

Aborto e razão pública: o desafio da anencefalia no Brasil

Debora Diniz*

Ana Cristina Gonzalez Vélez**¹

RESUMO

Este artigo analisa o desafio jurídico e ético imposto pela anencefalia ao debate sobre direitos reprodutivos no Brasil. O fio condutor da análise é o pronunciamento de voto de um dos juízes, Cezar Peluso, por ocasião da cassação da liminar, em outubro de 2004. Dos 11 juízes do Supremo Tribunal Federal, 7 juízes votaram a favor da cassação. Os argumentos pela cassação foram de duas ordens: por questões processuais e por valores morais cristãos. O texto do voto do juiz Peluso é curto, mas condensa grande parte da argumentação moral contrária ao reconhecimento da interrupção da gestação em caso de anencefalia como um direito reprodutivo no País. O artigo demonstra como o debate sobre o aborto provoca os fundamentos constitucionais da laicidade do Estado brasileiro e expõe a fragilidade da razão pública em temas de direitos reprodutivos, em especial sobre o aborto. **Palavras-chave:** aborto; interrupção da gestação; anencefalia; razão pública; Estado laico; Suprema Corte.

Abortion and public reason: the challenge of anencephaly in Brazil

ABSTRACT

This article analyses the ethical and legal challenges imposed by anencephaly upon re-

* É antropóloga

** É médica.

¹ Agradecemos a leitura atenta e os comentários de Samantha Buglione e Roger Rios.

productive rights in Brazil. The case study is a Supreme Court vote by one of its judges, Cezar Peluso, about the cancellation of the preliminary injunction of anencephaly in October, 2004. Brazilian Supreme Court has 11 judges and 7 of them were in favor of the cancellation of the preliminary injunction which authorized women to abort in case of anencephaly in the fetus. The cancellation arguments were basically two: procedural reasons and Christian moral values. The text from judge Peluso was short, but was representative of the moral argumentation against the right to abort in case of anencephaly in the fetus. This article shows how the abortion debate forces the fundamentals of the Brazilian secular state and demonstrates the weakness of the public reason to mediate reproductive rights in Brazil, mainly abortion.

Keywords: abortion; interruption of pregnancy; anencephaly; public reason; secular State; Supreme Court.

Aborto y razón pública: el desafío de la anencefalia en Brasil

RESUMEN

Este artículo analiza el desafío jurídico y ético impuesto por la anencefalia al debate sobre derechos reproductivos en Brasil. El hilo conductor del análisis es el pronunciamento que hiciera durante su voto uno de los jueces, Cezar Peluso, en la ocasión de la casación de la autorización provisional de anencefalia, en octubre de 2004. De los once jueces del Tribunal Supremo de Justicia, 7 jueces votaron a favor de la casación de la autorización provisional. Los argumentos fueron de dos órdenes: por razones del proceso y por valores morales cristianos. El texto del voto del juez Peluso es corto, pero condensa gran parte de la argumentación moral contraria al reconocimiento de la interrupción de la gestación en el caso de anencefalia, como un derecho reproductivo

en el País. El artículo demuestra cómo el debate sobre el aborto provoca los fundamentos constitucionales acerca de la laicidad del Estado brasileño y expone la fragilidad de la razón pública en temas de derechos reproductivos, en especial sobre el aborto.

Palabras clave: aborto; interrupción de la gestación; anencefalia; razón pública; Estado laico; Corte Suprema de Justicia.

A integridade física e biológica da vida intra-uterina também está em jogo. Depois, o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento... Nem quero discorrer sobre o aspecto moral e ético – não me interessa – de como o sofrimento pode, em certas circunstâncias, até engrandecer pessoas...
(Peluso, 2004).

Introdução

Estas foram algumas das palavras do juiz da Suprema Corte brasileira, Cezar Peluso, para justificar seu voto favorável à cassação da liminar que, durante quatro meses, autorizou mulheres a interromper a gestação em caso de anencefalia no feto. Uma liminar foi concedida pelo ministro Marco Aurélio Mello à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde, em abril de 2004 (Barroso, 2005). A ADPF é um instrumento jurídico pouco utilizado na jurisprudência brasileira, pois permite que a sociedade civil interpele diretamente a Suprema Corte. O argumento jurídico e ético proposto na ação era de que, por ser a anencefalia uma malformação incompatível com a sobrevivência do feto fora do útero, a interrupção da gestação, neste caso, não deveria ser tipificada como crime, mas como um procedimento médico amparado em princípios constitucionais como o direito à saúde, à dignidade, à liberdade e a estar livre de tortura (Barroso, 2004). A estratégia argumentativa da ação foi a de demonstrar que outros princípios constitucionais devem fazer parte do debate público e político sobre o aborto. A

anencefalia foi um recurso metodológico para a imposição de uma nova argumentação ao permitir suplantando a retórica cristã tradicional do aborto como um atentado a uma vida humana em potencial.

A anencefalia é um distúrbio de fechamento do tubo neural diagnosticável nas primeiras semanas de gestação. Por diversas razões, o tubo neural do feto não se fecha, deixando o cérebro exposto (NIDS, 2007). O líquido amniótico gradativamente dissolve a massa encefálica, impedindo o desenvolvimento dos hemisférios cerebrais. A imagem ecográfica de um feto anencefálico assemelha-se à de um sapo ou de uma coruja pelo profundo achatamento da cabeça devido à ausência dos ossos do crânio e da massa encefálica. Não há tratamento, cura ou qualquer possibilidade de sobrevivência de um feto com anencefalia. Em mais da metade dos casos, os fetos não resistem à gestação, e os poucos que alcançam o momento do parto sobrevivem minutos ou horas fora do útero. O Brasil é o quarto país do mundo em número de partos de fetos com anencefalia (ANIS, 2004). Isso não significa que as mulheres brasileiras tenham uma maior propensão à gestação de fetos anencefálicos, mas sim que o Brasil possui uma das legislações mais restritivas, obrigando as mulheres a manterem-se grávidas a despeito do diagnóstico da inviabilidade fetal.

O argumento jurídico e ético da ação apresentada à Suprema Corte baseou-se na certeza científica da impossibilidade da vida extra-uterina do feto. A anencefalia exige uma reconfiguração dos termos descritivos tradicionalmente utilizados no debate sobre o aborto em países com forte tradição moral cristã. Os principais argumentos morais contrários à legalização do aborto no Brasil amparam-se em valores cristãos sobre o sentido da existência ou início da vida. Muito embora uma democracia laica não necessite de consenso religioso sobre esta matéria para legalizar o aborto, o debate sobre a anencefalia foi capaz de suplantando o dilema moral paralisante sobre a moralidade do aborto ao atestar a inviabilidade fetal (Diniz, 2007d). A superação da retórica tradicional que sustenta a imoralidade do aborto no pressuposto de que seria um ato contra uma vida em potencial permitiu que novos argumentos éticos fossem colocados na mesa de discussões políticas. Não havendo expectativa ou

potencialidade de vida extra-uterina, qual bem jurídico ou social seria protegido ao se proibir uma mulher de interromper a gestação? O que significa "integridade física e biológica da vida extra-uterina" no caso de anencefalia no feto? Como o sofrimento involuntário provocado pelo dever de se manter grávida pode dignificar ou engrandecer as mulheres? Como estender princípios éticos como a dignidade da pessoa humana a um feto senão por valores metafísicos? Não há respostas razoáveis para estas perguntas, exceto se deslocarmos o debate do campo da razão pública para o dos argumentos religiosos, um deslocamento que, inesperadamente, a Corte Suprema brasileira realizou ao cancelar a liminar de anencefalia.

Este artigo analisa o desafio jurídico e ético imposto pela anencefalia ao debate sobre direitos reprodutivos no Brasil, em especial o direito à interrupção da gestação. Dado o atual cenário do debate na Suprema Corte, o fio condutor da análise será o pronunciamento de voto de um dos juízes, Cezar Peluso, por ocasião da cassação da liminar, em 20 de outubro de 2004 (Peluso, 2004). Dos 11 juízes da Suprema Corte, 7 juízes votaram a favor da cassação, inclusive a única juíza. Os argumentos pela cassação foram de duas ordens: por questões processuais e por valores morais cristãos. O texto do voto do juiz Peluso é curto, mas condensa grande parte da argumentação moral contrária ao reconhecimento da interrupção da gestação em caso de anencefalia como um direito reprodutivo no País. A passionalidade da argumentação jurídica e a metafísica cristã são duas características marcantes do voto e, por isso, permitem uma análise em profundidade dos argumentos em pauta no universo jurídico desde a apresentação da ação à Suprema Corte, em junho de 2004. O objetivo do artigo é demonstrar o quanto o debate sobre o aborto provoca os fundamentos constitucionais da laicidade do Estado brasileiro e expõe a fragilidade da razão pública em temas de direitos reprodutivos, em especial sobre o aborto.

Suprema Corte e razão pública

O aborto é qualificado como crime segundo o Código Penal brasileiro, editado em 1940. Há so-

mente dois excludentes de penalidade: em caso de risco de morte para a mulher e quando a gravidez for resultante de estupro. A sustentação moral é que o aborto seria um atentado contra uma vida em potencial, por isso o aborto seria uma ameaça ao direito do feto a se manter vivo e transformar-se em uma criança (Finnis, 1973). A tese da potencialidade fundamenta-se, por sua vez, em pressupostos morais sobre a sacralidade da vida humana: qualquer expressão biológica humana deveria ser protegida pelo Estado, mesmo as formas mais rudimentares, como é o caso de um embrião ou de um feto. Este antropocentrismo está expresso na regulamentação jurídica ou legislativa das inúmeras questões reprodutivas, como é o caso do aborto, dos métodos anticonceptivos ou das tecnologias conceptivas. O resultado é que a controvérsia moral que acompanha o aborto é antes uma expressão da capitalização deste antropocentrismo em nosso sistema simbólico do que de fato um confronto de argumentos razoáveis sobre direitos ou deveres no campo reprodutivo (Diniz, 2007b).

Em matéria de aborto, a tendência legislativa brasileira é conservadora, o que pode vir a representar uma revisão dos dois permissivos legais do Código Penal, inclusive de forma a revogá-los ou torná-los ainda mais restritivos. Na última década, houve tentativas frustradas de emendas constitucionais para revogar os excludentes de penalidade do aborto ao sustentar o pressuposto moral do direito à vida do feto desde a fecundação (Baltar, 1996). Por tocar em questões constitucionais, a interpretação jurídica corrente no País é que o aborto é matéria do Congresso Nacional ou da Suprema Corte de Justiça. Ou seja, qualquer nova interpretação sobre o aborto, ou como um dever absoluto ou como um direito reprodutivo, será travada em um destes dois cenários. Muito embora o Congresso Nacional e a Suprema Corte sejam diferentes instâncias da razão pública, a compreensão corrente de democracia representativa no Brasil é o da legitimidade de um parlamentar em representar os interesses específicos de uma determinada comunidade moral. Esta é a explicação para o fato de que inúmeras frentes parlamentares suprapartidárias são de motivação religiosa. Um exemplo é a Frente Parlamentar Evangélica, com 61 deputados fede-

rais, a Pastoral Católica, com 110 deputados federais, ou ainda os 65 deputados federais (10% do total de deputados) que aderiram a uma frente parlamentar em defesa da vida diretamente em oposição ao aborto². Ou seja, causa pouca controvérsia política a existência de congressistas religiosos ou com base política confessional cuja pauta legislativa é promover e defender os interesses específicos de suas comunidades morais de origem e não uma idéia de pluralismo moral razoável.

Essa compreensão equivocada da democracia representativa associada à forte influência da moral cristã na história política e social do Brasil abre espaço para diferentes compromissos com a razão pública laica entre diferentes representantes da estrutura básica da sociedade. Diferentes teóricos da razão pública, desde Rawls, já argumentaram sobre a diferença entre parlamentares e juizes da Suprema Corte na compreensão e adesão à razão pública, mas a intensa presença religiosa na estrutura básica do Estado brasileiro torna esta diferença ainda mais acentuada (Rawls, 2000). No Brasil, o Congresso Nacional é considerado a expressão da democracia representativa, sendo a idéia de representação entendida no sentido estreito de cacofonia moral e não como a promoção de interesses defensáveis para a vida pública de um Estado laico a partir de uma pluralidade de argumentos. É neste contexto de pouca cultura e tradição democrática que a Suprema Corte assume um papel ainda mais preponderante para garantir não apenas a secularização do Estado, mas principalmente que o confronto argumentativo dê-se em bases defensáveis e fundamentado na razão pública laica.

A compreensão de que um ministro da Suprema Corte e um parlamentar ocupam papéis políticos diferentes, mesmo que diante de casos idênticos, é uma peça-chave para analisar a cassação da liminar sobre anencefalia no Brasil. Os compromissos políticos e institucionais de um parlamentar ou de um juiz imprimem marcas em seus discursos jurídicos e éticos: é politicamente aceitável que um parlamentar represente uma determinada comunidade moral e, por isso, uma de suas missões pode ser garantir que os valores de sua comunidade estejam

representados no debate legislativo. No cenário político brasileiro é possível, por exemplo, imaginar um parlamentar cristão em defesa de um projeto de lei sobre o direito incondicional à vida do feto, ou seja, um árduo proponente do princípio moral da sacralidade da vida do feto. Não se considera ilegítimo, por exemplo, que este mesmo parlamentar fundamente um projeto de lei em termos religiosos, baseado em premissas e dogmas específicos à sua comunidade moral. A esfera legislativa brasileira é este cenário confuso de contraposição de diferentes comunidades morais e de construção do consenso sobreposto por parlamentares pouco dispostos ao diálogo democrático e muito comprometidos com suas comunidades morais de origem e, por isso, a razão pública não é um compromisso argumentativo tão claro quanto para os juizes da Suprema Corte.

A razão pública é a única forma legítima de expressão argumentativa daqueles que representam a estrutura básica de uma sociedade, sejam eles funcionários públicos, parlamentares, promotores ou juizes. No entanto, quanto menos secularizada for uma sociedade, como é o caso do Brasil, em que símbolos religiosos estão presentes em quase todos os espaços oficiais do Estado, menor o grau de adesão à razão pública pelos estratos de menor poder político na estrutura básica. Um médico do sistema público de saúde, por exemplo, sente-se confortável para alegar “objeção de consciência” em uma situação de aborto em caso de estupro, mesmo que ocupe o cargo de responsável pelo serviço de saúde e não haja como substituí-lo de imediato (Diniz, 2007a). A objeção de consciência — um instrumento de garantia do poder médico, em geral, acionado somente contra os interesses das mulheres em questões reprodutivas — é traduzida em termos do direito à diversidade moral de crenças ou da tolerância à diversidade moral. Assim como no caso dos parlamentares, há um equívoco nessa argumentação, pois o médico de um serviço público de saúde representa a moralidade laica da República e não sua moralidade privada. Neste sentido, não há como se apelar para objeção de consciência diante da razão pública, o único fundamento possível dos direitos e deveres instituídos por um Estado democrático. É exatamente nesse

² Esses são dados da legislatura de 2006.

contexto de pouca compreensão da laicidade do Estado como um bem comum, de intensa sacralização da ordem pública e de quase nenhuma adesão à razão pública em matéria de aborto, que os juízes da Suprema Corte representam o papel de principais guardiães da razão pública.

Vários são os fundamentos argumentativos da razão pública a serem seguidos por um juiz da Suprema Corte ao julgar um caso. A razoabilidade de seus argumentos e o compromisso com o consenso sobreposto são alguns deles. Um argumento é razoável quando pode ser expresso em termos públicos, o que na Suprema Corte pode ser medido pelo cumprimento dos princípios e normas constitucionais. O consenso sobreposto representa um conjunto de acordos firmados por diferentes comunidades morais de um Estado democrático e que, no caso específico do aborto em uma democracia laica, se expressaria na garantia da neutralidade confessional dos argumentos (Rawls, 2000). Isso significa que um juiz da Suprema Corte não pode assumir o mesmo papel político que um parlamentar ao propor um projeto de lei sobre aborto no País: a razão pública e o compromisso com a laicidade são guias para o raciocínio moral e jurídico de um juiz, ao passo que muitas vezes não o é para um parlamentar.

A Suprema Corte é o ícone da razão pública em um Estado democrático. No caso brasileiro, os 11 ministros não apenas acreditam na centralidade da razão pública como pautam seus votos neste raciocínio moral, pois são subordinados ao texto constitucional. O treino moral de um juiz da Suprema Corte parte do reconhecimento de que nem todas as crenças racionais são consideradas razoáveis para um Estado democrático de direito. No campo do aborto, isso pode significar que, muito embora uma determinada comunidade moral considere o aborto um atentado contra uma lei divina, este não é um pressuposto moral defensável na esfera pública. O fato de uma crença moral ser racional, isto é, fundamentada, defendida e justificada por um grupo de pessoas e válida para uma determinada comunidade moral, não significa que seja razoável para a esfera pública de um Estado plural e laico. Por diversas razões, nem toda crença racional é considerada razoável para a razão pública e, em matéria

de aborto, grande parte dos valores que sustentam a imoralidade do aborto não respeita o princípio da laicidade do Estado ou do pluralismo moral razoável. O resultado deste acordo de argumentação moral é a segurança política de que, apesar de um juiz participar de uma determinada comunidade moral em sua vida privada, como representante da razão pública, seus julgamentos não se pautarão em suas crenças particulares.

Este raciocínio moral e ordenamento institucional são satisfatoriamente cumpridos pelos juízes que alcançam a Suprema Corte. A razão pública deve ser não apenas um instrumento argumentativo para os juízes e procuradores em sessões de julgamento, mas também uma garantia para a estabilidade democrática de um Estado constitucional. Neste sentido, o compromisso com a razão pública — aqui representada pelo compromisso com a razoabilidade argumentativa e com a neutralidade confessional do Estado — permite uma análise dos posicionamentos dos juízes em seus próprios termos morais. A razão pública é a *lingua franca* dos juízes da Suprema Corte, ao mesmo tempo em que é um instrumento de controle democrático de seus posicionamentos. Poucos temas provocaram os juízes para além do caráter instrumental e de controle da razão pública, sendo o julgamento sobre a ação de anencefalia uma rara exceção neste cenário.

Anencefalia, aborto e Estado laico

A liminar que autorizava a interrupção da gestação em caso de anencefalia no feto foi cassada na sessão plenária da Suprema Corte, em 20 de outubro de 2004. Após quatro meses em vigência, a liminar foi derrubada por ter sido considerado necessário o julgamento prévio do instrumento jurídico utilizado para a apresentação da ação. A ADPF é um instrumento jurídico novo e pouco utilizado no País e, segundo alguns dos juízes, era preciso primeiro um julgamento sobre seu cabimento antes da concessão da liminar. Em 28 de abril de 2005, os juízes deliberaram pelo cabimento do instrumento e o mérito da ação ainda está por ser julgado. Indiferente aos argumentos processuais que justificariam ou não a cassação da liminar, o cerne da sessão plenária foi uma extensa discussão

metafísica sobre o início e o sentido da vida humana, um tema provocativo e ameaçador para as fronteiras da razão pública em um Estado laico.

O voto de um dos juizes, Cezar Peluso, é paradigmático para se compreender esta tensão entre a razão pública e os valores que compõem o repertório dogmático de diferentes comunidades morais. O aborto é um tema moralmente intenso para várias comunidades e, exatamente por esta permanência e centralidade simbólica, é capaz de provocar os alicerces do pluralismo moral razoável de uma sociedade democrática e laica. Para o juiz Peluso, a liminar deveria ser entendida como uma ofensa a um valor jurídico fundamental, a dignidade da vida intra-uterina. Segundo o voto, "...a história da criminalização do aborto mostra que essa tutela se fundamenta na necessidade de preservar a dignidade dessa vida intra-uterina, independente das eventuais deformidades que o feto possa apresentar, como tem apresentado no curso da história..." (2004, p. 2). Mas o que significa dignidade da vida intra-uterina em um debate sobre interrupção da gestação de um feto fadado à morte durante a gestação ou instantes após o parto? A resposta do juiz Peluso foi de que "...não me convence o argumento de que o feto anencéfalo seja um condenado à morte. Todos o somos, todos nascemos para morrer. A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas..." (2004, p. 2).

Na esfera da negociação pública da Suprema Corte, a única possibilidade de convencer o juiz Peluso do caráter letal e irreversível da anencefalia seria por meio de laudos médicos e científicos. A laicidade do Estado brasileiro exige que temas de intensa controvérsia moral, como é o caso do aborto, da eutanásia ou do transplante de órgãos, sejam mediados por uma narrativa publicamente aceita e considerada legítima. A ciência ascendeu a este patamar de narrativa oficial e de fundamentação da razão pública. O Estado brasileiro é uma sociedade política que reconhece na ciência o fundamento para o conhecimento, diferente de outras sociedades que, além de científicas, são também oficialmente religiosas, como é o caso do Egito ou do Peru, onde o islamismo e o catolicismo são as religiões oficiais do País. E todas as evidências cien-

tíficas comprovam que um feto anencéfalo não sobrevive ao parto: em mais da metade dos casos o feto não alcança o término da gestação. Não existem adultos com anencefalia, o que significa que um feto com anencefalia é um feto útero-dependente ou simplesmente um feto potencialmente morto (CREMEB, 2004).

O argumento de que todos somos seres potencialmente mortos, pois "nascemos para morrer", é uma forma metafisicamente estreita de entender a gravidade da anencefalia em um feto. A ausência de cérebro é uma malformação irreversível e letal para a qual a medicina não apresenta qualquer alternativa paliativa ou de sobrevida. Um feto com anencefalia que alcance o parto é um sobrevivente agonizante à espera da morte instantânea. Assumir a finitude humana não significa adotar o postulado cristão de que a vida é uma passagem para a morte e, por isso, indiferente à extensão da vida, se 70 anos ou 7 minutos, seríamos todos *seres-para-a-morte*³. O princípio constitucional do direito à vida protege o direito das pessoas a se manterem vivas e poderem viver a vida. Ou seja, ter a capacidade e a potencialidade de viver a vida é algo fundamental para se imputar a alguém o direito à vida. Nesse sentido, o direito à vida como um princípio constitucional é uma expressão da crença de que somos *seres-para-a-vida* e que a morte é uma expressão da finitude humana, mas não a razão de nossa existência.

Assumir, porém, que a ciência ascendeu à categoria de um dos fundamentos da razão pública não significa ignorar que a ciência é também um discurso moral (Feyerabend, 1988). O fato é que não há discurso humano que não seja uma narrativa moral, pois não há expressão humana isenta de moralidade (Rosset, 2004). No entanto, reconhecer a impossibilidade de um discurso moralmente neutro para dirimir as controvérsias morais não é o

³ Sete minutos foi o tempo que Maria Vida, um feto com anencefalia sobreviveu fora do útero. O caso Maria Vida e Gabriela foi tema do primeiro *habeas corpus* que alcançou o Supremo Tribunal Federal, em março de 2004. Gabriela era uma moça grávida de um feto com anencefalia que buscou autorização judicial para antecipar o parto. Depois de uma série de decisões desencontradas, o caso estava em vias de ser julgado pelo STF quando o atestado de óbito do feto foi anexado ao processo e o caso perdeu o objeto.

mesmo que assumir o relativismo moral do *tudo vale*. Em um Estado plural e laico não é admissível apelar a místicas religiosas particulares para mediar os conflitos. Diversas comunidades morais possuem explicações e alternativas para o dilema do aborto, mas estas são narrativas insuficientes para a esfera pública. O consenso sobreposto é uma das tentativas de mediar os conflitos por meio de acordos firmados entre as diversas comunidades morais (Rawls, 2000). E a ciência é reconhecidamente um dos objetos do consenso sobreposto: ensina-se e pratica-se a ciência em diversas esferas da vida pública, das universidades aos hospitais.

Por ser a ciência médica um discurso moral sobre a natureza, a saúde e a doença, a narrativa científica ora esbarra nas narrativas religiosas, ora as narrativas religiosas valem-se de fatos científicos para fundamentar suas crenças. A gênese envolvida na reprodução biológica potencializa esta sobreposição entre as duas narrativas: a fecundação pode ser entendida como uma simples fusão de células isenta de sentido ou como um sinal divino da origem da vida. Buscar na ciência evidências para os pressupostos religiosos é apenas uma estratégia autojustificadora para as crenças, pois todos os fatos científicos ou biológicos são isentos de sentido (Diniz, 2007b). Mas o discurso sobre o natural está entre os mais sedutores para permitir a sobreposição de doutrinas morais abrangentes à estrutura básica do Estado (Rosset, 2004). O fato de o Estado brasileiro pautar-se na ciência estimula o ímpeto das comunidades morais por buscar fundamentos científicos para seus dogmas religiosos e crenças morais.

A definição de morte exige uma negociação intensa entre ciência e mística religiosa, e o voto do juiz Peluso esbarra em alguns dos principais pontos desta tensão. A ação de anencefalia partiu da definição jurídica de morte encefálica adotada pela lei de transplantes para traçar uma analogia com o feto anencefálico (Barroso, 2004). Uma pessoa em morte encefálica, isto é, sem qualquer atividade cerebral, é uma pessoa considerada morta para a medicina e para o Estado, por isso é autorizada a retirada de órgãos para transplante. Um feto com anencefalia é um feto sem os hemisférios cerebrais, portanto, sem atividade cerebral. Foi pautado neste raciocínio jurídico e científico

que se afirmou que um feto com anencefalia é um feto morto ou potencialmente morto. O Conselho Federal de Medicina, um órgão da classe médica brasileira, propôs uma nova categoria jurídico-científica para descrever o feto anencefálico: um natimorto cerebral (CFM, 2005). A ciência já dispõe de recursos tecnológicos para manter uma pessoa indefinidamente em sobrevida, apesar da ausência de qualquer atividade cerebral. Ou seja, sob intensa medicação, é possível manter uma pessoa em morte cerebral sobrevivendo. Mas, por critérios científicos, uma pessoa sem atividade cerebral está morta, indiferente aos recursos tecnológicos para mantê-la respirando ou não.

Aproximar a interrupção da gestação por anencefalia da definição jurídica e médica de morte cerebral evitou o dilema moral paralisante sobre o aborto que domina o debate político brasileiro. A ação ignorou a controvérsia cristã sobre o sentido simbólico do início da vida humana, pois a definição de morte como morte cerebral é já parte do consenso sobreposto do Estado. E, ao ignorar o dilema paralisante, um dos objetivos da ação era demonstrar o quanto o aborto poderia ser entendido em outros termos morais, isto é, como uma matéria de ética privada amparada em princípios constitucionais (Diniz, 2007d). Mas o fato de fazer parte do consenso sobreposto e estar pautado em argumentos científicos não foi considerado suficiente pelo juiz Peluso:

tampouco me parece consistente, para efeito desta liminar, a analogia com a autorização do aproveitamento de órgãos, em caso de morte cerebral, porque aí se trata de hipótese em que se sacrificam certos órgãos de alguém que teve ou que a lei e os cientistas chamam de "morte encefálica", mas para salvar a vida alheia. O símile não é adequado para a hipótese, em que ninguém sustenta a necessidade de permitir o aborto para salvar a vida alheia (2004, p. 2).

Ao contrário do sugerido pelo voto, a definição de morte cerebral não se aplica somente às situações de retirada de órgãos, sendo bastante utilizada para estabelecer parâmetros para a sustentação artificial da vida de pessoas em estágio terminal. Nesse sentido, a morte encefálica não é um diag-

nóstico atrelado à solidariedade da doação de órgãos. Não há “sacrifício de órgãos”, pois a pessoa em morte cerebral está morta. A retirada de órgãos é apenas um ato médico de beneficência para quem necessita deles, mas não há qualquer possibilidade de imputar danos ou sacrifícios à pessoa de quem se retira os órgãos.

Não é possível, portanto, descrever a retirada de órgãos de uma pessoa em morte encefálica que consentiu com a doação como um ato de sacrifício. O ato da doação de órgãos é um ato altruísta e de solidariedade daqueles que, voluntariamente, consentem com a retirada de seus órgãos após o diagnóstico de morte encefálica. Mas, para que haja a doação, é preciso primeiro o diagnóstico de falência encefálica, pois não se provoca a morte de ninguém para retirar órgãos. Situação semelhante ocorre no caso do feto anencefálico, uma vez que a interrupção da gestação não provoca a morte de um feto com constituição física incapaz de sobreviver fora do útero. Assim como o coração pulsa e o sangue corre nas veias de uma pessoa adulta em morte cerebral, em um feto anencefálico estes mesmos fenômenos biológicos ocorrem⁴. O que é preciso entender é que a mesma definição médica de morte cerebral aplica-se a estas duas situações: indiferente ao pulsar do coração, um feto com anencefalia ou um adulto em morte cerebral estão mortos.

O argumento seguinte enfrentado pelo voto foi o de que o dever da gestação de um feto anencéfalo não afetaria a integridade física ou mental da mulher grávida, não se constituindo, assim, em uma ameaça ao direito constitucional à saúde:

aludiu ainda Sua Excelência ao direito à saúde, o que me leva a pensar na possibilidade de o argumento basear-se no pressuposto de que a gravidez constitua grande risco à vida humana e, portanto, talvez fosse até melhor proibi-la. Seria mais seguro. Não vejo, pois, nenhuma ofensa próxima a direito à saúde. (2004, p. 2).

Na verdade, a tese da ameaça ao direito à saúde foi considerada vencida sem que qualquer evidên-

⁴ A descrição do feto com anencefalia como um feto vivo porque o sangue corre nas veias e o coração pulsa foi proposta pelo então procurador geral da República durante o julgamento no Supremo Tribunal Federal (Diniz; Brum, 2004).

cia argumentativa contrária tenha sido proposta. O trecho é um exemplo da passionalidade argumentativa de algumas passagens do voto, em que o recurso à ironia ou ao sarcasmo substitui o diálogo jurídico. Mas a substituição do argumento razoável pelo sarcasmo não deve ser entendida simplesmente como um ato de desprezo argumentativo, mas sim como uma expressão da própria impossibilidade de se constituir um argumento razoável senão pela recusa argumentativa.

Do ponto de vista médico, a gravidez sempre implica algum risco à saúde da mulher. Mas isso não significa que a gravidez deva ser proibida. Uma tese extrema como essa não foi proposta pela ação e tampouco é considerada nos circuitos médicos. O argumento da ameaça ao direito à saúde não se baseou no pressuposto do risco inerente a qualquer gravidez, mas na evidência empírica da tortura física, psicológica e moral que o dever da gestação de um feto anencefálico impõe a uma mulher. A ameaça ao direito à saúde dá-se pela obrigatoriedade de uma mulher manter-se grávida, mesmo contra sua vontade, após o diagnóstico da inviabilidade fetal. A maioria absoluta das mulheres opta pela interrupção da gestação após a certeza da anencefalia no feto (Diniz; Brum, 2004). O dever da gestação constitui um ato de tortura do Estado contra elas, em que a gravidez passa a ser uma experiência angustiante de luto prolongado⁵. A passagem da glorificação feminina pela gravidez para o luto materno é continuamente traduzido no “dilema berço-caixão” descrito por essas mulheres.

Em geral o diagnóstico da anencefalia no feto é realizado no terceiro mês de gestação, na consulta em que as mulheres buscam conhecer o sexo do futuro bebê. Indiferente ao fato de a gestação ter sido ou não planejada, esse é um momento da gestação em que as mulheres já experimentam o papel social de futuras mães e o feto já faz parte de um

⁵ Tortura pode ser definida como uma ação do Estado ou uma ação desproporcional ou desnecessária. No caso do dever da gestação de um feto anencéfalo, defini-la como um ato de tortura se dá pelo caráter pouco razoável, desproporcional e desnecessário da norma. A finalidade da gravidez é o nascimento de um feto vivo e capaz de viver a vida, fato que não existe na anencefalia. A gravidez é protegida pelo Estado, mas não como um fim em si mesmo, mas como um meio.

projeto de família. É na delicadeza desse contexto que o impacto do diagnóstico deve ser compreendido: esperam-se informações sobre sexo, altura ou peso do feto, mas parte-se sempre do pressuposto de que o feto é viável. A maternidade estimula um espírito profundamente inclusivo nas mulheres, tornando-as particularmente sensíveis a acolher várias formas de expressão de diversidade física e mental em seus futuros filhos. Mas a inviabilidade do feto as confronta com uma das experiências mais dilacerantes da maternidade: o luto pelo futuro filho. A anencefalia é uma sentença que assegura a morte imediata do futuro filho. É diante dessa certeza e da total impossibilidade de recurso que se deve entender o dever da gestação como uma ameaça ao direito à saúde da mulher.

Ao contrário do sugerido pelo voto do juiz Peluso, que descreve a anencefalia como “eventuais deformidades que o feto possa apresentar”, as mulheres têm total clareza da fronteira que separa um feto com deficiência de um feto inviável. A anencefalia significa a implacabilidade da morte imediata, ao passo que, para as mulheres que optam pela manutenção de uma gestação após o diagnóstico de restrições de funcionalidade no feto, a deficiência exige rearranjos sociais e familiares. Ao contrário do diagnóstico de anencefalia em que o feto jamais se transformará em um bebê com capacidade de viver a vida, uma futura criança deficiente demandará o direito de estar no mundo (Diniz, 2007c). Um feto anencefálico é um feto sem capacidade de viver a vida, ao passo que uma futura criança deficiente é a expressão da diversidade humana que provoca os limites de nossa estrutura social diante da inclusão.

A fronteira da anencefalia com a deficiência é continuamente ultrapassada por aqueles que consideram o aborto um ato de homicídio. Com algum comedimento argumentativo, o texto do voto também aproxima deficiência, denominada como “deformidade”, da anencefalia. Já há algumas décadas, há um extenso consenso entre as comunidades de deficientes e de direitos humanos que deficiência não significa monstruosidade ou deformidade. Os termos descritivos mudaram não apenas como parte de uma sensibilidade lingüística de romper com a desigualdade expressa na linguagem, mas princi-

palmente como resultado de uma mudança de mentalidades diante da deficiência. Deficiência é uma manifestação da diversidade humana, é parte natural da biologia humana e, no caso brasileiro, corresponde a 14,5% da população (Diniz; Squinca; Medeiros, 2006). Certamente, não há qualquer novidade na expressão demográfica de diferentes formas de deficiência e, tal como o sugerido pelo juiz Peluso, as tecnologias médicas por imagem evidenciaram esta diversidade em um momento precoce da gestação. Inúmeras questões éticas vêm sendo suscitadas pelo acesso e impacto destes diagnósticos, em especial em países onde o aborto seletivo não é autorizado. Mas a ação sobre anencefalia não trata destas questões e tampouco sugere a imoralidade do aborto por anomalia fetal. Assim como em qualquer outra situação de aborto, a interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal é matéria de ética privada, não devendo ser exigido ou proibido pelo Estado.

A confusão entre anencefalia e deficiência pode ser analisada como a expressão de dois mal-entendidos. Confunde-se anencefalia e deficiência intencionalmente a fim de aproximar o debate sobre a interrupção da gestação do aborto eugênico. Ao contrário da atual discussão sobre interrupção da gestação em caso de anencefalia como um direito reprodutivo, o aborto eugênico não considera princípios da cultura dos direitos humanos, como a autonomia, a dignidade ou o direito à saúde. A eugenia foi parte de um corpo ideológico que pressupunha a superioridade de determinados traços e expressões biológicas. Não há como se referir a ideais eugênicos sem evocar o nazismo ou práticas opressivas e discriminatórias. Nesse sentido, denominar a interrupção da gestação em caso de anencefalia como aborto eugênico ou a anencefalia como monstruosidade pode significar uma estratégia argumentativa perversa de tornar o debate nebuloso, aproximando-o de valores e práticas distantes dos pressupostos éticos que fundamentaram a ação sobre anencefalia. A outra possibilidade de compreender esta confusão entre anencefalia e deficiência é entendê-la como uma expressão da ignorância médica sobre o significado da anencefalia como uma malformação inviável e letal. Dado o hermetismo do vocabulário médico e o

conjunto de ferramentas necessárias para entender um diagnóstico por imagem, é possível tomar-se a anencefalia por outras malformações que já compõem o imaginário social do movimento inclusivo, tais como a síndrome de Down.

Por fim, o voto do juiz Peluso, ao enfrentar o tema segundo o qual o dever da gestação de um feto anencefálico ameaçaria ou não a dignidade da mulher, arvorou-se discutir o sentido do sofrimento na vida humana:

o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento... só quero lembrar que o sistema jurídico repudia, em relação ao sofrimento, apenas os atos injustos que o causem. O sofrimento provindo da prática de um ato antijurídico, esse não pode ser admitido pela ordem normativa. Mas não é esse o caso de eventual sofrimento materno, ou pelo menos não o é de regra (2004, p. 4).

Não há a quem imputar a responsabilidade pela injustiça de uma mulher gestar um feto inviável. A injustiça não está no sofrimento involuntário, mas na tortura do dever da gestação de um feto inviável provocada pelo Estado ao impedi-la de interromper a gestação.

Em um ordenamento jurídico laico e plural, não importa se há origem para essa injustiça ou se ela é imputada à loteria da natureza. Em qualquer uma dessas explicações, não há agente causador da injustiça de uma mulher gestar um feto anencefálico: natureza e acaso se confundem. Mas há, sim, mecanismos sociais de proteção ou de abandono desta mulher. Proibi-la de interromper a gestação, forçando-a a manter-se grávida de um feto fadado à morte iminente, exigir que ela converta o sofrimento involuntário em uma experiência mística de sublimação de si e do luto pelo futuro filho, são tarefas que não cabem a um representante do Estado. Na ausência de recursos médicos capazes de reverter a anencefalia no feto, a única medida que resta ao Estado é proteger a saúde mental e física destas mulheres. Sofrimento, remorso ou luto são todas expressões do acaso que é a existência humana, mas cabe a cada pessoa, da tranquilidade de suas crenças morais, decidir o rumo do sentido de sua vida.

Direitos reprodutivos no Brasil

A ação sobre anencefalia foi uma pequena peça no debate sobre direitos reprodutivos no Brasil. A força argumentativa da ação não esteve apenas na novidade do instrumento jurídico utilizado, mas principalmente no palco das discussões. Pela primeira vez na história da Suprema Corte, os juízes defrontaram-se com um tema de direitos reprodutivos como uma questão de direitos humanos. Apesar de ser uma corte constitucional, ou seja, habituada a enfrentar temas de direitos humanos, o aborto é uma questão que provoca os limites e fundamentos da razão pública. E essa ameaça à razão pública não decorre de uma particularidade do tema do aborto, mas sim da centralidade do aborto à moralidade católico-cristã. É exatamente no cerne desse caráter provocativo do aborto diante das fronteiras da laicidade do Estado e do pluralismo moral razoável que fundamentam as instituições democráticas que a ação sobre anencefalia deve ser analisada.

A anencefalia é um diagnóstico raro e a regulamentação da interrupção da gestação nesse caso não terá maiores impactos de saúde pública para solucionar a questão do aborto no Brasil. O principal resultado da ação sobre anencefalia é ter provocado o debate público em torno de valores centrais à democracia, exatamente por ter instigado a discussão no espaço oficial da razão pública, que é a Suprema Corte. Indiferente ao resultado do julgamento definitivo da ação, o debate sobre direitos reprodutivos, e aborto em particular, não será mais o mesmo. Não há como entender a imoralidade do aborto senão em termos metafísicos e essa deve ser uma premissa inaceitável para um Estado laico. A clareza desse pressuposto democrático certamente mudará os rumos da história dos direitos reprodutivos no Brasil. Em especial a compreensão que um Estado laico é aquele que não apenas promove a diversidade de crenças e o direito à liberdade de consciência, mas principalmente aquele que se mantém neutro em matéria religiosa. E um Estado verdadeiramente laico é aquele que reconhece o aborto como matéria de ética privada.

Referências

- ANIS. *Anencefalia: pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: LetrasLivres, 2004.
- BALTAR, M. I. A questão do aborto no Brasil: o debate no Congresso. *Estudos Feministas*, n. 2, p. 381-398, 1996.
- BARROSO, L. R. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 93-120, 2005.
- _____. ADPF Anencefalia. In: CREMEB. *Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal*. Brasília: LetrasLivres, 2004. p. 69-119.
- CREMEB. *Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal*. Brasília: LetrasLivres. 2004. p. 67-119.
- DINIZ, D. Introdução. In: CREMEB. *Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal*. Brasília: LetrasLivres. 2004. p. 7-14.
- _____. Forum Violência Sexual e Saúde. Posfácio. *Cadernos de Saúde Pública (FIOCRUZ)*, v. 23, p. 477-478, 2007a.
- _____. *Memorial Células-Tronco*. Mimeo. 2007b.
- _____. *O que  deficiência*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2007c.
- _____. Selective abortion in Brazil: the anencephaly case. *Developing World Bioethics*, v. 7, n. 2, p. 21-28, 2007d.
- _____.; Brum, E. *Uma história severina*. Documentário. Brasília: ImagensLivres. 23'. 2004.
- _____.; Squinca, F; Medeiros, M. Deficiência, cuidado e justiça distributiva. In: FONTES, Malu; COSTA, Sérgio; SQUINCA, Flávia (org.). *Tpicos em bioética*. Brasília: LetrasLivres, 2006. p. 82-94.
- FINNIS, J. The rights and wrongs of abortion: a reply to Judith Thomas. *Philosophy and Public Affairs*. v. 2, n. 2, p. 117-145, Winter 1973.
- GOLLOP, T. Dossiê Pluralidade: Ciência. In: ANIS. *Anencefalia: pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: LetrasLivres, 2004. p. 23-69.
- NINDS. *NINDS Anencephaly information page*. Bethesda, MD: NINDS. Disponível em <http://www.ninds.nih.gov/disorders/anencephaly/anencephaly.htm>. Acesso em: 25/ mai./2007.
- PELUSO, C. *Voto ADPF 54*. Tribunal Federal Supremo. 20 out. 2004.
- RAWLS, J. Idéias fundamentais. In: *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000. p. 46-91.