

OBSERVATÓRIO DO JUDICIÁRIO

Antecipação terapêutica do parto e os Direitos Fundamentais

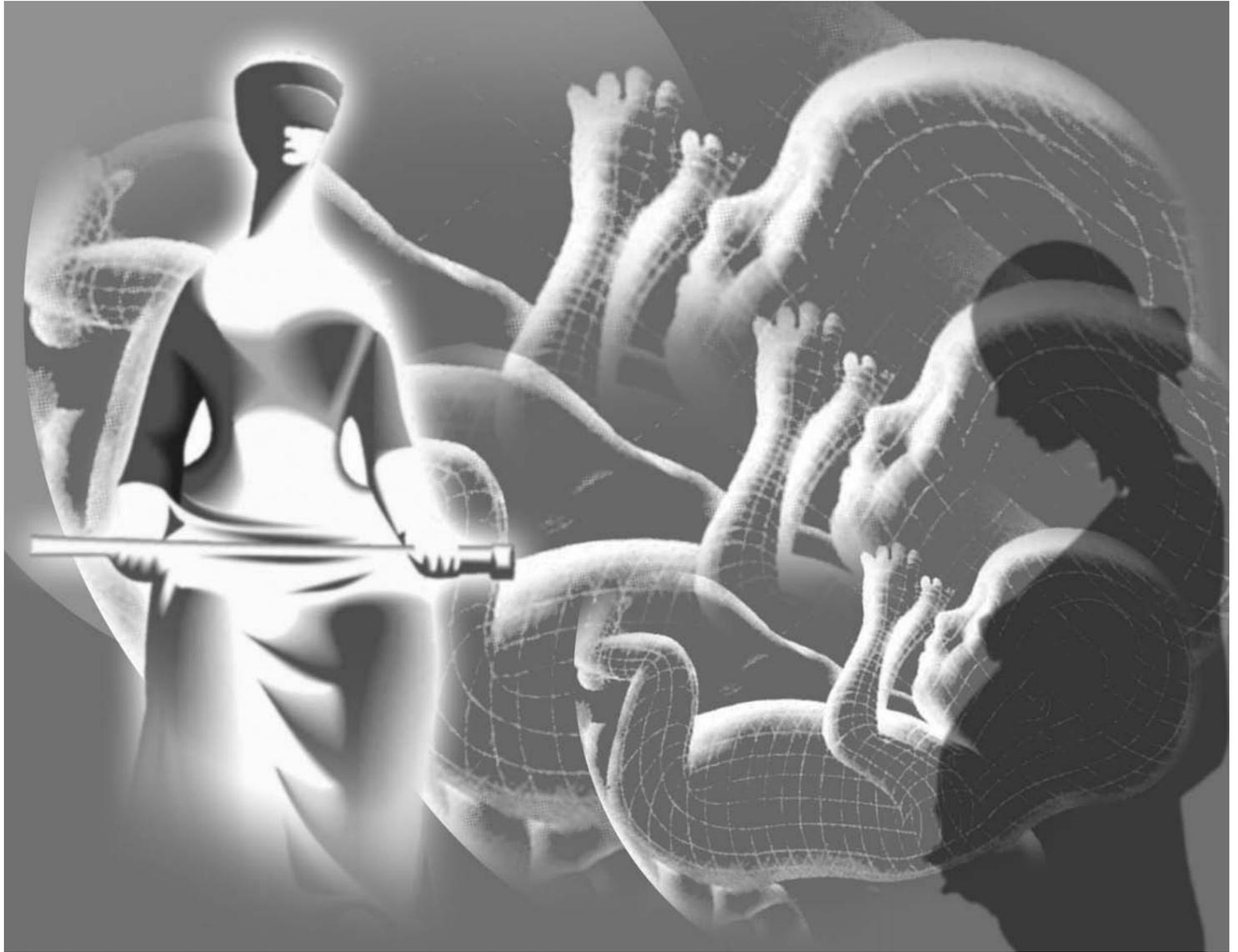
HENRIQUE SMIDT SIMON

O problema da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos ganhou grande notoriedade recentemente em razão das discussões no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o assunto.

A anencefalia é uma malformação fetal caracterizada pela ausência de formação total ou parcial do encéfalo (cérebro) que ocorre entre o 23º e 28º dias de gestação. Disso resulta que estes fetos são incompatíveis com a vida extrauterina em 100% dos casos, em geral “sobrevivendo” apenas por poucos minutos. Entretanto, existem relatos de fetos que mantiveram atividades orgânicas por alguns meses.

A palavra “sobrevivendo” está entre aspas porque o que se pretende defender, aqui, é que esses fetos não são vivos, o que justifica que a sua retirada do ventre da mãe seja chamada de “antecipação terapêutica do parto” e não de “aborto” em sentido técnico-jurídico. A retirada do feto anencefálico do ventre da gestante não é fato típico, ou seja, não está submetida às previsões dos artigos 124 a 127 do Código Penal (CP). Assim, é indiferente que a ocorrência de anencefalia não esteja prevista como excludente de ilicitude no artigo 128 do CP (que possibilita o aborto em caso de estupro ou de risco de vida para a gestante). Nesses casos, há o aborto, pois o feto é considerado vivo (e, por si só, considerar um feto em qualquer estágio da gravidez como vida merecedora de proteção jurídica é bastante problemático), mas, em razão das circunstâncias, optou-se por não impedir a sua retirada. Já no caso da anencefalia não há que se falar em “vida intra-uterina”.

Mas, antes de adentrar nessa discussão, vale a pena uma rápida retomada do histórico do problema no STJ e STF. Uma estudante do Rio de Janeiro ingressou na Justiça, por meio da defensoria pública do estado, com pedido de autorização para a retirada do feto que carregava em seu ventre, em razão de ser acometido de anencefalia. O juiz negou a autorização, sob o argumento de que não havia



previsão legal para o pedido, pois as únicas excludentes de ilicitude para o crime de aborto são aquelas previstas pelo artigo 128 do CP. A defensoria pública recorreu da decisão. A desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) concedeu liminarmente a autorização. Contra essa decisão, dois advogados que sequer faziam parte dos autos ingressaram com agravo regimental, que ainda assim foi conhecido e o presidente do tribunal suspendeu a autorização (em que pese não ter poderes para isso).

Antes da decisão do colegiado (que acabou por manter a decisão da relatora), um padre presidente de uma associação pró-vida ingressou com *habeas corpus* no STJ contra a decisão liminar. A relatora desse novo processo (HC n. 32.159-RJ) foi a ministra Laurita Vaz, que considerou que cabe ao legislador decidir se é possível ou não o aborto de feto anencefálico. Como até então não havia norma nesse sentido, e o rol das excludentes do artigo 128 do CP não poderia ser au-

mentado por ato do Judiciário, não havia como se permitir tal conduta. A decisão da relatora foi confirmada pela 5ª Turma do tribunal. Entretanto, a discussão no STJ não levou em consideração a discussão sobre a existência de vida ou não no feto anencefalo.

A "antecipação terapêutica do parto", não é "aborto" em sentido técnico-jurídico

Contra essa decisão, novo *habeas corpus* foi impetrado, agora por entidades feministas no STF. O relator foi o ministro Joaquim Barbosa (HC n. 84.025-6/RJ). O ministro considerou, em seu voto, que o anencefalo não possui vida a ser protegida juridicamente, mas apenas um desenvolvimento biológico; ou seja, con-

siderou exatamente que a interrupção do parto era, nesse caso, fato atípico. Entretanto, a gestante acabou dando a luz quando a seção de julgamento ainda estava em andamento, de forma que a decisão ficou prejudicada.

Diante dessa situação de incerteza que permaneceu no STF, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ingressou com nova ação (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – n. 54), agora sem um caso concreto específico, para que o STF voltasse a apreciar a questão da constitucionalidade da retirada antecipada dos fetos anencefálicos. O relator, min. Marco Aurélio, concedeu o pedido de liminar, mas a decisão foi casada pelo plenário do tribunal. Num primeiro momento, o cabimento da ação foi contestado pelo Ministério Público, que argumentou a impossibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de normas anteriores à Constituição de 1988 (o CP é de 1940 e sua parte geral pas-

sou por uma revisão legislativa em 1984) e que não cabia ADPF contra a intenção expressa do legislador. Porém, o STF entendeu, por 7 votos a 4, que a ação era cabível. Agora a questão está aguardando julgamento de mérito, ou seja, a decisão que vai dizer se a proibição de retirada de fetos anencefálicos do ventre da gestante configura ou não violação dos seus direitos fundamentais.

O Supremo deverá, portanto, responder a duas questões: em primeiro lugar, a retirada do feto acometido de anencefalia constitui ou não aborto? (O feto é ou não vivo?) Em segundo lugar, caso o feto seja considerado vivo, a proibição, ainda assim, não viola direitos fundamentais da gestante (integridade física e psicológica e saúde)? O objetivo deste artigo é mostrar que a primeira resposta é que o feto anencefálico não possui uma vida que merece ser protegida direito. Mas, caso não se considere assim, a sua proteção não pode se impor aos direitos fundamentais da gestante.

Cérebro ativo é critério de vida

Para começar, deve-se considerar que o critério jurídico para se considerar a existência de uma vida é a ocorrência de atividade cerebral. Assim, não existindo mais atividade cerebral, o indivíduo é considerado morto (é o que dispõe a Lei n. 9.434/97). Ora, que dizer, então, do caso do anencéfalo? Este nem mesmo chega a ter um cérebro, o que mostra claramente que não chega a ter vida.

Além disso, dificilmente alguém que deixasse de lado suas convicções religiosas ou que as tentasse aplicar a outros casos similares estaria, após alguma reflexão, disposto a chamar o anencéfalo de vivo. Se o Dr. Frankenstein criasse o seu humanóide mas não lhe desse um cérebro, fazendo apenas suas funções biológicas funcionarem, é improvável que alguém estivesse disposto a dizer que este ser está vivo. Também se um médico clonasse um ser humano (violando a proibição legal), mas controlasse, intencionalmente, o desenvolvimento do clone para que ele não chegasse a formar o cérebro, não chamaríamos esse experimento de vida humana. No que tange à anencefalia, o caso é o mesmo, só que quem frustrou a vida foi a própria natureza.

O que há, nessa questão, é uma confusão entre dois modos de se usar a palavra vida (confusão essa, muitas vezes, causada intencionalmente por aqueles que pretendem impor suas visões particulares sobre a questão da vida do anencéfalo). Diz-se que o feto "está vivo" pelo fato de apresentar o desenvolvimen-

to de alguns de seus órgãos e daí pretende-se concluir que ele é um ser vivo. Mas, atente-se, aquele que sofre morte cerebral também mantém por algum tempo suas funções orgânicas. Se a medicina pudesse fazer com que o sujeito com morte cerebral fosse mantido por aparelhos por tempo indeterminado poderíamos dizer que os médicos descobriram a receita para a vida eterna? É claro que não. Nos dois casos (anencefalia e morte cerebral) há atividade do organismo, mas essa atividade não é suficiente para formar um ser humano (uma pessoa moral que necessita de proteção jurídica).

E de nada adianta dizer que a vida começa com a concepção. Primeiro, isso não pode ser provado cientificamente nem é aceito por todos. Na verdade, essa é uma percepção religiosa. Assim, aqueles que nela acreditam devem, por dever religioso, se eximir de praticar o aborto, mas não podem impor suas opiniões aos demais, muito menos exigir do direito que proteja visões particulares que limitem a liberdade dos outros. Além disso, o nosso ordenamento jurídico não protege a vida desde a concepção, pois não proíbe o uso de métodos contraceptivos como o DIU e a pílula do dia seguinte (esses meios de se evitar a gravidez não impedem que o óvulo seja fecundado pelo espermatozóide, mas que ele se fixe no útero da mulher, ou seja, expulsa do corpo da mulher exatamente o fruto imediato da concepção e, repita-se, esses métodos nada têm de ilegal).

O feto anencefálico não possui uma vida que merece ser protegida direito. Mas, caso não se considere assim, a sua proteção não pode se impor aos direitos fundamentais da gestante



Também não é verdade que o Código Civil de 2002, no seu artigo 2º, protege a vida do feto desde a concepção. Se ocorrer um aborto espontâneo, tal fato não gera qualquer consequência jurídica. Assim, o que o Código Civil põe a salvo são as expectativas de direito que giram em torno do nascimento com vida do feto, mas não o feto em si e em qualquer condição. Deve-se considerar ainda que, mesmo que se aceite que a vida existe a partir da concepção, caso o feto venha a desenvolver a anencefalia ele estará morto, ou seja, perdeu sua vida ainda no ventre da gestante.

Mas, e se fizermos o esforço de considerar, apenas por hipótese, que a vida começa com a concepção e que mesmo com anencefalia o feto é vivo? Poderemos dizer, então, que a sua retirada do ventre, com autorização da gestante, constitui efetivamente o crime de aborto, tal como previsto no Código Penal? Mesmo nessa situação a resposta só pode ser negativa.

Isso porque a sobrevivência do anencéfalo no pós-parto é brevíssima, seria uma vida que já traz, imediatamente, a expectativa da morte (os recém-nascidos acometidos por anencefalia são incompatíveis com a vida fora do útero em 100% dos casos). Por outro lado, a gestante tem uma gravidez muito mais difícil e arriscada, além

de ter de sofrer por todos os problemas psicológicos de uma mãe que carrega em seu ventre um ser que já sabe que verá morrer em breve espaço de tempo. Logo após o nascimento, em vez de preparar o enxoval a mãe já tem de estar pronta para o velório. Impor que uma gestante de feto anencefálico leve adiante sua gravidez viola, portanto, direitos fundamentais seus, como o direito à saúde (física e psicológica), a proteção da sua integridade física e men-

Para a manutenção do Estado laico, as decisões não podem se pautar em critérios particulares, como a religião

tal e a sua autonomia (pois se deixa de reconhecer a ela o direito de determinar, por si mesma, as crenças e os valores que formam e formarão a sua personalidade).

Assim, o que se espera do STF é que o julgamento da ADPF 54 leve em consideração todas essas questões, sem se deixar levar por visões religiosas e fundamentalistas parciais de grupos que querem obrigar a todos os brasileiros a se comportarem de

acordo com o que apenas esses grupos acham que é certo ou errado, ainda que eles sejam poderosos e influentes. O que está em jogo é muito mais profundo do que simplesmente dizer se retirar um feto anencéfalo do ventre de uma mulher constitui aborto ou não. Diz respeito a uma compreensão do que é *vida* e do que é *liberdade*. Se a gestante, pessoalmente, reconhece o feto anencéfalo como seu filho e quer que ele venha ao mundo, seu gesto de fé é louvável e deve ser garantido inclusive por aqueles que não são religiosos. Mas, se ela não concorda com esse ponto de vista, a imposição não passa de tortura, o que nada tem de religioso ou moral. A imposição viola a autonomia da gestante, pois o direito não permite, de maneira alguma, que visões de mundo particulares (morais ou religiosas) sejam impostas a todos como obrigatórias. Cada indivíduo tem o direito de exercer sua liberdade para escolher seus próprios valores e suas próprias crenças.

Se a proibição de retirar do ventre fetos anencefálicos só pode ser sustentada a partir de pontos de vista religiosos, então ela não pode ser proibida pelo direito, pois a condição para a garantia do exercício da autonomia é a manutenção do Estado laico, em que as decisões públicas não podem se pautar em critérios particulares, como a religião.