

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO – TURMA ESPECIAL

“ABORTO EUGÊNICO”: uma discussão necessária.

Sheila Luft

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina/SC em convênio com o Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo/RS

Orientadora: Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

Florianópolis (SC), setembro de 2001.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação **“ABORTO EUGÊNICO”: uma discussão necessária.**

Elaborada por **SHEILA LUFT**

foi aprovada por todos os membros da banca examinadora e julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2001.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade (presidente)

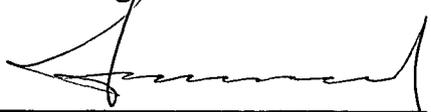
Profa. Dra. Ela Wiecko Wolkmer de Castilho (membro)

Profa. Dra. Cecília Cabalero Lois (membro)

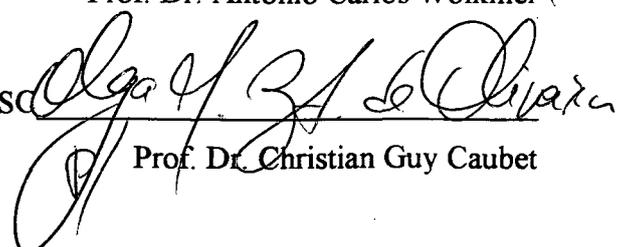
Professora Orientadora


Prof. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

Coordenador da Turma Especial de Santo Ângelo


Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Coordenador do CPGD/CCJ/UFSC


Prof. Dr. Christian Guy Caubet

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Rui Luft, por ter me oportunizado realizar o mestrado, com o privilégio de ser sua colega;

À minha orientadora, Professora Doutora Vera Andrade, pela atenção, compreensão e sabedoria;

À minha família, pelo auxílio e confiança;

Ao meu namorado Marcos, pelas ausências.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo estudar a atual situação do aborto eugênico, considerado este como a interrupção do processo de gravidez com a conseqüente morte do feto, por ser ele portador de anomalias graves e irreversíveis.

A justificativa e importância do trabalho verificam-se na medida em que mesmo não sendo permitido na legislação penal brasileira, ultimamente ele está sendo autorizado em situações determinadas e respeitados alguns requisitos. Desta forma, através da expedição de alvarás judiciais está sendo deflagrado um processo que contraria a lei penal vigente, transformando o que é tecnicamente um crime em algo permitido, necessitando, portanto, de um estudo que analise esta nova realidade jurídica.

O marco teórico que fundamenta o presente trabalho está alicerçado na doutrina atualmente existente sobre o assunto, na jurisprudência – através dos alvarás judiciais que vêm permitindo a prática eugenésica e, finalmente, na legislação, onde o Projeto de Reforma do Código Penal encontra um papel de destaque pelo fato de já prever esta modalidade abortiva, embora ainda não esteja em vigor.

Quanto à metodologia, empregaram-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. O método de abordagem adotado foi o indutivo, e o método de procedimento, foi o monográfico, realizando-se uma pesquisa descritiva.

O trabalho é estruturado em três capítulos: no primeiro são feitas considerações gerais sobre o aborto; no segundo examina-se, propriamente, a questão do aborto eugênico – seu conceito, características, precedentes, embasamento jurídico culminando no estudo do Anteprojeto de Reforma do Código Penal; e, no último, é observado o atual estágio em que se encontra o aborto eugênico no Brasil com o estudo sobre sua descriminalização.

As considerações finais da dissertação mostram que a tendência atual caminha para a descriminalização do aborto eugênico nos seus casos mais extremos, acompanhando a orientação das decisões judiciais que já estão decidindo sobre o assunto.

feita

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo estudiar la actual situación del “aborto eugênico”, considerado este como la interrupción del proceso de embarazo con la muerte del feto, por ser él portador de anomalías graves y irreversibles.

La justificación y la importancia del trabajo verificase en la medida en que el mismo no siendo permitido en la legislación penal brasileña, últimamente él está siendo autorizado en situaciones determinadas y respectados algunos requisitos. De esta forma, con la expedición de credencial judiciales está siendo deflagrado un proceso que es contrario a la ley penal vigente, transformando lo que es técnicamente un crimen en algo permitido, necesitando, por tanto, de un estudio que analice esta nueva realidad jurídica.

El marco teórico que fundamenta el presente trabajo está apoyado en la doctrina actualmente existente sobre el asunto, en la jurisprudencia por los credencial judiciales que vienen permitiendo la practica “eugenesica” y, finalmente, en la legislación, donde el Proyecto de Reforma del Código Penal encuentra un papel de realce por el hecho de ya prever esta modalidad abortiva, aunque no este en vigor.

Cuanto a la metodología, fue usado las técnicas de pesquisa bibliográficas y documental. El método de abordaje usado fue el inductivo, y el método de procedimiento fue el monográfico, realizándose una pesquisa descriptiva.

El trabajo es estructurado en tres capítulos: en el primero son hechas consideraciones generales sobre el aborto; en el segundo examinase, la cuestión del “aborto eugenico”- su concepto, características, precedentes, basamento jurídico culminando con el estudio del Anteproyecto de Reforma del Código Penal; y, en el ultimo, es observado la actual fase en que se encuentra el “aborto eugenico” en el Brasil con estudio sobre su diferenciación.

Las consideraciones finales de la disertación muestran que la tendencia actual camina para la diferenciación del “aborto eugenico” en sus casos más extremos, acompañando las orientaciones de las decisiones judiciales que ya están decidiendo sobre el asunto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 O ABORTO.....	6
1.1 Considerações sobre o aborto.....	6
1.2 Espécies de aborto.....	8
1.3 O Aborto através dos tempos.....	10
1.3.1 Legislação pretérita no Brasil.....	17
1.4 O aborto no direito estrangeiro.....	20
1.5 A legislação penal brasileira em relação ao aborto.....	21
1.5.1 O aborto legal.....	23
1.6 Estatísticas mundiais sobre o aborto.....	28
2 O “ABORTO EUGÊNICO”.....	34
2.1 Uma breve visão sobre o Biodireito.....	34
2.2 O “aborto eugênico”.....	36
2.3 O “aborto eugênico” no direito estrangeiro.....	44
2.4 O “aborto eugênico” no Brasil.....	49
2.5 Precedentes no direito brasileiro.....	52
2.6 Embasamento jurídico do “aborto eugênico”.....	56
2.7 O Projeto de Reforma do Código Penal e demais Projetos de Lei.....	59

3 A ATUAL SITUAÇÃO DO “ABORTO EUGÊNICO” NO BRASIL.....	71
3.1 Casos em que o “aborto eugênico” está sendo autorizado.....	71
3.2 Condições necessárias para sua autorização.....	76
3.3 Os alvarás judiciais.....	81
3.4 Argumentos utilizados para autorizar o “aborto eugênico”.....	89
3.5 O aspecto legal.....	93
3.6 A descriminalização do “aborto eugênico”.....	98
3.7 As decisões judiciais.....	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	121
BIBLIOGRAFIA.....	127

INTRODUÇÃO

O tema do aborto sempre consagrou inúmeras divergências em todo o mundo. Já foi palco de tormentosas discussões na ânsia de se mostrar as reais posições de cada um. Diante disso, poderia-se escrever várias dissertações sobre o tema.

Entretanto, para que não se desviasse dos reais interesses almejados pela realização da pesquisa, foi primordial imprimir ao tema uma delimitação teórica, procurando, sempre, a objetividade como forma de não caminhar para delongas infrutíferas.

A importância da realização do presente trabalho surgiu da necessidade existente em desenvolver-se um estudo mais específico e detalhado sobre a atual situação do “aborto eugênico” no Brasil.

Isto porque, a legislação penal vigente só permite a realização do aborto nos casos de gravidez resultante de estupro ou então quando houver risco de vida para a gestante, conforme dispõe o artigo 128, do Código Penal brasileiro, de 7 de dezembro de 1940, que disciplina os casos de aborto legal.

Muito embora esta conjuntura, ultimamente verifica-se uma revolução jurídica no país, pois desde meados de 1989, juízes de primeira instância, quando não os próprios Tribunais, amparados por uma nova realidade vigente, estão a autorizar a realização do “aborto eugênico” em determinadas situações e respeitados alguns requisitos.

Assim, através da expedição cada vez mais freqüente de alvarás judiciais os julgadores, com base nesse novo contexto, deflagram um processo que contraria a letra fria da lei penal vigente, transformando o que é tecnicamente um crime em algo permitido.

Vistas em conjunto, todas estas decisões judiciais formam uma crônica de costumes que estão determinando uma situação incomum que ainda não encontra amparo legal, sendo, portanto, absolutamente necessário que sobre tal fenômeno se realizem alguns estudos.

Dentro deste âmbito, principalmente pelo fato de tratar-se de matéria nova e que ainda não mereceu exames mais específicos, é que se pretendeu desenvolver o presente trabalho.

Neste sentido, o estudo tem por principal objetivo fazer uma análise da atual situação do “aborto eugênico” no Brasil, verificando o que está efetivamente ocorrendo e quais são as tendências que a matéria vem apresentando.

De qualquer forma, preliminarmente já se observa que é absolutamente imprescindível regular esta situação que vem ocorrendo à sombra da lei e sem o estabelecimento dos mínimos requisitos necessários para o procedimento.

Durante a realização do estudo, uma das grandes dificuldades sentidas foi, principalmente, a ainda limitada e de difícil acesso doutrina existente sobre o assunto. Desconsiderando o fato de inexistir monografia com este título específico, são raríssimas as obras que tratam mais detalhadamente sobre a matéria, dentre as quais a maioria é estrangeira, fato que se deve, certamente, por não ser o “aborto eugênico” previsto na legislação brasileira. Outra circunstância que dificultou a realização da pesquisa foram os óbices em se encontrar julgamentos sobre o assunto. Tais decisões ainda não tiveram qualquer espécie de organização, estando dispersas pelos Tribunais de todo o país, de modo que se tornou impossível verificar o real número de autorizações já expedidas pelo Judiciário. Tudo restou apenas na base da estimativa.

A investigação que se realizou, pelo seu próprio objeto e natureza, não comportou a adoção de um marco teórico específico. Trata-se, em verdade, de uma abordagem jurídica intra-sistêmica envolvendo a doutrina, a jurisprudência e a legislação.

Nas fontes doutrinárias existentes sobre o assunto, embora ainda muito limitadas, foi possível verificar, nitidamente, a existência de três correntes que dividem as opiniões sobre a legalização do “aborto eugênico”. Uma corrente é

totalmente contrária ao “aborto eugenésico”; outra é amplamente favorável, admitindo a interrupção da gravidez quando se comprove a existência de qualquer anormalidade no feto. Por último, existe a que poderíamos denominar de intermediária, que defende a descriminalização do “aborto eugênico” nas situações mais extremas, onde fique definitivamente comprovado a total inviabilidade do feto, em decorrência das anomalias.

A jurisprudência, por sua vez, ocupou uma posição de destaque em relação ao marco teórico, uma vez que foram as decisões jurisprudenciais – que estão autorizando a realização do “aborto eugênico”, mesmo contrariamente ao que dispõe a lei penal – que constituíram um dos maiores subsídios para a realização da pesquisa, já que são elas determinantes de toda uma nova situação jurídica.

Outro ponto de apoio para o desenvolvimento da dissertação foi a legislação, por meio do Anteprojeto de Lei de Reforma do Código Penal que contempla tal modalidade abortiva, bem como outros Projetos de Lei que também tratam da matéria.

Por serem limitadas as fontes doutrinárias existentes sobre o assunto, como referido acima, precisou-se apoiar mais em determinados autores que trataram de forma mais aprofundada sobre o assunto. Foi por esta circunstância que algumas obras foram mais utilizadas e citadas que as demais.

Outro aspecto a ressaltar, quanto à bibliografia citada, é que muito embora todas as obras citadas tenham sido devidamente estudadas e utilizadas no trabalho, nem todas foram posteriormente utilizadas diretamente na realização da dissertação, por meio de citações.

Quanto à metodologia, empregaram-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Esta última foi a que possibilitou a utilização do Anteprojeto de Reforma do Código Penal, dos demais Projetos de Leis, assim como das decisões jurisprudenciais que fundamentaram a maior parte do trabalho.

No que se refere ao método de abordagem, utilizou-se o método indutivo, já que o ponto de partida da pesquisa foi primordialmente o estudo de situações particulares, que têm determinado o rumo das decisões judiciais, para,

posteriormente, analisar-se a atual situação do “aborto eugenésico” no Brasil e a possibilidade, ou não, de sua descriminalização.

O método de procedimento adotado foi o monográfico, pelo qual se partiu de determinadas situações particulares, com a finalidade de obter generalizações. A pesquisa foi descritiva, com o delineamento do que é, ou seja, a simples descrição do fenômeno.

Mais particularmente quanto ao conteúdo do trabalho, o primeiro capítulo da dissertação tratou de noções básicas e introdutórias que visam possibilitar uma maior compreensão e envolvimento com o tema. Tais lições foram necessárias para o desenvolvimento de todo o trabalho. Neste contexto, foi realizada uma abordagem geral sobre o crime de aborto, envolvendo desde sua conceituação, definição de quais sejam as espécies de aborto existentes no nosso sistema, até um estudo histórico sobre o tema. Após esta explanação, passou-se a uma abordagem mais atual, onde se estudou a legislação vigente no país, dedicando-se especial atenção aos casos de aborto legal, momento em que a legislação estrangeira também foi brevemente analisada. Ao final do capítulo, ainda dentro desta visão atual sobre o aborto, mas numa perspectiva mais ampla, foram citados alguns índices e projeções sobre as práticas abortivas mundiais.

O capítulo segundo contemplou, mais especificamente, a questão do denominado “aborto eugênico”. Assim, dentro deste âmbito, agora mais delimitado, dedicou-se ao estudo dos precedentes dessa prática abortiva.

Também procurou-se observar onde reside o embasamento jurídico, os fundamentos propriamente ditos, do “aborto eugenésico”. Outro destaque do capítulo reside no estudo do artigo do Anteprojeto de Lei para a Reforma do Código Penal, que contempla esta modalidade abortiva, sendo que ainda houve a citação de outros Projetos de Lei que estão tramitando na Câmara, e que regulam o “aborto eugênico”, tudo isso na tentativa de demonstrar o grande movimento que atualmente existe em torno de sua legalização.

O último capítulo, que constitui a peça fundamental de toda a pesquisa, adentrou, especificamente, no objetivo central da realização do presente

trabalho, já que foi neste que se desenvolveu o estudo sobre a atual situação do “aborto eugênico” no Brasil.

No citado capítulo, verificou-se em que casos o “aborto eugênico” está sendo autorizado e quais são as condições necessárias para a sua autorização, realizando-se um estudo pormenorizado dos alvarás judiciais que são o meio de que a justiça tem se utilizado para autorizar um procedimento que se encontra divorciado da legislação penal vigente.

Outra questão abordada foi sobre os argumentos utilizados pelos magistrados para autorizar a prática eugenésica, pela qual se tenciona oferecer um caráter de legitimidade a tais procedimentos.

O capítulo culmina, entretanto, com a questão da descriminalização ou não do famigerado “aborto eugênico”, e com a citação de algumas decisões que autorizaram a prática abortiva sob estudo.

Certo é que o aborto sempre foi um tema polêmico por natureza. O “aborto eugênico”, por sua vez, só exaltou ainda mais a discussão, quando trouxe várias outras agravantes para o debate, principalmente as que dizem respeito a questão dos fetos com má-formação genética, que não possuem a mínima condição de sobreviver após o parto, e a questão da prática do “aborto eugenésico” ainda ser ilegal no nosso ordenamento.

1 O ABORTO

1.1 Considerações sobre o aborto

Aborto, palavra derivada de *ab-ortus*, tem o significado de privação do nascimento. Compreende-se por aborto a interrupção voluntária da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção.¹

A conceituação típica do aborto, em nossa legislação (artigo 124, do Código Penal), guarda inteira correspondência com o que foi acima enunciado: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”. Não importa, para o nosso legislador, a fase de desenvolvimento em que se encontre a gravidez da mulher, isto significa dizer, não faz diferença se o aborto é praticado na fase ovular, na embrionária ou na fetal, como exigem algumas legislações estrangeiras.

Desta forma, o:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. 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.²

Assim, na nossa legislação não faz parte dos atributos da tipicidade a circunstância da gravidez já ter atingido certa faixa etária, medida por meses ou semanas.

O aborto, etimologicamente conceituado, seria o produto morto da concepção, enquanto que o ato de abortar, que nossa legislação específica denomina

¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 2, Parte Especial. São Paulo : Saraiva, 1986, p. 32.

² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 2, 3 ed. São Paulo : Atlas, 1986, p. 73.

aborto, seria o abortamento. Esta discussão, porém, não tem muita razão de ser visto que o Código Penal adotou uma expressão, que embora equivocada, é de uso corrente, popular e que foi consolidada definitivamente.

A doutrina penal classifica o aborto em diversas modalidades, conforme podemos verificar nos ensinamentos de Damásio de Jesus:

O aborto pode ser natural, acidental, criminoso e legal ou permitido. O aborto natural e o acidental não constituem crime. No primeiro, há interrupção espontânea da gravidez. O segundo geralmente ocorre em consequência de traumatismo, como por exemplo a interrupção da gravidez causada por queda. A doutrina e a jurisprudência conhecem várias espécies de aborto legal ou consentido. Há o aborto terapêutico, empregado para salvar a vida da gestante ou para afastá-la de mal sério e iminente, em decorrência de gravidez anormal. Há, também, o aborto eugenésico ou eugênico, permitido para impedir a continuação da gravidez quando há possibilidade de que a criança nasça com taras hereditárias. Aborto social ou econômico é o permitido em casos de famílias numerosas, para não lhe agravar a situação social. Entre nós, o CP só permite duas formas de aborto legal: o denominado aborto necessário ou terapêutico, previsto no art. 128, I, caso em que o fato, quando praticado por médico, não é punido, desde que não haja outro meio de salvar a vida da gestante. O segundo caso de aborto permitido é o descrito no art. 128, II, hipótese em que a gravidez resulta de estupro. É também chamado de sentimental ou humanitário.³

Deve ficar claro, porém, que o aborto apenas acontece com a morte do feto ou embrião, e conforme já referido anteriormente, é inexigível para sua configuração técnica, a expulsão do produto, uma vez que diversas circunstâncias podem acarretar a reabsorção daquele pelo organismo materno, ou mesmo ocorrer a morte da mulher antes da saída do ser em formação. Não subsiste, portanto, o antigo conceito de aborto, segundo o qual, ele consiste na “expulsão prematura, violenta e provocada do produto da concepção, não importando as condições de idade, vitalidade e formação regular do feto”. Desta forma, embora na grande maioria das vezes ocorra a expulsão, a sua ausência não é suficiente para a descaracterização do aborto.⁴

De outro lado, “não se considera aborto a interrupção quando de gravidez extra-uterina, se levada a efeito por indicação médica e destinada a preservar a

³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. v. 2 – Parte Especial, 13 ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 101.

⁴ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Aborto e Direito Penal*. Porto Alegre : Sagra – DC Luzzatto, 1994, p. 22.

vida da gestante. Também não se incrimina a expulsão da chamada ‘mola’, produto degenerado da concepção e destituído de vida”.⁵

Assim, na tentativa de afastar as incertezas, alguns doutrinadores arrolam, de maneira preliminar, os seguintes requisitos como sendo necessários para a configuração de um aborto: a) gravidez real, onde haja um embrião ou feto em desenvolvimento; b) interrupção forçada da mesma.

1.2 Espécies de aborto

Segundo Arturo Tocci, em sua obra *II Procurato Aborto, Trattato Medico-Legale*, editada na Itália:

A expulsão antecipada do produto da concepção do interior do útero materno tem lugar quando o feto morre ou quando a conexão do ovo com a mucosa uterina vem a se romper precocemente, seja por causas derivadas do próprio organismo materno, por moléstias do ovo (abortamentos espontâneos), seja através da utilização de meios artificiais (aborto provocado).⁶

Desta forma, o autor italiano pretende demonstrar a existência de dois tipos de aborto, quais sejam: o espontâneo, quando decorre de causas naturais que fazem cessar o desenvolvimento do produto da concepção, causas essas ligadas especialmente à doenças da mulher ou problemas com o nascituro em si; e o provocado, que decorre da aplicação de métodos agressivos ao ambiente uterino, de forma a introduzir o deslocamento do ovo ou perecimento do embrião ou feto.

Existem, entretanto, classificações que enfocam o prisma jurídico da questão. Nestes moldes, o aborto é espontâneo, quando decorre de reações patológicas e naturais no interior do corpo da mulher, tendo relação tanto com problemas na gestante como ao próprio nascituro, mas em ambas mostra-se impossível o prosseguimento do estado gravídico. O aborto acidental, é o que ocorre em virtude de traumas físicos infortúnios de um modo geral, cuja atuação sobre o nascituro é tão agressiva que produz

⁵ MATIELO, F. Idem., p. 23.

⁶ TOCCI, Arturo *apud* MATIELO, F. Idem, *ibidem*.

o resultado abortivo. O terceiro tipo de aborto – o criminoso, é aquele realizado fora da previsão da lei, sendo que quem o praticar sofrerá a imposição de uma sanção legal. Neste tipo de aborto pune-se inclusive o aborto eugênico, ou seja, o executado em virtude da possibilidade de séria deficiência física ou mental do nascituro, visto que este não está contemplado no diploma legal. Por último encontramos o aborto legal, que é aquela espécie de aborto admitido restritamente pela lei face a circunstâncias especiais e devidamente comprovadas.⁷

Atualmente, o Código Penal pátrio apresenta a seguinte classificação de aborto: a) auto-aborto, previsto no artigo 124, 1ª parte, que apresenta uma pena de detenção de 1 a 3 anos; b) aborto provocado consentido pela gestante, regulado no artigo 124, 2ª parte (para a gestante), e no artigo 126 (para o terceiro), que para a gestante tem pena de detenção de 1 a 3 anos e para o terceiro, de reclusão de 1 a 4 anos; c) aborto provocado não consentido pela gestante, encontrado no artigo 125, que traz uma pena de reclusão de 3 a 10 anos; d) aborto qualificado, ou seja, aquele que em decorrência do aborto ou dos meios empregados acarreta a morte ou lesão corporal grave da gestante, previsto no artigo 127, onde as penas são aumentadas de um terço ou duplicadas; e) aborto necessário, regulado no artigo 128, I, do código, o qual não é punível quando praticado conforme as disposições legais e com fins terapêuticos ou profiláticos; f) aborto em mulher estuprada, também denominado aborto sentimental, ético ou humanitário, tipificado no artigo 128, II, e que também não é punido se respeitar os requisitos da lei.

A lei pune inclusive a tentativa, quando, apesar das manobras abortivas, o feto não perecer. Para fins penais, também não se considera o tempo das manobras abortivas, mas sim o momento em que ocorreu a morte do feto.

Assim, pelo que foi exposto, e analisando as classificações do aborto, pode-se afirmar que o aborto espontâneo nunca sofrerá sanção penal, ao passo que o provocado poderá ser punido, desde que ocorra à margem da lei. O aborto accidental, por sua vez, também estará infenso à punições, mesmo que haja culpa de alguém, eis que não se incrimina o aborto na forma culposa. Para que a lei considere como crime, deve existir vontade direta de praticar o aborto e o efetivo direcionamento do ânimo àquele fim, por ação concreta.

⁷ MATIELO, F. Idem, p. 24.

Entre os abortos provocados, encontramos aqueles que não são punidos, pois encontram resguardo na própria lei que os admite. São dois os abortos chamados legais: o necessário, onde há risco iminente para a vida da gestante; e o sentimental, que possui caráter moral, e ocorre em hipóteses de gravidez resultante de estupro.

1.3 O aborto através dos tempos

As mais remotas observações de que se tem notícia sobre métodos abortivos datam do século XXVIII antes de Cristo, tendo sido descobertos na China.

Através dos tempos o assunto começou a ser estudado e discutido entre diversos povos antigos. Numa forma de manifestar uma preocupação com o assunto os israelitas (século XVI a.C., na época do Êxodo), os mesopotâmicos, os gregos e os romanos chegaram a tecer algumas considerações apenas de aspecto moral, não chegando ao ponto de tipificar o aborto como crime.

Hipócrates, durante a Medicina antiga, já havia desenvolvido estudos sobre o aborto que iam desde o quadro clínico até o tratamento e métodos para sua indução, contrariando, de certa forma, o clássico juramento que ele mesmo pronunciou e que é repetido até os tempos atuais por todos os formandos das Faculdades de Medicina de todo o mundo.⁸

⁸ “*Juro por Apolo, o médico, e Asclépio e Higéia e Panacéia e todos os deuses e deusas que, segundo minha capacidade e julgamento, cumprirei este juramento e o estipulado:*

Respeitarei quem me ensinou esta arte como se fossem meus pais; repartirei com ele meus bens e atenderei às suas necessidades, se for preciso; considerarei seus descendentes como se fossem meus irmãos; e ensinar-lhes-ei esta arte se quiserem aprendê-la, sem pagamento e sem condições, e por preceito, lição ou qualquer outro modo de instrução; transmitirei o conhecimento da arte a meus filhos e aos de meus mestres, e a discípulos ligados por um compromisso e juramento, conforme a lei da medicina, mas a ninguém mais.

Seguirei o método de tratamento que, de acordo com a minha capacidade e julgamento, considerar benéfico a meus pacientes, e abster-me-ei de tudo mais que seja deletério e daninho. Não darei a ninguém medicamento mortal se solicitado, e a ninguém sugerirei algo nesse sentido; também não darei a uma mulher um instrumento que provoque aborto.

Passarei a vida e praticarei minha arte em pureza e santidade. Não farei incisão em quem sofra de pedra, mas deixarei que o operem os que sejam práticos do ofício. Seja qual for a casa em que entre, fá-le-i em benefício do enfermo e me absterei de qualquer ato voluntário de maldade e corrupção, e, ademais, de sedução de mulheres ou homens, escravos ou libertos.

O Talmud foi um dos primeiros códigos surgidos em todos os tempos, e era depositário das mais arraigadas tradições dos rabinos. Nele não se fez qualquer referência sobre o aborto, sendo que o Pentateuco, outro respeitável documento de remotas eras, também a ele não se referiu.⁹

A Bíblia sagrada, porém, já trouxe punições a quem praticasse o ato de abortar. Assim, o livro do Êxodo, capítulo XXI, versículos 22 a 25, traz o seguinte ensinamento: “Se alguns homens renhirem, e um deles ferir mulher grávida, e for causa de que aborte, mas ficando ela com vida, será obrigado a ressarcir o dano segundo o que pedir o marido da mulher, e os árbitros julgarem. Mas, se se seguir a morte dela, dará vida por vida. Olho por olho, dente por dente, pé por pé. Queimadura por queimadura, ferida por ferida, pisadura por pisadura”.

Não faltaram, porém, os que argumentaram que tais ensinamentos eram um reflexo direto do que já havia sido estipulado pelo Código de Hamurabi. Este ordenamento, considerado o mais antigo dos diplomas de cunho jurídico:

Previa indenizações em casos de aborto provocado, cujo valor variava conforme ocorresse ou não a morte da mulher, levando-se em conta ainda se era mulher livre, que acarretaria direito a indenização maior, ou escrava, o que reduziria o valor a ser pago. Morrendo a mulher livre, a filha do provocador seria morta; morrendo escrava, a indenização limitava-se a um pagamento em dinheiro ao seu senhor.¹⁰

Entretanto, não se pode negar a existência de um ponto em que os dois ordenamentos se encontram, eis que tanto o Código de Hamurabi como a Bíblia preocupavam-se menos com o aborto propriamente dito, recaindo sua real preocupação no ressarcimento ou compensação do dano causado.

Tudo o que, relacionado ou não com a minha prática profissional, veja ou ouça nas vidas dos homens e que não deva ser contado alhures, não divulgarei, por considerar que tais coisas devem ser mantidas em segredo.

Enquanto mantiver inviolado este juramento, que me seja concedido gozar a vida e exercer a arte, respeitado por todos os homens em todos os tempos; mas que se eu transgredir e violar este juramento, outro que seja o meu destino.”

Hipócrates – 460 a. C.

⁹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Aborto e Direito Penal*. Porto Alegre : Sagra – DC Luzzatto, 1994, p. 12.

¹⁰ MATIELO, F. Idem, p. 13.

De uma maneira geral, durante a antigüidade o Direito era indiferente à prática do aborto. Assim, durante largo período o aborto não era incriminado, pois considerava-se o feto parte das vísceras da gestante (*mulieris partio vel viscerum*), sendo que esta poderia dispor livremente de seu corpo.¹¹

O aborto não era incriminado no antigo Oriente e na Grécia, também era permitido no Egito, sendo que entre os hebreus se punia quando fosse causado com emprego de violência. Ele não era punido no direito romano durante a época republicana, sendo que somente durante o Império foi reprimido extraordinariamente, e nesta época, se do aborto resultasse a morte da gestante, aplicava-se a pena capital.¹²

Já ao tempo de Septímio Severo, em torno de 193 a 211 d.C., o aborto passou a ser punido como crime assimilado ao venefício, considerando-se ofensa ao direito do marido à prole. Nesta época, dar substâncias abortivas a uma mulher, mesmo de forma culposa, era crime punido com trabalho nas minas, rejeição e confisco, conforme fosse a condição do réu, e se acaso a mulher morresse, seria aplicada a pena capital.¹³

Na Índia, através da aplicação da Lei de Manu, surgiu a cogitação de aborto como prática criminosa, sendo que se dele “resultasse a morte da mulher pertencente à casta dos padres, o responsável seria castigado como se houvesse ceifado a vida de um Brahmane, submetendo-o a penas corporais que, em grau máximo, chegariam à morte”.¹⁴

Os assírios, por sua vez, puniam severamente as práticas abortivas, sendo que se aplicava a pena de morte a quem fizesse uma mulher que ainda não tivesse filhos abortar. Caso a mulher viesse a se submeter ao aborto sem o consentimento do marido também lhe era aplicada a pena de morte, que resultava da empalação.

O livro Zend Avesta, da Pérsia, o qual era seguido como código de conduta pelo povo, além de punir a jovem que viesse a cometer manobras abortivas, também castigava os pais, sendo que a estes era cominada a pena de morte. Desta

¹¹ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*. v. II, Parte Especial. Rio de Janeiro : Forense, 1986, p. 105.

¹² COSTA, Á. *Idem*, p. 104.

¹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. v. I, Parte Especial, 9 ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 107.

¹⁴ MATIELO, Fabricio Zamprogna. *Aborto e Direito Penal*. Porto Alegre : Sagra – DC Luzzatto, 1994, p. 13.

forma, tal ordenamento diferenciava-se das demais previsões da época, já que nas outras predominava o castigo apenas à mulher ou a quem efetivamente realizasse as manobras. Os persas adotaram um sistema diferenciado de todos os demais, pois havia repressão pelo crime tanto à mãe quanto ao pai, que eram considerados conjuntamente responsáveis pelo aborto. Sua pena era a execração pública e, finalmente, a execução.

Por sua vez:

Entre gregos e romanos, estóicos e cínicos, doutrinadores da época chegaram ao extremo de aconselhar a prática ilimitada do aborto, orientação logo reprimida com a intervenção dos legisladores, que atuaram no sentido de criar leis que salvaguardassem os interesses do pai do nascituro e até com a comunidade, mas ninguém levantava a voz em defesa da gestante, eis que as mulheres daquele tempo eram tidas como verdadeiros objetos sem maior valor. Quando a constatação da gravidez ocorria fora do matrimônio, a situação mudava, pois tanto os gregos como romanos não hesitavam em aconselhar a prática do aborto.¹⁵

Aristóteles e Platão posicionavam-se favoravelmente em relação ao aborto, pois nele encontravam um meio de conter o aumento populacional, o qual, para eles, representava uma fonte inesgotável de miséria. Entretanto, Aristóteles sugeria que o aborto fosse praticado antes do feto ter recebido “sentidos e vida”, mesmo sem especificar quando isto acontecia. Por sua vez Sócrates admitia o aborto sem grandes justificativas, sustentando, acima de tudo, a liberdade de opção pela interrupção da gravidez.¹⁶

Nos primórdios de Roma, a punição quanto ao crime de aborto passou a ter caráter privado, já que o *pater familiae* tinha poder absoluto sobre a vida de seus filhos, e, conseqüentemente, dos que viessem a nascer. Se acaso a mulher praticasse manobras abortivas sem o consentimento do *pater familiae*, este tinha legitimidade para castigá-la severamente, inclusive com a morte.

Já no tempo da República romana o aborto era tido como um ato imoral. Embora este aspecto, muitas mulheres o realizavam como forma de preservar a aparência física, que nesta época tinha grande importância no meio social. Não obstante,

¹⁵ MATIELO, F. Idem, p. 14.

¹⁶ MATIELO, F. Idem, ibidem.

o crescimento de práticas abortivas foi tamanho que os legisladores passaram a considerá-lo como crime e como consequência direta disso a Lei Cornélia passou a cominar a pena de morte à mulher que consentisse com a prática abortiva e aos terceiros que participassem, com a possibilidade, nesta última hipótese, de aplicação de pena menor caso não ocorresse a morte da gestante em função do aborto.

O que se observa, porém, é que quando os povos antigos previam o aborto, geralmente o incriminavam com duras penas. Assim, mesmo naquelas remotas legislações o aborto somente era aceito – como exceção à regra geral que se constituía na sua proibição – em casos de rara extremidade, e ainda nestes poucos casos, deveriam ser preenchidos determinados requisitos.

Certo é que as manobras abortivas sempre estiveram presentes em todo mundo, independentemente da legislação, da pena, etc. O diferencial, apenas residia na autorização do aborto por algumas e vedação por outras civilizações, sendo que a regra geral era a sua reprovação.

Pode-se verificar, contudo, que as primeiras manifestações sobre a proibição do aborto demonstraram uma preocupação não somente com o ser em formação, mas também com a gestante e, finalisticamente, com a própria sociedade, em virtude do direito que lhe assiste de ter novos cidadãos.

Foi, entretanto, o Cristianismo o responsável pelo entendimento segundo o qual o aborto traduz a morte de um ser humano, significando pois, virtualmente, um homicídio. Nesta época, o direito canônico utilizando uma análise aristotélica de gestação, distinguia o feto animado do inanimado. Assim, afirmava-se que o feto passava a possuir alma 40 ou 80 dias depois da concepção, conforme fosse do sexo masculino ou feminino, e a partir de tal momento ele seria animado, sendo que antes era considerado inanimado. Neste contexto, punia-se a expulsão do corpo animado como homicídio, porque privava o feto animado da graça do batismo. A distinção, entretanto, não foi aceita por alguns doutrinadores.

Tal postura “foi contestada por S. Basílio e pelos *Decretais* do Papa Gregório IX e pelo *Decretum* de Graciano, pois a idade do feto não importaria para a

punibilidade, mas sim a gravidade da repercussão punitiva”.¹⁷ Essa distinção foi abolida por ocasião da Constituição Apostólica Sedes, de Pio IX.

Assim, o Cristianismo trouxe profundas mudanças em relação ao que se entendia a respeito do aborto, principalmente com relação à sua conceituação. Isto ocorreu em virtude das pessoas acreditarem, naquele período, que o homem possuía uma alma imortal. Durante esta época, o aborto sempre foi veementemente repudiado.

Segundo uma das correntes do pensamento cristão, “o feto adquiria alma somente no momento em que se separasse completamente do corpo materno, isto é, após findo o parto. A essa exigência acrescia-se a de que o novo ser respirasse, pois por meio da respiração o nascente adquiriria a alma, que ‘entraria’ no corpo naquele exato instante”.¹⁸ Outra linha de entendimento cristão proclamava que o nascituro era detentor de proteção divina desde o momento da concepção, de forma que as manobras abortivas eram contrárias às leis de Deus qualquer que fosse o estágio da gestação.

Ultrapassada a fase de grandes discussões, concluiu-se que desde o instante da concepção existia a obrigatoriedade de se resguardar ao nascituro o direito à vida, pois a alma já nele estaria a partir da união inicial.

Certo é que a maioria das legislações modernas de quase todos os povos foram, direta ou indiretamente, inspiradas pelas correntes do cristianismo, no que se refere à admissão ou não do aborto.

Num período não tão remoto, já no direito germânico, o aborto era considerado um tipo especial de homicídio e a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) também distinguia entre nascituro animado e inanimado, bem como certas formas de bruxaria eram punidas como práticas abortivas.

No ano de 1588, o Papa Sixto V estipulou que deveriam ser aplicadas as mesmas penas, canônicas e seculares, para o crime de aborto e para o de homicídio, sendo que isto independeria da idade do feto. O Papa Gregório XIX, entretanto, com a Constituição *Apostolica Sedes*, no ano de 1591, voltou a fazer a distinção antes utilizada, atenuando as penas eclesiásticas e as restringindo ao feto animado. Recordando lição de Quintano Ripollés, I, 485, “a idade fetal não implicava

¹⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da Costa. *Direito Penal*. v. II, Parte Especial. Rio de Janeiro : Forense, 1986, p. 105.

¹⁸ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Aborto e Direito Penal*. Porto Alegre : Sagra – DC Luzzatto, 1994, p. 15.

impunidade, apenas marcava a linha divisória para os efeitos da qualificação do homicídio, reservada para o caso dos fetos animados”. Foi apenas com a Constituição *Apostólica Sedes*, de Pio IX, em 1869, que a distinção entre feto animado e inanimado foi retirada do sistema, sendo que a partir desta época foram impostas as mesmas penas para qualquer dos casos.¹⁹

Evidente, entretanto, que em todos os tempos a posição vigorosa da Igreja foi a de condenar veementemente a prática do aborto, sendo que em épocas passadas, em virtude de diversas conjunturas, ela exerceu enorme influência em grande parte dos ordenamentos vigentes. A sua posição, na maioria das vezes, condenava até o aborto por razões terapêuticas e no caso de estupro, alegando que não poderia recair sobre o nascituro inocente as conseqüências de crime praticado por outrem. Mesmo atualmente, a posição da Igreja continua contrária à prática abortiva.

Conforme Carrara, “os práticos aderiram à distinção entre feto animado e inanimado, punindo-se o primeiro com as penas do homicídio, e, o segundo, com o exílio”.²⁰

Entretanto, a equiparação do aborto sobre o feto animado ao homicídio tardou a ser admitida pelas legislações, as quais seguiam as idéias clássicas do direito romano, que não assemelhava o “não nascido” à pessoa de direito. A máxima repressão aparece no Direito francês que o equiparava ao homicídio cominando, para tal, a pena de morte. Feuerbach combateu tal equiparação (valor da vida humana do feto) e teve papel relevante nas legislações do século XIX para atenuação das penas cominadas ao aborto em relação às penas aplicadas ao homicídio.²¹

Com o Iluminismo excluiu-se a equiparação ao homicídio, muito embora a severidade das penas do aborto continuasse a mesma. Atenuou-se nesta época, entretanto, a pena para a gestante que praticasse o aborto por motivo de honra.

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. v. I, Parte Especial, 9 ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 107.

²⁰ CARRARA *apud* FRAGOSO, H. *Idem*, p. 108.

²¹ FRAGOSO, H. *Idem*, *ibidem*.

No ano de 1896 surgiu o neomalthusianismo que proclamava “o direito à satisfação dos institutos genéticos e o controle da maternidade através do uso de meios destinados a proteger a mulher contra a gravidez indesejada”.²²

1.3.1 A legislação pretérita no Brasil

O Código Criminal do Império tipificava o aborto no art. 199, sendo que tal crime era punido quando fosse provocado por terceiro, independentemente de ser praticado com ou sem o consentimento da gestante. Não se castigava, entretanto, o auto-aborto, seguindo o exemplo do Código Penal francês, de 1791. Ao fornecimento de drogas ou quaisquer meios para a produção do aborto, ainda que este não ocorresse, era cominada uma pena de 2 a 6 anos de prisão com trabalho, e dobrada caso o aborto fosse praticado por médico, boticário, cirurgião, ou praticante de tais artes. A pena privativa de liberdade aplicada para o tipo fundamental era de 1 a 5 anos de prisão com trabalho.²³

O Código de 1890 regulava a matéria nos artigos 300, 301 e 302. Ao tipo penal básico cominava-se a pena de prisão celular de dois a seis anos, sendo que se acaso ocorresse a morte da mulher, a pena passaria a ser de seis a vinte e quatro anos. O aborto voluntário, denominado auto-aborto, passou a ser incriminado a partir deste diploma legal. Também passou a ser considerado crime o ato da mulher praticar manobras abortivas para ocultar a própria desonra, configurando o denominado aborto *honoris causa*; neste caso, porém, havia atenuação da pena. Quando decorresse a morte da mulher em virtude da conduta culposa do médico ou da parteira, na prática do aborto legal ou necessário, a prisão seria de dois meses a dois anos.²⁴

O referido Código de 1890, porém, destoando da regra geral da época, mereceu inúmeros comentários, especialmente pela disposição contida no parágrafo

²² COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*. v. II, Parte Especial. Rio de Janeiro : Forense, 1986, p.107.

²³ COSTA, Á. Idem, p. 110.

²⁴ COSTA, Á. Idem, *ibidem*.

primeiro do artigo 300, o qual determinava: “Se em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo seguir-se a morte da mulher...”. Esta regra, assim disposta, revelava uma notável preocupação não apenas com o feto, mas igualmente com a gestante.

Este dispositivo legal, foi alvo de muitas críticas por penalistas que não concordavam com uma proteção demasiada à gestante que fosse alvo de aborto provocado por outra pessoa, em detrimento de uma maior proteção ao ser em formação.

As censuras eram tão veementes que alguns iam ao extremo de interpretar os ditames do estatuto penal de 1890 como sendo, antes de mais nada, lei de desamparo aos inocentes. Neste sentido, proclamava-se que a referência ao feto era apenas indireta, velando a lei, quase que exclusivamente, sobre a gestante na qual se provoca um aborto. A discussão foi de tamanha repercussão que inclusive penalistas estrangeiros, como Nerio Rojas, manifestaram-se sobre o assunto. Tal foi seu comentário: “En el Código Penal del Brasil se hace una prevision original...”, que literalmente significa que no Código Penal brasileiro se faz uma previsão original, em clara referência à proteção dispensada à gestante.²⁵

Alguns estudiosos chegaram ao ponto de sustentar o aborto era na verdade um conceito sinônimo de feticídio, ou seja, a morte criminosa do feto.

Outra fonte de críticas foi a expressão utilizada pelo legislador nos códigos penais: “expulsão do fruto da concepção”, uma vez que inexistiria crime se fosse provocada a expulsão da chamada “mola”, que era o produto degenerado da concepção que jamais se transformaria em ser humano. O mesmo também pode ser dito para os casos de se provocar a eliminação do feto já morto, ou até de um feto imaturo que consegue sobreviver após manobras, isto porque, nestas situações não se pode considerar que houvesse atentado contra a pessoa ou contra a vida, muito embora a mola e o feto pré-morto também sejam produtos da concepção.

Levando em consideração a demasiada atenção dispensada à gestante, pela legislação de 1890, caso o produto da concepção não fosse a vítima – por não se constituir em ser humano ou, caso produto normal, por conseguir sobreviver às manobras, certamente a vítima poderia ser considerada a mulher grávida, quando o

²⁵ ROJA, Nerio *apud* MATIELO, Fabricio Zamprogna. *Aborto e Direito Penal*. Porto Alegre : Sagra – DC Luzzatto, 1994, p. 54.

crime de aborto fosse executado por outra pessoa sem o seu consentimento. Este fato, porém, somente se admitiria quando da prática do aborto resultassem lesões na mulher. Quando fosse a própria gestante a autora do aborto, e comprovada a interrupção da gravidez, a punição seria contra ela.

Foram inúmeros os penalistas que declinaram sua inconformidade com a legislação do século passado, em matéria de aborto. Muitos, porém, apenas circundaram suas críticas à análise da pena de prisão imposta para o crime, que seria de seis meses a um ano, ou de dois a seis anos caso a vítima fosse o embrião ou feto, e de seis a vinte e quatro anos quando falecesse a gestante, demonstrando desproporcional tratamento. Deste modo, é quase natural que as observações dos estudiosos daquela época confirmassem a tese do direcionamento do Código Penal de 1890 para a proteção efetiva da gestante, bem mais branda quando fosse vitimado somente o ser em desenvolvimento.

Já o Código Penal de 1940, por sua vez, prevê o aborto provocado pela gestante, o provocado por terceiro *com* ou *sem* seu consentimento e sua forma qualificada – quando resulta morte ou lesões corporais de natureza grave –, e isenta de punição – através da exclusão da antijuridicidade da ação – o médico que pratica o aborto necessário ou quando a gravidez foi resultante de estupro, na forma dos artigos 124 e 128 do Código Penal.

O Código Penal de 1969 reintroduzia em nosso direito o aborto por motivo de honra, em seu artigo 127, como forma privilegiada do crime, o qual a legislação atual desconhece. “Como diz Soler, se se admite essa atenuação no infanticídio, não se pode deixá-la de lado no aborto”. Este código também previu o denominado aborto preterdoloso.²⁶

Assim, o Código Penal de 1969:

Prevvia o auto-aborto, o aborto praticado com ou sem consentimento da gestante, a ausência de validade do consentimento (obtido mediante fraude ou coação, ou sendo menor de 16 anos, doente ou deficiente mental), o tipo qualificado pelo resultado (morte ou lesão corporal de natureza grave), o aborto preterdoloso (empregar violência contra a mulher cuja gravidez não ignora ou é manifesta, causando-lhe aborto) e fazia prever, seguindo o código de 1830, o aborto por motivo de honra. O CP de 1969, ao incriminar

²⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. v. I, Parte Especial, 9 ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 109.

o aborto preterdolo, inspirou-se no Projeto Soler, suprimindo a lesão corporal gravíssima prevista no art. 129, § 2.º, V, do código penal de 1940. Em nosso código penal de 1969 adotava-se a *honoris causa* (art. 127), circunstância especial só a ser reconhecida em mulher honesta, i. é, inaplicável à prostituta, à adúltera, podendo ser reconhecida à casadas e viúvas.²⁷

“O frustrado código de 1969 manteve o rígido caráter repressivo de nossa legislação, evidentemente inadequado, suprimindo, inclusive, em sua última redação, a permissão para o aborto em caso de estupro, existente no CP em vigor. É certo que a tendência liberatória, no sentido de ampliar os casos de interrupção da gravidez, é hoje generalizada e irreversível.”²⁸

1.4 O aborto no direito estrangeiro

São inúmeros os países que admitem a prática do aborto, sem restrições de qualquer ordem, quando houver solicitação da gestante, e o pedido ocorrer até o 3º mês de gravidez. Com base em uma pesquisa realizada por Rebecca J. Cook, de 1988, podemos citar vários países que se enquadram nesta situação, como por exemplo: Áustria, Cingapura, Alemanha (Oriental), Suécia, Tunísia, Canadá e Estados Unidos.²⁹

Existem ainda, conforme a pesquisa realizada, vários outros países onde não se usa, tecnicamente, a “solicitação” da gestante, mas admite-se o aborto em casos de risco para a “saúde mental” da mulher, o que também torna bastante grande a gama de possibilidades do aborto legal. Neste caso, são exemplos os seguintes países: Burundi, Gana, Libéria, Seychelles, África do Sul, Zâmbia, Austrália, Polinésia Francesa, Hong Kong, Índia, Nova Zelândia, Cingapura, Taiwan, Bulgária, Dinamarca, Grécia, Itália, Holanda, Noruega, Portugal, Espanha, Reino Unido, Iugoslávia, Israel, Kuwait, Peru, etc.

²⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*. v. II, Parte Especial. Rio de Janeiro : Forense, 1986, p. 110.

²⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. v. I, Parte Especial, 9 ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 109.

²⁹ COOK, Rebecca J.. *Leis e Políticas Sobre o Aborto*. São Paulo : Conselho Estadual da Condição Feminina, 1991, p. 55.

Na Guatemala, em Honduras e nos Emirados Árabes a autorização para o aborto é restrita apenas aos casos de risco de vida da gestante, o que se pode explicar pela prevalência de um patriarcalismo inflexível, onde os direitos humanos femininos talvez não estejam, ainda, colocados na ordem do dia.³⁰

O Brasil, embora figure entre os países que admitem a prática do aborto em casos muito restritos, já iniciou discussões sobre o assunto para possibilitar as alterações legislativas que possibilitem uma maior adequação entre a realidade vivida e os casos permitidos legalmente.

É claro que todos os países do mundo, quer de uma forma quer de outra, admitem a prática do aborto, em situações específicas. A tendência, contudo, conforme podemos verificar da análise conjunta de todas as legislações sobre o assunto, é que as projeções futuras apontam para a legalização do aborto, principalmente para os casos em que houver solicitação da gestante – inclusive nos países onde esta espécie de autorização ainda não existe, como é o caso do Brasil.

1.5 A Legislação Penal Brasileira em relação ao Aborto

Os dispositivos que tratam do aborto como conduta punível estão inseridos no capítulo I do título I da Parte Especial do Código Penal, que cuida dos crimes contra a vida.

Para fins de configuração do aborto, não existe distinção entre óvulo fecundado, embrião ou feto, bastando a simples interrupção da gravidez. Também há de ser uma gravidez normal, de maneira que a interrupção da gravidez extrauterina – no ovário, fimbria, trompas ou na parede uterina – não configura aborto, uma vez que o produto da concepção não atinge vida própria.³¹

Conforme já referido anteriormente, na doutrina penal pátria, o aborto está classificado em diversas modalidades, como podemos verificar: a) o auto-aborto

³⁰ COOK, R. Idem, *ibidem*.

³¹ REIS, Dagma Paulino dos. *Revista dos Tribunais*. Aborto: a polêmica interrupção voluntária ou necessária da gravidez. Uma questão criminal ou de saúde pública? Ano 83, novembro de 1994, vol. 709, p. 277.

(artigo 124, 1ª parte); b) o aborto consentido pela gestante (artigo 124, 2ª parte que regula a participação da gestante, artigo 126 que determina a conduta do terceiro); c) o aborto provocado não consentido pela gestante (artigo 125); d) o aborto qualificado (artigo 127); e) o aborto necessário (artigo 128, I) e, f) o aborto sentimental (artigo 128, II, todos do Código Penal).

O artigo 124 do Diploma penal referido, pune o denominado auto-aborto em duas situações distintas: a primeira delas ocorre quando a própria gestante provoca o aborto, executando todos os atos necessários para tal fim, agindo como autora do delito – crime de mão própria. A segunda situação típica, ocorre quando a gestante tão somente consente que uma terceira pessoa lho provoque o aborto, não praticando, portanto, os atos executórios da infração penal. Neste caso, a gestante é co-autora do delito da mesma maneira que o terceiro provocador do aborto, pois ambos têm o domínio funcional do fato e comportam-se de forma coordenada para o fim ilícito.

A intenção do legislador, nesta última situação, foi punir a gestante e o terceiro provocador de maneira diversa: diante de um fato criminoso, estabeleceu duas figuras típicas que excepcionam o princípio da unidade do crime adotado para o concurso de agentes (artigo 29 do Código Penal).³² Desta forma, o artigo 126 do Código Penal estabelece a pena de reclusão de uma a quatro anos para quem “provocar aborto com consentimento da gestante”, enquanto o artigo 124, em sua segunda parte, do citado diploma legal, prevê a pena de detenção de um a três anos para a gestante que “provocar aborto em si mesma ou consentir que outro lho provoque”.

De outra banda, quando ocorre a provocação do aborto por terceiro sem o consentimento da gestante, ou então, quando este consentimento não é válido sob o ponto de vista jurídico-penal – como nos casos em que a gestante não for maior de 14 anos, ou for alienada ou débil mental, ou então, nos casos em que seu consentimento foi obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência – a pena é de reclusão de três a dez anos (artigos 125 e 126, parágrafo único do Código Penal), ou seja, mais grave do que nas hipóteses anteriores.

No artigo 127 do Código Penal, o legislador estabeleceu as formas qualificadas do aborto praticado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante.

³² JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. v. 1 – Parte Geral, 15 ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 336.

Seja em razão do aborto, seja por causa dos meios empregados para sua produção, se resultar lesão corporal de natureza grave ou morte da gestante, a pena será aumentada de um terço ou duplicada, em um ou outro caso. Trata-se de um delito qualificado pelo resultado – um crime preterdoloso – em que o agente detém o dolo num primeiro momento, qual seja, na prática do aborto, e atua com culpa posteriormente, causando o resultado mais grave (artigo 19 do Código Penal).³³

Por fim, o legislador adotou a solução das indicações para determinar as hipóteses em que a prática do aborto não é punível (artigo 128, I e II, do Código Penal), como a seguir será analisado.

1.5.1 O Aborto Legal

O Código Penal Brasileiro não veda, de forma absoluta, a prática do aborto. Considerada criminosa como regra, a interrupção da gravidez é admitida em dois casos excepcionais, que convém analisar:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico;
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante.

Trata-se do denominado aborto necessário ou terapêutico, que tem como finalidade impedir que se prossiga em uma gravidez de alto risco para a gestante. Muito embora possa parecer que o legislador tenha escolhido preservar a vida da mulher em detrimento do feto, numa época em que a valorização feminina prendia-se quase que exclusivamente à maternidade, é importante recordar que, freqüentemente, quando a gravidez põe em risco a vida da mãe também a vida do feto encontra-se comprometida. Na realidade, “a opção do legislador era: ou morrem ambos ou salva-se a mulher, o que, evidentemente, não poderia constituir um grande dilema”.³⁴

³³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. v. 2 – Parte Especial, 13 ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 110.

³⁴ ELUF, Luiza Nagib. *Revista dos Tribunais*. Prática do aborto. Ano 82, maio de 1993, vol. 691, p. 285.

Esta modalidade de aborto caracteriza-se, no entender da doutrina, como um caso de estado de necessidade – que não existiria no caso de perigo futuro. Contudo, para afastar qualquer dúvida o legislador deixou expressamente consignada a possibilidade do médico provocar o aborto caso verificasse ser esse o único meio de salvar a vida da gestante.³⁵

Para que configure o estado de necessidade:

Não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante. O risco de vida pode decorrer de anemias profundas, diabetes, cardiopatias, tuberculose pulmonar, câncer uterino, má conformação da mulher etc. Tais riscos, porém, atualmente podem ser superados tendo em vista a evolução da medicina e cirurgia. Almeida Jr., citando Raul Briquet, afirma: “O aborto terapêutico provém ou da deficiência de conhecimentos médicos, ou da inobservância dos princípios da assistência pré-natal”. Num país como o nosso, todavia, em que é elevado o nível de pobreza, precário atendimento médico do Estado e inexistentes as condições de saúde e higiene, especialmente em lugares distantes, não é descabida a justificativa legal.³⁶

Afirma Adriano Marrey que “depende o aborto necessário do consentimento da gestante, pois não se equipara à intervenção cirúrgica, que pode ser levada a efeito contra a vontade do paciente”.³⁷

Na verdade, o médico não necessita do consentimento para intervir, pois este apenas é exigido no inciso II do artigo 128 do diploma legal. O médico é quem deverá decidir sobre a necessidade ou não de se realizar o aborto, conforme as condições da saúde da mãe. Não se conclua, entretanto, apesar de a lei ter erigido como bem maior a vida da mãe, que a vida intra-uterina é um bem jurídico menor que merece menos proteção.³⁸ Trata-se, como já foi observado anteriormente, de opção lógica que o legislador teve que tomar, pois frequentemente, quando a gravidez põe em risco a vida da mãe também a vida do feto encontra-se comprometida, ou seja, salva-se a vida da mãe, pois se isto não for feito certamente a criança também não sobreviverá.

Acaso o aborto seja praticado por pessoa não habilitada legalmente, uma vez que o tipo penal prevê expressamente a figura do médico (“*não se pune o*

³⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 2, 3 ed. São Paulo : Atlas, 1986, p. 79.

³⁶ MIRABETE, J. Idem, p. 80.

³⁷ MARREY, Adriano. *Revista dos Tribunais*. O crime de aborto. Ano de 1963, vol. 329, p. 13.

³⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 2, 3 ed. São Paulo : Atlas, 1986, p. 81.

aborto praticado por médico”), poder-se-á alegar, na lição da mais autorizada doutrina, o estado de necessidade, nos termos do artigo 24 do Código Penal, quando estiver configurada a existência de perigo atual que coloque em risco a vida da mulher. Configurado, assim, o estado de necessidade, não haverá qualquer implicação penal visto que este tem o condão de excluir a ilicitude da conduta.

O segundo caso de aborto legal encontra-se elencado no inciso II do mesmo artigo 128, que dispõe:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

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

Trata-se do chamado aborto sentimental, ético ou humanitário, que é aquele que pode ser praticado quando a gravidez tiver resultado de estupro.

Muitos doutrinadores tem entendido que neste caso também encontra-se configurado o estado de necessidade ou causa de não-exigibilidade de outra conduta.

A justificativa de tal norma permissiva encontra-se no fato de a mulher não ter que ficar “obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado”.³⁹ Outros ainda argumentam, para fundamentar a permissão legal, que quase sempre o sujeito ativo do crime de estupro é uma pessoa degenerada, anormal, sendo que é absolutamente possível que se transmitam algumas destas características hereditariamente.

Outrossim, vale trazer a questão proposta por Luíza Nagib Eluf para esta hipótese de realização do aborto: “por que a lei permite o aborto em caso de estupro e não o aceita em caso de vontade da gestante? Tanto numa situação quanto na outra, a gravidez é indesejada; a diferença reside, apenas, na natureza do ato sexual que lhe deu origem”.⁴⁰

Na lição da citada autora, o estupro é uma das maneiras mais cruéis de violência praticada contra a mulher, sendo que o ordenamento penal brasileiro condena seu autor a penas muito severas. Entretanto, acaso resulte ainda uma gravidez desta agressão perpetrada, a legislação penal autoriza a gestante a fazer o aborto por entender

³⁹ MIRABETE, J. *Idem. ibidem.*

⁴⁰ ELUF, Luíza Nagib. *Revista dos Tribunais*. Prática do aborto. Ano 82, maio de 1993, vol. 691, p. 287.

que ela não está obrigada a suportar mais uma situação traumatizante, além da que já sofreu. Nas palavras de Aníbal Bruno⁴¹, a mulher desenvolveria aversão ao fruto da violência, "...que se tornará em imagem viva da ofensa e humilhação de que foi vítima, pela situação aflitiva criada por aquele permanente testemunho de sua desonra". O próprio ordenamento penal reconhece, desta forma, que a gravidez indesejada é insuportável para a mulher, sendo que não se deve lhe cobrar tal preço quando esta resultou de ato sexual contrário à sua vontade. Aníbal Bruno ainda ressalta a idéia moralista de "desonra" que estigmatiza a mulher vítima de estupro, determinando toda a doutrina jurídica, razão pela qual se ignora, inclusive, a extrema violência que reveste o ato criminoso. Isto também determina que o estupro seja colocado no Código dentre os crimes contra os costumes, e não contra a pessoa. Assim, no crime de estupro o legislador teve como fim proteger a sociedade e a família, não a pessoa humana do sexo feminino. Neste contexto, fica por demais ressaltada a noção de "culpa sexual", que permeia nossa lei penal, na linguagem de Luiza Nagib Eluf, que ainda ressalta: "se uma gravidez resulta de ato consentido pela mulher, mesmo que indesejada, inoportuna ou mesmo economicamente inviável ela deverá ser suportada por apenas uma das pessoas envolvidas (os homens frequentemente ficam alheios ao problema), como justa punição à heresia da busca do prazer".⁴²

Para que se pratique o aborto não existe nenhuma necessidade que já tenha sido prolatada a sentença condenatória contra o autor do estupro e nem mesmo é necessária a autorização judicial para tanto. Isto ocorre por uma questão evidentemente lógica, uma vez que, a atual morosidade do nosso sistema judiciário impossibilitaria por completo a realização do aborto acaso houvesse esta exigência, pois certamente seriam raros os casos de crime de estupro que estariam julgados antes do nascimento da criança, e mesmo assim, com certeza já não seria mais viável a realização do aborto pela adiantada gravidez.

O médico, para realizar o aborto deve verificar com o devido zelo todas as provas e elementos sérios a respeito da ocorrência do estupro (boletim de ocorrência, declarações, atestados, etc.), levando em consideração, também, o Código

⁴¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal Parte Especial, I*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 174.

⁴² ELUF, Luiza Nagib. *Revista dos Tribunais*. Prática do aborto. Ano 82, maio de 1993, vol. 691, p. 287.

de Ética Médica. Acaso ocorra erro por parte do médico, induzido ao engano pela gestante ou terceiro, este não responderá pelo crime visto ter incorrido num erro de tipo.

Para ficar configurado o artigo 224 do diploma repressivo, que dispõe sobre a presunção de violência no estupro, bastará a prova da causa, como por exemplo a prova da menoridade, que se faz através da certidão de nascimento.

Considerável parte da doutrina sustenta que se acaso a gravidez resultar não de estupro, mas sim de atentado violento ao pudor, poderá se isentar o agente, através da aplicação do dispositivo relativo ao aborto lançando mão da analogia *in bonam partem*.

Como o tipo penal prevê apenas a figura do aborto, o infanticídio praticado por mulher estuprada ou a seu pedido é criminoso.

O aborto realizado por motivos eugênicos também é incriminado, pois:

Não há excludente da criminalidade no chamado aborto eugenésico (ou aborto eugênico) que é o “executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança dos pais”.⁴³

Outra forma de aborto que é punido é o denominado aborto econômico ou social, que é realizado para impedir que se agrave a situação de indigência e miséria da gestante. O aborto *honoris causa*, que é praticado pela mãe em decorrência da gravidez resultante de relacionamento extraconjugal, representa outra modalidade vedada:

Pune-se, também, o aborto que tem como finalidade preservar a saúde da gestante quando não corre ela risco de vida, “mesmo quando verificada a necessidade do ponto-de-vista médico e ainda que, por motivo a ela relacionado ou por outras especiais condições não possa a paciente levar avante sua gravidez sem risco de sua integridade física ou mental”.⁴⁴

⁴³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 2, 3 ed. São Paulo : Atlas, 1986, p. 81.

⁴⁴ MARREY, Adriano. *Revista dos Tribunais*. O crime de aborto. Ano de 1963, vol. 329, p. 14.

As duas situações previstas no artigo 128 do estatuto repressivo, na interpretação de Mirabete, “são causas excludentes da criminalidade, embora a redação do dispositivo pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade”.⁴⁵

Desta forma:

A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. Os dois incisos do art. 128 contém causas de exclusão da antijuridicidade. Note-se que o CP diz que “não se pune o aborto”. Fato impune em matéria penal, é fato lícito. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do art. 128, não há crime por exclusão da ilicitude. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse “não se pune o médico”.⁴⁶

1.6 Estatísticas mundiais sobre o aborto

Após a Primeira Grande Guerra Mundial, que ocorreu entre os anos de 1914 e 1918, vários países decidiram combater a qualquer custo o alarmante número de abortos realizados. A repressão utilizada no combate ao aborto teve formas bastante violentas, pois castigava-se fisicamente, expulsava-se, excluía-se da sociedade, toda as mulheres que praticassem o aborto. Entre os países que combateram de forma mais rigorosa a interrupção do curso normal da gestação destacam-se a França e a Bélgica, que para atingir os objetivos almejados, afastando a prática abortiva, modificaram suas leis internas, refundiram regulamentos e criaram novas legislações, utilizando quase sempre a violência, que nada mais era do que um resquício trazido da guerra.⁴⁷

Não se pense que o intuito de tão veemente combate ao aborto, fosse a proteção da vida dos nascituros, revelando um sentido nobre aos atos impetuosos, o que se objetivava, isto sim, era garantir para o futuro número representativo de soldados que poderiam participar de eventuais combates com outras nações. Com esta mentalidade, certamente deveria se combater o aborto visto que cada um significava, diretamente, um

⁴⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 2, 3 ed. São Paulo : Atlas, 1986, p. 79.

⁴⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. v. 2, Parte Especial, 13. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 109.

⁴⁷ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Aborto e Direito Penal*. Porto Alegre : Sagra – DC Luzzatto, 1994, p. 42.

desfalque nos pelotões, nas fábricas de armamentos ou no manejo de canhões, metralhadoras e demais artefatos de batalha.

Paralelamente a todo esse movimento, surgia uma tímida corrente que pregava a licitude do aborto em casos de mulheres cuja gravidez houvesse decorrido de estupro levado a efeito por invasores estrangeiros em tempo de guerra. Efetivamente, nestes casos, muitas mulheres que conseguiram demonstrar o abuso obtiveram licença oficial para interromper a gestação.

Com o decorrer do tempo ficou demonstrado que os métodos violentos utilizados para diminuir os índices de aborto surtiram um efeito contrário ao pretendido, ou seja, naqueles países os números não cederam, chegando mesmo a aumentar em alguns períodos. Assim, “o aborto percorreu idêntico caminho da prostituição, onde as chamadas ‘mulheres perdidas’ sofreram incomensuráveis atrocidades àquela época, mas não se conseguiu baixar a incidência”.⁴⁸ A causa disso, para o referido autor, era porque se combatia apenas o fato e o efeito, não dispensando a devida preocupação com a causa, de modo que, substituindo a causa, impossível seria de conter o resultado.

Por ironia, nos deparamos, de certa forma, com o mesmo acontecimento de tempos passados, uma vez que o que se verifica atualmente são inúmeras legislações de todo o mundo combatendo impetuosamente as práticas abortivas, tentando a todo custo refreá-las, mas o que infelizmente se constata é acelerado crescimento no número de abortos, ocasionando na prática, o descontrole total sobre a situação.

Em sua obra, Matielo cita dados referentes aos índices de aborto de inúmeros países, os quais passamos a examinar.⁴⁹

Antigamente na França, por exemplo, calculava-se em 200.000 (duzentos mil) os abortos praticados anualmente, sendo que existiam, contudo, números ainda mais contundentes que apontavam para uma quantidade superior a 400.000 (quatrocentos mil) por ano. Hoje, aquele país continua convivendo com índices elevados, sem perspectivas de decréscimo. A legislação penal francesa inclinou-se por um conceito de aborto baseado na doutrina cristã, sendo que naquele país existe uma

⁴⁸ MATIELO, F. Idem, p. 43.

⁴⁹ MATIELO, F. Idem, ibidem.

preocupação demasiada com o novo ser que nascerá, em detrimento de uma preocupação em relação à gestante.

Segundo os dados, antes da Primeira Guerra a Alemanha apresentava índices de cerca de 200.000 (duzentos mil) abortos anuais, sendo que a cada ano este número aumentava consideravelmente, chegando a aproximadamente 600.000 (seiscentos mil) a cada ano. Pesquisas indicaram que desse número de casos registrados a cada doze meses, resultavam 40.000 (quarenta mil) gestantes mortas em virtude das manobras abortivas.

Na Alemanha era obrigatória a realização do exame de corpo de delito no feto. Se por ventura o feto viesse a desaparecer, por qualquer razão, tornava-se impossível condenar quem tivesse praticado o aborto. Esta circunstância foi utilizada muitas vezes como meio de atingir a impunidade de criminosos especializados em práticas abortivas.

Tempos mais tarde, surgiu uma corrente que atribuía ao crime de aborto o caráter de homicídio, objetivando com isso a redução dos seus índices. Mesmo com todas as tentativas para deter o crescimento da realização de abortos, a Alemanha, ainda hoje, se depara com grande quantidade de crimes.

A legislação da antiga União Soviética foi uma das primeiras a inovar em termos de legalização do aborto. Tal mudança ocorreu em virtude de acreditarem, naquele país, que no momento em que a mulher decide abortar é praticamente impossível demovê-la de tal objetivo. Desta forma, como as manobras abortivas sem condições técnicas e higiênicas representam um enorme risco para a saúde da gestante, posiciona-se, entre duas vidas em perigo, pela vida da mulher, já que esta é certa enquanto que a outra (do feto) apenas provável.

A União Soviética, para autorizar o aborto livre, também chamado de econômico, baseava-se na alegação de que as práticas clandestinas tinham dois efeitos negativos, o demográfico e o médico. Sustentava-se, também, que o motivo determinante da prática do aborto era de ordem econômica, mas como era impossível fazer cessar imediatamente esta causa, deveria ser liberado o aborto. Assim, ao invés do aborto clandestino, preferiam o oficial, realizado por pessoas capazes e com os devidos cuidados.

Neste contexto, a partir de 1920 começou a permitir-se legalmente a execução do aborto econômico, que visava as pessoas que não tivessem condições financeiras de criar o filho. No ano de 1934 realizaram-se 90.000 (noventa mil) abortos oficiais só na capital.

Depois de passado algum tempo, o governo soviético revogou a lei liberatória do aborto, retornando o país à proibição total, tendo como principal motivo a resguarda da saúde das gestantes. Entretanto, no mês de novembro de 1955, em virtude das grandes dificuldades econômicas experimentadas naquele país, voltou-se a adotar a liberdade de aborto.

Vários outros países, seguindo o modelo da União Soviética, invocaram motivos de índole social para legalizar a prática abortiva. A Suécia foi um destes países, onde se pode verificar uma elevação de 500 para 6.000 práticas abortivas anuais. O interessante é que apenas 10% desses abortos eram praticados com base em necessidades médicas e eugênicas, sendo que 90% resultavam de condições sociais.

Na Dinamarca também se verificou fenômeno semelhante, onde se constatou uma elevação de 522 abortos para 4.981 no ano de 1950. Contudo, o número real foi estimado em aproximadamente 20.000 abortos anuais, sendo que destes 5.000 eram legais, 6.000 espontâneos e 9.000 criminosos. Daquele tempo até os dias de hoje, os números continuaram crescendo consideravelmente, sendo que atualmente a medida está em torno de uma maior conscientização da população.

Nos Estados Unidos da América, o problema que havia desde muito cedo apenas se agravou com o aumento das diferenças sociais no país. Na década de trinta calculava-se em 700.000 (setecentos mil) abortos criminosos anualmente, com inúmeras gestantes mortas em virtudes dos processos abortivos. Tais dados foram fornecidos pelo periódico *The Journal of Obstetrics*, especializado em assuntos sobre medicina, a partir de informações colhidas junto a médicos, delegacias de polícia, etc.

De acordo com as estatísticas oficiais americanas, são praticados cerca de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) abortos por ano no estado, dos quais 6.000 representam óbito da mulher em virtude de complicações, desconsiderando outros tantos que deixam graves seqüelas.

Uma particularidade dos Estados Unidos é que naquele país cada unidade ou estado americano pode elaborar suas próprias leis, diante do que, o aborto será liberado ou proibido conforme a conveniência de cada região.

Assim, na Filadélfia, os abortos ilegais representam cerca de 50% das mortes das gestantes. Em Michigan, também encontramos este mesmo índice alarmante, enquanto que no Brooklin é 33% e na Califórnia baixa para 28%. Estes números sempre variam de acordo com a maior ou menor facilidade de se promover, nos diversos Estados americanos, práticas abortivas consentidas pela legislação.

Na Filadélfia, em cada grupo de 4.000 a 5.000 partos anuais ocorrem em média 800 a 1.000 abortos. Nas práticas ilícitas, cerca de 1/3 resulta em graves problemas de infecção.

O que não se pode desconsiderar é o fato de que em qualquer pesquisa realizada, o resultado a que se chega jamais representará os números reais, em virtude da negativa das mulheres em admitir a realização, por medo ou desinformação.

A Grã-Bretanha, que é composta pela Escócia, Inglaterra, Irlanda do Norte e País de Gales, autoriza a realização do aborto em alguns restritos casos. A Lei do Aborto (*Abortion Act*), como é chamada, datada de 1967, prevê tal possibilidade em apenas quatro casos: risco de vida para a mulher; risco de prejudicar a saúde física ou mental da mulher; risco de prejudicar a saúde física ou mental dos filhos já existentes; e risco substancial de nascer criança excepcional, com anomalias físicas ou mentais. Assim, quando houvesse suspeita da mulher se enquadrar em alguma das hipóteses acima, dois médicos habilitados e de notória capacidade técnica e moral deveriam decidir se o caso estava conforme o que dispõe a lei, devendo, ainda, ser preenchido um formulário onde fossem colocadas as razões que amparam a pretensão abortiva.

A referida Lei do Aborto não limita temporalmente a realização do aborto, desde que seja um dos casos enquadrados na legislação. A Lei de Preservação da Vida Infantil (*Infant Life Act*), de 1929, também é utilizada para regular o tema. Vigê em toda Grã-Bretanha, menos na Escócia, e proclama, para fins de aplicação da lei, que a mulher que estiver grávida de vinte e oito semanas ou mais já demonstrou suficientemente de que traz em si uma criança capaz de nascer viva. Desta forma, conforme se verifica pelas duas leis, conclui-se que existe permissão legal para a

interrupção da gravidez, desde que preenchidas as condições legais, até que se atinja o tempo máximo de vinte e oito semanas a partir da concepção, ou seja, sete meses.

Entretanto, com o passar do tempo, muitas modificações foram sendo propostas à Lei do Aborto, o que trouxe a polêmica que até hoje persiste. Seriam estas algumas modificações sugeridas: proibir abortos em mulheres estrangeiras que não residam na Inglaterra há pelo menos vinte semanas; eliminar consultórios de gravidez que trabalham com fins lucrativos, proibindo toda forma de publicidade de práticas abortivas; tornar ilegais os abortos depois de vinte semanas (cinco meses) de gestação, a não ser que existam causas gravíssimas de ordem médica; controlar a utilização dos fêtos em pesquisas experimentais; limitar as indicações e as razões para o aborto legal aos casos de grave risco para a vida ou perigo iminente à saúde física ou psíquica da gestante; tornar aos médicos obrigatória a prova, nos casos controvertidos, de que o aborto foi legal, sob pena de prisão de até cinco anos.

2 O “ABORTO EUGÊNICO”

2.1 Uma breve visão sobre o Biodireito

Aspecto importante e atual, o tema do “aborto eugênico” é vasto. Trata-se de um capítulo à parte, que discorre sobre questões específicas e envolve temas complexos.

Nesse contexto, o biodireito surge no sentido de apresentar os princípios que visam à solução do problema que envolve a questão do “aborto eugênico”. A sua origem contextual advém do termo bioética – de *bio*, vida e *ética*: ética da vida.

Na lição de Warley Rodrigues Belo, tanto a bioética como o biodireito “direcionam-se na finalidade de fortalecer a dignidade humana, o respeito recíproco entre os seres vivos e, até mesmo, criticar a ideologia do *dura lex, sed lex* – muitas vezes bandeira de fácil manejo àqueles que se rendem ao comodismo de citar a lei como argumento de imobilização jurídica social”.¹

De acordo com a doutrina de Belo, a filosofia do Direito ocupa um papel essencial no nascimento do biodireito, pois ela representa o “sustentáculo primordial da engrenagem que capta as mudanças de nossa sociedade”. Para compreender tal assertiva, basta recordar os ensinamentos do grande mestre Miguel Reale quando proclamava que:

A Filosofia do Direito se situa, paradoxalmente, na base e na cúpula do edifício jurídico, representando tanto alicerces da experiência jurídica (os princípios e fundamentos transcendentais) como o sentido unitário e englobante do Direito como experiência ideal de justiça. A Filosofia do Direito indaga dos pressupostos lógicos da Ciência do Direito e de seus métodos de pesquisa; procura determinar o sentido objetivo de sua história, através de mil vicissitudes sociais, nos diversos ciclos de suas evoluções e

¹ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 76.

involuções, calmarias e crises e finalmente, afronta o problema central do fundamento do Direito, indagando os valores e fins que norteiam e devem nortear o homem na experiência jurídica. Essa tríplice ordem de indagações não se discrimina, porém, sem uma prévia tomada de contato com a experiência jurídica, para saber em que consiste o Direito e ao mesmo tempo como realidade e como conceito.²

Na realidade, tanto o biodireito, como a bioética e a filosofia do direito possuem conceitos extremamente críticos, razão pela qual a procura de novas soluções para velhas questões jurídicas é algo que reflete a sua própria natureza.

Desta forma, é fatal que essas matérias considerem questões como o “aborto eugênico” de forma mais flexível, oferecendo vários caminhos ao problema da inviabilidade do feto após o nascimento. Isto porque, como disciplinas críticas que são, “não se rendem a conceitos puramente positivistas e sabem ponderar com autonomia o justo social e o justo legal”.³

Convém asseverar, ainda, que o biodireito enfoca o tema de maneira mais abrangente – quando não de forma diferente –, do que propõe a lei escrita, visto ser esta um fenômeno histórico-social que se encontra sempre sujeito a variações, sendo que pensar de forma contrária a isto, nas palavras de Warley Belo “seria o próprio paradoxo, pois a crítica, como apanágio da filosofia do Direito, especificamente, não pode se coarctar aos dogmas legais impostos, sejam esses dogmas de que natureza forem. Ora, a filosofia não se confunde com ciência”.⁴

O biodireito, nesse contexto apresentado, representa um “demolidor de verdades absolutas”. Ele significa “a prática do justo humano, insubmisso às críticas morais, não obstante moralizador de situações jurídicas. É o conceito típico da vontade humana, como instrumento que modifica o justo positivo e desprovê de valor o fetichismo unísono das normas”.⁵

O que se objetiva demonstrar, neste particular, na visão do autor citado, é que não existem verdades incondicionais, já que dentro de um determinado tempo e espaço, a própria sociedade promove modificações em seus valores. Assim, o que foi uma verdade absoluta ontem, pode não ser mais hoje, e, conseqüentemente o

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19 ed., rev. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 328.

³ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 77.

⁴ BELO, W. Idem, *ibidem*.

⁵ BELO, W. Idem, *ibidem*.

que foi tipificado como crime há cerca de quarenta anos, pode estar jurídica, social e cientificamente ultrapassado nos dias atuais.

Certo é que “o Direito é obrigado a acompanhar o conceito de ‘justo’ porque o Direito não é a positivação das normas, mas a expressão da Justiça”, sendo que “é precisamente nesse aspecto que entram o biodireito, a bioética, e a filosofia do Direito: a crítica como reformadora da ótica do justo imposto”.⁶

Assim considerado, o biodireito acaba por influenciar muitas das correntes que estão, atualmente, permitindo a prática do “aborto eugênico”, pois representa uma manifestação clara de que a lei vigente não dispõe de mecanismos para assegurar uma realidade totalmente nova, que nos é apresentada.

2.2 O “aborto eugênico”

Pelo termo aborto (do latim *abortus*: *ab*, privação; *ortus*, nascimento), conforme foi visto no capítulo anterior, compreende-se a interrupção da gravidez, com a morte do feto, antes de sua viabilidade extra-uterina.

O objeto do nosso estudo recai, entretanto, especificamente sobre uma das espécies de aborto, o denominado “aborto eugênico”.

Para Alberto Silva Franco, o “aborto eugênico” significa “aquele que trata de impedir o nascimento de seres infelizes marcados por uma carga degenerativa”.⁷

Júlio Fabbrini Mirabete esclarece que o “aborto eugênico” é aquele “executado ante a prova ou até suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves ou fatais (anencefalia ou acrania, p. ex.)”.⁸

Magalhães Noronha ensina que “ocorre esta espécie quando há sério e grave perigo para o filho, seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doenças da mãe, durante a gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomadas durante esse

⁶ BELO, W. Idem, p. 78.

⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica*. in Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 98.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo : Atlas, 2000, p. 698.

período, tudo podendo acarretar para aquele enfermidades psíquicas, corporais, deformidades, etc.”⁹

Nelson Hungria utiliza, para conceituar o “aborto eugenésico”, o projeto dinamarquês datado em 1936, que assim dispõe: “... quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal”.¹⁰

O professor Damásio de Jesus, proclama que o “aborto eugênico”, é aquele “permitido para impedir a continuação da gravidez quando há possibilidade de que a criança nasça com taras hereditárias”.¹¹

Por sua vez, Warley Rodrigues Belo, esclarece que “o aborto eugênico ou eugenésico é a interrupção do processo de gravidez com a conseqüente morte do feto, por ter sido detectado nesse, através de métodos científicos, a existência de anomalias graves, irreversíveis e incompatíveis com a vida extra-uterina”.¹²

O penalista Basileu Garcia chegou a admitir a aplicação da prática eugenésica para contemplar o drama dos casos onde houvesse a comprovação dos efeitos produzidos pela destruidora droga *thalidomide*. Para ele:

Não teria sido errada, encarado apenas o aspecto jurídico, a não incriminação do abortamento eugênico, certamente precedido, em cada caso, pela deliberação de um conselho de médicos, na forma que a lei prudentemente prescrevesse. Em regimes repressivos que deixam livre de punição o abortamento em havendo violência carnal, porque se levam em conta os sentimentos da vítima e a possibilidade de taras degenerativas num ser fecundado através do crime de um anormal, revestir-se-ia da mesma lógica o afastamento do caráter criminoso na sustação da gravidez perante a enorme probabilidade, quase certeza absoluta, da deformação óssea ocasionado pelo “tranqüilizante” que está alarmando a humanidade.¹³

⁹ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 73.

¹⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro : Forense. 1981, p. 275.

¹¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 2º vol. – Parte Especial, 13 ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 101.

¹² BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 79.

¹³ GARCIA, Basileu. *Revista dos Tribunais*. Thalidomide e abortamento. Ano 51, outubro de 1962, v. 324, p. 8.

O “aborto eugênico esteve em vigor na época de Hitler, na Alemanha, pela Lei de 14 de julho de 1933. Destinava-se a evitar uma descendência anormal”.¹⁴ A eugenia nazista, assim, dedicava-se ao estudo dos fatores que poderiam elevar ou diminuir as qualidades raciais – físicas ou mentais – das gerações futuras.

Neste sentido, “o nacional-socialismo de Hitler tinha como base o falso terreno de objetivos eugenésicos, por autorizar a esterilização obrigatória dos enfermos psíquicos e mentais, por pretender abortar filhos de pessoas de ‘raças inferiores’, por proclamar, como fatal e decisiva, a influência hereditária na gênese das moléstias da inteligência e do sentimento, por querer a perfeição genética”.¹⁵

Contudo, desde o surgimento da eugenesia de Hitler até os dias atuais, é indiscutível a modificação da finalidade da prática eugênica e da ideologia de sua aplicação.

O motivo pelo qual podemos observar um enorme precipício entre a antiga e superada tese nazista e a atualmente apresentada, encontra-se no fato de que hoje não se pretende, de forma alguma, a eliminação dos não desejáveis para buscar uma “purificação da raça humana”. Não se objetiva a evolução genética, não se busca a perfeição moral, física ou intelectual de ninguém. Nos dias atuais não se cogita eliminar o feto por “qualquer tipo de doença ou situação de perigo”. O que se observa e almeja atualmente, isto sim, é a possibilidade que a mãe, sabedora que seu filho está sendo gerado com má-formação genética grave, irreversível, inevitável e incompatível com a vida pratique o ato de paralisar uma gravidez sem lógica, onde o futuro se resume a uma gestação desprovida de sua finalidade: gerar uma vida. O que tem isso de nazista?

Desta forma, afastar a vida de um feto para pretender o melhoramento genético de uma raça é uma algo totalmente diferente de possibilitar a uma gestante a paralisação de uma gravidez onde já se sabe que o feto não possui a menor compatibilidade com a sobrevivência extra-uterina.

¹⁴ FERNANDES, Paulo Sérgio. *Aborto e infanticídio; doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. Belo Horizonte : Nova Alvorada Edições Ltda., 1996, p. 56.

¹⁵ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 81.

Assim, “conjeturar que o aborto eugênico, nos termos e limites atualmente apresentados, seja de estirpe nazista é rejeitar a realidade que entra pelos olhos”.¹⁶

No princípio, a eugenia era o estudo dos fatores que poderiam elevar ou diminuir as qualidades raciais – físicas ou mentais das gerações futuras. Desde sua origem, que se deu com Francis Galton (primo de Charles Darwin e fortemente influenciado pelo evolucionismo), até os dias atuais, a eugenia sofreu muitas alterações, que tiveram influência não apenas das novas descobertas científicas, mas igualmente das pressões ideológicas.¹⁷

Naquela época, Galton e seus seguidores sustentavam “que a seleção natural já não se realizava entre os homens, porque os governos e as instituições de caridade passaram a proteger os fracos, os doentes, os incapazes, o que levou e ainda leva à decadência da raça humana e ao surgimento de toda espécie de doenças que contaminam a sociedade”.¹⁸ Assim, para interromper a continuidade desse declínio, conforme Galton e seus corifeus, deveria-se impedir a propagação dos degenerados, dos débeis mentais, dos alcoólatras, dos criminosos, ou seja, de todas as pessoas tidas como indesejáveis na sociedade. Nos primeiros tempos, o denominado “princípio da eliminação dos indesejáveis”, somente se realizaria em relação a algumas espécies de “degenerados”, sendo que posteriormente, teria aplicação geral, ou seja, em relação à todos os tipos de indesejáveis. Sustentavam Galton e seus adeptos, “que aos governos, caberia providenciar a proibição do casamento de pessoas de ‘raças inferiores’, esterilizando-as, ao tempo em que se encorajariam e auxiliariam as ‘raças superiores’ (as do Norte da Europa) a propagar ‘sua própria espécie’”.¹⁹

São várias as nuances que cercam o tema e fazem com que ele seja ainda mais polêmico. Neste sentido, Alberto Silva Franco referiu que:

Uma consideração preliminar deve ser endereçada à própria expressão “eugenia”. Não se desconhece que inúmeras palavras, além de seu sentido puramente descritivo, têm o condão de provocar nas pessoas, que as ouvem, ou que as lêem, reações emocionais. Fala-se, então, do “significado

¹⁶ BELO, W. Idem, *ibidem*.

¹⁷ DIP, Ricardo Henry Marques. *Revista dos Tribunais*. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar. Ano 85, dezembro de 1996, vol. 734, p. 520.

¹⁸ DIP, R. Idem, *ibidem*.

¹⁹ DIP, R. Idem, *ibidem*.

emotivo” dessas palavras, que se adiciona ao seu “significado descritivo”. “Eugenia” é um dos vocábulos capazes de gerar, além de restrições a respeito de seu significado descritivo, um nível extremamente alto de rejeição emocional e tal reação está vinculada ao uso que dele foi feito, na Alemanha, durante o período nacional-socialista. A Lei para a purificação da raça (*Erbgesundheitsgesetz*) introduziu, por motivo da chamada saúde do povo (*Volksundheit*) a justificação dos casos de indicação eugênica (esterilização, interrupção da gravidez, extirpação de glândulas sexuais). “Eugenia” tornou-se uma palavra tabu. Com o passar do tempo, no entanto, a expressão readquiriu força mas, obviamente, com um significado menos abrangente. “A indicação mencionada move-se somente no campo da eugenesia restritiva, isto é, aquela que trata de impedir o nascimento de infelizes seres marcados por uma carga degenerativa. Prescinde-se, portanto, de aberrantes programas, não demasiado distantes no tempo, que incidiam na conservação da pureza de determinadas raças. Desvios que contribuíram para despertar lógicos receios na matéria. Não se trata, pois, de conseguir uma raça de super-homens, mas sim de evitar o nascimento de seres infelizes”. A indicação eugênica, na sua contextura moderna, tem um campo limitado de aplicação e não pode ter a veleidade de provocar melhoras genéticas em escala social.²⁰

Ainda sobre tal questão:

Juan-Ramón Lacadena (...), observou que Francis Galton cunhou a expressão eugenesia (*eugenics*) “querendo significar a perfeição hereditária, para abarcar a totalidade do estudo dos fatores, sob controle social que podem melhorar ou prejudicar as qualidades raciais das gerações humanas futuras, tanto do ponto de vista físico como mental”. Partindo, portanto, da consideração galtiana de que a eugenia é a “ciência da melhora da linhagem humana”, Lacadena criticou o emprego da locução “aborto eugênico ou eugenésico” não só porque tal aborto “representa uma solução de situações problemáticas familiares ou individuais mas não tem repercussão em nível de população humana e, portanto, não tem sentido eugenésico *per se*, como também porque “não deixa de ser surpreendente que uma sociedade como a de nossos dias, tão sensibilizada contra qualquer forma de racismo, segregação ou marginalização, tenha aceito o adjetivo ‘eugenésico’, sem deter-se para pensar no significado que Galton deu ao termo”. Daí a sugestão para mudanças de nome de “aborto eugenésico” para “aborto eutanásico”, conforme a proposta do Prof. Usandizaga. No entanto, a expressão “aborto eutanásico” não teve a necessária repercussão e, de forma geral, alude-se na doutrina ao “aborto eugênico ou eugenésico”, emprestando-se, no entanto, à palavra eugenia ou eugenesia um sentido bem mais restrito do que lhe atribuía Francis Galton.²¹

²⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica*. in Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 96.

²¹ FRANCO, A. Idem, *ibidem*.

Outra situação bastante curiosa, referida por Tereza Cristina Souza, e que serve para ilustrar um pouco da polêmica surgida pelas discussões sobre o tema, são os exemplos citados em alguns manuais que estudam a eugenia, referente aos casos de Max Jukes e Jonathan Edwards.

O primeiro nasceu em 1720, era débil mental e até onde se pode estudar a sua descendência foram apuradas 2.157 pessoas, as quais apresentavam a seguinte história: trezentas morreram recém-nascidas, seiscentas débeis mentais como o ancestral, sessenta ladrões habituais, trinta criminosos diversos, sete assassinos, trezentas prostitutas, quatrocentos e quarenta vagabundos e inválidos que morreram precocemente e vinte apenas exerceram uma profissão, sendo que dez aprenderam no cárcere. Contrapondo esta linhagem temos o segundo exemplo, onde veremos como a sanidade da espécie é importante no sistema evolutivo desta. Edwards era um ser sadio e equilibrado, apurou-se no seu tronco genealógico 762 descendentes, os quais foram: duzentos e noventa e cinco formados em universidades, treze diretores de escolas, sessenta e cinco professores, sessenta médicos, cem padres, setenta e cinco oficiais, sessenta escritores, trinta juizes, três senadores, e um vice-presidente da República.²²

Certo é que atualmente nos deparamos com uma nova realidade que em nada reflete a apresentada antigamente, pois é indisfarçável a mudança da finalidade do “aborto eugenésico” bem como da concepção de sua aplicação.

Entretanto, infelizmente predomina ainda hoje, entre as idéias que estão relacionadas à eugenia, “a eliminação de rasgos considerados não desejáveis para a espécie humana, de caráter físico e mental (eugenia negativa), seja por meio (i) da contracepção, seja mediante (ii) a eliminação de entes defeituosos, antes ou pouco depois de seu nascimento – vale dizer, por meio do aborto ou do infanticídio”.²³

Embora estas concepções ainda vigentes, nem todos os países afastaram o critério eugênico dos domínios da legitimidade do aborto. Assim, alguns países como a Dinamarca, a Letônia, a Estônia, a Islândia, Cuba, dentre outros, permitem a realização da prática eugenésica quando existe perigo concreto de que a criança que nascerá com alguma espécie de enfermidade mental ou séria perturbação psíquica, ou outra doença grave que decorra de predisposição hereditária.

²² SOUSA, Teresa Cristina Nascimento. *Revista Forense*. O aborto na legislação brasileira. Ano 80, julho-agosto-setembro de 1984, vol. 287, p. 177.

²³ DIP, Ricardo Henry Marques. *Revista dos Tribunais*. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar. Ano 85, dezembro de 1996, vol. 734, p. 521.

No Brasil, entretanto, a permissão a esse tipo de aborto ainda não encontra amparo legal, pois “não há excludente da criminalidade no chamado aborto eugenésico (ou eugênico)”²⁴.

Todavia, não podemos esquecer que o diploma penal brasileiro vigente conta com mais de sessenta anos, razão pela qual muitos o consideram totalmente ultrapassado. Neste contexto, por óbvio que:

Não existiam, à época da promulgação do nosso Estatuto Repressivo, as técnicas modernas para que se detectassem eventuais anormalidades. Desse modo, cogitar-se, àquela ocasião, de degeneração fetal significava prognóstico incerto, abandonado aos caprichos do acaso, navegando-se tal como nau sem rumo em mar encapelado. Mais: àquela época, desconheciam-se os efeitos nocivos e perniciosos da droga ‘talidomida’ sobre o fruto da concepção, assim como AIDS era palavra que nada significava.²⁵

Verificamos, contudo, que hoje é outra a realidade apresentada. A ciência encontra-se num estágio muito avançado, onde novas técnicas foram criadas e diferentes males surgiram, sendo que muitos outros fatores foram determinantes para diversas espécies de mudanças. Assim, nessa atual conjuntura, não se pode fechar os olhos às mudanças que efetivamente ocorreram durante o decorrer deste longo período. Neste sentido é que Fernando Pedroso se pronuncia:

Desde que comprovado pelas técnicas científicas atuais que o *infans conceptus* foi ou pode ter sido seriamente afetado em sua normalidade, pelo uso de drogas (talidomida, por exemplo) ou transmissão de moléstia estigmatizada e incurável (AIDS), é nosso pensar que, embora não exista qualquer causa de justificação para cobrir de licitude o aborto, terão os agentes em seu benefício a dirimente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, tais sejam as circunstâncias.²⁶

Esta tendência é tão acentuada, que atualmente encontramos vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, que visam desde à legalização completa do aborto até o aumento do leque dos permissivos legais. Entre todos estes projetos, o relativo à regulamentação da interrupção seletiva da gravidez – o “aborto

²⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 2, 3 ed. São Paulo : Atlas, 1986, p. 81.

²⁵ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. Rio de Janeiro : Aide, 1995, p. 298.

²⁶ PEDROSO, F. Idem, *ibidem*.

eugênico” – insere-se nos que contam com a maior simpatia dos congressistas, por várias razões. A primeira e a mais convincente é o grande número de alvarás judiciais que estão sendo expedidos relativamente à questão.

Mirabete alude que atualmente existem muitos movimentos em favor da legalização da prática eugenésica. No seu ponto de vista, a realização do “aborto eugênico” é totalmente justificada, sendo que um dos motivos que emprega para amparar sua conclusão, encontra-se no grande número de precedentes jurisprudenciais que estão surgindo no sentido de autorizar o aborto quando fica comprovada a anomalia grave do feto. Contudo, os alvarás judiciais que estão sendo utilizados para permitir a prática abortiva, ainda não encontram apoio nem no direito material nem no direito processual, visto que a lei penal pátria não prevê a exclusão da ilicitude da comentada modalidade de aborto.

Mas existem, obviamente, muitos que criticam esta espécie de aborto. Alguns utilizam o argumento, hoje afastado, de que a eugenia trabalha demasiadamente na base de probabilidade, ao passo que o Direito não pode assim agir, ainda mais quando existe uma expectativa de vida em questão. Outros, argumentam sobre a indisponibilidade da vida do conceito que está sendo gerado. Nelson Hungria é um dos penalistas que combate o “aborto eugênico”, por considerar a eugenia “um amontoado de hipóteses e conjecturas, certamente sem nenhuma sólida base científica”²⁷, posição muito relativa, pois com o avanço da tecnologia e dos métodos de pesquisa, atualmente a margem de erro para o diagnóstico de doenças de feto é praticamente inexistente.

Em síntese, a indicação eugênica na sua contextura moderna, abstraída qualquer das correntes – de defesa ou de censura –, apresenta um campo limitado de

²⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro : Forense, 1981, p. 313.

aplicação, não objetivando, jamais, provocar melhoras genéticas em escala social, sendo que atualmente existe uma grande movimentação no sentido de legalizá-la.

2.3 O “aborto eugênico” no direito estrangeiro

Desde a antigüidade, quando era admitido pelos gregos mas punido pelos romanos com a pena de morte por envenenamento, o aborto é um tema controvertido. O primeiro país a criar uma legislação liberal foi a Inglaterra. Em 1967, o Ato sobre o Aborto, passou a autorizar a interrupção da gravidez até o prazo de 28 semanas – quase sete meses – em função da simples vontade da mulher. A medida provocou um choque na Europa e fez da Inglaterra uma atração turístico-feminista. Na França, na Itália e na Espanha, agências de viagem organizavam excursões para mulheres que iam abortar em Londres. A onda liberal chegou aos Estados Unidos em 1973, quando a Suprema Corte decidiu que o aborto é um direito constitucional da mulher – igual a votar, por exemplo. No mesmo ano, Áustria e Turquia também legalizaram o aborto, mas fazendo uma exigência patriarcal – a mulher necessitava a autorização do marido. Hoje, trinta anos depois da implantação da lei inglesa, a maioria da humanidade convive com leis que permitem alguma espécie de prática abortiva.

Os 23 países onde o aborto é permitido a partir da simples manifestação da vontade da mulher totalizam quase 40% da população mundial. Entre eles estão a China, grande parte da ex-União Soviética e o ex-bloco socialista. Outros 23% vivem em países como a Austrália, Finlândia, Japão e Taiwan, onde o aborto é aceito desde que a mulher alegue motivos sociais ou médicos – na prática, ele acaba sendo feito com poucas restrições. Sob o regime socialista, as mulheres ganhavam e perdiam o direito ao aborto em função das mudanças na situação política. Na União Soviética as mudanças coincidiram com fases de aberturas no regime político, como 1920 e 1955, quando o aborto foi legalizado. Outro fator de mudança era a política demográfica, para aumentar ou diminuir o crescimento da população. Na França sob ocupação nazista, as mulheres tinham o dever de fornecer filhos para o III Reich.

Aquela que fazia aborto era julgada por crime de segurança nacional e podia até perder a cabeça na guilhotina.

Mais especificamente sobre o “aborto eugênico”, existem registros que já em Esparta se adotara esta espécie de aborto. Aristóteles, na *Política*, no capítulo “Da Eugenia e da Educação” (Livro II, cap. VI), manifestou-se sobre tal assunto nos seguintes termos:

Sobre o destino das crianças recém-nascidas, deve haver uma lei que decida os que serão expostos e os que serão criados. Não seja permitido criar nenhuma que nasça mutilada, isto é, sem algum de seus membros; determine-se, pelo menos, para evitar a sobrecarga do número excessivo, se não for permitido pelas leis do país abandoná-los, até que número de filhos se pode ter e se faça abortarem as mães antes que seu fruto tenha sentimento e vida, pois é nisto que se distingue a supressão perdoável da que é atroz.²⁸

Em nossos tempos, “a grande expressão das preocupações eugenésicas foi o regime nacional-socialista alemão, onde a lei nazista, conhecida como ‘Lei Esterilizadora’, de 14.07.1933, destinava-se à prevenir a descendência doentia”. Tal lei “pode ser considerada como o ponto inicial de um amplo programa eugenésico, que foi reputado por muitos como programa de ‘destruição da vida privada de valor’, sendo que na Alemanha Nacional-socialista, toda justificativa para os atos então praticados encontrava-se na invocação do ‘sadio sentimento do povo’, sendo que esta matiz determina-se como uma fonte alternativa para o direito posto”.²⁹

“Na Alemanha do nacional-socialismo foram baixadas leis de prevenção de uma descendência patológica (leis de 14 de julho de 1933 e de 26 de novembro de 1935). Esses dispositivos desapareceram com o regime político que os havia inspirado. Regras consagrando essa causa de justificação, com o fim de preservar a sanidade da raça, persistem, entretanto, nas legislações de alguns países como na Rússia, a Tchecoslováquia, a Dinamarca, a Suécia, a Finlândia.”³⁰

²⁸ ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p.73.

²⁹ DIP, Ricardo Henry Marques. *Revista dos Tribunais*. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar. Ano 85, dezembro de 1996, vol. 734, p. 521.

³⁰ BRUNO, Anibal. *Crimes contra a pessoa*. 5 ed. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1979, p. 175.

Foi, contudo, em virtude das preocupações que giraram em torno das práticas eugenésicas do período social hitlerista alemão, que surgiu um grande número de movimentos e declarações em favor da vida, dentre os quais se destacaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948). Mais remotamente, encontramos outros exemplos de organizações que resguardavam os movimentos pró-vida como os então denominados Convênio Europeu sobre a Proteção dos Direitos do Homem (Roma, 1950), a Declaração dos Direitos da Criança (Resolução n. 1.386, ONU, 1959), a Carta de São José da Costa Rica, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (Resolução n. 2.856, ONU, 1971) e a Declaração de Helsinki, da Associação Médica Mundial (1964).³¹ Grande parte desses movimentos já tiveram suas nomenclaturas modificadas e devidamente atualizadas, conforme as exigências dos novos tempos, como por exemplo, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental que é atualmente denominada de Declaração dos Direitos dos Portadores de Deficiência.

Atualmente, encontramos alguns países que regulamentaram a prática do “aborto eugenésico”, de maneira que esta espécie passou a ser permitida. Neste sentido:

Na Suécia, como em outros países, o abortamento eugênico se acha regulado: no país nórdico, desde uma lei em 1938 alterou as antigas disposições penais, tendo-se, então, considerado lícito o abortamento quando a mãe ou pai, no momento da concepção, sofra doença hereditária grave transmissível ao feto, ou de doença mental igualmente hereditária e grave. Foi a plena admissibilidade ao abortamento eugênico, para cuja autorização a mesma lei já instituía diversas cautelas, a fim de coibir o desvirtuamento das preceituações permissivas, que foram depois aperfeiçoadas. Sem dúvida, a hipótese da terrível substância medicamentosa, que, sem fazer adoecer propriamente a mãe, vai repercutir no filho, não é exatamente a de uma doença dos genitores transmissível por herança, mas sensível é a semelhança de situações.³²

³¹ DIP, Ricardo Henry Marques. *Revista dos Tribunais*. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar. Ano 85, dezembro de 1996, vol. 734, p. 518.

³² GARCIA, Basileu. *Revista dos Tribunais*. Thalidomide e abortamento. Ano 51, outubro de 1962, v. 324, p. 8.

Basileu Garcia refere um artigo intitulado “As infrações na legislação penal sueca”, de autoria de Nils Beckman, Magistrado do Tribunal Supremo, em Estocolmo, que aludiu, na “*Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*”, de Paris, ao sistema do seu Direito Pátrio sobre o assunto, referindo ter sido tão ampliada a prática do aborto legal, que se tornou muito reduzido o número de ações penais pelo crime. Basileu, por fim, denomina de “lacunosos” os Códigos que admitem a realização do aborto sentimental e do aborto terapêutico, e que consideram suscetível de pena o “abortamento eugênico”.³³

Assim, muito embora todos os calorosos debates em relação ao “aborto eugênico”, tal orientação acabou iluminando várias legislações como da Polônia, Letônia, Estônia, Romênia, Dinamarca, Cuba, Equador, México, Uruguai. O modelo brasileiro, entretanto, continua não observando o “aborto eugênico”.³⁴

Desta forma, verifica-se que nem todas as legislações afastaram a permissão ao critério eugênico. Assim, por exemplo, “a lei dinamarquesa, de 18 de maio de 1937, permite o aborto ‘quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal’. Seguem-lhe os passos as leis da Letônia, da Estônia e da Islândia, bem como a legislação cubana de 4 de abril de 1936”.³⁵

Warley Rodrigues Belo³⁶, trouxe em seu livro *Aborto*, à título de curiosidade, um elucidativo quadro que trata da legislação sobre aborto no mundo, no qual constam alguns países que permitem a prática eugênica, a saber:

Austrália	Legal com autorização médica assinada pelo ginecologista.
África do Sul	permite aborto necessário, eugênico , humanitário. Não permite: econômico, por solicitação
Canadá	legal em todos os aspectos
China	legal (10 milhões de aborto por ano)
Dinamarca	legal e gratuito até a décima segunda semana. Depois desse período, só com permissão de médico ou psicólogo

³³ GARCIA, B. Idem, p. 9.

³⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*. v. II, Parte Especial. Rio de Janeiro : Forense, 1986, p. 125.

³⁵ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. Rio de Janeiro : Aide, 1995, p. 297.

³⁶ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 73.

Egito	ilegal, a menos que a mulher tenha sido exposta a certas doenças, ou sofra de câncer ou diabetes. Há programas de controle de natalidade
Escandinávia (Finlândia, Noruega e Suécia)	legal em todos os aspectos
Espanha	legal em casos de estupro, incesto, risco de vida para a gestante, anomalia do feto , saúde da gestante, saúde mental da gestante. Não permite o aborto econômico e por solicitação
França	se houver menos de dez semanas de gravidez, permite o aborto quando há risco para a saúde mental da mulher. Se gestante for menor de 18 anos, só com o consentimento do representante. É legal após as dez semanas se dois médicos certificarem-se de que há perigo de vida para a mãe ou se o feto estiver com algum problema de deformação ou saúde . Não permite o aborto humanitário, econômico e por solicitação. Permite-se livremente a pílula RU-486
Grã-Bretanha	legal durante as primeiras 24 semanas. Permite: aborto necessário, eugênico , econômico. Não permite: humanitário, por solicitação. Não é permitido na Irlanda do Norte
Grécia	legalizado em 1986. Não há restrições durante os primeiros três meses
Holanda	legal se aprovado por médico. É pago pelo seguro de saúde estatal
Índia	permite quando há risco de vida para a mulher, risco para a saúde mental da mulher, risco à saúde ou lesão do feto , gravidez não desejada, por estupro ou outros crimes sexuais, situação sócioeconômica. Não permite por solicitação
Irlanda	legal aborto necessário. Permite certos tipos de remédios que induzem o aborto durante as primeiras 72 horas depois da concepção
Israel	permitido se a gravidez representar um risco psicológico ou físico para a mãe , aborto eugênico , humanitário. Não permite: econômico, por solicitação. Os abortos devem ser aprovados por dois médicos e um trabalhador social
Itália	legal em hospitais estatais. É pago pelo seguro de saúde estatal. Exige-se menos de dez semanas para a prática por causa da situação sócioeconômica. Não permite por solicitação
Japão	legal até a vigésima primeira semana em casos de deformações, enfermidades mentais ou retardamento da mulher ou de seu cônjuge, risco de vida para a mulher, estupro ou incesto
Portugal	permite o aborto necessário, humanitário, eugênico , quando há risco de saúde para a mãe e o feto. Não permite por solicitação ou por decorrência de situação econômica
Rússia	legal desde 1956 e gratuito nos primeiros três meses. Depois são ilegais

2.4 O “aborto eugênico” no Brasil

O “aborto eugênico”, conforme foi visto, é admitido na legislação de diversos países, mas no Brasil, a permissão a essa modalidade de aborto ainda não encontra amparo legal.

Júlio Fabbrini Mirabete refere que “não há excludente da criminalidade no chamado aborto eugenésico (ou eugênico) que é o ‘executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança dos pais’”.³⁷

Nelson Hungria é categórico ao pronunciar que:

O Código não incluiu entre os casos de aborto legal o chamado aborto eugenésico, que, segundo o projeto dinamarquês de 1936, deve ser permitido “quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal”. Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretenciosa charlatanice que dá pelo nome de eugenia. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado.³⁸

Anibal Bruno, em igual direção, refere que “o nosso Direito não reconhece o critério chamado eugênico, em que a provocação do aborto tem por fim evitar o nascimento de seres afetados de graves desvios da normalidade, de origem hereditária, quer do ponto de vista puramente biológico, quer do ponto de vista da adaptabilidade social do novo ser. O conhecimento científico sobre a transmissão por herança de doenças e deformações não o justifica”. O autor ainda refere que:

É impossível definir com segurança o que resultará do jogo entre os genes favoráveis e desfavoráveis provindos dos dois núcleos germinais e submetido por sua vez à influência das infinitas condições que irão cercar a evolução do novo ser e imprimir-lhe a extrema complexidade da sua estrutura e do seu comportamento individual. As próprias leis formuladas

³⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 2, 3 ed. São Paulo : Atlas, 1986, p. 81.

³⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro : Forense, 1981, p. 313.

pela genética moderna deixam ver como será aventurosa uma previsão que se pretenda bem definida sobre os fatos da hereditariedade. Em verdade, estamos diante de um problema obscuro, sobre o qual a ciência da herança ainda não pôde dizer a palavra decisiva. E nada mais contrário aos princípios que regem o Direito do que pretender decidir sobre tais incertezas o destino de um ser humano.³⁹

Neste mesmo sentido pronuncia-se Heleno Cláudio Fragoso: “o aborto sentimental – que se realiza em consequência de um crime –, todavia, não se confunde com o aborto eugênico – conveniência de evitar a procriação indesejável – ou com o aborto por indicação social – miséria ou dificuldades econômicas do país –, que são sempre criminosos perante nossa lei”.⁴⁰ Muitos outros doutrinadores seguem a mesma orientação.

Assim, o “aborto eugenésico” não constitui, no direito pátrio, uma causa de exclusão da antijuridicidade, visto não estar amparado em lei. Traduz-se, ademais, num crime, pois, em qualquer circunstância, de acordo com o que a nossa lei dispõe atualmente, é uma ação típica, antijurídica e culpável, na medida em que apenas o aborto necessário e o aborto sentimental constituem hipóteses de aborto legal e que configuram causas de exclusão da ilicitude, conforme podemos verificar no artigo 128 do Estatuto repressivo pátrio.

É firme, neste ponto, a doutrina penal brasileira, conforme podemos verificar na lição de Magalhães Noronha, que proclama não ser o “aborto eugenésico” acolhido em nossa lei. À propósito, é este o ensinamento do referido penalista sobre a legislação: “Não admite ela a cessação da gestação, no caso de possível deformidade da criatura que está para nascer, e convenhamos que a autorização, nesse caso, não deixaria de ser perigosa. Por identidade de razão, deveria ela ser estendida a outras hipóteses, como doença infecciosa da gestante, que podem produzir consequências danosas para o feto. A admissibilidade se tornaria ampla e por isso mesmo perigosa: acabaria por degenerar, tornando a exceção regra”. O autor ainda refere que “cumpre notar igualmente a falibilidade do prognóstico: no caso concreto, não haverá fatalidade do efeito pernicioso no ente em formação: é mais uma razão para não se admitir sua morte

³⁹ BRUNO, Anibal. *Crimes contra a pessoa*. 5 ed. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1979, p. 175.

⁴⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. v. I, Parte Especial, 9 ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 87.

antecipada. Caso contrário, aberta estaria também a porta para a eutanásia ou homicídio compassivo, que é repellido pelas leis”.⁴¹

Os mais radicais sobre o assunto chegam a sustentar que mesmo após a gestante ter reconhecida a possibilidade de interrupção da gravidez, mediante processo judicial, onde recebe um alvará judicial para a prática do “aborto eugênico” (processo deflagrado atualmente, conforme iremos observar), ainda assim, seria plenamente possível a mulher ser denunciada pelo crime praticado, e ao final, condenada com todas as repercussões legais.

Embora todas estas manifestações, nos dias atuais, podemos verificar um movimento segundo o qual existe uma forte tendência em regulamentar o “aborto eugenésico”. Neste sentido, observamos vários projetos de leis sobre o assunto, considerando, inclusive, o próprio projeto de reforma do Código Penal que já contempla essa espécie de aborto.

Este direcionamento do pensamento, não decorre de simples acaso, pelo contrário, tem motivos bastantes definidos, dentre os quais vale ressaltar os inúmeros casos de alvarás judiciais que estão sendo expedidos, a jurisprudência que já manifesta uma posição bem consolidada a respeito, dentre outros motivos.

Este processo vem se manifestando há algum tempo, pois existem referências de doutrinadores que admitem-no, ou, pelo menos, em algum tempo e dentro de algumas circunstâncias, já admitiram a prática eugenésica, conforme podemos verificar através da manifestação de Basileu Garcia:

Se um abortamento for praticado no Brasil para não ser levada a termo a gestação de criança disforme, deverá ser tido como crime, dada a sua não exceção nos textos que tratam da matéria. Embora a lei penal comporte, em certos limites, analogia *in bonam partem*, não vejo como se possa legitimar, a critério de um julgador, a situação em apreço, que não é abrangida por força de compreensão no âmbito dos dispositivos que taxativamente disciplinam o não cabimento da pena.⁴²

Outro autor, que apesar de considerar o fato da interrupção da gravidez por motivos eugênicos não ser admitida no nosso ordenamento jurídico

⁴¹ NORONHA. Edgar Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 64.

⁴² GARCIA. Basileu. *Revista dos Tribunais*. Thalidomide e abortamento. Ano 1963, v. 324, p. 8.

atualmente, reconhece que há uma grande necessidade em regular tal procedimento, é Júlio Fabbrini Mirabete. Em seu Código Penal Interpretado, assim manifesta-se:

Não prevê a lei a exclusão da ilicitude do aborto eugênico (ou eugenésico, ou eugenético, ou piedoso), que é o executado ante a prova ou até suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves ou fatais (anencefalia ou acrania, p. ex.), embora haja movimentos, a nosso ver totalmente justificados, em favor da legalização dessa prática. Já há precedentes jurisprudenciais no sentido de que, provada a anomalia grave, o aborto deve ser autorizado, mas os alvarás concedidos ainda não encontram apoio nem no direito material nem no direito processual.⁴³

Em síntese, podemos afirmar que apesar de atualmente o “aborto eugênico” ser considerado ilícito, em virtude de não constar dentre um dos casos de aborto legal, existe uma forte tendência a indicar sua futura regulamentação na legislação penal brasileira, tendência esta que fica confirmada pelo fato de já constar sua legalização no anteprojeto de reforma do Código Penal.

2.5 Precedentes no direito brasileiro

Como já foi anteriormente estudado, no Brasil, legalmente, existem apenas duas excludentes de criminalidade relativas ao aborto. A primeira diz respeito à situações em que a gestante corre risco de vida; a segunda, a casos de gravidez resultante de estupro. Desta forma, pela letra fria da lei, a mulher que realizasse um “aborto eugênico” poderia ir para a cadeia, visto que a legislação penal brasileira só permite interrupção da gravidez nos casos acima citados.

Contudo, nos dias atuais podemos verificar uma nova realidade onde centenas de mulheres brasileiras já realizaram o “aborto eugenésico”, à luz do dia, internadas em hospitais e longe do ambiente sombrio das clínicas clandestinas, sem que isso representasse um risco de possível condenação penal posterior.

São cada vez mais freqüente as autorizações de interrupção da gravidez, mediante a expedição de alvarás judiciais, nos casos onde o nascituro

⁴³ MIRABETE. Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo : Atlas, 2000, p. 698.

apresenta uma anomalia incompatível com a vida extra-uterina. Trata-se de casos que envolvem, na grande maioria das vezes, situações extremas onde há “incompatibilidade do feto com a vida, ou de sua reduzida expectativa de vida extra-uterina”, como ocorre com o feto portador de anencefalia, que consiste na ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais. A anencefalia

Não corresponde exatamente, no plano médico, à morte cerebral. O sinal inequívoco desta, admite-se hoje, reside na verificação da ausência de função total e definitivamente do tronco cerebral. Pois bem, este está presente nos fetos anencéfalos e permite, em alguns casos, uma sobrevivência de alguns dias, fora do claustro materno. Antropologicamente falando, as duas situações são, sem embargo, similares a ausência de hemisférios cerebrais, no primeiro caso e sua afetação definitiva no segundo, suprime para sempre o suporte indispensável para toda forma de consciência e de relação com o outro. No segundo caso, reconhece-se a morte da pessoa. Não há razão para deixar de afirmar que, no primeiro caso, a vida que subsiste, não é, propriamente falando, vida humana, a vida de um ser humano destinado chegar a ser (ou já) pessoa humana.⁴⁴

Assim, confrontados com histórias de mães atormentadas e laudos médicos contundentes, que asseguram a total impossibilidade de sobrevivência do feto, juízes de primeira instância, quando não o Tribunal em grau de recurso, estão, cada vez mais, autorizando uma prática que, na realidade, encontra-se divorciada da disposição legal. Agindo de tal maneira, tornam possível o que a lei considera um crime.

Desde 1989, quando houve a primeira autorização judicial para interrupção da gravidez fora dos casos legais, vem surgindo a cada ano, um número cada vez maior de autorizações que fazem deflagrar uma situação onde o alto nível de evolução alcançado, principalmente na área médica, passa a ser o vetor determinante de um novo contexto, exercendo fundamental influência sobre as decisões judiciais. Desta forma, os magistrados, à sua maneira, julgam com base em laudos médicos que oferecem certezas sobre os diagnósticos, de forma a tornar legítima uma situação que não é legal.

⁴⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica*. in Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 104.

Fato é que nos últimos cinco anos, registraram-se no país pelo menos 400 autorizações judiciais⁴⁵ autorizando a prática eugenésica, número que encontra-se em constante crescimento.

Conforme alguns magistrados que já autorizaram o “aborto eugênico”, a justificativa para tal decisão encontra-se no fato de que “a lei não trata do assunto porque é de 1940, quando ainda não havia o diagnóstico de doenças do feto. Com um problema concreto nas mãos, somos obrigados a legislar”⁴⁶, conforme explica José Henrique Rodrigues Torres, juiz titular da Vara do Júri de Campinas, que sozinho já autorizou cerca de 60 abortos de fetos que não tinham chance de sobreviver após o parto.

Para autorizar a realização da prática abortiva, os magistrados baseiam-se em relatórios médicos e laudos técnicos para ter certeza de que o feto não terá vida fora do útero. É a área médica que oferece o suporte científico ao aborto seletivo, sendo que deles dependem as indicações clínicas que o justificam, pois segundo estudiosos do tema, a margem de erro de um exame fetal atualmente é de 1/1000.

A confrontação com aspectos morais, contudo, é inevitável. Muitas são as discussões filosóficas que se travam sobre o assunto, sendo que quase sempre elas podem ser encontradas nos textos que acompanham os alvarás. Nelas, é possível encontrar reflexões, mesmo que bastante rápidas e superficiais, sobre os dilemas morais impostos pela questão. Isto “se deve não apenas ao fato de ser esta uma tradição jurídica em casos onde se busca a validade de um ato considerado legalmente imoral, mas, principalmente, porque na cadeia de condutas exigida para a legitimação da ISG (Interrupção Seletiva da Gravidez) os alvarás judiciais ocupam um papel preponderante, até mesmo porque é deles que sairá a decisão autorizando ou não o aborto seletivo e, conseqüentemente, também a justificativa moral que lhes fornecerá a legitimidade”⁴⁷. Alguns juizes, assim, acabam por filosofar sobre a vida humana ao tecer os alvarás.

⁴⁵ CRUZ, Angélica Santa; BARROS, Andréa. *O parto da Justiça*. Época, São Paulo, setembro de 1999, p. 50.

⁴⁶ CRUZ, A. *Idem*, p. 49.

⁴⁷ DINIZ, Debora. *Bioética*. Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais. Vol. 5, n. 1. Brasília : Conselho Federal de Medicina, 1997, p. 41.

Um argumento que quase sempre consta nas autorizações judiciais que são deferidas para possibilitar a prática abortiva, é o de que “é difícil obrigar a mulher a carregar no ventre uma deformação sem chance de sobrevivência”.⁴⁸

Assim, convencidos de que estão frente a uma gestação que não terá o mesmo destino de uma gravidez normal, e diante do desespero da gestante, alguns julgadores acabam temendo que estas recorram à clínicas clandestinas. “Grande parte dos juízes se apóia na tese de que não é lícito exigir que a mulher não faça aborto nessas condições”⁴⁹, o que se chama, em linguagem jurídica, de inexigibilidade de conduta diversa, sendo que a transgressão à lei, nesses casos, seria plenamente justificável.

Vistas em conjunto, todas estas decisões judiciais sobre o aborto eugênico formam uma crônica de costumes que demonstram qual é o comportamento adotado numa sociedade, sendo que a disseminação dos alvarás, acaba crescendo em meio a toda esta polêmica.

A primeira autorização para interrupção da gravidez veio à tona na cidade de Ariquemes, em Rondônia, no ano de 1989, sendo que a repercussão sobre o assunto, no entanto, só chegou com a terceira, concedida em Londrina, no Paraná.

Conforme alguns dados provenientes de um estudo sobre “aborto eugênico” que analisou 249 sentenças, julgadas por 48 juízes:⁵⁰

- Os juízes autorizaram o aborto em 95% dos casos.
- O primeiro alvará saiu em 1989 em Rondônia.
- O segundo foi concedido em 1991, em Mato Grosso.
- Três anos depois, foram dadas 18 autorizações em sete Estados.
- De 1996 para cá, contabilizaram-se 173 alvarás, em oito Estados.
- Em 70% dos casos, o feto tinha anencefalia.
- Calcula-se que já existem mais de 400 alvarás no Brasil.

Nas palavras do magistrado José Henrique Torres, que integra a Associação dos Juizes pela Democracia, entidade que muitas vezes contesta a interpretação estrita das leis: “Hoje os juristas estão mais preocupados com os princípios do que com a lei. Não somos escravos dela. Por isso, já dei mais de 60 alvarás para

⁴⁸ CRUZ, Angélica Santa; BARROS, Andréa. *O parto da Justiça*. Época, São Paulo, setembro de 1999, p. 49.

⁴⁹ CRUZ, A. Idem, *ibidem*.

⁵⁰ CRUZ, A. Idem, p. 50.

abortos em casos de doenças fatais, embora isso não esteja previsto no Código Penal. Não acho que eu esteja autorizando um crime. O que faço é não punir uma mulher nessa situação terrível.”⁵¹

São inúmeros, portanto, os precedentes existentes sobre o assunto, os quais estão determinando uma nova realidade jurídica.

2.6 Embasamento jurídico do “aborto eugênico”

O embasamento jurídico da indicação eugenésica é outra questão que demanda atenção. Necessita-se saber se o caso traduz uma causa de exclusão da pena, uma causa de pura exculpação ou uma causa excludente da ilicitude.

Conforme alguns doutrinadores, a situação traduz uma hipótese de causa de exclusão da pena. Admitir tal fato, entretanto, significaria manter ilícita a conduta do médico, o que seria inadmissível.

Para outros autores, por sua vez, o fato significaria uma causa de exclusão da culpabilidade. A interrupção da gravidez, em consonância com esta corrente, não seria punida quando a criança pudesse nascer com graves danos físicos e psíquicos, pois não se poderia exigir da gestante, nestes casos, que desse continuidade à gravidez. Na interpretação de Alberto Silva Franco, “esta posição jurídica, não deve, contudo, ter acolhida porque a exculpação tem um caráter pessoal e somente poderia redundar em proveito da grávida, que é quem se encontra na situação excepcional mas não no do médico. E não é provável que esta consequência tenha sido querida pelo legislador”.⁵²

Grande parte dos doutrinadores, entretanto, repelem a hipótese de inexigibilidade e se manifestam, abertamente, pelo reconhecimento de uma causa de justificação que apresenta semelhança com o estado de necessidade, pois consideram,

⁵¹ CRUZ, A. *Idem*, *ibidem*.

⁵² FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica*. in *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 98.

para tal conclusão, o fato de que todos que participam de uma interrupção da gravidez legalmente permitida, atuam de modo legítimo.

Demonstrada qual é a orientação adotada por grande parte da doutrina é salutar, ainda, definir quem representa o ponto central da prática eugênica: a mãe ou o feto que não nasceu. Se considerarmos a mãe, tudo resumiria-se no conflito entre a vida em formação e a saúde da gestante, o que se resolve na primazia desta em relação àquela. Nas palavras de Alberto Silva Franco “nessa situação, a indicação eugênica não seria mais do que uma variante da indicação terapêutica em que teria prevalência a saúde psíquica da mãe habitualmente posta em perigo em tais situações, frente à vida do nascituro”.⁵³ No caso de considerarmos o não nascido, o fundamento da indicação eugênica, na linguagem do mesmo autor “é garantir a todo nascituro o desenvolvimento de uma vida sã e normal, de forma que resulte aceitável eliminar seres humanos com uma ínfima qualidade de vida. Se se atua de forma diversa, dá-se chance ao nascimento de seres infelizes, presos a uma existência penosa e miserável”.

Pelo que denota-se, não podemos encontrar a justificativa do aborto por indicação eugenésica no confronto entre a vida daquele que está para nascer e a saúde psíquica de quem o está gerando. Permitir tal situação traduziria, claramente, uma manifestação da indicação terapêutica. Conforme refere Alberto Silva Franco, a diferença entre uma e outra indicação “não estaria no fundamento, que seria o mesmo, mas apenas no fato de que, na indicação terapêutica, a saúde da mulher deve passar, necessariamente, por um perigo grave enquanto que, na indicação eugênica, o legislador se conforma com a referência ao processo patológico no ser em formação, presumindo a partir dele que a saúde da mãe será afetada, ao enfrentar tal situação”. O autor continua seu ensinamento pronunciando que “a realidade evidencia, no entanto, que atinge mais a saúde psíquica da mãe uma enfermidade suscetível eventualmente de cura após um processo prolongado e custoso de atenção constante à criança do que a enfermidade incurável que dá lugar à morte da criança de forma irremediável, com poucos dias ou meses de vida”.⁵⁴

Também não se deve concentrar unicamente no feto o motivo da indicação eugênica. O direito à existência e à vida, em princípio, deve ser preservado

⁵³ FRANCO, A. *Idem*, p. 99.

⁵⁴ FRANCO, A. *Idem*, p. 100.

acima de tudo. Além disso, “não se conhece a vontade do ser humano afetado, não cabendo presunções dada a dificuldade de predizer, como a experiência ensina, se esse ser vai ser infeliz ou, pelo contrário, dará sentido à sua vida, pese embora o seu defeituoso ponto de partida”.⁵⁵

Entretanto, no momento em que passamos observar o bem jurídico da vida do nascituro não mais tendo como ponto de partida um direito próprio, mas sim da sociedade, tudo se modifica. Desta forma, no momento em que se encara o feto como o sujeito passivo único do aborto eugênico, depara-se frente a um enorme despautério, na medida em que se decide sobre a vida de outrem, cuja vontade ainda não se manifesta, presumindo que aquele ser não teria uma vida independente e feliz.

Mas, em verdade, “a questão da indicação eugênica deve ser analisada sob ótica diversa, a partir do reconhecimento de um conflito de interesses, de caráter social: trata-se de eleger entre o interesse social na qualidade de vida independente de todo ser humano que se disponha a nascer e integrar-se numa comunidade e o interesse social em assegurar a existência de qualquer um desses seres e em quaisquer condições”. De acordo com o autor, “seria errôneo afirmar que a vida humana deixa de ter valor quando carece de determinadas condições de qualidade”, pois “a existência humana enquanto tal merece uma consideração valiosa mas do que se cuida é de ponderar quando o valor consistente na qualidade de vida prepondera sobre o da própria existência”.⁵⁶ Pelo que se expõe, deve-se observar o aborto não mais de uma visão extremamente maternal, mas sim de novas perspectivas, em que o interesse da sociedade em assegurar a todos seus futuros cidadãos as mínimas garantias de bem-estar, constitui a marca maior. Em conformidade com a idéia lançada pelo autor citado, o que se pretende garantir, além do mero direito de nascer, é o nascimento de quem possua, ao menos, a mínima qualidade de vida.

Considerando todos esses aspectos, o “aborto eugênico” “tem, por fundamento, o interesse social na qualidade de vida independente de todo ser humano e não o interesse em assegurar a existência de qualquer um desses seres em quaisquer

⁵⁵ FRANCO, A. *Idem*, *ibidem*.

⁵⁶ FRANCO, A. *Idem*, p. 101.

condições”, sendo que “traduz-se, como as demais hipóteses do sistema de indicações, em causa excludente da ilicitude”.⁵⁷

Outra situação merecedora de atenção é a de que jamais se poderá cogitar na realização de um “aborto eugenésico” contra a vontade da gestante, uma vez que este processo de interrupção da gravidez traduz-se numa manifestação de caráter personalíssimo da mãe, o que aliás, é marca de todas modalidades de aborto. No “aborto eugênico”, entretanto, tal consentimento significa “um papel especialmente transcendente: o conflito não se resolve no sentido preconizado pela sociedade até que a mãe, no exercício de sua liberdade, manifeste expressamente seu consentimento”.⁵⁸ Assim, é essencial que o consentimento esteja presente para possibilitar a prática eugênica, mas tal consentimento tem apenas eficácia para impedir o aborto, e jamais para justificá-lo, de modo que o consentimento, isolado, nunca poderá autorizar o aborto.

2.7 O Projeto de Reforma do Código Penal e demais Projetos de Lei

Certamente um dos aspectos mais polêmicos e discutidos do celebrado anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal brasileiro é o novo contorno deferido aos casos de aborto legal.

Esta mudança já inicia-se pela titulação e *caput* onde, de uma vez por todas, coloca-se fim a uma longa discussão sobre a existência ou não do aborto legal no país. Assim está disposta a titulação: “Exclusão de ilicitude” e no *caput*: “Não constitui crime o aborto praticado por médico se”. Desta forma, denota-se tratar, o artigo, de exemplo de causas de exclusão de crime e a capitulação típica, agora, indubitavelmente, esse entendimento.

O texto apresentado no anteprojeto de reforma tem a seguinte redação:

Exclusão da ilicitude

Art. 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico se:

⁵⁷ FRANCO, A. *Idem*, p. 107.

⁵⁸ FRANCO, A. *Idem*, *ibidem*.

- I – não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante;
 II – a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;
 III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.
 § 1º 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;
 § 2º No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro.

O primeiro inciso – “não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante” – trata, na primeira parte, do denominado aborto necessário próprio (terapêutico), que consiste na interrupção da gravidez quando a gestante corre sério risco de vida. Na segunda parte, o inciso dispõe sobre o aborto necessário impróprio, que se caracteriza pelo comprometimento da saúde da grávida.

Neste inciso, a modificação trazida encontra-se em sua segunda parte – preservar a saúde da gestante –, onde verificamos uma nova e inédita eximente que passa a integrar o nosso sistema penal, uma vez que até o advento deste anteprojeto a única ressalva se dava em relação à vida da gestante, ou seja, o aborto somente era realizado quando sua vida estivesse em risco. Essa nova causa de exclusão da ilicitude, contudo, já existe em muitos países como Espanha, França, Índia, Israel, Portugal entre outros e vem de encontro à já tomada posição do eminente Ministro Nelson Hungria que falava em “vícios pélvicos ou outros obstáculos no conduto vaginal”⁵⁹ ao expor o tema. Fica evidente, portanto, que se quis assegurar além da vida, também o direito à saúde.

Quanto a esta inovação, Renato Marcão é categórico ao declarar que: “É evidente que a previsão em questão poderá levar à prática incontrolável de abortos acobertados pela ‘legalidade’, a critério único e exclusivo dos profissionais da área médica. É que a compreensão que se pode dar à expressão ‘preservar a saúde da gestante’ é por demais extensa e se circunscreve ao domínio da ciência médica”.⁶⁰

Já em relação ao segundo inciso – “a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida” –, o

⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V, arts. 121 a 136, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 271.

⁶⁰ MARCÃO, Renato Flávio. *Revista dos Tribunais*. O Aborto no Anteprojeto de Código Penal. Ano 87, dezembro de 1998, vol. 758, p. 432.

anteprojeto vem suprir uma falha existente no atual sistema, consolidando, desta forma, o que a doutrina e a jurisprudência majoritária já vêm entendendo. Certo é que a gravidez pode não resultar única e exclusivamente do estupro. Como podemos verificar, de outros crimes sexuais também pode ocorrer uma fecundação. Atualmente, o que se tem verificado para poder-se contemplar aquelas mulheres que encontram-se diante de uma gravidez mesmo não resultante de coito vagínico violento, é a aplicação da analogia *in bonam partem* pela doutrina e jurisprudência, para a efetivação do aborto humanitário.

A segunda parte do inciso II já traz modificações que traduzem um reflexo direito da modernidade da tecnologia, colocando a questão da inseminação artificial não consentida. Trata-se de previsão totalmente pertinente que se coaduna com a liberdade da gestante em querer uma gravidez livre e consciente.

Por fim, o inciso III – “há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais” – é o que envolve a polêmica questão sobre o “aborto eugênico”.

Muitos doutrinadores posicionam-se favoravelmente em relação a esta inovação que será trazida ao nosso sistema penal. Neste sentido, Warley Belo, que assim pronuncia:

Manifesta a oportunidade em se pleitear a legalização, do que se poderia denominar, aborto eugênico. A jurisprudência e a doutrina já se coadunam pela prática através da excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa e sobre argumentos contrários à imobilidade do Judiciário ante tão delicado problema. Se crítica pode fazer, ela deve se dirigir ao modo como essa excludente se reveste no referido inciso.⁶¹

Como já foi demonstrado, o “aborto eugênico” em seu ângulo mais viável para implantação, significa a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto, por constatar-se, através de métodos científicos, a inviabilidade da vida do feto extra-útero, sendo que é somente nestes casos que atualmente vem sendo autorizado, por meio de procedimentos judiciais.

⁶¹ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 69.

Existe, porém, a preocupação de alguns estudiosos, que entendem que persistindo a excludente, nos termos em que está disposta no anteprojeto de reforma, certamente oferecerá margem a algumas situações que podem passar longe do que a doutrina majoritária entende por aborto eugênico, embora esteja contemplada na disposição legal. Seria muito conveniente, desta forma, que a atual redação fosse alterada, pois “dá margem a um grupo de situações que extrapolam o conceito de aborto eugênico. Redação mais correta seria a que fizesse ressalvas específicas sobre a impossibilidade de vida do feto após o parto”.⁶²

Neste sentido a preocupação de Warley Belo, que critica a redação do inciso terceiro por diversas razões, conforme podemos verificar.

A começar pela palavra “probabilidade”. O verbete – probabilidade – do latim *probabilitata*, segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico significa: “1. Qualidade de provável. 2. Motivo ou indício que deixa presumir a verdade ou a possibilidade dum fato; verossimilhança. 3. Mat. Número positivo e menor que a unidade, que se associa a um evento aleatório, e que se mede pela frequência relativa da sua ocorrência numa longa sucessão de eventos. Probabilidade complementar (...)” (grifamos). A palavra não indica certeza. Nesse ínterim, qual a sua finalidade no inciso? Acaso a lei vislumbra a remota efetivação do aborto eugênico sem a certeza de que o feto seria incapaz de sobreviver extra-útero? Note-se que o avanço da ciência já nos permite dizer, com *cem por cento de certeza*, se esse ou aquele feto terá uma síndrome de *edwards* ou será anencefálico. Por isso, ao nosso entender, a palavra “possibilidade” é demasia e só traz dúvidas e confusão.⁶³

O citado autor ainda traz a baila outra questiúncula que também poderá ser causa de algumas divergências. Diz ele:

Releva-se, ainda, outra questão: a interpretação que se poderá ter sobre o aborto eugênico, persistindo os termos. Interpretação essa, conceitualmente, incorreta, mas possível. Estudemos o típico caso da síndrome de down. É uma grave e irreversível anomalia física e mental, no entanto, como já explicaremos, não se pode classificar a doença como passível de aborto eugênico. Aborto eugênico se destina àquelas doenças que têm, sim, grave e irreversível anomalia física ou mental, mas que, também, e isso é *conditio sine qua non*, impede, limita, restringe, impossibilita a vida extra-útero do feto. A síndrome de down limita a vida extra-útero do feto? Acaso não temos na literatura médica relatos de portadores dessa síndrome que viveram por mais de quarenta anos? Dir-se-á talvez que a interpretação é errada porque o título se destina a crimes contra a vida e que a exclusão da ilicitude, nesse

⁶² BELO, W. Idem, p. 95.

⁶³ BELO, W. Idem, p. 70.

caso, só seria possível na falta comprovada de exequível vida do feto fora do claustro materno. Mas, a linhas atrás não apontamos similar questão ao aborto necessário impróprio? Não se trata, no inciso primeiro, segunda parte, de disposição que visa proteger não a vida, mas a saúde da gestante? A interpretação sobre a “saúde” do feto, por ter anomalias graves biologicamente, não caberia aqui também? Seriam, pois, aos olhos literais da lei, doenças como a síndrome de down passíveis do “aborto eugênico”?⁶⁴

Por todas razões expostas, Belo entende que é imprescindível – para evitar maiores controvérsias que já surgirão naturalmente com a própria aplicação da lei nova –, uma modificação no inciso, que deverá ser feita para afastar quaisquer dúvidas sobre os casos em que poderá ser aplicado o “aborto eugênico”, que está restrito aos casos em que há impossibilidade de vida do feto após o parto, ou quando essa vida após o nascimento for limitada a poucos dias ou horas.

O citado doutrinador ainda considera absolutamente indispensável constar no texto do inciso, que a anomalia deva ser “física ou mental”, pois não existe outra modalidade de anomalia que o feto possa apresentar cujo resultado seja a não sobrevivência extra-útero.

O parágrafo primeiro – “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” –, por sua vez, não é muito esclarecedor. O que se verifica, entretanto, é que a doutrina e a jurisprudência majoritária manifestam-se no sentido de ser dispensável a autorização da gestante nos casos de aborto necessário, visto que na grande maioria dos casos práticos, é tamanha a urgência que tal exigência se torna impraticável.

De outra banda, nos casos que caracterizam o aborto necessário impróprio, o aborto humanitário e o “aborto eugênico”, o natural é que a gestante e o representante legal possuam o direito absoluto de quererem levar adiante a gravidez, sendo que pensar o contrário seria o mais rematado absurdo. Certo é que a lei não impõe a prática abortiva, somente oferece algumas situações em que o aborto é permitido, de modo que, a violação da vontade da gestante ou de seu representante legal configurará o crime tipificado no artigo 125, do Código Penal pátrio, ou seja, o delito de aborto

⁶⁴ BELO, W. Idem, *ibidem*.

provocado por terceiro sem o consentimento da gestante. Assim, conclui-se que o parágrafo é totalmente dispensável, pois repete o que a lei já diz em outras situações.

O parágrafo segundo – “No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro” – é uma inovação curiosa, pois eleva e ressalta a posição do pai, frente a realização de um aborto eugênico. Contudo, não querendo em nenhum momento menosprezar a figura do pai, não é ele quem sofre na pele todas as condições psicológicas e físicas de uma gestação que, ao final, verificar-se-á frustrada. Não se pode, isto sim, em qualquer hipótese subjugar o direito da mãe, que certamente será a pessoa mais autorizada para manifestar qualquer opinião, sendo que cabe, à gestante, antes de qualquer outro, decidir se quer ou não quer o filho que não provera extra-útero. É a gestante quem vai sentir realmente a todo o momento as transformações da gravidez, de forma que é mais acertado ser ela quem decidirá se quer ou não gerar um ser desprovido de valor vital e cerceado, mesmo, de condição humana. Não fosse este fato isolado, ainda resta a questão de saber qual seria a oposição justificável aos olhos da lei? E será que tal oposição se sobreporia, eventualmente, ao direito do “aborto eugênico” pretendido pela própria gestante? Assim, que não se desconsidere totalmente a opinião do pai, mas que a decisão da mãe seja mais relevante em caso de discórdia, certamente seria uma alternativa sábia a resolver o impasse, sem em nenhum momento ofender o vínculo jurídico que já existe entre o pai e o feto.

A vingar a atual redação do parágrafo segundo, o que ocorrerá se porventura um pai contrário ao “aborto eugênico” proponha, em juízo, uma medida cautelar inominada para impedir o seguimento do ato abortivo de forma judicial e expressa? Nas palavras de Belo, “o que não se pode entrever é a possibilidade da intervenção máxima do Direito Penal e a imposição de mais um, dos muitos obstáculos à sofrível situação da mulher gestante”.⁶⁵

Felizmente algumas das críticas anteriormente referidas foram superadas através da nova redação do artigo referente aos casos de aborto legal, agora

⁶⁵ BELO, W. Idem, p. 73.

artigo 127, elaborada pela Comissão Revisora, em texto entregue ao Ministro da Justiça, no ano de 1999.

O novo texto apresenta a seguinte redação:

Exclusão da ilicitude

Art. 127. Não constitui crime o aborto provocado por médico, se:

I – não há outro meio de salvar a vida ou preservar de grave e irreversível dano a saúde da gestante;

II – a gravidez resulta da prática de crime contra a liberdade sexual;

III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.

§ 1º. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante ou, se menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou companheiro.

Assim, o primeiro inciso já traz uma modificação em sua segunda parte, quando estipula que não constitui crime o aborto realizado para “preservar de grave e irreversível dano a saúde da gestante”. Continuou-se, dessa forma, dando relevo à saúde da gestante, mas foram restringidos os casos em que se poderá interromper a gravidez apenas às situações onde haja grave e irreversível dano à saúde da gestante. Disposta de tal maneira, a previsão em questão evita uma possível prática incontrolável de abortos acobertados pela legalidade.

No tocante ao segundo inciso, também houve modificação, pois retirou-se a parte que fazia menção ao emprego não consentido de técnica de reprodução assistida.

Quanto ao último inciso, apesar de continuar tudo na base da “probabilidade”, está expressamente disposto que apenas quando o “nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável” é que será permitida a interrupção da gravidez. Essa circunstância, que não constava na redação anterior, elimina uma preocupação de muitos estudiosos, que entendiam que persistindo a excludente, nos termos em que estava disposta, certamente ofereceria margem a situações que estariam longe do que a doutrina majoritária entende por “aborto eugênico”. Desta forma, a atual redação oferece uma segurança que se mostrava absolutamente imprescindível ao procedimento para que ele não acabasse por abranger um grupo de situações que extrapolam o conceito de “aborto eugênico”. Assim, somente

quando o feto for inviável – e não quando for portador de qualquer outra deficiência – é que se permitirá o aborto.

Outra grande e importante modificação, foi suprimir o parágrafo segundo, que exigia, no caso do inciso III, a “não oposição justificada do cônjuge ou companheiro”. Uma exigência que apesar de exaltar a figura paterna tinha pouco nexos e lógica, frente ao importante e único papel da gestante.

Certo é que a eugenesia é a nota característica da proposta de mudança do anteprojeto de reforma do Código Penal, que vem inserida no inciso III do artigo 127 do estatuto.

Além do famigerado anteprojeto de Reforma do Código Penal, existem muitos outros Projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados sobre o crime de aborto. Alguns deles são citados abaixo, à título exemplificativo, para demonstrar a existência de um forte movimento no sentido de legalizar a prática do aborto eugênico.

Dentre estes encontramos o Projeto de Lei nº 1.174, de 1991, de autoria do Deputado Eduardo Jorge e da Deputada Sandra Starling, que dá nova redação ao artigo 128 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – o Código Penal, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se da gravidez determinar perigo para a vida ou a saúde física ou psíquica da gestante;

II – se for constatada no nascituro enfermidade grave e hereditária ou se alguma moléstia ou intoxicação ou acidente sofrido pela gestante comprometer a saúde do nascituro;

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

A justificação do projeto está assim redigida:

O presente projeto de lei objetiva colocar o Brasil em compasso com a evolução da legislação sobre o aborto que ocorre em todas regiões do mundo. A essência dessa evolução está na desconcentração do aspecto criminal, enfocando-se principalmente a questão da saúde da mulher e do bem-estar da família.

Consoante com essa tendência mundial e reforçado pelas profundas transformações ocorridas na sociedade brasileira neste meio século de

existência do Código Penal, apresentam-se, neste projeto, duas importantes atualizações ao art. 128.

Uma, a que amplia o conceito de defesa da vida, retirando-lhe seu caráter imediatista. Incorpora-se, nesta proposição, uma visão de saúde mais abrangente e complexa, na qual interagem num processo dinâmico, em busca permanente do equilíbrio, os aspectos físico, mental e social do indivíduo.

A ótica anterior, expressa no artigo que se pretende modificar, mostra-se limitada e obsoleta. Restringir-se ao perigo de vida iminente é demonstrativo dessas distorções. Uma gestante tanto pode ter riscos de vida em consequência de um quadro agudo quanto por um processo mais crônico de sofrimento físico ou mental que poderia torná-la definitivamente incapaz ou mesmo levá-la à morte.

O componente social apresenta-se como outro pilar fundamental para a garantia da vida. As condições de trabalho, de renda, de moradia e de acesso aos serviços de saúde de boa qualidade são alguns dos requisitos que compõem um amplo espectro de valores indispensáveis para se ter saúde.

Desta forma, justifica-se plenamente a ampliação das possibilidades de prática de aborto pelo médico como instrumento efetivo de redução da mortalidade materna e dos efeitos deletérios irreversíveis à saúde da mulher.

A outra atualização que se pretende introduzir é a incorporação na lei da possibilidade de ser realizado o aborto em decorrência dos riscos de vida do nascituro.

Ressalta-se, sobremaneira, o caráter ultrapassado da legislação atual, quando esta não considera os perigos evidenciáveis ao embrião pelos métodos modernos da medicina.

O trágico e conhecido caso da Talidomida tornou irrefutáveis os argumentos favoráveis à indicação embriopática para o aborto. Outras patologias como a rubéola, e principalmente a Aids – que além do processo irreversível da mãe, apresenta sérios riscos para o recém nascido – reforçaram a tendência de se incorporar essa indicação à legislação concernente.

Ademais, modernas técnicas e diagnósticos complementar são capazes de identificar com bastante precisão e antecedência alterações genéticas, possibilitando a intervenção precoce e oportuna, no sentido de evitar que se leve a termo uma vida extremamente limitada e de curta duração.

Pelo exposto e no sentido de garantir melhores condições de vida para a mulher, contamos com o endosso dos ilustres pares no Congresso Nacional para aprovação deste projeto.

Sala das Sessões, 4 de junho de 1991. – Deputado Eduardo Jorge – Deputada Sandra Starling.

Outro projeto que também cogita a possibilidade do aborto eugênico é o Projeto de Lei nº 3.280, de 1992, de autoria do Deputado Luiz Moreira que autoriza a interrupção da gravidez até a 24ª semana nos casos previstos na presente lei que estipula:

Art. 1º - Fica autorizada a interrupção da gravidez, até a 24ª (vigésima quarta) semana, quando o produto da concepção seja portador de graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais e preceda de indicação médica.

Parágrafo Único – O procedimento de interrupção da gravidez será sempre feito em instituições hospitalares públicas ou privadas dotadas de condições adequadas a quaisquer eventualidades de risco de vida, e sempre precedido de parecer médico favorável, de pelo menos um médico diverso daquele por quem ou sob cuja direção o aborto deva ser realizado.

Art. 2º - Somente após o consentimento formal da gestante, do cônjuge, ou representante legal e da informação da anomalia fetal, conseqüência e riscos de vida inerentes ao procedimento, poderá ser feita a competente interrupção da gravidez, objeto da presente Lei.

Art. 3º - O procedimento de interrupção de gravidez, feito em desacordo com a presente lei, levará o infrator ou infratores e os correspondentes responsáveis pelas instituições hospitalares nas quais o procedimento de interrupção da gravidez tenha sido procedido às cominações previstas em lei e o código de ética e as entidade de classe correspondentes.

Art. 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

A justificação do citado projeto é a seguinte:

O presente projeto de lei tem como finalidade determinar as condições próprias que devam obedecer o princípio de interrupção da gravidez até a 24ª (vigésima quarta) semana, sempre precedida de parecer médico e consentimento formal da gestante, do cônjuge ou responsável legal e seja realizada em instituição hospitalar pública ou privada, em condições satisfatórias as necessidades básicas do procedimento de interrupção da gravidez.

Outrossim, coibe, os procedimentos de interrupção de gravidez, feitos sem quaisquer critérios e, às vezes, por profissionais não especializados, em locais impróprios e com sérios riscos de vida para a gestante.

Sala das Sessões, em outubro de 1992 – Deputado Luiz Moreira.

Na mesma direção é o Projeto nº 1.956, de 1996, de autoria da então Deputada Marta Suplicy, que autoriza a interrupção da gravidez nos casos que menciona, assim dispondo:

Art. 1º - Fica autorizada a interrupção da gravidez, quando o produto da concepção não apresentar condições de sobrevivência em decorrência de malformação incompatível com a vida ou de doença degenerativa incurável, precedida de indicação médica, ou quando por meios científicos se constatar a impossibilidade de vida extra-uterina.

Art. 2º - A interrupção da gravidez se fará com o consentimento da gestante ou representante legal nos casos de incapacidade, após a constatação da anomalia fetal, e orientação por médico especialista sobre as reais implicações para o feto de tal diagnóstico.

Parágrafo Único – O procedimento de interrupção da gravidez será sempre feito em instituições hospitalares públicas ou privadas, dotadas de condições adequadas a quaisquer eventualidades de risco de vida.

Art. 3º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º - Revogam-se as disposições em contrário.

A justificação do projeto consta na seguinte redação:

A lei que estabelece as excludentes de criminalidade para a interrupção de gravidez (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e em casos de estupro) data da última revisão do Código Penal, sancionado em dezembro de 1940. É facilmente compreensível que nessa época, desconhecidos os métodos de checagem da saúde fetal hoje existente, o risco de virem a ocorrer anomalias fetais em uma determinada gravidez era então hipotético.

A medicina e, em particular a medicina fetal, evoluiu muito. Já é possível obter inúmeros dados sobre o ser em formação, através de modernos métodos de imagem com ultra-sonografia ou amniocentese (estudo das células fetais obtidas através de punção do líquido da bolsa das águas) ou a amostra de vilo colial (estudo das células da placenta). É possível avaliar com precisão a constituição genética, doenças no feto ou o risco de estar gerando um bebê com malformações ou doenças degenerativas incuráveis. A margem de erro desses exames, segundo as mais diversas fontes de informação científica, é inferior a 1/1.000.

A maioria dessas técnicas de diagnósticos foi introduzida no Brasil na década de 80. Já nesta época as mesmas técnicas eram disponíveis nos países industrializados com a notável diferença de que as leis de todos esses países, sem exceção, foram adaptadas ao avanço da ciência. Entre 1964 e 1984, todos os países desenvolvidos passaram a permitir que a gestante ou o casal optasse por não prosseguir uma gravidez quando o feto fosse portador de uma anomalia grave e incurável.

A Dra. Dafne Dain Gandelman Horovitz, especialista em Genética pelo Instituto Fernando Figueira da Fundação Oswaldo Cruz, descreve a anencefalia (grave anomalia da caixa craniana e do sistema nervoso central, incompatível com a vida e uma das mais graves malformações congênitas) como *'um defeito originado numa fase extremamente precoce da gestação, onde a calota craniana não se fecha completamente e o cérebro se desenvolve de maneira incompleta e anormal. Tal condição é absolutamente incurável e incompatível com a vida, e o bebê morre após o nascimento ou horas mais tarde'*.

É necessário utilizar as técnicas disponíveis para estudo e diagnóstico de problemas no feto, dando às mães que se tornam verdadeiros 'caixões ambulantes', a possibilidade de decidir sobre a manutenção ou não da gravidez. Algumas mulheres darão preferência por levar adiante a gestação, enquanto outras farão opção contrária, por se sentirem sem estrutura emocional para suportar tal vivência.

É tortura obrigar uma mãe, contra sua vontade, a manter uma gravidez por vários meses se o resultado final for o óbito do nascituro.

Segundo o Dr. Thomaz Rafael Gollop, do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana, de São Paulo, já foram emitidos no país cerca de 350 alvarás judiciais autorizando médicos a interromperem gravidez, onde havia sido diagnosticada uma gama variada de patologias fetais. O Dr. Gollop já obteve 17 autorizações para abortamento de casos que vão desde agenesia

renal (ausência congênita dos dois rins), até defeitos graves e irremediáveis da parede abdominal e anencefalia.

Entretanto este é sempre mais um ônus num caminho muito penoso para a mulher e seu cônjuge. *'Embora a mãe provavelmente não corresse risco de vida, a situação era muito dolorosa para o casal e o aborto era necessário'*, escreveu o juiz corregedor Geraldo Francisco Pinheiro Franco, do Departamento de Inquéritos Policiais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sentença favorável a realização de um aborto eugênico. Nesse caso, devido a uma malformação congênita, o topo do crânio do feto não se formara e sua coluna estava totalmente exposta.

Em 1990 o Conselho Federal de Medicina, com base no parecer dos Conselhos Regionais de Medicina elaborou um enunciado do projeto de lei sobre a questão cujo texto se assemelha ao que ora apresentamos. Significa isto que o projeto de lei apresentado possui não só respaldo, como foi também objeto de ampla discussão pela classe médica de nosso país.

Parece-nos urgente e necessário sintonizar a legislação com os avanços da ciência. Esta é uma demanda das mulheres e dos casais que, embora desejassem muito a gravidez, veem-se diante do infortúnio de um diagnóstico de patologia grave e incurável no feto devendo ter o direito de optar por terem ou não esse filho. Na hipótese da mulher desejar interromper a gravidez, é fundamental que essa interrupção seja realizada em condições médico-hospitalares adequadas e seguras.

Além de ser este um direito das mulheres, há um entendimento tanto na área médica quanto na área jurídica, de que este direito se consolide no país.

O Projeto que apresento para apreciação desta Casa envolve uma questão de solidariedade humana que nos parece ser de fácil entendimento de todos os parlamentares.

Sala das Sessões, 23 de maio de 1996 – Deputada Marta Suplicy.

Na realidade, são inúmeros os projetos que buscam desde a legalização completa dos casos de aborto, até aqueles que almejam apenas um maior número de permissões legais.

A tendência atual é, desta forma, uma mobilização em torno do assunto, com inúmeras tentativas de autorizar a prática abortiva, e em especial, de descriminar o “aborto eugênico”.

3 A ATUAL SITUAÇÃO DO “ABORTO EUGÊNICO” NO BRASIL

3.1 Casos em que o “aborto eugênico” está sendo autorizado

Muito embora a nossa legislação não permita a prática eugenésica, conforme foi visto no capítulo anterior, atualmente nos deparamos diante de um processo onde estão sendo autorizados, mesmo ao arripio da lei, diversos casos de “aborto eugênico”, em situações bem definidas, as quais passamos a observar.

Primeiramente, convém insistir em alguns aspectos sobre a eugenia, pois muito embora ela possa ser observada em termos bastante amplos, atualmente ela vem apresentando contornos bem mais limitados e definidos. Assim, ainda que em tempos passados tenha sido considerada um fator de “purificação da raça”, ou mesmo como modo de aliviar o sofrimento de pessoas portadoras de qualquer espécie de deficiência, quando era aplicada indistintamente em quaisquer casos, não é nesta ótica que ela deve ser considerada atualmente, como vêm demonstrando todos os julgamentos que se tem observado sobre o assunto.

Na sua contextura moderna, o “aborto eugênico” representa a interrupção da gravidez, com a conseqüente morte do feto, por ter sido detectado nesse, através de métodos científicos, a existência de anomalias graves, irreversíveis que o tornam incompatível com a vida extra-uterina.

Desta forma, demonstra-se claramente que na atual tendência do “aborto eugênico”:

Não se pretende, de forma alguma, a eliminação dos seres não desejáveis para a espécie humana. Não se pretende a evolução genética; não se busca a perfeição moral, física ou intelectual de ninguém. Nunca se cogitou a possibilidade de eliminar o feto por qualquer tipo de doença ou situação de perigo. O que se pretende é a possibilidade que a mãe, sabedora que seu filho está sendo gerado com má-formação genética grave, irreversível, inevitável e incompatível com a vida pratique o ato de paralisar uma

gravidez sem lógica, onde o futuro se resume a uma gestação desprovida de sua finalidade: gerar uma vida.¹

A confirmação dos argumentos acima expostos ocorre com a simples leitura de alguns depoimentos, prestados por mulheres grávidas de filhos portadores de anomalias irreversíveis. É absolutamente perceptível a enorme agonia com que as mães passam por tal situação, sentindo que de sua gravidez não resultaria, como normalmente se espera, a geração de uma vida. São depoimentos colhidos de revistas que publicaram matérias sobre o aborto, sendo que neste momento torna-se oportuna sua transcrição, face a relevante importância que assumem frente ao estudo realizado, considerando, principalmente, que a teoria dissociada da prática não alcança efetividade alguma. Necessário, portanto, que se verifique a realidade, o que está realmente acontecendo, pois sem isto não existiria nenhuma razão de ser do presente estudo.

São estes os depoimentos:

Os exames de ultra-sonografia mostraram que o feto tinha síndrome de Turner, disfunção cromossômica que lhe garantia sobrevivência de apenas alguns dias. Quando soube, minha primeira reação foi tê-lo assim mesmo. Durante duas semanas minha vida virou do avesso. A certa altura vi que, para protegê-lo, estava sendo egoísta. Não havia motivo para prolongar o sofrimento daquele feto. Fiz o aborto com autorização judicial. A sensação de estar fazendo um aborto dentro da lei muda tudo. Mesmo arrasada, senti-me amparada, protegida. Desirée Zanelato, 30 anos, biomédica.²

Decidi adiar o momento de ter um filho por causa da carreira. Casei aos 32 anos e só engravidei um ano depois. Fiz a primeira ultra-sonografia com cinco meses de gestação. Eu estava eufórica, louca para descobrir o sexo do bebê. A alegria virou pesadelo quando soube que ele estava doente. Fiz uma coleta de sangue fetal e o diagnóstico confirmou tudo: o nenê tinha uma doença chamada Síndrome de Patau (entre outros problemas, má-formação da coluna cervical). Além disso, tinha uma anomalia renal. Teria apenas algumas horas de vida depois do parto. Quando me disseram isso, não quis acreditar. Decidi fazer novo exame, em outro lugar. Não falei nada aos médicos, fingi que nada sabia. Os resultados foram os mesmos. Fiquei apavorada. Comecei a procurar artigos e textos sobre a síndrome. Li tudo sobre ela. Não queria ver a criança sofrer. Não queria vê-la entubada em uma UTI, sem chances de vida. Meu marido e eu resolvemos abreviar tanto sofrimento e fazer o aborto. A família estranhou, senti algumas resistências. Mas fomos adiante. Quis fazer tudo dentro da lei. As pessoas não têm noção

¹ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 80.

² CAMPOS, Cintia; GUENA, Marcia. *Nós fizemos aborto*. Veja, São Paulo, ano 30, n. 37, setembro de 1997, p. 33.

de como o respaldo legal é importante para uma mãe psicologicamente abalada. No meu caso, o alvará demorou uma semana para sair. Fiz o aborto no Hospital Santa Joana, em São Paulo, administrado por religiosos. Utilizei meu convênio médico. Correu tudo bem comigo, mas hoje percebo que a saúde materna não é apenas física. Fiquei abalada por muito tempo, tive depressão durante dois anos. Na minha cabeça, o bebê morreu no parto. Também é muito difícil enfrentar as pessoas. A toda hora, alguém que me viu grávida perguntava pela criança. Eu dizia que tinha perdido. Antes disso, eu era contra o aborto por decisão da mulher. Hoje sou a favor, porque a gestante aprende a respeitar as razões das outras pessoas. A legislação é muito fechada, precisa mudar. Saí do episódio com essas convicções. E também com medo de engravidar outra vez. Não quero passar por tudo de novo.

Ana Lúcia Cabral, 38 anos, advogada.³

Estou esperando uma menina sem cérebro. Tem 6 meses e se chama Natalie. No começo quisemos abortar, mas conversamos com a psicóloga e desistimos. Não tive coragem. Quero que a nenê morra no parto e tenha um enterro. Falo com ela todo dia. Mas dói saber que ela não escuta, que não vai viver. Por isso, apóio as mulheres que abortam. É uma decisão que ninguém pode condenar.

Jucileia Rodrigues, 19 anos.⁴

Tinha dois filhos quando engravidei novamente, há dois anos e meio. Só fiz a primeira ultra-sonografia no sexto mês de gestação, confesso que fui tanto relapsa. Descobri então que meu filho tinha nanismo tanatofórico, uma doença grave e rara. Ele só sobrevivia pelo cordão umbilical. O pulmão não se desenvolveu, não tinha antebraço. A notícia me deixou sem chão. Com o exame na mão, saí pelas portas do fundo do laboratório, porque não queria encontrar aquelas mulheres barrigudas e felizes. Fui a seis médicos para ter certeza do diagnóstico. Eu não fumo, não bebo. Ninguém da minha família tinha problemas. Os médicos eram categóricos no diagnóstico. Diziam que meu filho não sobreviveria. Foi muito difícil. Quando as pessoas comentavam sobre minha gravidez, ficava quieta. Falar o quê? No sexto mês, o bebê já se mexia na minha barriga. Nessa hora, você pensa que está gerando um monstro. Eu me perguntava: será que eu preciso sofrer ainda mais? Meu marido e eu decidimos fazer aborto. Escrevi uma carta pedindo autorização ao juiz. Eu queria fazer a cirurgia com a cobertura do plano de saúde. Tive de contar para os meus filhos que o irmão deles não nasceria. Eles estavam adorando a idéia. Faziam carinho na minha barriga, queriam comprar o enxoval, arrumar o quarto. De posse do alvará judicial, segui para o hospital. Foi parto normal. Não quis ver o rosto da criança e pedi perdão a Deus. Tinha medo que o olhar do meu filho me reprovasse. Depois o médico me convidou para vê-lo. Ele tinha um rosto lindo, sereno. Não sinto remorso.

³ CRUZ, Angélica Santa; BARROS, Andréa. *O parto da Justiça*. Época, São Paulo, setembro de 1999, p. 52.

⁴ CRUZ, A. *Idem*, *ibidem*.

Eu precisava passar por aquilo e a Justiça me apoiou. Não fiz nada de errado, mas não gosto de lembrar. Depois de três meses, meu marido fez vasectomia. Ficamos com muito medo.
Claudete Castello, 38 anos, dona de casa.⁵

São todas situações extremamente delicadas e traumáticas que impõem uma reflexão sobre o assunto, sendo que diante do contexto apresentado, e levando em consideração todas as manifestações acima, torna-se absolutamente claro que se deve chegar a alguma solução que possa tranquilizar gestantes que se deparem com esta situação.

Neste sentido, e considerando o que foi disposto, possibilitar a uma gestante a paralisação da gravidez em casos nos quais já ficou definitivamente comprovado que a doença da qual o feto é portador o torna incompatível com a vida extra-uterina, como nos casos acima descritos, é algo extremamente diverso de levar a termo a vida de um ser em formação por mera tentativa de melhoramento genético, como já foi propugnado em tempos remotos, quando a eugenia apresentava outros limites, bem diversos dos atuais.

Certo é que:

Prescinde-se, portanto, de aberrantes programas, não demasiado distantes no tempo, que incidiam na conservação da pureza de determinadas raças. Desvios que contribuíram para despertar lógicos receios na matéria. Não se trata, pois, de conseguir uma raça de super-homens. A indicação eugênica tem um campo limitado de aplicação e não pode ter a validade de provocar melhoras genéticas em escala social.⁶

Longe estamos, pois, do tempo do nacional-socialismo de Hitler, que:

Tinha como base o falso terreno de objetivos eugenésicos, por autorizar a esterilização obrigatória dos enfermos psíquicos e mentais, por pretender abortar filhos de pessoas de “raças inferiores”, por proclamar, como fatal e decisiva, a influência hereditária na gênese das moléstias da inteligência e do sentimento, por querer a perfeição genética... Ora, conjecturar que o aborto eugênico, nos termos e limites apresentados, seja de estirpe nazista é rejeitar a realidade que entra pelos olhos.⁷

⁵ CRUZ, A. *Idem*, p. 53.

⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica*. in Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 98.

⁷ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 81.

Hoje, conforme Warley Belo, existem estimativas à prever que cerca de 3 a 4% da população mundial nasce com alguma espécie de má-formação congênita que consiste nos desvios da morfologia do corpo.

No entanto, considerando o que já ficou registrado, não são todas as espécies de má-formação que possibilitam, atualmente, a realização do “aborto eugênico”, embora existam aqueles que propugnam a realização do aborto nos casos em que o feto seja portador de qualquer espécie de anomalia. Para estes, o argumento principal reside no fato de que tais crianças, ao nascerem, encontram um Estado omissivo às suas reais condições. Afirmam, que se deve lutar não apenas pela vida, mas pela qualidade de vida, reclamando uma efetiva adaptação entre os portadores de anomalias e a sociedade.⁸

Efetivamente, o cerceamento que essas crianças terão de enfrentar socialmente é claro e irremediável. Mas, privá-las de viver se traduziria na forma mais adequada de combater o problema, é a indagação proposta por Belo.

A principal questão a se considerar, quando se chega neste ponto, é que em muitos casos a deficiência apresentada não compromete, efetivamente, a vida de seu portador. Isto pode ser observado, por exemplo, no caso da Síndrome de Down, onde não há qualquer espécie de dor para seus portadores, sem considerar, ainda, que a possibilidade de vida é muito grande (cerca de 30 anos). Embora todos apresentem um alto nível de dependência, muito se pode fazer por eles, sendo que quando corretamente orientados apresentam um grande crescimento pedagógico. Nestes casos, por óbvio, não há que se falar em “incompatibilidade com a vida”.

Por estes motivos, grande parte da doutrina vem se posicionando contrariamente à legalização da prática abortiva, sob o título de “aborto eugênico”, nos casos de constatação da Síndrome de Down e outras síndromes, quando não houver o comprometimento da possibilidade de sobrevivência do feto posteriormente ao seu nascimento.

⁸ Regra geral, os partidários do movimento feminista sustentam, com base na autonomia reprodutiva da mulher, o aborto no seu aspecto mais amplo, ou seja, o aborto em qualquer hipótese. Desta forma, para eles é livre a decisão da mulher em querer ou não levar adiante a gravidez.

Assim, são situações completamente diferentes, e que não apresentam nenhuma relação – as má-formações do tipo Síndrome de Down, onde há apenas um restringimento da vida –, com outras anomalias graves que traduzem uma incompatibilidade com a vida, ou então uma chance de sobrevivência que não ultrapassará horas, dias ou poucas semanas, como ocorre nos casos de anencefalia (ausência de cérebro), anomalias graves e irreversíveis do coração ou da coluna, ausência de órgãos vitais, como os rins, Síndrome de Edwards, má-formações múltiplas, etc. A primeira tem a ver com mero restringimento, ao passo que a segunda traduz uma inviabilidade da vida humana.

O grande problema, entretanto, reside na questão de saber quais seriam as doenças dos fetos que poderiam culminar no “aborto eugênico”. Contudo, certamente não convém que tais doenças sejam elencadas neste singelo trabalho, por absoluta falta de conhecimento técnico para tanto. O mais recomendado é que tal tarefa seja deferida à profissionais da área técnica que tenham condições de chegar a uma conclusão científica sobre o assunto.

Pelo que foi exposto, entretanto, pode-se verificar que o “aborto eugênico” no seu contexto atual está sendo autorizado somente naquelas situações em que fique comprovadamente demonstrada a total impossibilidade de sobrevivência do feto após o seu nascimento, ou seja, a inviabilidade da vida humana.

Na grande maioria dos casos, cerca de 70% (setenta por cento) deles, tem-se verificado, conforme dados apontados pela Revista *Época*, que são situações envolvendo a anencefalia, a qual consiste na ausência dos dois hemisférios cerebrais.⁹

3.2 Condições necessárias para sua autorização

A indicação eugênica, como as demais indicações de aborto, fica subordinada a alguns requisitos gerais comuns, possuindo em particular, alguns requisitos específicos. Estes, são requisitos que se mostram imprescindíveis para que se

⁹ CRUZ, Angélica Santa; BARROS, Andréa. *O parto da Justiça*. *Época*, São Paulo, setembro de 1999, p. 49.

admita a prática desse tipo de aborto e que, necessariamente, devem estar presentes em caso de eventual inclusão dessa indicação na legislação penal.

Entre os requisitos gerais, certamente um dos mais importantes é a realização do aborto por médico. Isto porque, a intervenção de um profissional qualificado é essencial quando se envolvem riscos de vida, ou para a saúde da gestante, como ocorre no caso da prática abortiva. A doutrina faz referência a um caso que excepciona tal disposição geral, que ocorre quando uma pessoa, não habilitada legalmente, pratica o aborto para salvar a vida da gestante de perigo atual, configurando, portanto, o estado de necessidade previsto no artigo 24 do Código Penal.¹⁰

Requisito também comum e imprescindível é o consentimento expresso da gestante. Este consentimento:

Deve adaptar-se às exigências do chamado “consentimento informado” em relação ao ato médico (também ao aborto), no sentido de que a informação à “paciente” se erija em condição prévia para a validade do consentimento, de forma que este constitua a expressão da autêntica autodeterminação da mulher grávida. Não somente deve conhecer todas as circunstâncias concernentes à indicação legal do aborto, mas também os riscos que possam derivar, para ela, da própria intervenção.¹¹

O consentimento da gestante, entretanto, poderá ser dispensado quando ela estiver correndo risco de vida, face a excepcionalidade da situação, que não permite tal providência. Esta dedução decorre, também, do próprio texto legal que dispõe sobre o assunto, pois na redação do artigo 128, I do Código Penal, não existe referência expressa para que o procedimento seja “precedido de consentimento da gestante”, como ocorre no caso do inciso II do mesmo artigo.

Com relação aos requisitos específicos para a realização do “aborto eugênico”, aos quais deve ser dispensada uma maior atenção, a questão fica um pouco mais delicada, já que tal procedimento ainda não é regulamentado pela lei brasileira. Tem-se utilizado, contudo, como base para estipular os requisitos específicos da prática

¹⁰ “Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

¹¹ FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica*. in Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 101.

eugenésica, o Anteprojeto de Reforma do Código Penal, que prevê, em seu artigo 127, tal modalidade abortiva. O citado artigo apresenta a seguinte redação:

Art. 127. Não constitui crime o aborto provocado por médico, se:

...

III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.

§ 1º. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante ou, se menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou companheiro.

Assim, de acordo com que dispõe o citado artigo, pode-se enumerar os seguintes requisitos específicos da prática do “aborto eugênico”: a) fundada probabilidade do nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável; b) atestado de dois médicos sobre este estado; c) consentimento da gestante, ou de seu representante legal, cônjuge ou companheiro, quando menor ou incapaz.

O primeiro dos requisitos corresponde, em verdade, ao ponto nuclear da indicação eugênica.

Conforme dados de Alberto Silva Franco, as deformações congênitas e enfermidades hereditárias afetam aproximadamente 5% dos fetos que chegam a nascer.

Segundo tais índices:

Um terço delas provém de aberrações genéticas conhecidas: são anomalias cromossômicas (relacionadas com o número e a natureza dos cromossomos), não hereditárias, mas produzidas por uma falta de emparelhamento dos cromossomos depois da fecundação tais como a trisomia 21 ou síndrome de Down, também chamado de Mongolismo, a síndrome de Turner, etc. e também, as anomalias gênicas como a mucoviscidose que afeta um de cada dois mil europeus; e sobretudo as anomalias plurifatoriais, provocadas pela mutação simultânea de vários genes e mal conhecidas quanto à sua etiologia. Começam, por fim, a ser descobertos os mecanismos de algumas enfermidades propriamente genéticas mas que estão, não obstante, ligadas a uma tendência em alguns genes de facilitar, na idade adulta, por exemplo, a rápida proliferação de certos cânceres, como o da bexiga ou o do pulmão. Outras anomalias do desenvolvimento podem todavia manifestar-se durante a embriogênese, sendo mais ou menos graves, mais ou menos suscetíveis de uma terapia corretiva a espinha bífida, ou hérnia da medula espinhal, a anencefalia, as diversas formas de hidrocefalia, a estenose esofágica ou do

intestino, a onfalocele e outros tantos acidentes que podem sobrevir, em grau mais ou menos grave, ao embrião ou ao feto na gestação.¹²

A verificação e identificação dessas enfermidades somente é possível graças ao notável desenvolvimento assumido pela ciência médica, que possibilita, atualmente, detectar a presença de anomalias quando a criança ainda encontra-se no ventre materno.

Algumas dessas deficiências verificadas durante o processo gestacional demonstram, cabalmente, frente ao alto grau de certeza que tão modernos diagnósticos oferecem, que o feto não terá as mínimas condições de sobreviver após o parto. Neste momento surge uma tormentosa questão, já que esta “informação tão precisa, confiável e precoce, acerca das possíveis anomalias do desenvolvimento, progride mais rapidamente do que a capacidade terapêutica para corrigi-las”, de forma que “no momento, há uma grande distância entre a percepção dos problemas que se apresentam e a possibilidade de remediá-los”.¹³

E isto, sem sombra de dúvida, no dizer de Alberto Silva Franco:

Acarreta, de um lado, um enorme sofrimento para os casais que tenham de enfrentar a problemática dessas enfermidades, ainda não curáveis, e de outro, a realidade de um ser sem a mínima qualidade de vida. Ao infortúnio da enfermidade física ou psíquica que afeta ao filho, os pais têm ainda de fazer face “a incompreensão, ao sarcasmo, a condenação social e a repulsa e esta forma de penalização resulta mais dura de carregar que as anteriores”. É, nessa situação, que se pode cogitar do aborto eugênico.¹⁴

Na verdade, depara-se com uma terrível situação, pois pais que descubrem, através dos modernos exames pré-natais, que o filho que está sendo gerado não tem nenhuma perspectiva de vida após o nascimento, se vêem “obrigados” a levar à termo a gestação, pois acaso realizem um aborto, estão praticando um conduta típica, antijurídica e culpável, já que tal modalidade abortiva não encontra amparo na lei penal vigente. É uma situação extremamente delicada: mesmo sabendo que a gestação é “inútil”, pois não gerará uma vida como normalmente ocorre, deverá ser levada até o final para que não ocorra um crime!

¹² FRANCO, A. *Idem*, p. 103.

¹³ FRANCO, A. *Idem*, p. 104.

¹⁴ FRANCO, A. *Idem*, *ibidem*.

O Projeto de Reforma do Código estabelece um segundo requisito específico para a realização do aborto eugênico, que é o atestado de dois outros médicos sobre a fundada probabilidade de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. Assim, é mister que o aborto eugenésico seja precedido de parecer emitido por dois especialistas, que não se confundem, obviamente, com os executores da prática abortiva, pois a lei fala expressamente em dois “outros” médicos.

O terceiro requisito previsto no artigo 127 do Anteprojeto, já constitui um dos requisitos gerais para a realização do aborto, uma vez que o consentimento da gestante, ou quando menor ou incapaz, de seu representante legal, cônjuge ou companheiro, é imprescindível para a realização de qualquer modalidade abortiva. Jamais se admite a realização de um aborto sem que haja o consentimento da mulher grávida. O único caso em que se permite seja ignorado tal consentimento, como já foi referido, é quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Trata-se na verdade, de um requisito tão evidente que era absolutamente dispensável a sua disposição expressa em lei, mas com certeza a intenção do legislador foi, apenas, garantir ainda mais a segurança da gestante em tão delicado procedimento.

Um requisito que não consta expressamente no texto legal, mas que decorre naturalmente da situação, é o que impõe um limite temporal à realização do aborto, pois, por certo, não é possível sua execução quando já se estiver num estágio muito avançado da gestação, até para assegurar a saúde da própria gestante.

Um balizador que se tem utilizado, como limite temporal, é o prazo de vinte e duas semanas. Tal espaço de tempo se explica porque alguns diagnósticos somente podem ser realizados e devidamente avaliados, quanto à decisão de abortar, quando o feto já adquiriu certo desenvolvimento. Por outro lado, não se deve desconsiderar que um diagnóstico realizado considerando tal prazo, mesmo que possibilitando um maior grau de certeza, se efetiva num momento em que o feto já apresenta condições de sobreviver no caso de eventual nascimento prematuro. O maior problema, entretanto, tem sido estabelecer qual é o momento inicial para contagem do prazo, que por envolver assuntos bem mais delicados, não convém seja tratado neste trabalho. Sabe-se, somente, que para efeito do “aborto eugênico”, tem-se utilizado o parâmetro da nidificação do óvulo fecundado no útero da mulher, que se concretiza por volta do décimo quarto dia após a concepção.

Outros referem, ainda, que o “aborto eugenésico” deve ser realizado em instituição hospitalar pública ou privada, que ofereça condições satisfatórias às necessidades básicas do procedimento de interrupção da gravidez, para que possa ser exercido o devido controle. Devem ser, portanto, instituições cadastradas e aptas para realizar o procedimento.

Na prática, entretanto, alguns magistrados estão sendo ainda mais rigorosos quanto aos requisitos, pois vêm exigindo outros além do que dispõe o artigo 127 do Anteprojeto de Reforma do Código Penal. Assim, podemos verificar que laudos estão sendo assinados por três médicos, ao invés de apenas dois, como dispõe o citado artigo, a fim de afastar qualquer margem de incerteza sobre a insuficiência vital do feto após o seu nascimento. Outros procedimentos trazem, ainda, acertadamente, mais um atestado psicológico da gestante para assegurar que ela terá condições emocionais de decidir pelo aborto.

Isto decorre porque, muito embora o artigo 127 do Anteprojeto de Reforma do Código Penal refira apenas sobre a “fundada probabilidade” do nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável, a tendência atual tem demonstrado que o aborto só está sendo permitido quando existe a absoluta certeza em relação ao diagnóstico de total impossibilidade de sobrevivência do feto após o seu nascimento.

Todas essas cautelas, na tentativa de oferecer uma segurança ainda maior para um procedimento muito delicado, que envolve questões tão complexas.

3.3 Os alvarás judiciais

O alvará judicial nada mais é do que a autorização para a realização do “aborto eugênico” proveniente de um pedido submetido ao crivo do Poder Judiciário. Desta forma, ele representa “um papel timbrado da Justiça”¹⁵ que, atualmente,

¹⁵ CRUZ, Angélica Santa; BARROS, Andréa. *O parto da Justiça*. Época, São Paulo, setembro de 1999, p. 48.

possibilita o direito a interrupção da gravidez nos casos legalmente não previstos, como ocorre com o “aborto eugênico”.

Conforme sustenta Débora Diniz:

Os alvarás são fruto de um processo dialógico que tem início na relação médico-paciente (ou médico-casal). De posse da decisão familiar pela interrupção seletiva da gravidez (ISG), o médico recorre ao juiz em busca do veredicto oficial que, na maior parte dos casos, é consoante à solicitação clínica (pouquíssimos são os casos de quadro clínico fetal extremo em que há recusa judicial da ISG). Sob esse enfoque, os alvarás são a materialização de um processo argumentativo, no sentido habermasiano do conceito, onde se consideram vários pontos de vista concernentes à questão.¹⁶

É a anencefalia, caracterizada pelo quadro clínico extremo, onde há ausência dos hemisférios cerebrais, ou no linguajar comum “a ausência de cérebro”, que vem motivando o maior número de alvarás judiciais expedidos pelo Poder Judiciário para a prática abortiva.

Em seu trabalho “Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais”, Débora Diniz analisou uma série de alvarás judiciais, principalmente quanto à fundamentação utilizada pelos julgadores para justificar suas expedições. No estudo, que compreendeu oito alvarás, dentre os quais os três primeiros registrados no Brasil, foi observado o suporte jurídico-moral utilizado para se chegar a tais decisões, verificando inclusive, os argumentos mais comuns presentes nos alvarás.

Assim, por serem a instância de diálogo oficial em que se busca a legitimidade de algo considerado ilegal aos olhos da lei, os alvarás judiciais tornam-se particularmente interessantes, uma vez que condensam grande parte das representações simbólicas, sejam científicas ou populares, acerca do aborto seletivo. É possível, através da leitura dos alvarás, realizar um levantamento das pretensões de validade concernentes ao “aborto eugenésico”, na busca por sua fundamentação. Traduzem, por isso, fundamental importância ao estudo, razão pela qual são trazidos agora para este trabalho.

¹⁶ DINIZ, Debora. *Bioética. Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais*. Vol. 5, n. 1. Brasília : Conselho Federal de Medicina, 1997, p. 57.

O primeiro alvará citado foi emitido na 2ª Vara Criminal da Comarca de Londrina, em 1º de dezembro de 1992, e fundamenta a autorização do aborto com base no diagnóstico de anencefalia detectado, com o seguinte texto:

...Não há razão para deixar de afirmar que, no caso da anencefalia, a vida que subsiste não é propriamente falando uma vida humana, a vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana... (apud Verspiere, 1989). Não se está admitindo a indicação eugênica com o propósito de melhorar a raça ou evitar que o ser em gestação venha a nascer cego, aleijado ou mentalmente débil. Busca-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só...¹⁷

Outro alvará trazido pela autora, foi emitido pelo juízo da Comarca de Rio Verde, em 19 de maio de 1991, que também foi motivado com base no quadro clínico de anencefalia apresentado pelo feto.

...Como, em verdade, exigir dos pais, que sabem que o seu filho provavelmente virá a ser um anormal, não venham a praticar o aborto, suportando, em caso contrário, a penosa carga de cuidarem de um excepcional toda uma existência?...¹⁸

Os juízes, durante a fundamentação que ampara a viabilidade do “aborto eugênico”, recorrem, na grande maioria das vezes, à idéia de que os fetos em questão não possuem vida ou, no mínimo, não serão capazes de dar continuidade à pouca vida que possuem. Esta certeza de ausência de vida é sustentada pelos laudos médicos que acompanham o processo judicial, e tanto isto ocorre que, na maioria dos casos, os juízes fazem referências à literatura especializada ou às observações clínicas sugeridas pelos médicos responsáveis pelo processo.

É este fundamento de ausência de vida, na linguagem de Débora, que compõe o cerne argumentativo que concede a validade moral ao ato. Conforme a autora, é de extrema importância para os juízes, durante a sua justificação, apontar a impossibilidade da vida extra-uterina ou mesmo o prejuízo humano de se continuar a gestação, pois isto confere um forte alento frente ao fato da legislação brasileira ser proibitiva do aborto por objetivar a preservação da vida humana. Assim, os juízes

¹⁷ DINIZ, D. Idem, *ibidem*.

¹⁸ DINIZ, D. Idem, p. 58.

tencionam assentar a legitimidade do procedimento na ausência de vida dos fetos. Vale acompanhar uma dessas passagens, referida no alvará judicial emitido no juízo da Comarca de São Paulo, em 5 de março de 1996:

...Com efeito, infere-se que a requerente demonstrou, através de parecer médico, haver irregularidades na gravidez, sendo certo que tais problemas impedem a vida extra-uterina. Vale notar que o objeto jurídico do aborto consiste na preservação da vida humana que, na hipótese sob análise, não ficaria prejudicada pela interrupção da gravidez, ante o fato descrito...¹⁹

Outro argumento também frequentemente utilizado para sustentar a possibilidade de realização do aborto em casos de eugenesia, diz respeito a “higidez psíquica da mãe”. Embora presente em todos os alvarás estudados, a preocupação com a integridade psíquica materna, entretanto, é apenas referida a título de complemento argumentativo, não ocupando em nenhum dos documentos o papel principal. Este fato pode ser verificado no alvará emitido pelo juízo da Comarca de São Paulo, em 5 de março de 1996, no qual consta a expressão “ademais”, como se quisesse traduzir – não fossem por todos os argumentos mais fortes já apresentados, que então seja por este não tão importante quanto –, senão vejamos:

...Ademais, o prosseguimento da gravidez pode acarretar danos à higidez psíquica da requerente, situação que torna o aborto necessário...²⁰

Este fato é considerado por muitos motivo de grande preocupação, uma vez que a saúde psicológica da gestante está sendo relegada a um segundo plano, numa clara demonstração de descaso com a situação da gestante. Débora Diniz mostra claramente sua perplexidade, quando declara que:

Não me sinto segura o suficiente, a partir da leitura de oito alvarás, para apontar uma razão definitiva para esta pouca importância dada ao possível trauma que uma gestação fadada ao “fracasso” poderia vir a causar na mulher. Arriscaria, no entanto, duas hipóteses. A primeira, é que reforçar o caráter da saúde psíquica materna, talvez, provocasse uma mudança de rumos na luta política e moral que a ISG carrega. Enquanto a justificativa para o aborto seletivo mantiver seu cerne na qualidade de seres humanos (humanidade de alguns e subumanidade de outros), a luta é uma. Fala-se em

¹⁹ DINIZ, D. Idem, p. 59.

²⁰ DINIZ, D. Idem, ibidem.

nome de fetos. Caso se transfira esta discussão para a figura materna, a discussão, talvez, recaia no primeiro permissivo legal já previsto pela legislação brasileira: o risco de vida materno. Ou até mesmo no ainda limitado debate sobre a autonomia reprodutiva da mulher. A segunda hipótese, não tão provável quanto a primeira, é que remeter à “higidez psíquica da mãe” é referenciar um daqueles imponderáveis, de difícil comprovação clínica, ou ao menos não tão imediata quanto o é uma ultrasonografia ou uma amniocentese em que a alteração clínica é comprovada com grande segurança. O importante, no entanto, é entender qual o papel ocupado pela figura materna nos alvarás. Em geral, esta é uma figura que permanece à sombra do feto. Este sim é o alvo principal das discussões travadas até aqui. Esta idéia do feto como uma entidade separada da mãe e alvo de preocupações específicas foi apontado recentemente por Salem e Novaes no artigo “Recontextualizando o embrião”, no qual diziam: “... De fato, diversos autores vêm insistindo em que técnicas mais ou menos recentes – como a ultra-sonografia, a amniocentese e a cirurgia fetal – estão incitando representações do feto e do embrião como individualizados e separados do corpo grávido materno de tal modo que, mesmo quando englobados por ele, esses seres já são medicamente percebidos como “segundos pacientes” para monitoração e eventualmente terapia...”²¹

Além destes, ainda outros argumentos compõem os textos jurídicos observados, porém assumindo um papel esparso e de pouca representatividade argumentativa no corpo do processo. Dentro da análise dos alvarás judiciais, Débora cita algumas outras motivações utilizadas apenas como complementação, dentre as quais podemos citar:

- a) *coerência da lei*: para o juiz autor do alvará emitido pela Comarca de Rio Verde, Mato Grosso, não há diferenças significativas entre os dois excludentes de criminalidade previstos pela legislação brasileira - risco de vida materno (aborto necessário) e gravidez por estupro (aborto sentimental) - e o aborto seletivo, chamado por ele de aborto terapêutico, próximo ao que chama de aborto eugênico (aquele que não necessariamente implique impossibilidade de vida extra-uterina, implicando apenas uma redução significativa no patamar da capacidade de adquirir e compartilhar humanidade). Diz ele: “...Todavia, na prática não há diferença entre estes dois casos autorizados, e qualquer outro aborto. Se nesses casos houver justificativas para a sua prática, sem dúvida haverá justificativas para os demais... mas se a lei permite o [aborto necessário], porque [*sic*] não permitir quando há impossibilidade de vida do concepto, fora do útero materno?...”
- b) *jurisprudência acumulada*: este é um argumento poderoso de convencimento, no entanto vem sendo utilizado com mais frequência pelos movimentos sociais na pressão pela mudança da legislação. O juiz, autor do alvará emitido pela Comarca de São Paulo, inicia sua justificativa afirmando: “...E o pedido deve ser deferido, consoante inúmeras decisões proferidas em situações idênticas...”

²¹ DINIZ, D. Idem, *ibidem*.

c) *autonomia reprodutiva*: muito rapidamente é citada por um dos juizes e num estilo *en passant*, que lhe protege de um confronto direto com a lei: “...É bem verdade, sabido e ressabido por todos, que se pratica no Brasil e no mundo inteiro milhões de abortos pelos mais diversos motivos, justificáveis ou não. É sabido que muitos defendem o direito de cada um de decidir sobre a sua prole...” (alvará emitido pela Comarca de Rio Verde: 04; em 19/5/1991).²²

Com a análise do conteúdo dos oito alvarás, foi possível para a autora fazer um levantamento das principais categorias utilizadas pelos juizes na tentativa de legitimar a interrupção da gravidez por razões eugênicas. Assim, acaso fosse viável traçar um fio que unisse as diversas opiniões lançadas pelos julgadores, recairia no dilema entre os argumentos meramente técnicos em confronto com os argumentos morais. A defesa argumentativa dos julgadores, em verdade, visa alcançar um estado harmônico entre as crenças científicas e morais. Nos casos limites como o da anencefalia, em que tanto a medicina quanto a vida social impõem absolutos a total impossibilidade de vida biológica e moral, os dilemas éticos parecem ser mais facilmente solucionados, pois quanto a eles existe quase que um consenso. As dúvidas, entretanto, recaem exatamente sobre aquelas patologias não limites como, por exemplo, a de um feto portador de Síndrome de Down. Nestes casos, tudo se complica face a circunstância de não ser uma situação de total impossibilidade da vida humana, mas sim, apenas um restringimento desta. Assim, ao argumentarem sobre esta alternativa passam a tecer fundamentos não mais sobre a possibilidade ou não de vida e sim sobre a qualidade desta, caso em que são determinantes não mais razões técnicas mas sim as da concepção moral de quem está julgando.

Na opinião de Débora o que embasa grande parte dos alvarás judiciais analisados é uma determinação da idéia moral de vida. Os argumentos biológicos apenas são usados como suporte argumentativo para uma concepção mais ampla de vida humana. “É, na verdade, a moral justificada por intermédio do discurso biológico: a moral medicalizada.”²³

Mas o certo é que os alvarás são, em verdade, uma realidade cada vez mais presente. É crescente o número de mulheres que procuram o resguardo da justiça para praticarem o “aborto eugênico”, numa clara tentativa de conseguir, no Poder

²² DINIZ, D. Idem, p. 60.

²³ DINIZ, D. Idem, ibidem.

Judiciário, o abrigo psicológico para tão extrema decisão. São mulheres para quem o amparo judicial é o apoio necessário para sua decisão.

Desde 1989, os alvarás tem sido autorizados. Ultimamente, entretanto, verifica-se um explosão nas expedições, já que nos últimos anos, registraram-se no país pelo menos 400 autorizações, sendo que é impossível precisar um número exato face a inexistência de controle e constante crescimento.

São decisões cada vez mais freqüentes, que passam a fazer parte da rotina do Judiciário. Conforme a revista Veja:

O prédio da 16ª Vara Criminal de São Paulo é o mais movimentado do Judiciário no Estado. No 16º andar, esse burburinho é menos acentuado. Ali trabalham o juiz corregedor e quatro juizes auxiliares da Polícia Judiciária do Estado, chamados de brincadeira pelos corredores de “os anômalos”. Desde 1993, eles concedem alvarás para a chamada interrupção médica da gravidez, o aborto feito por anomalia fetal. Pelas contas do juiz corregedor Francisco José Galvão Bruno, mais de 130 alvarás saíram dali. Para se ter uma idéia, todos os outros Estados da União somados acumulam apenas 300 alvarás concedidos desde 1991. No setor dos “anômalos”, um alvará sai em três dias. Se a gravidez envolve anomalia grave, incurável e sem perspectiva de sobrevivida prolongada para o bebê, nunca é recusado. Todos os casos do gênero são resolvidos com uma justificativa padrão – pois, a rigor, não existe amparo legal para esse tipo de aborto, já que o Código Penal apenas fala em casos de estupro e risco de vida para a mãe. (...) A rapidez e a justificativa padrão transformam o setor do juiz Galvão Bruno numa espécie de linha de produção de alvarás. O pedido chega, acompanhado de dois laudos médicos, é rapidamente analisado e a autorização legal para o aborto é concedida. Hoje, é simples. Mas, como tudo o que envolve o aborto, já houve conflitos por ali. “Para chegar a essa serenidade foi um sufoco”, diz o juiz. O primeiro caso de aborto por anomalia chegou às suas mãos logo que assumiu o comando da Polícia Judiciária, em 1993. Quando lembra do episódio, ele define: “Foi uma decisão sofrida”. Casado com uma espírita, pai de dois filhos, 46 anos e católico praticante Galvão Bruno é contra o aborto. Teve até uma experiência traumática, quando sua mulher sofreu um, espontâneo. “Vi o feto, de oito meses, e fiquei traumatizado. Nunca permitiria que minha esposa ou filha abortassem”, conta. Para começar a decidir sobre o assunto, debruçou-se numa pesquisa sobre doutrinas religiosas, procurou referências sobre o tema em autores como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, afogou-se em debates com religiosos. O primeiro alvará para aborto por anomalia fetal de São Paulo foi concedido no dia 5 de novembro de 1993, pelo juiz Geraldo Pinheiro Franco, católico. Galvão Bruno teve longas conversas com ele. “Cheguei à conclusão de que minhas convicções pessoais e religiosas devem ficar em segundo plano quando estou no papel de juiz. Tenho aqui em meu escritório cinco juizes auxiliares – um espírita e quatro católicos. Nenhuma mulher. Quando estamos decidindo, a lei é nossa religião. Isso é o bastante para nossa consciência. O fato é que não podemos

comprometer a saúde mental das mães que estão passando por uma situação terrível”²⁴.

Certo é que a grande maioria dos julgadores enfrenta enormes dificuldades, das mais variadas ordens, para oferecer uma solução diante de um caso concreto que lhe é colocado em mãos para julgar. Isto é perfeitamente observado através do testemunho do magistrado da Vara Criminal do Macapá, Rommel Araújo de Oliveira²⁵, no seguinte depoimento:

Sou Magistrado da 2ª Vara Criminal em Macapá. (...) fiquei sabendo que a Senhora está escrevendo sua dissertação de Mestrado em Direito sobre o tema ABORTO EUGÊNICO. O tema, sem dúvida, é emocionante. Ano passado deparei-me com um caso. Confesso que foi o processo mais delicado que já julguei em quase 10 anos de Magistratura. Em tal feito senti, de forma forte, a importância e a responsabilidade de um Juiz, pois percebi que a “pena” de minha caneta estaria decidindo não sobre a liberdade de um ser humano e tampouco qualquer litígio envolvendo interesses patrimoniais. Estava eu decidindo sobre o maior direito a ser protegido: A VIDA! Na sentença procurei afastar qualquer posicionamento religioso ou meramente ideológico. Este humilde Magistrado procurou ser técnico. Analisei aspectos relacionados ao direito em seu amplo campo de proteção: o direito do nascituro, as consequências sucessórias etc... (...) Confesso que, mesmo não tendo apego a nenhuma decisão, um forte sentimento de piedade tomou conta de mim, até mesmo porque procurei mostrar para a requerente que a criança nasceria com vida e que seus órgãos poderiam contribuir para amenizar ou salvar outras crianças através de transplante. (...)Boa sorte. Rommel Araújo de Oliveira.

Vistas em conjunto, todas as decisões judiciais que tem permitido a prática do “aborto eugênico” formam uma nova situação jurídica que ainda não teve a devida regulamentação legal.

Muito embora essa atual situação, existe, num contraponto da questão, uma parte da doutrina se declara veementemente contrária à prática do “aborto eugênico”. Para estes, os pedidos de autorização judicial para a prática do aborto eugenésico, significam um total e impertinente descumprimento da lei penal vigente. Eles declaram ser surpreendente essa pretensão que se volta a pleitear uma autorização judiciária para a prática, sempre, de um ilícito, e, alguma vez, tratando-se de “aborto

²⁴ CAMPOS, Cíntia; GUENA, Marcia. *Nós fizemos aborto*. Veja, São Paulo, ano 30, n. 37, setembro de 1997, p. 28.

²⁵ Que gentilmente respondeu – via e-mail – ao apelo feito durante a coleta de jurisprudência sobre os casos julgados de aborto eugênico no país.

eugenésico”, de um crime, pois, para eles “nenhum juiz está autorizado a permitir o cometimento de um crime (não importa que eximido de pena), ou, mesmo não sendo crime, de um ato ilícito, de uma ação contrária à lei.”²⁶

Os que partilham deste entendimento sustentam que “a prática forense” dos mencionados pedidos de autorização para o aborto esbarra em “absoluta ausência de respaldo legal”. Para eles: “A conclusão pela inexistência de autorização judicial decorre de texto explícito, indicando, como pressuposto do aborto legal, apenas o consentimento da gestante ou de seu representante legal”. Prosseguindo: “É questão de tipicidade, expressa com a necessária nitidez redacional. A tipicidade da licitude excepcional prescinde de qualquer ato que não seja o consentimento da gestante ou de seu representante legal.”²⁷

Assim, mesmo que atualmente, na letra fria da lei, a gestante que pratique um “aborto eugênico” possa ir para a cadeia por ter executado um crime – já que a legislação brasileira só permite a prática abortiva nos casos de estupro ou risco de vida para a mãe – ainda assim, hoje é possível internar-se num hospital, à luz do dia, longe do ambiente sombrio das clínicas clandestinas, para conseguir um atendimento seguro e realizar a interrupção da gravidez sob o manto da justiça quando se estiver de posse de um alvará judicial.

Conforme dados da Revista Época, a média nacional tem sido de quatro dias de espera, até sair a decisão judicial e a conseqüente expedição do alvará judicial.²⁸

3.4 Argumentos utilizados para autorizar o “aborto eugênico”

Como já ficou amplamente demonstrado, o “aborto eugênico” não

²⁶ DIP, Ricardo Henry Marques. *Revista dos Tribunais*. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar. Ano 85, dezembro de 1996, vol. 734, p. 537.

²⁷ DIP, R. Idem, *ibidem*.

²⁸ CAMPOS, Cíntia; GUENA, Marcia. *Nós fizemos aborto*. Veja, São Paulo, ano 30, n. 37, setembro de 1997, p. 28.

encontra amparo legal no nosso ordenamento jurídico. Muito embora tal fato, é cada vez maior o número de decisões que vêm permitindo a prática desta modalidade abortiva.

Tais julgamentos, por sua vez, face ao princípio constitucionalmente assegurado da fundamentação de todas as decisões judiciais²⁹, devem apresentar alguma justificativa que traduza a razão de sua adoção e o por que de sua existência.

Através do exame de diversas decisões judiciais que já autorizaram a realização do aborto eugênico, pode-se observar que são vários os motivos invocados pelos julgadores para justificar a permissão de um pedido de interrupção da gravidez por motivo eugênico. Dentre todas as justificativas encontradas, existem duas que constam no maior número de decisões observadas: a inexigibilidade de conduta diversa, e a preservação da saúde da gestante. É de todo necessário, portanto, que sobre estas se tenham algumas breves considerações.

No primeiro caso, onde se sustenta a possibilidade do “aborto eugênico”³⁰ com base na inexigibilidade de conduta diversa, a pessoa que praticou a manobra abortiva estará isenta de pena em virtude daquele comportamento configurar, na lição de Fernando Pedroso, uma causa de exclusão de culpabilidade.

Os que defendem a possibilidade de adoção da inexigibilidade de conduta diversa baseiam-se no fato de que “só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme o ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então, faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade. A inexigibilidade de conduta diversa é, então, causa de exclusão da culpabilidade”³⁰.

Ocorre, entretanto, que esta causa de exclusão da culpabilidade não se encontra prevista legalmente. Representa o resultado de uma construção doutrinária e jurisprudencial que a reconhece como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, conforme lição de Damásio de Jesus:

²⁹ “Art. 93.

LX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

³⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. v.1, Parte Geral, 15 ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 420.

Por mais previdente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos do princípio da não-exigibilidade de comportamento lícito. Em face de um caso concreto, seria de condenar-se o sujeito unicamente porque o fato não foi previsto pelo legislador? Se a conduta não é culpável, por ser inexigível outra, a punição seria injusta, pois não há pena sem culpa. Daí ser possível a adoção da teoria da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Como ensinava Aníbal Bruno, a não-exigibilidade vale por um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código e pode funcionar também como este caráter nos casos dolosos em que de fato não seja humanamente exigível comportamento conforme o Direito. Esta aplicação encontra sobretudo oportunidade nos crimes por omissão, em que a pressão da situação total do momento anula no agente a capacidade de agir em cumprimento ao dever que lhe incumbe, deixando-o inativo, a permitir que se consuma o resultado danoso.

A aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade encontra apoio na integração da lei penal.³¹

Nesta hipótese, não desaparece o crime em si, sendo que somente a pena não será aplicada uma vez que a punibilidade encontra-se afastada.

Paulo José da Costa Júnior, ao se pronunciar sobre o assunto, foi enfático em declarar que se trata de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, dizendo que:

Quanto ao aborto eugênico, é do senso comum a sua admissibilidade. Por que levar adiante uma gravidez cujo feto seguramente não sobreviverá? Porque impor um sofrimento psicológico tão intenso e inútil à gestante? Direito é bom senso. Direito é balanceamento de bens, cotejando-se, em cada situação, os seus valores. Diante do diagnóstico de anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, a melhor solução é o aborto. A hipótese é de inexigibilidade de conduta conforme o dever, na atual legislação. Mas melhor fosse ela uma excludente da criminalidade facilitando o acolhimento de pedidos de autorização para o aborto eugênico.³²

Assim, são muitos os Tribunais que têm manifestado entendimento favorável aos pedidos de autorização da prática do aborto eugênico com base no fundamento de causa geral e supralegal de exculpação da inexigibilidade de outra

³¹ JESUS, D. *Idem*, p. 423.

³² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. vol. 2, Parte Especial, 2 ed. atual. e aum. São Paulo : Saraiva, 1992, p. 24.

conduta, acompanhando o entendimento já firmado por alguns doutrinadores. “Realmente, o aborto eugênico encontra na legislação brasileira alicerce na inexigibilidade de outra conduta, a qual, como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, está aí para suprir as lacunas existentes na legislação penal todas as vezes em que a punição do agente se mostra iníqua.”³³

Já o segundo argumento, também muito utilizado para embasar as autorizações judiciais das práticas abortivas, repousa na preservação da saúde da gestante, inserido dentro de tal âmbito, o resguardo da saúde mental da mãe. O argumento maior dos defensores desta corrente encontra-se na preservação da saúde psicológica da gestante que não pode ser colocada em risco.

Em contraposição à inexigibilidade de outra conduta, onde ter-se-á uma causa (supralegal) de exclusão da culpabilidade, nesta hipótese, agora em comento, ocorrerá uma causa de extinção da própria ilicitude, ou seja, não existirá sequer o crime.

Como se pôde observar com a leitura dos depoimentos prestados pelas mães grávidas de fetos portadores de anomalias irreversíveis citados anteriormente, uma gravidez, nestas circunstâncias, é capaz de gerar uma situação de intenso pavor psicológico que desencadeia um drama emocional muito forte por se saber que está gerando um ser sem nenhuma expectativa de vida. Desta forma, às vezes se mostra bastante preocupante o envolvimento psicológico da gestante, já que disso podem advir graves conseqüências, uma vez que a mãe tem absoluta consciência de que o feto não terá condições de sobreviver quando e se vier a nascer. E é devido a tal contexto, que muitos vêm admitindo a realização do “aborto eugênico”.

Embora a grande maioria dos doutrinadores sustente a interpretação restritiva do inciso I do artigo 128 do Código Penal³⁴, que fala apenas no risco de vida da gestante, algumas decisões vêm se apoiando neste inciso, a partir de uma interpretação analógica do texto, para motivarem suas decisões e permitirem o aborto. Tais decisões referem, pois, que diante das circunstâncias especialíssimas que se fazem presentes, evidente que se deva fazer uma “interpretação extensiva” da excludente de

³³ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 98.

³⁴ “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;”

punibilidade prevista no inciso citado, aplicando-se, para tanto, os princípios da analogia admitidos no artigo 3º do Código de Processo Penal.³⁵

Assim, a hipótese aqui elencada remete a justificativa para a higidez psíquica da mãe, onde se quer preservar a saúde mental que se encontra em risco, evitando o desencadeamento de um estado depressivo pela consciência que se tem da situação.

Outra justificativa encontrada, ainda resguardando a saúde psíquica da mãe, mas agora admitindo uma interpretação analógica com o inciso II do citado artigo³⁶, conforme sustenta o magistrado Galvão Bruno, repousa no fato de que os legisladores do Código Penal brasileiro, ao autorizarem o aborto em caso de estupro, tinham em mente a manutenção da saúde mental da mãe. Ora, raciocinam, os casos de anomalia fetal não foram incluídos no Código porque em 1940, quando foi elaborado, não havia tecnologia suficiente para identificar doenças em fetos, “mas, por analogia, consideramos que casos de anomalia fetal são graves ameaças à saúde mental das mães. Portanto, concedemos os alvarás”.³⁷

São, basicamente, estas as justificativas mais encontradas quando das motivações dos alvarás judiciais para a prática do “aborto eugênico”. As duas primeiras, entretanto, figuram mais frequentemente no embasamento das autorizações.

3.5 O aspecto legal

A questão a se propor, neste ponto, diz respeito à legalidade das autorizações judiciais que estão sendo concedidas para permitir a realização do “aborto eugênico”: são elas contrárias ao diploma legal, ou seja, todas as sentenças e acórdãos apresentam-se *contra legem*? E mais, se não existe nenhum dispositivo a autorizar tal

³⁵ “Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.”

³⁶ “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

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

³⁷ CAMPOS, Cíntia; GUENA, Marcia. *Nós fizemos aborto*. Veja, São Paulo, ano 30, n. 37, setembro de 1997, p. 28.

conduta, qual é o fundamento utilizado para as expedições dos alvarás judiciais que possibilitaram a interrupção da gravidez, cuja causa é estranha à legislação?

Primeiramente, convém seja realizado um breve estudo sobre a questão específica da legalidade para, posteriormente, e em título próprio, abordarmos a resposta da segunda indagação.

O nosso Código Penal data de 1940, e desde então, foram notáveis todas as evoluções sociais, jurídicas e tecnológicas ocorridas. A legislação, entretanto, não conseguiu acompanhar muitas destas transformações, ficando, em certos aspectos, totalmente superada. Nesse contexto, muitos doutrinadores sustentam que quanto ao tratamento dispensado ao aborto, mais especificamente na sua modalidade eugênica, a legislação vigente pode ser considerada ultrapassada.

As grandes descobertas na área genética datam das últimas décadas, sendo que na época da formulação do código não existiam tão modernos diagnósticos capazes de detectar anomalias ainda nos primeiros meses de gestação. Na verdade, é este fato que faz nascer um embate entre o atual estágio de evolução alcançado e a legislação penal ultrapassada, que não conseguiu se adequar a essas novas modificações surgidas.

Assim, como a lei continua a mesma é necessário, pois, verificar se são possíveis eventuais interpretações do ordenamento jurídico atualmente vigente, que possam atender as contemporâneas aspirações de justiça e finalidades pretendidas pelo bem comum e individual da mulher gestante.

O Direito é essencialmente vivo, mutante, e como refere Belo “ele se destina a reger homens, seres que pensam e se modificam. O escopo legal não deve ser a cristalização da vida, a paralisia mental e social. Antes pelo contrário, deve manter contato íntimo com as evoluções e adaptar-se a elas. Daí concluir-se que o Direito é destinado a um fim social”.³⁸

Desta forma:

O atual art. 128 do CP deve ser visto com reserva, pois. A lei, em geral, deve ser repetidamente criticada, sob pena de sermos carrancas inconscientes da estagnação jurídica. Ora, o que levou o legislador da década de 30 a elaborar

³⁸ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 91.

as regras positivas nos arts. 124 a 128 foi a proteção da vida do conceito. Se as hipóteses tratadas foram limitadas, assim se constituíram, por que também circunscritas eram as informações científicas de que dispunham para a formulação das conclusões. Hoje a situação se apresenta com outros parâmetros. Os direitos nascem de uma situação social e não de uma atitude preordenada.³⁹

Nas palavras de Norberto Bobbio:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacrée et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão surgir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.⁴⁰

Diante de todos estes aspectos, são vários os doutrinadores que sustentam ser imprescindível uma devida adequação da lei penal vigente (e considerada por eles ultrapassada) a esta nova realidade. Para eles é indiscutível que numa leitura fria e tecnicista da letra da lei, como está apresentada hoje, e desconsiderando totalmente o novo contexto que vige, a prática do “aborto eugênico” não tem possibilidade de ser admitida. Isto configuraria, nas suas palavras, uma verdadeira crueldade e insensibilidade dos legisladores que insistem em ignorar uma nova realidade que se encontra explícita.

Na verdade, todo este movimento que alguns juristas tem propugnado, de adequar a lei a esse novo contexto, tem sido reforçado e fortalecido por um número cada vez maior de decisões judiciais que estão autorizando a realização do “aborto

³⁹ BELO, W. Idem, p. 92.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 18.

eugênico”. Assim, no aspecto penal, já existem correntes doutrinárias e jurisprudenciais que defendem esta prática.

Convém referir, ainda, que o Anteprojeto de Reforma do Código Penal contempla o aborto eugênico no seu artigo 127, inciso III, o que muitos asseveram ser uma confirmação da modificação ocorrida através dos tempos.

Segundo defendem outros, numa visão voltada mais ao Direito Constitucional, o aborto implica numa ofensa ao direito à vida, assegurado pela Magna Carta, em seu artigo 5º, *caput*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade....

Podem ser referidas ainda, outras normas constitucionais que têm abrigo certo no discurso contra a legalização do “aborto eugênico”:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

.....

IV – a habilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

.....

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preceitos e obstáculos arquitetônicos.

Numa visão absolutamente restrita da lei, certamente se chegará a conclusão de que é impossível a legalização do “aborto eugênico”. Todavia, na

linguagem de Warley Belo, “a visão do positivismo jurídico não é a única a ser analisada e, muito menos, a interpretação da lei não deve ser superficial. Há outras ordens de realidade dentro da sociedade que não devem ser subjugadas. Há outras realidades humanas, culturais, históricas, naturais, científicas, etc.”; pois, nas suas palavras, “não é a realidade que deve se adequar à lei, mas a lei é que deve se adequar às realidades”.⁴¹

Certamente um dos objetivos do constituinte, ao proibir o “aborto eugenésico”, foi resguardar o direito à vida. Desta forma, considerando que a existência do crime de aborto deve estar ligada à natural possibilidade de continuação da vida, para que ocorra violação da norma constitucional é necessário que exista, no mínimo, uma expectativa de vida para após o nascimento do ser em formação. Acaso não se vislumbre a mínima possibilidade de sobrevivência, não há que se falar em violação do direito constitucionalmente assegurado, pois, neste caso específico, não há nenhuma vida a se resguardar face a sua total impossibilidade.

Os doutrinadores que argumentam em favor da legalização do “aborto eugênico”, deitam todos os seus argumentos no fato de que a existência do crime de aborto está ligada à possibilidade natural de continuação da vida do feto, pois “quando o legislador descreveu o crime de aborto visava a punição da ruptura do processo de gravidez e a defesa do desenvolvimento do ser humano *in germe* com vistas à vida extra-útero”.⁴² Desta forma não se pode desconsiderar a realidade médica, natural que se mostra diferente, muito embora a previsão legal seja outra.

Assim, aqueles que defendem a legalização do “aborto eugênico” somente intentam a interrupção de uma gravidez onde esteja sendo gerado um organismo natimorto, sem nenhuma expectativa de vida.

Desta forma, tendo em vista que a lei pretendeu resguardar e proteger o direito à vida do ser humano, o “aborto eugênico” em nenhum momento compromete tal proteção, uma vez que neste caso nem sequer há que se falar em vida, já que esta é absolutamente inviável. São casos distintos onde a objetividade jurídica do direito à vida não contempla os casos de “aborto eugênico”.

⁴¹ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 94.

⁴² BELO, W. Idem, p. 95.

Em compensação, quando o feto é normal havendo possibilidade de nascimento com vida e desenvolvimento extra-útero, existe total pertinência em se resguardar a vida humana pois nesta situação existe um nexo entre o direito à inviolabilidade da vida e a expectativa real de vida. Nos casos de “aborto eugênico”, diferentemente, esse nexo não existe porque não se pode falar em expectativa de vida. O nexo se desintegra porque já se sabe que, após o parto, não haverá possibilidade de existência (muito embora existam aqueles que propugnam a legalização do “aborto eugênico” nos casos de mero restringimento da vida).

Em vista de todos estes aspectos, se observa que existe uma forte corrente a sustentar que o “aborto eugênico” deve ser elencado dentre um dos casos de aborto legal, deixando de ter, portanto, contornos de crime. Conforme um dos doutrinadores que defende a regulamentação do “aborto eugenésico”:

A regra penal de que o aborto no caso deve continuar a ter contornos de crime não tem fundamento porque a objetividade legal é impossibilitada por circunstâncias biológicas. É dizer que a lei não pode exigir da natureza que coadune com princípios positivados. Também, a ruptura do desenvolvimento de um ser natimorto, frente ao conceito constitucional de inviolabilidade da vida, se torna ineficaz, pois há uma desvinculação entre a finalidade da lei e a realidade biológica. Ou seja, a proibição do aborto eugênico é infundada e ineficaz ao nosso ver.⁴³

Embora tudo isso, atualmente, face à total ausência de qualquer disposição que regulamente o assunto, em nosso país, a decisão a favor do “aborto eugênico”, tecnicamente, é contra a lei expressa, ou seja, *contra legem*.

3.6 A descriminalização do “aborto eugênico”

Discorrer sobre a descriminalização ou não do “aborto eugênico” constitui, pois, o ponto terminal do trabalho. Trata-se de questão que envolve os mais delicados aspectos, sendo que neste trabalho serão trazidos apenas os argumentos de ambas as posições sustentadas – prós e contras –, pois não se pretende, aqui, sustentar a

⁴³ BELO, W. Idem, *ibidem*.

necessidade ou não da autorização de tal modalidade abortiva, mas somente fazer um relato sobre a atual situação vivenciada no país, contribuindo para uma discussão absolutamente necessária.

As discussões morais existentes em torno desse tema são inúmeras. Embora grande parte das análises não sejam propriamente técnicas, fixam-se na preocupação de regular um procedimento que atualmente está acontecendo à total revelia da lei. As preocupações recaem em alguns pontos essenciais, como no estabelecimento de limites gestacionais ao aborto seletivo, na possibilidade de listar-se patologias que a justifiquem, dentre outras questões.

Como sempre acontece, são os valores de cada época e de cada lugar que determinam a discussão sobre temas delicados como esse. A única coisa certa é que o aborto, em todos os tempos, sempre constituiu uma questão tormentosa, senão vejamos:

Uma mulher que vivesse na Suíça, no século XIII, seria enterrada viva – pois essa era a punição para quem interrompesse a gravidez, mesmo demonstrando a extraordinária coragem necessária para enfrentar a medicina daquela época. Se estivesse na França, durante a II Guerra, o risco seria a guilhotina – a pena pelo aborto sob a ocupação nazista. Por outro lado, se vivesse na Idade Média e fosse católica fanática, com a felicidade de ser aconselhada pelo maior pensador do seu tempo, Tomás de Aquino, poderia fazer o aborto com a bênção dos céus. Ao contrário dos prelados de hoje. Tomás de Aquino era favorável ao aborto. Pelas concepções da Igreja da época, que acompanhava o que se conhecia do organismo humano, pensava-se que a vida começava depois do nascimento – e não antes. Assim, o aborto podia ser feito sem receio algum. O mesmo acontecia entre alguns índios brasileiros antes do desembarque de Pedro Álvares Cabral, em 1500, como anotou o padre José Anchieta: “Essas mulheres brasílicas mui facilmente movem (abortam): ou iradas contra seus maridos, ou não os têm por medo; ou por outra qualquer ocasião mui leviana bebem beberagens, ou apertam a barriga, ou tomam alguma carga grande”. No final do século XX, no Brasil, nem todas as religiões condenavam o aborto.⁴⁴

Não é diferente nos dias atuais, onde continuam sendo várias as correntes e motivações que apoiam o aborto em todas, algumas ou nenhuma situação.

Várias são as razões, causas, convicções que motivam os que sustentam a descriminalização ou não do “aborto eugênico”. Muitos argumentam sobre

⁴⁴ CAMPOS, Cíntia; GUENA, Marcia. *Nós fizemos aborto*. Veja, São Paulo, ano 30, n. 37, setembro de 1997, p. 30.

a autonomia reprodutiva e sobre a livre decisão da mulher em querer ou não levar adiante a gravidez, outros debatem sobre a interrupção justificada por motivos econômicos; a questão religiosa também está fortemente presente em algumas teorias, sendo que existem aqueles que argumentam sob o ponto de vista do início da vida, dentre muitos outros aspectos.

Atualmente, o “aborto eugênico” somente está sendo autorizado em casos limites, como por exemplo, no de anencefalia. Tal anomalia representa, efetivamente, o motivo mais comum de interrupção da gravidez, chegando a representar um índice que se aproxima de 70% (setenta por cento) dos casos. Sustenta o seu reinado, dentro das patologias, por seu caráter clínico extremo: a ausência dos hemisférios cerebrais. Esta ausência, no linguajar comum, é a ausência de cérebro, o que torna o feto anencéfalo.

São inúmeros, porém, os doutrinadores que argumentam sobre a absoluta impossibilidade de se permitir, na legislação penal brasileira, o “aborto eugênico”. Dentre estes, muitos chegam ao extremo de contrariar qualquer modalidade abortiva, inclusive as já permitidas no próprio ordenamento penal brasileiro.

Com relação ao “aborto eugênico”, mais particularmente, os contrários a sua descriminalização tentam demonstrar que se trata de medida totalmente insensata, fundamentando tal ponto de vista a partir da Alemanha do tempo de Hitler.

Os partidários da corrente que nega o “aborto eugênico” partem, para sustentarem suas razões, primordialmente do campo dos princípios e dos direitos e garantias fundamentais das pessoas, constantes da Carta Magna. Para eles, é a proteção ao direito à vida, que constitui o impedimento maior à legalização de tal modalidade abortiva.

Outro aspecto abordado pelos adeptos dessa posição sugere, também, que o abortamento praticado pela mãe é provocado, na maioria das vezes, por sentimentos egoísticos, e não pelo verdadeiro interesse de evitar que a criança possa vir a sofrer. Para os que defendem este ponto de vista, o “aborto eugênico” não será uma prática em favor da criança, mas sim resolverá o problema dos pais. Dizem eles, que é ingenuidade acreditar que determinadas pessoas, as quais defendem este tipo de aborto, o fazem porque o feto tem um problema irreversível. Na verdade, os pais, muitas vezes, servem-se das doenças detectadas pelos modernos exames pré-natais para que tenham o

direito de se ver livres de uma criança com má-formação, para não terem problemas. Problemas, esses, que podem ter sido criados pelos próprios pais, como o uso de drogas durante a gravidez, infecções, falta de cuidado e bom senso. Sugerir, portanto, que se elimine esse ou aquele ser humano porque possui esta ou aquela anomalia é um comportamento racista, que contraria a Constituição. Os pais que defendem isso, conforme tais doutrinadores, não querem ter um filho doente, então fazem uma espécie de racionalização. Decidem matar a futura criança simplesmente porque ela terá um problema, porque tem um cromossoma a mais ou a menos. Isso, na sua linguagem, não passa de racismo cromossômico.

Além disso, sustentam os doutrinadores, que o problema maior da legalização do “aborto eugênico” é a relação em cadeia que isso poderia provocar. Há certas deficiências que só podem ser detectadas depois de 16 semanas, outras que são detectadas a 30, 40 ou 50 semanas, como a Síndrome de Lesch Nyhan, na qual a criança se desenvolve normalmente até um ano e meio de vida. Como impedir o aborto, ou melhor, o infanticídio em tais casos é o questionamento colocado por eles, porque certamente depois da legalização do “aborto eugênico”, começarão campanhas para a legalização de procedimentos para os casos de deformidades que se apresentem mesmo após o nascimento da criança.

Desta forma, um dos grandes problemas para os defensores da vida, como são chamados, é evitar a reação em cadeia e conseguir parar o processo para que não resulte em legalizações sucessivas. Para eles, é muito perigoso confiar apenas no bom senso dos homens, já que este muitas vezes tem falhado. Os prazos e casos em que é permitido o aborto não param de aumentar no mundo. Assim, num primeiro momento, os legisladores tentam aprovar o aborto por má-formação, para mais tarde, instigados por grupos sociais, apresentarem outros projetos, como infanticídio, seleção de raça, dentre outros.

O médico obstetra norte-americano Jack Wilke, autor do livro *Abortion: Question and answers* e que tem dedicado sua vida na luta contra o aborto menciona:

A reação em cadeia levará a seguinte trajetória de legalizações: o aborto cada vez em mais casos (por razões econômicas é o próximo passo); a eutanásia, que está sendo discutida seriamente em muitos países, legalizado em alguns,

será inicialmente voluntária mas tendencialmente obrigatória com a supressão total ou parcial de benefícios da Segurança Social; o infanticídio, que é abertamente defendido por filósofos pró-aborto, em alguns estados americanos tem sido autorizado por determinados juizes, excepcionalmente, desde 1986, a morte de bebês recém nascidos, a pedido dos pais, no caso de terem alguma deficiência; culminando com a esterilização forçada de deficientes, criminosos e idiotas. Enfim, estamos caminhando a passos largos, inconscientemente, para sermos novos Hitleres.⁴⁵

Além disso, argumenta-se no sentido de que as pessoas favoráveis ao “aborto eugênico”, se agora querem eliminar os potencialmente deficientes, como será no futuro, na medida em que os diagnósticos intra-uterinos forem se aperfeiçoando, será que não tentarão eliminar, também aqueles que não se enquadram nos desejos dos pais, no que diz respeito, por exemplo, ao sexo, cor dos olhos, da pele, características psicológica, etc.?

Argumentam, também, que esta espécie de aborto é uma tentativa de seleção evitando que as classes mais desfavorecidas, social ou etnicamente excluídas se reproduzam tanto ou mais que as classes altas. Isto nada mais é do que a confirmação de várias campanhas atuais que propõem a diminuição da natalidade nos países subdesenvolvidos para se aumentar nos outros.

Os contrários à legalização do aborto dizem que a principal alegação do movimento abortivo brasileiro, é a de que a lei deve estender às gestantes pobres o “privilégio” que as ricas têm de poder eliminar, com assistência médica, a vida dos filhos. A reivindicação da legalidade supõe que o aborto oficializado reduziria a prática abortiva na clandestinidade.

Contudo, a execução do aborto por médicos competentes em ambientes higiênicos continuará a ser feita pelas mulheres de posse com ou sem legislação do aborto, e por executores exímios, pois ninguém suponha que os médicos competentes, que têm rica clientela que lhes paga muito bem, vão perder tempo e dinheiro fazendo abortos gratuitamente em hospitais públicos ou em casas de saúde conveniadas. A mulher pobre, na grande maioria, será atendida por estudantes, residentes, enfermeiros, todos se iniciando na prática de uma nova especialidade criada

⁴⁵ WILKE, Jack *apud* TRINDADE, Tereza. *Aborto*. Revista Manchete, São Paulo, outubro de 1994, p. 21.

por lei que, para os doutrinadores contrários ao aborto, permitirá matar crianças indefesas e sem culpa.

Sabe-se que hoje são pouquíssimos os centros do SUS em todo o país com capacidade para oferecer o abortamento nos casos previstos em lei, o que dificulta o deslocamento das mulheres que necessitam deste benefício.

Nestes termos, a legalização do aborto acabará por beneficiar algumas poucas pessoas e servirá para tranquilizar os médicos que aderem as práticas abortivas.

De acordo com os defensores da vida, o número de abortos praticados clandestinamente é outro argumento muito usado para tentar legalizá-lo. Mas, conforme eles, se encararmos dessa maneira esse problema social, então estará também na hora de lutar pela legalização de outros problemas sociais como as drogas, a corrupção, o seqüestro, que são situações que se repetem de maneira contínua e assustadora, práticas criminosas ainda incontroláveis em nosso País.

Também é muitas vezes utilizado, por aqueles que pretendem a legalização do aborto, o argumento de que esta medida será a única forma de diminuir os abortamentos feitos ilegalmente.

Os abortos são decorrentes de problemas que nossa sociedade não consegue resolver. Para a corrente que sustenta a impossibilidade de legalização do “aborto eugênico”, a vida humana que se pretende suprimir, não é a raiz do problema, o que faz com que pessoas inocentes paguem por algo que deveria ser resolvido pela sociedade, pelos governantes.

O planejamento familiar, previsto no § 7º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, deve abranger o conjunto das necessidades e aspirações de uma família, que inclui moradia, alimentação, estudo, lazer, informação, não apenas aquelas ações de controle da fecundidade sem adequação aos meios de manutenção da prole.

Enfim, argumentam ser uma grande contradição as pessoas lutarem pela preservação da natureza, defenderem os direitos humanos, contra a pena de morte, contra a tortura, e ao mesmo tempo, desejarem tornar legal matar um feto no ventre da mãe, porque é imperfeito e não pode se defender.

Não fosse por todos estes motivos, as mulheres que já realizaram um aborto tem muita dificuldade em superar o fato, não mais conseguem conviver com ele.

Não importa quais sejam as condições, por mais extremas e críticas, em muitos casos apenas sobra uma coisa amarga, uma tristeza, uma culpa para aquelas mães que tolhem o nascimento de seus filhos.

Na verdade, a grande maioria das mulheres que realizaram um aborto, não tornaria a repetir tal ato, sendo que algumas chegam ao ponto de declararem que sequer fariam um exame para detectar possíveis anomalias no feto, pois independentemente de tal circunstância, levariam a termo a gravidez.

É tão difícil tomar a decisão de fazer um aborto que, nos países onde essa cirurgia foi legalizada, a mulher que resolve fazer a operação é obrigada a cumprir uma jornada de reflexão, em geral de uma semana – para que possa amadurecer a idéia, evitando fazer algo de que venha a se arrepender mais tarde. Uma pessoa com valores religiosos muito arraigados talvez nunca deva fazer um aborto – pois seu risco será de sentir-se mal pelo resto da vida –, ainda que tenha extraído do útero um feto doente, incapaz de levar uma vida normal ou mesmo de sobreviver por mais do que alguns dias.

Para os doutrinadores contrários ao “aborto eugênico”, os pedidos de autorização judicial para a interrupção da gravidez, que atualmente estão sendo deferidos, significam um total e impertinente descumprimento da lei penal vigente. Eles declaram ser surpreendente essa pretensão de pedir uma autorização judiciária para a prática, sempre, de um ilícito, e, tratando-se de “aborto eugenésico”, de um crime.

Muitos sustentam ser a prática forense dos mencionados pedidos de autorização para o aborto um ato com absoluta ausência de respaldo legal. “A conclusão pela inexistência de autorização judicial decorre de texto explícito, indicando, como pressuposto do aborto legal, apenas o consentimento da gestante ou de seu representante legal”, pois é “questão de tipicidade, expressa com a necessária nitidez redacional. A tipicidade da licitude excepcional prescinde de qualquer ato que não seja o consentimento da gestante ou de seu representante legal”.⁴⁶

Cabe observar, a propósito, que muitos chegam a afirmar que a autorização judiciária “é irrelevante como causa obstativa da persecução penal”. Assim, a autorização, embora dotada de judiciaridade, não se reveste dos atributos da jurisdição, e, por isso, “não tem o condão de produzir a descriminalização”. Daí que, a

⁴⁶ DIP, Ricardo Henry Marques. *Revista dos Tribunais*. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar. Ano 85, dezembro de 1996, vol. 734, p. 537.

despeito de um desses alvarás para matar, “nada impede que a Autoridade Policial instaure, de ofício, inquérito policial ou prossiga na investigação já iniciada, os quais, remetidos ao Ministério Público, poderão dar ensejo ao oferecimento da denúncia”.⁴⁷

Imaginem eles que admitida a prática dessas autorizações, estará se afirmando, de caminho, equivalente possibilidade de autorização de não importa quais crimes. Hoje, o de aborto; amanhã, o da eutanásia; no futuro, o do furto, o do roubo, o das violações, etc.

Num contraponto da discussão, do outro lado dessa corrente, encontram-se os que defendem a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos em que fique comprovada a presença de anomalias que comprometam definitivamente a vida do ser em formação. É uma parte da doutrina que clama pela regulamentação de uma situação que vem ocorrendo cada vez mais freqüentemente, mesmo não havendo nenhuma disposição legal a respeito.

Os defensores do “aborto eugênico” referem que um dos grandes motivos que certamente determinou que o nosso legislador repelisse a legitimidade de tal modalidade abortiva no Código Penal Brasileiro de 1940 foi o desconhecimento científico da possibilidade de previsão de enfermidades graves e irreversíveis no feto, pois naquela época não se poderia imaginar que a medicina alcançaria tal estágio de evolução. Nelson Hungria, em texto já citado, do ano de 1942, é o exemplo clássico desse raciocínio que, hoje em dia, para eles, é um argumento intempestivo e superado. Foram suas palavras:

Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de eugenia. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. Eis a incisiva lição de *Von Franqué*: Não há doença alguma da mãe ou do pai, em virtude da qual a ciência, de modo geral ou nalgum caso particular, possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que mereça, sem maior indagação, ser sacrificado... Os enfermos mentais, posto que capazes de reprodução, podem ter descendentes inteiramente sãos e de alta espiritualidade... a grande maioria dos tuberculosos geram filhos perfeitamente sãos e até mesmo robustos.⁴⁸

⁴⁷ DIP, R. Idem, *ibidem*.

⁴⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro : Forense. 1981, p. 313.

Ocorre que a evolução da medicina, nesses período, foi surpreendente. Basta observar que Nelson Hungria falou em “hipóteses sem nenhuma sólida base científica”, e um pouco mais adiante em “nenhuma prova irrefutável” da irreversibilidade fatal da doença. Ora, naquele tempo chegava-se a citar a tuberculose como doença fatal, eis que à época era inevitável a morte do doente tuberculoso.

Muitos anos se passaram, e a ciência médica determinou um nova realidade. Assim, os doutrinadores partidários desta corrente questionam, se nestes novos tempos, Nelson Hungria ainda seria contrário ao aborto eugênico, mesmo sabedor de tal evolução médico-científica, e da possibilidade certa e irrefutável de se saber, com cem por cento de certeza, ser tal feto portador de uma anomalia incurável. Eles mesmos oferecem a resposta com a citação de um texto do próprio autor, que mesmo àquela época, se coaduna perfeitamente com as novas demarcações válidas:

No caso de gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente a vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvam unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresente como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.⁴⁹

Referem, os partidários da corrente, que a continuação da vida do feto nos casos de algumas deformidades extremas, como na anencefalia e na síndrome de Edwards, é quando muito, limitadíssima a poucos dias. Desta maneira, mesmo se pronunciando sobre outra matéria, Hungria mostrou qual é sua linha de pensamento sobre o assunto, posicionando-se conforme as pretensões da legalização do verdadeiro “aborto eugênico”.

Um forte argumento destes doutrinadores, recai na possibilidade que existe hoje em dia, da tecnologia da ciência médica permitir dizer, com alto grau de

⁴⁹ HUNGRIA, N. *Idem*, p. 324.

precisão, sobre as condições de nascimento e desenvolvimento do feto. Há métodos como a ecografia, a fetoscopia, exame de alfafetoproteína e tantos outros que possibilitam o conhecimento prévio de graves má-formações congênicas no nascituro. Desta forma, hoje, a imensa maioria dos diagnósticos realizados em medicina fetal é baseada em certezas e não em probabilidades. A margem de erro com a qual se trabalha nessa área, contando evidentemente com profissionais habilitados, é mínima. E esse deve ser considerado um fator de tranquilidade para os pacientes, para a sociedade e para o legislador.

E neste ponto é importante colocar as seguintes questões propostas pelos defensores do “aborto eugênico”: será que se deve impor à gestante a pena de ser ela obrigada a gerar um portador de uma grave e irreversível deformidade, mesmo sabendo disso aos 3 meses de gestação? Se a medicina nos permite saber que o feto está sendo formado com taras irreversíveis que são incompatíveis com a vida extra-uterina, por que deixar a mãe, o pai, a família alimentando uma “vida” que já se sabe incompatível extra-útero? A questão central, para os doutrinadores, reside aqui: por que proibir uma manobra médica que irá expelir do útero materno um organismo impossibilitado de sobreviver? É devido a essa situação que os mais extremistas da corrente chegam a sustentar a idéia de que a mãe não passaria, nessa situação, de um verdadeiro “caixão ambulante”.

Além dos argumentos já expostos, sustenta-se que é incalculável e indeterminada a tristeza e a dor da mãe que vivencia diuturnamente a formação de uma criança que, se acaso vier sobreviver à gestação, após o parto, terá uma vida por tempo ínfimo. É imaginável tão somente àqueles que presenciam essa experiência ou tiveram a oportunidade de conhecer gestantes nesta situação. Basta recordar, neste particular, mais uma vez, os depoimentos de mulheres grávidas anteriormente referidos.

Sustentam, os doutrinadores, que é imperioso ter, nessa vida, a humildade de perceber as transformações dos fatores sociológicos, das possibilidades científicas e dos fenômenos jurídicos, sob pena de paralisarmos no tempo e instituímos uma ditadura da positividade retrógrada.⁵⁰

⁵⁰ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 88.

Como se não bastassem, as sérias complicações geradas pela gestação de um feto com grave deformação, eles chamam muita atenção, ainda, para outro grave problema ao qual não se tem dado a devida atenção, que são as perturbações psicológicas e emocionais que a gestante pode sofrer, e que às vezes podem surtir conseqüências ainda mais graves que as físicas.

Agora, certamente um dos pontos centrais da questão, que vem deflagrando enorme discussão sobre o tema, diz respeito com o fato de mesmo sendo proibido, o “aborto eugênico” ser freqüentemente autorizado. Questionam, portanto, se não seria bem mais lógico regularizar tal situação.

Outro aspecto bastante complicado, e relacionado por muitos defensores do “aborto eugênico”, encontra-se na questão da clandestinidade da prática abortiva. Assim, não se pode querer esconder o fato da clandestinidade existir e trazer diversos inconvenientes, dos quais o principal é o risco de vida que se impõe à gestante, além da exploração que se faz nas clínicas especializadas em aborto. O fato, neste particular, é daquela gestante que ciente da total impossibilidade de sobrevivência do seu feto, procura o Judiciário para obter uma autorização para a prática abortiva. Neste momento, não se busca única e exclusivamente a autorização judicial mas também, e principalmente, um resguardo maior, que dará um grande conforto psicológico para uma pessoa muito abalada, que procurou proteção num momento doloroso. Num acórdão estudado para a realização do trabalho, é bastante interessante o raciocínio utilizado pelo desembargador revisor para justificar um dos motivos pelos quais estava a autorizar a realização do “aborto eugênico”. Diz ele: “Lembro também que a apelante poderia ter lançado mão de hábito muito comum no Brasil, apesar de ilegal, para fazer o aborto clandestino. No entanto, preferiu pedir a proteção da Justiça e nós não podemos fechar os olhos para a realidade, nos atendo tão-somente à literalidade da lei, que não contempla a hipótese dos autos”.⁵¹

A situação é realmente muito delicada, pois quantas não seriam as mães que praticariam o “aborto eugênico”, mesmo que clandestino, ao saberem que seu

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Apelação Criminal nº 1.242/00. Relator: Mário Gurtjev. DOE, 05 de out. 2000, p. 13. (Parte integrante da cópia integral do processo remetido pelo magistrado Rommel Araújo de Oliveira, do Estado do Amapá).

filhos, se acaso nascessem, durariam apenas poucas horas? Basta lembrar os depoimentos do início do capítulo.

Certo é que a clandestinidade existe, e está ligada a sérios perigos para a vida da gestante. Desta forma, sustenta a corrente, é necessário que não se queira fugir de um problema que está diante dos nossos olhos, e é reflexo direto da posição que será tomada quanto ao “aborto eugênico”, pois quem procura o Poder Judiciário para obter um alvará judicial é porque já admitiu a realização do aborto, sendo que se tiver negada sua pretensão será uma forte candidata a se encaminhar a uma clínica clandestina.

Estes são alguns dos muitos argumentos utilizados pelos defensores da legalização do “aborto eugênico”, mas é certamente a enorme quantidade de alvarás judiciais já expedidos pelo Judiciário, autorizando a realização do “aborto eugênico”, mesmo ao arrepio da lei, que constitui o carro chefe de tal corrente. Sustentam eles, que esta tendência atual constitui o fator essencial para que a legislação se adapte e, portanto, regularize tal situação.

São muito marcantes e de bastante impacto alguns textos onde existe a referência ao aborto eugênico, conforme podemos verificar no de autoria de Marcos Rolim:

Segundo estimativas extra-oficiais, já teríamos no Brasil cerca de 350 alvarás judiciais autorizando a prática da Interrupção Seletiva da Gravidez (ISG) por conta de anomalias fetais graves. Não me parece que haja qualquer sentido em obrigar alguém a prosseguir uma gestação diante de um caso comprovado de anencefalia, por exemplo. E apenas uma dose significativa de perversão admitiria a continuidade de uma gravidez diante da comprovação de um caso de “Síndrome de Lesch Nyhan”. Nesta síndrome, a criança nasce aparentemente normal começando, por volta do segundo ano de vida, a desenvolver um grave retardamento mental que a levará, de forma compulsiva e incontornável, aos procedimentos mais horrorosos de automutilação. Para que a criança afetada não arranque pedaços de seu próprio corpo, deverá sofrer cirurgias que lhe retirem todos os dentes e as unhas e viverá com seus braços e pernas permanentemente amarrados. Exemplos como estes estão também a indicar que além da vida, estrito senso, há um valor que pode lhe ser contrastado legitimamente: o valor de uma vida digna.⁵²

Faz parte da corrente que sustenta o “aborto eugênico” o professor Paulo José da Costa Júnior, que assim declara:

⁵² ROLIM, Marcos. *Dos labirintos*. Porto Alegre : Corag, 1997, p. 68.

Quanto ao aborto eugênico, é do senso comum a sua admissibilidade. Por que levar adiante uma gravidez cujo feto seguramente não sobreviverá? Porque impor um sofrimento psicológico tão intenso e inútil à gestante? Direito é bom senso. Direito é balanceamento de bens, cotejando-se, em cada situação, os seus valores. Diante do diagnóstico de anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, a melhor solução é o aborto.⁵³

Existem, ainda, uma terceira corrente, dos que propugnam a prática eugenésica em termos bem amplos, quando presente qualquer espécie de deformidade no feto. Para estes, basta que o feto apresente algum tipo de anomalia que já estaria configurado o motivo autorizador do “aborto eugênico”. Um de seus argumentos centrais repousa na qualidade de vida.

De todo o exposto, depois de trazidos os argumentos de ambas as correntes, convém referir que a maior parte da doutrina, atualmente, vem concluindo que é justa a legalização do “aborto eugênico”, quando traduza a impossibilidade absoluta de sobrevivência do feto, devendo o Estado promover a sua realização nos casos específicos. E os argumentos-chaves utilizados não vão além do que a ciência moderna tem dito: às vezes, em determinados casos clínicos, o conceito não tem chances de sobreviver após o parto, ou sobrevive por tempo muito limitado.

Assim Warley Belo, um dos doutrinadores favoráveis à legalização do “aborto eugênico”, já referiu:

A lei defende a vida. Inquestionável. Mas que tipo de vida existe em um feto sem cérebro? A Constituição garante, sim, o direito à vida, mas à vida com determinadas características e qualidades. Não basta o simples existir. Não é suficiente o simples desenvolver no período da gestação. Há de se observar que o direito de viver está ligado ao direito de nascer e sobreviver, a partir do momento em que não há esperança de vida para o conceito, não se vê o por que proibir a prática.⁵⁴

⁵³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. vol. 2, Parte Especial, 2 ed. atual. e aum. São Paulo : Saraiva, 1992, p. 24.

⁵⁴ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 115.

E dentro desse atual quadro estabelecido, reforçado pela jurisprudência, parece ser apenas uma questão de tempo até a inserção de mais esta causa de exclusão da ilicitude ao Código Penal brasileiro.

Certo é que já existem, atualmente no Congresso Nacional, vários projetos que visam desde a legalização completa do aborto, até o aumento dos permissivos legais. O “aborto eugênico”, inclusive, já consta no citado Anteprojeto de Reforma do Código Penal, que ainda não está vigente entre nós.

3.7 As decisões judiciais

Na expressão de Warley Belo, “a lei é sempre questionável. Até porque é absurdo pensar que tudo que é determinado pela lei é justo. Não que o ‘justo verdadeiro’ seja a descriminalização do aborto eugênico. Afinal de contas, a justeza varia diante de uma posição ideológica”.⁵⁵

Segundo tal raciocínio, a aplicação da lei, por si só, não demonstra justiça ou injustiça. Vai ser o caso concreto, ou melhor, a constatação na prática, no resultado, na objetividade social e jurídica, que vai mostrar se atingiu-se ou não, verdadeiramente, a tão almejada justiça.

Conforme Amilton Bueno de Carvalho, em “A lei, o juiz e o justo”:

O legislador através do comando da lei preceitua genericamente. É-lhe, pois, impossível prever a totalidade dos casos em particular. A lei, por melhor que seja, como comando geral, pode na casuística levar à injustiça flagrante. Ora, ao Judiciário é dada a obrigação de, no caso particular, corrigir situação prevista, caso contrário, não teria sentido sua existência. Se a função do Juiz é buscar a vontade do legislador, qual é a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa de aplicação, que o faria administrativamente. O intermediário Judiciário seria mera formalidade, a não ser que sua existência tivesse por fim a hipótese levantada por Dallari: “esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer um papel sujo, pois é quem garante a efetivação da injustiça”.⁵⁶

⁵⁵ BELO, W. *Idem*, p. 96.

⁵⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre. Ano XIV, n. 39, março de 1987, p. 132.

A função jurisdicional não se resume na aplicação pura e simples da lei. Em verdade, “a função jurisdicional ultrapassa a fronteira de servir aos caprichos e à vontade da lei”.⁵⁷

O Judiciário e o Legislativo são os órgãos responsáveis pela nobre missão de distribuir a Justiça, só que esta, infelizmente, nem sempre se encontra ao lado da lei. Por tal motivo, o Poder Judiciário nunca deve segui-la cegamente, encarando-a como se fosse uma “bíblia sagrada”, mas considerá-la como um simples referencial na apreciação dos casos concretos.

Caso a lei nunca fosse considerada injusta, jamais teríamos partilhado a experiência de ditaduras positivadas, como no caso do regime nazista de Hitler, do “extinto” *apartheid* da África do Sul, dentre outros.

Na lição de Warley Belo:

O ato decisório do Juiz denomina-se sentença, que vem de “sentir”. O que está se dizendo é que ao Juiz, ante o fato concreto que lhe chega à mão, é permitido definir a situação como sente. Não é obrigado a ser um “escravo da lei”, afinal de contas “o escravo não pensa, o Juiz tem de pensar. O escravo não é responsável, o Juiz tem que ser responsável. O Juiz é um ser humano dotado de inteligência e vontade. Ele não pode ser escravo de ninguém, nem da lei. Deve-se presumir, no mínimo, que o julgador seja livre, dotado de inteligência e vontade”.⁵⁸

Tem-se argumentado, que o fetichismo legal gera a estabilidade. Mas Belo, ante a tal assertiva, contra-ataca com o seguinte questionamento: “Acaso não geraria muito mais instabilidade a aplicação pelo Judiciário de uma lei injusta?”⁵⁹ O verdadeiro fator de segurança advém de uma Justiça efetiva, e jamais da simples aplicação da lei.

A jurisprudência, numa clara demonstração do entendimento acima exposto, em várias oportunidades já tem se mostrado claramente favorável à prática do aborto eugenésico.

⁵⁷ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 97.

⁵⁸ BELO, W. Idem, *ibidem*.

⁵⁹ BELO, W. Idem, p. 98.

Os Tribunais de vários Estados vêm tendo entendimento favorável aos pedidos para autorização da prática do “aborto eugênico”.

A jurisprudência tem tomado tal caminho, porque o Judiciário não pode ser visto como um mero processador automático da lei. Assim, o Judiciário “não se trata de um poder servil, impotente, talvez por entender que a lei foi feita para o homem e não o contrário”.⁶⁰

Nas recentes decisões, algumas das quais apresentamos a seguir, o Judiciário tem entendido que é possível a prática do “aborto eugênico” quando o feto é portador de uma anomalia que o torne inviável após o nascimento. Dessa maneira, interpreta-se a lei sem um rigorismo excessivo, preocupando-se, acima de tudo, com uma solução justa ao caso concreto. Assim, na linguagem de alguns, está se buscando Justiça, apesar da lei.

Vale, aqui, citar algumas das decisões:

Acórdão nº: 3706 Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL Processo: 1242/00 Relator: MÁRIO GURTYEV Ementa: DIREITO PENAL - Jurisdição voluntária - Alvará de autorização judicial para realização de aborto - Feto portador de anencefalia - Anomalia comprovada em laudo médico - Estado depressivo da gestante atestado por laudo psicológico circunstanciado - Consciência da gestante e de seu marido das possíveis conseqüências de um aborto - Interpretação da norma jurídica em consonância com o art. 5º (Lei de Introdução ao Código Civil) - Provimento da apelação - Demonstrados por laudos médico e psicológico a anencefalia do feto, sua incompatibilidade com a vida extra-uterina, o avançado quadro depressivo da gestante por carregar em seu ventre um ser anormal e sua consciência das possíveis seqüelas que podem decorrer de um aborto mal sucedido, impõe-se a interpretação das normas vigentes segundo os fins a que se destinam e à luz das exigências do bem comum, para o fim de reformar a sentença fustigada e deferir o alvará autorizando a interrupção da gravidez. Votação: Unânime Secretaria: CÂMARA ÚNICA Julgamento: 05/09/2000 DOE: 2396 Origem: AMAPÁ/AP Publicação: 05/10/2000 Registro: 22/09/2000.⁶¹

Autorização Judicial – Gravidez – Interrupção – Anencefalia

Tendo em vista o dever do Estado de assegurar o bem comum, promovendo a saúde e atendendo aos fins sociais da lei, admissível a interrupção da gravidez, comprovando-se que o feto é portador de má-formação congênita, caracterizada por anencefalia – ou ausência de cérebro – afecção irreversível

⁶⁰ BELO, W. Idem, p. 114.

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Apelação Criminal nº 1.242/00. Relator: Mário Gurtyev. DOE, 05 de out. 2000, p. 13. (Parte integrante da cópia integral do processo remetido pelo magistrado Rommel Araújo de Oliveira, do Estado do Amapá).

que impossibilita totalmente a sobrevivência extra-uterina, hipótese em que, ao direito da gestante, não cabe opor interpretação restritiva da legislação penal. (Processo: 0219008-9/00, Apelação Cível n. 219.008-9, julgado em 12/06/1996, publicado em 22/08/1996; 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Relator: Juiz Alvim Soares).⁶²

Autorização judicial – Gravidez – Interrupção – Má-formação congênita – Alvará Judicial – Voto vencido

É possível autorização judicial para interrupção da gravidez, sendo o feto portador de Trissomia 18 – Síndrome de Edwards – anomalia que torna inviável a vida extra-uterina, podendo ocasionar morte fetal ou pós parto.

V. v. – Anomalia, os costumes e os princípios gerais do direito não têm aplicabilidade para autorizar a interrupção da gravidez, ao argumento de ser a lei omissa quanto a feto defeituoso, tendo em vista a proteção conferida aos direitos do nascituro, a inexistência de prática freqüente nesse sentido, além da circunstância de se opor a Carta Política a qualquer forma de induzimento à morte (Juiz Francisco Bueno).

Havendo pedido nos autos e concordância do Ministério Público, pode o Tribunal, de pronto, expedir alvará autorizando a interrupção da gravidez.

V. v. – Impõe-se a nomeação de um curador especial, inclusive para ser ouvido quanto ao pedido de pronta expedição de alvará autorizando a interrupção da gravidez, antes de escoado o prazo recursal (Juiz Francisco Bueno). (Apelação Cível n. 240.338-5 – Relator: Juiz Baía Borges – j.26/6/97 – publ. DJ 10/9/97).⁶³

Aborto – autorização judicial – anencefalia fetal – comprovada inviabilização da vida Extra-uterina – pedido instruído com laudo médico irrefutável de anomalia e de suas conseqüências e com favorável parecer psicológico do casal – consentimento expresso do pai – evidência DE RISCO À SAÚDE ESPECIALMENTE MENTAL, DA GESTANTE – INTERPRETAÇÃO extensiva DA EXCLUDENTE DE PUNIBILIDADE PREVISTA NO INCISO I DO ART. 128 DO CP – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ANALOGIA ADMITIDOS NO ART. 3º DO CPP – autorização CONCEDIDA – APELO PROVIDO.

EMENTA: Diante da solicitação de autorização para realização de aborto instruída com laudo médico e psicológico favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivência extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez.

(Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Criminal nº 98.003566-0 – Videira; Relator: Des. Jorge Mussi).⁶⁴

⁶² BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 98.

⁶³ BELO, W. Idem, p. 113.

⁶⁴ ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL. *Revista da AJURIS*. Doutrina e Jurisprudência. Porto Alegre. . Ano XXVI, n. 75, setembro de 1999, vol. 1 da nova série, p. 648.

Deste último julgamento foi possível conseguir cópia de todo Acórdão pela pesquisa de jurisprudência realizada na Internet, no site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina/SC⁶⁵, o qual transcrevemos integralmente:

TIPO DE PROCESSO: Apelação criminal
 NÚMERO ACÓRDÃO: 98.003566-0
 COMARCA: Videira
 DES. RELATOR: Jorge Mussi
 ÓRGÃO JULGADOR: Segunda Câmara Criminal
 DATA DECISÃO: 05 de maio de 1998
 PUBLICADO NO DJESC:
 Apelação criminal n. 98.003566-0, de Videira.
 Relator: Des. Jorge Mussi.

ABORTO — AUTORIZAÇÃO JUDICIAL — ANENCEFALIA FETAL — COMPROVADA INVIABILIZAÇÃO DA VIDA EXTRA-UTERINA — PEDIDO INSTRUÍDO COM LAUDO MÉDICO IRREFUTÁVEL DA ANOMALIA E DE SUAS CONSEQÜÊNCIAS E COM FAVORÁVEL PARECER PSICOLÓGICO DO CASAL — CONSENTIMENTO EXPRESSO DO PAI — EVIDÊNCIA DE RISCO À SAÚDE, ESPECIALMENTE MENTAL, DA GESTANTE — INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA EXCLUDENTE DE PUNIBILIDADE PREVISTA NO INCISO I DO ART. 128 DO CP — APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ANALOGIA ADMITIDOS NO ART. 3º DO CPP — AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA — APELO PROVIDO.

Diante da solicitação de autorização para realização de aborto, instruída com laudo médico e psicológico favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevida extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal n. 98.003566-0, da comarca de Videira (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante N. C. dos S., sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, prover o recurso para conceder o alvará judicial para realização de aborto.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da comarca de Videira, N. C. dos S. ingressou com pedido de alvará judicial para realização de aborto, argumentando, em síntese, que vive há mais de 12 anos com A. L., sendo que no final do mês de dezembro de 1997 engravidou do primeiro filho do casal, o que a fez procurar assistência médica para realização de exame pré-natal, oportunidade em que lhe foi requisitada uma ecografia obstétrica (ultra-sonografia), que realizado, em 13/02/1998, constatou-se a possível existência de anomalias no feto, correlacionadas à anencefalia, sugerindo os médicos, então, a feitura de novos exames para comprovação da situação.

Em 27 de fevereiro, a autora submeteu-se a uma segunda ultra-sonografia, que confirmou a má-formação fetal, notadamente no que diz respeito ao segmento encefálico, motivo bastante para ser a gestante encaminhada para clínica especializada nesta Capital, a fim de realizar exame de ultra-sonografia morfológica fetal, que, levado a efeito em 03 de março, atestou, definitivamente, a existência de anomalias fetais, consistentes em “anencefalia; extenso disrafismo da coluna tóraco-cervical (aberto), retroflexão da cabeça fetal em relação ao tronco”, incompatíveis com a sobrevida extra-uterina, como concluiu o médico que subscreveu o laudo (documento de fls. 19).

Alega que a continuidade da gestação, diante da situação do feto, poderá provocar-lhe irreparável dano psicológico, além do desnecessário prolongamento de seu sofrimento; diz que da gravidez poderão advir resultados dos mais diversos, como a possibilidade de alteração comportamental no decorrer do período

⁶⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Jurisprudência. Disponível na internet. <http://www.tj.sc.gov.br>. 15 de março de 2001.

gestacional, pois estará gerando um ser que comprovadamente falecerá assim que nascer; argumenta, por fim, a possibilidade dos riscos à sua saúde que qualquer gravidez acarreta.

Amparada no que dispõe o art. 128, I, do Código de Processo Penal deste, foram ouvidos a autora e de seu companheiro, que reafirmaram a intenção de realizar o aborto, bem como declararam ter conhecimento das possíveis consequências de uma interrupção da gravidez; juntou-se em seguida, também a requerimento do Parquet a quo, parecer psicológico, que concluiu que tanto a requerente quanto seu companheiro apresentavam “lucidez e informação suficiente para uma decisão consciente e irrevogável quanto a interrupção desta gravidez”, motivo pelo qual o órgão ministerial ratificou o posicionamento anterior.

O togado singular, sustentando que não há previsão legal para a concessão, já que a hipótese descrita nos autos não está dentre aquelas não puníveis do art. 128 do Código Penal, e ainda por questões de ponto de vista emocional, moral, espiritual e ético, houve por bem negar a autorização requerida.

Inconformada, a requerente recorreu, objetivando a reforma do decidido, para que lhe seja concedido o alvará judicial colimado, a fim de que possa evitar o prosseguimento da gestação.

Contra-arrazoado o recurso no sentido da concessão do alvará, os autos ascenderam a esta Instância, onde a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

1 — Embora nominado como “recurso ordinário”, o apelo interposto está previsto no inciso II do art. 593, do CPP, uma vez que objetiva a reforma de decisão definitiva ou com força de definitiva, proferida por Juiz singular, e foi interposto a tempo, pois na data do ajuizamento ainda não haviam sido intimadas a autora ou seu advogado.

Assim, o recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido.

2 — No mérito, merece reformada a decisão de Primeiro Grau.

A apelante, de posse de exames médicos comprovadores de que o feto que está gerando é portador de anomalias que impedirão sua sobrevivência extra-uterina, aforou pedido de autorização judicial para efetuar o abortamento, sustentando que esta gravidez lhe trará danos psicológicos consideráveis, já que, caso leve-a a termo, sabe que estará trazendo no ventre, por nove meses, um ser malformado, com chance alguma de sobrevivência.

O desejo de abortar foi ratificado quando ouvida pela autoridade judicial, ocasião em que declarou:

“(…) Estou grávida já no 4º mês de gestação. Através de exames soube que a criança apresenta problemas sérios cerebrais e também na coluna cervical, o que impossibilita a vida extra-uterina. Diante desta constatação, gostaria de realizar o aborto. Tenho ciência das consequências que o aborto pode acarretar, mas mesmo assim estou decidida a praticá-lo, pois que seria mais doloroso ver a criança nascer nas condições em perspectiva. (...) Os médicos me asseguraram que a criança não vai ter sobrevivência após o nascimento. (...)” (fls. 30).

Seu companheiro, pai do feto, ouvido, consentiu e concordou com a pretensão da apelante (fls. 30/31), relatando o seguinte:

“(…) Sou companheiro de N. e nessa condição concordo com a pretensão da mesma. Conversamos bastante e chegamos à conclusão de realizar o aborto, pois pelo contrário ao invés de prepararmos o enxoval, teríamos que preparar o caixão e o velório. Das possíveis consequências do aborto, tenho conhecimento que o mesmo possa dificultar futura gravidez. (...)” (fls. 30/31).

O pedido veio instruído com o parecer psicológico de fls. 32, que dá conta da intensa angústia que acometeu o casal, quando souberam que o bebê que esperavam não sobreviveria ao nascimento, informando, ainda, que a apelante, com 32 anos, “é mãe de um casal de filhos adolescentes, de um casamento anterior, e sabe perfeitamente o que é maternidade. Sabe quanto sofrimento ainda terão até o nascimento deste filho e que não haverá nenhuma chance em criá-lo, devido à má formação congênita”, concluindo a expert, por fim, que “o casal apresenta lucidez e informação suficientes para uma decisão consciente e irrevogável quanto à interrupção desta gravidez”.

Do ultra-som obstétrico de fls. 19, datado de 03 de março do corrente e assinado pelo Dr. Luiz Flávio de A. Gonçalves, CRM 4613, constata-se que a apelante encontrava-se na 17ª semana de gravidez (17 semanas e 4 dias), quando submeteu-se ao exame, que concluiu que a criança gerada apresentava “anomalias fetais observadas ao presente ultra-som caracterizando-se por: 1) anencefalia; 2) Extenso disrafismo da coluna tóraco-cervical (aberto); 3) retroflexão da cabeça fetal em relação ao tronco. Os achados são compatíveis com inencefalia, anomalia esta incompatível com a sobrevivência extra-uterina”.

Segundo o Novo Dicionário da Língua Portuguesa, de AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, o verbete “anencefalia” significa: “1. Anomalia de desenvolvimento, que consiste em

ausência de abóbada craniana, estando os hemisférios cerebrais ausentes ou representados por massas pequenas que repousam na base. Monstruosidade consistente na falta de cérebro”.

A autorização judicial para que o médico realize o abortamento tem sido deferida pelo Juízo Criminal, “como autêntica medida cautelar criminal inominada”, no dizer do Dr. ADAUTO SUANNES, Desembargador aposentado e advogado em São Paulo (in “Autorização para o abortamento”, Boletim do IBCCrim n. 46, p. 02), pois o Código Penal, em seu artigo 128, admite que, em casos especiais, a gravidez seja interrompida sem que tal ato seja punido.

De se salientar, nesse passo, que autorizar não significa obrigar a gestante a executar o abortamento, mas sim permitir, conferir licença, consentir que esta se submeta a uma interrupção da gravidez do feto inviável, pois o ato de provocar o aborto é considerado crime pela legislação penal vigente, com a fundamentação básica de que o objeto que a lei protege é o direito à vida do nascituro. De posse do alvará judicial, a apelante poderá ou não efetivar o aborto.

Evidente que diante da evolução da sociedade e das tecnologias, tornou-se imperativa a adaptação do ordenamento jurídico, especialmente das leis penais, codificadas em 1940, aos novos comportamentos; por isso, a nova parte geral do Código Penal brasileiro se encontra em fase de elaboração, inserindo-se, dentre dos muitos temas a ser examinados, o do aborto, conduta punível nos dias atuais, a teor dos arts. 124 a 128 do referido estatuto, incluídos no capítulo dos crimes contra a vida.

Nossa lei criminal despenalizou apenas o aborto efetuado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, chamado aborto terapêutico ou necessário ou profilático, e aquele procedido com consentimento da gestante, ou de seu representante legal, no caso de gravidez resultante de estupro, conhecido com aborto sentimental ou por indicação ética — incisos I e II do art. 128 do Código Penal.

O pedido da apelante, apesar de não se enquadrar rigorosamente nos dois casos previstos em lei, neles se enquadra por analogia e, diga-se, não é novidade no mundo jurídico.

O Instituto Brasileiro de Ciência Criminais, no seu Boletim n. 11, divulgou matéria, de autoria do Juiz de Direito Geraldo Francisco Pinheiro Franco, sob o título “Impossível a sobrevida do feto, deve ser autorizado o aborto”.

Já no Boletim seguinte, sobre o mesmo tema, foi publicada esta colaboração do médico THOMAS RAFAEL GOLLOP, Professor de Genética Médica na Universidade de São Paulo e Diretor do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana, intitulada “Ainda o aborto (legítimo) em razão da anomalia fetal”, em que se esclareceu o seguinte:

“Sempre que se debate a questão do aborto no Brasil — como agora, na projetada reformulação do Código Penal —, a discussão tende a se polarizar entre os movimentos de mulheres, de um lado, reivindicando um direito reconhecido na maioria dos países, e correntes religiosas, sobretudo a Igreja Católica, de outro, jogando o peso de sua influência para impedi-lo. A partir de minha experiência no atendimento de mais de 3 mil casais, em exames pré-natais para diagnóstico de malformações fetais, gostaria de introduzir um ângulo novo na discussão: o de que o aborto no Brasil é uma questão de saúde pública e basta examiná-la do prisma da medicina fetal para verificar a legislação atual, ignorando a evolução do conhecimento científico e dos costumes sociais, pune injustamente as camadas mais pobres da população.

“Na área de minha especialidade, a ultra-sonografia e outros exames de alta precisão fornecem hoje dados muito seguros sobre a saúde do feto nos casos de risco, nos quais, dado um quadro adverso, o casal deveria ter o direito de escolher livremente pela continuação ou interrupção da gravidez. São casos de mulheres com primeira gravidez além dos 40 anos, de grávidas com histórico de doenças geneticamente determinadas na família ou antecedentes de filhos com algum tipo de mal formação e de mulheres que tiveram infecções na gestação, principalmente rubéola e toxoplasmose. São essas, gestações de risco genético.

“Na maior parte dos casos, felizmente, os exames indicam que a saúde do feto é perfeitamente normal. Mas, excepcionalmente, pode-se detectar alguma anomalia e nossa posição nesses casos é que, como ocorre nos países desenvolvidos, seja permitida ao casal a opção de uma interrupção da gestação até 24 semanas. Isto, com atendimento médico e hospitalar adequado e sem que o médico, a paciente e sua família se vejam sob a ameaça de um Código Penal redigido e sancionado em 1940, com os valores da década dos 30, quando não havia nenhum meio de fazermos um diagnóstico preciso da saúde fetal.

“As mudanças nos costumes e na tecnologia, nestes 53 anos, formam a nossa convicção de que é necessária e urgente uma adequação desse código anacrônico ao progresso científico. Dificilmente se chegará à unanimidade de pontos de vista com relação a essa questão, mas é importante destacar a mudança verificada nas últimas duas décadas.

“Recente levantamento comparativo feito pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia mostra que, em 1970, cerca de 35% dos médicos eram favoráveis a uma lei que permitisse a interrupção da gravidez por anomalia fetal. Hoje, 90% dos obstetras pensam dessa forma. Houve uma evolução do pensamento médico, ditada por todo tipo de informação e pelos avanços tecnológicos, mas não acompanhada pela lei penal nem por setores influentes da sociedade.

“No Brasil, ao contrário de países do Primeiro Mundo, onde o Estado assume o ônus do deficiente, a responsabilidade recai fundamentalmente sobre a família, porque o Estado brasileiro se omite duplamente: praticamente não existe informação dos riscos à disposição da população e é reduzidíssima a disponibilidade dos exames necessários ao diagnóstico precoce. O problema social se agrava porque justamente as famílias mais pobres com menos condição de arcar com o ônus do deficiente são também as que têm menos acesso tanto à informação quanto aos exames especializados, sem contar que a maior parte dos seguros médicos não assegura à família cobertura à criança que nasça com problema herdado ou congênito.

“Do lado profissional, o médico enfrenta o problema de indicar um exame capaz de revelar um diagnóstico desfavorável diante do qual está de mãos atadas. A lei não lhe permite agir, caso a família opte pela interrupção da gravidez e a criança nascida com problema não receberá nenhum tipo de apoio para reabilitação ou adaptação à sociedade.

“De todos os lados a equação é perversa!

“O que nós temos observado é que em 95% dos casos, diante de uma anomalia fetal grave, a opção do casal é pela interrupção da gestação, ainda que ela não seja legal no nosso meio. O que chama a atenção é que isso independente do nível de instrução e da formação religiosa do casal, e o argumento que ouço com frequência, nesses casos, é o de que o bem-estar da família está acima do seu credo religioso e das pressões do Código Penal. Trata-se de uma questão de foro íntimo.

“Finalmente, gostaria de mencionar dois precedentes jurídicos de mais alta importância. Em dezembro de 1992, o Juiz dr. Miguel Kfoury Neto, de Londrina, autorizou a interrupção de uma gestação na qual havia sido diagnosticada anencefalia. Em dezembro de 1993, entramos com ação em São Paulo e obtivemos do Juiz de Direito, dr. Geraldo Francisco Pinheiro Franco autorização para interromper gravidez de 23 semanas em feto portador de acrania. A nosso ver, são essas, demonstrações claras onde o avanço da ciência médica procurou e obteve apoio e sensibilidade da classe jurídica.” (grifo nosso).

Nesta mesma direção é o entendimento do mestre PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, em matéria intitulada “Aborto Eugênico ou Necessário”, publicada na Revista Jurídica n. 229, de novembro de 1996, p. 27 a 29 (citada, aliás, na petição inicial), de onde se infere que em razão da reforma do Código Penal, discute-se, no Poder Legislativo, a ampliação do rol de excludentes de antijuridicidade no aborto, senão leia-se:

“Corrente oposta procura ampliar o rol de excludentes de antijuridicidade no aborto.

“Segundo tal posicionamento, além das duas excludentes já existentes, seria inserida a hipótese de aborto eugênico ou eugenésico. Trata-se do aborto piedoso, praticado quando o feto é portador de anomalia grave e incurável.”

Continuando, ressalta que:

“A Medicina, em sua contínua evolução, já permite identificar e diagnosticar, com precisão, anomalias do feto, durante a gestação.

“O diagnóstico de citadas anomalias é feito por meio da análise de células do feto, das células obtidas no líquido amniótico ou das células da placenta. As anomalias anatômicas do feto são diagnosticadas por ultra-sonografia.

“Despontou em tal atividade o Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana São Paulo, dirigido pelo eminente Professor THOMAS RAFAEL GOLLOP, da Universidade de São Paulo.

“Recentemente, tivemos notícia, pelo referido Instituto, na pessoa do Prof. GOLLOP, que muitos alvarás tem sido concedidos pelo Poder Judiciário para realização de aborto, em casos de malformações graves de fetos, incompatíveis com a vida. Em outras palavras: mediante prova científica irrefutável, que conduz ao grau de certeza, o feto não dispõe de qualquer condição de sobrevivência.

“(…)”

“Segundo dados fornecidos pelo Instituto, foram requeridas duzentas e cinquenta autorizações para realização do aborto eugênico, sendo que apenas seis pedidos foram indeferidos em todo o Brasil: dois no Rio de Janeiro, dois em Guarulhos e dois em Belo Horizonte.

“Na comarca de Campinas, entre julho de 1994 e novembro de 1995, todos os pedidos judiciais de autorização para realização de aborto, em caso da anomalia grave do feto, que conduzem à incompatibilidade com a vida, foram deferidos.

“A pesquisa revela que grande parte dos diagnósticos, nos casos em que o aborto foi autorizado, era de anencefalia, anomalia que inviabiliza por completo a vida extra-uterina do feto.

“Observe-se que o aborto, nessas situações, é aparentemente eugênico. Na realidade, o aborto é necessário.

“(…)”

“Fundamentam as aludidas decisões os seguintes argumentos, basicamente:

“1. Não é qualquer anomalia do feto que dá ensejo à autorização judicial para o abortamento. Somente as anomalias do feto que inviabilizem sua vida extra-uterina poderão motivar tal autorização.

“2. O diagnóstico da anomalia deverá ser inquestionável.

“3. Ao lado da inviabilidade da vida extra-uterina do feto, deve ser considerado o dano psicológico para a gestante, decorrente de uma gravidez, cujo feto não apresentará sobrevida.”

Concluindo, assevera:

“(…)”. Por que levar adiante uma gravidez cujo feto seguramente não sobreviverá? Por que impor um sofrimento psicológico tão intenso e inútil à gestante?

“Direito é bom senso. Direito é balanceamento de bens, cotejando-se, em cada situação os seus valores. Diante de um diagnóstico de anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida de modo definitivo, a melhor solução é o aborto” (p. 29, grifamos).

Importante zizar que não se trata, aqui, de autorizar o abortamento de um feto com formação anormal ou defeituosa que o possibilitasse sobreviver após o nascimento, mesmo que monstruosamente, pois nossa legislação não tem admitido o aborto eugenésico ou eugênico ou patológico, isto é, “aquele praticado face à possibilidade de vir o nascituro a portar deficiência física ou mental, por herança genética”, pois “a aceitação de tal procedimento, dizem alguns, faria com que se retornasse aos tempos remotos da antiga Roma, onde jogavam-se de penhascos as crianças nascidas com deformidades, sob o pretexto de que os nascidos sem ‘aparência humana’ não eram pessoas, não eram serem humanos” (FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELO, “Aborto e Direito Penal”, Sagra-DC Luzzatto Editores, Porto Alegre, 1994, p. 62/63), mas sim de consentir que a gestante de um ser sem condição alguma de sobrevida após o parto possa interromper esta gravidez, como no caso, onde constatou-se que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevida extra-uterina.

Não se diga da necessidade de realização de perícia oficial na hipótese, primeiramente em razão do caráter de urgência do pedido, pois os riscos para a realização do aborto pretendido aumentam a cada semana de gestação, segundo, porquanto qualquer leigo sabe que da impossibilidade de sobrevivência de um indivíduo sem cérebro, o que, repita-se, foi atestado pelo médico subscritor do laudo de fls. 19.

O conceituado ANIBAL BRUNO, tratando das “Causas de exclusão da antijuridicidade no aborto”, já nos idos de 1975, lecionou que:

“O Direito reconhece, com função justificativa, situações que configuram um particular estado de necessidade, em que para salvar determinado bem jurídico se faz preciso sacrificar a vida do feto.

“Tem-se admitido certo número de indicações ou critérios em que se justifica a interrupção da gravidez — indicação médica, indicação ética ou emocional, indicação eugênica, indicação social ou econômica, indicação racista. E hoje a tendência que se manifesta, (...), é para aumentar o número de causas de exclusão da ilicitude do aborto.

“O nosso Código reconhece para excluir a antijuridicidade do aborto as duas primeiras espécies — a indicação médica e a sentimental. Dispõe que não será punido o aborto: a) se não há outro meio de salvar a vida da gestante; b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante, ou, quando incapaz, do seu representante legal” (“Crimes contra a Pessoa”, 3ª ed., Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1975, p. 169/170, grifo nosso).

Ora, se a lei penal permite o aborto de fetos normais, sem anomalia alguma, e por isso com condições de sobrevida e provavelmente de desenvolvimento físico e mental normais, no caso de gravidez resultante de estupro, “criou o legislador causa de justificação assemelhada ao estado de necessidade, para permitir o sacrifício do direito à vida do embrião ou do feto em face do peso maior dado a outro bem jurídico — o direito da mulher à liberdade sexual. Tal permissão só pode se explicar por aquela consideração das repercussões negativas do nascimento indesejado, nada impedindo, assim, que, coerentemente com posição já manifestada pelo legislador, a licitude da realização do aborto se estenda a outros casos em que, por razões diversas, o nascimento se mostre igualmente indesejado” (MARIA LÚCIA KARAM, “Sistema Penal e Direitos da Mulher”, artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, ed. RT, São Paulo, 1995, vol. 09, p. 160).

Pois bem, como apropriadamente resumiu o ilustre representante do Ministério Público nesta Instância, Dr. Pedro Sérgio Steil:

“Temos como fato concreto e incontroverso a anomalia do feto, que inviabiliza inarredavelmente a vida extra-uterina e que, por isso, provavelmente causará dano psicológico à gestante. Há, portanto, sob certo aspecto, evidência de risco à saúde da gestante, mormente à saúde mental, como resultante do drama emocional a que estará submetida se levar a gestação a termo.

“Por outro lado, a ponderável argumentação exposta na sentença recorrida, no sentido de que não se pode causar a morte do nascituro, protegido no artigo 4º do Código Civil, não nos parece adequada ao caso, uma vez que estamos tratando de aborto legal — excludente de antijuridicidade, segundo a qual não se pune a interrupção da gravidez, praticada por médico, mediante determinadas condições (art. 128 do Código Penal) — que acarreta logicamente a morte do feto.

“(…)”

“Além disso, embora não seja razão, por si só, para o acatamento do pleito recursal — mas é lembrada pelo bom senso — devemos ter em consideração o fato de que Brasil afora se fazem milhares de abortos clandestinos, flagrantemente ilegais, com riscos à saúde e vida de gestantes. Não nos parece razoável, diante desse quadro, que a solicitação de autorização para realização do aborto, instruída com farta evidência de recomendação médica e psicológica, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, seja negada pelo Poder Judiciário.

“Por fim, embora não anotados tecnicamente, é conveniente considerar a existência de precedentes jurisprudenciais e a argumentação mencionada no artigo do ilustre professor Paulo José da Costa Júnior, no trecho transcrito pela autora na petição inicial.”

Diante das circunstâncias especialíssimas que se fazem presentes, evidente que se deva fazer uma INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA EXCLUDENTE DE PUNIBILIDADE PREVISTA NO INCISO I DO ART. 128 DO CP, aplicando-se, para tanto, OS PRINCÍPIOS DA ANALOGIA ADMITIDOS NO ART. 3º DO CPP.

No dizer de JÚLIO FABBRINI MIRABETE:

“A analogia é uma forma de auto-integração da lei. Na lacuna involuntária desta, aplica-se ao fato não regulado expressamente um dispositivo que disciplina hipótese semelhante. No entender de Bettiol consiste na extensão de uma norma jurídica de um caso previsto a um caso não previsto com fundamento na semelhança entre os dois casos, porque o princípio informador da norma que deve ser estendida abraça em si também o caso não expressamente nem implicitamente previsto” (“Processo Penal”, Ed. Atlas, 4ª ed., 1995, pág. 56).

3 — Por todo o exposto, conhece-se do recurso, dando-se-lhe provimento para, autorizar o abortamento requerido, determinando-se a expedição de alvará judicial para tanto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, lavrando parecer, o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 05 de maio de 1998.

José Roberge – PRESIDENTE COM VOTO

Jorge Mussi – RELATOR

Vê-se, portanto, que são inúmeras as decisões que estão autorizando a prática do “aborto eugênico”, numa clara demonstração que é necessário um efetivo posicionamento quanto ao assunto, o mais brevemente possível. A situação está cada vez mais veemente, merecendo, pois, a devida atenção, uma vez que trata de questões envolvendo delicados e preciosos interesses.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interrupção do processo de gravidez, com a conseqüente morte do produto da concepção, por ter sido detectado nesse, através de métodos científicos, a existência de anomalias graves e irreversíveis que o tornam incompatível com a vida extra-uterina, tem sido denominada de “aborto eugênico”.

Ocorre que nosso ordenamento jurídico somente considera lícito o aborto praticado para salvar a vida da gestante e o que se realiza quando a gravidez resulta de estupro, conforme verificamos pela leitura do artigo 128 do Código Penal brasileiro.

Desta forma, o “aborto eugênico” não encontra amparo legal em nosso ordenamento jurídico, uma vez que não existe, na legislação brasileira, qualquer dispositivo capaz de possibilitar a sua realização.

Entretanto, mesmo com essa realidade jurídica, verifica-se que é cada vez maior o número de decisões que vêm permitindo a prática desta modalidade abortiva quando fique comprovado que a criança não terá as mínimas condições de sobreviver após o parto. Através da expedição cada vez mais freqüente de alvarás judiciais os julgadores, com base numa nova realidade apresentada, onde se pode detectar a presença de anomalias fetais irreversíveis desde os primeiros meses de gestação, deflagram um processo que contraria a letra fria da lei penal vigente, transformando o que é tecnicamente um crime em algo permitido.

Trata-se, na verdade, de situação totalmente atípica, pois como foi referido, o nosso ordenamento jurídico não contempla a modalidade abortiva em estudo.

Em verdade, este é um processo cada vez mais freqüente, pois é crescente o número de mulheres, quando não o próprio casal, que procuram o resguardo da justiça para praticarem o “aborto eugênico”, numa clara tentativa de conseguir, no

Poder Judiciário, um abrigo jurídico e psicológico para tão extrema decisão. São pessoas que vislumbram no amparo judicial o apoio fundamental e necessário para a sua decisão.

Desde 1989, tem-se observado a concessão dos referidos alvarás judiciais. Ultimamente, entretanto, verifica-se um explosão nas expedições, já que nos últimos anos, registraram-se no país mais de 400 autorizações, sendo impossível precisar o número exato face ao seu constante crescimento e total inexistência de controle. São decisões cada vez mais comuns, que passam a fazer parte da rotina do Judiciário.

O problema é que sendo um procedimento atípico – não está regulamentado –, conseqüentemente não possui requisitos expressos aos quais se deva obedecer quando de sua autorização e posterior realização.

Desta forma, as autorizações judiciais para a prática do “aborto eugênico” estão sendo deferidas sem nenhuma condição regulamentar específica. Pode-se dizer que existe apenas uma base, centrada no Anteprojeto de Reforma do Código Penal, conforme verificou-se no desenvolvimento do trabalho, sendo que o restante dos requisitos, porventura exigidos, ficam única e exclusivamente a critério do magistrado que deferir, no caso concreto, o alvará judicial para a interrupção da gravidez. Neste particular, verificou-se que alguns julgadores exigem requisitos considerados “mínimos” e outros vão além do que dispõe o próprio Anteprojeto, requerendo, inclusive, atestado de três médicos que comprovem a total impossibilidade de vida do feto após o seu nascimento (um médico a mais do que consta no Anteprojeto); laudo psicológico da gestante (que pretende certificar que ela terá condições emocionais para realizar o aborto); a realização da interrupção da gravidez dentro de um prazo estipulado, dentre outras condições.

Em relação a tal conjuntura, porém, denota-se que é absolutamente necessário o estabelecimento de, pelo menos, alguns requisitos básicos e mínimos para a concretização de tão extremo procedimento. É, pois, imprudente deixar ao exclusivo arbítrio e discernimento do julgador quais sejam as condições necessárias para possibilitar a prática do “aborto eugênico”. Portanto, é imprescindível que requisitos

mínimos sejam estabelecidos, inclusive como forma de garantir a segurança do procedimento.

Particularmente, em relação a esse contexto, nem se questiona o quanto importante seria regularizar a questão, já que é demasiadamente temerário que, em situações tão delicadas, o magistrado que venha deferir a interrupção da gravidez por motivo eugênico, possa exigir requisitos além dos indispensáveis (que sejam até absurdos e desnecessários), ou então, a menos do que os tecnicamente prescindíveis. Tal fato, não seria nem muito inesperado face a compreensível ausência de conhecimentos técnicos para tanto, já que o “aborto eugênico” é uma área que diz mais respeito à Medicina do que propriamente ao Direito.

Não é a toa que tal argumento constitua um dos fortes motivos para que muitos clamem pela legalização do “aborto eugênico”, a fim de que se assegure um procedimento que já vem mesmo ocorrendo sem nenhum requisito preestabelecido, ou seja, apenas seriam fixadas as condições necessárias para sua realização. Os requisitos, pois, mostram-se absolutamente imprescindíveis para que se admita a prática dessa modalidade abortiva.

Outro aspecto a ser considerado é o de que, hoje, a gestante que descobre – através dos modernos exames pré-natais – que o filho que está sendo gerado não tem nenhuma perspectiva de vida após seu nascimento depara-se com uma terrível situação, pois se vê “obrigada” a levar à termo a gestação. Acaso realize um aborto, estará, tecnicamente, praticando uma conduta típica e punível, já que tal modalidade abortiva não encontra amparo legal. É uma situação extremamente delicada pois, mesmo sabendo que sua gestação é “inútil”, já que não resultará em uma vida – como normalmente ocorre –, deverá levá-la até o final para que não cometa um crime.

E neste ponto é pertinente colocar a seguinte questão: será que se deve impor a uma gestante a pena de ser ela obrigada a gerar um portador de uma grave e irreversível deformidade, mesmo sabendo disso aos 3 meses de gestação?

Se a medicina nos permite, nos tempos modernos, saber que o feto está sendo formado com taras irreversíveis, por que deixar a mãe, o pai, a família alimentando uma “vida” que já sabe ser incompatível extra-útero? A questão central,

desta proposição, reside em saber qual é a razão de se proibir uma manobra médica que irá expelir do útero materno um organismo impossibilitado de sobreviver. É devido a essa conjuntura que os mais extremistas da corrente favorável ao “aborto eugênico” chegam a sustentar a idéia de que a mãe não passaria, neste caso, de um verdadeiro “caixão ambulante”.

De tal situação, inclusive, podem advir graves problemas. Uma gravidez, em tais circunstâncias, é capaz de causar uma situação de intenso pavor psicológico e desencadear um drama emocional muito forte por se saber que está gerando um ser sem nenhuma expectativa de vida.

A higidez psíquica da mãe, durante o processo gravídico, também deve ser assegurada, pois somente o seu resguardo evitará o desencadeamento de diversas conseqüências danosas, como um estado depressivo que possivelmente advirá quando se tiver consciência do diagnóstico impreterível que paira sobre seu filho.

Desta forma, quando da discussão sobre a descriminalização ou não do “aborto eugênico”, deve-se ter em vista, além da saúde física da gestante, também o resguardo à sua saúde mental, uma vez que sua saúde psicológica também não pode ser colocada em risco.

De qualquer forma, certo é que não se deve querer chegar a alguma conclusão observando a questão unicamente de um dos lados envolvidos na situação. Nenhuma alternativa, que considere apenas uma das partes, levará a um resultado equilibrado. Assim, não é exclusivamente o feto que está sendo gerado que determinará qual a solução a ser tomada, ou pelo contrário, a gestante que o está gerando que servirá de parâmetro para o deslinde da questão. Tudo deve ser sopesado num equilíbrio de interesses para que não resulte em prejuízo ou agravamento da situação de nenhum dos envolvidos.

O que se observa atualmente, entretanto, é um contexto sobremaneira ambíguo e de aparente contradição, na medida em que o “aborto eugênico”, mesmo não sendo permitido na legislação vigente, vem sendo autorizado muito freqüentemente pelo Poder Judiciário.

Verifica-se, assim, que existe uma intensa necessidade em se buscar um efetivo posicionamento sobre o assunto para que não permaneça a presente situação paradoxal, onde o “aborto eugênico” “é proibido mas é permitido”, deflagrando, pois, o caos e a confusão geral.

É necessário, portanto, uma posição concreta quanto à matéria, o mais brevemente possível.

A única questão já definida, ao meu ver, mesmo não havendo nenhum posicionamento sobre o assunto, é que não se deve permitir o aborto por motivos eugenésicos em expressões demasiadamente amplas, a fim de contemplar outras má-formações que não comprometam a vida do ser em formação, e que simplesmente traduzam um mero restringimento dela, como ocorre, por exemplo, no caso da síndrome de Down. Não se pode admitir que a simples presença de uma deficiência, indesejada pelos pais, retire a vida de um ser frágil e indefeso que tem todos os direitos e “possibilidades” de nascer e se desenvolver. Nestes casos, entretanto, caberá ao Estado propiciar ao deficiente todas as condições necessárias ao seu desenvolvimento e adaptação ao meio social.

Fato é que, na sua contextura moderna, o “aborto eugênico” representa a interrupção da gravidez, com a conseqüente morte do feto, somente nos casos em que for detectado nesse, através de métodos científicos, a existência de anomalias graves, irreversíveis que o tornam incompatível com a vida extra-uterina. Não se pretende, de forma alguma, eliminar os seres indesejáveis para a espécie humana com o intuito de buscar a evolução genética, ou então buscar a perfeição moral, física ou intelectual do ser.

Assim, sempre o que se pretendeu, quando da realização do “aborto eugenésico”, foi possibilitar à mãe, sabedora que seu filho está sendo gerado com má-formação genética, que impreterivelmente o torna incompatível com a vida, pratique o ato de interromper uma gravidez sem nenhuma lógica, onde a gestação não possui a sua principal finalidade: gerar uma vida.

É primordial, portanto, que seja conferida a devida atenção para este assunto que está carecedor de regulamentação. Trata-se de matéria que envolve os mais

delicados interesses e que não deve ficar, jamais, unicamente a critério dos valores, posições, crenças e demais convicções únicas e exclusivas de quem irá julgar e decidir o caso concreto, como atualmente vem ocorrendo.

Seja qual for a vontade do legislador – a favor ou contra o “aborto eugênico” – é certo que esta matéria nova, intrigante e que envolve tão preciosos valores, merece toda a tutela do Estado, e deverá ser regulada o mais brevemente possível.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina? *in*: DORA, Denise Dourado. *Feminismo Masculino : igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre : Sulina, 1997, pp. 105-130.

_____. Violência contra a mulher e controle penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*. Porto Alegre, n. 1., 1998, pp. 207-217.

ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. *in*: Os pensadores. São Paulo : Abril Cultural, 1979. pp. 45-232.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. *Referências Bibliográficas*: NBR-6023/00.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL. *Revista da AJURIS*. Doutrina e Jurisprudência. Porto Alegre. Ano XXVI, n. 75, setembro de 1999, vol. 1 da nova série.

BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

BRASIL. *Código de processo penal*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 39 ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

BRASIL. *Código penal*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 36 ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 24 ed. atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2000.

BRUNO, Anibal. *Crimes contra a pessoa*. 5 ed. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1979.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal – Parte Especial, I*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre : Sulina, 1999.

CAMPOS, Cíntia; GUENA, Marcia. Nós fizemos aborto. *Veja*, São Paulo, ano 30, n. 37, setembro de 1997.

COOK, Rebecca J.. *Leis e Políticas Sobre o Aborto*. São Paulo : Conselho Estadual da Condição Feminina, 1991.

CARVALHO, Amílton Bueno de. A lei, o juiz e o justo. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre. Ano XIV, n. 39, março de 1987.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*. v. II, Parte Especial. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira. OSELKA, Gabriel. GARRAFA, Volnei, coordenadores. *Iniciação à bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina, 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. vol. 2, Parte Especial. São Paulo : Saraiva, 1986.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. vol. 2, Parte Especial, 2 ed. atual. e aum. São Paulo : Saraiva, 1992.

CRUZ, Angélica Santa; BARROS, Andréa. O parto da Justiça. *Época*, São Paulo, setembro de 1999.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3 ed., atual. e ampl. por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro : Renovar, 1991.

DINIZ, Debora. Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais. *Bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina. Vol. 5, n. 1, 1997.

DIP, Ricardo Henry Marques. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar. *Revista dos Tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais. Ano 85, dezembro de 1996, vol. 734.

ELUF, Luiza Nagib. Prática do aborto. *Revista dos Tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais. Ano 82, maio de 1993, vol. 691.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e infanticídio; doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. Belo Horizonte : Nova Alvorada Edições Ltda., 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. v. I, Parte Especial, 9 ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

FRANCO, Alberto Silva. Aborto por indicação eugênica. *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

GARCIA, Basileu. Thalidomide e abortamento. *Revista dos Tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais. Ano 51, outubro de 1962, v. 324.

GOLLOP, Thomaz Rafael. Aborto por Anomalia Fetal. *Bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina. Vol. 2, n. 1, 1994.

HUNGRIA, Nélon. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V, arts. 121 a 136, 6 ed. Rio de Janeiro : Forense. 1981.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. v.1, Parte Geral, 15 ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1991.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. v. 2, Parte Especial, 13. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1991.

LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo : Atlas, 1993.

_____. *Metodologia do Trabalho Científico*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1986.

LARRAURI, Elena (comp.). *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Madrid : Siglo XXI De Espanã Editores S.A., 1994.

MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.

- MARCÃO, Renato Flávio. O Aborto no Anteprojeto de Código Penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais. Ano 87, dezembro de 1998, vol. 758.
- MARREY, Adriano. O crime de aborto. *Revista dos Tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais. Ano 52, março de 1963, vol. 329.
- MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Aborto e Direito Penal*. Porto Alegre : Sagra – DC Luzzatto, 1994.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. v. 2, Parte Especial, 3 ed., rev. e ampl. São Paulo : Atlas, 1987.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo : Atlas, 2000.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 2. São Paulo : Saraiva, 1998.
- OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia Jurídica: orientações metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso*. Porto Alegre : Síntese, 1999.
- PAPALEO, Celso Cezar. *Aborto e contracepção: a atualidade e complexidade da questão*. Rio de Janeiro : Renovar, 1993.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 2 ed. Florianópolis : OAB/SC Editora, 1999.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. Rio de Janeiro : Aide, 1995.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19 ed., rev. São Paulo : Saraiva, 1991.

REIS, Dagma Paulino dos. Aborto: a polêmica interrupção voluntária ou necessária da gravidez. Uma questão criminal ou de saúde pública? *Revista dos Tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais. Ano 83, novembro de 1994, vol. 709.

ROLIM, Marcos. *Dos labirintos*. Porto Alegre : Corag, 1997.

SANTOS, Lycurgo de Castro. Direito Penal e aborto. *Revista dos Tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais. Ano 84, fevereiro de 1995, vol. 712.

SCHRAMM, Fermin Roland. Eugenia, Eugénica e o Espectro do Eugenismo: Considerações atuais sobre a biotecnologia e bioética. *Bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina. Vol. 5, n. 2, 1997.

SINGER, Peter. *Ética prática*; trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 1993.

SIQUEIRA, Geraldo Batista da. Aborto humanitário: autorização judicial. *Revista dos Tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais. Ano 81, janeiro de 1992, v. 675.

SOUSA, Teresa Cristina Nascimento. O aborto na legislação brasileira. *Revista Forense*. São Paulo. Ano 80, julho-agosto-setembro de 1984, vol. 287.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Disponível na internet. Jurisprudência. <http://www.tj.sc.gov.br>. 15 de março de 2001.

VILLELA, João Baptista Villela. Malformações, viabilidade e aborto: retorno de um espectro? *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo. 2ª quinzena de dezembro de 1994, n. 24, vol. 3, 1994.