ (At 5, 41); apelo de Pedro à alegria de ‘participar dos sofrimentos de Cristo’ para conhecer a presença ‘do espírito de Deus, espírito de Glória’ (IP 4,13s); alegria de Paulo, ‘nos sofrimentos que suporta’ de poder ‘completar em [sua] carne o que falta às provações de Cristo pelo seu corpo e pela Igreja’ (CI 1,24)”. (VOIGT, Frei Simão (Trad.). *Vocabulário de Teologia Bíblica*, 2. ed., 1977, p. 989, verbete: Sofrimento).

las. Além disso, não há fugir à inafastável diferença entre sofrimento voluntário e sofrimento involuntário. “Obrigar uma mulher a manter a gestação de um feto anencéfalo é um ato de sofrimento involuntário imputado pelo Estado às mulheres. As poucas mulheres que, por convicções religiosas ou morais, desejarem manter a gestação experimentarão o sofrimento voluntário.”³³ E esse, sem dúvida, em nível religioso, tem inquestionável validade. Não há cogitar, no entanto, que esse sofrimento se repercuta sobre gestantes que não têm fé, que não estão presas a dogmas religiosos ou cuja religião não se confunde com o cristianismo. O discurso jurídico, em sentido contrário.

sustenta, difunde e projeta a imagem do sistema patriarcal, que torna invisíveis as discriminações. Este discurso jurídico expressado tanto nos procedimentos judiciais, como nos fundamentos doutrinários e nas argumentações dos (as) juízes (as), está impregnado de valorações relativas ao sistema de subordinação e hierarquia sociais entre os gêneros.³⁴

Mas o que, em matéria de anencefalia, seria pertinente à área jurídica, excluídos os círculos da moral e da religião? Por óbvio, é tarefa indiscutível do direito assegurar à gestante de anencéfalo o seu direito de decidir pela manutenção ou não do processo de gravidez. Essa opção encontra assento em regras constitucionais bastante explícitas, tais como o direito à liberdade, em seu sentido mais amplo, o direito à autonomia da vontade, o direito à saúde e, sobretudo, o direito à dignidade da pessoa humana. Além disso, não se pode olvidar que o Estado Democrático e Social de Direito pressupõe a realidade de uma sociedade plural. Toda vez em que se tenta romper o muro de separação entre direito e moral, ou entre direito e cultura, ou entre direito e religião, o princípio fundante do pluralismo político (art. 1º, V, da CF) passa por sério perigo de deterioração, e, por via de consequência, o mesmo ocorre com o próprio princípio da dignidade humana. Ora, “todas as pessoas são iguais em dignidade, merecendo igual consideração e respeito (...) Os integrantes de uma minoria de qualquer classe (étnica, cultural, racial, religiosa, sexual, etc.) não podem sofrer dis-

³³ DINIZ, Débora. *Ob. cit.*, p. 2.

³⁴ MARTINEZ, Stella Maris. *Ob. cit.*, p. 663.

criminação pelo fato de ser cada um ‘o que é’, ‘quem é’, ‘como é’, nem por que essa mesmice pessoalmente sua o faça diferente do resto”.³⁵

Não serve o argumento de que se deva entender o pluralismo a partir do conceito restrito do adjetivo “político” que lhe é aderido. A área de significado do “político” deve ser bem mais expressiva e expansiva. Conforme Ricouer, “o político aparece como o espaço por excelência para o sucesso das potencialidades humanas. O meio pelo qual exerce essa função é antes de tudo o que Hannah Arendt chamava de *espaço público de aparição*”.³⁶ Pluralismo político, considerado nessa perspectiva, quer dizer sociedade pluralista, tal como refere o preâmbulo da Constituição Federal. A opção do legislador constituinte por uma sociedade pluralista “significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O problema do pluralismo está precisamente em construir o equilíbrio entre tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade com o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis”.³⁷

Resta, por fim, ainda no campo do direito, pôr em destaque o papel que o julgador deve exercer em uma sociedade plural, em defesa dos princípios fundantes de um Estado Democrático e Social de Direito. Não lhe cabe, mercê de sua atuação, colocar, em plano prioritário, em lugar desses princípios, seu código particular de valores. A utilização desse código, em detrimento dos interesses de pessoas concretas, de carne e osso, provoca danos dificilmente reparáveis. A tarefa judicante revela-se mais desastrosa ainda se pretender que o fato seja punido penalmente só porque o considera imoral ou ofensivo a seus dogmas religiosos. No caso da anencefalia, por exemplo, a utilização do direito penal, como instrumento de reafirmação de valores morais ou religiosos, não leva a nada a não ser a imposição às mulheres de sacrifícios e sofrimentos desnecessários.

³⁵ HOOFT, Pedro Federico. *Transexualidad: la imperiosa necesidad de brindar una ‘solución humana’ a un ‘problema complejo’*. Em: *Bioética: entre utopias y desarraigados*. Ob. cit., p. 285/292.

³⁶ RICOEUR, Paul. *Lo Justo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 35.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 143.

5. CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-PENAIIS

Embora o aborto faça parte do rol de tipos compreendidos entre os crimes contra a vida, é necessário que se trace uma linha demarcatória bem visível entre ele e o homicídio. Não há confundir os dois bens jurídicos tutelados. De um lado, a vida humana intrauterina. De outro, a vida humana fora do ventre materno. Essas diferenças encontram ressonância na extrema diversidade do *quantum* punitivo cominado para uma e outra dessas figuras criminosas e, ainda, no fato de que o aborto não admite a modalidade culposa. Ademais, há uma peculiaridade especial no aborto, ou seja, a circunstância de ocorrer uma *duplicidade na unidade*, ou seja, a mulher (autora ou vítima) é portadora do bem jurídico (vida intrauterina) e também é titular de direitos próprios.³⁸

A legislação penal brasileira não definiu, de forma expressa e pormenorizada, o tipo objetivo do aborto, ou seja, os elementos configuradores desse fato criminoso. “Provocar” é o verbo indicador da ação criminosa e se trata de verbo comum aos tipos dos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal. Como tal, provocar não se traduz, em si mesmo, em uma conduta carregada de ilicitude, como seria o caso dos verbos matar, subtrair, caluniar, injuriar, etc., e por isso exige complementação. Destarte, a estrutura típica só se torna definível com a referência explícita ao objeto direto do comportamento criminoso, ou seja, ao vocábulo “aborto”, cuja área de significado e de extensão deve ser preenchida logicamente a partir da configuração do bem jurídico tutelado. Cuida-se, aqui, de elemento normativo do tipo e, portanto, necessitado de valoração. A esses dados tipológicos, acrescentam-se no autoaborto a mulher grávida como sujeito ativo e, nas demais hipóteses, a mulher gestante enquanto concorda ou dissente das manobras abortivas.

Embora o legislador tenha sido avaro na descrição típica, força é convir que a ideia de aborto faz pressupor a existência de vida humana intrauterina, representada por um pré-embrião, por um embrião ou por feto; a intervenção, por qualquer meio, nessa vida em formação, com a morte resultante dos atos interventivos.

³⁸ CUNHA, J. M. Damião da. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 149.

Discutir em qual momento do desenvolvimento da vida intrauterina deve recair a tutela penal, é matéria extremamente controversa. Há divergências significativas sobre o início da vida humana (o momento da concepção, o momento da nidação, o momento da formação da crista neural, ou ainda o momento em que a mãe, por ato de vontade, encara o feto como pessoa e, então, lhe confere essa qualidade³⁹). Tal questionamento, porém, não vem a pelo para efeito da problemática da anencefalia.

O embrião ou o feto, na anencefalia, estão, em razão de um processo patológico no desenvolvimento embrionário, irreversivelmente condenados à morte, configurando-se, no caso, o critério da morte neocortical. Como ressalta Hooft, “a vida biológica, controlada principalmente pelo tronco cerebral, ‘não é unicamente humana, porque comparte suas características com os não-humanos’. A conclusão deste raciocínio é que a vida biológica é condição *necessária*, mas não *suficiente* para a vida humana”.⁴⁰ Não há, em consequência, vida humana intrauterina a ser protegida no caso da anencefalia. Além disso, as intervenções efetuadas, quer no processo gestacional, quer na antecipação induzida do parto, não visam a morte do embrião ou do feto, mas pura e simplesmente pôr cobro ao sofrimento da mãe gestante, evitando o agravamento de sua saúde psíquica. Ademais, não há como relacionar a expulsão do embrião ou do feto ou a aceleração do parto ao resultado morte, uma vez que a intervenção executada não foi a causa direta ou imediata da morte, mas mera ocasião para que esta se mostre visível a todos. A malformação física obsta ao embrião ou ao feto que tenham condições de ter vida própria fora do ventre materno.

Destarte, embora em ambos os casos – aborto e anencefalia – se possa cogitar de interrupção do processo gestacional, é indubitável que faltam à anencefalia os elementos que denunciam o tipo do aborto, sobretudo o reconhecimento prévio da existência de vida humana intrauterina. Trata-se, portanto, de caso de pura atipia.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.*, p. 16.

⁴⁰ HOOFT, Pedro Federico. *Bioética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, p. 92/93.

Vale enfatizar que, nos casos da gravidez molar e da gravidez extrauterina, o ato interruptivo é consensualmente excluído das hipóteses de aborto. Como observa Luiz Regis Prado, no primeiro caso, trata-se de “um produto conceptivo degenerado, inapto a produzir uma nova vida”; no segundo caso, “o embrião não se desenvolve na cavidade uterina” e a progressão da gravidez pode conduzir “à ruptura da trompa e a casos de grave hemorragia, capazes de produzir a morte da gestante”⁴¹. Não é diverso o pensamento de Pedro Federico Hooft, ao asseverar que “não existiria uma situação substancialmente distinta da apresentada nos casos de remoção de uma gravidez ectópica ou quando se deve intervir cirurgicamente no útero da mulher gestante devido a uma afecção oncológica, ato médico que inexoravelmente terá como consequência a interrupção da gestação”⁴². Por que, nessas hipóteses, de modo uniforme, não se cogita de aborto, mas se amolda tão facilmente a esse tipo penal, com todos os corolários éticos, jurídicos, psicológicos e sociais dele decorrentes, a anencefalia, na qual o embrião ou o feto carregam uma carga total de letalidade, em decorrência do processo patológico de desenvolvimento embrionário?

A legislação penal brasileira contém, por sua vez, no art. 128 do Código Penal, as indicações autorizadoras do aborto que se resumem no aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e, no aborto ético, quando a gravidez resulta de estupro. Nessas duas situações fáticas, a conduta abortiva não se configura tipicamente e não será, por via de consequência, punível.

É evidente que a hipótese de anencefalia não se acomoda a nenhuma das duas indicações. No caso, embora a gestante possa vir a sofrer agravos na sua saúde física, psíquica e social, sua vida não está em jogo. Já, na segunda hipótese, fica exposto, à plena luz, o farisaísmo com que se lida com a questão do aborto. Aqui, coloca-se em cena a liberdade de autodeterminação da mulher, mesmo que isso signifique a morte de um feto com plena e total viabilidade. No conflito de interesses entre a vida intrauterina do feto, dotado de todas as potencialidades humanas e o agravo sofrido pela mãe na sua honra e na sua

⁴¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Parte Especial, vol. 2, São Paulo: RT, 2004, p. 106.

⁴² HOOFT, Pedro Federico. *Ob. cit.*, p. 367.

liberdade, dá-se preferência à mulher grávida em detrimento do filho resultante de estupro. O balanceamento dos bens jurídicos em jogo não é, contudo, o mesmo, quando, de um lado, está um embrião e um feto condenados irreversivelmente à morte e, de outro, uma gestante seriamente agravada em sua saúde física, psíquica ou social. É manifesto o tratamento desigual e hipócrita que se pretende dar à mulher grávida no caso de anencefalia.

O Código Penal brasileiro não abriga, entre as hipóteses tipicamente não configuráveis e, portanto, impuníveis, a indicação denominada “eugênica”, decorrente de grave enfermidade física ou psíquica, idônea a retirar do embrião ou do feto a qualidade mínima de vida humana. Muito embora os meios tecnológicos utilizados para o diagnóstico pré-natal apresentem, cada vez mais, um nível maior de sofisticação, propiciando a detecção precoce dessas enfermidades, e apesar da matéria já ter sido versada por alguns autores⁴³, o legislador penal mantém-se, a esse respeito, em uma postura de absoluta inércia. E, nessa situação, é preferível não enquadrar a anencefalia, pelas peculiaridades que lhe são ínsitas, numa hipótese de indicação eugênica, posto que, no caso, em lugar de configurar-se uma qualidade mínima de vida, tem-se, em verdade, carência total de vida humana. O enquadramento na indicação eugênica só guardaria pertinência se o Código Penal brasileiro dispusesse de redação semelhante a do art. 142-1, *c*, do Código Penal de Portugal, o qual considera não punível, obedecidos determinados pressupostos, a interrupção da gravidez quando:

houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, *excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo tempo.*
(grifos do autor)

⁴³ FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica, em Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992, p. 80/108 e TORRES, José Henrique Rodrigues. *Abortamento nos casos de malformação fetal*. São Paulo: Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 2, n. 3, p. 101/111, jan./fev, 2001.

Como observa J. M. Damião da Cunha, “com a atual redação legal parece ser mais correto entender o caso de anencefalia como um caso de feto inviável”.⁴⁴

Sendo a anencefalia, em nível jurídico-penal, um flagrante caso de atipicidade, não tem o menor sentido exigir-se autorização judicial para que se proceda à interrupção do processo gestacional ou o adiantamento do parto.⁴⁵ E isso, por várias razões.

Em primeiro lugar porque, diante de um diagnóstico de certeza absoluta, a questão da anencefalia não deve ser equacionada pelo juiz, mas deve permanecer na esfera de relacionamento entre médico e paciente. Nessa hipótese concreta, há indicação terapêutica que torna legítimo o atuar médico, desde que a paciente seja devidamente informada e, em termos acessíveis, das características do anencéfalo e de seu processo irreversível de morte. “A decisão informada, competente, livre e responsável” da gestante⁴⁶ justifica a intervenção médica, sem necessidade de autorização judicial.

Em segundo lugar porque o médico tem o privilégio legal de exercer sua profissão e, “em situações de urgência, cumpre o dever específico atinente à sua condição profissional”. Cabe-lhe, portanto, “discricionariedade da estratégia terapêutica, isto é, a livre eleição de uma entre várias estratégias adequadas ao tratamento de um cliente”. Esta livre eleição “constitui um direito próprio e inerente a todo médico no desempenho de sua profissão”, configurando-se matéria inteiramente alheia ao julgamento do magistrado.⁴⁷

Em terceiro lugar porque as razões de urgência que justificam a intervenção médica, nos casos de anencefalia, não podem ficar subordinadas a um trâmite demorado, como sói acontecer com as autorizações judiciais. A negativa do médico ou do estabelecimento hospitalar para a intervenção, solicitada pela gestante, devidamente informada

⁴⁴ CUNHA, J.M. Damião da. Ob. cit., p. 152 .

⁴⁵ Em sentido contrário, GIACOMOLLI, Nereu José. Autorização judicial para interrupção da gravidez: aborto eugênico, necessário e sentimental. Em: *Revista Ibero-Americana de Ciências Criminais*, ano 2, vol. 2. Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais, 2001, p. 35/44.

⁴⁶ BAVIO, Paula Siverino. Ob. cit., p. 6.

⁴⁷ BAVIO, Paula Siverino. Ob. cit., p. 7.

da sua condição de portadora de anencéfalo, configura “uma ilegítima vulneração de direitos e garantias constitucionais”.⁴⁸

Por último porque o juiz se encontra diante de um grave dilema: ou entende que as condutas da paciente e do médico coincidem com uma figura criminosa e, então, a autorização não poderá ser concedida por não lhe caber autorizar a prática de fato típico, ou considera que tais condutas são atípicas e, nesse caso, a autorização judicial é totalmente dispensável.

6. CONCLUSÕES

De tudo quanto foi exposto e sustentado nos itens anteriores, resultam as seguintes conclusões:

- a) a anencefalia pode ser detectada, de modo precoce, em virtude do desenvolvimento tecnológico das ciências biomédicas, no exame pré-natal, e com margem total de certeza;
- b) a anencefalia é incompatível com os estágios mais avançados da vida intrauterina e de total incompatibilidade com a vida extrauterina;
- c) não se aplica à anencefalia o critério da morte cerebral ou encefálica porque o feto anencéfalo não dispõe do equipamento cerebral necessário a dar suporte a esse critério;
- d) leva-se em conta, na anencefalia, o critério da morte neocortical que abandona o sentido puramente biológico da vida e prioriza os aspectos vinculados à existência da consciência, afetividade e comunicação, como expressões de identidade da pessoa;
- e) o anencéfalo constitui um projeto embriológico falido, não sendo um processo de vida, mas um processo de morte; destarte, não há como considerá-lo tecnicamente vivo, pois é ele carente de toda capacidade biológica para a concretização de uma vida humana viável;

⁴⁸ MASSAGLIA, Maria Valeria. *Responsabilidad medica e inviolabilidad*, p. 9. Disponível em: <www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/respomed.htm>.

- f) a anencefalia, sob o prisma médico, provoca no processo de gravidez riscos de caráter físico e social, e sobretudo transtornos de natureza psíquica à mulher gestante;
- g) não há, em verdade, do ponto de vista bioético, um conflito de valores entre a mãe gestante e o feto anencéfalo, já que este não tem nenhuma viabilidade, inexistente o conflito;
- h) a mãe gestante de anencéfalo tem o direito de optar pela manutenção ou não do processo de gravidez e, ao decidir pela interrupção da gravidez ou pela antecipação do parto, não ofende nenhum dos quatro princípios que sedimentam a Bioética: autonomia, justiça, beneficência e não maleficência;
- i) a defesa da manutenção da gravidez, para efeito de doar a terceiros os órgãos ou tecidos do anencéfalo, não tem nenhum fundamento ético e, em verdade, provoca, nessa situação, a coisificação da mulher;
- j) não há confundir questões morais ou religiosas com questionamentos jurídicos; não cabe, em um Estado laico, dentro de uma sociedade pluralista, o entendimento de que a opção da mulher, portadora de anencéfalo, pela interrupção da gravidez ou pela antecipação do parto, deva ficar subordinada a considerações morais ou a dogmas religiosos;
- k) não é possível, em se tratando de anencefalia, caracterizar como aborto a interrupção do processo gestacional ou de antecipação do parto, pois o elemento básico para o reconhecimento do tipo é a existência de vida humana intrauterina, o que inexistente no anencéfalo cuja malformação embrionária inviabiliza vida própria fora do ventre materno;
- l) a intervenção médica, na anencefalia, deve ser equiparada a outras situações médicas (gravidez molar, gravidez ectópica, afecção uterina oncológica) que pacificamente não se enquadram no tipo de aborto;
- m) a interrupção do processo de gestação ou o adiantamento do parto são condutas havidas como atípicas;
- n) em se tratando de caso flagrante de atipicidade, não há sentido algum em exigir-se autorização judicial para a realiza-

ção pelo médico dos atos interruptivos da gravidez ou do adiantamento do parto; cuida-se, na hipótese, do reconhecimento de existência de mera relação médico/paciente, ou seja, de um lado, a indicação médico-terapêutica e, de outro, o consentimento informado, consciente, livre e responsável da mãe gestante;

- o) o pedido de autorização judicial contém contradição lógica insuperável: ou o juiz dá permissão à prática de fato criminoso – o que constitui um verdadeiro absurdo –, ou o juiz permite – o que evidencia ato inteiramente supérfluo – a prática de fato lícito.