
Impropriedade do objeto: Aborto de feto anencéfalo é crime impossível

Nas últimas semanas, a população brasileira pode observar a movimentação pública e o turbilhão de informações e polêmicas, acerca do tema que seria, definitivamente, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, o direito da gestante em interromper a gravidez, nos casos de fetos anencefálicos.

Com argumentos aquilatados e espriados por diversos setores da sociedade civil, tivemos contato com argumentos embasados em princípios cristãos, sociais, políticos, médicos, mas, sobretudo, jurídicos. Aliás, não poderia ser diferente, posto que num Estado Democrático de Direito, este, deve se orientar pelo sistema jurídico. Espera-se de um sistema jurídico, ordem.

Foi no meio do *tsunami* de informações, crenças e descrenças que o Supremo Tribunal Federal se viu obrigado a dizer o direito, interpretando o texto legal, conforme a Constituição Federal.

Em nossa opinião, acertaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal que, diga-se de passagem, protagonizaram discussões jurídicas de altíssimo nível.

Ao final de dois dias de julgamento, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Ao interpretarem o texto normativo conforme a Constituição Federal, o STF conferiu às gestantes de fetos anencéfalos, o direito de interromper gravidez.

Inobstante as discussões jurídicas que se travaram, dando-se destaque para a causa de exclusão da culpabilidade, no caso apontada a inexigibilidade de conduta diversa, a dignidade da gestante enquanto pessoa humana, os direitos de personalidade da gestante, no que se refere ao direito ao corpo vivo da gestante, o fato é que o nosso posicionamento (simplista talvez), analisava a questão apenas sob o da tipicidade penal.

Apesar de entendermos superada a questão, nossa posição era apoiada na Teoria do Crime Impossível, orientando que a conduta de abortamento de feto anencéfalo, se tratava de crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto. Vejamos.

Antecipação do parto

Sem entrar no mérito das mais variadas vertentes doutrinárias, jurisprudenciais, filosóficas, políticas, sociais, etc., defendemos a tese de que o aborto de feto anencéfalo, trata-se de crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto material. Fato atípico, portanto. Aliás, não é por outro motivo que preferimos a expressão, “antecipação do parto” do feto anencéfalo, ao invés da expressão, “aborto”, nestes casos.

Antes de criar qualquer sorte de polêmica, explicamos aos leitores que o nosso posicionamento é decorrente de uma análise técnica sobre a tipicidade penal. Logo abaixo, traçamos algumas considerações sobre o crime de aborto, o seu bem jurídico tutelado e fracionamos o raciocínio em etapas até chegar a conclusão supracitada. Vejamos:

Conceito de vida

O que é a vida? A vida é a posição jurídica, é o pressuposto lógico e imprescindível para que a dignidade da pessoa humana se materialize. Trata-se a vida, do pressuposto biológico para que a dignidade da pessoa humana se materialize de forma direta, imediata e autônoma.

O Código Penal se preocupou em proteger tanto a vida intrauterina quanto a vida extrauterina.

A vida intrauterina tem início a partir da chamada nidação que ocorre com a fixação do óvulo no útero. Abrindo um pequeno parênteses, destacamos que a utilização das denominadas, "pílulas do dia seguinte", não configuram o crime de aborto, pois no momento em que as mulheres as ingerem, ainda não houve a nidação. A tutela penal da vida intrauterina é feita pelos crimes de aborto (interrupção da gravidez, com a morte do feto ou do embrião). Crimes de aborto previstos no Código Penal: a) Aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento (artigo 124); b) Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (artigo 125); c) Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (artigo 126).

A partir do início do parto, tem início a vida extrauterina. O parto normal inicia-se com a dilatação do colo do útero, preparando-se para a expulsão do feto, enquanto que a cesariana, tem início com o rompimento da membrana amniótica. A vida extrauterina é tutelada pelos crimes de: a) homicídio; b) participação em suicídio; c) infanticídio.

Conceito de morte médico-legal

Vejamos agora o conceito jurídico ou médico-legal de morte. O conceito de morte é fornecido pelo artigo 3º da Lei 9.434/97, a Lei dos Transplantes de Órgãos, logo, a morte se dá com a paralisação das atividades cerebrais (diagnóstico de morte encefálica).

Excludentes de ilicitude do crime de aborto: são duas as excludentes, conforme se vê do artigo 128 do CP:

I) Aborto Necessário (ou Terapêutico): É aquele em que a gestante está em risco de vida. Trata-se nitidamente um caso de estado de necessidade. Prescinde de autorização judicial. Prescinde de autorização da vítima. Requisitos para o aborto necessário (ou terapêutico): a) risco de morte da gestante; b) inexistência de outro meio de salvá-la; c) ser praticado por médico.

II) Aborto Sentimental (ou Humanitário ou Ético): É aquele autorizado quando a gravidez resulta de estupro. Prescinde de autorização judicial, mas recomenda-se que o médico, dentro do possível, se certifique da ocorrência do crime sexual. Para que o médico possa fazer o aborto sentimental, é imprescindível que a gestante ou os seus representantes legais (se a gestante for menor de idade) o autorizem. Requisitos para o aborto sentimental (ou humanitário ou ético): a) ser praticado por médico;

b) autorização da gestante ou de seu representante legal; c) a gravidez ser resultante de estupro.

Crime impossível

Ainda que o aborto do feto anencéfalo seja bastante polêmico, prevalece o entendimento de que se trata de crime. Não concordamos com este posicionamento. Senão vejamos.

O aborto do feto anencefálico (feto sem cérebro) é um exemplo de aborto eugênico. O aborto eugênico não faz parte do rol dos abortos permitidos no artigo 128 do CP. Deste modo, teoricamente, esta modalidade de aborto é crime.

Como dissemos acima, hodiernamente, a corrente majoritária é no sentido de que o aborto eugênico trata-se de crime, vez que não há previsão legal para a sua realização.

Há também quem entenda que em se tratando de aborto de feto anencéfalo, o fato seria típico, ilícito, mas não culpável, em virtude da presença de uma causa excludente da culpabilidade, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa. A gestante estará isenta de pena. Como exigir da gestante que aborta um feto anencéfalo, uma conduta diversa?

Filiamo-nos a uma terceira corrente. Explicamos: na realidade, o aborte de feto anencéfalo trata-se de crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, uma vez que, sem cérebro, não há como ocorrer morte (conceito de morte pela Lei de Transplante de Órgãos). Veja: se não há cérebro, não há como ocorrer a morte jurídica (ou médico-legal) de alguém. Logo, o fato é atípico.

De fato, no dia 12 de abril, o Supremo Tribunal Federal enfrentou com maestria a polêmica ao redor do fato e, precipuamente, conferiu à mulher brasileira, o direito de não ser molestada na sua esfera de decisão pessoal. Ganhou, a Democracia.

“Todos nós temos o direito de buscar a felicidade (*pursuit of happiness*), como consectário da dignidade da pessoa humana, e o Estado deve nos auxiliar, mas jamais atrapalhar ou embaraçar esse nosso intento humano, posto que natural, supremo e intangível”.

Date Created

19/04/2012