

O ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO

Lucas Freitas de Souza¹
Amanda Cristine Queiroz Leles²

RESUMO

O presente artigo visa analisar a gravidez de feto anencefálico, tendo como tema principal a discussão relativa ao seu aborto, estudando para isto, portanto, os conceitos clínicos e jurídicos básicos para o entendimento da anencefalia, os conceitos de início e fim da vida, de vida intrauterina e extrauterina, proteção a vida e os direitos e garantias da gestante, direito à liberdade e autonomia da vontade, além da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, analisando desta forma os riscos sofridos pela mulher em uma gravidez de um feto com anencefalia, discutido princípios básicos morais e éticos, de um direito exclusivo da família, no qual não pode o estado interferir, devendo apenas orientar e apoiar a gestante em sua decisão, clínico e psicologicamente.

Palavras-Chaves: Aborto feto Anencefálico. Conceito de vida. ADPF 54. Direito a Vida. Direito a Saúde. Autonomia de Vontade.

1 INTRODUÇÃO

A muito vem sendo discutido a relação do aborto, em especial em relação a do feto anencefálico, devida a grande discussão sobre o assunto, mas sem muitas conclusões estabelecidas o tema se mantém sempre chamativo, devido ao fato da existência da proteção a

¹ Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Atenas. Avenida das flores, 61 Ruralminas I, João Pinheiro/MG – lucasfreitasdesouza@live.com.

² Licenciatura e bacharelado em Ciências Biológicas pela Universidade Federal de Uberlândia, Graduanda em Engenharia Biomédica e Mestranda em Engenharia Mecânica ambas pela mesma instituição. Avenida Liberdade, 756, Bloco 05, Ap. 201, Copacabana, Uberlândia/MG – amandacristine_4@hotmail.com

vida, esculpida quase que poeticamente na Constituição Federal de 1988 e a proibição pelo Código Penal brasileiro da prática de aborto.

Porém, o feto anencefálico é alvo ativo de discursões sobre sua vida, batendo frente a frente com conceitos clínicos e jurídicos.

Desenvolve-se então o presente artigo, com bases em pesquisas bibliográficas, analisando e trazendo definições e conceitos básicos para o entendimento sobre o tema, os direitos e garantias oferecidos a gestante, a relação psicológica envolvida ao assunto, como também a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, por fim apresenta-se as considerações finais.

2 CONCEITOS

Para iniciar esta pesquisa, é necessário primordialmente estabelecer alguns conceitos básicos, no intuito de aprofundar essa relação entre o direito e a medicina, começa-se então, portanto, estabelecendo os conceitos essenciais ao nosso trabalho.

2.1 ANENCEFALIA

Desta forma, buscamos conhecimentos nos conceitos de CYPEL e DIAMENT, estudiosos da área médica, que definem a anencefalia como sendo a “malformação congênita decorrente do não fechamento do neuróporo anterior, o qual deve se fechar no 26º dia de gestação; o período crítico varia do 21º ao 26º dia” (1996, p. 745).

Ainda nesta análise, QUINTELLA e KIPERMAN em seu compêndio sobre neurologia pediátrica estabelece o mesmo conceito, porém de forma mais completa, dizendo que “a anencefalia é o resultado do fechamento defeituoso do neuróporo anterior, tal como a mielomeningocele é o resultado do fechamento defeituoso do neuróporo posterior”.

Infelizmente tais definições aos olhos dos estudiosos do Direito, tornam-se difíceis de compreender, visto serem conceitos da área de saúde desconhecidos para quem atua no campo de humanas.

Anencefalia em um conceito mais próximo ao entendimento leigo, seria conforme estabelecido por B. AVERY (1978, p. 728), caracterizando-o como um distúrbio relativamente comum no qual o desenvolvimento foi interrompido precocemente no fechamento do tubo neural anterior. Os hemisférios cerebrais podem ser afetados sozinhos ou com o diencéfalo e mesencéfalo ou com o cerebelo, tronco cerebral e mesmo a medula espinhal, mesmo assim, aos olhos clinicamente leigos, este conceito ainda aparenta distante ao entendimento geral.

Tentando entender melhor a anencefalia, saímos do universo clínico e adentramos novamente ao jurídico, encontrando em BARROSO o entendimento de que a anencefalia consiste “[...] na má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de forma que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do córtex encefálico.” (BERGMAN; KLIEGMAN; HAL, 2002, apud BARROSO, 2004, p. 04).

Desta forma, conforme comenta brilhantemente DINIZ e RIBEIRO (2003, p. 101), a anencefalia conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro” importa a inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central (responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade), restando assim, apenas algumas funções inferiores, que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal.

Em complemento ao nosso entendimentos, GIORGI BARROSO (2012, p. 39) comenta que

“A anencefalia implica principalmente a falta de desenvolvimento dos hemisférios cerebrais e do hipotálamo e do desenvolvimento incompleto da pituitária e a ausência completa ou parcial da abóbada craniana” [...] “as estruturas faciais são alteradas e há anormalidade nas vértebras cervicais. Os olhos podem parecer grandes rasgos normais, mas o nervo ótico é inexistente ou, não alcança o cérebro”.

Ainda na busca da definição, complementa PIERANGELI que a anencefalia é

[...] ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria de cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência de hemisférios cerebrais e pela exposição exterior do tecido nervoso hemorrágico e fribiótico [...] 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. Por tal razão, já se disse que o feto anencéfalo possui a aparência de uma rã, na medida em que é totalmente falto da calota craniana e da cobertura das demais estruturas neurológicas (2008, p.14).

Pesquisas médicas demonstram que a anencefalia é fatal em 100% (cem por cento) dos casos, sendo que metade dos fetos morrem antes de nascer e a outra metade não sobrevive às primeiras 48 (quarenta e oito) horas e em nenhum caso a mais que dias. E ainda, a mãe corre risco de morte e a gravidez deve ser interrompida imediatamente (BRUM, 2004, p. 68).

2.2 CONCEITO DE INÍCIO E FIM DA VIDA.

Desde os filósofos antigos até os cientistas da atualidade a busca por uma definição de início da vida não chegou a um consenso quanto à definição. Recentemente, devido as constantes discussões sobre o aborto de fetos anencefálicos e a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. A de se sabe que esta resposta é de suma importância para o posicionamento do Direito perante a tais questões.

Devido a estas questões o Direito dividiu a vida em dois conceitos, sendo eles a vida intrauterina e a vida extrauterina.

2.2.1 VIDA INTRAUTERINA

Considera-se vida Intrauterina a partir do momento em que ocorre o encontro do espermatozoide com o óvulo através do processo denominado fecundação. Neste momento é que as células ganham vida e entram em formação. Este período que antecede o nascimento é conhecido como o período intrauterino, é o momento de crescimento e desenvolvimento do feto no interior do útero materno. Que corresponde, segundo NEWCOMBE (1999, p.478), a 38 ou 40 semanas.

2.2.2 VIDA EXTRAUTERINA

Considera-se vida Extrauterina aquela que se dá fora do útero da mãe, ou seja, a partir do nascimento, o direito brasileiro adota a tese de que a vida, para fins legais, começa com o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório. Isto é, se houver o nascimento e a consequente respiração, haverá vida, momento em que a pessoa adquire personalidade jurídica.

Desta forma, chegamos ao empasse legal da definição de vida que, conforme analisa ANDRADE (2012, p. 2) é preferível

“Adotar o mais lógico e coerente dos parâmetros, que é aquele que adota como referência o momento em que a vida humana se finda. Como se considera que a vida

humana termina com o fim das atividades cerebrais, deve-se considerar que ela se inicia a partir do instante em que começam a ser formadas as primeiras terminações nervosas do embrião, o que ocorre por volta da segunda semana de gestação, próximo ao momento em há a nidação. Se adotarmos qualquer outra teoria, estaremos nos contradizendo.”

Complementa ainda o autor dizendo que:

“Sabemos que nunca iremos chegar a uma definição exata do momento em que se inicia a vida humana, sempre haverá aqueles que irão divergir, qualquer que seja o critério adotado. É importante, no entanto, que adotemos algum conceito para o início da vida, pois, caso contrário, não teremos nunca a certeza jurídica necessária para se decidir sobre certas questões do Biodireito e da Bioética.”

3 PROTEÇÃO A VIDA

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a proteção a vida, desde a concepção, visto que o Brasil incorporou ao sistema constitucional a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo que nesta é tutelada a vida desde o momento da concepção (LIMA, 2008, p. 42).

O Código Civil brasileiro de 2002, tendo em vista, o legislador adotado a concepção como marco inicial da individualização humana, manteve o posicionamento que propunha o artigo 4º do Código civil de 1916, que dispunha que “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”

O Código Penal tipifica o crime de aborto nos seus artigos 124, 125, 126, 127 e 128, punindo a interrupção da gestação e a consequente morte do concepto, salvo nos casos previstos no artigo 128.

É importante lembrar que o Direito a vida é indisponível, visto ser um direito constitucional, encontrado no mais poético de todos os artigos constitucionais que, de maneira quase que teatral proclama em seu artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988:

“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:[...]”

O feto, embora esteja dentro do ventre da mãe, se trata de outro ser independente. Cabe à mulher decidir, com sua própria consciência, sobre a interrupção da gravidez, porém, a prática do aborto, apesar de constituir exercício de direito fundamental da gestante, não dá a ela o poder de decidir de forma exclusiva sobre a vida do filho.

Além da previsão constitucional, na legislação infraconstitucional, a proteção ao feto é consignada de modo ainda mais explícito, confirmando os direitos deste, desde o momento da concepção, destacando-se neste ponto, quanto aos direitos conferidos ao nascituro, o que revela do art. 2º do CC/2002: "Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

4 O DIREITO DA GESTANTE

4.1 DIREITO A SAÚDE

Cabe lembrar que o direito a saúde é um direito social de todos e dever do Estado previsto no art. 196 da Constituição Federal.

A Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS, 1946), definiu a saúde como sendo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Como é possível verificar, o conceito de saúde não abrange apenas a ausência de doença, mas tanto o bem estar físico como mental e social.

No caso da gravidez de fetos anencefálicos, conforme relatou em Audiência no Supremo Tribunal Federal o Doutor Roberto Luiz D’Ávila (BRASIL, 2008 c, p. 07-08), existem muitos complicadores que podem comprometer a saúde e até mesmo a vida das gestantes, a exemplo disto temos o risco de óbito intrauterino, a possibilidade de toxemia gravídica em razão do excesso de líquido amniótico, aumento dos riscos obstétricos no parto e no pós-parto, risco de hipertensão e diabetes, parto prematuro, gravidez prolongada, descolamento placentário, esterectomia, etc. Igualmente relatado foi o abalo psicológico sofrido pelas gestantes.

A respeito disto o Conselho Federal da OAB manifestou no sentido de que deve prevalecer o direito à saúde da gestante nesse casos de gestação de anencefálico, conforme se verifica do trecho do Parecer abaixo:

Com efeito, o artigo 196, da Carta Magna, reza: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Se a mulher, em gestação de um feto anencefálico, pode correr risco de vida, porque, segundo a literatura médica, cerca de cinquenta por cento desses fetos têm morte intra-uterina, evidente que o direito à saúde da mulher deve prevalecer. Não só. Registram hospitais e clínicas médicas o profundo transtorno psicológico de que padece a mulher, quando aguarda o parto de um ser sub-humano, sem cérebro, com forma de gente, mas, sem a essência do humano. É evidente que a gestante, nessas circunstâncias, tem o direito de velar por sua saúde. (2004, p. 1)

4.2 DIREITO À LIBERDADE E AUTONOMIA DA VONTADE

O argumento utilizado por aqueles que são contra o aborto dos fetos anencefálicos é a proteção do direito à vida desde a concepção, direito este que, afirmam não poder ser esquecido em favor da proteção aos direitos da saúde e liberdade da mãe.

Desta forma, estabelece FREITAS (2011, p. 65) que, apesar das dores emocionais ocasionadas à gestante, a vida do feto anencefálico deve ser protegida, estabelece ainda que a dor emocional e a dor psicológica devem ser suportadas pela gestante por ser inerente à condição de ser humano.

Continua a autora afirmando que ainda que a gravidez acarrete dores emocionais e psicológicas para a gestante, o feto anencefálico está vivo em seu ventre e, por isto, seu direito à vida não pode ser violado. No caso em questão, em que se opõem o princípio de liberdade da mãe ao princípio fundamental da vida, o princípio da proporcionalidade e da ponderação nos leva a crer que o bebê anencefálico se apresenta como a vida mais fragilizada a ser protegida pela Constituição Federal. (FREITAS, 2011, p. 67)

Desta forma, estabelece ela que o risco psicológico não pode ser tido como justificativa para a realização do aborto, deste modo não pode ser o estado de sofrimento pelo qual passa a mãe perante um caso de malformação fetal, afirma ainda FREITAS (2011, p. 85) que a dor emocional e sofrimento são condições próprias do ser humano, mesmo que a ótica da dor materna e do companheiro sejam relevantes, esse sofrimento não pode justificar a inviolabilidade do direito à vida resguardado na Constituição Federal brasileira. (FREITAS, 2011, p. 91).

Porém, não cabe ao Estado impor à gestante um sofrimento, tão-somente para fazê-la aceitar uma convicção filosófica, de princípios ou religiosa de um terceiro qualquer. Caberá à própria gestante decidir se deseja aguardar o final de sua gravidez ou não. Tal decisão deverá ficar sob a responsabilidade apenas da gestante e seu companheiro, não devendo o Estado tolerar ingerências externas.

Não há dúvidas de que obrigar a gestante a manter por nove meses um feto sem qualquer expectativa de sobrevivência é violar a dignidade da sua condição de ser humano e submetê-la à tortura, tanto física, quanto psicológica, ato o qual é vedado pelo Constituição Federal de 1988.

Como verificado acima, além de existirem riscos de vida à gestante, devido há grande probabilidade de morte intrauterina do feto, existem ainda os abalos psicológicos sofridos pela gestante, que conviverá todos os dias com a angústia de dar à luz a uma criança sem vida.

Porém, cabe lembrar que, também não é possível obrigar a gestante a realizar o aborto, sendo esta uma decisão dela e de seu companheiro, mesmo sabendo dos risco e querendo ela continuar com a gestação, deve o Estado apenas aceitar, permanecendo atento a saúde da gestante, mais sem interferir na gestação.

5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ADPF 54

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54 acrescentou uma nova modalidade que excluiu a hipótese de crime de aborto, nos casos de feto anencefálico, a tese abraçada pelo STF segue a linha adotada pela medicina, que considera o feto anencefálico um natimorto cerebral.

Esta decisão não se trata de uma obrigação ou dever da mulher de interromper a gestação. O Supremo tribunal Federal apenas autoriza e faculta a prática da cessação da gestação, em prol da sua dignidade e a fim de minorar seu sofrimento em relação a gravidez.

Com esta decisão, portanto, cabe ao Sistema Único de Saúde promover a política pública de saúde adequada com o devido apoio psicológico e obstétrico, informando a gestante de feto anencefálico, de forma que esta tenha a liberdade, a coragem e a sabedoria de adotar uma decisão que melhor se ajuste ao seu sofrimento, sempre com o apoio necessário, não importando a decisão da gestante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi analisado no presente artigo a gestação do feto anencefálico apresenta a gestante um alto risco, devido a alta instabilidade do feto, além disto, em relação a discussão sobre a vida, foi verificado que este feto anencefálico mal possui vida intrauterina, sendo que os poucos casos que conseguem chegar ao final da gestação não tem vida extrauterina, ou seja, o feto com anencefalia é um feto morto, desta forma, a luz do direito, e dos princípios

constitucionais de proteção a vida, não existe no ato do aborto de feto anencefálico crime, visto que neste caso, não há a proteção da vida intrauterina, e sim a proteção da vida da gestante, cabendo a ela decidir sobre a realização do aborto, porém, consciente de que a permanência da gestação trará riscos a sua saúde. O Estado não pode obrigar a gestante a manter ou retirar o feto, visto esta ser uma decisão pessoal dela e de seu companheiro, porém cabe a ele dar apoio e informação.

ABSTRACT

This article aims to analyze the pregnancy anencephalic fetus, having as main theme discursão concerning her abortion, studying for it so the clinical and basic legal concepts for the understanding of anencephaly, the concepts of beginning and end of life, life intrauterine and extrauterine, life protection and the rights and guarantees of the pregnant woman, right to liberty and freedom of choice, as well as analysis of the decision of the Supreme Court on the subject, thus analyzing the risks suffered by pregnant women in a pregnancy of a fetus with anencephaly, discussed moral and ethical principles, an exclusive right of the pregnant woman, in which the state can not interfere, but only to guide and support the mother in her decision, clinical and psychologically.

Key Words: Abortion anencephalic fetus. Termination of pregnancy. Intrauterine life. Extrauterine life. ADPF 54. Right to Life. Right to Health Autonomy of Will.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ana Marisa Carvalho de. **Considerações jurídicas acerca do início da vida humana.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17 (/revista/edicoes/2012), n. 3221 (/revista/edicoes/2012/4/26), 26 (/revista/edicoes/2012/4/26) abr. (/revista/edicoes/2012/4) 2012 (/revista/edicoes/2012). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21637>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

B. AVERY, Gordon, traduzido por SCHVARTSMAN, Samuel. **Fisiopatologia e Cuidado do Recém-Nascido.** São Paulo: Artes Médicas, 1978, p. 728.

BARROSO, Luis Roberto. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54: petição inicial.** Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação** (Versão provisória para debate público). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 06 fev.2012a.

_____. **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha.** Disponível em:<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/pesquisas_com_celulas_tronco_e_interrupcao_de_gestacao>. Acesso em: 08 fev. 2012b.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Audiência na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 - Distrito Federal – realização nos dias 28/08/2008c,** Relator: Min. Marco Aurélio. Argüente(s): Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS - advogado(a/s): Luís Roberto Barroso e outro(a/s)

_____. **Código Civil brasileiro.** LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Promulgado pelo Presidente da República.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL: faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decretou e eu sanciono a seguinte lei: CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

BRUM, Eliane. **A guerra dos embriões: Mulheres pobres são impedidas de interromper gestações inviáveis por cruzada religiosa.** Época, São Paulo, ed. 304, p. 68-72, mar. 2004.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. **OAB: interrupção de gestação de anencefálico não é aborto.** 2004. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/parecerer_oab_anencefalo.htm>. Acesso em: 07 Jun. 2013.

CYPEL, Saul e DIAMENT, Aron Judka. **Neurologia Infantil.** 3ª ed. São Paulo: Atheneu, 1996, p. 745.

DINIZ, Débora, RIBEIRO, Diaulas. **Aborto por anomalia fetal.** Brasília: Letras livres, 2003.

FREITAS, Patrícia Marques. **Os fetos anencéfalos e a Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Ícone, 2011.

GIOGI BARROSO, Marcela Maria Gomes. **Aborto no Poder Judiciário: o caso da ADPF 54.** Dissertação de mestrado. 2010. 186 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em

<www.teses.usp.br/teses/.../dissertacao_Marcela_Giorgi_Barroso.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2012.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. Curitiba: Juruá, 2008, p.192.

NEWCOMBE, Nora. **Desenvolvimento Infantil: abordagem de Mussen**. Trad. Cláudia B. 8. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999. p.561.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** – 1946. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 07 de jun. de 2013.

PIERANGELI, José Henrique. **Anencefalia**. In Repertório de Jurisprudência IOB, 2ª quinzena de fevereiro, n. 04-2008. Texto 3/25880.

QUINTELLA, Maria Rita e KIPERMAN, Leda. **Clinical Pediatric Neurology – A Signs and Symptoms Approach** por W.B. Saunders Company. Rio Grande do Sul: Artes Médicas, 1988.1993, p. 406.