

Projeto de Lei do Senado nº , de 2004

Altera a redação do Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1.940, Código Penal, para acrescentar o inciso III ao artigo 128, incluindo entre as suas excludentes de antijuridicidade, hipótese permissiva de interrupção de gravidez.

O Congresso Nacional decreta:

“**Art. 1º** - O artigo 128, do Decreto-Lei nº.2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigor acrescido do inciso III seguinte:

“**Artigo 128** – Não se pune o aborto praticado por médico:

.....
III – quando, mediante consentimento da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal, for atestada a ausência de vida no gestado, diagnosticada na forma do artigo 3º, da Lei nº. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997.

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

J U S T I F I C A Ç Ã O

Objetiva a presente proposição regular tema polêmico, qual seja, permitir, independentemente de autorização judicial, a interrupção de gravidezes geradoras de portadores de doenças, assim entendidas quaisquer desvios do estado normal de saúde, que por incontornáveis, levem fatalmente à morte o feto ou, ainda, logo após o parto, o nascituro.

A hipótese que atualmente tem suscitado maior clamor público é a dos fetos anencefálicos, aqueles privados de encéfalo, destituídos de atividade cerebral, que gozam de vida (vegetativa) intra-uterina que os permite, por vezes, evoluir, chegar a termo e nascer, mas, logo após, fatalmente morrem clinicamente, o que se dá por completa e irreversível parada cardiorrespiratória.

Em casos tais, estaria permitido o procedimento do “aborto”, aqui nominado impropriamente, haja vista que o aborto é descrito pela doutrina especializada como uma interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal, como a potencialidade de vida extra-uterina do feto.

Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. A “morte” do feto – ou seria a falta de vida ? - decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os nove meses normais de gestação. Ou seja, falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal. Não há objeto jurídico a tutelar (preservação da “vida” humana), inexistente sujeito passivo (feto com “vida”) e mostra-se impossível a sua consumação (o evento “morte”). Assim, nessa hipótese em específico, de fetos desprovidos de atividade cerebral, cabe até cogitar-se a interrupção da gravidez incidiria nas condutas vedadas pela lei penal.

Com efeito, procedendo a uma análise histórica da evolução do que legalmente se concebe como “vida”, com total abstração aos conceitos filosóficos e/ou religiosos, e fazendo uma analogia com a legislação que trata da doação de órgãos, por sua inquestionável identificação com o tema em exame, mormente a retirada, *post mortem*, de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento, independente de autorização judicial, é possível conceber que

a cessação de gravidezes de fetos desprovidos de cérebro – ou em que ele não apresente atividade elétrica - não tipifique uma conduta punível.

Como é de conhecimento geral, há dois conceitos técnicos de “morte”, a **encefálica** e a **clínica**. Cada qual exige uma série de procedimentos para que se dê a sua constatação. A primeira constitui-se da ausência de atividade elétrica no cérebro, enquanto a segunda decorre da ausência irreversível de batimentos cardíacos.

Inicialmente, o diagnóstico da morte só era admitido depois do estabelecimento sucessivo da putrefação, do estado de rigidez e do resfriamento cadavéricos, bem como da cessação da respiração, como sinais primários da tanatognose, se encarando o coração como o órgão principal da vida e sua parada como indicação definitiva da morte.

Com o desenvolvimento de meios mecânicos extraordinários, artificiais, substitutivos da díade funcional coração-pulmão, para a manutenção da atividade cardiorrespiratória, e a possibilidade de reanimar um coração parado através de massagens, drogas e estímulos elétricos, a parada cardíaca teve a sua posição fortemente abalada.

Quando, em 03.12.1967, o médico sul-africano Christiaan Barnard, na época com 48 anos, surpreendeu o mundo, realizando o primeiro transplante cardíaco em seres humanos, precipitou de maneira inevitável os acontecimentos e o fato, já aceito pela classe médica, da precedência em nível de importância funcional, do encéfalo sobre o coração.

A partir de então os critérios para a determinação da morte – e por conseguinte da existência de vida – passaram por profundas

alterações legislativas, até culminar, entre nós, com a vigente Lei nº.9.434/97, adotando a ausência de atividade cerebral como bastante para determinar a ausência de vida, na seguinte forma:

“Art. 3º 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.”

Essa disposição acabou sendo completamente reiterada pelo Decreto nº. 2.268/97, que a regulamentou, nos seguintes termos:

“

Da Comprovação da Morte

Art 16. A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica.”

É bem provável que essa evolução legislativa decorra da crescente demanda por órgãos, desencadeada, em parte, pelo aperfeiçoamento das técnicas de transplante. De qualquer forma, restou assentado que a ausência de atividade cerebral é determinante do óbito e, por conseguinte, da ausência de vida.

Logo, conceber que a cessação da gravidez de um feto anencefálico, ou sem atividade cerebral, possa constituir crime, valendo lembrar que essa gestação, não raro, acaba por colocar em risco a vida da gestante, importa em impedir que a gestante retire um feto morto.

A essa ideiação poderão se opor os adeptos da teoria concepcionista, alegando que a lei põe a salvo os direitos do *nascituro* dès

a sua concepção (art. 2º, da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2.002 – Código Civil, art. 4º do Código de 1916), mas na principal hipótese que se busca regular pela presente proposição – a dos fetos sem atividade elétrica cerebral – não há que se falar em possibilidade de nascituro, de nascimento com vida, pelo menos não como hoje assentado pela lei o conceito de “vida”.

Neste ponto, em razão da total pertinência com a esta proposição, impõe-se transcrever a percuciente análise procedida pelo Ministro MARCO AURÉLIO, do Excelso Pretório, quando da concessão de liminar para interrupção de uma gestação de feto anencefálico, nos autos da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8/DF:

“Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretanto, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da

humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria argüição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.”

Por conta desse *imbroglio*, ocorre que muitas “mães” (?), principalmente aquelas mais pobres, impossibilitadas de buscar uma remediação por meios próprios, são condenadas a carregar, quiçá durante toda a gestação, não mais que um cadáver, relegadas, assim, à condição de *sepulcros ambulantes*, por força de um formalismo míope, a cujas mudanças opõem-se preconceitos de toda ordem.

Nesse ponto, convém salientar que a lei já autoriza o aborto nos casos de gravidezes decorrentes do crime de estupro (art. 128, II, do Código Penal) ainda que de fetos perfeitos, sadios.

Dessa forma, então, a subsistir a relutância em legalizar a interrupção da gravidez de um gestado sem “vida”, com mais razão impor-se-á, por coerência, a revogação do predito dispositivo legal (art. 128, II, do CP), obrigando à mãe o dever de criar o filho indesejado.

Assim, por acreditar que esta proposição irá atender aos clamores da sociedade, pacificando uma questão controvertida que tem alcançado as grandes Cortes do nosso País sem, contudo, encontrar uma resposta apaziguadora, é que se espera contar com o seu acolhimento pelos Nobres Senadores para mais esse necessário aperfeiçoamento da nossa legislação penal.

Sala das Sessões, em de 2004

Senador MARCELO CRIVELLA