

Aspectos jurídicos e médicos da anencefalia.

SORAYA TAVEIRA GAYA (*)

A questão, por não ser corriqueira no cotidiano forense, não mereceu maior atenção da doutrina e jurisprudência.

Estamos falando dos casos de anencefalia, ou seja, de uma gestação em que o feto é inviável, sem a menor chance de vida extra-uterina e que a gestante quer interromper essa gravidez.

Pode fazê-lo independentemente de qualquer providência? Ou a lei lhe exige alguma formalidade?

O Código Penal não regula a hipótese, só permitindo a interrupção da gravidez em dois casos, quais sejam, o aborto de gravidez decorrente de estupro ou quando realizado para salvar a vida da gestante.

Assim, o Código Penal admite no artigo 128, incisos I e II a interrupção de uma gravidez cujo feto é saudável e com 100% (cem por cento) de vida extra-uterina.

E no caso de anencefalia, em que a morte do feto é incontestável, não existe qualquer previsão legal, mesmo porque, na época da elaboração do Código Penal, não se tinha conhecimento desse fenômeno médico.

Dessa forma, falando do que está prescrito, o fundamento legal, ao se admitir a interrupção da gravidez no caso de estupro, é o estado psicológico da gestante; a lei visa a proteger a pessoa dela, considerando nocivo à sua saúde mental o fato de ter que carregar uma gravidez indesejada, proveniente de um crime.

Na prática, o que vemos é a equiparação de situações absolutamente distintas, quais sejam: aborto, que é a interrupção de uma gravidez de feto viável com antecipação de parto, onde o feto é inviável, que é exatamente o caso que estamos a tratar: anencefalia.

Pois bem, a interrupção de uma gravidez anencéfala - patológica - não pode ser comparada com a primeira, que é uma gestação saudável, que é interrompida através do "aborto".

Estamos diante de uma questão séria, que nem de longe sinaliza com qualquer atividade à margem da lei; muito pelo contrário, trata-se de causa eminentemente

médica, que não deveria ficar sujeita a interferências externas, muito menos do Judiciário, *data maxima venia*.

Ocorre que os médicos e juristas costumam incidir na confusão descrita acima. Assim é que, para realizar uma interrupção de gestação de feto com anencefalia, os médicos exigem da gestante uma "autorização judicial", o que é um erro, pois jamais poderíamos falar em crime de aborto nesse caso, posto que condição primeira para a sua ocorrência é que o feto seja viável, o que seria impossível aqui.

Os médicos agem dessa maneira porque os juristas, erradamente, pensam que interromper gravidez de feto anencéfalo é crime, caso não haja autorização judicial.

A lei não prevê nada disso nem para os casos em que permite a interrupção de gravidez.

Em Brasília, o Ministério Público, em casos de antecipação terapêutica de parto, em procedimento administrativo próprio, declara sua posição institucional para afirmar a inexistência de interesse público na persecução das ações ou omissões desenvolvidas para assegurar a vontade da mãe no sentido de interromper a gravidez de um feto inviável. Dispensada estará, nesses casos, a intervenção judicial, pois não haverá óbice oposto pelo Ministério Público ao atendimento do pedido da Mãe. A decisão do Ministério Público, nesses casos, assegura direitos fundamentais, uma vez que haverá uma decisão irretratável que equivale à renúncia à persecução penal por ausência de tipicidade. A antecipação terapêutica de parto não é antagônica aos interesses permanentes da sociedade. Trata-se de uma decisão ministerial administrativa e as matérias envolvidas na persecução penal e que dependem de segurança jurídica fora do processo penal estrito são privativamente decididas pelo Ministério Público.

Em suma, instaura-se, perante o Ministério Público, um procedimento administrativo, iniciando-se com requerimento da gestante e (ou) do médico, instruindo-o com toda documentação pertinente, ouvindo-se as partes, requisitando-se perícias *etc.*, tudo com vistas à decisão final declaratória da inexistência de crime na hipótese de interrupção de gravidez com feto anencéfalo, por atipicidade, já que não existe delito de aborto praticado contra feto inviável, não se tira a vida de quem não tem a expectativa de tê-la. O Ministério Público, *in casu*, apenas antecipa sua *opinio delicti* para declarar que não existe justa causa na instauração de Ação Penal naquele caso, trazendo, assim, a tranquilidade aos profissionais da saúde envolvidos naqueles casos específicos que lhes são submetidos à apreciação.

Como se vê, é despendianda qualquer discussão a respeito da aplicação analógica ou não dos incisos I e II do Artigo 128 do Código Penal em casos tais.

Argumentamos também com o trecho bem esclarecido da respeitável sentença proferida pelo Doutor Fernando Mello Batista da Silva, Ilustre Juiz de Direito Substituto da 1ª Vara de Família da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília

- Distrito Federal, Processo n.º 2002.01.1.082024-8 - de Alvará Judicial para que um casal pudesse interromper gravidez de feto anencéfalo.

“Poder-se-ia pensar que a presente decisão configura negativa de prestação jurisdicional e, em consequência, falta de tutela à dignidade humana e à vida. Ledo engano. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que hoje conta com excepcional protocolo para interrupção voluntária da gravidez, é tão guardião destes princípios tão caros à Democracia quanto o é o Poder Judiciário. Todavia, cabe ao Ministério Público o fundamental mister de dar o primeiro embate a questões como a versada nestes autos; ao Poder Judiciário caberá a resolução de eventuais conflitos surgidos após a manifestação do Ministério Público.

Por fim, mesmo que a gestação em questão não representasse concreto risco de vida à mãe, acentuo a total desnecessidade da providência jurisdicional para os casos de interrupção de gravidez de feto anencéfalo, pois tal conduta sequer se subsume ao tipo penal do aborto. A caracterização do crime de aborto não pode prescindir da existência de um embrião apto a gerar vida; a vida pressupõe expectativa de autonomia; o anencéfalo não a tem, porquanto, mantém relação parasitária com a mãe, sem a qual não pode sobreviver ao nascer.

Ante o exposto, tendo em vista a falta de interesse de agir, indefiro a petição inicial com base no artigo 295, III, do Código de Processo Civil, e extingo o processo sem julgamento de mérito nos termos do artigo 267, I, do mesmo Estatuto. Sem custas, eis que defiro os benefícios da gratuidade de justiça.

Remetam-se os autos, imediatamente e com urgência, ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - Promotoria de Justiça de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde - para que tome as providências cabíveis.

Brasília/DF, 07 de outubro de 2002”.

Repita-se, não estamos diante de aborto, que configura ato de interrupção de gestação de feto vivo ou com potencialidade de viver a vida fora do útero materno. Assim, podemos afirmar que, para a configuração do aborto, se faz necessário a existência de feto vivo ou feto com potencialidade de viver a vida

fora do útero materno; necessário, ainda, o ato de vontade livre direcionado à interrupção da gravidez.

É a este aborto que se refere o Código Penal, quando criminaliza o ato e quando trata das duas únicas causas de excludentes da antijuridicidade quando da sua prática.

Quanto à hipótese de feto inviável, não podemos equiparar o caso ao aborto porque, repita-se, o tipo penal que incrimina o aborto exige que o feto seja viável, caso contrário não haverá abortamento e por conseqüência nenhuma tipicidade penal.

Não se pode ver aqui analogia *in malam partem*, pois tal figura não existe em nosso sistema jurídico, aliás, reza o Artigo 1º do Código Penal que :

“ Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Ao que parece, o entendimento equivocado equipara a situação patológica da gestante com os casos de aborto, vislumbrando a possibilidade de crime sem definição legal prévia. Tal entendimento afronta o princípio da reserva legal.

Nós estamos diante de uma questão médica que deveria, em realidade, ser decidida pelo casal e pelos profissionais da Saúde. Não obstante, estes Profissionais, temendo serem vistos como criminosos, exigem que as Partes (pacientes) lhes apresentem ordens judiciais que lhes dêem tranqüilidade para concluir seu trabalho.

A atividade laboriosa da pessoa, ou seja, o exercício da profissão do médico fica cerceado indevidamente pela Justiça. É violado, assim, direito fundamental da pessoa, consubstanciado no trabalho - Artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal.

Para que autorização judicial? Gravidez anencéfala traz risco de vida à gestante; além disso, o médico que praticasse a antecipação desse parto jamais estaria cometendo crime de aborto, não se pode destruir um produto de concepção inviável, não existe vida, esta só existe aparentemente em face da ligação do feto à mãe.

O médico apenas antecipa o parto, antecipa o desfecho trágico previsível, para que a gestante não corra mais riscos à sua saúde física e mental, com isso ele está tratando essa paciente.

Como fica a situação do médico que se omite, que deixa de tomar as providências indicadas nesses casos e passa a responsabilidade para o Judiciário?

Se, no caminho da busca na Justiça por uma “autorização” para interromper essa gravidez, a gestante vier a sofrer um dano físico ou mental, quem pode ser

responsabilizado? Em tese, seria o médico que não realizou o ato que lhe competia, solidariamente com o Estado, que negou a prestação da tutela jurisdicional, mas isso é assunto para estudo à parte.

No triste caminho que percorre a gestante para ter assegurada sua vontade, temos interferências de toda ordem, sendo a mais forte e opressiva aquela ligada à religiosidade, que é assunto que também foge ao nosso tema.

O que buscamos com a apresentação do presente trabalho é um pouco de bom senso, pois o Direito e a Justiça não podem ficar sujeitos a interferências religiosas ou a qualquer outra e devemos respeitar o direito de todos, sob pena de violentarmos a Constituição Federal.

Criou-se na classe médica a falsa idéia de que se tem que pedir autorização judicial para a interrupção de uma gestação patológica como a que estamos a tratar; sendo assim, é preciso que nossos Tribunais declarem que isso é desnecessário, como o é nas hipóteses previstas no artigo 128 do Código Penal. Aliás, a própria lei nem prevê procedimento para tal.

É preciso lembrar que enquanto o tempo passa, as gestantes e suas famílias estão convivendo com todo tipo de sofrimento.

O número de casos de anencefalia no Brasil é bem maior do que o registrado, isso porque as gestantes que têm condições financeiras passam longe da porta do Fórum e vão direto resolver seus problemas em clínicas particulares com todo o conforto, elas não se expõem e muito menos os médicos se recusam a fazer as intervenções.

São exatamente as jovens pobres e simples que procuram a Justiça, são elas que ficam na linha de frente, com o poder e a coragem de buscar mudanças para que todas as mulheres – pobres ou ricas – sejam beneficiadas e não tenham que sofrer tantos constrangimentos como elas.

OS DIREITOS QUE ESTÃO SENDO VIOLENTADOS.

A partir do momento que a jovem gestante, portadora de um problema sério de saúde, consubstanciado numa gravidez que, além de ser de alto risco, está absolutamente fadada ao insucesso, não foi devidamente tratada pelos médicos e, ainda, tendo buscado ajuda na Justiça, esta lhe foi negada, temos que houve violação do direito que esta cidadã tem à saúde.

Ademais, o seu direito de liberdade foi severamente cerceado, bem como o respeito à dignidade humana.

Entre os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna a todos em igualdades de condições está aquele que diz:

“Artigo 5º, inciso II

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”;

Estamos apenas argumentando, mas não seria o caso de estarem cometendo constrangimento ilegal aqueles que, de uma certa forma, estão obrigando uma gestante de um feto anencéfalo a levar a gravidez a termo com prejuízos incalculáveis a sua pessoa ?

Não existe nenhuma previsão legal para a hipótese, a lei não proíbe essa intervenção médica e muito menos exige qualquer autorização para que ela se realize.

Pois bem, repita-se: quem será responsabilizado pelos danos causados à gestante?

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A questão só aparentemente é complexa: com um mínimo de entendimento a respeito do assunto, ela se torna por demais simples; no entanto, é preciso separar as coisas: nós, como operadores do Direito, devemos analisar as situações fáticas à sua luz, aliada às conclusões médicas.

Está demonstrado à saciedade que a autorização para a antecipação de parto, no caso presente, é absolutamente desnecessária e dentro da legalidade estrita, interpretando-se as normas jurídicas na forma exigida pelos anseios sociais e não de forma a violentar direitos básicos da pessoa humana e sim respeitá-los.

O feto anencéfalo não possui a mínima expectativa de vida; logo, não constitui crime a interrupção dessa gravidez. Obrigar a gestante a levar esse sofrimento até o fim equivale a submetê-la a um processo lento de tortura física, psíquica e moral. Nenhuma mulher, sob qualquer circunstância, pode ser forçada a tomar decisões reprodutivas contra sua vontade.

As pessoas devem ser livres para decidir se querem ou não antecipar o parto em caso de feto anencéfalo. Muito embora a grande maioria delas opte por antecipá-lo, há umas poucas, em geral por convicções religiosas individuais ou pela solitária capacidade de duvidar da ciência, que preferem levar a gestação a termo.

Seja qual for a decisão da mulher, sua escolha deve ser amparada pelo Estado, o qual deve prover as condições sanitárias e jurídicas para garantir sua saúde e integridade moral.

O Promotor de Justiça pode, em procedimento administrativo, antecipar sua *opinio delicti* para declarar a inexistência de crime no procedimento médico de antecipação de parto no caso de gravidez anencéfala. Essa declaração pode ser levada aos médicos para lhes dar tranqüilidade no exercício de suas funções em casos tais.

Esperamos sinceramente que, num futuro bem próximo, nossos juristas e autoridades médicas se conscientizem do tema à luz do Direito e da Ciência, pois aquele deve estar sempre acompanhando os avanços dessa.

Obrigada pela reflexão de todos.

BIBLIOGRAFIA

1. DÉBORA DINIZ e DIAULAS COSTA RIBEIRO. *Aborto por Anomalia Fetal*, Ed. Letras Livres.
2. DIAULAS COSTA RIBEIRO. *Ministério Público, Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal*, Ed. Saraiva.
3. NELSON HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*, vol. V., Ed. Forense.
4. CELSO DELMANTO e outros. *Código Penal Comentado*, Ed. Renovar.
5. JORGE RESENDE. *Manual de Obstetrícia*, Ed. Guanabara.

(*) SORAYA TAVEIRA GAYA é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
