

Anencefalia - ADPF 54: Decisão Liminar e sua Repercussão nos Casos Concretos

Daniel da Silva Fonseca

Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Itaboraí

Trata o presente de questão tormentosa em trâmite no Supremo Tribunal Federal, particularmente no que tange à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que pretende que seja declarado atípico o aborto de bebês anencéfalos.

Em consulta pelo *site* do STF, verifiquei que, embora o mérito da ação ainda não tenha sido julgado, o Pleno daquele tribunal, na sessão que apreciou a concessão da liminar pelo Relator, Min. Marco Aurélio, deliberou que “(...) prosseguindo no julgamento, o tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o senhor ministro Cezar Peluso (...)”.

Tal decisão encontra amparo no art. 5.º, § 3.º, da Lei 9.882/99, que disciplina o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o qual dispõe que

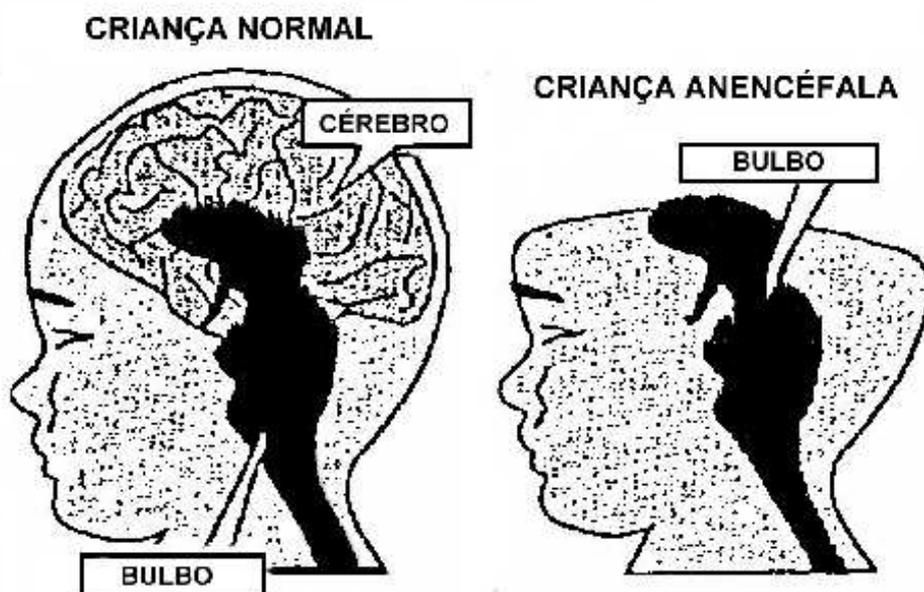
“a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”.

No entanto, a discussão no Supremo Tribunal Federal refere-se ao direito abstrato de realização de aborto em feto anencéfalo e, assim, é perfeitamente possível a espera pela prestação jurisdicional. Todavia, caso a decisão acerca da legalidade ou não do abortamento demore, fetos anencéfalos nascerão sem que a Justiça se pronuncie a respeito.

Diante disso, por mais que haja determinação do Pretório Excelso no sentido de que os processos e as decisões judiciais sobre o tema sejam suspensos, não há como deixar para depois a solução de inúmeros casos, porque os processos perderão objeto.

Literalmente, anencefalia significa falta do encéfalo. Porém, segundo os especialistas¹, essa definição é falha, uma vez que o encéfalo compreende, além do cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral. Os bebês anencéfalos, embora não tenham cérebro, ou boa parte dele, têm o tronco cerebral funcionando. O tronco cerebral é constituído principalmente pelo bulbo, alongamento da medula espinhal. Ele controla importantes funções do nosso organismo, dentre elas: respiração, ritmo dos batimentos cardíacos e certos atos reflexos (como a deglutição, o vômito, a tosse e o piscar dos olhos).

Para melhor ilustrar a questão:



¹ Texto e ilustração extraídos do link: <http://www.providaanapolis.org.br/quemeean.htm>

A anencefalia, para os defensores do aborto, seria equiparada à ausência de vida no bebê e, em tal caso, o aborto não seria aborto. Seria uma mera expulsão de um ente não vivo (um cadáver) ou não humano (uma coisa), cuja presença serviria apenas para incomodar a gestante.

Já para os opositores, o anencéfalo seria um ser vivo, porque a Lei dos Transplantes (Lei 9.434/97) não utiliza a expressão “morte cerebral”, o que daria a entender que a simples parada de funcionamento do cérebro seria um sinal suficiente de morte. A lei sempre fala em “morte encefálica”, o que significa que todo o encéfalo (incluindo aí o tronco cerebral) deve parar de funcionar para que um paciente seja considerado morto e, assim, a sua retirada da barriga da gestante constituiria, em tese, crime de aborto.

Também no Código Penal não há autorização para tal prática.

O art. 128 do Estatuto Repressivo estabelece não ser punível o aborto praticado por médico “se não há outro meio para salvar a vida da gestante” ou “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

A anencefalia, contudo, não resulta de estupro e, em regra, nenhum perigo de vida há para a gestante.

Quid iuris?

Como cediço, em nenhuma outra questão de direito grassa tanta dissensão entre os magistrados, assim como entre os membros do Ministério Público, mesmo porque a matéria, além de seu conteúdo jurídico, é permeada por fatores emocionais e por conceitos filosóficos, morais e sobretudo religiosos.

É óbvio que, do ponto de vista estritamente legal, o pedido não encontra respaldo, não havendo qualquer preceito normativo que o preveja.

No entanto, parece cabível seu deferimento, repousando meu posicionamento a respeito do *thema decidendum* em dois fundamentos, que tentarei sintetizar aqui.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que, por ocasião da elaboração e da promulgação do Código Penal, em 1940, não dispunha a Medicina, ainda rústica e incipiente, dos recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outras anomalias fetais, indicativas de morte

logo após o parto ou de irrecuperáveis sequelas físicas ou mentais. Em outras palavras, naqueles tempos já remotos, era preciso esperar o nascimento da criança para constatar a perfeita sanidade ou a eventual deficiência em maior ou menor grau. Por óbvio, a lei não poderia prever uma situação inexistente na realidade e incluí-la entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto.

Hoje, como é amplamente difundido, com os avanços tecnológicos aplicados à Medicina e, no caso particular, à Obstetrícia, e com a evolução das pesquisas médicas em geral, a situação muda de figura, não sendo desarrazoado supor que, havendo tal possibilidade na época em que foi elaborado, o Código Penal também isentasse de pena o chamado aborto eugênico, como é conhecida a interrupção da gestação na hipótese vertente, o que se extrai da própria *mens legis* do referido preceito da lei penal.

Tal circunstância, por si só, autoriza uma atualização do pensamento em torno da matéria, visto que o Direito, como se sabe, não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, mas necessita acompanhar a evolução social, sob pena de perder o prestígio e o sentido, tornando-se antes um estorvo desprezado pela sociedade do que um efetivo instrumento de concretização da paz social.

Em segundo lugar, a jurisprudência, sensível à realidade da vida e suas constantes mudanças, como não poderia deixar de ser, tem feito uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, do estatuto repressivo, admitindo o aborto, não só quando indispensável para salvar a vida da gestante, mas quando necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica, na perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana. E penso que não merece qualquer reparo tal orientação jurisprudencial, uma vez que aplica a analogia *in bonam partem*, admissível em matéria penal, já que não está criando nenhuma figura típica, nem enquadrando analogicamente uma conduta em tipo penal que não a preveja estritamente, mas apenas estendendo uma causa de isenção da punibilidade a uma situação assemelhada à que a lei descreve.

Por outro lado, apenas para não deixar passar em branco, não me impressiona a argumentação da menina anencéfala que resistiu por cerca

de um ano, contra a previsão dos médicos, que inclusive teriam aconselhado sua genitora a interromper a gravidez.

A atitude dessa mãe, negando-se ao aborto, aparentemente calcada em profunda espiritualidade, é exemplo de amor, de nobreza de sentimentos e de desprendimento e, por isso mesmo, merecedora da maior admiração.

Tal não significa, porém, que outra mulher, despida talvez da mesma fortaleza moral ou que não tenha quem sabe a mesma rede de apoio, seja obrigada a seguir-lhe o exemplo, com todas as consequências desse pesadíssimo encargo.

Por tais razões, com a vênua dos que pensam diferentemente, não vejo razão jurídica relevante para desacolher o aborto do anencefálo, o que equivaleria impor à gestante um árduo sofrimento, coisa que não se inclui entre as funções do Direito, salvo como retribuição pela prática delituosa. ◆