

## A dignidade da pessoa humana da gestante e o problema dos fetos anencefálicos

Mirian Cristina Generoso Ribeiro Crispin \*

A problemática circunscrita à interrupção da gestação dos fetos anencefálicos, que sublinha valores morais, religiosos e ideológicos, vem sendo enfrentada pelo Poder Judiciário Brasileiro há, pelo menos, quinze anos, já que a primeira sentença judicial de que se tem notícia, data de 1989. Entretanto, a questão ganhou grandes proporções somente em 2004, quando os Tribunais Superiores tiveram que enfrentar, pela primeira vez, pedido de tutela jurisdicional para interrupção de feto portador de anencefalia (embora o assunto já fosse pauta na imprensa dos países desenvolvidos há pelo menos 10 anos, que hoje já permitem, em sua legislação, interrupção da gravidez, nesses casos).

À baila dessas abordagens, a temática ganhou mais brilho quando foi submetida, pela primeira vez, ao crivo jurisdicional da Suprema Corte brasileira, guardiã da Constituição Federal, uma liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, autorizando a interrupção da gravidez em casos de fetos com anencefalia. Houve posterior revogação da medida pelo Plenário daquela Corte que, ainda, não enfrentou o mérito da causa, embora tenha julgado em 27.04.2005 a questão preliminar (Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8. DJU de 02.08.04, pp.64/6565).

A liminar concedida pelo ministro do STF, enquanto vigente, destacou que referida interrupção, por ser de feto anencefálico, não seria um aborto, pois não há chances de vida extra-uterina. Importa assinalar que a liminar, em testilha, impulsionou um profícuo

debate de idéias e opiniões, oriundas de entidades científicas, políticas, sociais e religiosas, fazendo com que o tema deixasse de ser adstrito ao Direito e à Medicina e ganhasse ares de uma questão política de destacada importância, exercitando, por assim ser, a tolerância e o respeito aos posicionamentos antagônicos, indispensáveis para a viabilização de qualquer projeto de sociedade pluralista, justa, solidária, fraterna e democrática.

Destaca-se que a liminar concedida pelo ministro do STF, enquanto vigente, destacou que referida interrupção, por ser de feto anencefálico, não seria um aborto, pois não há chances de vida extra-uterina. Tal posição, no nosso pensar, é plausível e contempladora dos ditames constitucionais quando vislumbra a proteção de uma vida humana com dignidade.

Necessário se mostra atentar para o fato de que, ao se possibilitar a interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia, não foi criada norma impositiva para qualquer gestante nessa condição, mas sim, foi permitido pelo Estado uma opção não incriminadora para aquelas que assim optasse por agir.

Acoberta também a análise conclusiva do tema deste trabalho a ponderação que deve haver entre os valores envolvidos em uma tomada de posição, realizada a partir de uma perspectiva laica, garantia essencial para o exercício dos direitos humanos.

É alicerçado na ordem jurídica de um país democrático e com caráter laico, como o Estado brasileiro, se impõe que o debruçar sobre a questão da interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia seja feita livre de dogmas e valores religiosos particulares, pois se assim não for, estaríamos divorciados do caráter plural e tolerante em que está edificada a sociedade brasileira. É com base nesta premissa que já se consignou que “As leis não podem ser subordinadas aos dogmas religiosos ou à fé de quem quer que seja”.

Parafraseando Vargas Llosa, há de se ter em mente que a imposição por uma Igreja de sua verdade a todos, com expressa apologia da transcendência e do

apadrinhamento mágico de um ser divino, leva à pulverização dos argumentos da razão. Com esse quadro, abala-se a democracia, em seu cerne. Democracia, dentre tantas outras acepções, pode ser traduzida como laica, pois do contrário, de democracia não se trata. A renúncia ao laicismo importa em, também, renunciar à modernidade.

Por assim ser, consignamos que as opiniões contrárias à interrupção da gestação de fetos anencefálicos merecem respeito, mas não acolhida de nossa parte, razão pela qual filiamo-nos à corrente que entende que a interrupção terapêutica do parto, nesta hipótese, não se trata de aborto, já que nenhuma correlação tem com a figura delitiva tratada no Código Penal Brasileiro, pois, diferentemente da situação emoldurada, quando há a opção das mulheres na realização do aborto, como forma de extirpar algo que não é querido, no caso do diagnóstico de anencefalia, as gestações são desejadas, sendo que a opção pela interrupção não é fácil e nem leviana.

Por desta forma ser, estamos com aqueles que acreditam que existe um deslize semântico que leva a uma confusão entre a noção biológica de vida e a noção jurídica de pessoa.

A argumentação expendida em defesa desta tese encontra guarida no fato de que o objeto de proteção jurídica no crime de aborto é o direito à vida. Mas para que esta possa ser protegida, é imperiosa a sua existência, ou ao menos sua potencialidade de existência, o que não se vê presente diante do feto portador de anencefalia.

Averbe-se, também, que o anencéfalo é desprovido de membro essencial e indispensável à condição humana, motivo este que leva ao silogismo lógico de que não há que se falar em titularidade de direitos a ser amparado pelo ordenamento jurídico (o que não impede que o seja por algumas correntes religiosas).

A análise estritamente científica do assunto, amparada no consenso da comunidade científica, diz que a anencefalia não proporciona nenhuma possibilidade de vida extra-uterina ante a ausência completa ou parcial do cérebro, causando uma

degeneração do tecido craniano. Com a malformação fetal em comento, que atinge principalmente os fetos do sexo feminino, pode ocorrer a preservação dos ossos da base do crânio e proeminência dos olhos, o que dá ao anencéfalo a típica ‘face-de-sapo’.

Em sendo a morte a cessação das atividades cerebrais, um feto anencéfalo não é dotado de vida, nos estritos termos do parecer editado pelo Conselho Federal de Medicina que afirmou trata-se de "natimorto cerebral". Impende sublinhar que a argumentação de que a antecipação terapêutica do parto do anencéfalo configuraria a prática nazista da eugenia (destinada a eliminar seres tidos como inferiores, tais como eram considerados judeus, ciganos, negros ou árabes, todos titulares de direitos) também não se mostra, suficientemente, sedutora para uma racional mudança de posicionamento, assim como a equiparação que se faz entre o anencéfalo e o deficiente físico está desprovida de lógica. Conforme dados do último censo, 14,5% da população brasileira é portadora de alguma deficiência (sendo esta entendida como parte natural da vida, em especial com o envelhecimento populacional, sendo certo que a Organização Mundial de Saúde, diz que deficiências são lesões, limitações ou restrições de atividades).

Todavia, não há crianças ou adultos com anencefalia, razão pela qual bem demonstrado resta o equívoco da comparação sublinhada. Anencefalia e deficiência não guardam a mínima correlação, o que afasta por completo a tese de que permitir a antecipação terapêutica do parto do anencéfalo seria uma zona limítrofe para a interrupção da vida dos portadores de deficiência.

Mostra-se importante trazer à baila que a discussão envolvendo o aborto e a anencefalia também partem de vertentes diferentes. O debate do aborto prescinde de se pontuar sobre o início da vida que, por sinal, não encontra definição no ordenamento jurídico brasileiro. De outra banda, a anencefalia desafia a discussão sobre o evento morte, como um fato físico inexorável, cuja definição jurídica está na lei que regulamentou a doação e transplante de órgãos. Portanto, em sendo a morte a cessação das atividades cerebrais, um feto anencéfalo não é dotado de vida, nos estritos termos do parecer editado pelo Conselho Federal de Medicina que afirmou trata-se de “natimorto cerebral”.

Enquanto não se tem legislada a questão, há de ressaltar os benefícios que são trazidos com a concessão dos alvarás para as gestantes de fetos anencefálicos que, por vontade livre e deliberada, optaram pela interrupção da gravidez após o diagnóstico da malformação fetal destacada. Uma das primeiras benesses é o fato de que se retira a questão do âmbito do crime, permite-se atendimento ético e médico competente, garante-se internação hospitalar adequada com a utilização do SUS ou seguro privado.

O enfrentamento de tão grave lacuna legal presente em nosso ordenamento jurídico, faz com que este momento seja histórico no judiciário brasileiro. Em boa hora, presta-se a cumprir o princípio fundamental do art. 1º da Carta Magna, respeitando “a dignidade da pessoa humana”, na medida em que assegura à gestante a liberdade de prosseguir ou interromper a gravidez na hipótese de anencefalia, bem utilizando a equidade para responder a uma necessidade social emergente. Resta também contemplada, a imperiosa observância ao inciso I, do art. 5º da CF, não submetendo as gestantes, quando se deparam com o diagnóstico da anencefalia, a um tratamento cruel, desumano e degradante equiparado à tortura, como o que lhe é imposto com o dever de obter um alvará judicial autorizativo para interrupção da gestação, submetendo-se a toda a delonga que assombra o judiciário brasileiro. Entende-se, pois, que, assim, está-se de fato realizando “Justiça”, pois estão em pauta questões referentes aos direitos humanos garantidores dos direitos fundamentais das gestantes, previstos pela própria Constituição e, por isso, não podem estar condicionados à edição de lei, eis que gozam de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º § 1º, da Lei Maior.

Há que se acrescentar que, ao impedir a interrupção da gravidez de feto anencefálico, há tratamento equiparado ao da tortura, que se configura sempre que há violação, intencional, do direito de uma pessoa, causando dores ou sofrimento agudo, físico ou mental, consubstanciado no impedimento de todos os mecanismos legais para fazer uso de sua vontade. Bem se vê que a medida estatal é essencialmente dirigida contra às mulheres pobres e usuárias da rede pública hospitalar, pois as mais abastadas gozam da solidariedade de seus médicos particulares e interrompem a gestação anencefálica sem

nenhum recurso judicial (já que não há clínicas ilegais de aborto para interromper uma gestação de feto com anencefalia).

Acrescentar-se-á, por indispensável, que, in casu, há expressa afronta aos princípios e garantias fundamentais, como o respeito à liberdade e à autonomia da vontade, direitos básicos e irrenunciáveis de toda e qualquer sociedade que se diga democrática. Por assim ser, entendemos que, enquanto vigorou a liminar do STF, houve aquilo que é chamado de “justiça social”, eis que beneficiou, de forma igualitária, tanto as usuárias da rede privada quanto pública de saúde.

O olhar da problemática da anencefalia com “olhos de ver” cristaliza o entendimento de que a manifestação favorável do Estado-Juiz para a realização do procedimento médico é a representação, a um só tempo, do respeito e observância do direito à saúde, do direito à liberdade em sua acepção “lato sensu”, do direito à preservação da autonomia da vontade, do princípio da legalidade e, acima de tudo, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois a submissão à vontade estatal denegatória resulta em violência às vertentes do princípio em comento, de forma física, moral e psicológica.

Consignar é preciso, ainda, que o posicionamento aqui defendido visa resguardar o direito à vida, e, mais do que isto, o direito a uma vida digna, com esteio nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que faz com que se opte por não fazer a mãe correr riscos para preservar um ser que não tem cérebro e, por esta razão, obviamente, é um natimorto cerebral.

No caso da anencefalia, e tendo em vista os princípios fundamentais consagrados, há de se ponderar os valores em jogo, sem contudo, esquecer que espécie de justiça legítima o aborto por estupro e não a interrupção da gravidez por anencefalia: de um lado está a obrigatoriedade da mulher manter uma gravidez que não tem por objetivo dar à luz e vida a uma criança e, de outro, está o respeito à dignidade da pessoa humana de quem

optou por abreviar um sofrimento que, dentro das suas razões, e no seu entender, não terá sentido se o resultado final “morte” é imutável.

\* Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, Pós-Graduada "lato sensu" em Direito Processual Civil; Direito Penal e Linguagem dos Meios de Comunicação Social; Pós-Graduada "lato sensu" em Direito Empresarial; Professora Universitária; Curso de Pós Graduação em Direito Processual Civil e na Graduação das disciplinas de Processo Civil e Direito Civil; Assistente Jurídico do Tribunal junto aos Gabinetes dos Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Disponível em:< <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/25/2325/> > Acesso em.: 14 jun. 2007.