

Fernanda Freixinho



Questão de Justiça

ff@freixinho.adv.br

Aborto em caso de anencefalia

Falar sobre aborto no Brasil sempre constituiu um verdadeiro tabu que enseja discussões acaloradas. Em diversas ocasiões o debate sobre a descriminalização da conduta vem à tona. Contudo, no presente momento o Código Penal ainda o considera crime. Todavia, o mesmo Código Penal de 1940 estabelece situações onde legalmente poderá o aborto ser realizado. Entretanto, nos últimos anos há um crescente clamor pela ampliação das hipóteses permissivas, em especial para abranger o caso dos anencéfalos.

A anencefalia é decorrente de uma falha na formação do tubo neural resultando na ausência de grande parte do cérebro, crânio e couro cabeludo. O bebê nessas condições pode até nascer com vida, contudo jamais alcançará vida consciente e, em geral, vem a falecer logo após o parto. Há casos comprovados de bebês que sobrevivem alguns anos, contudo dificilmente se pode falar em vida consciente. A situação desses sobreviventes é de vida vegetativa permanente. Ademais, esse tipo de gestação em muitos casos causa perigo de vida à gestante e um sofrimento absurdo, tendo em vista que a mesma se encontra na situação de ficar durante nove meses preparando o funeral do próprio filho.

Destaque-se que no atual estágio da ciência médica a anencefalia é uma anomalia irreversível, sem qualquer perspectiva de cura. Existem diversos argumentos a favor e contra o aborto na situação em questão, tendo sido levados ao máximo Tribunal do país, por meio de ADPF (Ação de descumprimento de preceito fundamental) e depois de longos anos de espera houve manifestação final.

O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator Ministro Marco Aurélio julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que a julgavam improcedente.

Diversos foram os argumentos invocados, processuais, constitucionais, além da dificuldade de diagnóstico claro e preciso. Foram levantados os princípios da proporcionalidade e até mesmo que submeter a gestante a tal tipo de sofrimento seria equivalente à tortura. A necessidade de proteção da saúde física e psíquica da gestante também foi colocada na balança.

Nessa perspectiva, o voto do ministro Fux é muito preciso ao asseverar a necessidade de uma leitura moral da constituição, tal qual proposta por Dworkin. No caso em questão, os interesses em jogo devem ser postos na balança, estando claramente presente um estado de necessidade justificante. Nestes termos é necessária uma releitura do art. 128 do CP. Destaque-se que a omissão legislativa justifica-se pelo fato de que à época da previsão legal, não existiam os métodos de diagnóstico de anencefalia durante a gestação.

Destaque-se que o anteprojeto do novo Código Penal inclui mais uma hipótese de aborto quando há fundada probabilidade de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.

Destaque-se também que a legislação penal em diversas ocasiões estabelece a possibilidade de perdão judicial como causa extintiva da punibilidade, quando o crime atinge o agente de maneira tão contundente que a punição torna-se desnecessária, o que seria a hipótese em debate, embora não tenha previsão legal expressa.

De toda sorte, o crime de aborto é de competência do júri popular, por ser doloso contra a vida, de modo que os jurados, como pessoas comuns do povo, são os que têm competência para decidir se o acusado deve ou não ser responsabilizado criminalmente, independente de qual tenha sido a causa do aborto. No entanto, no caso da anencefalia a decisão do Pretório Excelso por ter sido emitida na ADPF vincula os tribunais inferiores, ou seja, a conduta deixa de constituir crime, não havendo sequer julgamento sobre o caso.

Após a decisão do Supremo, o Conselho Federal de Medicina criou comissão para tornar claros os critérios do diagnóstico. O grupo de trabalho tem como objetivo evitar erros na detecção da má-formação, que ocorre em graus variados. Os critérios técnicos ainda serão definidos pela comissão, mas as regras dirão respeito à correta avaliação das imagens do exame de ultrassom. Nestes casos, o próprio obstetra determinará, caso seja a vontade da gestante, a possibilidade de aborto, sem a necessidade do aval de um neurologista.

Falar sobre aborto sempre constituiu um verdadeiro tabu. Há nos últimos anos

um crescente clamor pela ampliação das hipóteses permissivas do Código Penal, em especial para o caso dos anencéfalos