



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aborto por razões psicológicas: o utilitarismo do ser humano, a desvalorização da vida
e a insegurança jurídica

Aline Vilas-Bôas Hacker Alvarenga

Rio de Janeiro
2012

ALINE VILAS-BÔAS HACKER ALVARENGA

**Aborto por razões psicológicas: o utilitarismo do ser humano, a desvalorização da
vida e a insegurança jurídica**

Artigo Científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli C. Fetzner

Nelson Tavares.

ABORTO POR RAZÕES PSICOLÓGICAS: O UTILITARISMO DO SER HUMANO, A DESVALORIZAÇÃO DA VIDA E A INSEGURANÇA JURÍDICA

Aline Vilas-Bôas Hacker Alvarenga

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: A discussão acerca da ampliação das hipóteses legais de permissão do aborto, principalmente quando relacionada a aspectos físico-psicológicos, é tema recorrente na sociedade, e recentemente foi decidido definitivamente pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade concentrado, portanto, vinculante. As questões jurídicas e médicas envolvidas na polêmica muitas vezes se misturam a religião e ideologia. O presente trabalho pretendeu analisar os principais argumentos levantados pelas correntes abortista e não-abortista e sopesar se a solução adotada na ADPF n. 54 foi adequada aos ditames sociais e jurídicos modernos. Nessa seara, imprescindível tratar sobre a interrupção da gravidez, principalmente nos casos que envolvam a anencefalia.

Palavras-Chaves: Aborto. Controvérsia. Razões Psicológicas. Feto anencéfalo. Insegurança jurídica. Utilitarismo do ser humano.

Sumário: Introdução. 1. Análise do aborto e tratamento legal. 2. Anencefalia, acrania e outras anomalias. 3. Eugenia. 4. Utilitarismo do ser humano e desvalorização da vida humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Não obstante o crescente movimento de valorização da vida humana e das medidas assecuratórias de suas bases mínimas, não só pelo Poder Público, mas também por toda a coletividade, numa ideia de fraternidade universal, muito ainda se discute sobre a ampliação das hipóteses legais de descriminalização do aborto, que, em sendo a completa extirpação precoce da vida, afigura-se um contrassenso.

Com o presente artigo pretende-se fixar e analisar os argumentos que permeiam a controvérsia acerca do aborto por razões físico-psicológicas, tal qual se insere o do feto anencéfalo, uma vez que envolvendo questões médicas e jurídicas, a discussão do tema muitas

vezes se limita a uma análise superficial e fortemente atrelada a princípios religiosos e filosofias pessoais.

Estabelecer um embasamento técnico mínimo é urgentemente necessário para conferir à controvérsia sua devida importância, além de ser inafastável refletir a que ponto esse tema conduz a uma visão utilitarista do ser humano e à insegurança jurídica.

Para além desses aspectos, é imprescindível alocar a normatização, existente ou que possa vir a existir, da matéria dentro da noção de Direito, como ciência reflexa da própria sociedade em que está inserido, com suas peculiaridades e valores, a legitimar ou não a solução encontrada para o conflito de interesses envolvidos no tema.

Mais que isso, impõe-se uma solução homogênea para a atual questão do aborto por razões físico-psicológicas.

Nessa esteira, para que a vida intrauterina alcance a merecida proteção legal e jurisprudencial, deve-se buscar uma interpretação coerente entre os conceitos de *vida humana* antes e após o nascimento.

É preciso compatibilizar os conceitos das normas vigentes, visto que a lei penal protege e reconhece a vida intrauterina, e, mais ainda, a concebe no Título dos crimes contra a pessoa; a lei civil estabelece que só se adquire personalidade com o nascimento com vida; e a Lei n. 9434/97 define, a *contrário sensu*, a vida - ao menos extrauterina e para fins de transplantes - como presença de atividade cerebral.

A reflexão acerca dos abortos por razões físico-psicológicas abrange todos esses aspectos. A principal questão neste tema é saber se o conceito de vida da lei de transplantes é aplicável aos fetos. E, se a resposta for positiva, a partir da constatação da ausência de atividade cerebral, a qualquer momento da gestação, forçoso seria concluir pela possibilidade de um “aborto” lícito, uma vez que se estaria diante de crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto.

Assim, a fixação do início da atividade cerebral do feto, estabeleceria marco e limite de ampliação de toda e qualquer hipótese de aborto, bastando a vontade da gestante em dispor de sua integridade física para a realização do procedimento.

Nesse particular se insere a discussão dos fetos anencéfalos, cuja solução obteve-se do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n.54 em tramitação por mais de 6 anos. Segundo o voto do relator, que foi o prevalente a determinar a procedência da referida ação constitucional, a deformidade inafastável inviabilizadora da vida justificaria a atipicidade da conduta consistente na interrupção da gravidez.

Somente se poderia concluir pela validade dos abortos nestes casos, se entendido que o conceito de vida está relacionado à atividade cerebral, uma vez que o argumento de que o bebê sobreviverá por apenas alguns minutos ou dias parece ser de todo desarrazoado, insuficiente e descabido. Porém, a decisão do Supremo Tribunal Federal não primou pela técnica, e abarcou conjuntamente os dois temas.

A vida de um ser humano não se presta à satisfação pessoal de seus genitores, seja qualitativamente, seja quantitativamente. O desatendimento de qualquer expectativa que estes possam ter, jamais poderá servir de critério para a autorização de uma morte, sob pena de se estabelecer, a partir de pequenas concessões, que, posteriormente e analogicamente, gerarão outros casos, um regime de eugenia.

Ao contrário, a aceitação da vida humana como valor primordial e essencial, desde sua fase mais rudimentar (antes do parto), e mesmo após o nascimento, com ou sem anomalias ou deformidades, deve ser enaltecida - e não desprestigiada-, de forma a reconhecer as diferenças e necessidades peculiares de cada indivíduo, e não sua utilidade social.

Passe-se, então, ao enfretamento do tema.

1. ANÁLISE DO ABORTO E TRATAMENTO LEGAL

Falar sobre o tratamento do aborto, no Brasil, implica mais do que a simples análise do Código Penal. Isto porque a normatização vigente é confusa e contraditória.

Atualmente, incontroversas (ao menos juridicamente) só as hipóteses legais permissivas do aborto¹, que abarcam os casos de risco de vida para a gestante e as gravidezes oriundas de estupro. A ampliação dessas hipóteses através de exercício interpretativo é que vem gerando grande discussão.

De um lado, encontra-se o Código Civil, que prevê expressamente a aquisição da personalidade somente após o nascimento com vida.² Do dispositivo extrai-se imediatamente que: o nascituro, como é chamado esse ser antes de nascer, não é pessoa. E, mais que isso, sua vida (a vida intrauterina) sofre desvalor, já que o tratamento da vida intrauterina é diverso do da extrauterina.

A Lei de Transplantes, por sua vez, prevê o conceito de morte para fins de disposição de órgãos e tecidos³, considerando como caracterizada quando houver morte encefálica declarada. A contrário senso, pode-se concluir que a vida é a presença de atividade encefálica.

De outro lado está o Código Penal, que inclui o aborto no título dos crimes contra a pessoa, no capítulo dos crimes contra a vida, em posição totalmente contrária à legislação

¹ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 1 abr. 2012.

² 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.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 1 abr. 2012.

³ Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

BRASIL. Lei n. 9434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm> Acesso em: 1 abr. 2012.

civil. No entanto, o valor da vida intrauterina continua de menor valor em relação à vida extrauterina, uma vez que as penas são quantitativamente bem diferentes⁴.

Também o Direito Constitucional, em sua linha mais moderna, procura incluir como desdobramento do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana o direito de nascer. A defesa desse direito aponta claramente uma tendência concepcionista, a entender que o ser humano já é, em sua forma mais primitiva, uma pessoa, dotada de direitos a serem assegurados pelo Estado e respeitados por todos. O próprio princípio da vedação ao retrocesso parece não admitir que prevaleça, no sopesamento de direitos diversos, um que não seja a própria vida humana.

Até mesmo na seara civilista, que se importa precipuamente com questões patrimoniais, tem crescido a adesão à teoria concepcionista a resguardar, cada vez mais, direitos desde a concepção.

Assim, em resumo, tem-se como certo que: a vida intrauterina é protegida (legislação penal); no entanto, a manutenção dessa vida intrauterina estaria condicionada à atividade cerebral extrauterina (em razão do conceito de morte da citada Lei de Transplantes); por último, essas considerações são feitas sobre um ser que não é pessoa (conforme a legislação civil) até que nasça com vida, sendo que esta será uma outra vida (a extrauterina), com um outro tratamento.

Desse emaranhado de normas pode-se chegar a conclusões diametralmente opostas.

Por exemplo, se for adotado como correto o parâmetro do conceito de morte da Lei de transplantes, como pretendem os abortistas, a conclusão mais lógica é que, enquanto não houver atividade encefálica do feto, não há que se falar em aborto, já que, em não havendo vida, não há igualmente bem jurídico a ser tutelado. Nessa linha de pensamento, no Brasil,

⁴ Enquanto o crime de homicídio é apenado com reclusão de 6 a 12 anos, o aborto tem penas que variam de 1 a 10 anos.

hoje, seria perfeitamente legal a interrupção da gravidez enquanto não iniciada a atividade cerebral ou a qualquer momento, após a constatação de sua inexistência.

Já uma interpretação conjunta de todos os dispositivos mencionados poderia levar à conclusão de que a vida extra e intrauterina tem tratamento e valores diversos. A lei de transplantes se aplica apenas à morte de pessoa, e como o nascituro não é pessoa, o amparo da vida intrauterina é amplo e está no código penal, não importando a atividade cerebral até o nascimento.

Uma visão garantista (da vida humana) iria mais além para considerar que o feto já é pessoa desde sua concepção, sendo desarrazoada a desvalorização da vida intrauterina instalada na legislação atual, pelo que os direitos do nascituro devem ser amplamente resguardados, e por serem pessoas indefesas, sua proteção deveria ser ainda maior.

Nenhuma delas, contudo, parece coerente na atual conjuntura jurídico-social pátria. Sabendo-se que a vida humana extrauterina recebe sempre maior valor, seria desproporcional que uma “não pessoa” tenha sua vida mais resguardada do que a de uma pessoa. Afigura-se igualmente indesejável que o conceito de morte seja amplamente adotado, abolindo o crime de aborto de acordo com a presença ou não de atividade cerebral. Quanto à proteção integral do feto, o ordenamento vigente parece não estar preparado para tanto.

Em meio a todos esses argumentos, pende, ainda, a resolução do dissídio sobre o aborto por razões físico-psicológicas. A controvérsia envolve saber se, diante de uma grave anomalia física do feto, preferir-se-á a vida (ainda que rápida) do nascituro ou a saúde psicológica da gestante.

Entenda-se que, nesta seara, pelos debates travados nos Tribunais, importa definir a viabilidade da vida extrauterina a permitir que seja realizado o aborto caso a resposta seja negativa. Mais uma vez, recai a matéria sobre o conceito de vida e se este está atrelado à existência de atividade encefálica.

Neste ponto, insere-se a discussão sobre o feto anencéfalo, porém, esta será tratada adiante com mais detalhes.

Por tal, é que a questão proposta no Supremo Tribunal Federal, na ADPF n.54⁵ está bem longe de ser simples. Sua análise deve ser cuidadosa. Se a decisão for no sentido de permitir o aborto dos fetos anencéfalos porque não há atividade encefálica, e consequentemente porque a vida extrauterina é inviável, a porta se abrirá para todo e qualquer aborto que se fundamente na ausência de vida sob a perspectiva da Lei de transplantes.

Ao contrário, se a decisão for no sentido da proteção do direito de nascer, ainda que portador de anomalia grave, haverá a consagração do respeito e da proteção à vida, à peculiaridade de cada ser humano, para cumprir sua função existencial simples, por si só, e não utilitarista.

2. ANENCEFALIA E OUTRAS ANOMALIAS

O debate em tela demanda, a fim de que seja uma análise fundada não em critérios falaciosos e sim na técnica, que sejam trazidos à baila certos aspectos médicos, capazes de esclarecer os juristas sobre as deformidades que ensejam os pedidos judiciais de abortamento-se é que tecnicamente correto chamá-los assim.

Conforme já afirmado, a adoção do critério de inviabilidade de vida extrauterina adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a justificar que sequer haveria aborto, mas interrupção da gestação, quando da extirpação dos fetos anencéfalos, conduz necessariamente à análise de outras anomalias que impossibilitem a “vida” da criança no meio externo.

Sendo certo que, desde já, cabe criticar tal posicionamento, uma vez que aquele egrégio Tribunal partiu de falsas premissas para realizar a ponderação de interesses nestes

⁵ A ADPF n. 54 versa sobre a permissão do aborto de fetos diagnosticados com a anomalia denominada anencefalia.

casos, como, por exemplo, ser a gestação algo sonhado e esperado para a mulher e que aguardar nove meses para que aquele produto tenha apenas míseros minutos ou horas de “vida” seria indigno para a grávida.

Ora, esquecem-se os Excelentíssimos Ministros de que nenhum ser humano nasce para sobreviver por si só, sendo absolutamente imprescindível, sem exceções, ainda que nascido em perfeitas condições de saúde e formação, que sua mãe ou outrem lhe preste alimentos e cuidados essenciais.

Assim, sem perder de vista estes apontamentos, passa-se à exposição dos aspectos relevantes nesta seara.

Iniciando-se pela anencefalia, esta é tida como uma grave anomalia congênita, consistente em um defeito de fechamento da parte anterior do chamado tubo neural - estrutura que se forma por volta da terceira semana de desenvolvimento do embrião⁶. Esta má-formação afeta, sobretudo, a porção anterior do encéfalo embrionário, que tem três partes: anterior, média e posterior e atinge cerca de um a cada 1000 nascimentos⁷.

A parte anterior será futuramente representada pelos hemisférios cerebrais, que poderão estar ausentes. Haverá possibilidade de preservação das estruturas médias e, sobretudo, posteriores, que originarão o tronco cerebral e o cerebelo.

Segundo a própria doutrina médica⁸, a terminologia usada é erroneamente interpretada por leigos como uma afecção caracterizada pela ausência do encéfalo. No entanto, este consiste no conjunto de órgãos do sistema nervoso central contidos na caixa craniana. Na realidade, mais correto e técnico seria chamar a anomalia de mero anencefalia (mero = parte), pois ela acomete parte do encéfalo, preservando-se geralmente o tronco cerebral.

⁶ Disponível em <http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php#3>, consultado em 14/2/2012.

⁷ MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia Clínica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1994. p. 136.

⁸ Disponível em: <<http://www.catolicismo.com.br/materia/materia.cfm?idmat=5ADA72C9-CEAC-2DEB-8829739486E56176&mes=Maio2011>> Acesso em: 14 fev. 2012.

O tronco cerebral junto com a medula espinhal, controla muitas das funções inconscientes do corpo, a exemplo do batimento cardíaco, e coordena a maior parte dos movimentos voluntários.

É importante ressaltar que a anencefalia não equivale à morte encefálica porque, conforme afirmado, somente parte do encéfalo é afetada. Assim, por exemplo, a criança com anencefalia pode respirar e chorar, condições que não acontecem de forma alguma na morte encefálica.⁹

Acredita-se que estas crianças possam ter um nível primitivo de consciência, pelo fenômeno da neuroplasticidade (certos neurônios podem fazer o papel de outros), a confirmar relatos das mães, que costumam referir algum grau de interação com seus filhos¹⁰.

Assim, um estudo um pouco mais aprofundado revela que os fetos anencéfalos possuem sim alguma atividade cerebral, tanto que a gestação na maioria dos casos dura o prazo normal de nove meses, mas esta atividade após o nascimento não é suficiente para conduzir uma vida prolongada extrauterina.

Inconsistente e atécnica, portanto, a argumentação de que não haveria bem jurídico a ser tutelado em face da completa ausência de atividade encefálica, tal quais os moldes da morte referida exclusivamente na lei brasileira de transplantes.

É preciso refletir qual o nível de atividade cerebral pós-parto é exigível de um ser humano. Pois certo é que não há morte encefálica nos anencéfalos. Portanto, não são natimortos. Igualmente, o critério não pode ser o tempo de sobrevivência do nascente, pois o valor do ser humano não está ligado a critérios cronológicos.

Da mesma maneira, afirmar que não há vida em potencial é adentrar uma seara perigosa de extensão para outros casos de má-formação e até de situações outras que ponham

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

em risco certo a criança após o parto, já que não houve delimitação do que consistiria esse potencial.

Ao lado da anencefalia, encontram-se outros defeitos capazes de “inviabilizar” a vida extrauterina, mas que nem por isso têm recebido tanta atenção quanto a primeira.

A chamada Trissomia do cromossomo 18 ou Síndrome de Edwards é outra má-formação grave, que determina crianças mentalmente retardadas, com ampla probabilidade de morrer quase sempre durante a infância. O aborto espontâneo é frequente, tal qual na anencefalia, havendo taxa média de sobrevivência de apenas dois meses para além do nascimento.¹¹

O mesmo ocorre aos portadores da chamada Trissomia do cromossomo 13 ou Síndrome de Patau, que também importa em crianças portadoras de retardo mental, má-formações cardíacas e renais graves. A taxa de mortalidade nestas hipóteses é de metade dos recém-nascidos durante o primeiro mês de vida, e menos de 30% de sobrevivência superior a um ano.¹²

Nestes e noutros casos, cuja análise prolongada não é objeto desse estudo, servindo apenas de amostra, o diagnóstico pode ser feito no ventre materno pelo que, será possível saber de antemão que a criança terá sobrevida ao parto muitíssimo reduzida, o que conduziria à mesma solução dada na ADPF 54 em relação aos anencéfalos. Vale dizer, causaria igual intenso sofrimento, angústia e frustração aos pais.

Não é este, contudo, o entendimento prevalente nos tribunais brasileiros. Tal prática parece corroborar o que antes foi afirmado: não é efetivamente o lapso temporal de sobrevida que determina a aceitação da interrupção precoce da gravidez.

A potencialidade de vida extrauterina, como já dito, é definição por demasiado vaga. Seria a inviabilidade física ou material? Doenças incuráveis e gravíssimas que demandem

¹¹ MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia Clínica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1994. p. 136

¹² *Ibid.*

dedicação exclusiva e integral da mãe geraria a supressão da vida desta, e nessa esteira permitiria a interrupção da gravidez? Neste caso não haveria frustração e sofrimento?

São ponderações como estas, que não foram devidamente enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal, que deixaram brechas de interpretação capazes de ampliar a interrupção da vida intrauterina, tomando por base o sentimento dos pais, em detrimento da vida indefesa.

3. EUGENIA

A eugenia pode ser definida como o conjunto dos métodos que visam a melhorar o patrimônio genético de grupos humanos; conforme definição do dicionário Houaiss, quer dizer: “teoria que busca o aperfeiçoamento da espécie humana, pela seleção genética e controle da reprodução”.¹³

Aborto eugênico seria, portanto, aquele que, tomando por base as características genéticas do feto, permitiria a intervenção médica no sentido de interromper a gestação a fim de que o indivíduo portador de característica não desejada não chegasse a existir.

Essa forma de interrupção da gravidez não é permitida no ordenamento jurídico brasileiro.

As justificativas utilizadas no repugnante regime nazista, baseadas na eugenia, são ampla e fortemente repelidas. Assim, a sociedade contemporânea é marcada por um forte sentimento democrático, sempre sob um discurso de inclusão social.

Caso não se esteja diante de uma indicação médica, isto é, em situação de aborto necessário ou terapêutico para a gestante, não será possível a retirada do nascituro em razão de características físicas que acarretem ou não consequências psicológicas em sua vida extrauterina.

¹³ HOUAISS, Antônio. *Dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 320

No entanto, segundo o que foi decidido na ADPF n.54, a extração dos fetos anencéfalos sequer seria caso de aborto eugênico, pois não há o que ser abortado. O produto da concepção seria um irrelevante jurídico. Não haveria vida humana a ser tutelada, a ser protegida, e, portanto, não estaria sendo ceifada.

Assim, associar a denominação aborto eugênico a aborto por má-formação fetal, quando este seja inviável – juridicamente -, seria um equívoco, pois não se estaria diante de uma conduta visando à melhoria da saúde humana, e tampouco a impedir que fetos com algum tipo de deficiência ou má-formação compatível com a vida sejam abortados.

O que estaria pretendido com a extração do produto da concepção seria a evitação do sofrimento desnecessário para a gestante e para as pessoas envolvidas na situação, solução esta que não seria imposta, e sim uma escolha livre e consciente da gestante, tendo em vista a impossibilidade de vida extrauterina do feto.

Contudo, é preciso refletir por que, numa sociedade verdadeiramente livre, o feto não tem assegurado o direito de nascer.

É preciso se desprender da pré-conceituação tatuada no inconsciente coletivo, inclusive dos magistrados, de que o feto anencéfalo é cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só.

Isso não é verdadeiro. O feto anencéfalo, conforme já exposto, possui vida intrauterina, e se desenvolve, grande parte das vezes, pelos mesmos nove meses de gestação que os demais fetos.

Se a legislação brasileira, de uma forma geral, confere proteção diminuída aos nascituros, tanto que a pena para o aborto é menor em todos os seus parâmetros do que a pena para o homicídio, tanto que a personalidade civil só tem início com o nascimento com vida, etc. por que negar a única garantia certa e indiscutível do nascituro que é a vida-intrauterina?

Ignorar as consequências da ampliação dos permissivos legais para o aborto conduzirá, em futuro não tão distante, à aceitação do abortamento de fetos portadores de defeitos outros, também considerados gravíssimos e causadores de frustração às mães.

O papel que a nova medicina deve desempenhar na sociedade, face os meios avançados e desenvolvidos pela ciência e pela tecnologia, deve ser direcionado no sentido de valorizar o indivíduo e democratizar as disponibilidades médicas.

Melhor seria, então, que os aparatos da biotecnologia em evolução fossem utilizados a favor da vida e do bem-estar do ser humano, no seu direito mais inquestionável: o de nascer e existir, sem o qual todos os demais perdem seu significado. Esta deve ser a inspiração maior no que se refere ao respeito à dignidade humana, como legítima conquista dos homens e das mulheres.

Assim, as diversas e modernas técnicas de diagnósticos pré-natais deveriam atuar em favor da vida do novo ser, e não contra ela. Nos termos do ilustre professor Genival Veloso de França: “Se o diagnóstico pré-natal tiver como única proposta a possibilidade da prática abortiva, como quem faz um ‘exame de qualidade’, é um atentado aos princípios da moralidade, um desrespeito aos valores da pessoa humana e uma coisa pobre e mesquinha”¹⁴.

Qualquer atentado contra um ser humano (já que os nascituros não são pessoas) deveria ser interpretado como um atentado contra todas as pessoas. Muito mais. Qualquer atentado contra um ser incapaz e desprotegido não deveria ser admitido como compatível com os fins da medicina, pois seria configuraria uma afronta ao princípio da humanidade, da isonomia e da vedação de discriminação ou preconceito de qualquer espécie.

¹⁴ FRANÇA, Genival Veloso. *Aborto eugênico – Considerações Médico-legais*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmpb/artigos/Abt_eug.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

Pensar diversamente será no mínimo egoísmo, temeridade, insensibilidade e promoção de discriminação. Não é pelo fato da existência de uma má-formação fetal que o aborto deixaria de constituir uma ofensa a vida e dignidade humanas.

Tenha a forma que tiver, nascido com as peculiaridades que forem, desde que vivo, eleva-se da categoria de ser humano para a de pessoa humana, que finalmente será sujeito de direitos, terá personalidade jurídica, será merecer do amparo legal e judicial.

Uma vez que já demonstrado no presente trabalho que os fetos anencéfalos estão vivos, sequer se enquadrando no conceito de morte encefálica da lei de transplantes brasileira, outra razão não há para permitir seu abortamento, no que se refere exclusivamente às características do feto, senão sua má-formação congênita e, por tanto, de caráter eugênico.

4. UTILITARISMO DO SER HUMANO E DESVALORIZAÇÃO DA VIDA HUMANA

Não se pode negar a pretensão e o anseio geral de que todas as crianças nasçam saudáveis e perfeitas.

Igualmente é sensível a aflição e as dificuldades dos pais de crianças malformadas.

No entanto, por mais penoso que seja dar à luz e cuidar de um filho com deficiências físicas ou psíquicas, não é aceitável que esses seres em formação sejam destruídos como se desimportantes fossem.

O ser humano não pode ser julgado, na avaliação de sua existência, pela potencial existência extrauterina. Da mesma forma que não se desmerece uma pessoa com base na possibilidade de plenitude de vida e independência socioeconômica.

O valor da vida humana não é uma operação matemática voltada à satisfação pessoal de seus genitores, seja qualitativamente, seja quantitativamente. O desatendimento de qualquer expectativa que estes possam ter, jamais poderá servir de critério para a autorização

de uma morte. Se até os autores dos crimes mais hediondos são amparados pelo ordenamento jurídico, não motivo para se negar semelhante proteção aos portadores de anomalias graves.

O ser não deixa de ser humano por ter aspecto desagradável. Não há monstros. Não há sub-humanos. Não há por que fazer pequenas concessões (se é que a vida humana pode ser tratada com esse menosprezo) acerca do merecimento ou não do direito de nascer.

Se fosse aceitável ceifar a vida de uma pessoa com base na possibilidade de manutenção autônoma após o nascimento, tal qual foi um dos argumentos para a aprovação do aborto do feto anencéfalo, bastaria a mãe declarar que não teria condições de prestar a assistência devida à determinada deficiência ou má-formação para que pudéssemos concluir pelo aborto.

Bastaria que na localidade do parto não houvesse hospital ou não houvesse condições de higiene ou salubridade ou mesmo que essas circunstâncias se verificassem na moradia da parturiente para se concluir que o recém-nascido morreria rapidamente a autorizar o aborto.

Da mesma forma no que toca às condições materiais e à oferta de serviços públicos, poder-se-ia argumentar que a futura pessoa não teria condições de sobreviver sozinha em sendo portadora, por exemplo, de paralisia cerebral. Morreria de fome, de sede, de frio, de calor, ou qualquer outro elemento.

Qualquer que seja o estágio da ciência, qualquer que seja o avanço da biotecnocracia que tudo quer saber e tudo explicar, não existe argumento capaz de justificar a disposição incondicional sobre a vida de um ser humano, propondo sua destruição baseada em justificativas que se sustentem na "relação custo-benefício", pois essa vida é intangível e inalienável.

O fato de ser o aborto uma prática difundida, mesmo ao arrepio da lei, não justifica, pura e simplesmente, sua legalização, pois as leis têm sempre, além de sua ação punitiva, o caráter educativo e purificador. Seria um risco muito grande excluir da proteção legal o direito

à vida de seres humanos frágeis e indefesos, o que contraria os princípios aplaudidos e consagrados nos direitos humanos.

A vida deveria ser absolutamente intangível, protegida não só pela Constituição Federal e Tratados Internacionais. Este bem é o mais fundamental de todos pelo que transcende dispositivos do ordenamento jurídico. É a partir da vida que emergem todas as necessidades de legislar. Mesmo quando excepcionalmente admitida a supressão da vida, deve-se estar diante de defesa de bem do mesmo valor – a própria vida, seja na legítima defesa, estado de necessidade, etc.

O Supremo Tribunal Federal muito mencionou como argumento a favor da possibilidade de aborto dos fetos anencéfalos a frustração das mães e das famílias ao saberem da notícia da anencefalia como momento de sofrimento e angústia, diante daquela gravidez tão sonhada e esperada.

Ora, se a gravidez não é sonhada nem esperada, então, legítimo seria o alívio da gestante por meio do aborto. O Supremo Tribunal Federal utilizou-se de premissas falsas para embasar tão importante decisão.

O ser concebido não se presta a satisfazer primordialmente anseios e pretensões dos casais ou de quem quer que seja. O ser humano é um fim em si próprio. Não é um objeto de utilidade que visa a satisfazer a mãe. Se assim fosse, a qualquer momento de desgosto, aflição ou angústia poder-se-ia encerrar definitivamente tal sofrimento seja pelo aborto seja pelo homicídio.

A filiação é importante sim, para reprodução da espécie, para a formação da família, para a manutenção e o convívio social harmônico. Mas isso não quer dizer que as peculiaridade e diferenças serão pesadas e avaliadas de modo que somente algumas sejam aceitas. São as diferenças que permitem o convívio pacífico, a tolerância social, a evolução do ser enquanto ser individual.

Assim, impõe-se a aceitação da vida humana como valor primordial e essencial, desde sua fase mais rudimentar, e mesmo após o nascimento, com ou sem anomalias ou deformidades, deve ser preservada e protegida, de forma reconhecer as diferenças e necessidades especiais que possa haver para cada indivíduo, e não sua utilidade parental ou social.

CONCLUSÃO

Se o feto fosse uma má formação não humana, se nunca pudesse nascer vivo, a premissa da ADPF n. 54 poderia ter algum embasamento, mas como o feto tem o genoma humano e pode nascer vivo, *concessa venia*, o STF decidiu erroneamente, autorizando uma hipótese de aborto *contra legem*.

A anencefalia não é causa de aborto terapêutico. Por isso mesmo foi preciso o ajuizamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para amparar a conduta dos médicos que praticassem a conduta de interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos. Assim essa gestação não gera qualquer tipo de periclitacão da saúde da gestante.

A anencefalia também não é causa de morte encefálica a ensejar a aplicação da lei de transplantes. Como foi repetidamente afirmado neste trabalho, a anencefalia não significa ausência de cérebro, mas apenas de partes da estrutura encefálica, pelo que há vida intrauterina, podendo haver vida extrauterina. Ou seja, é possível haver nascimento com vida.

Assim, o STF, ao permitir, nos termos da decisão, a interrupção da gestação atuou fora de suas atribuições e adentrou no poder legislativo, criando novo permissivo do aborto, não contemplado no artigo 128 do Código Penal.

Muito embora o referido Tribunal tenha se manifestado no sentido de repelir essa crítica, sob o argumento de não se tratar de aborto e sim de interrupção, portanto, não estaria

ampliando o permissivo legal, tal afirmativa não passa de uma dissimulação para o que de fato ocorreu.

A mulher gestante do feto anencéfalo é considerada pela Medicina grávida. Não é preciso qualquer atividade encefálica para a constatação da gravidez, eis que se inicia com a nidação, enquanto conglomerado de células em transformação, mas já portador do material genético. E a gravidez tem seu fim com o início do parto ou com a morte do feto. Ora, o feto anencéfalo pode se desenvolver até a maturação nos nove meses. Portanto, a interrupção dessa gestação configuraria, sim, conduta de aborto.

O argumento que pretende justificar o direito de abortar quando uma mulher apresenta ou supõe apresentar uma má-formação de um filho que vai nascer, é o mesmo que poderia garantir a outra gestante que não pôde ou não teve oportunidade de realizar exames pré-natais, o direito de ser contemplada mais adiante com uma legislação que permitisse praticar impunemente o infanticídio ou a eutanásia neonatal.

Há que se atentar para um detalhe que compromete a própria fundamentação da decisão no controle de constitucionalidade que é o uso da expressão natimorto. Pois, somente quem tem vida pode morrer. O 'natimorto' ou nascido morto, tecnicamente, só pode ser aquele que tinha vida e perdeu. E mais uma vez afirme-se, o anencéfalo possui vida intrauterina e por isso tem a possibilidade de morrer.

Rejeitado o argumento da ausência completa de vida, poderia restar como frágil suporte a essa decisão o curto lapso temporal de sobrevivência do recém-nascido, que estaria fadado a morrer em poucos minutos, horas, dias ou meses.

Tal argumento afigura-se o mais temerário de toda a discussão, pois conduz principalmente a uma visão utilitarista do ser humano. Todas as pessoas estão destinadas a morrer. Não há notícia até a presente data de caso de imortalidade. Então, o tempo de

sobrevida, maior ou menor, jamais serviu para valorar a importância ou desimportância das pessoas.

Como já explanado, o ser humano não se presta a agradar ou satisfazer os desejos e anseios de seus genitores. Não é objeto e sim sujeito de direitos. Não são as expectativas dos pais e familiares que devem orientar o direito de nascer.

É imprescindível que a legislação se torne um todo coerente. O conceito de morte deve ser bem delineado e traçado para não dar margem a esse tipo de situação esdrúxula.

Já é tempo de o nascituro gozar ampla e irrestrita proteção, tal quais os seres humanos já nascidos. É preciso combater o extermínio de seres humanos na sua fase mais indefesa e vulnerável.

Quanto às mães de filhos portadores de anomalias graves sejam quais forem, é preciso investir na assistência psicológica, amparo e conscientização durante a gravidez, e também que o Estado se faça presente ainda que necessária assistência material a fim de tutelar toda vida humana que se apresente sob seu ordenamento.

Outra medida salutar não só em relação ao aborto de fetos anencéfalos, mas de todo e qualquer aborto, é a prevenção, o planejamento familiar, a informação, e o esclarecimento de que a vontade de ter um filho deve levar em conta todas as possibilidades, inclusive a de a criança pode nascer com alguma deformidade, doença ou patologia. Porém, nesta seara também seria necessário interesse estatal em promover tais ações.

Não é aceitável que, no século XXI, em pleno momento de afirmação dos direitos e garantias individuais, efervescência de interpretações do respeito à dignidade humana, ainda seja utilizada a teoria natalista, em detrimento da proteção integral do ser humano.

Para finalizar é importante ressaltar, ainda, que até mesmo os animais não nascidos recebem amparo do ordenamento jurídico, não se questionando a viabilidade de vida, etc. O

período de reprodução dos animais é protegido pela legislação ambiental sob os fundamentos do equilíbrio ecológico, sustentabilidade e manutenção do ecossistema. Resta estender tais direitos aos não nascidos da espécie humana.

REFERÊNCIAS

ABORTO de bebês anencefálicos: institucionalização de prática desumana. Disponível em: <<http://www.catolicismo.com.br/materia/materia.cfm?idmat=5ADA72C9-CEAC-2DEB-8829739486E56176&mes=Maio2011>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

ANENCEFALIA. Disponível em:<<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php#3>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

BRASIL. Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 1 abr. 2012.

BRASIL. Código Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 1 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 9434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm> Acesso em: 1 abr. 2012.

FRANÇA, Genival Veloso. *Aborto eugênico – Considerações Médico-legais*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmpb/artigos/Abt_eug.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia Clínica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1994.