

O ABORTO FETOPÁTICO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE COMPARATIVA COM O DIREITO PORTUGUÊS.

Núbia Alves¹

RESUMO:

O Brasil do Século XXI ainda mantém, estancado, a legislação abortiva do Código Penal (CP) de 1940. Para além de não acompanhar a política mundial de expansão dos direitos das mulheres, recentemente reafirmada na I Reunião da Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (Montevideu, Uruguai), o abortamento por anomalia fetal grave ou lesão do nascituro, muitas vezes incurável e com risco de vida materna, continua criminalizado, salvo a hipótese de anencefalia segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). A razão para tamanha restrição, no entanto, não encontra amparo constitucional.

PALAVRAS-CHAVE:

Abortamento; Malformação; Ética; Análise jurídico-constitucional.

ABSTRACT:

The Brazil of the XXIst century still holds, airtight, the abortion legislation of the 1940 Penal Code. Not only does not follow the world wide policy of expansion of women rights, recently reaffirmed in the 1st Meeting of the Regional Conference on Population and Development of South America and the Caribbean (Montevideo, Uruguay), but also the abortion by severe fatal abnormality or injury to the unborn child, often incurable and with risk to the mother's life, is still criminalized with the exception of anencephaly in accordance with the Supreme Federal Court's jurisprudence. The reason for such a huge restriction does not have, however, constitutional support.

KEYWORDS:

Abortion; Malformation; Ethics; Analyses of legal and constitutional.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra. Investigadora/Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade Nova de Lisboa. O trabalho de investigação da Autora é suportado por Bolsa de Investigação Científica do tipo "Bolsa de Doutoramento" (BD), com a referência SFRH/BD/68321/2010 (Fundação para a Ciência e a Tecnologia), financiada por fundos nacionais do Ministério da Educação e Cultura (MEC) de Portugal.

Introdução:

O Brasil tem uma das legislações mais restritivas em matéria de direitos reprodutivos, somente permitindo a realização de aborto em duas situações: quando há risco de vida para a mãe (aborto necessário ou terapêutico) ou quando a gravidez resulta de estupro (aborto ético ou sentimental), ambas excludentes de ilicitude previstas no Art. 128 do Código Penal (CP). No primeiro caso, o aborto é justificado por estado de necessidade, sendo reconhecida a supremacia da vida materna numa situação de conflito. Já no segundo, reconhece a autonomia da gestante em defender a sua dignidade, mesmo que para tanto tenha de sacrificar a vida do feto.

Considerando que o legislador brasileiro permitiu o abortamento em caso de violência sexual, é possível que o abortamento fetopático ou de fetos malformados graves e incuráveis tenha ficado de fora das causas justificativas do crime de aborto, visto que na altura da promulgação do vigente CP (1940)² os métodos de diagnóstico pré-natal eram inexistentes no Brasil, vindo a ser disponibilizados a partir da década de 70, ou seja, com quase duas décadas de atraso em relação a outros países desenvolvidos.

Com isto, diante da constatação de patologias fetais incuráveis ou sem tratamento, muitas mulheres brasileiras vivem o drama de não poderem interromper a gestação. De modo que, a partir da década de 90, uma avalanche de pedidos de alvarás judiciais inundaram o judiciário brasileiro, visando a interrupção da gravidez de feto sem nenhuma perspectiva de vida fora do ventre materno, manifestamente portadores de

² Foi durante o *Estado Novo* (1937) que se apresentou o Projeto do atual Código Penal brasileiro, vigente desde 1º de Janeiro de 1942. Até os nossos dias, o Código Penal de 1940 sofreu duas importantes modificações: a primeira em 1977 (Lei nº 6.416/77), que atualizou as sanções penais, e a segunda em 1984 (Lei nº 7.209/84), que reformulou toda a Parte Geral, de nítida influência finalista. Já a Parte Especial do Código Penal brasileiro continua inalterada desde 1940. O crime de aborto é descrito no Título *Dos Crimes contra a Pessoa*, no Capítulo *Dos Crimes contra a Vida*, sendo esta uma clara imprecisão terminológica, visto que a forma mais correta seria *Dos Crimes Contra a Vida Intra-uterina*, como consignado no Código Penal de Portugal.

anencefalia e outras anomalias múltiplas do sistema nervoso central³. Normalmente os alvarás são autorizados, com base em laudos assinados por três médicos comprovando que o feto não tem sobrevida, mas muitas vezes a decisão definitiva vem tarde demais.

Também os médicos brasileiros, em sua grande maioria, apoiam o desejo do casal em realizar o abortamento de feto inviável. Antes, orientam a grávida a ir em busca de autorização judicial para a realização do procedimento de forma legal. A consequência, muitas vezes, é o recurso ao abortamento clandestino. Estima-se 1,5 a 3 milhões de abortamentos ilegais por ano no Brasil (aí incluídos os decorrentes de anomalias fetais), causa de 10 a 15% da mortalidade materna. Assim, é fácil concluir que as mais prejudicadas são as mulheres socioeconomicamente menos favorecidas e que por isso não têm como submeter-se ao procedimento de forma medicamente segura e sigilosa.

A esperança de minimizar o sofrimento dessas mulheres surgiu em 2004, quando a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ingressou com a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8 (ADPF 54-8), solicitando ao Supremo Tribunal Federal (STF) a interpretação da disciplina penal do crime de aborto à luz da Constituição e, por conseguinte, a declaração de que o abortamento de feto portador de anencefalia (exclusivamente) não seria crime de aborto, logo, a proibição estaria em desacordo com o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, IV); a cláusula geral da liberdade, extraída do princípio da legalidade (Art. 5º, II) e o

³ As anomalias fetais mais conhecidas e que motivaram os pedidos de alvarás judiciais para a realização do abortamento fetopático são assim elencadas: do sistema urinário, cardíacas congênitas, anomalias cromossômicas, anomalias ósseas, asplenia, bridas amnióticas, erros de fechamento da linha média e do tubo neural, generalidade imperfeita, hidropisia fetal, más formações congênitas múltiplas, síndrome da rubéola congênita, etc. Dentre elas, a anencefalia é talvez a mais severa malformação ocorrida no processo de desenvolvimento embrionário. Caracteriza-se pela ausência parcial ou completa da abóbada craniana (porção superior do SNC), bem como dos tecidos a ela sobrepostos. O feto anencéfalo possui um atributo único e inconfundível: a ausência dos ossos da parte alta do crânio (frontal, occipital e parietal), como se houvesse sido serrado à altura das sobrancelhas. Mas apesar de todas as deficiências congênitas descritas, o feto anencéfalo pode não apresentar defeitos no tronco encefálico, podendo vir a respirar sem a ajuda de aparelho e demonstrar alguma sensibilidade a estímulos auditivos e vestibulares, além de quase todos os reflexos primitivos dos recém-natos.

direito à saúde da gestante (Arts. 6º e 196) (BARROSO, 2004, p. 19, §§ 37 e 38)⁴.

A ADPF 54-8 levou mais de sete anos para ser julgada e no dia 12 de Abril de 2012 o STF reconheceu que a conduta da gestante e do médico que interrompe a gravidez de anencéfalo não cabe no conceito criminalizável de aborto, razão pela qual está autorizada pela ordem jurídica brasileira. Em outras palavras, partindo da consideração da laicidade do Estado; dos conceitos jurídicos de “aborto” e “vida” como um bem protegido constitucionalmente; da compreensão do anencéfalo como um ser desprovido de vida humana em potencial, o STF declarou que o fato é juridicamente atípico, por falta de objeto material a ser protegido.

De modo que, para além do quadro legal, o abortamento fetopático é permitido no Brasil – exclusivamente em caso de anencefalia, mais conhecida como “ausência de cérebro” – com base em entendimento jurisprudencial do STF. E, efetivamente, há mais de 20 anos a anencefalia não é tida como um problema ético nem para a Medicina e nem para a Justiça nos países desenvolvidos, considerada que é como um mero agrupamento celular, em nenhuma hipótese vida humana.

I – O ABORTAMENTO DE ANENCÉFALOS NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O crime de aborto tem como pressuposto a interrupção da gestação de um feto viável. Por conseguinte, faltando ao anencéfalo viabilidade de vida humana, a ausência de bem jurídico faz com que a conduta da gestante e do médico que a auxilia represente um indiferente penal, ficando restrita ao âmbito da esfera privada da mulher.

Esta concepção sobre tipicidade penal é resultado da teoria constitucionalista do delito, a qual enfoca o fato criminoso como ofensa concreta ao bem jurídico. Este foi o

⁴ Extensivamente: “Assim é que são tutelados, nos artigos 124 a 128 do Código Penal, o feto e, ainda, a vida e a integridade física da gestante (*vide* CP, art. 125 – aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da mãe). A antecipação consentida no parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não afeta qualquer desses bens constitucionais. Muito ao contrário. Como já exposto, na gestação de feto anencefálico não há vida humana viável em formação. Vale dizer: não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto. Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto”.

posicionamento que prevaleceu no julgamento da ADPF 54-8⁵. Via de regra, as soluções iam no sentido de adicionar ao Art. 128 do CP uma nova regra de exclusão de ilicitude ou aceitar o abortamento de feto anencéfalo como crime impossível ou putativo, posicionamento inclusive adotado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Do outro lado, aqueles que sustentam uma concepção positivista do Direito, insistem em que o abortamento de anencéfalo está sendo autorizado em desacordo com a vontade do legislador.

Foi neste sentido divergente que os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram na ADPF 54-8, invocando a falta de competência do STF para exercer a análise jurídica sobre a questão colocada, criando uma nova hipótese de excludente de ilicitude do crime de aborto em afronta aos princípios da reserva legal e da separação dos poderes. Com efeito, o STF só poderia exercer o controle de constitucionalidade de forma negativa, nunca de forma positiva⁶.

Em linhas gerais, o STF considerou que, em prol da segurança jurídica, deveria se pronunciar e fornecer uma interpretação ampla, geral e definitiva sobre o tema, de modo a evitar as decisões contraditórias nas instâncias inferiores. Além da relevância dos direitos e interesses envolvidos, sublinhou que com isto não estava a aditar uma nova causa de justificação do crime de aborto, mas a excluir para fazer prevalecer valores essenciais e preceitos fundamentais contemplados na Constituição. Acentuou a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade e, inclusivamente, o descabimento de qualquer outra ação para a discussão do tema.

Efetivamente, o que a ADPF 54-8 postulou do STF foi a determinação da aplicação direta e imediata do texto constitucional ou a aplicação do texto infraconstitucional em harmonia com a Constituição.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha ressalta a existência de um equilíbrio na repartição de competências, conferindo-se a Alta Corte Constitucional poderes para

⁵A decisão do STF vale para todos os casos em que a mulher queira interromper a gravidez de anencéfalo – e não de forma generalizada –, cabendo aos órgãos do Poder Público a tarefa de torná-la efetiva.

⁶O caso foi julgado por dez dos onze Ministros que compunham a Corte. DIAS TOFFOLI declarou-se impedido, por ter atuado no processo, quando era Advogado-geral da União. Votaram a favor do abortamento de anencéfalo os Ministros MARCO AURÉLIO DE MELLO, CARLOS AYRES BRITO, LUIZ FUX, JOAQUIM BARBOSA, ROSA WEBER, GILMAR MENDES, CÁRMEN LÚCIA e CELSO DE MELLO, contra os votos dos Ministros RICARDO LEWANDOWSKI e CEZAR PELUSO (Presidente).

controlar a necessidade penal nos raros casos de flagrante inexistência de carência de tutela penal, “quer por a pena ser manifestamente inadequada (nomeadamente quando tivesse até efeitos criminógenos ou causasse outro tipo de desvantagens sem qualquer compensação nalguma eficácia), quer por existirem outros meios claramente suficientes (CUNHA, 1995, p. 296-297)⁷.

A consequência seria o reconhecimento da nulidade de toda a norma incriminatória onde não se possa divisar um bem jurídico-penal claramente definido, “por materialmente inconstitucional, e como tal deve ser declarada pelos tribunais para tanto competentes” (DIAS, 2004, p. 20).

De fato, o STF tem invocado este posicionamento doutrinário para fundamentar a sua atividade julgadora nos casos de interpretação de princípios constitucionais. No Acórdão em questão, o STF sumulou: “Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”. Alguns autores chamam a isto de pós-positivismo ou reaproximação do Direito com a Ética, marcando a passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo comunitário. Assim, coloca-se a dignidade humana como o princípio fundamentador da interpretação de todo o ordenamento jurídico (LEITE, 2012).

O princípio da dignidade humana também prevaleceu no julgamento da ADPF 54-8, tendo o STF se manifestado diante de uma situação real de injusto sofrimento vivenciado por milhares de mulheres brasileiras. Manifestamente, fez valer a vontade do constituinte em toda a ordem jurídica e, tal como acontece no Direito comparado, compreendeu que a vida não é um valor constitucional absoluto, comportando diferentes graduações.

⁷: “O Tribunal Constitucional não deverá substituir-se ao legislador, aos juízos que lhe compete fazer; é natural, assim, que o âmbito dos factos em que poderá intervir não seja muito amplo. Mas o Tribunal Constitucional não pode também deixar de ser o «guardião» da Constituição quando se puder afirmar com segurança que os seus princípios foram violados”. Em outra passagem, arremata a Autora: “Assim, o Tribunal Constitucional, quando controla a legitimidade de uma criminalização, procura averiguar se se transgrediu aquele quadro máximo, dentro do qual o legislador se deverá manter, mas não procede a todas as averiguações, ponderações e decisões a que o legislador deverá ter procedido para chegar à decisão final. Aquelas comprovações podem ser inseguras, «estão expostas ao risco do erro e da variabilidade», podendo haver divergências de opinião ou mesmo de resultados. Não se trata de repetir, no órgão de controlo da constitucionalidade, todo o caminho percorrido pelo legislador, com o que se daria a substituição do legislador pelos juízes. Trata-se apenas de controlar os casos extremos e de, face a casos mais duvidosos exigir alguma comprovação justificativa da atitude que se tomou”.

II – SOLUÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ANTE A ILICITUDE DO ABORTAMENTO FETOPÁTICO NO BRASIL

Em Portugal, os casos de inviabilidade fetal são remetidos para as causas especiais de justificação da interrupção voluntária da gravidez (IVG) do Art. 142º do CP, isto é, interrupção sem dependência de prazo. Antes de ser prevista uma causa específica de IVG como a atual, a discussão passava pela consideração da atipicidade da conduta (inexistência de vida) ou pela remissão para as causas gerais de IVG, estando dependente dos prazos legais. Com a atual redação, o anencéfalo, por exemplo, é considerado como um caso de feto inviável.

Mas a indicação fetopática prevista pelo legislador português não se restringe a situações de inviabilidade fetal, dirige-se a toda e qualquer doença ou malformação congênita grave, desde que incuráveis. A única diferença reside em que, em caso de feto com viabilidade de vida apesar da gravidade e incurabilidade da moléstia ou da malformação congênita, a lei limita o prazo de 24 semanas para a interrupção da gravidez, tendo em conta o tempo mínimo indispensável para alguns diagnósticos e comprovação de fetopatias⁸. Exige a certeza comprovada, de acordo com o estado dos conhecimentos da Medicina, de que o nascituro sofre ou virá a sofrer de malformação ou doença genética, grave e incurável. A competência para a certificação cabe a uma comissão técnica formada pelo menos por três médicos, dentre eles, um obstetra/ecografista, um neonatologista e um geneticista.

Via de regra, a doença é considerada grave e incurável quando reduz as hipóteses

⁸O CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, no **Parecer 28/CNECV/99**, aconselha a prevenção de abortamento onde possa resultar feto vivo, com a adoção de alguns procedimentos: diagnóstico mais precoce da causa de exclusão de ilicitude (antes das 16-20 semanas); certificação médica exata da natureza e gravidade da malformação e sua comprovação por exame necrópsico do feto; informação completa e isenta da grávida a respeito da malformação fetal, bem como da eventual possibilidade de o feto abortado estar e permanecer vivo (após 22-24 semanas), com inscrição no processo clínico de todos estes dados. Ainda, em caso de conflito entre o dever médico de tentar salvar a vida do feto e o direito legal da mulher à interrupção da gravidez, o CNECV recomenda que o médico abstenha-se de solicitar a colaboração de todo e qualquer profissional de saúde sem intervenção no processo de interrupção e tome sobre si a responsabilidade ética da omissão de cuidados que ultrapassem os básicos. Esta preocupação também foi motivo de discussão na comunidade científica brasileira, prevalecendo igualmente a recomendação para a não submissão dos anencéfalos aos procedimentos de manutenção artificial das funções vitais, em face da irrelevância dessas medidas (CNECV, 1999).

de sobrevivência do nascituro (*p. ex.*, cistinose, doenças de Tay-Sachs, de Nieman-Pick, de Krabbe, de Farber) ou então lhe causa danos irreparáveis, físicos (*p. ex.*, paralisias, cardiopatias, cegueira, microcefalia, anoftalmia, micromélia ou bebês da Talidomida) ou psíquicos (*p. ex.*, psicose, oligofrenia, epilepsia). É indiferente que a causa do sofrimento do nascituro seja hereditária ou externa, imputada à culpa da gestante ou mesmo que só surja após o nascimento (DIAS, 2012, p. 285-286).

Já no Brasil, afora os casos comprovados de anencefalia, o abortamento por indicação fetopática é considerado um ato ilícito. Evidentemente, outras leituras são extraídas do Acórdão do STF sobre o abortamento de anencéfalos, podendo estender-se a variadas hipóteses de inviabilidade fetal comprovada, mas isto sempre dependerá de um pronunciamento judicial.

Uma das leituras possíveis é o reconhecimento da existência de grave ameaça à incolumidade psíquica da mãe em casos de inviabilidade fetal, sem se configurar outro interesse em conflito diante da inexistência de vida humana potencialmente preservável. Para tanto, recorda-se que o compromisso do legislador penal quando autorizou o aborto em gravidez resultante de violência sexual foi precisamente criar causa de justificação assemelhada ao estado de necessidade (Art. 24 do CP), a fim de preservar o equilíbrio psíquico-emocional da ofendida e evitar degenerações e anormalidades hereditárias porventura ligadas ao autor da infração.

Com efeito, sendo possível interromper a gravidez de feto viável para potencialmente preservar a saúde mental materna em caso de violência sexual, com mais razão ainda em caso de feto inviável para preservar não só a saúde da mãe, mas de toda a família⁹. A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal não deixa

⁹Esta situação de abalo psíquico também foi reconhecida pelo CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, no **Relatório-Parecer 19/CNECV/97**, ao proceder à análise do conteúdo ético dos Projetos de Lei relativos à interrupção voluntária da gravidez em Portugal, que culminaram nas alterações introduzidas no CP pela Lei nº 90/97, de 30 de Julho: "O abortamento de fetos inviáveis, isto é, que seguramente não sobreviverão senão horas ou poucos dias à separação do organismo materno causada pelo nascimento, poderia ser interpretado como uma espécie de eutanásia (obviamente involuntária) pré-natal, uma vez que dele resultará o apressar da morte do feto. Todavia, muito difícil para a mãe manter até ao fim uma gravidez sem esperança, passar pelo traumatismo do trabalho de parto, adiar o luto, sofrer o impacte eventual de ver um filho aparentemente perfeito mas incapaz de sobreviver por lhe faltar o funcionamento de um órgão vital. Nestas circunstâncias, não se afigura eticamente correcto defender uma vida sem projecto, e que seguramente se vai extinguir, à custa de um sofrimento materno acentuado e que poderá deixar sequelas permanentes". E conclui: "[...] Não há objecções à remoção de seres gerados seguramente inviáveis (ou seja, que sobreviveriam quando muito poucas horas ou poucos dias após o nascimento), em qualquer fase da gestação" (CNECV, 1997, p. 6, § 8).

dúvidas a este respeito, ao consignar: “Mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender”.

Nesta medida, há diversas decisões judiciais favoráveis a interrupção da gravidez de feto inviável com fundamento na aplicação analógica (*in bonam partem*) do art. 128, II, do CP¹⁰. No entanto, a doutrina brasileira pouco se dedica ao abortamento fetopático em caso de viabilidade de vida e em sede jurisprudencial não há nenhum julgamento conhecido de autorização de interrupção da gestação. Penso que, com base no mesmo pressuposto, talvez seja possível desenvolver esta interpretação também relativamente a feto viável.

Analisando a questão sob o prisma do estado de necessidade previsto no Art. 24 do CP como causa geral de justificação ou de exclusão da ilicitude, importa referir que o legislador brasileiro adotou a *teoria unitária* do estado de necessidade (ao contrário da *teoria diferenciadora*, adotada em Portugal), omitindo-se a respeito da possibilidade da existência de causas supralegais de exclusão da ilicitude. Somente eventualmente a doutrina admite o estado de necessidade exculpante, como causa supralegal de

¹⁰ É emblemático o acontecido no **HC nº 84.025/RJ**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado pelo Tribunal Pleno do STF, em 04 de Março de 2004. Após percorrer sucessivas instâncias até chegar ao STF, faltando instantes para a leitura do Acórdão autorizando a interrupção da gravidez, GABRIELA OLIVEIRA CORDEIRO entra em trabalho de parto e a criança sobrevive apenas 7 minutos. O voto do Relator foi lido, de forma simbólica. A impetração do *habeas corpus* preventivo foi julgada prejudicada, por perda do objeto (BRASIL, STF, 2004). Outro exemplo é a **Apelação Criminal nº 98.003566-0**, Comarca de Videira, Rel. Des. JORGE MUSSI, julgada pela Segunda Câmara Criminal do TJSC, em 05 de Maio de 1998: “[...] Diante das circunstâncias especialíssimas que se fazem presentes, evidente que se deva fazer uma INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA EXCLUDENTE DE PUNIBILIDADE PREVISTA NO INCISO I DO ART. 128 DO CP, aplicando-se, para tanto, OS PRINCÍPIOS DA ANALOGIA ADMITIDOS NO ART. 3º DO CPP. No dizer de JÚLIO FABBRINI MIRABETE: ‘A analogia é uma forma de auto-integração da lei. Na lacuna involuntária desta, aplica-se ao fato não regulado expressamente um dispositivo que disciplina hipótese semelhante. No entender de Bettiol consiste na extensão de uma norma jurídica de um caso previsto a um caso não previsto com fundamento na semelhança entre os dois casos, porque o princípio informador da norma que deve ser estendida abraça em si também o caso não expressamente nem implicitamente previsto’” (BRASIL, TJSC, 1998).

exclusão da culpabilidade em face da *inexigibilidade de conduta diversa*¹¹.

Com efeito, dado o suposto desnivelamento dos interesses em colisão (vida humana em formação vs. liberdade existencial da mulher e da família), é muito difícil a admissão desta excludente em se tratando de feto com potencialidade de vida apesar da anomalia¹². Mas, sendo considerada a existência de vida ou de expectativa de vida como um valor que comporta diferentes graduações em face do seu estágio embrionário

¹¹Com efeito, a *teoria unitária* sustenta a existência de estado de necessidade quando o bem jurídico protegido for de valor maior ou mesmo igual ao bem jurídico sacrificado, excluindo a ilicitude. Quando o bem jurídico protegido for de valor menor, há possibilidade de redução da pena (Art. 24, § 2º, do CP), assim, ou se trata de causa excludente de ilicitude ou se trata de causa de diminuição da pena. Por outro lado, para a *teoria diferenciadora*, quando o bem jurídico protegido for de valor igual ou menor do que o sacrificado, o estado de necessidade exclui a culpabilidade. Neste caso, há um estado de necessidade justificante – quando o bem ou interesse sacrificado for de menor valor, a ação é considerada lícita – e um estado de necessidade exculpante – quando o bem ou valor sacrificado for de valor igual ou superior ao que se salva, a ação é considerada ilícita mas é excluída a culpabilidade. Parte da doutrina brasileira admite o estado de necessidade exculpante como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, ante a *inexigibilidade de conduta diversa*. Nesta seara, o anteprojeto de reforma do Código Penal brasileiro (DLS 236/2012) mantém o texto das causas de justificação do atual CP, mas acrescenta ao estado de necessidade a consideração sobre a natureza ou valor do bem jurídico ameaçado, bem como a possibilidade de excluir-se a culpabilidade (e não apenas reduzir a pena), trazendo a *inexigibilidade de conduta diversa* para o tratamento do estado de necessidade (cf. CJECp, 2012, p. 221-222).

¹²Em sentido parecido, PINTO, 1998, p. 68-70.

ou de pessoa nascida¹³, aí sim já será possível, pelo menos em tese, aceitar-se que a expectativa de vida do feto malformado grave e incurável tenha de ceder em caso de conflito com os interesses da mulher gestante, por exemplo, da sua saúde físico-mental, invocando o estado de necessidade como causa geral de exclusão da ilicitude¹⁴. No entanto, este pensamento não é de fácil conjectura e fundamentação, haja vista o risco de incorrer numa discriminação pura e simples do feto fundada no valor biológico de sua vida.

Quanto a isto, recorda Teresa Quintela de Brito que “a vida humana jamais depende da sua «perfeição biológica». Por isso, se afigura ilegítimo transferir esta questão no

¹³ Reza o **Acórdão nº 75/2010**, do Tribunal Constitucional (TC) português, Rel. Cons. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, julgado em 23 de Fevereiro de 2010: “No entender do Tribunal Constitucional, em período algum do processo natural de gestação, incluindo a sua fase inicial, se justifica que a solução do conflito se possa dar pela prevalência absoluta do interesse da mulher, com o sacrifício total do bem da vida, o que levaria à admissão de um livre e incondicionado direito a abortar. Mas já se justifica que as alterações biológicas que se dão no processo de gestação, significativas do ponto de vista da progressiva formação do suporte físico da personalidade humana, tenham incidência na valoração jurídico-constitucional das soluções de conciliação dos bens em conflito. É constitucionalmente viável que a ponderação de interesses em causa, na busca dessas soluções, leve em conta o tempo de gestação, precisamente porque, com o desenrolar do processo ontogenético, a realidade existencial de um dos bens a tutelar assume contornos gradativamente distintos, assim se alterando também, correspondentemente, o ponto de equilíbrio a estabelecer com as exigências decorrentes do estatuto jusfundamental da mulher grávida. Como acentua a já mencionada declaração de voto: “(...) o conteúdo da posição jusfundamental da mulher e o papel do Estado no exercício do seu dever de protecção devem ser avaliados de modo diferente na fase inicial e em estágio mais adiantado [da gestação]” (*ob. loc. cit.*). Precisamente porque a sua ideia fundante corresponde a um “sentimento jurídico” generalizadamente difundido, o atendimento do tempo de gestação é um dado comum a todas as legislações não radicalmente proibicionistas. Em todas elas, na variabilidade das suas soluções, com maior ou menor amplitude de consagração de previsões de impunibilidade, o factor tempo é considerado. O próprio “modelo das indicações” não o dispensa” (PORTUGAL, TC, 2010).

¹⁴Em sentido divergente parece ser a opinião de TERESA QUINTELA DE BRITO, na doutrina portuguesa, a saber: “À excepção da hipótese prevista no art. 142º, nº 1, alínea a), *mormente no caso de perigo para a vida da mãe*, em todas as outras situações não é culturalmente manifesta a superioridade do interesse a salvaguardar. Mesmo no único caso em que se pode afirmar tal superioridade, o art. 34º, alínea c), sempre obstará à justificação, em virtude da directa ligação da vida intra-uterina à dignidade do homem. Por outras palavras: à luz desta alínea, sempre se imporia concluir que a vida intra-uterina se integra entre os bens imponderáveis que, mercê da sua íntima conexão com o ‘núcleo duro’ da dignidade humana, jamais podem ser sacrificados para preservar quaisquer outros, ao abrigo de um ‘direito’ de necessidade agressivo”. E conclui: “Muito provavelmente por causa destas dificuldades, o legislador sentiu necessidade de prever uma específica causa de ‘não punibilidade’ do aborto, mesmo para os casos de estrita indicação terapêutica. Simplesmente, estendeu essa ‘não punibilidade’ a outras situações: as indicações ética ou criminológica e fetopática. Todas estas hipóteses suscitam o problema de saber se pertencem, ainda, ao âmbito próprio da exclusão da ilicitude ou se a ela vão buscar apenas as consequências típicas” (BRITO, 2007, p. 449-455).

problema da presente e/ou futura qualidade de vida do nascituro. O que implica arredar semelhante ideia do fundamento desta causa de ‘não punibilidade’ do aborto”. Segundo a solução da Autora ao analisar o aborto por indicação fetopática no direito português, a justificativa para a exclusão da ilicitude parece estar na consideração do sofrimento materno envolvido na continuação da gravidez e na criação de uma criança com deficiência grave ou malformação, sem entretanto poder contar com o suporte do Estado e da sociedade (do ponto de vista psicológico e social). Haveria, por conseguinte, uma patente proximidade desta causa justificante com a indicação terapêutica para salvaguarda da saúde psíquica da mãe, embora sem o aborto chegar a ser o único meio de remover ou evitar a lesão (BRITO, 2007, p. 463).

Neste caso, o fundamento prende-se com a violação ética da autodeterminação da grávida; ética no sentido da falta de legitimidade moral do Estado em obrigar a mulher a continuar com a gravidez de um feto nessas pesadas condições. Teresa Quintela de Brito assevera que, sendo a mãe “a principal onerada pela situação, a decisão, no sentido da manutenção ou não da gravidez, tem que lhe pertencer, em nome da sua integridade moral”. É muito mais do que um mero “conflito objetivo entre bens jurídicos, no mínimo, com a mesma relevância axiológica” ou de inexigibilidade da manutenção da gravidez por causa do conflito interior vivido pela grávida (BRITO, 2007, p. 466-467).

Mas para outro entendimento doutrinário e jurisprudencial, que aceita a *inexigibilidade de conduta diversa* como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, o aborto fetopático continua sendo uma conduta ilícita no ordenamento jurídico brasileiro, embora possa deixar de ser responsabilizado. Também aqui invoca-se o intenso sofrimento psíquico da mulher na continuação de uma gravidez patológica – a não ser que lhe sejam exigidos atos de heroísmo –, mas em todo caso a conduta da grávida e do médico que nela intervém se mantém criminosa, inclusive podendo a eles ser oposta a legítima defesa. Por tal razão, este posicionamento não parece apresentar

uma solução razoável¹⁵.

É certo que o crime de aborto pressupõe sempre uma discussão sobre os interesses da grávida em confronto com os interesses do nascituro. No entanto, tendo em conta que o nascituro não é uma pessoa ou sujeito de direitos no sentido jurídico do termo – condição que só adquire no momento do nascimento completo e com vida¹⁶ –, não pode gozar plenamente do direito à vida enquanto direito fundamental. De modo que o objeto de proteção do crime de aborto é a vida humana em termos objetivos, pois

¹⁵ Transcreve-se a síntese deste pensamento, manifesto na sentença proferida pelo juiz JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES, da Comarca de Campinas (SP), em 23 de Maio de 1997: “E, *in casu*, as circunstâncias do fato desvelam a inexistência de reprovabilidade para o abortamento que se pretende realizar, pois, à evidência, outra conduta não se pode exigir da interessada. [...] Não se pode falar em reprovabilidade social nem em censurabilidade da conduta de quem interrompe uma gestação nas circunstâncias em comento, ou seja, em face da inviabilidade de um feto anencéfalo e da exposição da gestante a uma gravidez de alto risco. [...] É evidente, portanto, que, em casos que tais, em face do reconhecimento da ausência de culpabilidade, em face da inexigibilidade do prosseguimento da gravidez, exsurge para o médico o dever jurídico e ético de provocar o abortamento, evitando, assim, que a gestante tenha que praticá-lo sozinha, enfrentando os evidentes e inegáveis riscos decorrentes de tal conduta. Há inexigibilidade de conduta diversa no que diz respeito ao comportamento da gestante e, obviamente, também no que concerne à intervenção do médico e de todos os profissionais que participarem do abortamento. Aliás, de acordo com o disposto no artigo 5º da Constituição Federal, NINGUÉM SERÁ SUBMETIDO A TRATAMENTO DESUMANO. E, obviamente, exigir que a interessada leve a termo a sua gravidez, nas condições acima mencionadas, constitui, certamente, uma forma inquestionável de submetê-la a um inaceitável “tratamento desumano”, em flagrante violação aos direitos humanos e dogma constitucional. [...] Isto posto, forte no art. 5º, inc. III, da Constituição Federal, no art. 3º do Código de Processo Penal, nos princípios gerais do Direito, nos princípios da jurisdição voluntária e nos arts. 1.104 e s. do Código de Processo Civil, os quais aplico subsidiariamente, autorizo a interrupção da gravidez da interessada” (*apud* TESSARO, 2006, p. 105-106).

¹⁶A tradição jurídica ocidental, com base no direito romano, sustenta que o não nascido é desprovido de personalidade jurídica, ou seja, só com o nascimento é que surge no campo civil uma pessoa jurídica, capaz de direitos e de deveres. O art. 2º do Código Civil brasileiro consagra a doutrina natalista, reservando ao nascituro, no período que decorre entre a concepção e o nascimento, um estado potencial de direito ou uma expectativa de personalidade, razão pela qual pune-se o aborto provocado, em nome da frustração da potencial expectativa do surgimento de uma pessoa. O aborto é um crime praticado não contra uma pessoa no sentido jurídico do termo, mas contra uma futura pessoa.

que o direito subjetivo à vida só cabe às pessoas nascidas¹⁷.

A este respeito, o Tribunal Constitucional (TC) português lavrou o importante Acórdão n.º 25/84, de 19 de Março de 1984, relatado pelo Conselheiro Costa Aroso, o qual inseriu a vida intrauterina no conceito de “vida humana” constitucionalmente “inviolável”, mas admitiu a cedência deste princípio em situações de conflito de interesses entre a mãe e o feto. Devidamente balizado pelo princípio da proporcionalidade, o conflito de direitos constitucionais é que determina a licitude da interrupção voluntária da gravidez (PORTUGAL, TC, 1984).

Na sequência, foi lavrado o Acórdão n.º 85/85, de 29 de Maio de 1985, relatado pelo Conselheiro Vital Moreira, seguindo as mesmas linhas gerais do seu antecessor. Destaca-se, entretanto, por versar explicitamente sobre o estatuto jurídico do nascituro e conclui que, uma vez que só as *peçoas* podem ser titulares de direitos fundamentais, “o regime constitucional de proteção especial do direito à vida, como um dos «direitos, liberdades e garantias pessoais», não vale diretamente e de pleno” para os nascituros (PORTUGAL, TC, 1985).

Com efeito, há hipóteses em que o bem constitucionalmente protegido “vida intrauterina”, enquanto valor objetivo, deva ceder em caso de conflito com outros valores ou bens constitucionais e também com certos direitos fundamentais, como são os direitos da mulher à vida, à saúde, ao bom nome e reputação, à dignidade, à maternidade consciente, etc. O TC português atribui claramente uma proteção menos intensificada à vida embrionária, onde se assenta o carácter residual ou subsidiário da

¹⁷O *princípio da inviolabilidade da vida humana* não obriga o legislador infraconstitucional à sua tutela incondicional. Ao contrário, a intervenção penal do Estado depende sempre da essencialidade do bem que se quer proteger. Reportando-se a idêntica consagração da inviolabilidade da vida humana na Constituição portuguesa, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA afirma que, quando o constituinte se refere à inviolabilidade da vida, não pretende dizer que jamais possa ser ofendida. Mas, emprega-lhe um significado “tendencial e sensibilizador”, obrigando o legislador infraconstitucional apenas a uma proteção “intensificada” da vida. Assim, a intangibilidade da vida deve ser compreendida de forma relativa, aceitando-se que haja alguma tolerância quanto a ofensas que lhes são dirigidas (COSTA, 1984, p. 621).

sua tutela penal¹⁸.

Estas considerações são relevantes e na essencialidade não se distanciam do posicionamento assumido pelo STF no julgamento da ADPF 54-8. Neste caso, o STF, reportando-se à paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF acerca das pesquisas com células tronco embrionárias, destaca as palavras do Rel. Ayres Britto, ao afirmar que a Constituição, “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’”. Conclui que, “no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa”. Ainda referindo-se ao Acórdão proclamado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, destaca:

“A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. (...) O Direito infraconstitucional protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano”.

E na sequência, conclui: “Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher” (BRASIL, STF, 2012).

Assentadas essas premissas constitucionais, tem-se que a opção pela criminalização da conduta abortiva de fetos malformados graves e incuráveis, sejam ou não viáveis, integra a atividade política do legislador penal, ou seja, está dentro de sua esfera de discricionariedade, contando com o aval social. Por outro lado, é praticamente

¹⁸ O **Acórdão nº 85/85** dispõe que embora a vida intrauterina também seja abrangida pelo princípio da inviolabilidade da vida humana, a Constituição não impõe que esta vida seja protegida “sempre e em todas as circunstâncias, mediante *meios penais*, podendo a lei não recorrer a eles quando haja razões para considerar a penalização como desnecessária, inadequada ou desproporcionada ou quando seja possível recorrer a outros meios de proteção mais apropriados e menos gravosos” (PORTUGAL, TC, 1985). No mesmo sentido, o doutrinador lusitano JOÃO LOUREIRO acentua que, aliada à dignidade de proteção do bem é necessário perquirir sobre a carência de proteção, avaliada a partir da consideração do princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo) em relação às intervenções estatais e do princípio da proibição do déficit de proteção, que exige do Estado o asseguramento de um nível suficiente de proteção. Reportando-se a GOMES CANOTILHO, frisa que é no contexto do princípio da proibição do déficit de proteção que se discute se a proteção do feto – proteção da vida – exige criminalização da interrupção da gravidez (LOUREIRO, 1998, p. 353, nota 87, 354).

incontroverso que a interrupção voluntária da gravidez deva reservar-se para casos excepcionais e que a autodeterminação da grávida não seja ilimitada, na medida em que o feto também é portador de direitos individuais.

Mas há que não perder de vista o preconizado pelo citado Acórdão do STF, no sentido de que toda a limitação da liberdade individual seja submetida a um prognóstico ou juízo de necessidade e eficácia da criminalização, sob pena de sofrer censura constitucional. Ora, se da proibição resulta um aumento da ocorrência de abortos clandestinos com todas as suas implicações e, como no caso, pedidos judiciais para a realização segura do procedimento, é coisa que à partida vem demonstrar a ineficiência do Direito Penal na resolução do problema. Por conseguinte, o desencadeamento de questões de constitucionalidade.

Quanto a isto, Teresa Pizarro Beleza faz notar que “Talvez um mercado legal fosse preferível aos custos e riscos acrescidos de uma actividade clandestina. Isto é: descriminalizar um comportamento apenas significa que o Estado entende que a sua inclusão na lei penal não tem efeitos positivos sobre a preservação do bem que se quer proteger, e não uma declaração de princípio de que se trata de uma actividade lícita ou recomendável” (BELEZA, 1998, p. 11).

Ainda assim, é este o quadro que se apresenta na disciplina penal do crime de aborto no direito brasileiro. E se já era urgente a sua revisão à luz da Constituição, passou a ser também uma questão de orientação internacional, após o advento da I Reunião da Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe, ocorrida em Montevideo, Uruguai. No passado dia 15 de Agosto, os representantes dos 38 países, incluindo o Brasil, que participaram da Conferência de Montevideo, concluíram pela implementação de diversas medidas a favor da expansão dos direitos das mulheres, visando dar seguimento ao Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD) de 1994, que instituiu internacionalmente as bases para uma visão de desenvolvimento fundada na importância das pessoas como sujeitos de direito. A Convenção do Cairo, como ficou conhecida, atualmente encontra-se ratificada por 179 países.

Entre os mais significativos avanços em abono dos direitos das mulheres, o Consenso de Montevideo reafirma, em seus princípios gerais, a laicidade do Estado como “fundamental para garantir o exercício pleno dos direitos humanos, o aprofundamento da democracia e a eliminação da discriminação contra as pessoas”.

Pode parecer redundante, mas reforçou-se a necessidade dos governos considerarem a possibilidade de mudarem suas legislações e políticas públicas sobre a interrupção voluntária da gravidez "para salvaguardar a vida e a saúde de mulheres e adolescentes, melhorando sua qualidade de vida e reduzindo o número de abortos" (Consenso, 2013).

Com efeito, a revisão da legislação abortiva brasileira é exigência para a concretização do exercício democrático da cidadania de toda a população, seja em razão de imperativo constitucional, seja no seguimento de um acordo internacional.

III. O ABORTAMENTO FETOPÁTICO NO ANTEPROJETO DE REVISÃO DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Os trabalhos de revisão do CP brasileiro, que se arrastam há mais de 40 anos, foram retomados em 2011 com a instauração de uma Comissão de Juristas. No que respeita ao crime de aborto, o anteprojeto do novo Código Penal (PLS 236/2012) propõe a ampliação das possibilidades do aborto legal, da seguinte forma: a) Manter-se-ia o chamado *aborto necessário*, permitindo-o não só em caso de risco para a vida, mas também para a saúde da gestante; b) dar-se-ia nova redação ao *aborto ético*, acrescentando, além do estupro, "violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida" como causas excludentes de ilicitude (CJECP, 2012) ¹⁹. A Comissão rejeitou propostas no sentido de considerar o aborto apenas como questão de saúde pública, descriminalizando-o.

Além disso, o anteprojeto prevê a inclusão de mais dois incisos no Art. 128, de modo a permitir o aborto quando "comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos", e também, "por vontade da gestante até a 12ª semana de gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade".

Prevê redução de pena para o abortamento provocado pela gestante ou com o seu consentimento (detenção de 1 a 3 anos), bem como para o aborto consensual provocado por terceiro (reclusão de 1 a 4 anos), que passariam para 6 meses a 2 anos de prisão; e o aumento da pena mínima no caso do aborto provocado por terceiro, que

¹⁹ Aqui, e no que se segue, CJECP, Relatório Final, 2012.

passaria de reclusão de 3 a 10 anos para prisão de 4 a 10 anos.

Ainda, a pena é aumentada se em consequência do aborto ou da tentativa de aborto resultar má formação do feto sobrevivente.

Centrando-se na questão do aborto por indicação fetopática, verdadeiramente, o anteprojeto do novo CP brasileiro pretende alargar a excludente de ilicitude não somente para os anencéfalos, como também para todos os casos de fetos malformados graves e incuráveis, incapazes de vida autónoma fora do ventre materno.

Na minha opinião, é contraproducente que se refira precisamente aos anencéfalos, sendo preferível a não enumeração de doenças que impossibilitam a sobrevivência fetal e na qual o abortamento seja permitido. Segundo Médicos entrevistados pela Folha de São Paulo, “existem aproximadamente 11.700 síndromes genéticas descritas até o momento pelos pesquisadores, e em muitos casos, o que ocorre é uma associação de anomalias que tornam impossível a sobrevivência do feto” (FOLHA DE S. PAULO, 2000).

Peca, ainda, por não esclarecer e distinguir os casos de inviabilidade fetal daqueles outros de doença ou malformação congénita, grave e incurável, ainda que viável, como faz a lei portuguesa. Quando o anteprojeto se refere a “graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina”, sem dúvida restringe a possibilidade do aborto legal apenas para os casos em que o feto comprovadamente morrerá no ventre materno ou não terá qualquer esperança de vida no seu exterior, tanto mais que não condiciona o procedimento a qualquer prazo, podendo à partida ocorrer em qualquer período gestacional. Esta interpretação é reforçada à vista da previsão de um aumento de pena quando do aborto resulte má formação para o feto sobrevivente.

A recusa do legislador brasileiro em tratar do abortamento por indicação fetopática, embriopática ou por lesão do nascituro – de acordo com as expressões utilizadas por Figueiredo Dias – deve-se à forte ligação que se faz com os atos de eugenia. É tão evidente essa rejeição, que tanto na ADPF 54-8 como no respetivo Acórdão do STF, prefere-se denominar a interrupção da gestação de anencéfalo de antecipação terapêutica de parto (ATP), com o claro fim de afastar qualquer relação com o dito aborto

eugénico²⁰. Mas como referido, não há nenhum registo no Brasil de autorização do aborto para casos de malformação fetal compatível com a vida.

Este receio é improcedente, na medida em que a expressão eugenia é reservada para os casos em que o Estado intervém na regulação de questões relativas à medicina fetal, obrigando as mulheres a abortarem por razões raciais, étnicas ou religiosas. As práticas de eugenia foram banidas da história e, se ao contrário, o abortamento por anomalia fetal for uma faculdade atribuída à gestante, trata-se na verdade de uma decisão livre e autónoma. Sobre este aspeto, Figueiredo Dias ressalta que é infundado denominar de eugénica esta indicação, uma vez que nada tem a ver com preocupações eugénicas ou de melhoramento racial, mas sim com os interesses da grávida e com o sofrimento que pode causar a continuação da gravidez de uma criança gravemente lesada na sua saúde ou no seu corpo (DIAS, 2012, p. 286).

IV. QUESTÕES ÉTICAS LIGADAS AO DIAGNÓSTICO PRÉ-NATAL DE DOENÇA GENÉTICA

Efetivamente, o diagnóstico pré-natal suscita muitas preocupações de natureza ética, que na grande maioria prendem-se com o alto risco de ser utilizado de forma abusiva, com o claro objetivo de seleção de embriões. A seleção sexual pode ser elencada como uma das circunstâncias contrária à prática do diagnóstico pré-natal.

Mas ao contrário do que se presume, o diagnóstico pré-natal não é indicado apenas com vista a interromper posteriormente uma gravidez, sendo um dos seus objetivos primordiais o tratamento e a cura da doença no feto ou no recém-nascido. O Médico Rui Nunes aponta como pressuposto de indicação formal o fato de se tratar de “fetos (ou embriões) provavelmente atingidos por deficiências graves associadas a uma expectativa de vida temporalmente limitada e, sobretudo, a grande sofrimento físico por alterações irreversíveis em vários aparelhos e sistemas”. Nesses casos, é eticamente aceitável o interesse dos casais em serem informados, “independentemente de qualquer

²⁰ Neste sentido, o **Acórdão do STF**, ADPF 54-8, Rel. Min. MARCO AURÉLIO DE MELLO, julgado em 12 de Abril de 2012: “Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões ‘aborto eugénico ou eugenésico’ ou ‘antecipação eugénica da gestação’, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia” (BRASIL, STF, 2012).

futura decisão quanto à interrupção da gravidez, da constituição física do seu filho” (NUNES, 1995, p. 69 e ss.)²¹.

O mesmo já seria moralmente discutível se objetivasse unicamente a seleção de embriões de determinado sexo ou que estivessem geneticamente ligados a uma doença de manifestação tardia. A possibilidade de detecção dessas doenças está associada ao conceito de medicina preditiva e em conjunto possuem as seguintes características:

- “- Gravidade variável, de doença para doença, sendo discutível a valoração da qualidade de vida a que estão associados;
- Manifestação tardia, por vezes após várias décadas de vida activa associada a uma realização plena;
- Dificuldade previsível, por parte do geneticista clínico, em fornecer um conselho genético simultâneo devido ao elevado número de síndromes a que estão associadas”.

Portanto, é fácil perceber que a interrupção voluntária da gravidez não é legitimamente indicada quando o diagnóstico fetal predisponha os motivos referidos, ainda mais que em muitos casos a ciência não garante que a doença se venha a manifestar, nem em quanto tempo, muito menos diante da impossibilidade de antever-se a existência ou não de tratamento para a mesma. Do ponto de vista da Bioética, o diagnóstico pré-natal também não é moralmente recomendável nessas circunstâncias, já que colide com o princípio da não instrumentalização dos seres humanos, o qual obriga a que cada ser humano seja considerado como um fim em si mesmo e nunca como um meio para se atingir determinado objetivo (NUNES, 1995, p. 83).

Afora estas preocupações, o advento do diagnóstico pré-natal modificou a forma como a sociedade lida com a deficiência, dado ser possível, na maioria dos países, interromper voluntariamente a gravidez em casos de fetos atingidos por doenças congénitas. Com efeito, o Médico Rui Nunes alerta para a necessidade de se esclarecer a sociedade sobre os riscos de uma compulsão para o abortamento tendo em conta a opção de não deixar nascer crianças deficientes, mas ao contrário, utilizar o diagnóstico pré-natal como extensão do poder de autodeterminação que os casais de risco genético estão investidos. Do lado da sociedade, é necessário que a deficiência física ou mental não seja realçada e que se crie as estruturas sociais necessárias para receber o

²¹Aqui e no que se segue.

deficiente (NUNES, 1995, p. 93-96)²².

Assim, segundo o mesmo Autor, para que a interrupção voluntária da gravidez seja moralmente legítima, é preciso um julgamento prévio sobre a qualidade de vida extrauterina, entendida como “uma situação ideal em que uma pessoa se encontra plenamente realizada no plano físico, psicológico e social”, abstraindo-se de imaginar como seria essa vida com deficiência do ponto de vista pessoal. Por exemplo, no que respeita a trissomia 21 torna-se irrelevante a opinião de terceiros sobre o tipo de vida do indivíduo com esta deficiência, uma vez que nem ele mesmo pode considerar se tem ou não boa qualidade de vida, não tendo nunca experimentado outro modo de vida. Já o mesmo não se pode dizer com relação a anencefalia, que nem sequer coloca a hipótese de recorrer a meios de ressuscitação após o nascimento (NUNES, 1995, p. 204-206).

Com efeito, a interrupção voluntária da gravidez deve ser reservada para situações excepcionais, e especialmente nos casos de indicação fetopática, deve-se conferir ao casal as melhores condições económicas e sociais de tomarem esta decisão de forma proporcional, munido do maior conhecimento possível sobre a doença. Portanto, do ponto de vista ético, o aborto por indicação fetopática, desde que estritamente regulamentado e embasado, encontra apoio científico que o legitima e o distancia de eventuais motivações eugénicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira é uma das mais restritivas em matéria abortiva, justificando-se a interrupção voluntária da gravidez apenas por indicação terapêutica e sentimental. Consequentemente, o abortamento em razão de malformação ou doença congénita, grave e incurável, não se encontra permitido no ordenamento jurídico brasileiro. É possível que isto se deva à falta de técnicas de diagnóstico fetal no período em que o Código Penal foi promulgado (1940), impossibilitando a visualização segura das lesões do nascituro, legitimadoras da conduta abortiva.

Mas em todo o caso, nota-se uma clara resistência do legislador em ampliar as

²²Literalmente: “Sendo a família a unidade básica da sociedade, e sendo os pais o seu núcleo original, torna-se necessário incrementar o grau de informação quanto ao problema do património genético, e deixá-los tomar as decisões que considerarem mais convenientes dentro de determinados limites éticos socialmente aceites”.

causas de exclusão da ilicitude do aborto para englobar outras indicações, como a fetopática, o que se nota na tímida proposta do anteprojeto de revisão do Código Penal brasileiro (PLS 236/2012). Nele, prevê-se a hipótese apenas para os casos de anencefalia ou de inviabilidade de vida extrauterina.

No momento, a única hipótese que se pode considerar autorizativa do abortamento fetopático no Brasil é relativa aos casos de anencefalia. Isto, segundo recente pronunciamento do STF, que reconheceu à mulher, enquanto pessoa e sujeito de direitos, a prevalência dos seus interesses em caso de conflito com os interesses do feto comprovadamente inviável. Em verdade, o STF entendeu que falta ao anencéfalo a potencialidade de vida humana ou a expectativa do surgimento de uma pessoa, considerando a conduta materialmente atípica, logo, destinada a resolver uma situação de dor e sofrimento da mulher. Como se nota, a solução encontrada passa pela desconsideração da conduta como modalidade do crime de aborto.

Num horizonte próximo, não se vislumbra uma abertura muito maior em torno da legislação abortiva brasileira, notadamente no que diz respeito à permissão da indicação fetopática também nas hipóteses de viabilidade de vida, mesmo que respeitando um prazo legal, à exemplo da realidade jurídico-penal portuguesa. O tema vem sempre carregado de preconceitos, de modo que, invariavelmente, traz à discussão questões morais e religiosas, dificultando a ponderação serena e imparcial do problema.

Assim, por qualquer ângulo que se queira focar, seja pelos dados reveladores do grande número de abortamento clandestino ou pela crescente busca de autorização judicial para a interrupção da gestação de feto inviável, constata-se a ineficácia do Direito Penal no combate ao crime de aborto no Brasil, dando evidentes sinais da necessidade de revisão da matéria.

Não se pretende com isto defender que o abortamento seja uma conduta moralmente boa, mas sim justificável em certas circunstâncias claramente definidas, em nome da autonomia democraticamente conferida à mulher e ao casal no que diz respeito à sua vida reprodutiva. Tanto mais não seja, pelo menos em maior medida nas sociedades modernas ocidentais, não se compreende como possa o Brasil seguir alheio às tendências que sufragam o respeito não só pela liberdade, mas sobretudo pela dignidade humana, mantendo a proibição de interrupção voluntária da gravidez em caso de indicação fetopática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **ADPF 54-8**, de 16 de Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>>, acesso em: 04 Set. 2013.

BELEZA, Teresa Pizarro. «Prefácio». In: MAGALHÃES, J. **Penalizar ou Despenalizar o Aborto?** Lisboa: Quetzal Editores, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADPF 54-8**. Rel. Min. Marco Aurélio de Melo, julgado em 12 de Abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>, acesso em: 04 Set. 2013.

_____. _____. **HC nº 84.025/RJ**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 04 de Março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000096837&base=baseAcordaos>>, acesso em: 04 Set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 98.003566-0**. Comarca de Videira, Rel. Des. Jorge Mussi, Segunda Câmara Criminal, julgada em 05 de Maio de 1998. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona27/27cartarocha.htm>>, acesso em: 04 Set. 2013.

BRITO, Teresa Quintela de. «O Crime de Aborto». In: **Direito Penal**. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COMISSÃO DE JURISTAS PARA A ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL (CJECP), Relatório Final, de 18 Junho de 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>, acesso em: 04 Set. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. **Parecer 28/CNECV/99**, de 12 de Outubro de 2012. Disponível em: <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273058884_P028_FetosVivos.pdf>, acesso em: 04 Set. 2013.

_____. **Relatório-Parecer 19/CNECV/97**, de 10 de Janeiro de 1997. Disponível em: <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273059189_P019_IVG.pdf>, acesso em: 04 Set. 2013.

CONSENSO DE MONTEVIDEO SOBRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA AMÉRICA LATINA E DO CARIBE. Montevideo, Uruguai, 15 de Agosto de 2013. Disponível em: http://www.cepal.org/prensa/noticias/comunicados/0/50700/2013-595-Consenso_Montevideo_PyD.pdf, acesso em: 12 Set. 2013.

COSTA, António M. da C. «Aborto e Direito Penal: Algumas Considerações a Propósito do Novo Regime Jurídico da Interrupção Voluntária da Gravidez». *In: Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1984, nº 44.

CUNHA, Maria da C. F. da. **Constituição e Crime**: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DIAS, Jorge de F. **Direito Penal**: Parte Geral. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 2004.

DIAS, Jorge de F. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, tomo 1, 2012.

FOLHA DE S. PAULO. «Médicos pedem revisão da lei do aborto». São Paulo, 02 Jul. 2000, C5, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0207200019.htm>>, acesso em: 10 Set. 2013.

LEITE, Kayo José Miranda. «Julgamento da ADPF nº 54: Reflexos do constitucionalismo comunitário». *In. Migalhas*, de 12 Abril 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16%2cMI153513%2c31047-Julgamento+da+ADPF+N+54+Reflexos+do+constitucionalismo+comunitario>>, acesso em: 4 Set. 2013.

LOUREIRO, João. «Aborto: Algumas Questões Jurídico-constitucional (A Propósito de uma Reforma Legislativa)». *In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora*, 1998, nº 74.

NUNES, Rui M. L. **Questões Éticas do Diagnóstico Pré-natal da Doença Genética**. Dissertação de candidatura ao grau de Doutor apresentada à Faculdade de Medicina do Porto (policopiado), 1995.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 25/84**. Rel. Cons. Costa Aroso, julgado em 19 de Março de 1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>>, acesso em: 20 Maio 2013.

_____. _____. **Acórdão nº 85/85**. Rel. Cons. Vital Moreira, julgado em 29 de Maio de 1985. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>>, acesso em: 20 Maio 2013.

_____. _____. **Acórdão nº 75/2010**. Rel. Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro, julgado em 23 de Fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>, acesso em: 20 Maio 2013.

TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**: Descriminalização & Avanços Tecnológico da Medicina Contemporânea. Curitiba: Juruá Editora, 2006.