Análise das decisões judiciais de aborto de malformações fetais e a problematização do slippery slope

Analysis of legal decisions concerning abortion for fetal malformations and slippery slope problematization

Anelise Crippa Silva[1], Anamaria Gonçalves dos Santos Feijó[2], Andréia Ribeiro da Rocha[3]
João Beccon de Almeida Neto[4]

RESUMO

As implicações ético-legais acerca dos pedidos de autorização para interrupção de gravidez no caso de nascituros diagnosticados com malformações fetais incompatíveis com a vida extrauterina têm ganhado bastante respaldo na atualidade, sobretudo frente à recente decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à descriminalização de aborto envolvendo fetos anencéfalos, abrindo espaço para a discussão quanto às demais malformações. O objetivo deste trabalho é, portanto, analisar os argumentos jurídicos utilizados na decisão supracitada. Pretende-se, ainda, demonstrar as ambiguidades existentes na análise de casos concretos nos acórdãos obtidos nos Tribunal de Justiça da região sul do Brasil, em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal. Como método, foi realizada uma análise comparativa da jurisprudência regional envolvendo outras malformações incompatíveis com a vida extrauterina. Devemos lembrar que todo ordenamento jurídico, conjunto de leis de um país, tem um papel instrumental de proteção do bem comum. A nosso ver, os argumentos atualmente utilizados pelo Judiciário podem abrir precedentes para novos casos não previstos ou não desejados em circunstâncias análogas.

UNITERMOS: Bioética, Aborto Eugênico, Anormalidades Congênitas.

ABSTRACT

Currently, the ethical and legal implications of the requests for authorization for termination of pregnancy in the case of unborn children diagnosed with fetal malformations incompatible with extrauterine life have gained much support, especially concerning the recent decision that we had in the Supreme Court in relation to the decriminalization of abortion involving anencephalic fetuses, making room for discussion as to other malformations. The aim of this study is therefore to analyze the legal arguments used in the above-mentioned decision. It is also intended to demonstrate the ambiguities in the analysis of concrete cases in the judgments obtained in the Court of Southern Brazil, in line with the decision of the Supreme Court. As a method, we performed a comparative analysis of the regional jurisprudence involving other malformations incompatible with extrauterine life. We must remember that all judicial ordering, the set of laws of a country, has the instrumental role of protecting the common good. In our view, the arguments currently used by the Judiciary can open new precedents for unpredicted or undesired cases in similar circumstances.

KEYWORDS: *Bioethics, Eugenic Abortion, Congenital Anomalies*.

[1] Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Especialista em Direito de Família pela PUCRS. Mestranda do Programa de Pós-graduação em Gerontologia Biomédica da PUCRS. Pesquisadora do Laboratório de Bioética e de Ética Aplicada a Animais do Instituto de Bioética da PUCRS.
[2] Bióloga. Doutora em Filosofia. Professora coordenadora do Laboratório de Bioética e de Ética Aplicada a Animais do Instituto de Bioética da PUCRS.
[3] Bióloga. Pesquisadora do Laboratório de Bioética e de Ética Aplicada a Animais do Instituto de Bioética da PUCRS.
[4] Advogado. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestrando em Bioética pela Cátedra da UNESCO. Pesquisador do Laboratório de Bioética e de Ética Aplicada a Animais do Instituto de Bioética da PUCRS.

INTRODUÇÃO

Em abril do corrente ano o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54, que versava em pauta desde 2004, a qual se referia ao pedido de descriminalização do aborto de fetos diagnosticados com anencefalia. Esse importante passo na nossa sociedade, considerando os avanços da medicina e o retrógrado Código Penal que nos rege, trouxe, por outro lado, a preocupação em relação aos pedidos de gestantes com nascituros acometidos de anomalias severas. A percepção desta dicotomia se faz indispensável, tendo em vista os argumentos utilizados na decisão da aceitação do aborto de fetos anencéfalos.

Este artigo está composto de uma análise dos pedidos judiciais para a interrupção de gestação de malformações fetais, com exceção da anencefalia. Para tanto, se fará uma comparação entre os argumentos utilizados pelos magistrados e os fundamentos que foram usados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal ao descriminalizar o aborto de fetos anencéfalos. Essa análise faz-se imprescindível pelas consequências que certas decisões podem nos levar, ocasionando que abram precedentes jurisprudenciais para deliberações futuras.

DISCUSSÃO DO TEMA

Aborto e suas implicações legais

O aborto está tipificado no Código Penal dos artigos 124 ao 128 (1), sendo que somente o aborto provocado merece atenção da legislação penal. Ele será criminoso quando praticado pela gestante (autoaborto) ou com o seu consentimento (aborto consentido); quando provocado por terceiro e sem o consentimento da gestante; quando provocado por terceiro e com o consentimento da gestante.

Importante ressaltar que, em se tratando destes dois últimos casos – em que o aborto é praticado com ou sem o consentimento da gestante –, haverá a tutela jurídica também da vida e da integridade física da mesma. Diferentemente ocorre com o autoaborto, pois na nossa legislação não se pune a autolesão. Logo, vislumbra-se que o objeto de proteção é, em primeira esfera, o nascituro e subsequente a mãe (2).

As formas não punitivas do aborto dizem respeito ao aborto necessário ou terapêutico, quando a sua prática for o único meio de salvaguardar a vida da gestante; ou o aborto sentimental ou humanitário, nos casos em que a gravidez resulta de estupro e a gestante consente a prática desse ato.

Na área jurídico-penal, o aborto é considerado como a "interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção" (3). Ou seja, o aborto é nada mais do que a "expulsão do feto antes de este estar suficientemente desenvolvido para sobreviver fora do útero" (4).

Em consonância, na área da saúde o aborto é visto como a retirada forçada do embrião ou feto antes dele ter possibilidade de sobrevida extrauterina, ou seja, quando a gestação encontra-se em torno da 20ª semana ou quando o feto tiver peso inferior a 500 gramas. Dentro das formas de aborto, podemos destacar duas delas: o aborto induzido, quando provocado de forma proposital e o aborto espontâneo, em consequências de causas naturais (5).

Importante distinguirmos o aborto terapêutico do eugênico. O primeiro se refere à interrupção da gestação quando a mulher está com uma implicação de saúde grave, "na qual a continuação da gestação poderia significar uma probabilidade mínima de êxito dos tratamentos disponíveis, uma sobrevivência mais breve, ou um grave atentado à sua saúde" (6). Por outro lado, o aborto eugênico significa a "eliminação do embrião atingido por uma grave deficiência" (7), impedindo que nasçam crianças com "enfermidades incuráveis ou de irremediáveis defeitos físicos ou mentais" (8).

O aborto terapêutico é aceitável considerando o *estado de necessidade*, no qual se faz a opção de escolha entre a vida da gestante, por ser essa a que se tem maior certeza de sobrevida, em relação ao feto. Ou seja, um bem digno de proteção e de respeito é sacrificado para que se possa salvar outro, ao qual é atribuído um valor ainda maior (9). Inclusive, no Brasil, esta é a exceção em se tratando de interrupção de gestação, conforme explicitado anteriormente.

Em se tratando do aborto eugênico, nos remetemos às anomalias congênitas, hoje facilmente diagnosticadas com a ultrassonografia. Com essa tecnologia, passa a existir um reconhecimento do novo ser em formação, dando visibilidade ao embrião e ao feto (10). Há autores que optam por utilizar o termo interrupção seletiva da gestação nos casos de anomalias fetais e utilizam-se da terminologia interrupção eugênica da gestação quando se trata de "valores racistas, sexistas, étnicos" (11).-

Hoje, a fim de se resguardarem, os médicos precisam de ordens judiciais expressas para realizar a prática do aborto nos casos em que a lei não autoriza expressamente.

Mesmo levando em conta a indicação médica para realização da interrupção de gestação, é preciso que haja a apreciação judicial para a efetivação desta prática, o que pode suscitar importantes conflitos éticos e morais.

Análise jurisprudencial dos pedidos de interrupção de gestação de fetos malformados

Para a realização deste trabalho, realizamos uma pesquisa jurisprudencial nos *sites* oficiais dos Tribunais de Justiça da região Sul do Brasil. Utilizando os marcadores específicos (aborto eugênico, aborto eugenésico, aborto terapêutico, aborto anencéfalo, interrupção de gestação), tendo como marco inicial a promulgação da atual Constituição Federal, 1988, encontramos a seguinte quantidade de decisões:

TABELA 1 – Número de acórdãos nos *sites* oficiais dos Tribunais de Justiça da região Sul.

Tribunais de Justiça	Aborto eugênico	Aborto eugenésico	Aborto terapêutico	Aborto anencéfalo	Interrupção de gestação
Rio Grande do Sul	10	---	10	1	57
Santa Catarina	---	---	---	---	7
Paraná	6	1	5	4	63

Uma vez que muitos pedidos relacionavam-se apenas a indenizações, das decisões acima continham relevância com o tema pesquisado – pedido de interrupção gestacional por anomalias fetais incompatíveis com a vida extrauterina –, os seguintes acórdãos:

TABELA 2 –Número de pedidos de interrupção gestacional por anomalias fetais incompatíveis com a vida extrauterina, obtidos nos sites oficiais dos Tribunais de Justiça da região Sul

Pedidos de interrupção de gestação	Anencefalia	Outras malformações fetais
Rio Grande do Sul	23	8
Santa Catarina	2	1
Paraná	10	0

Apesar de não termos localizado pedidos de interrupção de gestação de outras anomalias fetais no Paraná, podemos ver que no Rio Grande do Sul os casos que são levados aos Tribunais são pouco mais de um terço em comparação com os de anencefalia, e, em SC, constituem a metade.

Todavia, se observarmos a pesquisa realizada em 2008 (12) sobre casos de anencefalia no Rio Grande do Sul, veremos que na época tínhamos a metade das solicitações que temos hoje. Isso acarreta a preocupação com o crescente número de pedidos que chegam aos nossos Tribunais e o possível aumento com a decisão do STF, podendo ser feito, agora, analogia ao já decidido.

Das anomalias apresentadas nos pedidos temos: Síndrome de Patau; Síndrome de Edwards; Pentalogia de Cantrell; múltiplas malformações como hidrocefalia, ausência de rim esquerdo, displasia do rim direito, deformidade do polo cefálico e mielomeningocele; fetos unidos pelo tórax, compartilhando o mesmo coração; acrania e polidrâmnio; fetos com tecido encefálico no interior do crânio, em suspensão no líquido amniótico. Veremos, a partir de agora, uma breve análise de algumas destas malformações.

Malformações fetais e suas peculiaridades

Síndromes de Edwards e Patau

A trissomia 18, conhecida como síndrome de Edwards, e a trissomia 13, a síndrome de Patau, representam a segunda e a terceira trissomias autossômicas mais frequentes e clinicamente importantes entre crianças nascidas vivas, atrás apenas da trissomia 21, também conhecida como síndrome de Down (13, 14).

A trissomia 18 foi descrita inicialmente em 1960 por Edwards et al. (15), ocorrendo em cerca de 1 em cada 6.000 recém-nascidos (16) e com predominância de indivíduos do sexo feminino (17).

Dentre as principais características clínicas associadas à síndrome de Edwards, não se limitando, porém, a elas estão: distúrbios no sistema nervoso central, malformações oculares, malformações do nariz, fissura labial (lábio leporino) e/ou do palato, orelhas anormais, extremidades malformadas (polidactilia), problemas cardiovasculares, defeitos nos órgãos genitais e na linha média do plano corporal (18), entre dezenas de outras anomalias associadas encontradas na literatura (19).

Em relação ao prognóstico, aproximadamente 55 a 65% dos nativivos afetados acabam morrendo no intervalo da primeira semana de vida, aumentando para 90% aqueles que sobrevivem apenas 6 meses de idade, enquanto que apenas 5 a 10% sobrevivem ao primeiro ano (20).

Entretanto, pacientes com trissomia 18 em mosaico e trissomias parciais do cromossomo 18 apresentam maior sobrevida. Na literatura há relatos de pacientes com 15, 16 e 18 anos (21). Deste modo, a sobrevida parece relacionar-se à gravidade das malformações congênitas (22).

A trissomia 13 é uma condição clínica severa, descrita por Patau et al. em 1960 (23). A frequência é estimada em 1 em cada 10 mil nativivos (24), sendo a proporção sexual majoritariamente feminina, provavelmente devido à diminuição da sobrevida entre os homens (25).

O prognóstico de tal anomalia é bastante restrito: 82% dos pacientes morrem dentro de um mês, (26) sendo que 85% não chegam a completar um ano de vida, a maioria morrendo antes dos seis meses de idade (27).

O tempo de sobrevivência depende tanto da manifestação citogenética, trissomia completa, em mosaico ou parcial do cromossomo 13, quanto das malformações associadas. Existe, no entanto, relatos de um pequeno número de pacientes portadores desta síndrome que sobrevivem ao primeiro ano e raros casos de pacientes que viveram mais tempo, dentre eles, o de uma menina com 11 anos de idade (28).

A severidade da trissomia 13 está associada com numerosas malformações do sistema nervoso central, sistema cardíaco e circulatório e sistema urogenital, limitando, destarte, a taxa de sobrevivência (29). A presença de microftalmia, lábio leporino/fenda palatina e polidactilia apresenta-se em grande parte dos pacientes, compondo a tríade fenotípica característica (30).

Em ambos os casos, o diagnóstico clínico se dá através da realização do um estudo cromossômico. Nos casos de síndrome de Edwards, aproximadamente 80% dos casos se devem à trissomia completa do cromossomo 18, 10% resulta em uma trissomia parcial deste cromossomo, sendo os 10% restantes resultantes de mosaicos de linhagens celulares normais e trissomia 18 (31).

Por sua vez, em 80% dos casos, a síndrome de Patau decorre da trissomia 13 livre ou completa do cromossomo 13, enquanto que 20% dos casos ocorrem em razão de translocações e cerca de 5% dos casos são mosaicos com uma linhagem celular normal (32).

Pentalogia de Cantrell

A Pentalogia de Cantrell, uma rara anomalia congênita, foi descrita primeiramente em 1958 por Cantrell et al., caracterizando-se pelo defeito na parte inferior do esterno, defeito da parede abdominal supraumbilical, defeito no pericárdio diafragmático, defeito na porção anterior do diafragma e anomalias cardíacas congênitas (33).

Tal anomalia distingue-se das hérnias diafragmáticas, uma vez que a falha do diafragma resulta da falência total ou parcial do septo transverso (34). Sua incidência é estimada em 1 a cada 65.000 nascidos vivos, com maior prevalência do sexo masculino (35).

A Pentalogia de Cantrell em sua forma completa é uma síndrome rara e bastante severa, entretanto formas incompletas com uma combinação de dois ou três defeitos são frequentemente reportados (36).

O prognóstico, considerado reservado, está associado ao grau de exposição e malformação intracardíaca e de demais malformações associadas. De modo geral, a maior parte dos nascituros vem a óbito nas primeiras horas ou nos primeiros dias de vida (37).

A intervenção cirúrgica é utilizada como terapêutica, a fim de corrigir precocemente os defeitos existentes, recomendando-se a cobertura imediata do coração, bem como das demais estruturas abdominais expostas, e a avaliação e correção dos defeitos intracardíacos (38).

Acrania e Polidrâmnio

A acrania fetal constitui-se como uma anomalia congênita rara caracterizada pela ausência completa ou parcial dos ossos do crânio que circundam o cérebro fetal, apresentando, assim, uma grande saliência de tecido cerebral. Em razão de sua gravidade, a maioria dos casos corresponde a natimortos, sendo considerada assim uma malformação incompatível com a vida extrauterina (39, 40).

Tal malformação é considerada uma precursora, do ponto de vista embriológico, da anencefalia, onde estão presentes estruturas faciais e da base do cérebro. No entanto, sua incidência é muito menor do que a anencefalia, sendo raramente relatada em embriões humanos (41).

Polidrâmnio, sob o ponto de vista clínico, remete ao excesso de líquido amniótico, podendo ser agudo ou crônico, mais precisamente delimitado como um volume de líquido amniótico maior que 2.000 ml ou como um bolsão de líquido amniótico com diâmetro vertical maior que 8 cm ou mesmo um índice de líquido amniótico acima de 240 mm. Vale salientar que o líquido amniótico é extremamente importante no desenvolvimento da gestação, sendo amplamente conhecidos diversos benefícios no que tange à proteção no espaço fetal e na associação com o adequado desenvolvimento do feto e de seus sistemas (42).

Assim sendo, a variação demasiada no volume do líquido amniótico está, certamente, associada com o aumento da morbidade fetal e perinatal, bem como a associação ainda de algumas condições, a exemplo da macrossomia fetal, doenças cardíacas fetais, malformações do Sistema Nervoso Central, entre outras (43). A etiopatogenia admitida como a relação entre a polidramnia e as anomalias congênitas fetais ocorre em 60% dos casos (44), remetendo-nos assim ao caso reportado aos Tribunais da presença de ambas as anormalidades, ou da associação de uma em detrimento da outra.

Feto diagnosticado com múltiplas malformações

O pedido de interrupção de gestação no caso do feto diagnosticado com múltiplas malformações (hidrocefalia, ausência de rim esquerdo, displasia do rim direito, deformidade do polo cefálico e mielomeningocele) exemplifica uma questão bastante importante e que ocorre também nas demais síndromes apresentadas: se, por um lado, o grau de desenvolvimento e/ou estágio de malformação é imprescindível no prognóstico destes casos, por outro não podemos deixar de ressaltar as inúmeras malformações fetais associadas à anomalia e sua contribuição determinante na expectativa de vida extrauterina.

Argumentos utilizados pelos magistrados nos pedidos de autorização para interrupção de gestação

Ao analisarmos os pedidos de interrupção de gestação de fetos diagnosticados com malformações fetais, percebemos que tanto os pedidos quando a fundamentação dos julgadores se equipara aos casos de anencefalia levados aos Tribunais.

Uma argumentação sempre presente diz respeito ao risco materno gestacional (45, 46), buscando, com isso, a justificativa para um aborto terapêutico. Essa fundamentação se faz imprecisa, pois qualquer gestação, independente do feto apresentar ou não malformações, pode acarretar algum risco à mulher.

A busca por essa equiparação dos casos de malformação fetal com o aborto terapêutico – que é aceito em nossa legislação –, nem sempre é acatada por to-

dos, tendo sido, inclusive, afirmado em decisão que esse tipo de aborto é o eugênico: "pretende-se, portanto, o chamado aborto eugênico, que nossa desatualizada lei penal não admite, embora a justiça criminal brasileira venha autorizando[...]."[47]

Quando se trata de permissão para a prática do aborto, a terminologia utilizada pelos julgadores é o aborto terapêutico, apesar do mesmo não se enquadrar no contexto ora apresentado. Muito embora seja feita uma referência ao aborto eugênico, invariavelmente, este por si só não autoriza a interrupção de gestação.

Há ainda magistrados os quais ressaltam que somente nas gestações de fetos diagnosticados com anencefalia existiria o risco à vida da gestante e não se aplicaria às outras malformações. Nesse sentido, explana o jurista que "[...] não há risco para a paciente, a síndrome apresentada não se trata de fetos anencéfalos, portanto não teria o poder legal de mandar interromper a gravidez indesejada, suprimindo a vida da criança" (48). O referido fato não apresenta embasamento científico suficiente para tal afirmação, conforme se pode inferir inclusive da própria decisão do STF.

Ressalta-se que, em muitos casos, ocorre uma demora excessiva por parte dos Tribunais, ocasionando a perda do objeto do pedido, por ter a mãe perdido o feto de forma espontânea (49), ou por já ter dado à luz ao seu filho (50).

Ao analisarmos os votos dos ministros do STF, destacamos no voto do ministro Luiz Fux três importantes conclusões sobre interrupção de gestação de fetos anencéfalos: 1º) a expectativa de vida do feto anencéfalo fora do útero é efêmera; 2º) as técnicas contemporâneas que demonstram como o feto está na sua plenitude de saúde são seguras; 3º) não há, até hoje, expectativa de reversibilidade desta anomalia (51). Esse posicionamento do referido ministro pode ser utilizado nas demais malformações fetais, pois é vago e amplo.

Sugere o magistrado que seja feita uma releitura, tendo em vista as necessidades científicas e sociais, do artigo 128 do Código Penal. Remete-se o julgador ao anteprojeto do novo Código Penal, o qual pretende prever no seu artigo 127, III, o aborto como permitido nos casos atestados por dois médicos de que o feto "apresenta graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável". O Código atual (promulgado em 1940), não teria como prever essas anomalias, haja vista que o primeiro estudo sobre o uso do ultrassom se deu em 1940. Imprescindível, portanto, essa revisão legal, por parte do Poder Legislativo (52).

A questão do *slippery slope* e a interrupção da gestação de neonatos anencéfalos

A recente decisão do STF na ADPF n° 54, referida anteriormente, tendo a sua decisão relatada pelo Ministro Marco Aurélio, transcorre acerca da importância de se entender o caso dos nascituros anencéfalos na descriminalização do aborto. Os argumentos são construídos nesse sentido. Contudo, vislumbramos a possibilidade de que o presente possa abrir precedentes a outros casos envolvendo diferentes malformações incompatíveis com a vida extrauterina. Para ilustrar, vamos procurar analisar os pontos nevrálgicos que fundamentam a descriminalização do aborto envolvendo nascituros acometidos por malformação anencefálica.

Um ponto importante da decisão diz respeito à defesa de que o anencéfalo consiste em um natimorto, uma vez que, dada as características de sua anomalia, apresenta morte cerebral, o que é incompatível com a vida extrauterina, argumento este utilizado para diferenciar tal anomalia de outras malformações congênitas que apresentam prognóstico reservado, que não necessariamente são fetos natimortos. No entanto, muito embora estejamos frente a um caso de morte cerebral, esta não pode equiparar-se à morte encefálica, prevista na Resolução 1.480, de 1997, do CFM (53). A morte encefálica, importante esclarecer, implica a cessação irreversível das funções circulatórias e respiratórias ou a cessação irreversível das funções de todo o encéfalo, incluindo o tronco encefálico (54), distinta da anomalia apresentada pelos neonatos anencéfalos que, embora apresentem ausência ou apenas vestígios de parte da formação cerebral, podem possuir um tronco encefálico em funcionamento, não sendo considerado pelas normas médicas e legais como um indivíduo morto. Assim, a referida decisão pode acabar dando margem a outras interpretações, uma vez que a morte cerebral não pacificamente configura a morte de um indivíduo, tendo sido, em nossa opinião, uma construção argumentativa que mais se encaixa em aborto eugênico por malformação incompatível com a vida extrauterina. Como afirma Singer, os "danos permanentes em partes do cérebro responsáveis pela consciência podem também implicar que os pacientes se encontrem num 'estado vegetativo persistente', uma situação em que tronco cerebral e o sistema nervoso central continuam a funcionar, embora a consciência esteja irreversivelmente perdida. *Mesmo hoje, nenhum sistema jurídico considera como mortos aqueles que estão num estado vegetativo persistente*" (grifo nosso) (55).

Nesse sentido, não estamos afirmando que não sejam válidos os argumentos trazidos pelo acórdão, absolutamente. O que chamamos a atenção é para o fato de que a linha argumentativa utilizada pelos ministros do STF, em especial a prolatada pelo relator da ADPF n° 54, pode ser aplicada a outros casos de malformações fetais incompatíveis com vida extrauterina. A morte cerebral como critério descriminalizador obedece a um raciocínio utilitarista que, muito embora possa ser empregado em um sentido ético-prático, ou seja, a partir de um caso específico, não pode ser desvinculado de sua possibilidade de aplicação universal. Também sabemos que a própria definição de morte encefálica, nos seus primórdios, em 1968, foi construída pelo *The Ad Hoc Committee*

of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death a partir de um viés utilitarista, na busca de um maior número de órgãos para fins de transplantes, em especial o de coração, técnica incipiente para a época, como o próprio Singer sinaliza: "O critério de morte cerebral não é mais do que uma ficção conveniente. Foi proposto e aceito devido às vantagens que oferecia tanto no que respeitava ao salvamento de pessoas necessitadas de transplantes de órgãos como à suspensão do tratamento médico inúteis" (56). Importante salientar que este novo conceito de morte passou a ser aceito no Brasil desde 1990 pelo CFM (57).

Por mais imperativo que seja o teor argumentativo da morte cerebral em conjunto com a defesa de uma antecipação terapêutica da gestação de anencéfalo, cuja expressão é aplicada de forma eufemística, este não limitar-se-á ao presente caso. Vislumbra-se no voto do relator a importância em afastar o termo aborto eugênico em preferência ao de aborto terapêutico. Contudo, como supra-analisado, podemos inferir que caso de aborto por anencefalia não condiz com um caso de aborto terapêutico (ou necessário, pela denominação do nosso Código Penal brasileiro), cuja necessidade versa sobre a vida da mãe; mas de aborto eugênico ou eugenésico, cujo fundamento recai em decorrência da malformação fetal propriamente dita. Assim sendo, devido às novas ferramentas tecnológicas, bem como dos novos valores fomentados pelo desenvolvimento científico, necessitamos afastar os preconceitos ideológicos a determinados termos, como os que envolvem a eugenia, que podem muito bem ser aceitos em determinados casos. Torna-se, portanto, em nossa opinião, mais importante desenhar os pilares do que configurar o aborto eugênico, procurando debater os limites e os casos em que este seria pertinente.

O advento das novas técnicas de diagnósticos de malformações fetais, ainda intrauterinamente, possibilitaram a descriminalização do aborto de neonatos anencéfalos no Brasil. É pelo mesmo motivo que talvez seja propício a discussão sobre a aceitabilidade de novas solicitações de interrupção da gestação baseadas em distintas malformações incompatíveis com a vida extrauterina, caracterizando-se aqui o fenômeno do *slippery slope*.

Este modelo, proposto em 1985 por Schauer (58), utilizado na bioética, remete à ideia de uma "ladeira escorregadia", ou seja, um mecanismo pelo qual a consideração ou admissão de um determinado comportamento ou ação, analisado em determinada circunstância, com características relevantes para este processo de admissão, abra uma prescrição ampla a circunstâncias semelhantes, podendo levar no futuro a eventos não desejáveis ou não presumíveis (59). Esta objeção aqui se consiste na tese de que a permissão do aborto em alguns casos acarretaria a permissão para a realização do mesmo ato em outras circunstâncias. Posição esta já sinalizada em outra pesquisa realizada em relação aos casos envolvendo neonatos anencáfalos (60).

Assim, podemos inferir que outros casos de abortos eugênicos possam ser fundamentados a partir da ampliação do entendimento da argumentação utilizada na recente decisão. A fundamentação do julgamento nos dá esta margem na sequência de sua construção teórica, em especial quando confronta o direito à vida com os direitos envolvendo a gestante. Dentro do que expusemos, acreditamos que aqui ainda persistem argumentos utilitaristas em consonância ao discurso descriminalizante, pois a defesa da dignidade humana da mulher, a partir de sua autodeterminação corporal, se sobrepõe ao interesse do nascituro acometido por uma malformação congênita como da anencefalia. Muito embora se procure limitar tal argumento aos casos dos fetos anencéfalos, uma vez que este apresenta baixa potencialidade de vida, não há como não observarmos que tal argumento universalizado pode acabar servindo de referência a outros diferentes casos envolvendo malformações fetais incompatíveis com a vida extrauterina. Dentro da lógica consequencialista, nota-se que da decisão prepondera o direito da mãe em interromper a gestação, uma vez que do mesmo decorra algum risco à sua saúde física e psicológica. Inclusive, o próprio Código Penal brasileiro descriminaliza o aborto humanitário (de uma gravidez oriunda de um estupro, independente do estado de saúde do nascituro), assim como no caso de aborto necessário ou terapêutico (em decorrência do risco de vida à mãe). Como bem fundamentado pelo relator Min. Marco Aurélio, a gravidez pode também acarretar um sofrimento psicológico à mulher que carrega dentro de si um feto cujas expectativas de vida sejam diminuídas.

Mirando os casos envolvendo anencefalia, a gestação compulsória seria considerada o equivalente ao exercício de tortura à mulher, devido ao abalo à saúde mental da gestante, tutelado tanto pelo direito pátrio quanto pelos documentos e declarações internacionais de direitos humanos: "[...] a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito" (61). Dentro dessa premissa, segue o voto do relator: "Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo" (62).

CONCLUSÃO

Do exposto, observam-se argumentos construídos em relação a um caso específico, mas que podem servir de embasamento para casos não previstos ou ora refutados. Os argumentos contidos nos pedidos de interrupção de gravidez envolvendo outras malformações fetais graves incompatíveis com vida, em especial as já citadas neste trabalho, apresentam o mesmo condão basilar sobre a autonomia reprodutiva da mulher, bem como de sua saúde física e mental. O próprio relator reconhece que "[...] cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. [...]. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres" (63).

Invariavelmente, esses são valores presentes nos demais casos de malformações fetais incompatíveis com a vida extrauterina. Isso nos remete à possibilidade da ocorrência do fenômeno denominado na bioética de s*lippery slope*, já citado acima, onde a construção de determinados critérios e argumentos previstos para casos específicos pode acabar servindo para outros casos análogos não previstos ou indesejados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro [internet]. Rio de Janeiro, RJ; 1940 [capturado 2012 Mai 04]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.
2. Gilaberte B. Direito penal III: dos crimes contra a vida aos crimes contra o respeito aos mortos. Rio de Janeiro: Thomson; 2006. p. 110.
3. Marques JF. Tratado de direito penal. Campinas: Millenium; 2002. p.161.
4. Hottois G, Parizeau MH. Dicionário de bioética. Lisboa: De Boeck Wesmael; 1993. p. 23.
5. Stedman TL. Stedman: dicionário médico. 25ª ed. Tradução de Claúdia Lúcia Caetano de Araújo et al. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 1996. p. 3.
6. Hottois G, Parizeau MH. Op. cit. p. 27.
7. _____. Op. cit. p.27.
8. Gilaberte B. Op. cit. p. 122.
9. Hottois G, Parizeau MH. Op.cit. p. 28.
10. Faúndes A, Barzelatto J. O drama do aborto: em busca de um consenso. Campinas: Editora Komedi; 2004. p. 17.
11. Costa SIF, Oselka G, Garrafa V. Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 1998. p. 126.
12. Rocha AR, Silva AC, Almeida Neto JB, Possamai FV, Feijó AGS, Pithan LH. Análise teórico-reflexiva sobre decisões judiciais do TJRS em relação ao aborto de fetos anencéfalos. Direito & Justiça. 2008;34(1):41-59.
13. Jacobs PA. The role of chromosome abnormalities in reproductive failure. Reprod Nutr Dev. 1990;Suppl 1:63s-74s apud Sugayama SMM, Kim CA, Leone CR, Diniz EMA, Koiffmann CP, Gonzalez CH. História natural de 24 pacientes com trissomia 18 (síndrome de Edwards) e de 20 pacientes com trissomia 13 (síndrome de Patau). Pediatria. 1999;21(1):69-77.
14. Chen EZ, Chiu RW, Sun H, Akolekar R, Chan KC, Leung TY et al. Noninvasive prenatal diagnosis of fetal trisomy 18 and trisomy 13 by maternal plasma DNA sequencing [internet]. PLoS One. 2011[capturado 2012 Abr 25];6(7):e21791. Disponível em: http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0021791.
15. Edwards JH, Harnden DG, Cameron AH, Crosse VM, Wolff OH. A new trisomic syndrome. Lancet. 1960;1:787-789 apud Sugayama SMM, Kim CA, Leone CR, Diniz EMA, Koiffmann CP, Gonzalez CH. Op. cit.
16. Driscoll DA, Gross S. Clinical practice: prenatal screening for aneuploidy. NEngl J Med. 2009 Jun 11;360(24):2556-2562.
17. Texas Department of State Health Services Birth Defects Epidemiology and Surveillance. Birth defect risk factor series: trisomy 18 (Edwards syndrome) [internet]. 2007 Mar [capturado 2012 Abr 22]. Disponível em: http://www.dshs.state.tx.us/birthdefects/risk/risk11-trisomy18.shtm.
18. _____. Op. cit.
19. Hodes ME, Cole J, Palmer CG, Reed T. Clinical experience with trisomies 18 and 13 [internet]. J Med Genet. 1978 Feb [capturado 2012 Abr 22];15(1):48-60. Disponível em: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1012823/pdf/jmedgene00296-0054.pdf.
20. Sugayama SMM, Kim CA, Leone CR, Diniz EMA, Koiffmann CP, Gonzalez CH. Op. cit.
21. Schintzel A. Catalogue of unbalanced chromosome aberrations in man. 2ª ed. Berlin: Walter de Gruyter; 2001.
22. De Grouchy J, Turleau C. Atlas de las endermedades cromossômicas. Barcelona: Marín; 1978 apud Koiffmann CP, Gonzalez CH. Trissomia 18 ou Síndrome de Edwards. Pediatria. 1992;14:104-106.
23. Patau K, Smith DW, Therman E, Inhorn SL, Wagner HP. Multiple congenital anomaly caused by an extra autosome. Lancet 1960;1:790-793 apud Duarte AC, Menezes AIC, Devens ES, Roth JM, Garcias GL, Martino-Roth MG. Patau syndrome with a long survival: a case report. Genet. Mol. Res. 2004;3(2):288-292.
24. Driscoll DA, Gross S. Op. cit.
25. Best RG, Stallworth J, Dacus JV. Patau syndrome [internet]. e-Medicine Journal (Pediatrics). 2001 Sep 14 [capturado 2012 Abr 25];2(9). Disponível em: http://emedicine.medscape.com/article/947706-overview.
26. _____. Op. cit.
27. Wiedemann HR, Grosse FR, Dibben H. Característica das Síndromes em Pediatria. São Paulo: Editora Manole Ltda; 1980 apud Duarte AC, Menezes AIC, Devens ES, Roth JM, Garcias GL, Martino-Roth MG. Op. cit.
28. Zoll B, Wolf J, Lensing-Hebben D, Pruggmayer M, Thorpe B. Trisomy 13 (Patau syndrome) with an 11-year survival. Clin Genet. 1993 Jan;43(1):46-50.
29. Duarte AC, Menezes AIC, Devens ES, Roth JM, Garcias GL, Martino-Roth MG. Op. cit.
30. _____. Op. cit.
31. De Grouchy J, Turleau C. Trisomie 18. In: De Grouchy J, Turleau C, editors. Atlas des maladies chromosomiques. Paris: Expansion Scientifique Française; 1977b:200-203 apud Sugayama SMM, Kim CA, Leone CR, Diniz EMA, Koiffmann CP, Gonzalez CH. Op. cit.
32. _____. Trisomie 13. In: De Grouchy J, Turleau C, editors. Atlas des maladies chromosomiques. Paris: Expansion Scientifique Française; 1977a:162-163 apud Sugayama SMM, Kim CA, Leone CR, Diniz EMA, Koiffmann CP, Gonzalez CH. Op. cit.
33. Cantrell JR, Haller JA, Ravitch MM. A syndrome of congenital defects involving the abdominal wall, sternum, diaphragm, pericardium, and heart. Surg Gynecol Obstet. 1958;107(5):602-14 apud Jafarian AH, Omidi AA, Fazel A, Sadeghian H, Joushanc B. Pentalogy of Cantrell: a case report. J Res Med Sci. 2011 Jan; 16(1):105-109.
34. Hazin S, Vieira J, Gomes C, Tenório E, Moraes Neto F, Lapa C et al. Pentalogia de Cantrell: relato de caso. Rev Bras Cir Cardiovasc. Dez 1995;10(4):211-213.
35. Falcão JLAA, Falcão SNRS, Sawicki WC, Liberatori Filho AW, Lopes AC. Síndrome de Cantrell: relato de caso em adulto. Arq Bras Cardiol. 2000;75(4):326-328.

36 Jafarian AH, Omidi AA, Fazel A, Sadeghian H, Joushanc B. Op. cit.
37 _____. Op. cit.
38 Jatene MB, Anbar R, Oliveira PM, Abellan DM. Correção de ectopia cordis e onfalocele em recém-nascido: relato de caso operado com sucesso. Rev Bras Cir Cardiovasc. 2004;19(4):402-404.
39 Amin MU, Mahmood R, Nafees M, Shakoor T. Fetal acrania: prenatal sonographic diagnosis and imaging features of aborted fetal brain [internet]. J Radiol Case Rep. 2009 [capturado 2012 Abr 22];3(7):27-34. Disponível em: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3303320/?tool=pubmed.
40 Renuka IV, Sasank R, Indira Devi S, Vasundhara M. Exencephaly in a live, full term fetus [internet]. J Pediatr Neurosci. 2009 Jul-Dec [capturado 2012 Abr 25];4(2):134-136. Disponível em: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3162784/?tool=pubmed.
41 _____. Op. cit.
42 Dertkigil MSJ, Cecatti JG, Cavalcante SR, Baciuk EP, Bernardo ALA. Líquido amniótico, atividade física e imersão em água na gestação. Rev. Bras. Saude Mater. Infant. 2005;5(4):403-410.
43 _____. Op. cit.
44 MEDMAP. Mapas Interativos do Curso de Medicina da UFF. Polidramínia e Oligodramínia [internet]. [capturado 2012 Abr 24]. Disponível em: http://medmap.uff.br/index.php?option=com_content&task=view&id=231&Itemid=.
45 Rio Grande do Sul. Petição nº 70041279639 [internet]. Terceira Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ivan Leomar Bruxel. 2011 Fev 25 [capturado 2012 Abr 22]. Disponível em: http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=270866&ano=2011.
46 _____. Apelação Criminal nº 70026983445 [internet]. Terceira Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos. 2008 Out 30 [capturado 2012 Abr 22]. Disponível em: http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1609414&ano=2008.
47 _____. Apelação Criminal nº 70002111508 [internet]. Câmara Especial Criminal. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Carlos Cini Marchionatti. 2001 Mar 9 [capturado 2012 Abr 22]. Disponível em: http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=121182&ano=2001.
48 _____. Apelação Criminal nº 70026983445 [internet]. Terceira Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos. 2008 Out 30 [capturado 2012 Abr 22]. Disponível em: http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1609414&ano=2008.
49 _____. Apelação Criminal nº 70002111508 [internet]. Câmara Especial Criminal. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Carlos Cini Marchionatti. 2001 Mar 9 [capturado 2012 Abr 22]. Disponível em: http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=121182&ano=2001.
50 _____. Apelação Criminal nº 70022021596 [internet]. Primeira Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ivan Leomar Bruxel. 2008 Abr 23 [capturado 2012 Abr 22]. Disponível em: http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=453390&ano=2008.
51 Fux L. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Supremo Tribunal Federal. Relator: Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal; 2012 Abr 12. p. 7
52 _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Supremo Tribunal Federal. Relator: Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal; 2012 Abr 12. p. 15.
53 Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.480, de 08 de agosto de 1997. Dispõe sobre os critérios para diagnóstico de morte encefálica. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil; 1997 Ago 21.
54 President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioural Research. Guidelines for the determination of death. Report of the medical consultants on the diagnosis of death to the President's Commission for the study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioural Research. JAMA. 1981;246:2184-2218.
55 Singer P. Escritos sobre uma vida ética.1ª ed. Lisboa: Dom Quixote; 2008. p. 185.
56 _____. Op. cit. p. 187.
57 President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioural Research. Guidelines for the determination of death. Op. cit.
58 Campbell A. Eutanásia e o princípio de justiça. Bioética. 1999;7(1):49-57.
59 Feldhaus C. Hare e o problema da ladeira escorregadia. Ética. 2003;2(2):173-191.
60 Rocha AR, da Silva AC, de Almeida Neto JB, Possamai FV, Feijo AGS, Pithan LH. Op. cit.
61 Aurélio M. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Supremo Tribunal Federal. Relator: Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal; 2012 Abr 12. p.71.
62 _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Supremo Tribunal Federal. Relator: Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal; 2012 Abr 12. p. 67.
63 _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Supremo Tribunal Federal. Relator: Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal; 2012 Abr 12. p. 76.

✉ Endereço para correspondência
Instituto Bioética
Av.Ipiranga 6681/703
90.619-900 – Porto Alegre, RS – Brasil
☎ (51) 3320-3679
institutobioetica@pucrs.br

Recebido: 8/5/2012 – Aprovado: 11/5/2012