

*Pedido de interrupção de gravidez - Anencefalia do feto.
Inviabilidade de vida extra-uterina.
Deferimento da pretensão. (*)*

34ª Vara Criminal
Processo nº 591

Requerente: Rosana Gomes do Nascimento

PARECER

MM. Dr. Juiz:

Trata-se de requerimento formulado por Rosana Gomes do Nascimento, em que pretende obter alvará de autorização para interrupção de gravidez, ante o diagnóstico de anencefalia apresentado pelo feto, que consiste em uma malformação congênita, ocasionando um defeito de fechamento da porção anterior do tubo neural, levando a não formação adequada do encéfalo e da calota craniana. O pedido tem por fundamento o fato de ser a anencefalia **incompatível com a vida em 100% dos casos**, o que leva ao óbito intra-uterino ou no período neo-natal precoce, conforme os laudos médicos acostados às fls. 15/20.

As informações médicas prestadas às fls. 18, pela médica do Centro de Genética Humana do Instituto Fernandes Figueira, instituição idônea e reconhecida, revelam que bebês com este tipo de malformação *“não têm possibilidade de vida extra-uterina pois as funções vitais como a respiração e batimentos cardíacos não são comandadas normalmente; quando nascem vivos, a morte sobrevém em minutos ou em algumas horas. Nenhum tipo de tratamento pode ser oferecido para esses fetos, dentro ou fora do útero; o diagnóstico de certeza de tal patologia é feito por ultrassonografia durante a gravidez.”*

O diagnóstico de anencefalia do feto tem suscitado grandes debates quanto à possibilidade de interrupção de gravidez, tendo em vista a inviabilidade de vida, o que conduz a uma gravidez tormentosa para a gestante.

E com efeito, seria por muito insensível não reconhecer a dor e o sofrimento da mãe que carrega em seu ventre durante toda a gestação, um ser que sabe que jamais poderá sobreviver.

Em defesa da possibilidade de interrupção da gravidez tem se levantado a doutrina, havendo decisões judiciais permitindo a sua realização quando se verificar, através de diagnóstico médico, que o feto apresenta anomalia que impede a possibilidade de vida extra-uterina, a fim de poupar o sofrimento da gestante.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, consagrou o direito à vida, entendido em sua maior amplitude, para abranger também a vida ainda em seu estado intra-uterino. Entretanto, no dizer de Alberto Silva Franco, em parecer intitulado "Aborto por indicação eugênica",

"o direito à vida, garantido em nível constitucional, não pode ser encarado como um direito absoluto, que não dá espaço a nenhuma situação de exceção. Ninguém se arvoraria em afirmar que lesa a Constituição da República a atitude de quem, em situação de legítima defesa, tira a vida de seu agressor ou mata seu inimigo na guerra. Da mesma forma, em relação ao direito à vida intra-uterina, de igual embasamento constitucional, a destruição do embrião ou do feto não pode, em determinados casos, ser considerada ilícita."

(*RJTJESP Lex 132/9.*)

A hipótese em exame, longe dos debates acerca de realização do aborto em si mesmo, que encontra as mais diversas posições éticas e religiosas a respeito, subsume-se ao fato de se saber, de antemão, que o feto não terá viabilidade de vida, por anomalia em sua formação, e daí argüir-se a possibilidade de interrupção dessa gestação.

Como acentua o autor supracitado, impõe-se uma harmonização entre os direitos da gestante e a proteção da vida do feto, ambos garantidos em sede constitucional, a possibilitar a realização de aborto dentro do sistema de indicações, no qual será o mesmo possível em circunstâncias excepcionais, tal como acolhido expressamente pela nossa lei penal, **quando houver risco de vida à gestante ou quando a gravidez resultar do crime de estupro** (art. 128, I e II, do CP).

No presente caso, a gestação parece não apresentar risco de vida imediato à gestante, o que autorizaria a interrupção da gravidez na forma prevista no art. 128, I, do Código Penal, o chamado aborto necessário ou terapêutico, ante os laudos médicos carreados aos autos, às fls. 15 e 18. A gestação nas hipóteses de feto portador de anencefalia evolui normalmente, todavia poderá apresentar algumas complicações no último trimestre, como indicam as informações médicas acostadas:

"A gestação é freqüentemente complicada por polidramnia importante no último trimestre podendo eventualmente causar complicações maternas".

"Uma mulher que esteja com gestação em andamento de feto

com anencefalia geralmente não difere das demais gestantes no aspecto clínico; a gravidez poderá evoluir até o final sem complicações. Eventualmente pode surgir a 'polihidramnia' ou excesso de líquido amniótico, aumentando os riscos para a gestante."

Em apresentando a requerente um quadro grave, que possa colocar em risco a sua vida, não há que se levantar dúvidas quanto à licitude da realização do aborto, que, ressalte-se, prescinde de autorização judicial. A conduta do médico, que pratique aborto em situações que tais, é atípica.

A hipótese de autorização para a realização do aborto, quando o feto apresentar sérias e graves anomalias físicas ou psíquicas, não encontra previsão expressa em nossa legislação, à semelhança do que ocorre no direito alemão, buscando a doutrina o fundamento legal a amparar a conduta, em causa excludente de culpabilidade e ilicitude, como salientado por Alberto Silva Franco, no já mencionado parecer, "*a maioria dos doutrinadores, levando em conta o fato de que todos que participam, atuam legitimamente, repele a hipótese de exigibilidade e se manifesta, abertamente, pelo reconhecimento de uma causa de justificação que apresenta similitude com o estado de necessidade.*"

De outro lado, não se questiona que as gestantes de fetos anencéfalos são atingidas por graves e fortes distúrbios psíquicos, que decorrem da própria dificuldade em gerar um ser que sabem, não poderá viver. Sua saúde psíquica é abalada, com a angústia e o desespero de se saber, de antemão, que o feto sofre de uma grave anomalia, que impossibilita a sua sobrevivência extra-uterina.

Há, pois, um perigo à saúde psíquica da gestante, que também guarda proteção do direito, sendo presente a probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado, não sendo razoável exigir-se o seu sacrifício, por demais prolongado, ante a total inviabilidade de vida do feto. Não é uma conduta injusta o aborto nestas condições, eis que o **feto não terá vida**.

No dispositivo legal que torna atípica a conduta abortiva quando a gravidez decorre de estupro, sem dúvida o legislador procurou preservar a saúde psíquica da gestante, vítima de um ato violento e repugnante, não se exigindo que venha a suportar uma gestação que rejeita, **independentemente de o feto formado ser perfeito e não apresentar anomalias**.

Nos casos em que se pretende a realização do aborto eugênico por impossibilidade de vida extra-uterina do feto, também se procura proteger a saúde física e psíquica da gestante, por demais abalada com a dor e o sofrimento de estar gerando um ser que não terá vida autônoma, acompanhando o desenvolvimento de uma gestação com o conhecimento de que seu filho não viverá. É sem dúvida viver com uma morte anunciada. Padecer de igual sofrimento, com um conflito entre o direito à vida do ser que gera e a sua própria saúde psíquica.

O mestre Nelson Hungria, em seus *Comentários ao Código Penal*, distante do desenvolvimento científico de nossos dias, repelia a legitimidade do aborto eugenésico, que consistiria num “amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma base sólida e científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que o feto será, fatalmente, um produto degenerado”.

Certamente que à época de nosso Código Penal, de 1940, não se poderia diagnosticar com a certeza de hoje que um feto apresentaria uma anomalia gravíssima, incompatível com a vida. A evolução da ciência médica permite, hoje, diagnosticar com a certeza reclamada pelo mestre Hungria, anomalias no desenvolvimento do feto. Lamentavelmente, a evolução não foi igualmente acompanhada por nossa legislação - não obstante a intensa produção legislativa que se verifica.

O que se pretende resguardar no tipo do aborto é a proteção da vida, e, no presente caso, urge indagar se haverá vida. Não pretende a requerente o aborto por uma deformidade qualquer do feto, o que se repele, mas um aborto pela total inviabilidade de vida. A vida tal, não pode ser considerada propriamente uma vida humana.

E nossos tribunais, sensíveis às peculiaridades desses casos, já têm decidido pela inexistência de conduta ilícita em tais hipóteses:

“Para que se caracterize o aborto, deve o feto expulso ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação de vida do feto.” (TJSP - AC - Rel. Adriano Marrey - RJTJSP 22/487, apud Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial - Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, pág. 1653.)

“Não importa tenha havido prática tipicamente abortiva, para a configuração do delito do art. 124 do CP, se o laudo pericial conclui que a gravidez não é apta a produzir uma vida. Consoante os ensinamentos dos mestres da medicina legal, a formação de mole carnosa ocorre quando há concepção frustrada, gerando embrião degenerado, inapto a produzir uma nova vida. E nesse caso não pode haver aborto.” (RT 397/101, apud Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial - Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, pág. 1654)

Não se pode, pois, ter como ilícita a realização do aborto quando se verificar que o feto apresenta anomalia incompatível com a vida, poupando uma gestação tormentosa para a gestante e sua família.

A lei penal impede a aplicação da analogia para criar novas figuras delitivas,

não havendo, porém, impedimento quanto à analogia *in bonam partem*, beneficiando o agente, que pode ser aplicada no presente caso, não prevalecendo uma interpretação restritiva do tipo permissivo, atento ao que dispõe, ainda, o art. 4º, da LICC.

Pelo exposto, opina o Ministério Público pelo deferimento do pedido de interrupção da gravidez postulado pela requerente.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 1996.

Laura Cristina Maia Costa Ferreira
Promotora de Justiça

* O pedido foi deferido pelo Dr. Juiz de Direito da 34ª Vara Criminal com fulcro no art. 128, I, CP, c/c art. 49 da LICC.