

*Parecer pela autorização judicial para interrupção de gravidez,
em razão da anencefalia do feto.*

Processo nº 2565/98

PARECER

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 31a. Vara Criminal da Comarca da Capital:

R. C. DE O. postula, perante este Juízo, **autorização para interrupção de gravidez**, porque, em síntese, vive maritalmente com L. R. A. V., tendo desta relação resultado uma gravidez, com tempo aproximado de 24 semanas de gestação.

Acontece, porém, que um exame de ultrassonografia realizado no dia 21 de outubro do corrente ano constatou que o feto é portador de **anencefalia**, consoante diagnóstico do Dr. J. C. L., ratificado pela Comissão de Ética Médica do Instituto Fernandes Figueira.

A anomalia em questão, segundo o Dr. J., tem como conseqüência a não formação do encéfalo e da calota craniana, condição que, em 100% dos casos, é incompatível com a vida, sendo que algumas funções ainda subsistem apenas por causa do cordão umbilical e da placenta. Em triste síntese, o feto só se desenvolve porque ligado à mãe, cessando toda e qualquer função quando do parto, na medida em que, sem o cérebro, nenhuma das funções vitais poderá funcionar.

Desnecessário descrever o sofrimento imposto à requerente por tal situação. A gravidez, símbolo da construção da família, da realização da mulher e da renovação da fé no ser humano, no caso presente, representa apenas a morte. A requerente, ao contrário das outras mães que fazem planos de vida para seus filhos, leva consigo um filho morto e quer apenas enterrá-lo com dignidade e reconstruir sua vida, já tão abalada, principalmente no plano psicológico.

A hipótese vertente não está entre aquelas em que o Código Penal expressamente autoriza o aborto. Nem poderia estar. À época de sua elaboração, a Medicina não havia avançado a ponto de atestar com certeza a inviabilidade de um feto.

Claro que o ordenamento jurídico não pode deixar de apreciar o presente pedido sob o argumento de que a lei não prevê tal situação. O Direito não consegue acompanhar as rápidas transformações que se operam no mundo atual e nem por isso pode o Estado ignorá-las, cabendo aos operadores do Direito, em

última análise ao Magistrado, buscar no Direito Positivo a solução para os conflitos, adaptando suas normas às situações atuais, até porque o Direito não regula apenas fatos existentes e previstos na época de sua concretização, mas também, por motivos óbvios, os fatos futuros.

Este não é o primeiro caso levado ao Poder Judiciário por aqueles que, felizmente, não optaram pela clandestinidade das clínicas de aborto. Querem o respaldo legal para a prática de um aborto indesejado, mas, segundo eles, necessário.

Muitas teses se levantam em prol da autorização. Fala-se em ausência de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa por parte da mulher que pratica aborto nessas condições. Fala-se, também, na licitude da conduta perpetrada, que estaria sob o manto justificante do estado de necessidade. Ambas as teses estariam respaldadas jurídica e faticamente se a conduta tivesse sido praticada, resultando, num eventual julgamento, em absolvição.

Contudo, nenhuma conduta foi praticada e, por isso, não se pode falar em ausência de culpabilidade ou mesmo de ilicitude em uma ação inexistente.

A questão, a meu ver, deve ser vista sob a ótica do bem jurídico protegido, ou seja, aquele bem sobre o qual o Estado, revelando seu interesse pelo mesmo, incrimina condutas que possam atingi-lo ou colocá-lo em perigo.

ZAFFARONI e PIERANGELI, realçando a importância do bem jurídico no ordenamento jurídico-penal, afirmam que:

“Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações da tutela jurídica destes bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isto que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de *telos*, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um “para quê” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal.” (*Manual de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 464).

Com efeito, não pode haver tipo penal que não tutele um determinado bem jurídico, sob pena de estarmos submetidos a um mero capricho do legislador na tipificação de determinadas condutas.

No aborto, como é de curial sabença, o bem jurídico protegido é o mais importante de todos: a vida.

NELSON HUNGRIA, penalista que dispensa apresentações, ensina:

“A vida do feto é uma vida humana em formação”
(*Comentários ao Código Penal*, vol. V, Forense, 1958, p. 286.)

Mais adiante, prossegue o mestre, citando MANZINI:

“o feto é, pelo menos, uma pessoa em formação, isto é, uma expectativa de vida humana, de modo que o aborto (*sic*) provocado vem a ser um crime contra a vida, e, *in genere*, contra a pessoa. O interesse (*sic*) jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado desde que se impede a aquisição da vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquiri-las.” (ob. cit.)

O tipo penal do aborto protege a vida humana, mais precisamente a vida em perspectiva, viável, em formação, latente no ovo, embrião ou feto.

Sucedo que, *in casu*, não há vida; não há nem mesmo uma expectativa de vida, acertadamente tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio.

A jurisprudência trazida pela requerente, colhida na obra do penalista PAULO JOSÉ DA COSTA JR., é bastante ilustrativa do caso, pois menciona que o feto anencefálico é um produto patológico, e não um feto fisiológico que viverá, ainda que precariamente.

Não se defende, aqui, o aborto eugênico; aliás, a questão presente passa ao largo das discussões ético-religiosas que alimentam os debates em torno do aborto. O que se quer demonstrar é que o feto anencefálico, como está cientificamente comprovado, não traz em si o germen da vida e, por isso, não está protegido pelo Direito.

Registre-se, por imprescindível, que o Direito Positivo pátrio reconheceu expressamente, no art. 3º da Lei nº 9.434/97, a ausência de vida quando da paralisação das funções cerebrais. Diz ele:

“A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de *morte encefálica*, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.” (grifamos)

Ora, se a lei autoriza um médico a retirar os órgãos de um morto encefálico para efeito de transplante, não pode puni-lo se realizar uma intervenção

cirúrgica para remover um feto anencefálico. Ambos, o paciente no qual se constatou a morte encefálica, ou seja, a morte cerebral, e o feto que sequer cérebro tem ou terá não estão penalmente protegidos, porque, em ambos, não há vida.

MIRABETE, abordando o tema, leciona:

“Considerando-se ainda que a morte é a ‘desintegração irreversível da personalidade’ surgiu o conceito de morte cerebral e, ante um corpo aparentemente vivo, mas definitivamente impossibilitado de estabelecer contato inteligente com o meio exterior, firmar-se-á um prognóstico de absoluta impossibilidade de retorno à vida. ‘Nessas condições – diz JOSÉ ADRIANO MARREY NETO – especialmente conscientes Médicos e Peritos, da extrema gravidade e da enorme responsabilidade assumida, máxime em se tratando de morte cerebral – poder-se-á constatar o estado de morte real de determinado indivíduo, pela conclusão segura da impossibilidade absoluta de seu retorno à vida autônoma.’ Pela Resolução nº 1346/91, do Conselho Federal de Medicina, exige-se para a constatação da morte a parada total e irreversível das funções encefálicas.” (*Manual de Direito Penal*, vol. 2, Ed. Atlas, 1996, pp. 65/66)

É claro que o ilustre penalista de São Paulo está se referindo ao crime de homicídio e seu momento consumativo. Todavia, não podemos negar a semelhança. A morte cerebral foi adotada pela lei como marco determinante do fim da vida. Assim, podemos concluir que, para a lei, sem função cerebral, não há vida e, portanto, esta também não existirá no feto anencefálico, sem qualquer perspectiva, ainda que mínima, de função cerebral.

Assim, opina o Ministério Público **favoravelmente** à concessão da autorização requerida, a fim de que a requerente possa ser submetida à intervenção cirúrgica para remoção do feto anencefálico, conduta atípica por não atingir nenhum bem jurídico penalmente tutelado.

Rio de Janeiro, 16 de novembro de 1998.

RICARDO RIBEIRO MARTINS
Promotor de Justiça