



O ANTEPROJETO AO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E SEUS EXCLUDENTES DE ILICITUDE DO ABORTO

Genival Veloso de França ^(*)

Fecha de publicación: 01/07/2013

O anteprojeto ao Código Penal brasileiro apresentado ao Senado Federal (PLS 236/2012), no que trata da exclusão do crime de aborto, assim se expressa:

Exclusão do crime

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante.

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se 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.

IV – se por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

Como se vê a Comissão que elaborou o anteprojeto mesmo afirmando, entre outros, que ele “colabora para a solução do confronto entre posições jurídico-fundamentais, a saber, o direito do feto ao nascimento” deixa evidente que isto não é verdade pois prioriza o direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo, desde que o médico ou psicólogo constatem que ela

^(*) Membro Titular da Academia Nacional de Medicina Legal.

não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade. Em resumo: as mulheres têm direitos. Os médicos também. Só quem não tem direitos é o ser que vai nascer

A questão da anencefalia, já é contemplada devido à decisão do Supremo Tribunal Federal, traz no seu rastro a extensão da ilicitude para os casos de o feto “padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos”, e de sobra ainda concede o aborto “quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”.

Considerações e ajustes

Como se viu acima o anteprojeto apresentado ao Senado Federal para reforma do Código Penal apresenta situações novas no que diz respeito aos excludentes de ilicitude do aborto que passam a ser consideradas em relação ao diploma vigente:

I – ATUAIS EXCLUDENTES DE ILICITUDE DO ABORTO

No Código Penal de 1940, ainda em vigor, no artigo 128, incisos I e II, há duas causas que excluem a ilicitude da prática do aborto:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Se levarmos em conta a decisão do julgamento do Supremo Tribunal Federal em abril de 2012, pode-se dizer que há um terceiro excludente de criminalidade que seria a interrupção da gravidez em caso de feto com anencefalia, inequivocamente diagnosticada por 02 (dois) médicos, desde que a gestação seja interrompida somente após o consentimento expresso da gestante agora sob a alcunha de “antecipação terapêutica da data do parto”.

II – PROPOSTAS DO PROJETO DE LEI DO SENADO (PLS) 236/2012

a) Se houver risco à vida ou à saúde da gestante.

Os que lidam com a prática ou com a literatura médico legal sabem que as expressões *perigo* e *risco de vida*, em se tratando de dano corporal de natureza penal, estão bem definidas e que entre elas há uma clara e definida distinção.

Entende-se por *perigo de vida* um conjunto de sinais e sintomas clinicamente demonstrável de uma condição concreta de morte iminente, ou seja, uma ameaça imediata de êxito letal. Tem como características principais a possibilidade concreta de morte (fundamentos clínicos), de ser um quadro objetivo-subjetivo de uma realidade atual e iminente e de representar uma situação passada ou presente e nunca futura. Não pode ser condicionada a possíveis resultados. Mesmo que esse juízo de presunção esteja fundado em conceitos objetivo-subjetivos, exige-se uma realidade palpável, demonstrando de maneira atual e iminente que a vítima esteja ou tenha estado em perigo de vida, em face da gravidade da lesão. “O perigo decorre de um diagnóstico e não de mero prognóstico de peritos. É preciso, para que ocorra essa gravidade de lesão, que pelo menos em determinado momento do processo patológico, mais ou menos longo, tenha se verificado uma efetiva probabilidade de êxito letal. O perigo, em suma, há de ser sério, atual e efetivo. Não remoto ou presumido” (TACRIM-SP – RT 447/414). Em suma: o perigo de vida é um diagnóstico, uma realidade, uma certeza. É real, efetivo e atual, demonstrado por sintomas e sinais indiscutíveis de grandes repercussões sobre a vida.

Já o *risco de vida* é uma probabilidade remota, condicionada a possíveis complicações e meramente presumido. O risco de vida é um prognóstico, uma presunção, uma probabilidade. Sob o prisma exclusivamente médico, qualquer ferimento pode, fortuitamente, configurar-se num êxito letal, como, por exemplo, um ferimento superficial agravado pela infecção tetânica. Mas esse não é o resultado geral, comprovado estatisticamente. Trata-se, nesse caso, de uma *concausa superveniente*. O que a lei exige, notadamente ao tratar dos danos corporais de natureza penal é o diagnóstico, e não uma hipótese. “Não caracteriza perigo de vida a mera possibilidade de superveniência de infecção consequente a ferimentos produzidos por instrumentos não esterilizados” (TACRIM-SP – JUTACRIM 22/192).

No que concerne à autorização do aborto justificada pelo “risco à saúde da gestante”, é temerário e abusivo este conceito pois ele é muito abstrato e amplo permitindo interpretações variadas e nem sempre justificadas em sua essência e seus interesses. Não será nenhuma surpresa que alguém venha considerar a própria gravidez, em si própria, como um risco à saúde da mulher.

Desta forma, permanecendo o enunciado atual da excludente “*se não há outro meio de salvar a vida da gestante*” estaria perfeitamente de bom tamanho.

O aborto realizado pelo médico para salvar a vida da gestante, chamado *aborto terapêutico*, encontra guarida no estado de necessidade. A

solução jurídica encontrada no conflito desses dois bens - a vida da mãe e a vida do filho - foi o sacrifício do feto. Cada dia que passa, tão grande tem sido o avanço das ciências médicas que as indicações do aborto terapêutico diminuem, tornando raras as indicações indiscutíveis.

O estado de necessidade de terceiro que outorga ao médico o direito de praticar o "aborto terapêutico" deve ser aludido quando: 1 — a mãe apresenta perigo vital; 2 — este perigo esteja sob a dependência direta da gravidez; 3 — a interrupção da gravidez faça cessar esse perigo para a vida da mãe; 4 — esse procedimento seja o único meio capaz de salvar a vida da gestante; 5 — sempre que possível, com a confirmação ou concordância de outros dois colegas.

A liceidade do aborto terapêutico em determinadas condições independe do consentimento da gestante ou de terceiros, pois essa prática pode estar circunstanciada de tal gravidade que a lei já ampara plenamente e a medicina conceitua como de indispensável intervenção (CP, art. 146. §3º, I).

Com o passar dos dias, chega-se à conclusão de que são raros os casos em que o médico necessite intervir ante a possibilidade real de perigo de vida para a gestante.

b) Se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida.

Com a diversidade conceitual cada vez mais frequente das modalidades e definições das práticas atentatórias à dignidade sexual, seria interessante, pelo menos para uma discussão mais apropriada, que se fosse claro ao especificar que tipo de violação. Se for por estupro tal fato já está estipulado no código em vigor. Será que a exploração e o assédio sexuais dos quais resultem gravidez também admitem a exclusão da ilicitude na prática abortiva?

A legislação atual admite o chamado *aborto piedoso* ou *moral*. Tem esta forma de aborto sua indicação nos casos de estupro do qual resulte uma maternidade imposta pela violência e dificilmente admitida pela hediondez de tão brutal violência. Em tais situações, defendeu-se o princípio do estado de necessidade contra as consequências oriundas de um dano tão grave à mulher. O nosso legislador atendeu unicamente a razões de ordem ética e emocional, evitando-se, dessa maneira, a vergonha e a revolta da mulher violentada, que traria no filho a imagem de uma ofensa e de uma humilhação, testemunha da sua desgraça e da sua desonra.

Por outro lado, praticar técnicas de reprodução assistida sem o consentimento da mulher é fraude. Nota-se em tal ocorrência que no mínimo

há defeito de redação porque não está claro se está se tratando da prática fraudulenta ou da permissão sub-reptícia para a redução embrionária não admitida por alguns profissionais. É claro que já existe nas normas éticas do Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM nº 1.957/2010) no tocante ao imperioso respeito ao consentimento livre e esclarecido da mulher.

c) Se comprovada anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos.

O Supremo Tribunal Federal aprovou a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos - também chamada de antecipação terapêutica do parto - por sua maioria de votos, acompanhando o voto do Min.Marco Aurélio de Mello, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54. Entre outros, disse: “A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher (...). Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. (...) Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura”.

Antes desta decisão, em sentenças repetidas, alguns alvarás judiciais foram expedidos no sentido de favorecer a prática da interrupção seletiva da gravidez em casos de anencéfalos. Mesmo não suficiente para criarem uma jurisprudência, funcionaram certamente como um precedente quando outros magistrados se pronunciaram em casos semelhantes em que a anomalia fetal fosse totalmente incompatível com a vida extrauterina.

O grande risco da posição do STF em favor desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) é que não se a utilize como atalho no sentido de inserir entre os casos de anencefalia problemas de desordens genéticas, por exemplo, ampliando-se aquela permissão para o chamado aborto eugênico, que nada tem a ver com a decisão tomada por aquela Suprema Corte para os casos decididamente comprovados de anencefalia,

Aquela decisão torna-se menos criticável quando se sabe que estas crianças, ainda que assegurada toda assistência, não apresentam condições para sobreviverem por tempo razoável. Mesmo que se reconheça que a anencefalia não figura entre as excludentes do artigo 128 do Código Penal brasileiro, pois não configura uma possibilidade de alto risco gestacional, há uma plena certeza de uma vida que não vai continuar. Por isso, em casos de

anencefalia não há dilema ético ou legal, existindo assim uma aquiescência quase absoluta pela interrupção da gravidez, em face de argumentos eminentemente técnicos de sobrevivência e não de qualidade de vida. Por outro lado, não seria justo exigir de uma mãe o sacrifício de uma gravidez que terminará com numa criança sem nenhuma chance de sobreviver.

Quando se trata da questão de “o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos”, além de permitir a introdução de termos como “vida independente” não fala da necessidade de critérios e comprovação por exames complementares e atestados médicos. Pressente-se a reativação do projeto do aborto eugênico tão defendido pelos tribunais paralelos da eugenia que agem às ocultas no “controle de qualidade dos bebês” e que descartam “fetos de má qualidade” ou “fora de padrão”. Além disso, a questão da definição das situações de risco ou perigo ser comprovada “por dois médicos especialistas, que permitam legalmente a interrupção da gravidez” não modifica em nada os fundamentos da permissibilidade da prática abortiva, até porque os pacientes já gozam a muito tempo do direito à segunda consulta, com a vantagem de poderem escolher especialistas de áreas correlatas.

A verdade é que há muito, em outros climas, vem se ampliando mais e mais as indicações do aborto para evitar o nascimento de crianças defeituosas, baseadas no papel que a nova medicina deve desempenhar na sociedade, face os meios mais avançados da ciência e da tecnologia, e como forma de valorizar o indivíduo e democratizar as disponibilidades médicas. No entanto, é preciso dizer que estes fantásticos meios da biotecnologia hodierna devem ser colocados sempre em favor da vida e do bem-estar do ser humano, no seu direito mais inquestionável – o de nascer e existir, como está solenemente consagrado em todos os documentos onde a inspiração maior é o respeito à dignidade humana, como legítima conquista dos homens e das mulheres do mundo inteiro.

Entendo que o mais grave de tudo nesta discussão é quando se insinua entre outros o “critério de qualidade dos fetos”, possibilitando a interrupção seletiva de uma gravidez pela razão de o feto ou o embrião ter certas limitações físicas ou mentais e, por isso, uma reduzida capacidade de vida autônoma, como se alguém fosse obrigado a vir ao mundo em estado de perfeição.

O argumento que pretende justificar o direito de abortar quando uma mulher apresenta ou supõe apresentar uma má-formação de um filho que vai nascer, é o mesmo que poderia garantir a outra gestante que não pôde ou não teve oportunidade de realizar exames pré-natais, o direito de ser

contemplada mais adiante com uma legislação que permitisse praticar impunemente o infanticídio ou a eutanásia neonatal.

O fato de ser o aborto uma prática difundida, mesmo ao arrepio da lei, não justifica, pura e simplesmente, sua legalização, pois as leis têm sempre, além de sua ação punitiva, o caráter educativo e purificador. Seria um risco muito grande excluir da proteção legal o direito à vida de seres humanos frágeis e indefesos, o que contraria os princípios aplaudidos e consagrados nos direitos humanos. A vida é um bem tão intangível que é supérfluo dizer que está protegida pela Constituição Federal, pois como bem mais fundamental ela transcende e excede todos os seus dispositivos. É a partir da vida que emergem todas as necessidades de legislar. E quando excepcionalmente se admite, em caráter mais que desesperado, é sempre em defesa irrefutável da própria vida, como na legítima defesa, no estado de necessidade e no estrito cumprimento do dever legal.

Seria um risco muito grande excluir da proteção legal o direito à vida de seres humanos frágeis e indefesos, o que contraria os princípios aplaudidos e consagrados nos direitos humanos. A vida é um bem tão intangível que é supérfluo dizer que está protegida pela Constituição Federal, pois como bem mais fundamental ela transcende e excede todos os seus dispositivos. É a partir da vida que emergem todas as necessidades de legislar. E quando excepcionalmente se admite um ato contra ela, em caráter mais que desesperado, é sempre em defesa irrefutável da própria vida, como na legítima defesa, no estado de necessidade e no estrito cumprimento do dever legal.

Ninguém jamais pode negar o desejo de que todas as crianças nasçam saudáveis e perfeitas. Ninguém pode também menosprezar a aflição e as dificuldades dos pais de crianças malformadas. No entanto, isso por mais pungente que seja não autoriza ninguém, muito menos os que não vivem tal sofrimento, a retirar desses seres o direito à vida. O ser humano não pode ser julgado, na avaliação de sua existência, pela "plenitude de vida e independência sócio-econômica", nem muito menos pelo fulgor de uma inteligência privilegiada ou pela formosura de seus traços físicos, porque ele não foi proposto para torneios e disputas, mas para realizar o destino de criatura humana.

Se alguém tem pensamento contrário e admite que vai contribuir com um mundo melhor agindo opostamente, está enganado. Vai, no mínimo, incutir o egoísmo, saciar a insensibilidade e promover a discriminação. Não é pelo fato da existência de uma má-formação fetal que o aborto deixaria de constituir uma ofensa à vida e à dignidade humana. De qualquer forma que

tenha nascido o ser humano, é homem, é sujeito de direito, tem lugar garantido como personalidade jurídica.

Qualquer que seja o estágio da ciência, qualquer que seja o avanço da biotecnocracia, que tudo quer saber e tudo explicar, não existe argumento capaz de justificar a disposição incondicional sobre a vida de um ser humano, propondo sua destruição com base em justificativas que se sustentem na “relação custo-benefício”, pois essa vida é intangível e inalienável. Só assim estaremos ajudando a nos salvar. Esta é a forma de reencontrarmos o caminho de volta a nós próprios, em espírito e em liberdade.

d) Se por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições de arcar com a maternidade.

Além de muito pretensiosa e vaga tal sugestão, pouco falta para a instituição do chamado “aborto livre” hoje aceito em outros climas com qualquer justificativa e até sem justificativa alguma. Certamente será o próximo passo.

A expressão “não apresenta condições de arcar com a maternidade” vai além da imaginação pelo seu conceito tão amplo e subjetivo, levando o aborto, em tese, a ser praticado indiretamente em qualquer situação.

Certamente alguém na esteira do entendimento do anteprojeto aqui analisado vai propor a interrupção de uma gravidez por motivos econômicos ou sociais. Isto seria um triste sinal de insensibilidade e desvalorização da vida, um atestado insofismável de dizer que não se tem condições de resolver os problemas das mulheres desarrimadas - já que se fala tanta das mulheres pobres, com medidas de ordem social capaz de dar-lhes condições de criar seus filhos. Enfim, o que se quer é "democratizar o aborto".

Pensar também que, ao legalizar o aborto, estaríamos concorrendo para evitar o aborto criminoso é simplesmente uma ilusão. O aborto delituoso tem suas raízes com mais frequência em fenômenos psicológicos e morais. Nos abortários do governo estariam sendo atendidas aquelas cuja gravidez não pesasse sobre sua honra. As outras, de gravidezes indesejadas, prefeririam sempre uma intervenção não controlada e secreta. Não admitiriam expor seus motivos diante de uma comissão ou de uma junta médica. Jamais aceitariam figurar em registros e documentos oficiais. É ilusão pensar que a legalização do aborto acaba com o abortamento criminoso porque é um ato que se procura esconder. Assim, as gravidezes ilegítimas dificilmente recorreriam às soluções legais.

Para diminuir o aborto provocado, entre outras coisas faz-se necessária a criação de uma nova consciência no sentido de abolir o falso preconceito contra a maternidade intangível, aceitando-se sem restrições a mãe solteira e amparando-se indiscriminadamente esse filho, sem as discriminações cruéis ditadas pela sociedade.

O fato de ser o aborto uma prática difundida, mesmo ao arrepio da lei, não justifica, pura e simplesmente, sua legalização, pois as leis têm sempre, além de sua ação punitiva, o caráter educativo e purificador. Seria um risco muito grande excluir da proteção legal o direito à vida de seres humanos frágeis e indefesos, o que contraria os princípios aplaudidos e consagrados nos direitos humanos

Finalmente, chegou o momento de se entender que o aborto é um fenômeno coletivo porque tem na sua origem e nas suas consequências um problema social. É um fato político e não pode ser resolvido apenas com a inclusão de um ou outro dispositivo no Código Penal. Para alcançar esse objetivo impõe-se que ele se traduza numa conquista da população que deve lutar pela mudança de suas condições sociais e econômicas.