

INTRODUÇÃO

O direito constitucional ao livre planejamento familiar baseia-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo livre decisão de cada pessoa (casada ou não¹), competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, de acordo com o art. 226 da Constituição da República (CRFB).

Contudo, não raramente o homem e a mulher encontram óbices à concretização do seu desejo de se tornarem pai ou mãe, que os levam a procurar meios artificiais de reprodução.

As técnicas de reprodução humana assistida (RHA) surgem, portanto, como instrumento de efetivação do direito ao livre planejamento familiar, bem como, do sonho da parentalidade (aqui compreendidas a maternidade e a paternidade).

Todavia, os procedimentos médicos de reprodução humana assistida podem trazer inúmeras consequências e desdobramentos, dentre os quais a possibilidade de ocorrência da gravidez múltipla – que aumenta os riscos inerentes à gravidez - e a utilização da técnica de redução embrionária que, de forma bastante simplista, é a retirada dos embriões que se desenvolveram a mais no útero materno.

Entretanto, tal prática, quando analisada pelo prisma do Direito Penal, mostra-se fato típico, consistindo no crime de aborto.

Resta, contudo, analisar as circunstâncias que levam à prática de referido fato para que se possa determinar se se trata, eventualmente, de alguma excludente de ilicitude, bem como, para delimitação do(s) sujeito(s) ativo(s) em cada hipótese de redução embrionária: quando foram respeitadas as determinações do Conselho Federal de Medicina, quando não foram; quando há ciência e consentimento da gestante e quando não há.

1 GRAVIDEZ MÚLTIPLA E REDUÇÃO EMBRIONÁRIA

A Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que regula as técnicas de reprodução humana assistida no Brasil, estabelece que “as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução os problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.”²

As duas principais técnicas de reprodução assistida são a inseminação artificial (apenas o gameta masculino é manipulado extracorporeamente, ocorrendo a fecundação do óvulo

¹ Há autores que defendem que apenas casais podem fazer uso das técnicas de RA (NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. **Adoção embrionária**. Curitiba: CRV, 2012; SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010) (N. da A.)

² BRASIL. RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017 - Normas éticas na reprodução assistida. Diário Oficial da União de 10.11.2017, Brasília, DF.

dentro do corpo feminino) e a fertilização *in vitro* (quando ambos os gametas são manipulados fora do corpo humano, e a fecundação ocorre em laboratório, para somente depois serem os embriões introduzidos no útero materno).

Ocorre a gestação múltipla quando há o desenvolvimento de mais de um embrião no útero materno. Isso pode se dar tanto na gestação oriunda de inseminação artificial quanto na decorrente da fertilização *in vitro*. Todavia, existem alguns aspectos que devem ser apontados.

Com relação à **inseminação artificial**, como a fecundação do óvulo pelo espermatozoide ocorre de forma natural, dentro do corpo da mulher, não se tem controle de quantos óvulos serão fecundados. Assim, pode ocorrer a fecundação de mais de um óvulo, ou, a divisão de um único zigoto em dois. Em ambos os casos estar-se-á diante da gravidez múltipla.

Na **fertilização *in vitro***, a fecundação ocorre em laboratório, de maneira que é possível maior controle da gestação. Somente serão introduzidos no útero da mulher os embriões selecionados. Dessa forma, se for implantado elevado número de embriões, aumenta-se a chance de gravidez múltipla. Há, ainda, o risco da divisão de um único embrião em dois.

Assim delineadas as causas que levam à gravidez múltipla, que podem ter caráter natural ou não, passa-se à análise da redução embrionária, enquanto procedimento que “soluciona” a gestação múltipla.

1.1 O procedimento de redução embrionária

A redução embrionária, a grosso modo, consiste na eliminação dos embriões que se desenvolveram a mais no útero materno. Entretanto, necessário mencionar que tal procedimento é proibido no Brasil, pela Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.³

Para realização do procedimento da redução embrionária (RE) existem alguns critérios e detalhes a serem observados.

A redução é feita entre a 11^a e a 12^a semana de gravidez; pois antes da 11^a semana não se tem condição de fazer testes para saber se algum embrião apresenta anomalias, cujo fator, segundo médicos, justifica em primazia a redução. Depois, verifica-se a localização e o acesso aos óvulos fecundados (os embriões mais próximos serão eliminados) e, por fim, uma eventual preferência dos pais pelo sexo do filho.⁴

Embora se fale em redução embrionária como a retirada dos embriões excedentes, o que se verifica, na prática, durante o procedimento, é que não existe em verdade uma

³ BRASIL. RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017 - Normas éticas na reprodução assistida. Diário Oficial da União de 10.11.2017, Brasília, DF.

⁴SNA SAÚDE. **Polêmica** **cerca** **redução** **embrionária**. Disponível em: <<http://sna.saude.gov.br/imprimir.cfm?id=411>> Acesso em: 25 mar. 2019.

“eliminação” ou “retirada” desses embriões, mas sim uma absorção.

O procedimento da RE é feito com a introdução de uma agulha, que injeta uma solução de potássio no coração primitivo do embrião, causando uma parada cardíaca. Não é necessário fazer raspagem, pois o material é absorvido pelo próprio útero, antes da 12ª semana de gravidez.⁵ Desta forma, a redução embrionária visa manter apenas um embrião no útero da mulher, pondo fim à gestação múltipla.

Em que pese seja prática proibida pelo Conselho Federal de Medicina, trata-se apenas de determinação administrativa a ser observada pelo médico, não havendo tratamento legislativo para tal prática, ou sanções jurídicas a serem impostas em caso de inobservância, conforme detalhar-se-á a seguir.

1.2 Aparato legislativo

Apesar de existirem há muitos anos, e terem se popularizado na década de 70, o aparato jurídico sobre o tema é apenas exígua delimitação geral, baseada em princípios bastante abstratos, bem como, em regulamentações de ordem ética, do Conselho Federal de Medicina.

A **Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)** não aborda, de forma direta, questões ligadas às técnicas de reprodução humana assistida, nem à redução embrionária. Contudo, dá *status* de direito fundamental à liberdade de atividade científica (artigo 5º, IX) e ao livre planejamento familiar; estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III) e garante o direito à vida e à liberdade.

O **Código Civil (CC)** limita-se a tratar da inseminação artificial no capítulo destinado à filiação e à presunção de paternidade (artigo 1.597). Entretanto, é dele que se retira o substrato para fundamentar a proteção jurídica do embrião no âmbito cível, pois seu artigo 2º estabelece que a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida, pondo a salvo, contudo, os direitos do nascituro desde a concepção. Desta forma, apesar de não ser sujeito de direito e não possuir, portanto, personalidade jurídica, ao embrião/feto já são atribuídos alguns direitos, dentre os quais, o direito de nascer e de uma gestação saudável e digna.⁶

O **Código Penal**, conforme já explanado, tutela a vida intra e extrauterina, através das tipificações de aborto (artigos 124 a 126) e homicídio (artigo 121), objetivando a proteção do bem jurídico vida, constitucionalmente elevado a direito fundamental.

⁵ SNA SAÚDE. **Polêmica cerca redução embrionária.** Disponível em: <<http://sna.saude.gov.br/imprimir.cfm?id=411>> Acesso em: 25 mar. 2019.

⁶ DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro. V. 1: teoria geral do direito civil. 23. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 191-195.

Cumpra analisar, em tópico apartado, se o procedimento de redução embrionária pode ser entendido como forma de aborto, e em caso positivo, quais suas especificidades, se houve a anuência da gestante ou não (importante para determinar qual tipo penal incidirá no caso, e quais serão os sujeitos ativos do crime), se é possível a existência de alguma excludente de ilicitude, etc.

Oportuno mencionar, ainda, que com relação aos pré-embriões⁷ utilizados em pesquisas ou nas técnicas de reprodução humana assistida, tanto o Código Civil quanto o Código Penal silenciam. Desta forma, caso não haja a implantação no útero dos embriões criados em laboratório, há uma lacuna jurídica com relação à proteção destes embriões: na área cível, inúmeras discussões são travadas, pois a proteção é dada desde a concepção, fato que no caso em apreço já ocorreu, ainda que fora do corpo da mulher.

Na seara Penal, pacífico é que não se trata de aborto, uma vez que não há sequer gestação; contudo, questiona-se se há algum outro tipo de proteção, pois se trata de um ser da espécie humana, em seus primeiros estágios de desenvolvimento biológico.

Ney Moura Teles, ao se posicionar sobre o tema, estabelece que antes da nidação⁸ não existe vida humana intrauterina, pois não há individualização do ser. Contudo, ressalva: “isso não significa, entretanto, que o material genético humano ou suas células germinais sejam considerados uma coisa e fora do alcance penal. O que se disse é que o pré-embrião não é alcançado pelas figuras típicas de aborto.”⁹

A proteção jurídica do pré-embrião seria dada, portanto, através da **Lei de Biossegurança**, ao estabelecer normas para a utilização da engenharia genética que define como crime a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto ou embrião humano (artigo 25 da Lei).

Observa-se que todo o aparato legislativo supracitado não regula, de forma direta, as técnicas de reprodução assistida e suas consequências, sendo estabelecidos tão somente princípios e direitos que devem ser protegidos, e, de maneira bastante abstrata, subsídios para análise legal e bioética destas técnicas.

Normas específicas que regulam as técnicas de reprodução humana assistida e seus

⁷ Utiliza-se o termo “pré-embrião” apenas para diferenciação entre o embrião não implantado no útero, e aquele já implantado. (N. da A.)

⁸ Nidação: "Formação de ninho, implantação de ovo na mucosa uterina, nidificação". A nidação ocorre quando o óvulo fecundado, em seus primeiros estágios de desenvolvimento embrionário, fixa-se na parede uterina. (DICIONÁRIO Médico. **Nidação.** Disponível em: <<http://www.dicionariomédico.com/nida%C3%A7%C3%A3o.html>> Acesso em: 04 abr. 2019.)

⁹ TELES, Ney Moura. **Direito penal:** parte especial: arts. 121 a 212, volume 2. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 131.

procedimentos são encontradas na **Resolução do CFM de nº. 2.168**, publicada em 10.11.2017 estabeleceu normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida.

Referido dispositivo legal estabelece critérios para realização das técnicas de RA tais como os de idade de quem utilizará as técnicas e os de quem doará material genético; o número de embriões que poderão ser gerados e/ou implantados no útero; a maneira que se dará a utilização de gametas ou embriões; as possíveis destinações dos embriões excedentários; doação temporária do útero; reprodução *post mortem*, dentre outros.

Porém, essa regulamentação trata apenas de questões médicas, dos procedimentos e seus requisitos e critérios, nada abordando com relação às consequências jurídicas da utilização da RA, tais como a questão da filiação, dos direitos sucessórios, da proteção do embrião, das consequências nas relações familiares, da redução embrionária, etc.

No que tange ao número de embriões a serem implantados, deverá ser resguardada a seguinte proporção do número de embriões e idade da mulher: a) mulheres com até 35 anos, poderão ser implantados até dois embriões; b) mulheres com idade entre 36 e 39 anos, até três embriões; e c) mulheres entre 40 e 50 anos, até quatro embriões.¹⁰

Proíbe-se a RE em qualquer circunstância, nos moldes do item I.8: “- Em caso de gravidez múltipla decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.”¹¹

2 O TIPO PENAL DE ABORTO

Em que pese a vida seja um bem fundamental do homem, a sua proteção penal constitui um interesse dividido do indivíduo e do Estado.¹² Isso porque a importância do bem justifica a preocupação do legislador que não se limitou a protegê-lo com a tipificação do homicídio, mas lhe reservou outras figuras delituosas como o aborto, o suicídio e o infanticídio, que apesar de suas particularidades, visam proteger o bem jurídico vida e punir quem lhe suprima.¹³

O Direito Penal protege a vida desde sua formação embrionária (com as ressalvas já apontadas com relação ao embrião não introduzido no útero materno), resultante da fusão dos gametas feminino e masculino. Assim, desde a concepção até o início do parto a eliminação da

¹⁰ BRASIL. RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017 - Normas éticas na reprodução assistida. **Diário Oficial da União de 10.11.2017**, Brasília, DF.

¹¹ *Ibidem*.

¹² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109.

vida tipifica o crime de aborto, pois, segundo Cezar Roberto Bitencourt: “[...] o ser evolutivo ainda não é uma criatura humana”¹⁴.

Uma vez iniciado o parto, qualquer conduta dirigida à supressão da vida já consistirá na tipificação do crime de homicídio.¹⁵ Todavia, se durante ou logo após o parto a própria mãe, sob a influência do estado puerperal, suprimir a vida do neonato, esta conduta consistirá no crime de infanticídio, modalidade *sui generis* de homicídio privilegiado.¹⁶

Também protegendo o bem jurídico vida, há a punição a quem induz, instiga ou auxilia outrem a suicidar-se.¹⁷ Ainda que o suicídio não seja, em si mesmo, punível, constitui fato antijurídico, pois ninguém tem direito sobre a vida (ainda que a sua própria), mas tão somente à vida, sendo, portanto, bem jurídico indisponível.¹⁸ Nesta esteira, o artigo 146, § 3º, II, do Código Penal prevê a possibilidade de se exercer coação contra quem tenta suicidar-se, em razão do fato de que a ninguém é dado o direito de dispor da própria vida.¹⁹

2.1 Conceito

Aborto é a “[...] interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina.”²⁰ Entende-se indiferente para o conceito de aborto e sua subsunção ao tipo penal o estágio de evolução do embrião/feto, bem como, o fato de haver ou não a expulsão do produto da concepção.

Neste sentido, Júlio F. Mirabete ensina que o aborto é a “interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas da gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão.”²¹

E continua, “o produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.”^{22 23}

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*. p. 109.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*. p. 109-110.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*. p. 110.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*. p. 113.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

²⁰ CAPEZ, Fernando. *Ibidem*. p. 129.

²¹ MIRABETE, Julio Fabrini.; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 2: Parte especial. Arts 121 a 234 do CP. 26 ed. red. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58.

²² MIRABETE, Julio Fabrini.; FABBRINI, Renato N. *Ibidem*. p. 58

²³ CAPEZ, Fernando. *Ibidem*. p. 129.

Observa-se, portanto, que havendo a interrupção intencional da gravidez, estar-se-á diante do crime de aborto, não importando em qual estágio da gestação se encontra e nem a destinação do produto da concepção, que poderá ser reabsorvido pelo corpo.²⁴

2.2 Modalidades de aborto

São três as formas de aborto tratadas pelo Código Penal nos artigos 124 a 126. O enquadramento em cada tipo específico dependerá, conforme se explanará, do autor do crime e da (in)existência do consentimento por parte da gestante.

O **artigo 124** do Código Penal trata do aborto provocado pela própria gestante (autoaborto) ou com o seu consentimento (aborto consentido); trata-se da tipificação de duas condutas por meio das quais a própria gestante interrompe sua gravidez, causando a morte do feto.²⁵

Em ambas as figuras trazidas por este artigo, está-se diante de crime de mão própria, pois somente a gestante pode realizá-lo.²⁶ Nada impede, contudo, a possibilidade de participação criminosa, como atividade acessória, quando houver a instigação, induzimento ou auxílio à prática do autoaborto.

Tanto no caso do autoaborto quanto do aborto consentido, a gestante responde pelo crime previsto no artigo 124. Nesta segunda modalidade, contudo, quem praticar o aborto consentido pela gestante, responderá pelo crime previsto no artigo 126 do CP.²⁷ Trata-se de exceção à Teoria Monística da Ação adotada pelo nosso Código Penal.²⁸

No autoaborto, a conduta típica consiste em provocar o aborto em si mesma; ao passo que no aborto consentido, a gestante pratica o crime ao consentir que outrem lhe provoque o aborto. Neste caso, são exigidos dois elementos para a configuração do crime: o consentimento da gestante e a execução do aborto por terceiro.²⁹

A forma de aborto tipificada no **artigo 125** do Código Penal é aquela provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante.³⁰ Trata-se da forma mais gravosa do delito de aborto (pena — reclusão de 3 a 10 anos), diferencia-se do autoaborto por ser praticado por terceiro, e

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 398.

²⁶ CAPEZ, Fernando. *Op cit.* p. 129.

²⁷ CAPEZ, Fernando. *Ibidem.* p. 136.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 401.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem.* p. 399.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem.* p. 402.

do aborto previsto no artigo 126, no qual há o consentimento da gestante.³¹

Não se faz necessário que haja a discordância expressa da gestante, basta a utilização de meios abortivos sem o seu conhecimento, por exemplo, o uso de substância abortiva na sua alimentação.³²

O aborto praticado por terceiro, com o consentimento da gestante (aborto consensual) – **artigo 126**, Código Penal – gera a incidência de duas figuras típicas, conforme acima aduzido; para a gestante, a aplicação do artigo 124, e para o terceiro que lhe provocou o aborto, o artigo 126.³³ É possível o concurso de pessoas, na hipótese em que há o auxílio àquele que está praticando o aborto.³⁴

Para a configuração deste delito, necessária a validade do consentimento; ou seja, faz-se preciso que a gestante tenha capacidade para consentir. Ainda, o consentimento deverá perdurar toda a execução do aborto, pois se houver a revogação por parte da gestante em momento prévio ou intermediário e o terceiro persistir na consecução do crime, haverá, para este, o cometimento do crime mais grave (aborto não consentido, art. 125, CP), e aquela não mais responderá por delito algum.³⁵

Por fim, cabe mencionar as formas majoradas do crime de aborto, previstas no **artigo 127** do Código Penal: a ocorrência de lesão grave, que aumenta a pena em um terço; e a ocorrência do resultado morte, situação na qual a pena é duplicada.³⁶

2.3 Sujeito passivo

Nas hipóteses de autoaborto, aborto consentido ou consensual (artigos 124 e 126, Código Penal), o sujeito passivo é o feto (aqui compreendidos ovo, embrião e feto³⁷), detentor desde a concepção dos direitos civis do nascituro (artigo 2º, código Civil).³⁸

No caso de aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante são dois os sujeitos passivos: o feto e a gestante, que teve sua incolumidade física e até mesmo a vida colocadas em risco.³⁹

³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 136.

³² CAPEZ, Fernando *Ibidem.* p. 137.

³³ CAPEZ, Fernando. *Ibidem.* p. 138-139.

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Ibidem.* p. 139.

³⁵ CAPEZ, Fernando. *Ibidem.* p. 139.

³⁶ CAPEZ, Fernando. *Ibidem.* p. 139.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 424.

³⁸ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 131-132.

³⁹ CAPEZ, Fernando. *Ibidem.* p. 132.

2.4 Sujeito ativo

Nas hipóteses previstas no artigo 124 (autoaborto e aborto consentido), por se tratar de crime de mão própria, apenas a gestante poderá ser sujeito ativo.⁴⁰

No aborto provocado por terceiro, havendo o consentimento da gestante ou não (artigos 125 e 126, CP), por se tratar de crime comum, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa.⁴¹

2.5 Elementos do tipo

O núcleo do tipo penal é provocar, que significa originar, dar causa ao aborto. Assim sendo, “a ação física deve ser realizada antes do parto, ou seja, deve visar o ovo, embrião ou feto, pois, iniciado o parto, o crime passa a ser outro (homicídio ou infanticídio).”⁴²

O crime pressupõe, portanto, a existência de uma gravidez em curso, sendo indispensável que o feto esteja vivo. Ainda, a “morte” do feto deve se dar em resultado direto das manobras abortivas.⁴³

Por se tratar de crime de ação livre, admite-se a provocação do aborto pelas mais diversas formas (meios químicos, como a ingestão de substâncias abortivas, por exemplo; meios psíquicos; e meios físicos, como a curetagem, aplicação de bolsas de água quente e fria, etc.), inclusive omissivas.⁴⁴

O elemento subjetivo do crime é o dolo, direto ou eventual.⁴⁵ No primeiro caso, há a vontade livre e consciente de interromper a gravidez; no segundo, assume-se o risco do resultado aborto.⁴⁶

Não há previsão da modalidade culposa do delito.⁴⁷

2.6 Excludentes de ilicitude – artigo 128, Código Penal

O Código Penal traz, em seu artigo 128, duas hipóteses de exclusão da ilicitude na prática do aborto: quando não há outro meio de salvar a vida da gestante – aborto necessário –

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 393.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem.* p. 393

⁴² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op cit.* p. 393

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 131.

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. *Ibidem.* p. 135.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op cit.* p. 405

⁴⁷ CAPEZ, Fernando *Op cit.* p. 135.

e quando a gravidez resulta de estupro e há o consentimento da gestante – aborto humanitário.⁴⁸

Observa-se, da redação do referido artigo, que ambas as práticas trazidas em seus incisos são crimes, contudo, não serão punidos os abortos praticados por médicos, nestas circunstâncias.⁴⁹

O aborto necessário ou terapêutico, previsto no inciso I do referido artigo, trata da “[...] interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la.”⁵⁰

Trata-se de espécie de estado de necessidade, sem haver, contudo, a exigência de que o perigo de vida seja atual. Observa-se, portanto, que havendo a colisão entre dois bens jurídicos (vida do feto e da gestante – ambos se encontram em perigo e a vida da genitora depende da destruição da vida do feto), houve a opção legislativa pela preservação do bem maior.⁵¹

A partir de um raciocínio de proporcionalidade, optou-se em preservar a vida da mãe em detrimento do bem menor que é a vida de um ser que sequer foi totalmente formado. Entendeu-se não ser razoável o sacrifício da vida de ambos face à possibilidade da preservação de uma das vidas, ainda que isso exigisse a destruição da vida do feto.

Para a configuração do aborto necessário, devem estar presentes os dois requisitos legais: o perigo de vida da gestante e a inexistência de outro meio para salvá-la. Com relação ao primeiro requisito, oportuno apontar que o iminente perigo deve ser à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à sua saúde, ainda que muito grave.⁵²

O aborto sentimental, humanitário ou ético, por sua vez, é aquele “realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro.”⁵³ Embasa-se no fato de que “o Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vaginal violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar.”⁵⁴

O Código Penal não estabelece prazo para que a gestante faça a opção pela realização do aborto sentimental.⁵⁵

Para autorização do aborto humanitário são requisitos necessários: a gravidez resultante do estupro; e o prévio consentimento da gestante (que não é necessário no aborto

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 412-413.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*. p. 413.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 142.

⁵¹ CAPEZ, Fernando. *Ibidem*. p. 142.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 414.

⁵³ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 143.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. *Ibidem*. p. 132.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 416.

terapêutico), ou diante de sua incapacidade, de seu representante legal.⁵⁶

Não há exigência legal de autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime de estupro para que seja realizado o aborto sentimental. Todavia, faz-se necessária prova cabal do atentado sexual⁵⁷ bem como do consentimento.

Além dessas duas formas de aborto, discute-se uma terceira modalidade de excludente de ilicitude: o **aborto de feto anencéfalo ou anencefálico**.

Atualmente, em que pese não haja previsão legislativa, há a possibilidade criada pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF 54)⁵⁸ de que diante do diagnóstico de anencefalia, seja realizado o aborto.

No caso em apreço, parte da doutrina entende que sequer há crime, face a inexistência do bem jurídico vida⁵⁹, questionando-se, também, o sujeito passivo⁶⁰ deste suposto crime:

No entanto, *a antecipação consentida do parto* na hipótese de comprovada gravidez de feto anencéfalo não afeta nenhum desses bens jurídicos que a ordem constitucional protege. Na hipótese de gestação de feto anencéfalo **não há vida viável em formação**. Em outros termos, falta o suporte fático-jurídico, qual seja, a potencial vida humana a ser protegida, esvaziando-se o conteúdo material que fundamentaria a existência da norma protetiva.

[...] *Sujeito passivo*, no *autoaborto* e no *aborto consentido* (arts. 124 e 126), é o feto, ou, genericamente falando, o *produto da concepção*, que engloba óvulo, embrião e feto. Na hipótese de *aborto anencefálico*, no entanto, o *feto* não incorpora a condição de *sujeito passivo*, por faltarem-lhe as condições fisiológicas que lhe permitam tornar-se um dia pessoa, não passando de um produto patológico sem qualquer possibilidade de vida. Na verdade, somente o feto que apresente potencial capacidade de tornar-se pessoa pode ser *sujeito passivo* do crime de aborto. (grifou-se)⁶¹

Diante dos argumentos expostos, sobretudo da morte certa do feto, não parece razoável forçar a gestante a levar a gravidez até o fim, se esta assim não o deseja. Ademais, são inúmeros os riscos à saúde e à vida da mulher neste tipo de gestação.

Feitas estas considerações acerca do tipo penal de aborto, seus elementos e peculiaridades, possível perceber que, a princípio, sem análise casuística, a redução embrionária consiste em forma de aborto tipificado em nosso ordenamento jurídico, fazendo-se necessária análise mais profunda e detalhada de suas especificidades.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 416.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*. p. 416.

⁵⁸ Decidiram, os ministros, que os médicos que realizam o aborto do feto anencéfalo, bem como as gestantes, não cometem qualquer espécie de crime. Isso porque, o feto não possui “potencialidade de vida”. Dessa forma, após a decisão do STF não se faz necessária decisão judicial que autorize a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, bastando o diagnóstico de anencefalia.

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 422.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*. p. 422-425.

3 REDUÇÃO EMBRIONÁRIA COMO FORMA ABORTO

Superados os estudos e conceituação do procedimento de redução embrionária e do tipo penal de aborto, percebe-se que o primeiro é espécie do segundo, posto que há adequação perfeita entre a RE e o conceito de aborto.

Assim sendo, considerando que a redução embrionária é forma de aborto, típica pelo Código Penal, faz-se necessário um estudo aprofundado acerca de suas circunstâncias para que se possa delimitar os sujeitos ativos, e, também, para a verificação do cabimento ou não de alguma excludente de ilicitude.

3.1 Redução embrionária como forma de aborto necessário

Inicialmente, imprescindível a distinção de duas situações: quando o médico seguiu todas as recomendações do Conselho Federal de Medicina, em especial, o respeito ao número de embriões implantados no útero da mulher; e quando o médico não o fez.

Esta distinção se mostra, de fato, necessária, pois caso o médico tenha obedecido as regras dos procedimentos de reprodução humana assistida, e, ainda assim, haja real risco para a vida da gestante, pode-se configurar aborto necessário que, conforme já explicitado, não é punível.

Todavia, para esta configuração, deve-se respeitar os requisitos do aborto necessário: perigo de vida para a gestante, sendo insuficiente risco à saúde, ainda que grave; e a inexistência de outro meio para salvá-la.⁶² Esse raciocínio, conforme previamente explanado, baseia-se na ponderação como técnica para resolução do conflito de direitos fundamentais.

Quando se trata de redução embrionária, há dois direitos fundamentais em colisão: a vida da gestante e a vida (ou o direito de nascer) do nascituro.

O direito à vida, enquanto direito fundamental, segundo alguns autores⁶³, precede os demais, pois se faz condição essencial à existência daqueles. Todavia, é cediço que entre os direitos fundamentais não há hierarquia.

O próprio direito à vida não é absoluto⁶⁴, sendo que, quando há colisão de dois direitos

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 414.

⁶³ Tais como TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 569 e MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 35.

⁶⁴ Diz-se que o direito à vida não é absoluto por haver, dentro da legislação nacional, situações nas quais tal direito é relativizado: a permissão de pena de morte em caso de guerra declarada (CF, artigo 5º, XLVII, a: Não haverá pena: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX.); e a possibilidade do aborto,

fundamentais, sendo um deles a vida (*versus* outro direito fundamental qualquer), este não prevalece, obrigatoriamente, sobre o outro. Faz-se preciso que se analise o caso concreto com suas particularidades e que se decida qual direito naquele caso específico irá prevalecer.

Desta forma, o que justificaria o sacrifício da vida em potencial de um nascituro em prol da vida da gestante é o fato de que, quando se analisa a fundo a questão, não há uma colisão de direitos absolutamente idênticos. O direito à vida da gestante trata-se verdadeiramente de tutelar a vida (plena) e não da tutela de uma vida em potencial, como no caso do nascituro.

É o direito à vida de um ser já existente *versus* o direito à vida de um ser ainda em formação. Então, por um critério de proporcionalidade, prevaleceria a vida já plena em detrimento daquela ainda em estágio embrionário.⁶⁵

Observa-se, nitidamente, a distinção entre a vida plena da gestante e a vida em potencial do embrião nos ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt, ao tratar do bem jurídico tutelado pelo tipo penal aborto: “o bem jurídico é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção – *feto ou embrião* – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida [...]”.⁶⁶

O mesmo autor explica, ainda, que quanto ao objeto tutelado, “não é a pessoa humana que se protege, mas a sua formação embrionária”.⁶⁷

Possível, portanto, que a prática da redução embrionária seja enquadrada como aborto necessário, naquelas situações em que houver risco de saúde para a gestante, a redução seja a única forma de salvar a vida da gestante e haja a observância, quando da fertilização *in vitro* das regras do Conselho Federal de Medicina.

Neste ponto, importante salientar que, como já exposto, na inseminação artificial não há controle de quantos embriões se desenvolverão, situação que, a princípio, permitiria a redução embrionária mais facilmente do que a fertilização *in vitro*, na qual deveria haver, obrigatoriamente, a comprovação do respeito ao número de embriões definido pelo CFM.

Assim sendo, além dos requisitos básicos do aborto necessário, este último requisito do respeito às normas técnicas do CFM torna-se indispensável, pois caso contrário, restaria desconfigurado o estado de necessidade que ampara a excludente de ilicitude que é o aborto

nos casos previstos no artigo 128 do Código Penal. (N. da A.)

⁶⁵ KUSMA, Tais Fernanda. **Novas tecnologias reprodutivas: colisão de direitos fundamentais face à técnica de redução embrionária.** In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 962-990. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c82fab8c8f89124>. Acesso em: 03. abr. 2019.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2:** parte especial: dos crimes contra a pessoa. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem, passim.*

necessário.

Isso porque o estado de necessidade, definido como “*colisão de bens jurídicos* de distinto valor, devendo um deles ser sacrificado em prol da preservação daquele que é reputado como mais valioso” (sem grifos no original)⁶⁸ apresenta os seguintes requisitos: a) existência de perigo atual e inevitável a algum direito próprio ou alheio (que no caso do aborto necessário não se faz necessário que seja atual, conforme já descrito); não provocação voluntária do perigo; inevitabilidade do perigo por outro meio; inexigibilidade do bem ameaçado; finalidade de salvar o bem do perigo; ausência de dever legal de enfrentar o perigo.⁶⁹

Logo, se não fossem respeitadas as determinações do CFM, haveria descumprimento dos requisitos de não provocação voluntária do perigo e da inevitabilidade do perigo por outro meio, uma vez que para que não houvesse a situação de perigo para a gestante bastaria simples cumprimento das normas técnicas.

Ademais, a redação do artigo 24 do Código Penal ao estabelecer o que é estado de necessidade retringindo-o à situação que o agente “não provocou por sua vontade”, abrange tanto o dolo direto quanto o eventual⁷⁰. Desta forma, ao desobedecer os critérios estabelecidos nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, assumiu-se o risco da produção da gestação múltipla que, sabidamente, gera riscos à gestante e ao feto.

Por outro lado, se respeitadas as normas do CFM, e ainda assim houver perigo real para a vida da gestante, e não existir outro meio de salvá-la, a redução embrionária mostra-se medida justificável, tratando-se de verdadeiro aborto necessário.

Contudo, outros dois pontos são dignos de nota. O primeiro, a necessidade de perigo real para a vida da gestante. O simples risco à saúde, mesmo que muito grave, não enseja a aplicação da excludente de ilicitude. Segundo, o fato de que, ao contrário do aborto necessário “comum”, a redução embrionária não iria por fim à gestação, mas tão somente ao desenvolvimento dos embriões excedentes. Assim sendo, em relação a um embrião escolhido, a gestação persistiria.

Este fato, a princípio, não descaracteriza o risco à gestante, bem como, não afasta o aborto necessário, uma vez presentes todos seus elementos, sobretudo a violação do bem jurídico – vida – de pelo menos um sujeito passivo – o feto que foi morto para dar fim à gestação múltipla, transformando-a em gestação simples.

Assim delineada a situação na qual há respeito pelas normas que regulam os

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 882.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*. p. 897.

⁷⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2011. p. 319.

procedimentos de reprodução humana assistida, ainda que proibida pelo Conselho Federal de Medicina a redução embrionária se mostra forma de aborto necessário, amparado por nosso ordenamento jurídico por configurar excludente de ilicitude.

Cumpra, contudo, analisar as demais hipóteses da redução embrionária, não abrangidas por este estado de necessidade e que são, portanto, figuras típicas e puníveis.

3.2 Redução embrionária não amparada pelo artigo 128, I, Código Penal

São inúmeras as razões que levam à opção pela redução embrionária. A maior parte delas, problemas de ordem médica que colocariam a gestação no *status* de gestação de risco.

Contudo, o simples risco à gestação, ou mesmo à saúde da gestante ou à vida de um dos fetos não se mostra suficiente, com base na doutrina penalista, à configuração do estado de necessidade necessária à exclusão da ilicitude do aborto necessário.

Desta forma, sendo realizada a redução embrionária em situação não amparada pelo artigo 128, I, do Código Penal, estar-se-á diante do crime de aborto, punível com as penas dos artigos 124, 125 e 126, do mesmo Código, a depender da situação concreta.

Primeiramente, importante ressaltar que o aborto não significa, necessariamente, colocar fim à gestação, mas sim, na destruição do produto da concepção. Desta forma, ainda que a gestação continue em relação a um dos embriões, o fato de terem sido “mortos” os demais, configura o crime de aborto.

Ocorrendo **o aborto sem o consentimento da gestante**, o médico que o praticou responderá pelo delito previsto no artigo 125 do Código Penal, punível com reclusão de três a dez anos.

Entende-se não haver prejuízo da sanção civil pelo eventual descumprimento do contrato estabelecido entre a paciente e o médico ou clínica de reprodução humana assistida, bem como, reparação de perdas e danos.

Ainda, o médico deverá responder perante o Conselho Federal de Medicina pelos atos praticados, cabendo ao seu órgão a imposição da sanção administrativa cabível.

Esta forma de aborto, por não ter o consentimento da gestante, é a forma mais grave do crime, atentando não só contra o feto, como também contra a vida e incolumidade física da mulher, que são os sujeitos passivos do delito.

Entende-se, ademais, que o médico se aproveita da confiança inerente à relação médico-paciente para a prática deste tipo de aborto que, muitas vezes, a mulher vítima sequer terá conhecimento.

Se houver, contudo, **o aborto com o consentimento da gestante** (aborto consensual),

e, frise-se, que no que tange à redução embrionária o consentimento deve ser livre e informado (não basta que a mulher consinta com o procedimento médico sem sequer saber, de verdade, o que se trata; e, principalmente, que é procedimento proibido pelo CFM), o médico responderá pelo crime do artigo 126, aborto consensual, e a gestante pelo crime previsto no artigo 124, consentimento para o aborto.

O artigo 126, que tem como elementar do tipo o consentimento, possui pena menos severa do que o aborto do artigo 125: reclusão de um a quatro anos.

A mulher que consentiu com o aborto, por sua vez, ao responder pelo delito previsto no artigo 124 estará sujeita à pena de detenção de um a quatro anos.

Cabe salientar que, no âmbito da redução embrionária, pela forma como é realizado o procedimento, não é possível o autoaborto, figura prevista na primeira parte do artigo 124.

Com relação aos motivos que levam à prática da redução embrionária (que não o risco para a gestante/gestação), interessante destacar que consistem, de igual forma, em colisão de direito fundamentais.

Contudo, não mais direito à vida da gestante *versus* direito à vida em potencial do embrião; mas sim no direito à vida (ou a nascer) do embrião *versus* o direito à liberdade da mulher.

O direito à liberdade, tal qual o direito à vida, está previsto no *caput* do artigo 5º da CRFB, possui todas as características dos direitos fundamentais⁷¹ e, em termos históricos, representa a conquista da autonomia individual pelos cidadãos.

Relaciona-se à legalidade e à autodeterminação, e divide-se em diversas liberdades previstas tanto na própria Constituição quanto no Código Civil e demais diplomas legislativos.

Gilmar Mendes entende que “as liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades”.⁷²

Os desdobramentos do direito à liberdade, ou direitos de liberdade, são muitos: “a liberdade de circulação e locomoção; liberdade de pensamento e de expressão intelectual; liberdade de informação, comunicação e expressão; liberdade de associação, de reunião; liberdade econômica; liberdade de consciência religiosa;”⁷³ liberdade política, dentre outras.

⁷¹ Características como historicidade, universalidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 742).

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 359.

⁷³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 619.

Em algumas situações, tem-se que a opção pela redução embrionária não decorre de nenhum risco à gestante, aos fetos ou à própria gestação, mas sim, da vontade da mulher. Nestas situações, há o conflito de direitos fundamentais diferentes: liberdade (ou autodeterminação) da gestante e a vida (em potencial do feto).

Embora não sejam direitos idênticos (tal qual no conflito entre a vida da mãe e a do bebê), são direitos de igual hierarquia, de maneira que não se torna possível, em abstrato, a determinação de qual direito prevalecerá sobre o outro.

Todavia, não parece legal (tomando-se por base a atual legislação, sem adentrar em discussões de mérito acerca da descriminalização do aborto), que a gestante tenha a faculdade de interromper a gravidez quando e da forma que lhe aprouver, por quaisquer motivos como o medo de ter mais de um filho de uma só vez; o desejo de escolher o sexo do bebê, ou alguma característica física; a constatação de alguma doença hereditária ou anomalia do feto que não comprometam a saúde da mãe (que seria, aliás, forma de eugenia, prática proibida pelo CFM); a simples desistência do desejo de ser mãe.

Importante, ainda, salientar que a gestação oriunda da utilização das técnicas de reprodução humana assistida é uma gestação desejada, buscada por aqueles que recorreram à clínica de reprodução. Não se trata de uma gestação oriunda da falha de método contraceptivo, indesejada. Dessa forma, a desistência do sonho da parentalidade não parece motivo suficiente para justificar a redução embrionária.

Permitindo-se situações como as acima elencadas, em que a vontade da mulher prevalece, em qualquer situação, sobre o direito do embrião/feto de nascer, “estar-se-ia abrindo demais as hipóteses permitidas de aborto; em que a gestante, por autodeterminação, estaria indiscriminadamente usando-o como substrato para fins egoístas, mitigando (ou seria extinguindo?) o direito à vida do nascituro.”⁷⁴

Diante disso, percebe-se que a tutela penal se mostra meio eficaz à prevenção de determinadas condutas indesejadas como a redução embrionária, nos casos não justificáveis (não entendidos como aborto necessário).

Todavia, como investigar e punir os autores dessas condutas ainda é um ponto de interrogação. Estas práticas são realizadas entre quatro paredes nas clínicas médicas, sendo de difícil produção probatória e que, salvo raros casos como do Dr. Roger Abdelmassih, nunca

⁷⁴ KUSMA, Tais Fernanda. **Novas tecnologias reprodutivas: colisão de direitos fundamentais face à técnica de redução embrionária.** In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 962-990. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c82fab8c8f89124>. Acesso em: 03 abr. 2019.

virão à tona.⁷⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizar este estudo, verificou-se que o tímido tratamento dispensado às técnicas de reprodução humana assistida pela legislação e doutrina nacionais é insuficiente à regulação dos procedimentos médicos e das situações deles decorrentes.

Assim sendo, o arcabouço jurídico ora existente encontra-se em nítido descompasso com a realidade fática, restando inúmeras situações sem qualquer forma de regulamentação específica.

Sendo certa a existência de questões controvertidas relacionadas às técnicas de reprodução humana assistida, não é possível que o ordenamento jurídico permaneça inerte perante elas. É muito embora tenda-se sempre a se referir à omissão legislativa, há que se ter em mente que estas situações podem ser prevenidas ou, no mínimo, reguladas de outras formas, como por exemplo, análise dos princípios constitucionais e bioéticos.

A utilização das técnicas de reprodução humana assistida deve ser vista como forma de efetivação do direito fundamental à liberdade do planejamento familiar, todavia, como todos os direitos, não é absoluto, devendo ser pautado no respeito aos demais direitos, aos princípios constitucionais, e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana.

A redução embrionária, conforme destacado, molda-se perfeitamente ao conceito de aborto. O que levará à conclusão de sua ilicitude ou não (podendo configurar aborto necessário) é a análise dos requisitos presentes em cada caso concreto.

De qualquer forma, o que não se pode é simplesmente aceitar a redução embrionária e outros procedimentos e situações como desdobramentos naturais do uso das novas tecnologias

⁷⁵ Apesar de condenável a atitude de médicos que realizam os procedimentos de RA sem observância das normas técnicas e éticas definidas, em razão da dificuldade de controle do procedimento por parte do governo e seus órgãos competentes não é incomum que surjam notícias com relação à manipulação genética, realização de redução embrionária, estudos não autorizados, etc. É o caso do médico Roger Abdelmassih que foi denunciado, inicialmente, por se aproveitar de sua condição de médico e abusar sexualmente de pacientes sedadas que buscavam as técnicas de RA. Contudo, com o desenvolvimento das investigações, além das denúncias de estupro surgiram outras: a de manipulação genética, troca de materiais genéticos, utilização de embriões por outros casais que não os que doaram o material genético, sem o consentimento destes e daqueles. Além disso, acredita-se que em alguns casos sequer ocorreu a técnica de inseminação ou fertilização, mas que a gravidez se originou em decorrência do estupro, sendo que o médico seria, então, o pai de muitas crianças cujas mães e pais (afetivos) acreditavam estar utilizando material genético próprio ou de doador anônimo. Não bastasse todas essas denúncias/investigações, existem relatos de vítimas de que a manipulação genética realizada teria resultado em abortos espontâneos e na morte prematura de muitos bebês portadores de síndromes genéticas. Vítimas relatam, ainda, que o médico as obrigava a prolongar a gestação por meses, mesmo depois da morte do feto. (ZYLBERKAN, Mariana. Delegada quer ouvir ex-médico sobre manipulação genética. **Revista Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/delegada-quer-ouvir-roger-abdelmassih-sobre-manipulacao-genetica>>. Acesso em: 02 abr. 2019.)

reprodutivas, sem qualquer questionamento jurídico, ético ou filosófico.

Ao se analisar as consequências indesejadas da reprodução humana assistida, é de fácil percepção a importância dos direitos envolvidos, que se relacionam ao mais íntimo do ser – aspectos ligados à sua personalidade, origem genética, filiação, família – e, até mesmo ao direito de nascer, como é o caso específico da redução embrionária.

Nesta senda, foram analisadas as técnicas de reprodução humana assistida, a redução embrionária e a maneira como é realizada; e, sob o prisma do Direito Penal, a subsunção da redução embrionária ao tipo penal de aborto.

Após a determinação da adequação perfeita entre o procedimento de redução embrionária e o crime de aborto, foram analisadas suas especificidades, para que se pudesse determinar de qual forma de aborto se trata, quais os sujeitos ativos e se era possível a existência de estado de necessidade, causa excludente da ilicitude.

Não obstante, diagnosticou-se, de igual forma, a necessidade de continuidade de pesquisas neste sentido, frisando-se mais uma vez, a importância dos direitos envolvidos na utilização dessas técnicas, bem como a aridez doutrinária, notadamente a nacional, como aporte à temática.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial de 05.10.1988**, Brasília, DF.

_____. Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial de 07.12.1940**, Brasília, DF.

_____. Lei n. 10.246 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial de 11.01.2002**, Brasília, DF.

_____. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. **Diário Oficial de 28.03.2005**, Brasília, DF.

_____. RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017 - Normas éticas na reprodução assistida. Diário Oficial da União de 10.11.2017, Brasília, DF.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DICIONÁRIO

Médico.

Nidação.

Disponível

em:

<<http://www.dicionariomedico.com/nida%C3%A7%C3%A3o.html>> Acesso em: 04 abr. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**. V. 1: teoria geral do direito civil. 23. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2011.

KUSMA, Tais Fernanda. **Novas tecnologias reprodutivas: colisão de direitos fundamentais face à técnica de redução embrionária**. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 962-990. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c82fab8c8f89124>. Acesso em: 03 abr. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: Aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini.; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 2: Parte especial. Arts 121 a 234 do CP. 26 ed. red. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. **Adoção embrionária**. Curitiba: CRV, 2012.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SNA SAÚDE. **Polêmica cerca redução embrionária**. Disponível em: <<http://sna.saude.gov.br/imprimir.cfm?id=411>> Acesso em: 25 mar. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZYLBERKAN, Mariana. Delegada quer ouvir ex-médico sobre manipulação genética. **Revista Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/delegada-quer-ouvir-roger-abdelmassih-sobre-manipulacao-genetica>>. Acesso em: 02 abr. 2019.