

Deve-se evitar o aborto seletivo por anomalia fetal e tomar medidas para: a) impedir o nascimento de anormais por meio de controle genético e orientação dos casais através de exames pré-nupciais; b) conscientizar a gestante dos males do aborto e preparar psicologicamente os pais para o rude golpe de ter um filho deficiente físico ou mental; c) fazer com que o ônus do portador de uma anomalia recaia sobre o Estado e não sobre a família; e d) obrigar os planos de assistência médica e seguros-saúde a fornecer cobertura em casos de anomalia congênita ou de moléstia hereditária, física ou psíquica⁵⁷.

2.b.6) Aborto legal

Haveria no Brasil aborto legal?

A resposta a essa questão liga-se à exegese do art. 128 do Código Penal, que assim prescreve:

“Não se pune o aborto praticado por médico:

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

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

Há quem entenda que tal artigo, ao dispor que *não se pune* o aborto feito por médico para salvar a vida da gestante ou quando a gestação for resultante de estupro, não está descriminalizando o abortamento nessas hipóteses excepcionais, mas sim despenalizando-o. Não há pena sem crime, mas pode haver crime sem pena, ante o disposto nos arts. 23, 121, § 5º, e 181 do Código Penal. Trata-se de isenção de pena, escusa absolutória ou perdão legislativo, em que a lei, por motivo de política criminal, afasta a punibilidade. A ausência de punição não retira o caráter delituoso do fato, tanto que, se um particular vier a fazer um abortamento para salvar a vida da gestante ou porque ela foi estuprada, crime haverá e, ainda, a aplicação de

57. Vide Thomas Rafael Gollop, Aborto por anomalia fetal, *Bioética*, cit., p. 70.

uma pena. Crime é uma coisa e pena, outra. Deveras, Néelson Hungria⁵⁸ pondera: “a ilicitude penal de um fato não deriva da *sanctio*, mas do *praeceptum* da norma penal. No preceito é que se encerra o juízo de reprovação, que inspira o legislador na incriminação de tal ou qual fato. O preceito é um *prius* em relação à sanção, de sorte que, quando por uma questão de necessidade ou oportunidade (e não pelo fato em si mesmo), é suprimida, no caso concreto, a sanção, não desaparecendo a ilicitude penal do fato”.

O art. 128, I e II, do Código Penal está apenas autorizando o órgão judicante a não punir o crime configurado, por eximir da sanção o médico que efetuar prática abortiva para salvar a vida da gestante ou para interromper gestação resultante do estupro. Tal isenção não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime. Sem embargo dessa *opinio*, há quem ache que o art. 128 é uma hipótese de exclusão de antijuridicidade, por conter uma espécie de estado de necessidade ou legítima defesa (CP, art. 23, I e II), ou seja, uma situação eventual, imprevista e não provocada pelo agente. Todavia, pela interpretação desse artigo, fácil é perceber que não se ajusta aos caracteres das excludentes de antijuridicidade. Se assim é, no Brasil não há nem poderia haver aborto “legal”, ante o princípio constitucional do direito ao respeito à vida humana, consagrado em cláusula pétrea (CF, art. 5º). Portanto, se o art. 128 do Código Penal estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação advinda de estupro, estaria eivado de inconstitucionalidade, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária, não poderia abrir exceção ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988. É indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito⁵⁹.

58. Néelson Hungria, *Novas questões jurídico-penais*, 1946, p. 103. No mesmo teor de idéias, Paulo de Tarso Machado Brandão, A farsa do aborto legal, conferência proferida no Espaço Cultural da Câmara dos Deputados, Brasília, em 24-9-1997; Paulo Eduardo Razuk, Direito de abortar?, *Tribuna da Magistratura*, nov./dez. 1997, p. 280. Gestante HIV positiva não tem direito de interromper a gravidez indesejada, alegando riscos para sua saúde ou de infecção do feto (Resolução CRMSP 95/2000).

59. Vide Walter Moraes, O problema da autorização judicial para o aborto, conferência proferida no II Simpósio Nacional de Direito Natural, em 23-11-1985, no Centro de Estudos de Extensão Universitária de São Paulo; Magalhães Noronha, *Direito penal*, cit., p. 71.