

# Controle de Constitucionalidade

**Alessandra da Rocha Lima Roidis**

*Juíza de Direito da Vara Criminal de Queimados*

Um dos temas mais polêmicos em tramitação no Supremo Tribunal Federal refere-se à divergência em relação à possibilidade do aborto de fetos anencéfalos.

Apesar da existência do PLS 227/04, proposto pelo senador Mozerildo Cavalcanti (PTB/RR), que altera a redação do artigo 128 do Código Penal para incluir no rol das excludentes de ilicitude os casos em que o feto tem anencefalia, a mais alta Corte do país precisa julgar a ADPF 54/ DF, arguida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

Nessa ação, a parte autora pretende que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos deixe de ser considerada como crime e justifica o pedido com fundamentos nos valores consagrados na Lei Fundamental, como os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade, autonomia da manifestação da vontade e da legalidade.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal não se posiciona quanto ao tema, cabe destacar que a discussão sobre a possibilidade do aborto anencéfalo deriva do tabu relativo ao aborto consentido pela gestante, conduta ainda considerada criminosa em nosso ordenamento jurídico.

A expressão “ainda” se justifica, em razão de a criminalização do aborto consentido – conduta permitida em diversos países como, por exemplo, EUA, Inglaterra, Itália, Austrália e Japão – não encontrar fundamento quando analisada à luz de nossa Constituição da República. Inicialmente, convém lembrar que a proibição dessa conduta não impede a sua prática, pois grande parte das mulheres que se veem diante de uma gravidez indesejada pensa no abortamento. Ocorre que, desse grupo de mulheres, apenas as mais abastadas podem recorrer às clínicas clandestinas de bom nível para

realizar o procedimento proibido. As demais, sem condições financeiras e sem acesso às clínicas que oferecem um mínimo de segurança, ou desistem da ideia inicial ou resolvem praticar a conduta incriminada de forma amadora, muitas vezes sem segurança e sem condições mínimas de higiene, o que, a toda evidência, coloca em risco a saúde da gestante e, muitas vezes, diante do fracasso do método utilizado, não elimina o feto, mas provoca deformidades no mesmo.

Consequentemente, percebe-se com facilidade que o proibicionismo consiste em retumbante fracasso, pois, além de não evitar a prática que se pretende coibir, acarreta sérios danos à saúde das mulheres e de alguns resistentes embriões que, mesmo agredidos pela tentativa de aborto, nascem e vivem com as lesões decorrentes dos métodos rudimentares utilizados pelas mães.

A diferença de assistência decorrente da situação financeira das gestantes, além da odiosa desigualdade, causa considerável número de mortes e complicações médicas que não interessam ao Estado, seja do ponto de vista financeiro, seja do ponto de vista jurídico.

A partir dessa óbvia constatação de que diversas mortes decorrem da prática do aborto clandestino, conclui-se que a bandeira daqueles que “defendem a vida” não se sustenta na própria superficialidade.

Outra acalorada face da discussão que envolve o tema consiste na utilização de argumentos religiosos para defender a permanência da criminalização do aborto consentido. Ora, se o Estado é laico, nunca uma crença religiosa pode fundamentar a eleição de uma conduta como crime.

Os detratores do aborto parecem não perceber que aqueles que defendem a descriminalização da conduta não pregam a obrigatoriedade do aborto. Ora, quem é contra, que assim permaneça, mas que reflita e veja que sua vontade não pode sobrepor-se àquela das mulheres que precisam adotar esse comportamento que, aliás, nenhum prazer traz a quem dele necessita.

Ultrapassado esse ponto, verifica-se que a divergência mais complexa sobre o tema consiste na questão “direitos do nascituro versus direitos da gestante”. Sobre esse ponto, apesar das variadas posições doutrinárias, apesar da proteção legal conferida aos direitos do nascituro, esse ainda não

possui a condição de pessoa.

Assim, o conflito entre o direito à vida do embrião e o direito à liberdade e à autonomia de vontade da mulher gera intensa discussão em diversos setores da sociedade.

Em que pese o empolgante debate entre os que privilegiam a vida do nascituro contra os que privilegiam a liberdade individual, tem-se a questão da anencefalia, patologia consistente na inexistência de estruturas cerebrais que provoca a ausência de diversas funções do sistema nervoso central e que equivale à morte neocortical.

De acordo com os ensinamentos médicos, os bebês com essa patologia que conseguem resistir aos primeiros dias fora do ventre materno não têm a menor condição de avançar além de alguns meses de existência independente.

Ademais, o Código Civil e o Código de Processo Penal não definem o momento da morte. Os antigos sustentavam que a morte ocorria com a parada cardíaca (gregos) ou com o último suspiro, sendo o pulmão o indicador da morte (tradição judaico-cristã) ou quando cessam o coração, pulmão e cérebro (franceses no século XVII).

Com o advento da Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplante de Órgãos), ficou certo que, juridicamente, o ser humano deixa de existir com a morte encefálica constatada por dois médicos (artigo 3º). Morrendo o encéfalo, cessam todas as atividades do cérebro e do sistema nervoso central, atingindo a estrutura encefálica. Esse é o momento da morte jurídica, a partir do qual se afigura possível a realização do transplante.

Desta forma, parece evidente que, nos casos de anencefalia, o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal não existe na medida em que não existe a vida extrauterina em sua forma plena. Logo, numa análise legalista, com base em nosso ordenamento jurídico penal, a interrupção de gravidez em caso de feto anencéfalo consiste em conduta atípica, com fundamento no princípio da lesividade.

Apesar de o legislador pátrio não ter contemplado a possibilidade do feto anencéfalo – talvez porque na época da promulgação do Código Penal não existissem meios para a descoberta da patologia logo no início da

gestação -, duas hipóteses foram agraciadas com o selo de excludentes da ilicitude: risco de vida para a gestante e gravidez decorrente de estupro.

Salta aos olhos a incoerência: o legislador penal quis proteger a vida da gestante e, ainda, privilegiou a vontade da mãe de não aceitar a evolução de gravidez indesejada.

Diante dessa óbvia constatação, por qual motivo ainda existe discussão sobre o aborto do feto anencéfalo? Observa-se que a resistência de determinados órgãos jurisdicionais viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que confere tratamento diferente a situações similares, no que se refere ao nascimento indesejado de uma criança.

Apesar da posição acima explicitada, a polêmica continua e o Supremo é chamado a decidir sobre a possibilidade do aborto nas hipóteses de anencefalia.

A solução seria a interpretação conforme a Constituição dos tipos penais relativos ao aborto, a fim de explicitar que os mesmos não se aplicam aos casos de aborto de feto anencéfalo e, assim, unificar o entendimento sobre a matéria que, por enquanto, acarreta julgamentos divergentes em todo o território nacional.

Enquanto tal julgamento não ocorre, a sociedade aguarda a decisão que, longe de pôr fim ao tabu, pelo menos poderá, com base em vários dispositivos constitucionais e legais, evitar o sofrimento desnecessário de mães que sabem que a gestação não trará à luz um filho com condições de viver.

Sobre a matéria, é pertinente, em razão dos sólidos argumentos, a transcrição de parte da decisão proferida pelo eminente Ministro Marco Aurelio que, em 01 de julho de 2004, concedeu liminar na mencionada ADPF 54/DF:

*“Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove*

*meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo. Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos*

*casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desconfortos em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. 3. Ao Plenário para o crivo pertinente. 4. Publique-se”. ◆*