

# O DIREITO À VIDA DO ANENCÉFALO

(Folha de São Paulo - 19/10/2004)

Deverá, o Supremo Tribunal Federal, decidir, no próximo dia 20/10, sobre a admissibilidade ou não da ADPF N. 54 (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental), proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, objetivando o direito de seus integrantes abortarem anencéfalos. Pretendem incluir esta hipótese de "aborto eugênico", integrando-a no conceito de "aborto terapêutico", este permitido pelo Código Penal (art. 128, inciso I), cujo texto é o seguinte: "aborto necessário — se não há outro meio de salvar a vida da gestante".

O incidente foi provocado pelo Procurador-Geral da República, Cláudio Fontelles, que entende, corretamente, que a ação não é cabível, visto que não pretende, a Confederação, demonstrar que um preceito fundamental esteja sendo ferido, mas sim criar nova hipótese de antecipação da morte do nascituro, não prevista na lei penal. Em outras palavras, pretende que --não o Congresso Nacional--, mas o Supremo Tribunal Federal, nas vestes de legislador positivo, isto é, de Parlamento, institua, por jurisprudência, um novo tipo de aborto (eugênico), em face de o anencéfalo ter prognóstico de tempo de vida, no ventre materno ou fora dele, menor do que as outras crianças e de sua deficiência provocar tristeza nos pais, sabendo que a criança terá, se nascida, poucas horas, dias, meses ou anos de vida.

Estou com o eminente Procurador-Geral da República, que entende não ser adequado o veículo escolhido. A própria pretensão, é também, a meu ver, inviável --mesmo que lei autorizando o "aborto eugênico" viesse a ser produzida pelo Congresso Nacional --por violentar "o direito à vida", assegurado na Constituição Federal (art. 5º, "caput") e garantido "desde a concepção", pelo Código Civil (art. 2º), e do Tratado sobre direitos fundamentais de que o Brasil é signatário (art. 4º do Pacto de São José da Costa Rica). A lei 9882/99, que introduziu a "ação por descumprimento de preceito fundamental", foi elaborada por comissão de juristas, presidida por Celso Bastos, da qual participei, com Arnoldo Wald, Oscar Corrêa e Gilmar Mendes.

Nossa intenção, ao elaborá-la, foi de que o novo veículo processual viesse a atender às hipóteses em que houvesse clara violação de um preceito fundamental expresso na Constituição.

Gilmar Mendes, na Comissão, chegou a sugerir a adoção de uma lista destes preceitos, mas curvou-se à solução, proposta por Celso Bastos e por mim, de que seria melhor ofertar um nível maior de generalidade à norma para que não fosse excluído nenhum preceito fundamental. Daí o texto do art. 1º segundo o qual:

"A arguição prevista no § 1º do art. 102 da C.F. será proposta perante o STF e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público", tendo seu § único, inc. I (o segundo foi vetado) a seguinte dicção:

"Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I. quando for relevante o fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição".

Ora, o que se pretende na ação ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde é descumprir o preceito fundamental do direito à vida (antecipação de morte de anencéfalo), considerando-o menos importante que a autonomia de vontade da mulher de abortar e a liberdade de fazê-lo, visto que a saúde da mulher não corre, na gravidez do anencéfalo, risco maior do que em qualquer gravidez. Em outros termos, o direito objetivo do anencéfalo à vida, mesmo que curta, é afastado pelo aborto (antecipação da morte) por força da autonomia da vontade e liberdade da mãe, que são critérios meramente subjetivos.

Aliás, o Código Civil Brasileiro, no artigo 2º, declara que "a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro". Seria fantásticamente curioso que essa disposição preservasse todos os direitos, menos o direito à vida.

As próprias premissas da ação, que impressionaram o brilhante Ministro Marco Aurélio --ou seja, de que: a) há risco de vida para a gestante (a maioria dos médicos dizem que é idêntico ao de qualquer parto); b) a anencefalia seria diagnosticada com absoluta precisão

em 100% dos casos --já tive uma dedicada aluna de direito constitucional em que a anencefalia foi diagnosticada e a mãe recusou-se a abortá-la, estando o diagnóstico errado--; c) o anencéfalo não resistiria senão algumas horas (conheço casos em que duraram meses) --do ponto de vista fático, revelaram-se inconsistentes.

O que a ação pretende é jurisdicizar "o descumprimento de preceito fundamental", ou seja, a criação de um novo tipo de atentado à vida e antecipação da morte, que é do aborto eugênico do anencéfalo, razão pela qual, com clareza, o Procurador-Geral da República contestou o cabimento desse tipo de ação, que na hipótese não objetiva "uma interpretação conforme a Constituição", mas "desconforme", transformando os Ministros do STF, em parlamentares não eleitos.

Como disse S.Exa., o anencéfalo ou é "ser humano", ou é "uma coisa". Se não for "uma coisa", mas um "ser humano", deve-se aplicar a ele o mesmo princípio legal que se aplica aos casos de "transplante de órgãos", só admitindo a retirada de órgãos, após a morte, vale dizer, desde que não haja qualquer sinal de vida cerebral ou vital no ser de quem o órgão será retirado. Nos anencéfalos, apesar da inexistência total ou parcial de cérebro, todos os demais órgãos funcionam, devendo esperar-se, pois, que a morte, em seu devido tempo, aconteça e não se interrompa a vida, como pretende a referida ação, proposta por servidores da saúde, que pelo juramento de Hipócrates, que fazem, deveriam lutar para preservá-la sempre, desde a concepção.