

4.4 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

4.4.1 Da possibilidade de inserção do aborto eugênico no rol de excludentes especiais de ilicitude do art. 128 do Código Penal



**Maíra de Araújo
Pinheiro Fontes**

Como na maioria das legislações, o ordenamento brasileiro considera o aborto crime contra a vida, punível com reclusão.

Ironicamente, embora o Código Penal admita o aborto quando resultante de crime de estupro, ainda que inexistente qualquer circunstância ensejadora de inviabilidade do ser em geração, não agasalha o aborto eugênico ou eugenésico, entendido este como a conduta abortiva praticável em face da existência de riscos fundados de que o embrião ou o feto sejam portadores de graves anomalias genéticas de qualquer natureza ou de outros defeitos físicos ou psíquicos decorrentes da gravidez, que o tornariam inviável relativamente à vida extra-uterina.

Inegável o fato de que, nos tempos atuais, estando a Medicina suficientemente evoluída, de forma a possibilitar o prévio diagnóstico de doenças e desvios genéticos inviabilizadores da vida extra-uterina, e considerando-se os danos psicológicos que uma gravidez nessas circunstâncias é capaz de ocasionar à gestante, o aborto eugênico é absolutamente viável, bastando que o órgão competente (Ministério da Saúde, por meio de Portaria) fixe uma lista de casos específicos de admissão da prática abortiva.

Inegável o fato de que, nos tempos atuais, estando a Medicina suficientemente evoluída, de forma a possibilitar o prévio diagnóstico de doenças e desvios genéticos inviabilizadores da vida extra-uterina, e considerando-se os danos psicológicos que uma gravidez nessas circunstâncias é capaz de ocasionar à gestante, o aborto eugênico é absolutamente viável, bastando que o órgão competente (Ministério da Saúde, por meio de Portaria) fixe uma lista de casos específicos de admissão da prática abortiva.

Felizmente, o aborto eugênico parece contar cada vez mais com a simpatia dos membros do Congresso e do Poder Judiciário, considerando-se a existência do Anteprojeto de Lei que pretende reformar a Parte Especial do Código Penal, incluindo-o como mais uma causa especial de exclusão da ilicitude, bem como a concessão crescente de liminares favoráveis às manobras abortivas em hipóteses de inviabilidade da vida extra-uterina. Assim, Julio Fabbrini Mirabete :

Maíra de Araújo Pinheiro Fontes

Advogada em Belo Horizonte (MG)

tivas em hipóteses de inviabilidade da vida extra-uterina. Assim, Julio Fabbrini Mirabete :

[...] com o válido argumento de que não se deve impedir o aborto em caso de grave anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, já se têm concedido centenas de alvarás judiciais para abortos em caso de anaencefalia (ausência ou má formação de cérebro) (RT 756/652, JTJ 232/391, 239/375, JCAT 83-84/699, RDJ 22/264), má conformação congênita do feto (RT 791/581), agenesia renal (ausência de rins), abertura de parede abdominal e síndrome de Patau (em que há problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos)

Provocado a se manifestar, o STF , na pessoa do Ministro Marco Aurélio, concedeu liminar à Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para reconhecer o direito constitucional de gestantes que optaram por antecipar os partos de fetos anencefálos (sem cérebros), condicionando a interrupção a prévio laudo médico. Ao decidir em sede de liminar, o Douto Ministro aduziu que

[...] 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.

Disse também que,

[...] no caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos.

Enfatiza ainda o Ministro:

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”.

Aduz Bittencourt, citando Marco Antônio Becker:

Certamente, a manutenção da gravidez indesejada de um anencéfalo acarretará graves distúrbios psicológicos na gestante, em decorrência da tortura sofrida e de um tratamento degradante, vedada pelo art. 5º, inciso III, da Constituição Federal.

Recentemente, no entanto, o STF, acolhendo decisão da maioria, cassou, em parte, a liminar concedida, voltando a proibir a interrupção da gestação em tais casos.

Já a doutrina procura legitimar essa espécie de abortamento, valendo-se de uma interpretação sistemática da Lei 9.434/97, que determina o momento da morte com a cessação da atividade encefálica. Então, se a cessação da atividade cerebral é caso de morte, feto sem cérebro não tem vida intra-uterina, portanto, não morre juridicamente. A operação terapêutica, assim, caminha para a atipicidade. Nesse sentido, afirma Luiz Regis Prado:

[...] É justamente a inexistência de vida o que permite fundamentar a falta de dolo ou culpa, bem como a consequente falta de um resultado típico. Trata-se, portanto, de fato atípico, visto que falta o desvalor da ação, considerada essa postura dogmática preferível a qualquer outra.

E aduz, ainda:

Referências bibliográficas

BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal: parte especial*, v. 2, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (p. 144 e 146).

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004. (p. 101).

PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2: parte especial: arts. 121 a 183, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (p. 126)

[...] a interrupção da gravidez ou a antecipação do parto em casos de anencefalia não tipifica, assim, o delito de aborto, visto que se constata unicamente a presença de um desvalor de situação ou de estado que ingressa no âmbito do risco permitido, atuando como excludente do desvalor da ação.

Ainda nesse sentido, Cezar Roberto Bittencourt:

Em síntese, para se configurar o crime de aborto é insuficiente a simples expulsão prematura do feto ou a mera interrupção do processo de gestação, mas é indispensável que ocorram as duas coisas, acrescidas da morte do feto, pois o crime somente se consuma com a ocorrência desta, que, segundo a ciência médica, nesses casos de anencéfalo, acontecera antes.

O aborto eugenésico somente deverá ser admissível perante o reconhecimento, por dois médicos, da inviabilidade do feto, bem como mediante o consentimento da mãe ou de quem a represente.

Por fim, é fundamental compreendermos que a Constituição não exalta o direito à vida enquanto conceito vazio de sentido. Em outras palavras, “vida” é expressão dotada obrigatoriamente de inúmeras qualidades e características indissociáveis. O direito à vida defendido na Magna Carta não implica o simples fato de existir, sendo exigíveis algumas circunstâncias intrínsecas a fim de que se reconheça tratar-se de vida humana inviolável, biológica e fisiologicamente. Há de se compreender que o direito à vida está relacionado ao direito de nascer e sobreviver. Lembrando que, muitas vezes, não sacrificar o feto seria, talvez, sacrificar as duas vidas: a do próprio feto e a da gestante.