

Um bom começo

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado do TJ/SP e membro do IBCCRIM

FRANCO, Alberto Silva. *Um bom começo*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.143, p. 2, out. 2004.

O ministro **Marco Aurélio**, do Supremo Tribunal Federal, na argüição formulada, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, de descumprimento de preceitos fundamentais — da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade e do direito à saúde — consagrados pela Constituição Federal de 1988, concedeu liminar, ad referendum do Tribunal Pleno, para sobrestar os processos e decisões não transitadas em julgado e para reconhecer "*o Direito Constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto*" e o "*risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados*" (Medida cautelar em argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 54-8, *Diário da Justiça*, Seção 1, nº 147, de 2 de agosto de 2004, pp. 64/65).

A anencefalia, que significa a ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais, não corresponde no plano médico à morte cerebral, cujo sinal inequívoco "*reside na verificação da ausência de função total e definitiva do tronco cerebral*". Embora esse esteja presente, nos fetos anencefálicos — o que permite em alguns casos a sobrevivência desses fetos, por tempo mínimo, fora do claustro materno — força é convir que as duas situações são similares. "*A ausência de hemisférios cerebrais, no primeiro caso, e a afetação definitiva do cérebro, no*

*segundo, suprimem **para sempre** o suporte indispensável para toda forma de consciência e de relação com o outro. No segundo caso, reconhece-se a morte da pessoa. Não há razão para a afirmação de que a vida, no primeiro caso, subsista como vida humana, isto é, como a vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana"*(**Patrick Verspieren**, "Diagnóstico prenatal y aborto selectivo. Reflexión ética", *La Vida Humana, Origen y Desarrollo*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1989, p. 178).

Mulher, gestante de feto anencefálico, não tem em seu útero um ser vivo, mas sim carrega, em suas entranhas, um ser condenado irreversivelmente à morte. Impedi-la de antecipar o parto significa deixá-la, meses a fio, convivendo com a expectativa de um nascimento frustrado, o que constitui, sem nenhuma margem de dúvida, agravo à sua saúde física e psicológica. Além disso, como bem adverte o ministro **Marco Aurélio**, cuida-se de hipótese concreta que *"conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade"*.

Ademais, num Estado Democrático de Direito, de caráter laico, com compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana e com o pluralismo moral e cultural, não há razão justificadora para confundir questões jurídicas com questões morais. Direito e moral devem permanecer como sistemas axiológicos separados. *"O Direito não é – não deve ser, pois a razão jurídica não o permite, nem a razão moral o pretende — um instrumento de reforço da moral. O seu objectivo não é o de oferecer um braço armado à moral, ou melhor, dada a existência de várias concepções morais na sociedade, a uma determinada moral. O Direito tem o dever, diferente e mais limitado, de assegurar a paz e a convivência civil, impedindo os danos que umas pessoas podem causar às outras — ne cives ad arma veniant — sem lhes impor sacrifícios inúteis ou insustentáveis"* (**Luigi Ferrajoli**, "A questão do embrião entre direito e moral", trad. de **Eduardo Maia Costa**, Revista do Ministério Público, Lisboa nº 94, abril/junho 2003). Não há como negar que a manutenção da gravidez da mulher, portadora de feto anencefálico, se traduz num sacrifício inútil e insustentável, imposto pelo

Direito Penal, por pura questão moral, com base no fanatismo de alguns que buscam "a afirmação de seus próprios princípios morais, deixando que estes ultrapassem os interesses reais das pessoas de carne e osso" e mostram "indiferença perante os enormes danos que sua actuação provoca a milhões de seres humanos" (**Richard Hare**, citado por **Luigi Ferrajoli**, ob. cit., p. 19).

Não há, portanto, razões para obstar à mulher o exercício do Direito Constitucional de interromper a gestação de feto anencefálico. Ademais, colocada a questão numa perspectiva mais abrangente, caberia, na realidade, à mulher, e somente a ela, o ato de vontade através do qual se conferiria ao feto o valor de pessoa. Só então, após essa manifestação criadora, guardaria pertinência a tarefa de protegê-lo penalmente. A autodeterminação da maternidade, "antes que uma liberdade de abortar, é uma liberação dessa espécie de servidão pessoal que se representa na obrigação da mulher de ser mãe e na instrumentalização de seu corpo para a consecução de um fim que não é seu porque não é querido". Trata-se, em síntese, de uma liberdade do corpo, no sentido já recordado da definição de **Mill**, da liberdade como soberania de cada um sobre seu próprio corpo e mais do que isto, sobre sua própria mente, e da máxima kantiana segundo a qual nenhum ser humano pode ser tratado como coisa. O corpo feminino foi, durante muito tempo, e ainda hoje "*continua sendo uma coisa, um objeto antes que um sujeito de direito e de direitos. E, portanto, a afirmação da liberdade feminina consistiu no passado e persiste ainda, antes de tudo, numa luta de liberação dos corpos das mulheres*" (**Luigi Ferrajoli**, *Prólogo ao livro de Tamar Pitch, Um Derecho para Dos. La Construcción Jurídica de Género, Sexo y Sexualidad*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 13/14).

Já se faz tarde dar um passo além, ou seja, aprofundar a análise do problema do aborto, em nível de um Estado Democrático de Direito, que tem uma dimensão antropocêntrica na medida em que se arrima, fundamentalmente, na dignidade da pessoa humana, ou melhor, "*num ser com dignidade, um fim e não um meio; um sujeito e não um objeto*". O princípio da dignidade da pessoa humana constitui a viga mestra de todo arcabouço

jurídico *"que confere unidade de sentido ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais e há de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como um ser autônomo (livre)"* (**José Carlos Vieira de Andrade**, *Os Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 101/102). Ora, nada mais ofende a dimensão humana do que *"a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto"* (ministro Marco Aurélio, *op. cit.*, p. 65).

A antecipação do parto de feto anencefálico põe em discussão a questão maior do aborto e da flagrante inconstitucionalidade dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, por desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito de preservação da autonomia da vontade da mulher e do direito à saúde. Não há entender como recepcionados pela Constituição Federal de 1988, tipos penais que com ela se confrontam de forma tão flagrante e que representam a consagração legal, em nível repressivo, de uma das formas mais explícitas de discriminação da mulher, proibida constitucionalmente no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal. E se tudo isso não bastasse, seria ainda de acrescer-se a sua comprovada e altíssima cifra negra a demonstrar que mulheres de estratos sociais mais altos praticam o delito sem que sejam incomodadas pela lei penal, enquanto mulheres de condições sociais menos favorecidas, porque apresentam seqüelas e são atendidas na rede de saúde pública, são incriminadas por aborto. Ora, não há como admitir, sem desrespeito ao princípio constitucional da igualdade material (art. 5º, caput, da Constituição Federal), que situações fáticas desiguais recebam, de modo arbitrário, tratamento igual.

O despacho do ministro **Marco Aurélio** guarda total pertinência e se traduz num posicionamento jurídico, social e humano, dotado de profunda sensibilidade, mas é apenas um bom começo. Há ainda uma longa luta a ser travada até que a mulher consiga o pleno domínio de seu corpo numa sociedade patriarcal organizada segundo um modelo de direito de matriz machista.

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado do TJ/SP e membro do IBCCRIM

Disponível em < http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=2580 >