

FREDIANO JOSÉ TEODORO

ABORTO EUGÊNICO
Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Penal, sob a orientação do Prof. Doutor Dirceu de Mello.

Pontifícia universidade Católica de São Paulo
São Paulo – 2005

Dedico este trabalho às pessoas que tornaram possível a realização de um grande sonho: minha mãe, Eunice, meu pai, José Teodoro, minha irmã, Claudia, e meu primo, D. Simão.

Sou muitíssimo grato ao Prof. Dr. Dirceu de Mello, pela acolhida e por todo ensinamento.

Agradeço ao CNPq pelo imprescindível apoio em minhas pesquisas.

RESUMO

Com o espantoso avanço tecnológico dos exames pré-natais, reacende a discussão em torno do direito ao aborto. A possibilidade de se observar o desenvolvimento do feto, desde os seus primeiros momentos, e diagnosticar antecipadamente eventuais anomalias, cria uma situação jurídica nova sobre a possibilidade de interrupção da gravidez – leia-se *aborto* – quando constatadas deformidades que tornem o feto incompatível com a vida extra-uterina.

Desde o início da década de 1990, centenas de decisões judiciais autorizaram a interrupção da gravidez em razão de grave anomalia fetal, principalmente nos casos de anencefalia.

Os defensores dessa nova modalidade de aborto, o aborto eugênico, alegam que a eliminação do feto deve ser autorizada, pois ele não tem a mínima chance de sobreviver. Alguns chegam a defini-lo como *natimorto*, criando uma analogia entre a anencefalia e a morte cerebral. Além disso, afirmam que submeter a mulher a uma gravidez de um filho anencéfalo seria o mesmo que submetê-la a um tratamento cruel ou degradante, pois, ao final dos nove meses, seu filho irá perecer, o que significaria um enorme tormento para ela.

Este trabalho tem o objetivo de alertar os defensores do aborto eugênico que o feto anômalo é um ser vivo e eliminá-lo, pelo fato de apresentar características físicas aquém das desejadas pelos seus pais, além de ser um crime agravado pela motivação de cunho preconceituoso, é o primeiro passo para a implantação de uma política eugênica, racista, de *purificação* da raça humana, rechaçada pela Constituição Federal brasileira.

ABSTRACT

The amazing technological advances in prenatal exams have reintroduced discussions on the right to abortion. The possibility of observing the development of the fetus since its early stages and being able to detect possible abnormalities in advance creates a new legal scenario involving the possibility of ending pregnancy before its term – that is, abortion – when doctors verify the existence of malformation that can make life outside the womb impossible.

Since the early 1990's, hundreds of court decisions have authorized the early ending of pregnancy in view of a serious fetal abnormality, mainly in the cases of anencephaly.

The defenders of this new type of abortion, the so-called eugenic abortion, allege that the elimination of the fetus should be authorized as it does not stand any chances of surviving. Some define it as a *stillborn child*, thus creating an analogy between anencephaly and brain death. Moreover, they say that submitting a woman to withstand pregnancy of an anencephalic child can be compared to submitting her to cruel or degrading treatment, as, at the end of the nine-month term the child will die, which means the mother will suffer unbearable distress.

The purpose of this work is to alert the defenders of eugenic abortion that the abnormal fetus is a living being and eliminating it on the grounds that it shows physical characteristics that do not meet the parents' expectations is a crime aggravated by motivation based on prejudice and, further, it is the first step towards the implementation of a eugenic, racist policy, leading to the *purification* of the human race, which has been repelled by the Brazilian Constitution.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	12
------------------	----

Capítulo I

BIOÉTICA E BIODIREITO.....	19
----------------------------	----

1. Bioética.....	19
------------------	----

1.1 Conceito de bioética.....	19
-------------------------------	----

1.2 Princípios norteadores da bioética	22
----------------------------------------------	----

1.3 O início da vida	28
----------------------------	----

1.3.1 teoria da concepção.....	29
--------------------------------	----

1.3.2 teoria da nidação	30
-------------------------------	----

1.3.3 teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central.....	32
-------------------------------------------------------------------------	----

1.3.4 teoria da gastrulação	33
-----------------------------------	----

1.4 Técnicas de diagnóstico pré-natal	34
---------------------------------------------	----

1.4.1 desenvolvimento das técnicas no tempo.....	35
--------------------------------------------------	----

1.4.2 benefícios e malefícios das técnicas	38
--------------------------------------------------	----

1.5 A gradação de valoração do ser humano	43
-------------------------------------------------	----

1.6 As práticas eugênicas	48
---------------------------------	----

1.6.1 engenharia genética.....	48
--------------------------------	----

1.6.2 eutanásia.....	49
----------------------	----

1.6.3 clonagem humana	51
-----------------------------	----

1.6.4 aborto eugênico	52
-----------------------------	----

1.6.5 fertilização “ <i>in vitro</i> ”	53
----------------------------------------------	----

2. Biodireito.....	56
--------------------	----

Capítulo II

MEDICINA LEGAL, BIOLOGIA E ABORTO	60
1. A Gravidez	61
2. A Morte	65
2.1 A morte encefálica	66
3. As Anomalias Fetais	67
4. Os Agentes Teratógenos	69
5. A Complicação Perinatal.....	75
6. As Intervenções Cirúrgicas em Fetos.....	76
7. Os Métodos de Aborto	77
8. O Aborto no Código de Ética Médica.....	79

Capítulo III

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA EUGENIA E DO DELITO DE ABORTO	82
1. A Antiguidade	82
2. Os Hebreus	85
3. Os Gregos	87
4. Os Romanos	90
5. Os Orientais.....	92
6. O Cristianismo e a Idade Média.....	93
7. A Idade Moderna.....	96
8. Os Conflitos no Direito Penal Moderno	99
9. O Surgimento da Eugenia como Ciência	102
10. A Eugenia no Brasil	105
11. A Legalização do Aborto	112
12. O Aborto no Direito Penal Brasileiro	114
12.1 Direito Penal indígena.....	116
12.2 Ordenações Filipinas.....	118
12.3 Código Criminal do Império do Brasil	120
12.4 Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.....	122
12.5 Projetos sucessores ao Código Penal republicano	126
12.6 Consolidações das Leis Penais de 1932.....	129
12.7 Código Penal de 1940	129
12.8 Código Penal de 1969	130

13. O Aborto Eugênico no Direito Penal Brasileiro	132
---------------------------------------------------------	-----

Capítulo IV

ASPECTOS POLÍTICOS DO ABORTO EUGÊNICO	135
---------------------------------------------	-----

1. O Direito Fundamental à Vida	142
2. O Aborto Eugênico na Constituição Federal	147

2.1. Da dignidade	147
2.2. Da igualdade.....	149
2.3. Da vida	151
2.4. Da discriminação.....	152
2.5. O alcance da proteção jurídico-penal da discriminação	154
2.6. A imprescritibilidade do delito de racismo.....	158
2.7. O princípio da proporcionalidade e o aborto eugênico.....	159
2.8. Dos direitos sociais	167
2.9. A proteção estatal aos cidadãos com <i>prerrogativas essenciais</i>	168

3. O Estatuto da Criança e do Adolescente	172
-------------------------------------------------	-----

Capítulo V

CRIME CONTRA A VIDA INTRA-UTERINA	176
-----------------------------------------	-----

1. Conceito de Aborto	178
2. Qualificações Legais e Doutrinárias	181
3. Objeto Jurídico	184
4. Objeto Material	191
5. Sujeitos do Delito	192
6. Estrutura do Tipo Penal.....	194
7. Elemento Subjetivo	195
8. Consumação	198
9. Nexo de Causalidade.....	201
10. Modalidades de Aborto	202
10.1 Aborto “ <i>honoris causa</i> ”	203
10.2 Aborto social	204
10.3 Auto-aborto e aborto consentido pela gestante.....	206
10.4 Aborto provocado por terceiro.....	208
10.5 Aborto sem consentimento.....	211

10.6 Aborto qualificado pelo resultado.....	212
10.7 Causas de exclusão de ilicitude.....	213
10.7.1 interrupção necessária da gravidez	213
10.7.2 interrupção da gravidez resultante de estupro	219
10.8 Aborto resultante de manipulação genética	223
10.9 Aborto resultante de remoção de tecidos, órgãos ou partes de corpo.....	225
10.10. Aborto e o crime de genocídio.....	227
10.11. Aborto na Lei das Contravenções Penais	229

Capítulo VI

O ABORTO EUGÊNICO	233
1. Direito de Personalidade	233
2. A Eugenia na Atualidade	240
2.1. A imagem, o prazer e a vaidade.....	240
2.2. Conceito de Eugenia	244
3. O Aborto Eugênico	247
3.1. Os números do aborto eugênico no Brasil	249
3.2. O aborto eugênico e a legislação penal brasileira.....	253
3.3. As decisões judiciais sobre o aborto eugênico.....	258
3.3.1. principais fundamentos dos deferimentos	258
3.3.2. fundamentos dos indeferimentos	264
3.4. Em defesa do aborto eugênico	268
3.5. Contrariando a defesa.....	271
3.6. O delito de aborto qualificado pelo preconceito	275
3.7. O preconceito e a discriminação no aborto eugênico	279
3.8. O aborto eugênico e o conflito de normas no Anteprojeto do Código Penal	283

Capítulo VII

O ABORTO EUGÊNICO NO DIREITO COMPARADO	285
1. Direito Penal da Alemanha	285
2. Direito Penal da França	286
3. Direito Penal de Espanha	286
4. Direito Penal da Portugal	287
5. Direito Penal da Itália.....	288
6. Direito Penal da Argentina.....	289
7. Direito Penal do Uruguai	291
8. Direito Penal da Colômbia	291
9. Direito Penal da Bolívia.....	292
10. Direito Penal de El Salvador	292
11. Direito Penal de Cuba	293
12. Direito Penal da Venezuela, Chile	293
13. Direito Canônico	294

Capítulo VIII

CONCLUSÃO	296
BIBLIOGRAFIA.....	306

INTRODUÇÃO

“Vozes assombram as páginas de todo livro. Entretanto, este, em especial, fala por aqueles que não nasceram, por aqueles cujas perguntas jamais foram ouvidas – por aqueles que nunca existiram”.¹

A eugenia, um tema que parecia ter sido sepultado ao final da Segunda Grande Guerra, e com a queda do império nazista, mostra-se mais atual do que nunca. Ou melhor, pode-se afirmar que jamais deixou de ser atual, pois acompanha o homem por toda a sua evolução. Na verdade, o instinto eugênico é inerente a todos os animais, assim como o instinto de sobrevivência.

O interessante é que o ser humano consegue se destacar entre todos os animais por conseguir, através da evolução de seu raciocínio e do reconhecimento de sua espiritualidade, agir não por instinto, mas pela razão. Sendo assim, quanto mais o homem age pela razão, mais se distancia de qualquer espécie, passando a dominá-las.

Esta eugenia, já definida como proto-ciência, como pseudo-ciência, é a busca pela evolução da espécie, através de uma seleção natural. *Eu*, vocábulo grego que significa *bom* e *genes* que significa *origem*, formando *eugenia*, é uma

¹ BLACK, Edwin, *A Guerra Contra os Fracos*, p. 19.

palavra criada por Francis Galton para designar os estudos científicos e estatísticos do processo de seleção natural do ser humano.

O aborto eugênico ou *aborto seletivo*, como prefere denominá-lo o Conselho Federal de Medicina, é o abortamento praticado com o fim de eliminar, ainda na fase intra-uterina, o indivíduo enfermo e malformado. É apenas mais um método de aplicação da política eugênica empregada de maneira explícita ou velada por uma fração restrita das classes sociais privilegiadas, que aponta seus semelhantes desafortunados como tumores de uma sociedade, como um grande mal que impede o desenvolvimento e o enriquecimento de uma nação.

Com os avanços científicos e tecnológicos, surgem muitos métodos de aplicação dos ensinamentos da eugenia no dia-a-dia, como a fertilização *in vitro*, a comercialização de gametas de pessoas belas fisicamente, a esterilização, a eutanásia, o aborto *seletivo* e até mesmo a má distribuição de renda, como geradora das desigualdades sociais e da mortalidade infantil. Todos são processos de eliminação de seres humanos fracos, que podem ser empregados em qualquer fase da existência do indivíduo, seja antes mesmo de ser gerado, durante o seu desenvolvimento intra-uterino (ou *in vitro*) ou após o seu nascimento.

O presente trabalho, que tomava um rumo em direção ao estudo restrito do delito de aborto, assunto já excessivamente analisado pela doutrina, começou a ser guiado pelo interesse sobre a eugenia. Da maneira que a pesquisa embrenhava-se nesse vasto, porém oculto assunto, mais se descobria sobre a sua influência na vida humana e na história das grandes nações. Algumas delas, defensoras da política eugênica, como Inglaterra e Estados Unidos, perceberam,

com o início da Segunda Guerra, que haviam aberto a caixa de Pandora, deixando escapar monstros terríveis. E a cada fato histórico descoberto, entre muitos escondidos por seus antigos defensores pela vergonha de se ter defendido tal prática, impulsionava ainda mais a procura por mais informações sobre sua aplicação. Até que se chegou a um ponto em que a eugenia conduzia o trabalho por si só, alterando de forma definitiva o rumo das pesquisas.

Devido à natureza jurídica do trabalho, as riquíssimas informações sobre a eugenia tiveram de ser selecionadas, para que o trabalho fosse concluído, mas restou comprovado o peso de sua influência na vida cotidiana.

Uma das provas desta incontestável influência é o valor que se dá, nos dias de hoje, à *qualidade de vida*, que passa a ter um valor maior que o próprio direito à vida. Com a maciça preconização do prazer e da beleza física realizada através dos meios de comunicação, que visam unicamente a incentivar o consumo excessivo de produtos industrializados, as pessoas têm procurado mais e mais uma melhor aparência física, esquecendo-se de desenvolver as demais características intrínsecas. Nasce a procura por uma beleza que, segundo a impiedosa publicidade, fará com que aquela pessoa se destaque das demais, sem perceber que, na verdade, está se tornando parte de uma padronização global que impõe a todos os mesmos caracteres físicos, os mesmos modelos de roupas, os mesmos alimentos e os mesmos dispendiosos entretenimentos.

Contudo, a questão principal deste trabalho é a prática da eugenia através do abortamento, do ponto de vista jurídico-penal, que, não obstante sua proscrição pela legislação pátria, tornou-se prática usual desde a última década do século passado e, inclusive, garantida por autorizações judiciais.

Por esta razão, a dissertação se esforça em demonstrar que a motivação eugênica do aborto, longe de ser considerada uma excludente de ilicitude, deve ser entendida como uma qualificadora desta figura delituosa, e que as decisões judiciais autorizadas desse procedimento devem ser reveladas como inconstitucionais.

Não se pretende criar conflitos entre as diversas áreas profissionais que são chamadas a discutir a questão ou a trabalhar diretamente sobre os casos concretos, mas simplesmente analisar, do ponto de vista jurídico-penal, a conduta, o resultado e o elemento subjetivo do aborto eugênico.

Em que pese tratar-se de um estudo jurídico que discute os posicionamentos de uma legislação laica, não é possível afastar-se o homem de fé de sua moral religiosa, principalmente no que tange à proteção do direito à vida e à dignidade humana. Uma pessoa cuja vida foi construída sobre determinadas bases morais não consegue e não deve separar sua crença ou sua moral de seus atos e de suas palavras. Por este motivo, além de expor as divergentes posições sobre o tema, o trabalho se filia à tese da defesa da vida intra-uterina.

Por razões óbvias, a dissertação é iniciada pela apresentação da Bioética e do Biodireito, uma vez que o tema central das pesquisas é a prática do aborto e a proteção dos direitos à vida e à dignidade humana. Além do que, os estudos da Bioética e do Biodireito não se sustentam isoladamente.

No primeiro capítulo, são apresentadas algumas teorias sobre o início da vida, sobre as técnicas de diagnósticos pré-natais, sobre a gradação do valor da vida humana, além de algumas técnicas eugênicas largamente praticadas na atualidade.

No que diz respeito ao início da vida, procuram-se apontar as diferentes posições discutidas no campo da Bioética e a posição adotada pela legislação brasileira e defendida neste trabalho.

Em seguida, são tratados os conceitos biológicos fundamentais para o entendimento do tema discutido. Esta parte tem a função ilustrativa, apresentando o processo fisiológico de desenvolvimento do embrião e do feto, tratando de forma singela sobre o momento da morte pela perspectiva legal apenas. Aponta algumas patologias fetais e os principais fatores causadores destas patologias; cita alguns métodos de abortamento, e, por fim, apresenta a parte do Código de Ética Médica que regulamenta o aborto.

Na parte histórico-jurídica, é feita uma cuidadosa coleta de dados sobre a eugenia e o aborto desde a Antiguidade, comprovando que estas práticas fazem parte da natureza humana. Faz-se referência ao surgimento da eugenia como ciência e ao surgimento de uma política eugênica no Brasil, no início do século XX, inclusive a sua discussão pelo Direito Penal moderno.

Ainda na parte histórica, estuda-se a evolução da figura criminosa do aborto em toda a legislação penal brasileira, partindo do Direito Penal indígena, com a demonstração das normas de conduta dos autóctones, até o Código Penal

de 1969, e as primeiras referências doutrinárias sobre o delito de aborto eugênico.

Os aspectos políticos sobre o aborto eugênico são apontados em capítulo específico, através de uma análise das normas constitucionais ligadas à questão, como os direitos fundamentais, os direitos sociais e os direitos da criança.

Como não poderia deixar de ser, cuida-se, de forma detida, do delito de aborto em todos os seus aspectos, através de um estudo doutrinário e jurisprudencial da figura criminosa. Também são apontadas todas as modalidades de aborto, inclusive as novas figuras desse crime criadas pela legislação extravagante, como o aborto resultante da manipulação genética e da remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo, bem como o aborto no delito de genocídio. A exceção é o aborto eugênico, tratado em capítulo específico.

O capítulo do aborto eugênico inicia-se com algumas observações sobre o direito de personalidade. Em seguida, é apresentado o conceito de eugenia, acompanhado de um breve comentário sobre a eugenia na atualidade, de forma introdutória, para se chegar ao tema central do trabalho, o aborto eugênico.

No tópico sobre o aborto eugênico são apresentados alguns dados referentes à duas pesquisas realizadas pelo Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo. Os números trazidos por essas pesquisas cedidas pelo médico Marcos Valentin Frigério, muito contribuíram para a construção deste trabalho.

Enfim, são discutidos os argumentos favoráveis e desfavoráveis à interrupção da gravidez em razão da anomalia fetal e as decisões judiciais sobre este tema. Nessa parte, são citadas apenas algumas poucas decisões judiciais sobre as autorizações para a interrupção da gestação, que foram escolhidas por já estarem publicadas e por apresentarem fundamentações em comum com as demais.

Não foi preocupação desta dissertação trazer um grande número de decisões judiciais, pois o objetivo do trabalho não é a análise de tais decisões, mas o estudo dessa nova modalidade de abortamento, do ponto de vista do Direito Penal material.

A dissertação é encerrada com um breve apontamento de legislações penais alienígenas, no que tange ao aborto e aborto eugênico.

Capítulo I

BIOÉTICA E BIODIREITO

1. Bioética

O desenvolvimento técnico-científico no campo da Medicina e as conquistas benéficas à vitalidade humana trazem muitas esperanças, principalmente aos portadores de graves enfermidades e geram muitas discussões no mundo da Bioética e, conseqüentemente, no ramo do Biodireito. O fato gerador de tamanha discussão em torno de temas como aborto eugênico, fertilização *in vitro*, eutanásia, distanásia e clonagem humana, está no bem fundamental tratado em todos eles, o mais precioso, concedido por Deus e protegido pela Constituição Federal, isto é, a *vida*.

O homem não pode jamais esquecer de que a vida e a dignidade humana devem ser exaltadas e preservadas contra as modernas e ilimitadas experiências científicas. Impedir esta insana inversão de valores é o objetivo da Bioética, quer dizer, garantir que a ciência, como um meio de preservar a vida, não se transforme em um fim e que a vida, como o fim maior, não se transforme em um meio para o avanço da ciência.

1.1 Conceito de bioética

Bioética – *bíos*, palavra de origem grega, que significa *vida*; normas éticas em relação à vida humana – é um termo que foi empregado pela primeira vez, em 1970, pelo oncólogo, Van Rensselaer Potter, em um artigo intitulado “*The Science of Survival*”. Em 1971, este autor utilizou-se da expressão *bioética*, no título de outra publicação: “*Bioethics: Bridge to the future*” (Bioética: Ponte para o Futuro). Esta ponte, da qual trata o criador da expressão, *Bioética*, vem unir a biologia e a ética, visando à preservação do ecossistema. Desse modo, a Bioética “*tem a tarefa de ensinar como usar o conhecimento em âmbito científico-biológico*”, ou seja, é uma “*ciência da sobrevivência*”, visando a evitar as graves conseqüências que podem advir do avanço científico desenfreado, principalmente porque a detenção deste poder biotecnológico cabe a poucos indivíduos².

Embora o termo tenha sido criado somente na década de 1970, a preocupação em se convencionar algumas orientações éticas voltadas para o controle das novas experiências médico-científicas nasceu com o Código de Nuremberg, em 1947, no qual foram criadas algumas regras com o intuito de se evitar que atrocidades como as praticadas por médicos e cientistas da Alemanha nazista não viessem a se repetir.

De acordo com este estatuto, é imprescindível o consentimento do indivíduo, antes de ser submetido a ensaios científicos, vale dizer, a pessoa deve ser totalmente capaz de decidir sobre sua sujeição ou não às manobras científicas. O que descarta, desde logo, quaisquer experiências envolvendo fetos, uma vez que não podem expressar sua decisão, não podendo consentir ou dissentir em relação a sua participação nos experimentos. Também prevê o

² SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, p. 23-4.

Código de Nuremberg que qualquer experimento deve ser obstado quando houver razões para crer que dele podem advir a morte ou a invalidez permanente. Além disso, cuidados especiais devem ser tomados para evitar qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte do paciente.

A Bioética é formada pela integração dos estudos biológicos, médicos, psicológicos, antropológicos, sociológicos e tem por missão esclarecer, estipular parâmetros para o direcionamento do trabalho do médico e do biólogo e convidar os profissionais à discussão do que é melhor para a preservação do ser humano e jamais para a sua destruição. Não tem força de norma, nem poder legislador, mas tem função orientadora aos legisladores, pois é considerada como um ramo da Ética que tem por objeto a proteção da vida e da saúde do ser humano contra a ação do próprio ser humano. E, neste sentido, Maria de Fátima Freire de Sá faz um alerta ao afirmar que em todo campo onde o homem exerce poder sobre outro homem surgem novas ameaças à liberdade do indivíduo³, e aí está a razão de existir da Bioética: traçar diretrizes que impeçam o ser humano de se auto-corromper ou se auto-destruir.

Elio Sgreccia apresenta a Bioética em três diferentes momentos: a bioética geral, a bioética especial e a bioética clínica. A *bioética geral* trata dos fundamentos éticos da matéria, discorre sobre os valores e princípios da ética médica, ou seja, é a filosofia moral em sua parte fundamental e institucional. A *bioética especial* examina os grandes conflitos surgidos nos campos médico e biológico, como por exemplo, o aborto, a eutanásia, as experiências clínicas etc. E estes conflitos, obviamente, devem ser resolvidos segundo as diretivas impostas pela bioética geral. Por fim, a *bioética clínica* ou *de decisão* observa os

³ *Biodireito e o Direito ao Próprio Corpo*, p. 26.

casos em concreto, analisando seus vários aspectos e buscando a melhor aplicação das regras definidas a esta situação real⁴.

1.2 Princípios norteadores da bioética

Os estudiosos da Bioética criaram alguns paradigmas éticos para nortear o campo da medicina e da biologia, como uma forma de humanização destas ciências quando aplicadas aos casos concretos. Uma humanização no sentido mais íntimo do termo, isto é, que pretende reconhecer a dignidade da pessoa humana em todos os momentos do seu desenvolvimento, abrangendo desde a sua concepção até a expiração da vida.

São quatro os princípios formulados: o da beneficência, o da justiça, o da não-maleficência e o da autonomia⁵. Stella Maris Martínez aponta como três os princípios: o respeito pela pessoa humana, o respeito pela ciência e o desinteresse⁶. É necessário observar que alguns destes princípios apontados pelos autores coincidem entre si.

O princípio *do respeito à pessoa* também chamado de *princípio da autonomia* impõe a prevalência da vontade do paciente ou de seu representante legal em face ao desejo do médico, preservando a intimidade, as crenças e os valores morais da pessoa. Seria a preservação dos direitos fundamentais e das escolhas da pessoa diante das alternativas expostas pelo profissional de saúde.

⁴ *Manual de Bioética*, p. 46.

⁵ *Ibidem*, p. 166.

⁶ *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 51-2.

Este princípio tem sido mencionado amiúde nos casos de necessidade da transfusão de sangue em pacientes que sejam *Testemunhas de Jeová*. Esse costume religioso já acarretou a morte de várias pessoas, pois tanto o paciente como a família impedem o médico de realizar o procedimento. Trata-se de uma questão extremamente delicada, pois, por um lado, tem-se o direito inviolável à vida cuja imposição seja a salvação daquele paciente através da transfusão sanguínea; por outro lado, está a inviolabilidade da honra, da intimidade (art. 5.º, X, da Constituição Federal), e da liberdade religiosa (art. 5.º, VI e VIII), a qual garante à pessoa a liberdade de escolher e seguir qualquer filosofia religiosa. Imagine-se o caso contrário, no qual a pessoa necessite de transfusão de sangue, mas o médico ou o hospital, ou aquele Estado sejam seguidores dessa religião. Seria uma grave ofensa aos bens jurídicos da vida e da integridade física, impor ao paciente a não transfusão sanguínea por motivo de convicção religiosa.

O respeito pela pessoa humana possivelmente se define por si mesmo, porém, o termo *pessoa* possui duas interpretações jurídicas distintas, baseadas na primeira e na segunda parte do art. 2.º, do Código Civil, sendo que a primeira entende como pessoa o indivíduo que nasceu com vida, *in verbis*:

“a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida”.

Para uma corrente, somente é considerada pessoa humana quem adquire personalidade e a personalidade seria adquirida após o nascimento com vida, não se admitindo personalidade ao feto.

A segunda corrente se baseia na segunda parte do referido artigo, defendendo que o *respeito à pessoa humana* deve valer também para o feto, mesmo estando ainda no ventre materno, *in verbis*:

“...mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Para esta segunda vertente, a segunda parte do referido artigo confere personalidade ao feto, pois, ao prever a proteção *dos direitos*, desde o momento da concepção, entende que aí estão *todos* os direitos fundamentais, entre os quais o direito à vida e à personalidade. Contudo, é preciso lembrar que nem mesmo aos indivíduos nascidos é absoluta a proteção à vida, uma vez que existem situações nas quais o direito à vida é relativizado e se permite matar, como em legítima defesa, em estado de necessidade, no estrito cumprimento do dever legal, no exercício regular do direito, na interrupção de gravidez para salvar a vida da gestante – que nada mais é senão uma hipótese de estado de necessidade –, em caso de gravidez proveniente de estupro, em caso de guerra, na aplicação de pena capital etc.

Já o *respeito pela ciência* deve ser protegido sempre, uma vez que a evolução da raça humana e a sua longevidade dependem fundamentalmente das descobertas médico-científicas. A ciência é inerente ao homem, fazendo parte de sua natureza de raciocínios e de ações complexas. Essa busca incessante do conhecimento dos segredos da natureza é que o distingue das demais espécies animais. E o avanço tecnológico, pelo fato de salvar muitas vidas, deve ser respeitado e defendido.

Em seguida, o princípio da *beneficência* ou do *desinteresse*, para Sgreccia, seria o vértice das regras de Bioética, o “*fim primário da medicina*”, isto é, a promoção do bem à sociedade e a cada paciente⁷. O desinteresse seria em relação a qualquer coisa que não seja o bem-estar das pessoas e a preservação da saúde e da vida. O interesse financeiro deve ser renegado pelos profissionais médicos no que tange às diretrizes da Bioética. Os parâmetros estabelecidos nas normas que regulamentam a atividade médica ou que influenciam o Biodireito, quando da discussão sobre a criação de novas leis, devem visar única e exclusivamente à proteção da vida e da saúde de todos, nada mais. Infelizmente, no mundo capitalista, onde milhões de pessoas morrem para alimentar a ganância de tão poucos, é impossível determinar a todos os profissionais que a vida, quer seja a do feto ou a do nascido, não tem preço.

O princípio *da justiça* vem cuidar da imparcialidade com a qual deve atuar o profissional médico em relação à distribuição do risco, ou seja, deve trabalhar com as probabilidades de perigo e de sucesso ou de malefícios e benefícios, optando pela mais acertada.

Por último, tem-se o princípio da *não-maleficência* cuja função é a de impelir os profissionais médicos a não causarem qualquer dano intencional ao paciente. Este princípio poderia estar inserido no anterior, o da justiça, pois se este for obedecido, certamente não haverá qualquer ato de maleficência por parte do profissional médico.

Elio Sgreccia apresenta, além dos princípios citados, dois princípios secundários, que seriam aplicados quando houvesse conflitos entre aqueles

⁷ *Manual de Bioética*, p. 167.

primários. São eles: o *princípio do mal menor* e o *princípio da ação de duplo efeito* ou *do voluntário indireto*⁸.

Segundo o *princípio do mal menor*, em uma situação na qual se deve escolher entre dois males, quer dizer, entre duas omissões, deve-se optar pela omissão em relação ao irrecuperável. Nesse caso, é preciso criar uma regra diretiva para se apontar o que é prioridade e o que pode ser considerado irrecuperável⁹.

Neste ponto, pode-se discutir um conflito inerente ao presente trabalho: a vida do feto anômalo versus a paz psíquica da gestante. Caberia ao médico apontar o que é considerado mal menor entre a morte do feto e o sofrimento psicológico da mulher. Certamente, neste caso dever-se-ia optar pela preservação da vida do feto, em que pese o tormento psíquico temporário da gestante. Isso, sem cogitar sobre um outro mal que poderia atormentar a gestante por ter eliminado seu próprio filho. Um trauma irrecuperável.

Este e outros dilemas são comuns à vida dos médicos, principalmente em locais onde há problema de escassez de recursos para o atendimento de uma demanda crescente de pacientes.

Em 2001, o professor Paulo Fortes, da Faculdade Pública de São Paulo, realizou uma pesquisa inédita com populares de idade entre vinte e sessenta anos, para se saber qual seria a opção entre dois pacientes com o mesmo estado clínico, mas diferentes em relação à idade, condição sócio-econômica e sexo. O

⁸ Ibidem, p. 169.

⁹ Ibidem, p. 169.

que impressionou o pesquisador foi o conformismo manifestado pelos brasileiros diante da obrigação de se escolher um paciente entre dois, ao contrário de estrangeiros que, em uma pesquisa semelhante realizada na Austrália, se indignavam diante do dilema, sendo que a maioria respondia que não poderia haver escolha, ambos deveriam ser socorridos.

Segundo a pesquisa, na hipótese de acidente de carro, com duas pessoas da mesma idade e de sexos diferentes, a mulher foi preferida. Na mesma situação, porém, com um homem velho e outro jovem, o primeiro foi escolhido. Na hipótese de dois homens, sendo um empregado e outro desempregado, este segundo foi preferido e entre uma pessoa alcoólatra e uma com problemas hepáticos, esta segunda foi preferida em face da primeira. Ficou demonstrado entre os entrevistados um alto grau de solidariedade, optando-se pelos menos privilegiados, como é o caso das escolhas pelo mais velho e pelo desempregado¹⁰.

Em relação ao princípio da *ação de duplo efeito* ou *voluntário indireto*, este deve ser aplicado quando da ocorrência de efeitos secundários, oriundos de terapias farmacológicas¹¹. Estas terapias são empregadas visando à melhora do estado do paciente, mas, muitas vezes, também produzem efeitos negativos, como por exemplo, o mal-estar e a queda de pêlos, com a aplicação de radioatividade em tratamentos de carcinomas ou no caso da amputação de um membro ou extração de um órgão para se extirpar o mal do organismo.

¹⁰ FORMENTI, Lígia, Dois doentes estão mal. Qual atender antes?, *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 30 set. 2001, p. A-16.

¹¹ SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, p. 170.

Este princípio rege as atividades relacionadas aos exames pré-natais, já que estes são de extrema importância no diagnóstico do bom desenvolvimento dos fetos, mas a maioria oferece riscos para a saúde da gestante e para a própria vida do feto.

1.3 O Início da vida

A discussão sobre o início da vida e o início da gravidez é de suma importância para a definição das condutas praticadas pelos médicos. A partir do momento em que se estabelece o instante no qual a vida se inicia ou o instante no qual a gravidez se inicia, delimita-se a fronteira entre o lícito e o ilícito na prática médica e científica. Lamentavelmente, a capacidade de compreensão da vida e da natureza pelo homem está distante de levá-lo a esta determinação. Falta-lhe muito para apontar com certeza qual será o preciso momento em que a vida é iniciada. Cada estudioso tem seu conceito formado em razão do início da vida, mas ninguém jamais alcançou a absoluta certeza, até o momento. Em razão disso, “*in dubio pro vita*”.

A identificação do verdadeiro momento do início da vida mostra-se extremamente importante para toda a humanidade. Trata-se de uma informação que vem interferir diretamente no desenvolvimento científico, obstruindo a realização de experiências, em razão do temor de se atingir indiscriminadamente uma vida humana, e também buscando evitar a prática de graves crimes contra as pessoas em suas diversas fases de desenvolvimento.

Os descobrimentos da Biologia, no entanto, demonstram, de forma segura, que a tese com mais embasamentos científicos é a que defende o início da vida como o momento da fecundação. Assim entendem muitos médicos, cientistas e a Igreja Católica.

Não parece necessário tratar de todas as teorias sobre o início da vida e por essa razão serão apontadas apenas as reconhecidas como principais.

1.3.1 Teoria da concepção

A teoria da concepção se mantém como a mais forte entre todas. A fetologia, muito desenvolvida nas duas últimas décadas, aponta como início da vida o momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide. Irrelevante se a fecundação se deu *in vitro* ou no útero. Para os defensores dessa teoria, a única mudança concreta alcançada com o desenvolvimento da ciência foi a capacidade de se fecundar os gametas femininos e masculinos fora do organismo da mulher; porém, o início da vida sempre foi e sempre será o exato instante em que os gametas se encontram e se fundem.

Quem defende esta tese é Elio Sgreccia, que se esmera em demonstrar o caráter humano do embrião:

“Uma vez que o desenvolvimento biológico é ininterrupto e se realiza sem intrínseca mutação qualitativa, sem que seja necessária uma ulterior intervenção casual, deve-se dizer que a nova entidade constitui um indivíduo humano, o qual desde o

*instante da concepção continua o seu ciclo, ou melhor, a sua curva vital. A autogênese do embrião acontece de tal modo que a fase sucessiva não elimina a precedente, mas a absorve e a desenvolve, segundo uma lei biológica individualizada e controlada. Mesmo quando não é reconhecível ainda a figura humana, há centenas de milhares de células musculares que já fazem bater o coração primitivo; há dezenas de milhões de células nervosas que se reúnem em circuitos e se dispõem na formação do sistema nervoso de uma determinada pessoa”.*¹²

1.3.2 Teoria da nidação

Segundo esta teoria, a vida é iniciada no momento da nidação, isto é, no momento em que o embrião é implantado na parede do útero, o que ocorre por volta do sexto dia após a concepção. São seus seguidores os defensores do DIU (dispositivo intra-uterino), que através de seu movimento no interior do útero, impede que o embrião chegue a se prender na parede, evitando o início da gravidez.

Como explica a teoria, antes da fixação na parede uterina o zigoto está em seu estado de *totipotência*, isto é, pode ainda se dividir em mais células, passando para o estado *unipotente* somente depois da nidação.

No entanto, a fundamentação mais forte dos defensores desta teoria baseia-se na formação dos gêmeos monozigóticos. Estes são originados do

¹² *Manual de Bioética*, p. 346.

mesmo embrião, o qual se divide somente após a sua fixação no útero. Isso significa que antes da implantação não existe vida, pois a separação em dois seres distintos, em duas vidas independentes, em duas almas novas, dar-se-ia em momento posterior. Assim, surge um grande dilema para os que acreditam na existência da alma: se o ser humano é corpo e espírito, este também poderia se dividir em dois, três ou mais? Ou será que somente após as segmentações, o espírito se agrega ao organismo? Se assim for, poder-se-ia afirmar que a vida começa após a nidação.

Além disso, a seleção natural ocorrida entre a fusão dos gametas e a nidação elimina aproximadamente 50% dos zigotos, antes mesmo de se fixarem à parede uterina. Mas estes números não são absolutos e alguns autores defendem que é de dois terços o número de óvulos perdidos. Após a nidação, as perdas pelo não desenvolvimento do embrião são reduzidas a um máximo de 20%.¹³

De acordo com esta teoria, todas as técnicas praticadas antes da fase da nidação são consideradas contraceptivas e não abortivas. Enquanto para a tese da fecundação, todas são formas de abortamento.

Alexandre de Moraes, ao tratar do direito à vida, expõe sua posição sobre o início da vida, apresentando dois momentos distintos: o primeiro, do ponto de vista biológico, no qual se aponta o início da vida com a fecundação entre os gametas masculino e feminino, e o segundo, o início da *vida viável*, que seria o momento da nidação, quando se inicia a gravidez¹⁴.

¹³ MARTÍNEZ, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 84.

¹⁴ *Direitos Humanos e Fundamentais*, p. 88.

Stella Maris Martínez apresenta-se como uma defensora da teoria da nidação. Para ela, “*até que não haja passada a oportunidade de tal segmentação, não estaremos em condições de reconhecer, como pessoa, o ser em formação*” e esta segmentação somente termina ao final do processo de nidação, o qual é concluído duas semanas após a fecundação.¹⁵ Além disso, afirma-se que não considerar vida humana a união dos gametas nos primeiros estágios é a única saída para a solução do problema da licitude da experimentação com embriões ou o conflito de zigotos excedentes, além de determinar uma data específica para se iniciar a proteção penal¹⁶.

1.3.3 Teoria da formação dos rudimentos (linha primitiva) do sistema nervoso central

Outro momento considerado como o marco do início da vida é aquele em que surgem os rudimentos do que será o córtex cerebral, ou seja, o começo do desenvolvimento da organização básica do sistema nervoso central. A manifestação da *linha primitiva ou sulco neural* se dá entre o décimo quinto e o quadragésimo dia de evolução embrionária, sendo que as maiores

¹⁵ Se a separação ocorre nos primeiros quatro ou cinco dias, os fetos serão completamente autônomos, sendo que cada um terá seus próprios *córion* e *âmnio*, um sistema placentário independente, e implantar-se-ão em locais diferentes no útero; se a separação ocorrer após o sétimo dia, os fetos dividirão o mesmo *córion* e *âmnio* e o mesmo sistema placentário; quando a separação se dá depois da segunda metade da segunda semana, os fetos serão monócóricos e desenvolver-se-ão na mesma bolsa amniótica; por último, e mais raro, os fetos podem permanecer ligados entre si (gêmeos siameses). Esta propriedade de divisão preliminar da célula, que resulta na formação de indivíduos distintos é denominada *totipotência*, e é apresentada como indicação da falta de unicidade do embrião. Para os detratores da *teoria da segmentação* mesmo que uma célula se separe e forme outro ser com do mesmo genótipo, não significa que já não possuía a unicidade e unidade. Todavia, a ciência ainda não descobriu o que causa estas divisões. Sabe-se apenas que esta é uma característica transmitida geneticamente (MARTÍNEZ, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 80 ss).

¹⁶ *Ibidem, passim.*

transformações ocorrem nos primeiros dez dias do período. A não formação do córtex cerebral, na maior parte das vezes, gera o aborto espontâneo, uma vez que organismo materno nega o embrião, como se não o reconhecesse, eliminando-o. Este é o principal motivo que leva os fetos anencéfalos a não nascerem no tempo normal¹⁷.

Dentro desta teoria existe uma corrente que aponta como o início da vida o momento em que se verificam as primeiras emissões de impulsos elétricos cerebrais, registrados na oitava semana da gestação. Esta vertente faz um paralelo entre dois momentos, o início e o fim da vida. Se o ser humano é classificado como clinicamente morto no instante em que seu cérebro deixa de emitir sinais de atividade, da mesma forma, deve-se considerar vivo o feto no instante em que o cérebro emite os primeiros sinais elétricos.

1.3.4 Teoria da gastrulação

Segundo a teoria da gastrulação, será denominado embrião o organismo formado ao final desta fase, na qual ocorre o desenvolvimento da gástrula, que compreende a conversão do disco embrionário didérmico (duas camadas) em tridérmico, isto é, as células do embrioblasto dão lugar à formação do ectoderme (externo), mesoderme (mediana) e endoderme (interna), que são as três camadas germinais primitivas. Ao se fixarem na parede uterina, essas camadas vão se transformar em condutores de nutrientes da mãe para o feto. Nesta fase, forma-se a placa neural, que se invaginará, dando origem ao tubo neural, pelo qual se

¹⁷ Ibidem, p. 86.

desenvolve o sistema nervoso central. Este estágio é concluído após o décimo oitavo dia de gestação.

A teoria da gastrulação está fundamentada no fato de haver certas má-formações naturais que possuem a composição genética da espécie, mas que nunca darão lugar a um novo ser humano, como por exemplo, a *mola hidatídica* ou *hidaltiforme* e a *teratoma*¹⁸.

1.4 Técnicas de diagnóstico pré-natal

Os exames pré-natais trazem não só a vantagem de um diagnóstico da viabilidade de uma gravidez, mas também comprovam, com a identificação do feto, a existência de um outro indivíduo, daquela outra vida alojada no interior do organismo da gestante, o qual merece a mesma atenção por parte do médico e de sua família. Além disso, contribuem para a descoberta de problemas que podem ser solucionados com tratamentos e cirurgias no nascituro ainda na fase intra-uterina.

¹⁸A *mola hidatídica* ou *hidaltiforme* é um “produto da deformação da membrana coriônica e amniótica cujas minúsculas proeminências, destinadas a realizar a implantação do zigoto no útero, tornam-se ampolas cheias de líquido, em forma de cachos, privando o embrião de alimentação e causando assim a interrupção de seu desenvolvimento. Este patológico conjunto celular está vivo, continua crescendo e possui a mesma estrutura genética que o óvulo originariamente fecundado”. (MARTÍNEZ, Stella Maris, Manipulação Genética e Direito Penal, p. 88). *Teratoma* é o fruto de uma aglutinação de células embrionárias que não se desenvolvem juntamente com as restantes; esta malformação, devidamente estimulada, pode produzir dentes, cabelos, pedaços de unhas ou tecido indiferenciável. Trata-se de uma formação humana viva, suscetível de crescimento, mas que jamais poderia se dizer que se trata de vida humana.

Uma das desvantagens dos exames é o fato de motivar algumas mulheres, após o diagnóstico de enfermidades ou de más-formações, a buscar a interrupção da gestação.

1.4.1 Desenvolvimento das técnicas no tempo

Foi Henckel, em 1919, o primeiro a fazer uso da *amniocentese*, um método de coleta e análise do líquido amniótico. Esta é uma técnica realizada entre a décima sexta e a décima oitava semana de gestação, na qual são analisadas as células fetais contidas no líquido amniótico. Na década de 50, surgiram a espectrofotometria do líquido amniótico e a análise cromossômica de suas células como uma esperança para o exame pré-natal. Porém, a introdução da agulha na região do útero era realizada às cegas. Em 1958, Ian Donald, Tom Brown e John Macvicar empregaram, pela primeira vez, um equipamento ultrasonográfico em ginecologia. No ano seguinte, este método começou a ser usado para medição da cabeça do feto, o que viabilizaria, mais tarde, os diagnósticos de inúmeras anomalias fetais anatômicas e morfológicas.¹⁹

Entretanto, até o início da década de 60, não havia exames pré-natais, apesar de já se conhecerem as patologias que acometiam o feto. Ainda não havia um método de visualização intra-uterina, nem um exame realmente eficaz de análise de material feto recolhido. Na década de 70, surgiram os equipamentos de ultra-som em tempo real. Esta técnica foi muito festejada, pois os exames invasivos tornaram-se extremamente seguros. Foi nesta época que se empregou

¹⁹ FRIGÉRIO, Marcos Valentin, GOLLOP, Thomaz Rafael *at all*, *O Obstetra Brasileiro Frente ao Abortamento Seletivo*, Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, v. 8, p.16.

pela primeira vez a expressão *diagnóstico pré-natal*. Com a evolução dos aparelhos de ultra-sonografia, foram sendo criadas novas maneiras de aplicá-los, e pulularam experiências de detecção de deformidades fetais²⁰.

Durante os anos 80, é iniciada a realização da *biopsia de vilosidades coriônicas*, uma técnica de coleta de tecido fetal, cujo objetivo é examinar os cromossomos do feto. Em 1983, inicia-se a prática da coleta de sangue da veia umbilical, a *cordocentese*, trazendo aos médicos meios para diagnosticar infecções e distúrbios metabólicos nos fetos. E na década de 90, os exames de ultra-sonografia foram enriquecidos pelas maravilhas da informática, obtendo-se imagens tridimensionais²¹.

A evolução da biologia molecular também contribuiu muito para se diagnosticarem patologias genéticas. Com a *reação em cadeia de polimerase*, tornou-se possível identificar várias doenças, desde a fase pré-implantacional – no caso de fertilização *in vitro*, na fase anterior à transferência do embrião ao organismo da mulher. Entre as doenças identificadas, está a Síndrome de *Down* (translucência nucal)²²⁻²³.

Atualmente, a ultra-sonografia é responsável por 50% dos diagnósticos das anomalias congênitas; a outra parte, também realizada por ultra-som é complementada por exames específicos em laboratórios. Com as técnicas

²⁰ Ibidem, p. 16.

²¹ Ibidem, p. 16.

²² *Translucência nucal*: refere-se ao espaço preenchido por líquido na superfície dorsal do feto, em região correspondente à nuca (FRIGÉRIO, Marcos Valentin, GOLLOP, Thomaz Rafael *et al*, *O Obstetra Brasileiro frente ao Abortamento Seletivo*, Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, v. 8, p. 17).

²³ Ibidem, p. 16-7.

existentes, podem ser detectadas em torno de três mil patologias hereditárias, mas somente uma parte delas pode ser tratada²⁴.

Além destas, uma nova técnica foi criada para examinar o embrião, a tomografia de projeção óptica (OPT), criada por James Sharpe, do *Medical Research Council* de Edinburgo. Através dela, pode-se acompanhar passo-a-passo a formação de vários tecidos embrionários e ainda mapear a expressão dos genes. A tomografia consegue examinar tecidos de até 15 mm de espessura, sem a necessidade de seccioná-los. Isso é feito por meio da obtenção de quatrocentas imagens, a partir de diferentes ângulos, agrupadas, posteriormente, por um programa de computador²⁵.

Na verdade, a maior parte dos exames pré-natais é realizada basicamente através da ultra-sonografia, da coleta de líquido amniótico e da análise das substâncias contidas nele.

As técnicas de diagnóstico pré-natal atualmente aplicadas são:

A *ecografia*: realizada através do ultra-som. Não é uma técnica invasiva, mas não pode ser empregada muitas vezes em uma única gravidez. Não tem capacidade de revelar anomalias genéticas ou cromossômicas, apenas má-formações estruturais.

²⁴ Ibidem, p. 17.

²⁵ Técnica permite ver embrião em três dimensões, *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 19 abr. 2002, p. A-12.

A *fetoscopia*: uma técnica invasiva que é realizada com a introdução de um fetoscópio, construído com fibras óticas, no interior do útero. Pode retirar sangue ou tecidos do feto através de punção.

A *amniocentese*: dentre todas, a mais empregada. É a coleta de líquido amniótico.

A *cordocentese*: é uma técnica invasiva, uma punção ecoguiada, realizada através do cordão umbilical, próximo da décima oitava semana de gravidez.

A *placentocentese*: é a retirada de sangue fetal da placa corial, através da punção da placenta, para exames genéticos.

A *retirada de vilosidades coriais (CVS)*: é a retirada de tecido fetal, praticada entre a sétima e décima primeira semana, por meio da fetoscopia e da ecografia.

1.4.2 Benefícios e malefícios das técnicas

Não se podem negar os inúmeros benefícios trazidos pelo desenvolvimento das técnicas de diagnóstico pré-natal, tornando viável o tratamento médico nesta fase da vida, visando, principalmente, à redução da mortalidade infantil. No entanto, todas as técnicas de exames pré-natais existentes, como a *amniocentese*, a *amnioscopia*, a *fetoscopia*, a *biopsia da vilosidade corial*, a *embrioscopia*, a *biopsia do embrião* e a *cordocentese*, têm o poder de diagnosticar apenas parte das anomalias fetais, existindo outras

irregularidades fisiológicas que passam ao largo desses exames. Além disso, deve-se ter em conta que estas técnicas não visam simplesmente a alertar os pais sobre uma possível interrupção na gravidez, mas também, e principalmente, a preparar toda a família para a chegada de uma criança com *prerrogativas essenciais*²⁶, ou ainda a alertar sobre casos em que será necessária uma intervenção cirúrgica intra-uterina. De qualquer forma, não deixam de ser arriscadas, pois muitas delas requerem larga experiência médica para uma realização segura.

É o que ensina Genival Velosos de França, quando aponta as complicações de cada um dos exames em sua obra, *Medicina Legal*²⁷. A amnioscopia, por exemplo, auxilia no diagnóstico das condições fetais, na gestação de alto risco, mas pode causar sangramento e infecções no ovo. A amniocentese é praticada para retirar líquido amniótico, na alimentação intra-uterina e na indução ao parto, mas pode causar várias complicações, como perfuração de vísceras, embolias e até morte fetal, além de ser realizada muito tardiamente e seus resultados demorarem de quinze a vinte dias para serem obtidos. A embrioscopia é extremamente arriscada e não deve ser indicada para exames meramente especulativos. Já a biopsia da vilosidade coriônica pode provocar más-formações fetais, abortamento e sangramentos. A fetoscopia pode diagnosticar, entre outras, doenças hereditárias, hemoglobinopatias, hemofilias clássicas. Porém, é uma técnica que exige extrema perícia e apresenta elevados

²⁶ A recente designação criada, “*necessidades especiais*”, substituta da aviltante expressão, “*deficiência*” física ou mental, também foi substituída neste trabalho, pois entende-se que a palavra “necessidade” ainda carrega uma forte conotação de inferioridade da pessoa, e, para que seja possível referir-se às pessoas que reclamam de cuidados especiais do Estado, de forma isenta de qualquer discriminação, é imperativo utilizar-se de uma expressão que afaste, definitivamente, a idéia de inferioridade. Portanto, a designação “*prerrogativas essenciais*” não nos parece, de modo algum, depreciativa, pelo contrário, se mostra extremamente técnica e enxuta, como a ciência jurídica recomenda.

²⁷ P. 240-1.

riscos para a mulher²⁸, podendo causar aborto ou parto prematuro, quando mal realizada. A placentocentese deve ser realizada várias vezes, pois a incidência de contaminação do sangue fetal com o sangue materno é muito grande. Por esta razão, entre 7% a 10% dos casos, ocorre interrupção de gravidez, razão pelo qual está caindo em desuso. A retirada de vilosidades coriais também apresenta alto risco de interrupção da gravidez, na ordem de 4% a 10%. Contudo, a sua margem de erro em um diagnóstico é de 0,3 a 0,5 %²⁹.

Seja como for, quem deve decidir sobre a realização dos diagnósticos pré-natais são os genitores, uma vez que a decisão da interrupção da gravidez caberia somente a eles, assim como a decisão de se colocar em risco a saúde e a vida da mulher, ao se submeter a tais exames.

Stella Maris Martínez chega a mencionar a hipótese de objeção de consciência, no caso de um médico negar o diagnóstico pré-natal temendo que, com a constatação de má-formação fetal, o casal venha a recorrer ao aborto eugênico. Não se poderia, pois, cogitar desta objeção de consciência, pois, nesses exames, a participação do médico tem um caráter estritamente terapêutico. Mas a autora sugere que haja tipicidade culposa por parte do médico, quando da prática do exame pré-natal – mas somente no caso de implementação negligente das técnicas de diagnóstico pré-natal – gerar o risco de os pais optarem pelo aborto quando constatada qualquer anomalia. Ainda defende, no caso dos países onde o aborto eugenésico é facultativo, que o Estado não deve impor a continuidade da gestação de um filho deficiente, nem tampouco os genitores podem ter tal faculdade. Martínez aconselha à criação de “*sistemas de controle*” realizado por

²⁸ Ibidem, p. 240-1; Idem, *Direito Médico*, p. 265-6.

²⁹ SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, p. 263-4.

instituições responsáveis pela supervisão das atividades científicas, sem, contudo, chegar a uma conclusão sobre qual área terá competência para formação destes organismos³⁰.

Elio Sgreccia levanta o problema ético das técnicas de diagnóstico pré-natal de tipo genético, uma vez que a probabilidade de cura de uma doença genética é quase nula, concluindo-se que o aborto eugênico, no caso de diagnosticada a doença, torna-se uma inevitável consequência. Então, seguindo o posicionamento de algumas entidades norte-americanas, defensoras da vida, deve-se impor uma reação aos exames pré-natais, sugerindo que sejam rejeitados, pois são inúteis e têm uma finalidade exclusivamente eugênica. Segundo os seguidores desta corrente, o médico geneticista é penalmente responsável, quando apóia a decisão dos pais em interromper a gestação ou quando seu trabalho for tido como um ato preparatório para o abortamento, enquadrando-o como partícipe neste delito.³¹

Em face deste problema, surgem procedimentos cirúrgicos intra-uterinos, cujo objetivo é tratar do feto antes de vir à luz ou, simplesmente, amenizar os males que os acometem. A Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) já realizou seis cirurgias em fetos para correção de más-formações congênitas, enquanto a UNICAMP realizou uma. Das seis cirurgias realizadas em São Paulo, até março de 2004, três crianças já haviam nascido com vida. Estas cirurgias são realizadas através de endoscopia, utilizando-se de uma sonda de metal, de três milímetros de diâmetro e equipada com fibra ótica ou através das *cirurgias a céu*

³⁰ *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 163 ss.

³¹ *Manual de Bioética*, p. 268 ss.

aberto, nas quais se faz uma incisão de nove centímetros no ventre da mãe, para operar o feto³².

O primeiro procedimento cirúrgico citado visa a tratar da *síndrome da transfusão feto fetal*, que atinge cerca de 20% das gestações de gêmeos univitelinos e que deve ser realizada entre a vigésima e a vigésima quarta semana da gravidez. Esta síndrome consiste na transmissão de mais sangue para um feto em prejuízo do outro. Sem a intervenção cirúrgica, a chance das duas crianças morrerem é de 90%. Com a intervenção, a possibilidade de sobrevivência é de sessenta por cento para os dois fetos e de 80% para um deles³³.

As cirurgias “*a céu aberto*” têm por finalidade cuidar principalmente da *mielomeningocele* (doença que impede o fechamento da coluna vertebral durante o desenvolvimento do útero), cuja principal consequência é a hidrocefalia (acúmulo de água no cérebro), que compromete as funções cerebrais. Esta doença incide em uma a cada duas mil gestações. Porém, esta cirurgia ainda é muito arriscada, pois gera um alto risco de a gestante perder o útero³⁴.

No Brasil, já foram realizadas oito cirurgias *a céu aberto* e duas endoscopias para tratar da transfusão feto fetal. Em todo o mundo, somam-se cento e sessenta cirurgias e mil endoscopias³⁵.

³² Nasce na Unicamp bebê que foi operado no útero, *Jornal O estado de São Paulo*, São Paulo, 02 mar. 2004, p. A-9; LOPES, Adriana Dias, cirurgias que salvam bebês, *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 19 out. 2004, p. A-15.

³³ LOPES, Adriana Dias, cirurgias que salvam bebês, *Jornal O Estado de São Paulo*, 19 out. 2004, p. A-15.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

1.5 A gradação de valoração do ser humano

Mesmo com base nas várias teorias sobre o início da vida, talvez não seja possível se chegar a uma conclusão sobre este exato momento, mas é possível realizar um traçado das fases de desenvolvimento da vida intra-uterina e, dessa forma, entrar em outro ponto de discussão na Bioética: a gradação da valoração do ser humano durante essas fases.

A preocupação com o momento exato do início da vida tem relação direta com o valor inerente à corporeidade humana, vale dizer, o momento em que a vida se inicia seria o momento em que a alma se funde ao corpo humano, constituindo um novo ser.

Elio Scgreccia aponta as três concepções filosóficas de corporeidade: a concepção *dualista*, a concepção *monista* e a concepção *personalista*. Segundo o dualismo, cujo principal defensor é Platão, existe um conflito entre a alma e o corpo, um encontro acidental, no qual a alma, como elemento eterno e divino, tem como obstáculo, na busca das idéias, o corpo, de sorte que o ideal do ser humano seria se afastar do que é material (corpóreo). Já o monismo, também chamado materialismo, defendido por Marx, Satre e Marcuse, apresenta uma visão reducionista e política do corpo, sendo que este esgota a totalidade do homem e de suas experiências. Enfim, para a concepção personalista, tratada por São Tomás de Aquino, a alma e o corpo estão ligados substancialmente, ou seja, a unidade humana é sempre físico-espiritual, sendo a alma forma substancial do corpo e de todo o indivíduo³⁶.

³⁶ *Manual de Bioética*, p. 119 ss.

Em virtude da amplitude da matéria *Bioética*, é oportuno não se aprofundar nas concepções filosóficas, para uma análise mais detalhada da divisão das fases do desenvolvimento biológico do ser humano e suas valorações pelo ordenamento jurídico.

O termo *substância embrionária humana* é utilizado para designar o óvulo fecundado, isto é, a fusão entre gameta feminino e masculino, desde o momento em que o espermatozóide finaliza a penetração no citoplasma do óvulo, até o momento imediatamente anterior ao início da formação do sistema nervoso central. Esta fase corresponde aos primeiros quatorze dias, enquanto o surgimento da linha primitiva do sistema nervoso central ocorre no décimo quinto dia³⁷.

A partir da oitava semana após a nidação, se observa o esboço das principais estruturas do organismo e já se pode constatar atividade elétrica cerebral, bem como constatar reações diante de estímulos externos. Nesta fase, o embrião passa a ser denominado feto e após seis meses de gestação, pode ser determinada a sua viabilidade. Para os médicos, a partir deste momento não é mais possível se praticar o aborto, mas, sim, a aceleração do parto. Para a esfera jurídica, no entanto, não há qualquer diferença, se houve interrupção da gravidez em qualquer momento anterior ao termo normal da gestação, deve-se considerar a ocorrência do crime de aborto. Para o Direito, ocorre aceleração de parto se a criança não vem a morrer, quando de sua vinda à luz.

Em relação à distinção das fases de desenvolvimento da vida intra-uterina do ser humano, existem duas posições antagônicas: uma que defende uma

³⁷ Definição extraída da Exposição de Motivos da Lei espanhola n.º 35/1988, *Ibidem*, p. 94-5.

valoração diferente para cada fase do desenvolvimento e outra que defende a proteção jurídica do ser humano desde o momento da concepção.

Para a primeira vertente, o pré-embrião e o embrião não podem receber a mesma proteção jurídica destinada ao feto, nem tampouco a destinada ao ser humano nascido. O pré-embrião não goza da qualidade de pessoa, o que permite aos cientistas empregá-los em experiências ou, simplesmente, descartá-los, quando em excesso. O embrião merece uma proteção diferenciada, mas, mesmo assim, pode ser eliminado com a interrupção de seu desenvolvimento, caso padeça de grave enfermidade ou graves deformações, ou por simples capricho dos pais. Esta valoração inferior permite a realização de aborto durante toda a fase embrionária. Já o feto deve alcançar uma proteção equivalente à sua condição de ser humano formado, porém, não se olvidando da sua dependência ao organismo materno, o que garante a superioridade dos direitos da gestante.

Para a segunda posição, do ponto de vista da proteção jurídica, não existe qualquer diferença entre o pré-embrião, o embrião, o feto ou o ser humano nascido. Todos têm o mesmo valor. A vida de todos tem o mesmo peso e, por esta razão, merecem proteção idêntica. A partir da concepção, o ente em desenvolvimento é considerado pessoa humana e deve gozar de todos os direitos concedidos pela sociedade aos seus membros. Segundo esta linha, a eliminação de um embrião é tão grave como a realização de um aborto ou a prática de um homicídio, pois em todos os casos a vida humana foi atingida, sendo irrelevante qual a fase do desenvolvimento se encontrava.

Para Stella Maris Martínez, não pode prevalecer, incondicionalmente, o direito do *nasciturus*, nem tampouco o direito da gestante, o que significaria a

completa supressão do outro bem ou interesse constitucionalmente protegido. Ela defende a existência de uma graduação na proteção jurídica, nestes casos, de forma que o grave perigo à vida ou a saúde da mulher se sobrepõe ao direito do nascituro. Na gravidez proveniente de estupro, o direito da mulher deve se sobrepor ao do feto até doze semanas de gestação, e no caso de anomalia fetal, o direito da gestante sobre o do feto é garantido até a vigésima segunda semana³⁸.

Independentemente do grande número de argumentos apresentados pelos defensores do aborto eugênico, da eliminação de embriões excedentes, da eutanásia, não se pode ignorar o objeto principal de toda essa discussão, o qual é o fim maior de todo o desenvolvimento científico: o *ser humano*. Estes defensores das novas técnicas exterminadoras de vida devem se questionar sobre o porquê de optarem pelo caminho da eliminação de seres humanos; de optarem, não por salvarem vidas, mas por pregarem e aplicarem a eugenia como forma solucionadora dos males da humanidade. Talvez, o instinto eugênico, assim como o egoísmo, seja forte demais para que a razão humana possa suplantá-lo. Talvez o homem não esteja preparado para trilhar pelas veredas da compaixão com o próximo, ou, quem sabe, jamais estará.

Mas não se deve deixar a cargo de apenas um grupo restrito de profissionais esta imperiosa decisão. Como clama Michel Schooyan, “*um tema assim não é soberano o ponto de vista do médico, do jurista, do sociólogo, nem mesmo do moralista. Acima do especialista, é o homem que é chamado a se*

³⁸ Neste último caso, o tempo de vinte e duas semanas é determinado por exames pré-natais, dos quais o mais comum é a amniocentese, somente realizada entre a décima sexta e décima oitava semana de gestação. Após a extração das amostras, há um período de cultivo, e somente depois de duas ou três semanas serão realizadas as provas genéticas (*Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 161).

pronunciar”.³⁹ Sim, o homem deve ser chamado, pois é ele quem está, em toda a sua dimensão, intimamente envolvido com estas técnicas, “*como principal beneficiário e como vítima preferencial do uso que delas se faça*”⁴⁰.

Parece não bastarem os exemplos que se tem de grandes personagens, os quais nunca gozaram de *saúde plena*, de um *corpo perfeito*, mas fizeram expandir a alma humana, fizeram evoluir um pouco mais a humanidade com o brilho de suas mentes. Os pais de Ludwig van Beethoven certamente seriam orientados pelos profissionais médicos, eugenistas, a não prosseguirem com aquela gravidez, haja vista o quadro nada favorável ao nascimento de um filho saudável, uma vez que padeciam de sífilis e tuberculose. Da mesma forma, os pais do grande físico, Stephen Hawkins, seriam desencorajados, uma vez que poderia ser diagnosticada alguma futura enfermidade degenerativa.

Quais pessoas trazem mais benefícios à sociedade? As que têm sua enfermidade diagnosticada ainda no útero da mãe ou os que sofrem de transtornos específicos de personalidade (psicopatias), impossíveis de se diagnosticar antes da fase adulta e, quando atingem essa idade, praticam atos aterrorizantes, fazendo, dessa forma, mobilizar um grande aparato de agentes para capturá-los e depois outro grande aparato para mantê-los perpetuamente em manicômios judiciais? Qual política é mais benéfica para a humanidade, a política de salvar vidas ou a política eugênica de se eliminarem violentamente pessoas indefesas? Pode-se afirmar, sem medo de errar: para o engrandecimento do ser humano, a primeira; para o enriquecimento do patrimônio, certamente a segunda.

³⁹ *O Aborto: Aspectos Políticos*, p. 14.

⁴⁰ MARTÍNEZ, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 61.

Com estas observações, não se buscam apontar possíveis alvos para uma eliminação sistemática, o que se quer é demonstrar que ninguém merece ser sentenciado à morte, quer por ser culpado pela prática de algum mal à sociedade, quer pelo fato de apresentar carências fisiológicas e necessitar da assistência de seus semelhantes. E esta também é a condição daqueles indivíduos tidos como saudáveis que, no decorrer de suas vidas, foram vítimas de fatalidades que os sujeitaram à condição de deficientes.

1.6 As práticas eugênicas

1.6.1. Engenharia genética

São todas as técnicas empregadas na criação, construção, alteração ou transformação do acervo genético de determinada espécie, seja para dar origem a uma nova espécie, seja para fortificar as que já existem, seja para fundi-las, seja para eliminá-las. Empregada em todos os campos da biologia, a engenharia genética é uma grande arma da humanidade contra o flagelo da fome e de diversas patologias. Contudo, nos anos vindouros, o seu emprego na procura pelo melhoramento da estrutura genética do ser humano tende a se transformar no grande mecanismo de aplicação da eugenia entre as sociedades desenvolvidas, determinando o surgimento de uma nova categoria de pessoas, superiores às demais e determinando, para sempre, uma divisão discriminatória entre indivíduos de todo o mundo.

1.6.2. Eutanásia

Eutanásia ou homicídio piedoso é um procedimento realizado para abreviar sofrimentos atrozes, antecipando a morte do moribundo. Aplicada de forma indolor às pessoas acometidas de doenças incuráveis, cujo sofrimento e agonia gerados são insuportáveis. De acordo com a definição de Genival Veloso de França, eutanásia é “*o ato de promover a morte antes do que seria de esperar, por motivo de compaixão e diante de um sofrimento penoso e insuportável*”⁴¹.

Sua etimologia remonta ao grego, das palavras *eu*, *bom* ou *boa*, *thanatos*, que significa *morte*. A boa morte, resignada e sem sofrimento. Diferencia-se da *ortotanásia*, que é a suspensão dos meios empregados para prolongar a vida do paciente, geralmente em estado comatoso.

A eutanásia também está prevista no Anteprojeto do Código Penal brasileiro, no art. 121, § 3.º, porém, ao contrário do aborto eugênico, que é previsto como excludente de ilicitude, ela é prevista como forma privilegiada de homicídio, com penas mais brandas que as do tipo penal previsto no *caput*.

Art. 121. “*Matar alguém:*

§ 3.º. “*Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico*

⁴¹ *Medicina Legal*, p. 338.

insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados:

Pena – reclusão, de dois a cinco anos”.

Deve-se atentar para as graves conseqüências que podem advir da regulamentação da eutanásia, para não se criar a estatização da eliminação de seres considerados inúteis pela sociedade ou que ameacem a vida ou a saúde da coletividade, em casos de epidemia.

Assim como o aborto eugênico, a eutanásia visa a eliminar os indivíduos que se tornaram um fardo para a família e para a sociedade. Da mesma forma, trata-se de uma solução mais econômica, menos *desgastante* para todos. Pode, ainda, ser considerada uma fuga, um meio de se evitar um destino penoso imposto pela natureza.

Maria Helena Diniz classifica a interrupção da gestação em razão de anomalia fetal de *eutanásia pré-natal* ou *racismo cromossômico*, pois, da mesma forma que é considerado impossível evitar os males da saúde de uma pessoa adulta, é também impossível eliminar as gravidezes de crianças malformadas, haja vista as muitas causas de anomalias, como o uso do DIU, a ingestão de drogas pela gestante, a poluição ambiental ou as infecções na gravidez, além dos fatores congênitos e hereditários⁴².

⁴² *O Estado Atual do Biodireito*, p. 80-1.

1.6.3. Clonagem humana

A clonagem humana é a técnica de produzir seres humanos por meio diverso da fecundação dos gametas femininos e masculinos. É realizada através da retirada dos genes do núcleo celular de um único indivíduo, buscando a reprodução deste. Esta técnica tem por objetivo selecionar os melhores genes do indivíduo e excluir os genes considerados prejudiciais. A única finalidade que se pode vislumbrar da prática da clonagem é a busca e promoção de *super-homens* ou a criação em massa de indivíduos de raças específicas em detrimento de outras.

A conotação de um aperfeiçoamento hereditário é apresentada como forma de maquiagem a verdadeira finalidade desta prática: procurar padronizar seres *perfeitos*, física e mentalmente.

Contudo, quando se trata de seleção de genética, não se pode olvidar o alto risco de se procurar apontar entre os genes, quais os bons e quais os ruins. Como já restou evidenciado em algumas experiências, alguns genes, responsáveis por determinadas patologias, são, ao mesmo tempo, responsáveis pelo combate a outras. Por exemplo: o gene produtor da anemia falciforme é também encarregado de dar resistência à malária⁴³.

⁴³ Stella Maris Martinez, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 263.

1.6.4. Aborto eugênico

O aborto eugênico ou, como os médicos preferem denominar, *aborto seletivo* ou, de uma forma menos ofensiva aos ouvidos, *interrupção seletiva da gravidez*, consiste na expulsão provocada do feto, motivada por suas graves e irreversíveis enfermidades ou deformidades físicas ou mentais. Pode ser vítima desta conduta o feto considerado incompatível com a vida extra-uterina ou, ainda, o feto que apresenta mínima expectativa de sobrevivência. Levando-se em conta os princípios da Bioética e prevalecendo o respeito à vida humana, não há que se sacrificar o feto em benefício da tranquilidade psíquica de sua mãe. No entanto, prevalecendo o princípio da autonomia em relação aos pais, estes podem optar pela realização do aborto, pela tentativa de uma intervenção cirúrgica intra-uterina ou pelo prosseguimento da gravidez até seu termo normal.

As deformidades consideradas gravíssimas, que ensejam o pedido de interrupção da gravidez, são, principalmente, as falhas no fechamento do tubo neural, como a anencefalia e a acrania. Para os defensores desta modalidade de aborto, os indivíduos portadores destas enfermidades são considerados subhumanos, que não podem ser enquadrados no mesmo patamar dos seres humanos, por não serem capazes de sobreviver ou se desenvolver biologicamente, isto é, serem incapazes de viver por si só.

Maria Helena Diniz define o aborto eugênico como:

“interrupção criminosa da gestação quando: houver suspeita de que, provavelmente, o nascituro apresenta doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves, como microcefalia, retinite

pigmentosa, sífilis, mongolismo, epilepsia genuína, demência precoce, idiotia amaurótica etc.; (...). E o praticado com escopo de aperfeiçoar a raça humana, logrando seres geneticamente superiores ou com caracteres genéticos predeterminados para alcançar uma forma depurada de eugenia, que substitui o direito de procriar pelo de nascer com maiores dotes físicos”⁴⁴.

1.6.5. Fertilização “*in vitro*”

Apesar de este trabalho cuidar especificamente do *aborto seletivo*, faz-se oportuno tratar da fertilização “*in vitro*”, pois ambas as práticas têm o mesmo fim implícito, qual seja, o melhoramento genético da espécie humana, que nada mais é do que a aplicação da eugenia. A diferença entre elas está no momento da execução. Enquanto a fertilização “*in vitro*” é realizada em um momento anterior à nidação, o aborto seletivo é praticado quando o feto já está formado. De qualquer forma, ambos os procedimentos vêm subjugar a vida humana em face do desejo da *beleza*.

No processo de fertilização *in vitro* é feita a coleta de gametas femininos e masculinos, para fundi-los, formando os pré-embriões. A fase de maior complexidade é o momento do implante dos pré-embriões no útero materno. Em processo natural, aproximadamente 50% dos óvulos fecundados não conseguem chegar à nidação. Assim, para que haja uma maior garantia de êxito neste procedimento de fertilização, o organismo da mulher é previamente estimulado por hormônios *gonadotropina menopáusica humana* ou *citrato de clomifeno* ou a

⁴⁴ *O Estado Atual do Biodireito*, p. 34.

combinação de ambas ou do hormônio folículo estimulante, visando à produção de vários óvulos por ciclo. A quantidade de óvulos que será produzida pode variar, chegando a dez ou doze. A fecundação é feita em lâminas de laboratório, com 75% de sucesso. Neste processo artificial de implantação dos óvulos são selecionados dois ou três pré-embriões entre os mais fortes produzidos. Neste processo, aplica-se a eugenia no momento de escolha dos embriões, quando o médico vai optar pelos que melhor se desenvolverem.

A vida em si perde seu valor, e somente a beleza é enaltecida. Não se deseja mais a vida por ela mesma, se deseja a beleza, somente a beleza, e, se a vida não for bela não vale a pena ser vivida. Este é o atual paradigma da moderna sociedade alienada pelo *ter*: saciar os prazeres e as necessidades com o consumo, ter mais para consumir mais e viver em eterno êxtase, como o permanente gozo vivido nos anúncios publicitários, os quais ensinam que somente se desfruta a vida quando se é fisicamente belo.

Parece que, em qualquer atividade humana, onde se devam escolher indivíduos para ocupar determinada função, há interferência de um pensamento eugenista, incubado no subconsciente, que não permite imparcialidade, como um reflexo da lei de seleção natural, apresentada por Charles Darwin. Como exemplo dessa inerência da eugenia na vida, pode-se citar a seleção de indivíduos para o serviço militar, para representantes comerciais de empresas, para recepcionistas, para balconistas de lojas, nos anúncios de emprego em que se requisita aos pretensos interessados uma *boa aparência*. O que a sociedade não percebe ou não quer perceber é o fato de a reprodução assistida, o *aborto seletivo* e a eutanásia serem práticas estritamente geradas por um comportamento eugênico arraigado ao ser humano durante toda a sua existência, o qual tem se

fortalecido diante de tantas opções trazidas pelo desenvolvimento médico-científico.

Uma exemplo de aberração gerada pelo desenvolvimento das técnicas de leitura de DNA e de reprodução humana é a proliferação de *sites* de bancos de esperma na internet, cuja finalidade é a venda de esperma e óvulo de *belos* homens e mulheres. O preço varia de acordo com as características físicas do gerador dos gametas.⁴⁵

A fertilização “*in vitro*”, não obstante sua função auxiliadora na procriação, utilizada por casais incapacitados de gerar um filho, tornou-se um meio para as pessoas das classes privilegiadas terem filhos sem a necessidade da conjunção carnal e com a vantagem de selecionar os melhores embriões, que gerem filhos portadores das *melhores* características físicas, podendo-se escolher a cor dos olhos, a cor dos cabelos, a cor da pele etc. Enfim, com esta técnica, parte-se de uma forma de acorrimento ao casal incapacitado de ter filhos, ao comércio do sonho de crianças belas e saudáveis, buscando a geração de um novo e belo mundo dos eugênicos.

Na verdade, o domínio das técnicas de fertilização “*in vitro*” vem demonstrar, de forma cabal, a plena individualização e individualidade do embrião e, conseqüentemente, do feto, colocando uma pedra sobre a teoria do “*pars viscerum matris*”, ainda utilizada por parte das feministas defensoras do aborto. Através da manipulação do embrião, em que pese o desrespeito a ele em algumas experiências, resta comprovada sua existência independentemente à da

⁴⁵<http://www.ronsangels.com> - site de venda de óvulos e banco de esperma de modelos ‘bonitos’ norte-americanos idealizado por Ron Harris fotógrafo de moda.

mãe, haja vista poder se desenvolver, mesmo estando fora do organismo materno.

2. Biodireito

Biodireito é o conjunto de normas jurídicas que regulam a proteção da vida humana. É a aplicação do Direito aos temas da Bioética, através da delimitação do campo de atuação dos médicos, biólogos e cientistas. Tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais, entre os quais a dignidade da pessoa, a integridade e a inviolabilidade do corpo humano. O Biodireito é a ferramenta utilizada para tornar impositivas as regras da Bioética no cenário dos novos conflitos de interesses, que têm, por um lado, o avanço tecnológico, a engenharia genética, a clonagem e a evolução da espécie humana e, por outro, o direito à vida, à dignidade da pessoa, ao nascimento e a proteção irrestrita ao corpo humano.

Para explicar, de forma singela, a diferença entre Bioética e Biodireito, tome-se emprestada a sintética definição de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos: “*A função fundamental da Bioética é pedagógica, é a de passar precisamente dos princípios às normas, ao Biodireito*”⁴⁶.

Muitos autores costumam dar mais ênfase à Bioética e não reconhecer a categoria de normas constitutivas do Biodireito. Não obstante a nobre função da Bioética em nortear a atividade médica e influenciar na criação de normas jurídicas, não há como negar a preponderância do Biodireito, já que o mesmo

⁴⁶ *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, p. 8.

transforma as diretrizes em imposições legais; conjecturas em normas a serem seguidas pelos profissionais médicos; conselhos em leis; e condutas anti-éticas em infrações penais.

O Biodireito, mesmo estando a reboque da medicina, vem reger e impor limites às experiências científicas. É o que assevera Genival Velosos de França, quando afirma que “*muitos dos processos utilizados pelas ciências naturais precisam ser conduzidos por um sistema de normas que discipline a conduta do homem nas relações com seus semelhantes, porque a ciência é, por si, amoral*”⁴⁷.

Inevitável, porém, é a impossibilidade do Direito de acompanhar *pari passu* as inovações científicas, pois até mesmo os cientistas não conseguem vislumbrar o alcance dessas descobertas ou qual o efeito sobre a própria vida humana. Como afirmam Sauwen e Hryniewicz:

*“quando a ciência desenvolve a técnica a níveis inimagináveis, ela acaba por produzir uma séria crise no campo jurídico. Essa crise consiste, sobretudo, na dificuldade que o direito encontra em equacionar claramente quais sejam os problemas nascidos da tecnociência”*⁴⁸.

O Biodireito, segundo Norberto Bobbio, na obra “*A Era dos Direitos*”, estaria inserido no que denominou de *Direito de Quarta Geração*. No entanto, Willis Santiago Guerra Filho, ao estudar a teoria dos direitos fundamentais,

⁴⁷ *Direito Médico*, p. 32.

⁴⁸ *Direito “in vitro”*: *Da Bioética ao Biodireito*, p. 49.

optou pela denominação “*dimensão*” no lugar de “*geração*”, não apenas pelo fato de uma nova geração substituir e fazer desaparecer a antiga, mas, principalmente, porque

*“os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los”*⁴⁹.

Pelo prisma de Willis Santiago, no que tange ao direito à vida e, mais precisamente, no caso da vida do feto, pode-se afirmar que este direito está inserido em todas as quatro gerações de direitos, em dimensões distintas. Em primeiro lugar, nos direitos de primeira geração, os direitos fundamentais, como direito à vida e à dignidade humana. Também pode ser analisado como um direito de segunda geração (direitos sociais), uma vez que os mesmos vêm garantir a saúde, a proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados. Em relação aos direitos de terceira geração, ou seja, dos direitos difusos e coletivos, é necessário observá-los sob o enfoque da proteção da estrutura familiar, da proteção da sociedade ou, em uma análise mais ampla, da proteção da própria humanidade, da preservação da espécie e da proteção a um meio ambiente saudável, livre de substâncias nocivas, como gases tóxicos, solo e água contaminados, como geradores de doenças ou anomalias fetais. Por fim, a quarta geração, na qual se cuida da revolução biotecnológica, composta especificamente pelo temas do Biodireito.

⁴⁹ *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 39.

Contudo, exatamente neste ponto está a grande dificuldade: que o Biodireito acompanhe esta revolução e que haja um consenso entre todas as áreas profissionais e todas as camadas da sociedade em relação a estes complexos temas.

O aborto eugênico, sob a luz das primeiras três gerações, será estudado no capítulo que trata de seus aspectos políticos. A quarta geração será tratada nos demais tópicos.

Capítulo II

MEDICINA LEGAL, BIOLOGIA E ABORTO

Como o tema do trabalho trata de um ilícito penal material cuja comprovação do nexos causal e do resultado depende exclusivamente da verificação e do conhecimento das ciências médicas, não se poderia furtar à apreciação de determinadas definições e fenômenos fisiológicos. Destaquem-se, neste capítulo, os fenômenos naturais ligados diretamente ao aborto eugênico.

Por se tratar de um crime que tem por resultado a morte e por pressuposto a fase da vida intra-uterina do sujeito passivo, é imprescindível que sejam definidas a fase de desenvolvimento, os métodos de aborto e as mais frequentes doenças que acometem o feto.

Ademais, pelo fato de o aborto eugênico ser realizado através do exercício da medicina, sendo que sua motivação surge de um diagnóstico médico pré-natal, e suas posteriores manobras serem realizadas quase que exclusivamente por médicos, será analisado o Código de Ética Médica, como uma forma de reforçar a ilegalidade desta modalidade abortiva.

A finalidade deste capítulo é apresentar, apenas como base ao estudo dos capítulos que o sucedem, algumas definições científicas e biológicas, com intuito de ilustrar a fase específica da concepção e do desenvolvimento intra-uterino do ser humano, bem como os males que podem acometê-lo durante este período.

1. A Gravidez

A gravidez é um processo fisiológico durante o qual um ser humano se desenvolve dentro do útero de uma fêmea da espécie. A gravidez inicia-se com a nidação (a fixação do embrião na parede uterina) e termina com a saída da criança do interior do organismo da mulher.

O espermatozóide, célula reprodutora masculina, quando lançado no canal da vagina, penetra o útero, subindo até a tuba uterina, onde ocorre o encontro com o óvulo, célula reprodutora feminina, que foi expelido pelo ovário durante o período de ovulação. O espermatozóide precisa sulcar duas camadas envoltórias do óvulo, a *corona radiata*, formada por células ovarianas e a *zona pelúcida*, que consiste em um complexo de substâncias viscosas. Vencendo essas barreiras, a célula reprodutora masculina funde-se à feminina, formando uma célula chamada *zigoto*⁵⁰, a primeira dentre as milhões de células que constituem o organismo humano.

Para o seu desenvolvimento, o zigoto depende do conjunto de informações genéticas existentes em seu interior e da ação do meio ambiente. Assim, inicia-se o processo de divisão celular, sendo a primeira fase desta divisão chamada *clivagens* ou segmentações, que acontecem aproximadamente trinta horas após a fecundação, dando origem aos primeiros dois *blastômeros*⁵¹ que, após as seguintes clivagens, tornam-se quatro, depois oito, e assim por diante, fazendo

⁵⁰ O zigoto contém 46 cromossomos, sendo 23 cedidos por cada um dos gametas, masculino e feminino. Cromossomo é uma “molécula linear, constituída por fibras cromatínicas compostas de DNA, RNA e proteína, e que se tornam extremamente compactas durante divisão celular”. “É uma unidade morfológica e fisiológica, visível ou não ao microscópio óptico, e que contém a informação genética. Cada espécie vegetal ou animal possui um número constante de cromossomos” (Dicionário Aurélio – Digital, Séc. XXI).

⁵¹ São as células surgidas da divisão do ovo que iniciarão as primeiras fases embrionárias.

com que as células reduzam o seu tamanho a cada divisão. Estes processos ocorrem na tuba uterina, próximo ao ovário e o agrupamento de células, posteriormente, vai sendo levado pelas paredes da tuba uterina até o útero. A massa pelúcida permanece envolvendo estas células para que não se fixem em outro local que não o útero.

Quando a massa celular consistir em um número de doze a quinze blastômeros, cerca de três dias após a fecundação, passa a se chamar *mórula*. Neste momento, as células chegam ao útero. No útero, a *mórula* transforma-se, surgindo uma cavidade em seu interior que será ocupada por um líquido uterino, fazendo com que esta cavidade aumente de tamanho. Nesta fase, forma-se uma estrutura anelada, denominada *blastocisto*. No interior da cavidade permanece um grupo de blastômeros que formam a *massa celular interna*, a qual dará origem a todos os órgãos do embrião.⁵² Durante o período de dois dias, em que o blastocisto permanece no interior do útero, a zona pelúcida vai desaparecendo, para que, enfim, ocorra a fixação no *endométrio*, a parede interna uterina. Se não ocorrer a *nidação*⁵³, isto é, esta fixação do blastocisto na parede do útero, em um período de seis dias, o mesmo pode ser simplesmente eliminado do organismo da mulher. A implantação do blastocisto na parede uterina ocorre entre o final da primeira semana e o final da segunda semana, após a fecundação. São os vasos sanguíneos do endométrio e as secreções das glândulas uterinas os responsáveis pela nutrição do blastocisto. Em seguida, forma-se a *cavidade amniótica* no

⁵² O termo *embrião*, numa perspectiva mais técnica, deve ser dividido em outros dois termos. *Pré-Embrião* é a denominação do produto da concepção no intervalo de quatorze dias entre a concepção e a nidação, enquanto não se forma o eixo embrionário. Após esta fase, passa a ser denominado de *embrião*, até o terceiro mês de existência. A partir daí, até o momento do parto, passará a ser chamado de feto.

⁵³ Nidação pode ser explicada de uma forma mais singela, como a fixação do embrião na parede uterina.

interior da massa celular e, ao mesmo tempo, essa massa vai se tornando achatada, dando origem ao *disco embrionário*, na terceira semana de gestação.

Assim, inicia-se o processo chamado *gastrulação*, o qual se identifica com o disco embrionário criando os folhetos germinativos, que têm a capacidade de originar todos os órgãos humanos. Estes folhetos germinativos dividem-se em: *ectoderme*, do qual deriva o sistema nervoso, a parte sensorial das orelhas, olhos e nariz, a epiderme etc; *mesoderme*, que dá origem às cartilagens, músculos, inclusive o coração, rins, ovário, testículos, vasos sanguíneos etc; e a *endoderme*, que origina o revestimento interno dos sistemas respiratórios, digestivo e urinário, do fígado, do pâncreas etc.

No período entre a terceira ou quarta, até a oitava semana de gestação, forma-se a maioria dos órgãos, encerrando-se o período embrionário e iniciando-se o período fetal, que se caracteriza pelo acelerado crescimento corporal. Este período tem início na nona semana de gestação e dura até o nascimento.

É possível dividir este período, considerando o desenvolvimento do organismo do feto, da seguinte forma:

Entre a nona e a décima segunda semana o fígado torna-se a principal fonte de glóbulos vermelhos do sangue, forma-se a genitália e a urina passa a ser produzida e eliminada no líquido amniótico. Entre a décima terceira e a décima sexta semana, inicia-se o processo de ossificação do esqueleto, já podendo se identificar o sexo do feto. Entre a décima sétima e a vigésima semana, o útero já está composto, o canal vaginal começa a ser formado, os testículos se deslocam do cavidade abdominal à bolsa escrotal, e os cabelos começam a crescer. Entre a

vigésima sexta e a vigésima nona semana, forma-se grande quantidade de células sangüíneas pelo baço e pela medula óssea vermelha e os pulmões, bem como a sua vascularização, já estão desenvolvidos, podendo a criança sobreviver em caso de parto prematuro. Enfim, entre a trigésima e a trigésima oitava semana, os sistemas respiratório e cardiovascular preparam-se para a transição entre o útero e o ambiente externo, além de ocorrer um aumento de gordura, com o fim de proteger o feto em face da mudança de temperatura que ocorre no momento da saída do organismo materno.

Durante o período de desenvolvimento fetal, outras estruturas são imprescindíveis para a nutrição e para as trocas gasosas entre a mãe e o feto. A placenta, por exemplo, é um órgão maternofetal, quer dizer, formada por matéria fetal, as vilosidades coriônicas, e por material materno, a decídua basal do útero. Além da placenta, o cordão umbilical também se encarrega de transportar substâncias entre os dois organismos. O oxigênio, os nutrientes e anticorpos passam do sangue materno para o feto, através da placenta, que também realiza o transporte de gás carbônico e demais resíduos em sentido contrário. O sangue dos dois organismos não costumam se misturar, exceto se houver algum defeito na placenta. Já o líquido amniótico, composto de 99% de água e por células fetais, hormônios, gordura, carboidratos e sais, é trocado, a cada três horas, e tem a função de proteger o feto de impactos, de infecções, além de manter sua temperatura.

2. A Morte

Nas discussões envolvendo o aborto eugênico ou seletivo utiliza-se, como argumento principal para a interrupção da gravidez, a incompatibilidade do feto com a vida extra-uterina e, nos casos de anencefalia e acrania, os eugenistas buscam equipará-lo a uma pessoa com morte cerebral, já que seu cérebro não se desenvolve o suficiente para mantê-lo vivo, quando na vida extra-uterina.

Dessa forma, faz-se necessária uma breve observação sobre o que se entende por morte, do ponto de vista médico, e qual o seu exato momento. Diferente do momento do início da vida, a morte é mais facilmente identificada pela ocorrência de alguns fenômenos naturais no organismo humano. Contudo, como alerta Genival Veloso de França, a morte não se dá em um único momento, mas em sucessivas etapas, dentro de um período determinado de tempo⁵⁴.

Com uma clara definição de morte encefálica, pretende-se demonstrar que a anencefalia não pode jamais ser equiparada à morte cerebral, de sorte a se provar que a interrupção da gravidez nestes casos, nada mais é que uma necessidade psicológica da gestante.

A morte se define com a cessação irreversível:⁵⁵

- Do funcionamento de todas as células, tecidos e órgãos;

⁵⁴ *Direito Médico*, p. 396.

⁵⁵ www.ufrgs/HPCA/gppg/bioetica.htm - acesso em 18/11/04.

- Do fluxo espontâneo de todos os fluidos, incluindo o ar (“último suspiro”) e o sangue;
- Do funcionamento do coração e dos pulmões;
- Do funcionamento espontâneo de todo o cérebro, incluindo o tronco cerebral (morte encefálica);
- Do funcionamento completo das porções superiores do cérebro (neocórtex);
- Do funcionamento quase completo do neocórtex;
- Da capacidade corporal da consciência.

2.1. A morte encefálica

Foi o comitê da *Harvard Medical School* que apresentou a primeira definição de morte encefálica, substituindo, definitivamente, a morte cardíaca. Essa mudança se deu graças a um transplante de coração, realizado por *Christian Barnard*, na África do Sul, quando se comprovou não ser este órgão imprescindível para a manutenção da vida⁵⁶.

No Brasil, a Resolução n.º 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina, define a constatação da morte encefálica quando fica demonstrada, de forma inequívoca, a ausência de atividade elétrica cerebral ou a ausência de atividade metabólica cerebral ou a ausência de perfusão sanguínea cerebral.

⁵⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de, *Biodireito e direito ao próprio corpo*, p. 69.

3. As Anomalias Fetais

As anomalias fetais, também chamadas defeitos congênitos, são estados patológicos manifestados antes do nascimento da pessoa, podendo advir antes, durante ou depois da concepção, mas principalmente no período embrionário. Os fatores teratógenos ou fatores causadores dos defeitos congênitos podem ser genéticos, ambientais ou a combinação de ambos. Produzem alterações no crescimento embrionário ou fetal, identificados por más-formações estruturais ou funcionais.

Os defeitos congênitos estão entre as dez primeiras causas de mortalidade infantil. De acordo com a Organização Panamericana de Saúde, na América Latina, apresentam-se entre a segunda e terceira causa mais comum de mortalidade infantil. Especificamente no Brasil, ocupa o terceiro lugar⁵⁷. Este número é elevado pelo fato de o aborto eugênico ser proscrito pela legislação brasileira. Contudo, este número tenderá a diminuir com a prática ilegal – autorizada judicialmente – deste crime.

São centenas de espécies de anomalias fetais, mas as principais patologias que atingem os fetos e que têm ensejado o pedido de autorização judicial para a realização do abortamento seletivo são:

Anomalias no sistema urinário, anomalias cardíacas congênita, anomalias cromossômicas, anomalias ósseas, asplenia, bridas amnióticas, erros de fechamento da linha média; erros de fechamento do tubo neural, englobando a

⁵⁷ABRAHÃO, Anelise Riedel, *Gestação de Fetos Anencéfalos: Fatores de Risco, Diagnóstico Situacional e Impacto de Assistência Interdisciplinar*, p. 4.

anencefalia, gemelaridade imperfeita, hidropisia fetal, más-formações congênicas múltiplas, síndrome da rubéola congênita etc⁵⁸.

As mais importantes para este estudo são as más-formações do tubo neural consideradas predominantes entre as anomalias congênicas e freqüentes no ser humano. Elas podem se alternar desde as anomalias da espinha bífida oculta até a sua forma mais grave, a anencefalia. Os defeitos mais graves costumam levar à interrupção espontânea da gravidez logo nos primeiros meses.⁵⁹

A *anencefalia* é a modalidade mais comum entre os defeitos de fechamento do tubo neural, como constatado nos processos judiciais sobre autorização do aborto eugênico. Ela se configura, principalmente, pelo não desenvolvimento ou a ausência dos hemisférios cerebrais, pela não formação adequada da calota craniana, com ausência de couro cabeludo nesta região do corpo, além da exposição do tecido fibrótico e a constatação de hemorragia. É uma condição incompatível com a vida, que leva à morte intra-uterina ou no período neonatal precoce.

A *acrania* é caracterizada pela ausência total ou parcial da porção superior da caixa craniana, ou seja, da calota craniana, acompanhada pela completa, mas irregular formação do tecido cerebral. Porém, nas imagens do exame de ultrassonografia, este defeito congênito e a anencefalia são extremamente parecidos.

⁵⁸FRIGÉRIO, Marcos Valentin; GOLLOP, Thomaz Rafael, *et all*, Aspectos Bioéticos do Abortamento Seletivo no Brasil, *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal*, v. 7, abr. 2001, p. 15.

⁵⁹ABRAHÃO, Anelise Riedel, *Gestação de Fetos Anencéfalos: Fatores de Risco, Diagnóstico Situacional e Impacto de Assistência Interdisciplinar*, p. 5.

4. Os Agentes Teratógenos

A teratologia é o ramo da ciência médica que estuda as causas, mecanismos e padrões do desenvolvimento das anormalidades no organismo humano. Seria uma subdivisão da patologia⁶⁰, que é o ramo da medicina que se ocupa da natureza e das modificações estruturais e/ou funcionais produzidas por doenças no corpo humano.

Antes da década de 1940, para os médicos e cientistas, os embriões e o feto estavam protegidos pela parede uterina, pela placenta e pelo líquido amniótico, ou seja, pelo organismo materno, contra qualquer agente externo, inclusive em relação às substâncias ingeridas ou inaladas pela mãe. Com o tempo, apareceram, através de comprovações médico-científicas, sinais de interferência no desenvolvimento humano, provocados pela presença de substâncias químicas e biológicas.

Agente teratógeno é todo e qualquer agente causador de anomalias no ser humano em desenvolvimento, podendo ser um elemento físico, químico, biológico e até mesmo ambiental.

Estes agentes teratógenos têm maior ou menor influência, de acordo com o período de desenvolvimento dos órgãos e a constituição genética do embrião. O período de maior vulnerabilidade do organismo é o momento em que as divisões e diferenciações celulares estão no seu grau mais elevado. Isso se dá na fase

⁶⁰ Dicionário Aurélio Digital – Séc. XXI. No mesmo dicionário *teratologia* é definida como o estudo das monstruosidades.

em que a grande parte dos órgãos estão se formando, entre a terceira e oitava semana. Entre os órgãos mais vulneráveis aos efeitos dos agentes teratogênicos está, em primeiro lugar, o cérebro, seguido pelo coração, rins e membros. O cérebro torna-se o órgão mais sensível aos efeitos, por ser o que tem o período de desenvolvimento mais longo, que se dá entre a terceira e a décima sexta semana. Porém, o cérebro ainda sofre interferências em outras fases, uma vez que passa por um rápido crescimento em um breve período anterior ao nascimento, continuando a se desenvolver nos dois anos seguintes.

As drogas são altamente maléficas ao feto, quando ministradas no período da gestação, principalmente nos três primeiros meses. Segundo pesquisas, cerca de 40% a 90% das mulheres utilizam algum tipo de droga, prescrita ou não durante o período de gravidez.

A *talidomida* (*cytotec*) é a substância mais famosa, no que diz respeito às anomalias fetais, tendo sido largamente utilizada como antiemético (prevenção de vômito) pelas gestantes a partir de 1959. Acredita-se que mais de doze mil crianças foram afetadas por seus efeitos. A principal deformação causada por esta droga ocorre nos membros, tornando-os mais curtos, malformados ou até mesmo ausentes. Este é o fenômeno chamado, *focomelia*, que torna os membros parecidos aos de uma foca.

No Brasil, a talidomida foi proibida pela Portaria n.º 354/97, do Serviço de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Segundo a sua redação, *in verbis*:

Art. 3.º. “*Fica proibido manipular, obter, expor à venda, depositar ou executar quaisquer outras atividades com a*

TALIDOMIDA, em estabelecimentos de comércio farmacêutico e correlatos, com exceção das atividades relacionados ao atendimento de programas governamentais de saúde e aquelas destinadas à exportação”.

Art. 4.º. “Fica proibido, sob qualquer forma ou pretexto, distribuir amostras ou fazer propaganda de talidomida”.

As substâncias entorpecentes proscritas também são responsáveis por muitos casos de má-formação fetal. O LSD causa, como a talidomida, deformações nos membros e problemas no sistema nervoso. A *canabis sativa*, consumida nos primeiros dois meses de gravidez, pode afetar o crescimento do feto, o peso e o sono do recém-nascido. A cocaína pode causar microcefalia, distúrbios neurocomportamentais, abortos espontâneos e partos prematuros. Já os recém-nascidos de mulheres usuárias de heroína ou morfina podem apresentar quadro de dependência química.

O cigarro é conhecido por causar retardamento no crescimento do feto, durante o período gestacional. Em quadros de gestantes fumantes, observou-se que a possibilidade de um parto prematuro é duas vezes maior do que nas não-fumantes, além de afetar o peso do recém-nascido. A nicotina também causa uma compressão dos vasos sanguíneos uterinos, reduzindo o fornecimento de oxigênio e nutrientes ao feto, podendo afetar seu crescimento e desenvolvimento mental.

O álcool, quando consumido em níveis moderados e elevados pode interferir, proporcionalmente à quantidade ingerida, no desenvolvimento e

crescimento fetal. Os filhos de mulheres dependentes alcoólicas apresentam um quadro específico de deformidades (SAF – síndrome do álcool fetal), como a microcefalia, problemas cardíacos, fissuras palpebrais, dobras epicânticas, hipoplasia⁶¹ do maxilar e, principalmente, retardo mental.

O ácido retinóico, indicado no tratamento de graves problemas dermatológicos, como a acne cística ou manchas na pele, é outro poderoso agente teratogênico. Esta substância eleva as probabilidades de ocorrência de abortos espontâneos e pode realçar defeitos congênitos. Sua utilização pode causar fenda palatina, defeitos cardiovasculares e disformismo craniofacial, como a micrognatia e a microtia. Também o aumento deste ácido no sangue materno é causado pela ingestão de vitamina A.

Os anticoagulantes podem causar hemorragia no feto, pois têm a tendência a atravessar a proteção da placenta. São tendentes a causar a microcefalia, a hipoplasia da ponte nasal, o retardo mental e a atrofia óptica.

Os anticonvulsivantes são utilizados por pessoas que sofrem de epilepsia. Calcula-se que em cada grupo de duzentas gestantes, uma é portadora de epilepsia. Estes agentes teratogênicos afetam entre 5% e 10 % dos filhos dessas mulheres, causando-lhes retardo no desenvolvimento intra-uterino, microcefalia, retardo mental, hérnia etc.

Algumas doenças também são consideradas agentes teratogênicos e podem acometer a gestante, ameaçando a gravidez, com a provocação de abortamento ou anomalias fetais.

⁶¹ *Hipoplasia* é o subdesenvolvimento de órgão ou tecido (Dicionário Aurélio Digital – Séc. XXI).

A infecção bacteriana da sífilis pode causar, no feto, hidrocefalia, retardo mental, surdez e interferência na estrutura óssea e dentária. Já a toxoplasmose é causada por um parasita que pode vencer a barreira placentária, causando infecções que atingem o cérebro, originando microcefalia, hidrocefalia, microftalmia, retardo mental e distúrbios oculares. Além disso, pode causar a morte do feto em seus primeiros três meses de desenvolvimento. O vírus da rubéola também pode atravessar a placenta e atingir o feto. Este vírus pode causar ao feto problemas oculares, como glaucoma e catarata, além de surdez, disfunções cardíacas e deficiência mental. A infecção do vírus da varicela, principalmente se ocorrida nos primeiros quatro meses de gestação, pode causar ao feto problemas cerebrais, retardo mental, atrofia muscular e hipoplasia dos membros.

A radiação é outro fator teratogênico que afeta diretamente o feto. A exposição a elevados níveis afeta gravemente as células embrionárias, provocando deterioração de cromossomos e morte celular. Isso poderia causar deficiência no crescimento e no desenvolvimento mental. Nesses casos, o período mais delicado para o feto está entre a oitava e a décima sexta semana, após a fecundação. A carga de radiação nos exames de raio-X não apresenta grave ameaça à gestante, mas é necessário um cuidado especial, para não haver incidência direta no feto.

O *contraceptivo* DIU (dispositivo intra-uterino), na verdade, é um abortivo, pois o seu funcionamento consiste em impedir o embrião de se fixar nas paredes uterinas. O grande problema deste dispositivo é que, às vezes, não consegue evitar a nidação e o embrião começa a se desenvolver, gerando o feto.

Quando isso acontece, o DIU, ainda instalado no interior do útero, prejudica o desenvolvimento deste feto, causando-lhe má-formação, como a ausência ou atrofia dos membros e a cegueira.

Além do DIU, existem outras recentes técnicas de controle de nascimento, erroneamente denominadas *contraceptivas*, que não têm a função de impedir a união dos gametas, mas, assim como o dispositivo acima citado, a função de obstar a fixação do óvulo na parede uterina. Em todas elas são utilizadas substâncias que podem ser enquadradas entre os fatores teratógenos, porém, são denominadas, de forma velada, de *interceptoras* – as que impedem a nidação – ou *contragestatórias* – as que impedem o prosseguimento da gravidez, após a nidação. São elas, as pílulas com baixo conteúdo de progesterona (*minipílula*), as injeções trimestrais e os implantes subcutâneos à base de progesterônicos ou estroprogesterônicos, a vacina *anti-gonadotrofina coriônica humana* (HCG), as prostaglandinas e os remédios luteolíticos (entre os quais a RU 486)⁶².

No Brasil, pelo menos em um local, é oferecida a técnica de implantes subcutâneos, com progesterona, cujo efeito é de até três anos. Este implante vem em forma de bastonete e é aplicado no braço da usuária. É o Hospital Pérola Byington, na cidade de São Paulo-SP, no qual foi criado o *Primeiro Centro Público Estadual de Inserção e Remoção de Implantes Contraceptivos*⁶³.

A poluição ambiental também é considerada causadora de anomalias fetais, principalmente a anencefalia. Na década de 1980, várias indústrias foram denunciadas por lançarem gases tóxicos na atmosfera ou substâncias nocivas nos

⁶² SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, p. 385-6.

⁶³ Hospital de SP terá centro de implantes contraceptivos, *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 30 jul. 2004.

rios. A empresa FAE, situada na cidade de Caçapava-SP, foi uma delas. Também empresas localizadas nas cidades de Cubatão-SP e São Sebasitão-SP foram responsáveis pelo nascimento de muitas crianças anencéfalas.

Com relação aos defeitos de fechamento de tubo neural, são apontados fatores específicos, relacionados diretamente com a saúde e o aspecto nutricional da gestante. Como comprovado, as gestantes de fetos com este defeito caracterizam-se pela falta de cuidados com a saúde, bem como por infecções e consumo excessivo de medicamentos. Também se constatou que a consangüinidade entre a gestante e seu companheiro é grande causadora de anencefalia. O consumo de drogas, a exposição à radiação nos primeiros três meses de gestação, e o acometimento de doenças agudas e crônicas são outros fatores desencadeadores de anomalias no fechamento do tubo neural.⁶⁴

5. A Complicação Perinatal

São as complicações surgidas no momento em que o organismo da gestante está expelindo o feto. A mais freqüente é a *anoxia neonatal*, determinada pela ausência de oxigênio nas células do recém-nascido. Devido à imprescindibilidade do oxigênio para o funcionamento das células, a sua ausência por poucos minutos já faz cessar as atividades celulares, gerando o processo de morte das mesmas, o que pode causar no feto seqüelas irreversíveis ou até mesmo a morte.

⁶⁴ ABRAHÃO, Anelise Riedel, *Gestação de Fetos Anencéfalos: Fatores de Risco, Diagnóstico Situacional e Impacto de Assistência Interdisciplinar*, p. 10-11.

De acordo com pesquisas, a anoxia neonatal é o principal fator de deficiência mental no Brasil. Suas principais causas são a obstrução das vias aéreas respiratórias do recém-nascido por secreções, sangue, líquido amniótico ou *mecônio* (evacuação fetal), a interrupção do fluxo sanguíneo placentário para o feto, que ocorre nos partos prolongados e não assistidos e a apnéia do recém-nascido. Contudo, com o acompanhamento médico do parto, estas complicações são facilmente contornáveis.

6. As Intervenções Cirúrgicas em Fetos

As primeiras intervenções realizadas em fetos foram as transfusões sangüíneas. Hoje, o rol de procedimentos aumentou consideravelmente, tendo como principais, a desobstrução das vias urinárias, nos casos de uropatia obstrutiva, e a encefalocentese, nos casos de hidorcefalia ou de hérnia do diafragma, que prejudicam o desenvolvimento do feto.

Elio Sgreccia apresenta três garantias essenciais para que sejam permitidas as intervenções terapêuticas em fetos. A primeira é a exigência da existência de um problema sério e inadiável, que não permita se esperar até o nascimento da criança. A segunda é a de não se divisar grave risco à vida ou à integridade física da gestante ou do feto. E, por último, o consentimento esclarecido dos pais, cuja finalidade seria, estritamente, a de buscar a cura e a salvação do feto⁶⁵.

⁶⁵ *Manual de Bioética*, p. 551.

7. Os Métodos de Aborto

Karman: é introduzido um espéculo na vagina da gestante para que haja a exposição do colo do útero. Após uma desinfecção, é realizada a dilatação com velas de plástico macio e flexível. Em seguida, introduz-se uma cânula.⁶⁶ Este tubo é ligado a um recipiente vazio, no qual existe uma seringa acoplada, que fará o vácuo. O conteúdo do útero será aspirado por pressão negativa e, posteriormente, analisado pelo médico para checar a ocorrência ou não de qualquer retenção.

Normalmente, após a sucção, surge uma hemorragia que se assemelha a uma menstruação, entre o quarto e o quinto dia.

No caso de gestações mais adiantadas (até quatorze semanas), pode-se utilizar a aspiração elétrica de pressão controlada, com uma bomba aspirante e um manômetro regulador. Nesse caso, como o tubo é um pouco mais grosso que o do método *Karman*, e por isso pode provocar algumas dores, é recomendável a utilização de anestesia.

Dilatação e Curetagem: a cérvix é dilatada com uma série de instrumentos para permitir a introdução de um cureta ou outro instrumento pontiagudo no útero. O feto, então, é esquartejado e raspado das paredes do útero.

⁶⁶ Cânula: tubo de plástico de vários instrumentos cirúrgicos, com abertura nas duas extremidades.

Como qualquer ser humano ele sente dor e medo. Um feto de apenas um mês, ao ser perseguido por algum objeto introduzido no útero tenta fugir, mas não tem escapatória. Seus movimentos e a aceleração de seus batimentos cardíacos são sinais inegáveis de vida e do instinto de sobrevivência.

Envenenamento Salino: um método usado após dezesseis semanas (quatro meses), quando a bolsa em volta do bebê tem fluido acumulado em quantidade suficiente. Uma agulha longa é inserida através do abdômen da mãe para retirar um pouco de líquido amniótico. Em seguida, uma forte solução salina é injetada e o bebê, ao engoli-la, começa a ser literalmente queimado vivo pela solução. Ele sofre terrivelmente, contorcendo-se no ventre materno durante, aproximadamente, uma hora, quando, finalmente, morre. Em vinte e quatro horas o corpo da mulher entra em trabalho de parto, expelindo o feto morto.

Histerotomia ou Cesárea: usado especialmente nos últimos três meses de gestação, o bebê é removido do ventre da mãe por meio de uma cesárea e, propositalmente, negligenciado para que morra. Algumas vezes, é morto por uma atuação direta.

Aborto Químico: produtos químicos são ingeridos pela mãe, provocando fortes contrações que expulsarão o bebê em desenvolvimento. Entre as substâncias químicas mais utilizadas está o *Cytotec*, medicamento próprio para tratamento de úlceras gástricas, que possui o misoprostol como princípio ativo, contra-indicado para mulheres grávidas por provocar aborto.

Parto Parcial: nesse método, o médico puxa o bebê para fora do corpo da mulher, deixando apenas a cabeça para dentro. Em seguida, introduz um tubo em

sua nuca, o qual sugará sua massa cerebral, levando-o à morte. Depois desse procedimento, o feto pode ser extraído.

Pílula do Dia Seguinte: pílula abortiva que, ao ser ingerida até quarenta e oito horas após a relação sexual, impede a fixação do óvulo fecundado na parede do útero, provocando o aborto.

Indução: realiza-se uma punção da parede uterina para que se possa extrair o líquido amniótico. Em seguida, é inserida uma solução composta por soro hipertônico e ocitocina. A solução tem a função de causar uma reação no organismo semelhante à do parto, que acaba por expulsar o feto.

Punção: introduzem-se objetos longos, finos e pontiagudos, como agulhas de tricô, fios de arame etc, visando a punção das membranas do ovo.

Aborto do chute: é uma das mais utilizadas formas de procedimentos extra-uterinos, que consiste, como o nome já diz, na aplicação de golpes no ventre materno com um pontapé, para que, posteriormente, o organismo da mulher venha a expelir o feto morto⁶⁷.

8. O Aborto no Código de Ética Médica

O vigente Código de Ética Médica foi elaborado pelo Conselho Federal de Medicina, aprovado pela Resolução CFM n.º 1.246/88 e publicado no D.O.U. de

⁶⁷ Tristemente, sabe-se que esta mesma técnica é, ainda hoje, largamente utilizada por crianças e adolescentes que se prostituem, nas regiões Norte e Nordeste do Brasil. Os pontapés costumam ser aplicados na região do útero, ou seja, entre as regiões umbilical e púbica.

26 de janeiro de 1988. Em seus dispositivos, observa-se a grande preocupação, por parte do Conselho Federal de Medicina, em manter suas diretrizes em total consonância com o ordenamento jurídico pátrio, valorizando incondicionalmente a vida e a dignidade humana, bem como, valorizando os princípios da autonomia e da beneficência, além de coibir as condutas discriminatórias. Dessa forma, fica demonstrado que as atuais práticas abortivas, por razões eugênicas, chocam-se não apenas com a legislação penal, mas também com os preceitos ético-profissionais.

De acordo com seu texto, a medicina deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza (art. 1.º) e o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Não deve jamais utilizar seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade (art. 6.º). É vedado ao médico discriminar o ser humano de qualquer forma ou sob qualquer pretexto (art. 47). Também existe expressa vedação em praticar atos proibidos pela legislação (art. 42) e, mais especificamente, em relação ao abortamento (art. 43), além da vedação ao uso da profissão para corromper os costumes, cometer ou favorecer crime (art. 55), não havendo qualquer exceção a estas regras.

Dentre outros dispositivos que podem ser relacionados com o abortamento, pela natureza desta conduta e pelo resultado produzido, estão os arts. 49, 50 e 54, que proíbem ao médico a participação ou fornecimento de meios, instrumentos ou substâncias a prática de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, ou na execução da pena de morte.

No que concerne às pesquisas médicas, o referido código ético faz vedação expressa à eugenia, como se demonstra no art. 122, *in verbis*:

“Participar de qualquer tipo de experiência no ser humano com fins bélicos, políticos, raciais ou eugênicos”.

A notória defesa pela vida reflete o contra-senso dos profissionais médicos que defendem e realizam o aborto eugênico, pois o fazem em total discordância com o estatuto ético e com a tradição médica. A violência contra um ser incapaz e desprotegido, como afirma o médico Genival Veloso de França:

*“não é próprio da consciência médica nem compatível com o destino da medicina, pois seria uma quebra na tradição que a cristalizou como um projeto em favor do homem e da humanidade, sem discriminação ou preconceito de qualquer espécie”.*⁶⁸

Além das expressas proibições citadas, tem o médico direito de se negar a realizar atos médicos contrários aos ditames de sua consciência, mesmo nos casos permitidos pela lei, demonstrando que o médico pode se recusar a praticar o aborto em quaisquer circunstâncias, desde que contrário às suas convicções morais ou religiosas (art. 28), ou seja, permite-se a objeção de consciência por parte do médico.

⁶⁸ *Medicina Legal*, p. 247.

Capítulo III

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA EUGENIA E DO DELITO DE ABORTO

1. A Antiguidade

A prática da eugenia⁶⁹ é tão antiga quanto o próprio homem, acompanhando-o ao longo de toda a sua existência. E a eliminação dos indivíduos vulneráveis e enfermos foi o meio mais comum de praticá-la. Primeiramente, como instinto animal, quando os mais fracos, doentes e velhos, eram deixados para trás, quando das fugas nos ataques de predadores. Milhares de anos depois, o ser humano protegido pela vida em sociedade, já dentro de cidades edificadas, continuou a eliminar os seus integrantes frágeis e deficientes. Um dos remotos exemplos é o dos espartanos que deixavam morrer seus bebês disformes ou débeis, ou os lançavam no desfiladeiro do *Tiageto*.

Vem de Esparta a mais antiga história de que se tem conhecimento sobre aplicação de uma política eugênica. O governo espartano tinha grande preocupação com o índice de natalidade e a saúde dos seus membros – *salus populi, suprema lex* – visando, primordialmente, à formação de seus exércitos. Assim, os espartanos levavam seus recém-nascidos a *Lesque*, local onde se reuniam os mais antigos de cada tribo. Lá eles escolhiam os mais saudáveis e robustos, “*permitiam-lhes a criação e lhes reservavam uma das nove mil partes*

⁶⁹“Ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento genético da espécie humana” (Dicionário Aurélio – Século XXI).

da terra”.⁷⁰ Porém, de acordo com os estudos de Maria Tereza Verardo, sua lei proibia a prática do aborto.⁷¹

Após ser conquistada pelos *dórios*,⁷² Esparta tornou-se cenário de cruéis massacres, realizados anualmente por seus conquistadores e que objetivavam a preservação racial. Estes invasores, os quais tomaram para si a exclusividade de serem chamados espartanos, exterminavam os outros habitantes da cidade, que não os seus, e os escravos, para que não se tornassem muito numerosos. Estes atrozes massacres noturnos ficaram conhecidos como *criptia*⁷³.

O Código de Hamurabi (2285-2242 a.C.), criado pelo rei da Babilônia, cuidava do crime de aborto praticado por terceiro, aplicando ao agente uma pena pecuniária e, quando a conduta abortiva resultasse na morte da gestante, aplicando a pena capital, mas não ao agressor, e sim, ao seu filho.

§ 209. *Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, pagará pelo feto 10 sicles de prata.*

§ 210. *Se esta mulher morre, matar-se-á o filho do agressor.*

§ 211. *Se é uma mulher nobre, que em consequência das pancadas, aborta, ele pagará 5 sicles de prata.*

§ 212. *Se esta mulher morre, pagará meia mina de prata.*

§ 213. *Se ele bate numa serva e a faz abortar, pagará 2 sicles de prata.*

⁷⁰ MAMMANA, Caetano Zamitti, *O Aborto – ante o direito, a medicina, a moral e a religião*, p. 343-4.

⁷¹ *Aborto: um direito ou um crime?*, p. 81.

⁷² “*Indivíduo dos dórios, uma das três principais divisões dos gregos antigos e que habitavam o Poleponeso*”. (Dicionário Aurélio – Século XXI)

⁷³ www.icarito.latercera.cl/icarito/2001/823/pag4.htm – acesso em 03 jan. 2002.

§ 214. *Se essa serva morre, ele pagará um terço de mina de prata.*

Instituído no século XIV a.C., mas somente descoberto no início do século XX, o Código Hiltita⁷⁴, assim como o Código de Hamurabi, punia apenas o terceiro que desse causa ao aborto, estabelecendo uma pena pecuniária conforme a idade do feto. Já as leis de Manu, provavelmente contemporâneas ao século XIII a.C., também cuidavam do crime de aborto⁷⁵, e traziam regras sobre eugenia, proibindo a união matrimonial entre pessoas doentes ou portadoras de taras.

Em relação à documentação escrita sobre aborto e a anticoncepção, as primeiras datam de 1850 a.C. e foram encontradas em papiros egípcios. Este documento trazia uma receita feita de mel e carbonato de sódio ou seiva de árvores e fezes de crocodilo, que era aplicada na vagina. Também outra substância à base de mel e broto de acácia foi encontrado em um documento de 1550 a.C.. Em época contemporânea, essas misturas foram analisadas e se descobriu que possuíam substâncias anticoncepcionais, utilizadas até hoje em cremes vaginais.⁷⁶

⁷⁴ Ari dos Santos, em sua obra *O Crime de Aborto*, baseou-se em uma tradução de Frédéric Hrozny (*Lê Code Hiltite*, Paris, 1922), p. 57.

⁷⁵ 317. “*O autor da morte de um feto comunica sua acção a quem comer o sustento por ele preparado; a mulher adúltera, a seu marido consentidor; um discípulo que despreza seus deveres piedosos, a seu diretor desleixado; aquele que oferecendo um sacrifício não observa as cerimoniais do rito, ao sacrificador negligente; um ladrão, ao rei que lhe perdoa*”. (SANTOS, Ari dos, *O Crime de Aborto*, p. 63-4)

⁷⁶ “*os brotos de acácia, por exemplo, têm goma arábica que, sob fermentação e com o contato com água, forma o ácido láctico, agente anticoncepcional.*” (VERARDO, Maria Tereza in *Aborto: um direito ou um crime?*, p. 79).

Segundo Cesare Lombroso, um dos documentos mais antigos que trata do aborto e de sua proibição é o livro sagrado da religião persa, *Zend-Avesta* (Avesta), com fundamentos do madeísmo e zoroastrismo.⁷⁷

Outro costume na Antiguidade, segundo Herótodo, era o parricídio entre os massagetas, os quais, por piedade dos velhos pais, os matavam e em seguida os comiam em um banquete. Também os derbis, da Ásia Setentrional, tinham o mesmo costume.⁷⁸

2 Os Hebreus

Entre os hebreus, não foi senão muito depois da Lei Mosaica que se considerou ilícita, em si mesma, a interrupção da gravidez. Até então, só era punido o aborto causado por terceiro, ainda que involuntariamente, mediante violência, não havendo qualquer menção sobre auto-aborto ou aborto consentido. O crime de aborto é citado no Segundo Livro de Moisés, chamado Êxodo, em seu Capítulo 21, Versículo 22-24, na parte que trata das “Leis acerca da violência”. Note-se que não há distinção entre a conduta culposa e a intencional.

⁷⁷ “Segundo a tradição, o Avesta foi redigido, ao menos em parte, pelo próprio Zoroastro (Zarathustra), nos séculos VII e VI a.C., e foi destruído no grande incêndio de Persépolis, ordenado por Alexandre, o Grande. Acredita-se que o documento tenha sido reconstituído de memória no início do período sassânida (224-651) e se perpetuou entre as populações de Gabar, na Pérsia, e os parses de Bombaim. (...) O termo, Avesta, significa ‘o estabelecido’ ou ‘texto fundamental’, compõe-se em cinco partes. A linguagem do Avesta é chamada de avéstico, é de origem indo-européia. Possui grande semelhança com o sânscrito védico e graças a essa afinidade foi possível interpretar seus textos mais arcaicos. (...) o avéstico teria desaparecido como língua viva por volta de 400 a.C., conservando-se apenas seu uso religioso”. (Nova Enciclopédia Barsa, v. II, 1997, p. 236).

⁷⁸ LOMBROSO, Cesare, *O Homem Delinqüente*, p. 95.

“Se homens brigarem, e ferirem mulher grávida, e forem causa de que aborte, porém sem maior dano, aquele que feriu será obrigado a indenizar segundo o que lhe exigir o marido da mulher; e pagará como os juizes lhe determinarem.

Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, ...”⁷⁹.

Na Bíblia também pode ser encontrado o tema da contracepção, mencionando o coito interrompido, encontrado no Primeiro Livro de Moisés, chamado Gênesis, Capítulo 38, versículo 6-9:

“Judá, pois, tomou esposa para Er, o seu primogênito; o nome dela era Tamar.

Er, porém, o primogênito de Judá, era perverso perante o Senhor, pelo que o Senhor o fez morrer.

Então, disse Judá a Onã: Possui a mulher de teu irmão, cumpre o levirato⁸⁰ e suscita descendência a teu irmão.

Sabia, porém, Onã, que o filho não seria tido por seu; e todas as vezes que possuía a mulher de seu irmão deixava o sêmen cair na terra, para não dar descendência a seu irmão.” (grifo nosso)

No Velho Testamento também são encontradas passagens que comprovam o emprego da reprodução controlada, um das técnicas da eugenia. No livro de

⁷⁹ *“Si rixati fuerint viri, et percusserit quis mulierem praegnantem, et abortivum quidem fecerit, sed ipsa vixerit: subjacebit damno quantum maritus mulieris expetierit, et arbitri judicaverint”.*

“Si autem mors ejus fuerit subsecuta reddit animam pro anima”.

⁸⁰ *Prática socialmente institucionalizada do casamento de uma viúva com o irmão de seu marido, ou a regra matrimonial que prescreve esse tipo de casamento (mencionado no Antigo Testamento como vigente entre os hebreus) (Dicionário Aurélio – Século XXI).*

Gênesis é apresentada uma técnica de cruzamento, empregada por Jacó em seu rebanho de ovelhas⁸¹.

3. Os Gregos

Regras sobre aborto e eugenia estavam também incutidas na vida dos gregos. Enquanto o aborto era prática bastante comum, principalmente entre as prostitutas, a eugenia era largamente defendida entre os pensadores da época. Platão pregou sobre higiene racial e uma de suas idéias pode ser classificada como antecedente histórico da eutanásia, pois defendia o homicídio dos anciãos, dos débeis e dos enfermos. Também defendia o aborto em todas as mulheres com mais de quarenta anos. Segundo suas idéias, o Estado deveria buscar o aumento do número de pessoas mais fortes e saudáveis, como era feito com os cavalos, entre outros animais. Na obra, *República*, são encontrados conselhos sobre eugenia que deveriam ser aplicados pela sociedade:

“Quanto aos corpos todos minados pela doença, não tentou sujeitando-os a um tratamento paulatino de infusões e purgas, tornar a vida desses homens longa e dolorosa, nem que gerassem filhos semelhantes a eles, como é natural; mas àquele que é incapaz de viver no círculo de ação que lhe foi adstrito, entendia

⁸¹ “E concebia o rebanho diante das varas, e as ovelhas davam crias listadas, salpicadas e malhadas. Então, separou Jacó os cordeiros e virou o rebanho para o lado dos listados e dos pretos nos rebanhos de Labão; e pôs o seu rebanho à parte e não o juntou com o rebanho de Labão. E todas as vezes que concebiam as ovelhas fortes, punha Jacó as varas à vista do rebanho nos canais de água, para que concebessem diante das varas. Porém, quando o rebanho era fraco, não as punha; assim, as fracas eram de Labão e as fortes, de Jacó” (Gênesis, 30:39-42).

que não se devia aplicar terapêutica, uma vez que nada lucrava com isso, nem o próprio, nem o Estado”⁸².

*“Portanto, estabelecerás na cidade médicos e juízes da espécie que dissemos, que hão de tratar, dentre os cidadãos, os que forem bem constituídos de corpo e alma, deixarão morrer os que fisicamente não estiverem nessas condições, e mandarão matar os que forem mal conformados e incuráveis espiritualmente?
– Parece-me que é o melhor, quer para os próprios pacientes quer para a cidade”⁸³.*

Um exemplo da influência do pensamento eugênico na Grécia Antiga é trazido por Tristão de Athayde, quando cita o poeta grego do séc. VI a.C., Theognis de Megara:

“nós nos preocupamos com que os nossos burros, os nossos cavallos sejam de boa raça, porque sabemos que o bom nasce do bom; e, entretanto, um homem sadio não se recusa a casar com uma mulher doente, se ella tem dinheiro. É dinheiro que estraga a raça”⁸⁴.

Aristóteles defendia o aborto⁸⁵ como método controlador de natalidade, além de ensinar que a alma somente era implantada no feto masculino após quarenta dias, e no feto feminino, após oitenta. Em relação às suas lições,

⁸² P. 101.

⁸³ P.103.

⁸⁴ Limites da Eugenia, in *Ensaio de biologia*, p. 19.

⁸⁵ Aristóteles ensinava uma receita com propriedades abortivas à base de óleo de cedro, incenso, azeite de oliva ou unguento de chumbo. (VERARDO, Maria Tereza, *Aborto: um direito ou um crime?*, p. 80-1).

percebe-se que em toda a existência humana, o domínio da vaidade sobre as decisões do homem transformou-o em um cego preconceituoso. Na *Ética a Nicômacos*, é evidente o seu ensinamento em relação à importância da aparência da pessoa:

“... e há certas coisas cuja falta empana a felicidade – boa estirpe, bons filhos, beleza – pois o homem de má aparência, ou mal nascido, ou só no mundo e sem filhos, tem poucas possibilidades de ser feliz, e tê-las-á ainda menores se seus filhos e amigos forem irremediavelmente maus ou se, tendo tido bons filhos e amigos, estes tiverem morrido”⁸⁶.

Segundo essa teoria de implantação tardia da alma no feto, chamada epigenética, o ser humano se formava lentamente, dividindo a formação da alma em nutritiva e sensitiva (antes dos 40 ou 80 dias), e intelectual (após esses períodos). Pelos resultados de estudos atuais, descobriu-se que esse intervalo de 40 dias é bastante relevante, pois se equipara ao momento de finalização do desenvolvimento da estrutura básica do córtex cerebral.⁸⁷ Também chamada de *animação retardada*, foi seguida posteriormente pelos eclesiásticos e pelo Direito Canônico.

Em contrapartida a estas lições de purificação da raça, uma lei criada em 466 a.C., chamada *“lei da exposição”*, concedia uma oportunidade para as crianças deficientes sobreviverem, caso fossem adotadas. Elas ficavam expostas

⁸⁶ *Ética a Nicômacos*, p. 27.

⁸⁷ MARTÍNEZ, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 73.

em praça pública, esperando serem acolhidas por alguma boa alma. Ao final, se ninguém as quisesse, eram eliminadas⁸⁸.

Outros pensadores da Antiguidade trataram do aborto em suas lições, como por exemplo, Hipócrates (400 a.C.), de cujo juramento fazem uso os médicos quando assumem o seu nobre ofício:

“Não entregarei a ninguém, nem a seu pedido, um veneno letal, e jamais tomarei a iniciativa de uma tal sugestão. Da mesma maneira, não entregarei a nenhuma mulher um pessário abortivo. Pelo contrário, levarei minha vida e praticarei minha arte na inocência e na pureza”.

Contesta-se, porém, a sagração do referido juramento, pois se sabe que à época, Hipócrates incentivou largamente as práticas anticoncepcionais e abortivas⁸⁹.

4. Os Romanos

Em Roma, o aborto não fora previsto como crime na *Duodecim Tabularum*, tampouco nas leis da República. Era prática comum, mas sujeita ao jugo do *pater-familia*, o poder absoluto do homem sobre sua mulher, seus filhos e escravos. Este poder delegava ao homem a decisão sobre a vida e a morte de todos os seus, como fica comprovado na Tábua Quarta, da Lei das XII Tábuas,

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do Biodireito*, p. 51.

⁸⁹ VERARDO, Maria Tereza, *Aborto: um direito ou um crime?*, p. 58.

permitindo ao pai matar o filho nascido com deformidades, após o julgamento de cinco vizinhos⁹⁰. Nessa época, o feto era considerado *portio viscerum matris*, ou seja, parte do organismo da mulher, a qual tinha autonomia para decidir sobre a continuação ou não da gravidez. Entretanto, em caso de aborto sem o consentimento do marido, este poderia condenar sua mulher à morte. Mesmo sob esta ameaça, algumas mulheres utilizavam o aborto como uma agressão vindicativa aos maridos⁹¹. Os Jurisconsultos, entre eles Papiniano, pregavam que a alma tomava o corpo com a primeira respiração. Sendo assim, o *foetus*, enquanto no seio de sua mãe, “*não pertencia a humanidade, não tinha alma*”⁹².

Com o tempo, surgiram pensadores contrários ao aborto, pregando ser um ato contra o direito do homem aos seus descendentes. Para Cícero, a mulher, ao praticar o aborto, destruía “*a esperança de um pai, a memória de um nome, a garantia de uma raça, o herdeiro de uma família e um cidadão destinado ao Estado*”⁹³.

A punição ao aborto surgiu de forma indireta, castigando-se quem preparasse poções ou realizasse magias com fins abortivos, o que faz supor que a punição visava a proteger a saúde da mulher. Sob as sombras das constantes guerras, no decorrer do século II d.C., e preocupada com o contingente de seus exércitos, Roma se viu obrigada a punir o aborto. Com o *Septímio Severo*, o aborto torna-se crime, com penas de trabalhos forçados para os do povo, enquanto aos aristocratas eram impostos exílios por determinado tempo e o confisco dos bens. No entanto, para a punição, pressupunha-se o não

⁹⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de, *Biodireito e Direito ao próprio Corpo*, p. 57.

⁹¹ VERARDO, Maria Tereza, *Aborto: Um direito ou um crime?* p. 80.

⁹² SANTOS, Ari dos, *O Crime de Aborto*, p. 66-7.

⁹³ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, vol.V, p. 271.

consentimento do marido, já que o aborto consensual não era alvo das punições⁹⁴. Nos casos em que o aborto resultasse na morte da mulher, aplicava-se a pena capital.

Tertuliano combateu arduamente a prática do *festinatio homicidii* (homicídio antecipado), como comprovado em suas palavras: “*É antecipado homicídio impedir o nascimento. Não há diferença entre matar o que nasceu, e destruir o que se prepara para nascer; homem é também o que há de sê-lo, tal como o fruto está já na semente*”⁹⁵.

5. Os Orientais

Na antiga Índia, as pessoas portadoras de moléstias contagiosas e incuráveis eram mortas por seus próprios parentes, nas margens do Rio Ganges. Neste ritual, matava-se o doente por sufocação direta, introduzindo argila em suas vias respiratórias, antes de alijá-lo nas águas sagradas⁹⁶.

De acordo com as narrativas de Marco Polo (século XIII), o infanticídio era costume no Japão e China, como forma de controle de natalidade e para evitar a escassez de alimento. Em Formosa, as mulheres somente podiam ser mães depois dos trinta e seis anos, sendo o aborto praticado, com o objetivo de utilidade e moral pública. Já o infanticídio era consagrado religiosamente, no

⁹⁴ VERARDO, Maria Tereza, *Aborto: Um direito ou um crime?*, p. 81.

⁹⁵ ALMEIDA, João Alcides de, *O Aborto Consensual*, p. 20.

⁹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de, *Biodireito e o Direito ao Próprio Corpo*, p. 58.

território indiano, na região do Himalaia. Inclusive as castas nobres o praticavam em defesa da honra da família, que renegava a mulher solteira em seu meio⁹⁷.

6. O Cristianismo e a Idade Média

O Cristianismo trouxe outro enfoque à natureza do feto, ao reputá-lo como um ser de vida autônoma, que, na visão de Aníbal Bruno, está “*apenas transitoriamente ligado, pelas deficiências de uma fase da sua evolução, ao organismo materno*”⁹⁸, não podendo ser considerado, como no Direito Romano, prolongamento das vísceras da mãe. Foi assim, sob a influência do catolicismo que o Império Romano equiparou o crime de aborto ao de homicídio, impondo-lhe severas penas.

O cristianismo, a partir de 450 d.C., enquadrou o aborto e a contracepção entre os pecados de lascívia e contra a união matrimonial, já que, na grande parte das vezes, eram praticados para ocultar o adultério e as práticas libidinosas. Até hoje a Igreja pensa desta forma, pois assim como o uso de preservativos⁹⁹, o crime de aborto é uma agressão ao *sacramentum magnum* (casamento), cuja missão é a transmissão e perpetuação da vida humana¹⁰⁰.

O Direito Canônico, firmado no pensamento de Santo Agostinho, um dos seguidores da teoria aristotélica da *animação retardada*, distinguia entre o *foetus*

⁹⁷ LOMBROSO, Cesare, *O Homem Delinqüente*, p. 79-81.

⁹⁸ BRUNO, Aníbal, *Crimes Contra a Pessoa*. 4.º edição, p. 157.

⁹⁹ Na Idade Média surge o primeiro esboço do preservativo masculino, no qual eram utilizadas tripas de animais como matéria-prima. A criação foi creditada ao anatomista Gabriel Fallopio (VERARDO, Maria Tereza, *Aborto: Um direito ou um crime?*, p. 81-2).

¹⁰⁰ MORI, Maurizio, *A Moralidade do Aborto*, p. 19.

animado, já tomado pela alma, e o feto não animado. No caso do abortamento do *corpus informatum* (antes dos 40 ou 80 dias, como ensinou Aristóteles), a punição era pecuniária, enquanto no abortamento do *corpus formatum* (depois do sopro de Deus haver insuflado-lhe o espírito), a pena cominada era a mesma do homicídio, *i.e.*, a pena capital¹⁰¹. Também São Tomás de Aquino engrossou a corrente dos defensores da animação retardada¹⁰², a qual fez parte dos documentos da Santa Igreja, inclusive dos *Penitenciais*.

A Lei Carolina (1532) mostrou-se mais severa com a prática do aborto, pois imputava a pena de morte a todas as modalidades do crime, inclusive ao auto-aborto. Porém, no que diz respeito à distinção entre feto animado e inanimado, havia variação de pena, como pode ser observado, *in verbis*:

*“Quem, por meio de violência, ou ministrado substância ou beberagens, provocar uma mulher a abortar um feto vivo, se tal crime foi praticado dolosa e perversamente, será decapitado como homicida; e a mulher que em si mesma provocar aborto, seja afogada, ou de outro modo punida com a morte. Se, porém, a criança cujo aborto foi provocado ainda não era viva, consulte-se o parecer dos entendidos em direito”*¹⁰³.

¹⁰¹ “*Si quis percussit mulierem in utero habentem et abortiverit si formatum fuerit, det animam pro anima, si autem informatum fuerit, multecti pecunia ... quia nondum dici potest anima viva in eo corpore, quod sensu caret*”. (SANTOS, Ari dos, *O Crime de Aborto*, p. 67). Em relação a posição de Santo Agostinho há divergências. Enquanto Ari dos Santos afirma que Santo Agostinho é defensor da animação retardada, Maurizio Mori (*A Moralidade do Aborto*, p. 18-9), ao contrário, explica ser ele o grande defensor da vida intra-uterina, por combater a contracepção e o aborto, classificando-os como pecados contra o matrimônio.

¹⁰² MARTÍNEZ, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 73.

¹⁰³ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 272-3.

Gregório IX estabeleceu que não poderia se comparar ao homicídio o aborto de feto inanimado. Em sentido contrário, Sixto V, com sua bula *Effrenatum* (1588), passou a equiparar ao homicida quem praticasse o aborto, subentendendo-se haver sido equiparado o feto inanimado ao feto animado. Todavia, este documento não avançou no tempo e, três anos depois, a Constituição *Sedes Apostólica*, de Gregório XIV, voltou a abrandar as penas dos que praticavam aborto em feto inanimado. Assim foi até 4 de março de 1679, quando é retomada, com toda a força, a teoria da animação imediata, por Inocêncio XI. Em 1869, o papa Pio IX, na *Apostolicae Sedis*, extingue definitivamente a diferença entre aborto e homicídio, impondo a excomunhão aos que praticarem o aborto, em qualquer momento da gestação. Para alguns estudiosos, o que Pio IX eliminou foi a distinção entre fetos animados e inanimados. Mas Maurizio Mori contesta esta posição, defendendo que, em vários documentos, comprova-se que este papa jamais abandonou a tese da animação retardada¹⁰⁴.

No decorrer dos séculos XVII e XVIII, a animação imediata foi privilegiada, em razão da tese do *preformismo*, cujo fundamento era o da vida a partir do sêmen, o que levou alguns cientistas a enxergarem *homunculus* (homens em miniatura) nas imagens dos microscópios. Em contraposição ao preformismo, havia a *epigênese*, outra teoria fundamentadora da animação retardada, a qual se baseava no gradual desenvolvimento do organismo humano. Logo em seguida, no início do século XIX, surge a embriologia, fortalecendo ainda mais a epigênese. Outro reforço para a animação retardada foi a *lei biogênética*, segundo a qual o desenvolvimento embrionário (*ontogênese*) se equipara ao desenvolvimento das espécies (*filogênese*), de sorte que o organismo

¹⁰⁴ MORI, Maurizio, *A Moralidade do Aborto*, p. 20-1.

humano percorreria as fases de réptil, peixe, ave, mamífero, sucessivamente, até chegar à fase humana. Não obstante as críticas recebidas, a teoria biogenética perdurou no tempo. Em 1953, a Enciclopédia médica italiana ainda a previa, declarando que o embrião, até a oitava semana, não deveria ser considerado da espécie humana¹⁰⁵.

No que diz respeito ao eugenismo, as informações do período da Idade Média são escassas. No entanto, nesta época surge o discurso da Igreja apresentando a monstruosidade como anormalidade e a demonstração desta anormalidade foi positiva, pois servia para revelar aos normais o quanto eram abençoados. Surge assim a figura da pena e da compaixão, que gera o assistencialismo, renegado pelos eugenistas que acreditam que o Estado não deve despende recursos com os seres inferiores¹⁰⁶.

À época, Marquês de Sade foi o grande defensor da eugenia negativa e, como que seguindo o exemplo dos gregos, propôs o extermínio dos recém-nascidos deficientes, órfãos ou bastardos¹⁰⁷.

7. A Idade Moderna

Entre 1871 e 1876, Cesare Lombroso, influenciado pelo renascimento do pensamento eugênico, escreveu sua grande obra, *O Homem Delinqüente*, onde buscou demonstrar a existência de um *tipo criminal*, o *criminoso nato*, que

¹⁰⁵ Ibidem, p. 23-4.

¹⁰⁶ DIWAN, Pietra Stefania, *O Espetáculo do Feio – práticas discursivas e redes de poder no eugenismo de Renato Kehl. 1917-1937*, p. 149.

¹⁰⁷ MAMMANA, Caetano Zamitti, *O Aborto – ante o direito, a medicina, a moral e a religião*, p. 343-4.

¹⁰⁷ VERARDO, Maria Tereza, *Aborto: um direito ou um crime?*, p. 81-2.

carrega em si uma carga hereditária que fatalmente o tornaria um criminoso. Através de uma análise atenta sobre esta obra, constata-se em suas teses e exemplos um caráter discriminatório e preconceituoso, visto que apresenta, de forma indelével, a separação entre as *peessoas normais* e os *criminosos*, conceituando os últimos como uma sub-espécie de seres humanos. Essa discriminação se faz clara na ênfase que o médico dá à fisionomia dos criminosos, aos seus traços faciais e físicos, sem levar em conta os contrastes sociais, econômicos e a infeliz e miserável origem de grande parte da população carcerária.

Entre 1848 e 1852, Lombroso iniciou uma obra sobre a origem das *raças humanas*, intitulado, *Homem Branco e Homem de Cor*, onde aproxima seu pensamento à tese da seleção natural. Contudo, suas idéias foram largamente atacadas por vários estudiosos, entre os quais se destacou o francês Lacassagne que, no Primeiro Congresso Internacional de Antropologia Criminal, ocorrido em Roma (1885), combateu ferozmente tais teses, enfatizando a influência do meio social sobre a criminalidade, acentuando que o crime tem por fonte principal a pobreza e que as feições rústicas caracterizadoras dos criminosos nada mais são que fruto da alimentação, das bebidas e das doenças. Sem embargo, Lombroso reforçou sua tese, apontando as assimetrias físicas nos famosos e cruéis personagens da História, como Tibério (*orelhas em abano, assimetria facial e o maxilar volumoso*), Calígula (*expressão sinistra, cruel e desconfiada, uma contração ameaçadora no canto da boca, semblante pálido, lábios finos ...*), Nero (*forte assimetria na face, maxilares fortes, grandes orelhas ..., fronte baixa e ligeiro estrabismo*). A tese de Lombroso alicerçava-se,

inclusive, em provérbios populares¹⁰⁸, que continham uma dose muito maior de preconceitos e discriminações do que propriamente base científica. Um outro exemplo das discriminações que fundamentam a obra do médico veronês está na parte em que trata do *Conhecimento Instintivo das Fisionomias*, baseada em situações e experimentos de cunho eminentemente segregacionista, na qual pessoas apontam os criminosos pelas simples aparências¹⁰⁹. Como exemplo, um trecho dos estudos, no qual Lombroso cita uma passagem curiosa:

*“Há pessoas, sobretudo mulheres, que estão a mil léguas de desconfiar da existência da Antropologia Criminal, mas que, face a face com alguém que porte as características criminais, experimentam uma viva repulsa e sabem bem dizer que estão na presença de um malfeitor”*¹¹⁰.

A obra de Lombroso tem como ponto de partida o instinto animal como origem dos crimes praticados pelo homem, assim como os demais animais, em cujos comportamentos se observa o canibalismo, o infanticídio e o parricídio. A prática do canibalismo, por exemplo, além de seus significados ritualísticos¹¹¹, quando praticado pelo ser humano, tem a função reguladora de população entre os animais, como meio de seleção genética, uma vez que se devoram os indivíduos recém-nascidos ou os mais fracos e, ainda, para garantir a sobrevivência quando da falta de alimento. Também são perseguidos estes fins através da simples eliminação dos indivíduos que não conseguirão sobreviver

¹⁰⁸ Alguns exemplos das frases ou provérbios escolhidos por Lombroso: “*Face pálida – ou falso ou traidor*”; “*Homem ruivo e mulher barbuda, saúde-os de longe*”; “*Deus me guarde do homem sem barba*”; “*Desconfie da mulher com voz de homem*”; entre outras pérolas (*O Homem Delinqüente*, p. 283).

¹⁰⁹ LOMBROSO, Cesare, *O Homem Delinqüente*, *passim*.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 284.

¹¹¹ Algumas tribos indígenas da América Latina costumavam comer os inimigos capturados em batalhas, para que pudessem, assim, absorver a bravura e a força daquele guerreiro.

por si mesmos. Em suas pesquisas, afirma que a velhice acarreta o egoísmo e a dureza no coração da pessoa e, por esta razão, é, muitas das vezes, expulso de seu meio, tornando-se mais perverso¹¹².

8. Os Conflitos no Direito Penal Moderno

A partir do século XIX, o aborto se desvinculou do crime de homicídio, tornando-se um delito autônomo e recebendo penas próprias. O Código Italiano (Zanardelli), de 1889, seguindo o pensamento liberal burguês, do século XIX, adotou a repressão ao aborto como meio de proteger a *spes hominis*, enquadrando o delito entre os crimes contra a pessoa. A sanção para este crime era a reclusão de quatro a dez anos. Esta pena seria aumentada em um sexto se o autor do fato exercesse profissão sanitária. Tal rigor foi seguido pelo Código Rocco, de 1930, já criado sob o governo fascista, porém, no título relativo aos crimes contra a sanidade e a integridade da estirpe. Com severidade semelhante, apresentavam-se outros códigos penais, como o argentino, com reclusão e prisão de até dez anos, o peruano com penas entre quatro e dez anos, o mexicano, de 1929, com pena de segregação de até seis anos e para os médicos e cirurgiões até vinte anos de *relegación*. Na Alemanha, o Tribunal punia até mesmo tentativa praticada com meios inidôneos¹¹³.

No Reino Unido sempre se puniu severamente o aborto. Em 1861, foi publicado o “*Offenses Against the Persons Act*”, cuja pena para o crime era de

¹¹² *O Homem Delinqüente*, p. 51 ss.

¹¹³ FRANCO, Ary Azevedo. *Tratado de Direito Penal*. v. VI, p. 138; CALÓN, Eugenio Cuello, *Cuestiones Penales Relativas al Aborto*, p. 13 e 79; MORI, Mauricio, *A Moralidade do Aborto*, p. 24.

trabalho perpétuo (sec. 58), alterada para prisão perpétua, em 1948, pelo “*Criminal Justice Act*” (sec. 1)¹¹⁴.

Foi em razão da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) que os casos de aborto aumentaram de maneira incomensurável, visto que, no decorrer deste triste capítulo da história humana, muitas mulheres foram estupradas pelos soldados das tropas invasoras e os princípios religiosos foram esquecidos. A Alemanha foi um dos países que mais sofreram com esses efeitos, pois, com o fim da guerra, o país ficou devastado e a sua população deparou-se com outro grave problema: a escassez de recursos e de alimentos, o que motivou ainda mais as mulheres a procurarem o aborto.

Os legisladores de países como o Uruguai, Rússia e Suécia, ao contrário, trouxeram a despenalização da prática abortiva. Logo após a Revolução Russa, o aborto foi permitido, desde que realizado por médicos, de forma segura e em local apropriado, persistindo a punição, caso estas exigências não fossem seguidas (art. 140 do Código Russo de 1926). A pena para o crime de aborto era de um ano de trabalhos forçados e multa, e, se a gestante viesse a falecer, a pena era aumentada para cinco anos. Porém, essa prática se mostrou prejudicial para os interesses demográficos do Estado. Em 1936, a lei de 27 de junho proibiu o aborto. Na década de 1950, outro movimento surgiu pela legalização dessa prática, originando uma lei discriminadora do auto-aborto. Logo em seguida, surgiu outra norma despenalizando o aborto consentido, realizado por médico. Já no Uruguai, sucedeu-se o inverso. Seu Código Penal de 1934 previa pena somente para o crime de aborto praticado sem o consentimento da mulher, mas

¹¹⁴ CALÓN, Eugenio Cuello, *Tres Temas Penales*, p. 16.

como essa posição chocava-se com seus costumes jurídicos, em 1938, a prática abortiva voltou a ser punida em qualquer modalidade¹¹⁵.

É também no início do séc. XX que surge a figura do aborto eugênico no Direito Penal, mais precisamente, no projeto do Código Penal suíço, de 1916 (art. 112), em que foi proposto e descartado na última redação, em 1918. Também a Dinamarca chegou a legislar sobre aborto eugênico, em 1937, quando criou uma lei que autorizava a interrupção da gravidez, nos casos em que a criança pudesse apresentar deficiências físicas, mentais ou epilepsia¹¹⁶.

Nesse mesmo momento histórico, as idéias eugenistas tomam força nos países europeus e nos Estados Unidos. E no Brasil não foi diferente. Os cientistas, políticos e intelectuais da época discutiram largamente o assunto. Vislumbrada como o futuro da humanidade, a idéia de purificação e evolução da raça humana impulsiona alguns desses países à implantação da política eugênica.

Os Estados Unidos implantaram uma política de controle de migração, fundada estritamente nas regras de eugenia, além de impor leis de esterilização compulsória aos criminosos e doentes mentais.

Um exemplo dos resultados dessa política classificada como racista, é encontrado em uma decisão favorável às esterilizações, proferida pela Suprema Corte norte-americana, em 1927¹¹⁷.

¹¹⁵ BRUNO, Aníbal. *Crimes Contra a Pessoa*, p. 158-159; HUNGRIA, Nelson, p. 273-4.

¹¹⁶ MAMMANA, Caetano Zamitti, *O Aborto – ante o direito, a medicina, a moral e a religião*, p. 346.

¹¹⁷ “*Temos visto mais de uma vez que o bem estar público pode reclamar a vida de melhores cidadãos. Seria estranho que não se pudesse reclamar daqueles que sugam praticamente a força do Estado, sacrifícios menores não percebidos geralmente como tais por aqueles a quem são destinados, a fim de prevenir sermos submergidos na incompetência. É melhor para todo mundo que, em lugar de esperar que sua descendência degenerada execute crimes ou deixar por sua imbecilidade morrer de fome, a sociedade pudesse se prevenir contra aqueles*”

Nessa mesma época, o nacional-socialismo do governo alemão impusera leis com objetivo de manter a sanidade racial de seu povo. Na Alemanha, por exemplo, as leis, de 14 de julho de 1933 e de 26 de novembro de 1935, caíram junto com seus criadores, ao final da Segunda Grande Guerra. A primeira delas isentava de responsabilidade penal os abortos praticados por gestantes de outras nacionalidades, evitando o surgimento de indivíduos de outras raças e a miscigenação¹¹⁸.

9. O Surgimento da Eugenia como Ciência

Foi Francis Galton (1822-1911), considerado o pai da eugenia, que sob influência da teoria da evolução das espécies, de seu primo, Charles Robert Darwin, escreveu vários artigos, em 1865, reunidos e transformados mais tarde na obra, *Hereditary Genius*, reacendendo a discussão sobre o tema da higiene racial, desta vez, como ciência. Ele é o criador da biometria, um estudo da biologia voltado para a hereditariedade, além de descobridor dos sulcos das impressões digitais humanas como forma de identificação pessoal. É também considerado o criador do termo “*eugenia*”, o qual utilizou pela primeira vez na obra, *Inquires Into Human Faculty and Development*, de 1883.¹¹⁹ Eugenia deriva do grego *eugenes*, que quer dizer, *boa origem* (*eu* – boa, *gene* – origem). Nesta obra, conceitua eugenia como “*ciência que trata de todos os influxos que melhoram as qualidades inatas de uma raça; portanto, daquelas que*

que são manifestamente inadequados para continuar em sua convivência” – U.S. Supreme Court, “*Buck v. Bell*”, 274 U.S. 200, 207 (MARTÍNEZ, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 240-1).

¹¹⁸ BRUNO, ANÍBAL, *Crimes Contra a Pessoa*, p. 175-6.

¹¹⁹ BLACK, Edwin, *A Guerra Contra os Fracos*, p. 58 ss.

desenvolvem as qualidades de forma mais vantajosa”. Para Galton, a evolução da raça humana, segundo a seleção natural das espécies, deveria ficar sob o controle do próprio homem, sendo que a reprodução humana deveria ser realizada com planejamento e não por simples impulsos instintivos¹²⁰.

A teoria da seleção natural, apresentada na obra “*A Origem das Espécies por Meio da Seleção Natural*” (1859), do cientista britânico, Charles Darwin (1809-1882), fundamenta-se no princípio da luta pela vida, a qual se dá entre os indivíduos da mesma espécie, através de um lento processo, no qual sobrevivem os mais adaptados, enquanto os menos adaptados vão desaparecendo juntamente com suas características.

Tristão de Athayde aponta Darwin como o verdadeiro precursor da eugenia, ao comparar o homem ao animal. Para ele, este é o ponto de partida da eugenia moderna: a concepção do homem como animal. Outrossim, assevera que a eugenia também foi fortemente influenciada pela psicologia do super-humanismo, descrita por Nietzsche, Freud e Bernard Shaw¹²¹.

Assim que apresentados, os pensamentos de Galton foram rechaçados; porém, em pouco tempo, vários governos simpatizaram com essa forma imediata de evolução da raça humana, como o dos Estados Unidos, da Inglaterra e, posteriormente, da Alemanha nazista.

Somada a essas causas, difundia-se as idéias malthusianas, que pregavam o “*birth control*”, como estratégia para evolução e enriquecimento das nações.

¹²⁰ MARTÍNEZ, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 239-240;

¹²¹ Limites da Eugenia, *Ensaio de biologia*, p. 21-2.

Segundo esta tese de Thomas R. Malthus (1766-1834), publicada em 1789, a população mundial cresce em progressão geométrica, em detrimento do aumento da quantidade de alimentos, o que gera miséria e fome. Para dirimir esses males, seria necessário o controle de natalidade e abstinência sexual dos indivíduos das classes pobres. Evidentemente, esta teoria teve forte influência sobre o pensamento eugenista no começo do século.

A eugenia cresceu simultaneamente, no início do séc. XX, nos Estados Unidos e na Inglaterra, alcançando, posteriormente, a Alemanha, onde foi efetivamente empregada por Adolf Hitler.

Nos Estados Unidos, a eugenia foi implementada pelos mais ricos e poderosos, contra os miseráveis, que foram sendo exterminados sistematicamente, através da estatização do processo de eliminação dos indesejáveis, entre os quais estavam os judeus, os negros, os orientais e até mesmo os vadios, malandros, pequenos ladrões e crianças abandonadas¹²².

O emprego da política eugênica na Alemanha avançou com velocidade e ferocidade, sendo sustentada por perversos decretos, tribunais eugenistas, usinas de esterilização em massa e campos de concentração. Tudo com expressa ratificação dos mais importantes eugenistas norte-americanos. A aprovação norte-americana arrefeceu-se um pouco com a entrada dos Estados Unidos na guerra, em dezembro de 1941. Mas, somente com a descoberta, pelo mundo, do extermínio praticado pelos nazistas, o movimento norte-americano entrou

¹²² BLACK, Edwin, *A Guerra Contra os Fracos*, p. 46-7.

realmente em declínio. Em consequência, suas instituições eugenistas alteraram seus nomes, substituindo a expressão *eugenia* por *genética*¹²³.

Como afirma Edwin Black, “*descobri que o princípio nazista da superioridade nórdica não havia sido tramado no Terceiro Reich, e sim em Long Island, décadas antes – e depois agilmente transplantado para a Alemanha.*”¹²⁴

10. A Eugenia no Brasil

A eugenia, ou seja, a busca pela evolução da espécie ou, mais precisamente, a evolução física da espécie, como faz conhecer Pietra Stefania Diwan, em seu estudo sobre o início deste movimento no país, é formada por uma ampla rede de ciências, trabalhando em um mesmo sentido, como o alienismo, a higiene, a educação, a educação física, a educação sexual, a legislação, a genética, a imigração, os cruzamentos etc.¹²⁵

No Brasil, a eugenia como forma de criar uma identidade genética e cultural do povo é muito antiga. Mas entre as décadas de 1910 e 1930 ganha força com a intensificação das discussões, tornando-se estatizada e institucionalizada.¹²⁶ Com esse respaldo, mas tentando se desprejar do racismo, uma política eugênica toma vulto e define como alvo primeiro o nacionalismo e o problema de imigração. A comunidade médico-científica, tendo como ícone o

¹²³ BLACK, Edwin, *A Guerra Contra os Fracos*, p. 22-3.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 25.

¹²⁵ *O Espetáculo do Feio – práticas discursivas e redes de poder no eugenismo de Renato Kehl: 1917-1937*, p. 21.

¹²⁶ VIZZACCARO-AMARAL, Sergio Augusto, *A Eugenia e o Fim Harmônico das Diferenças: A imagem do corpo na medicina brasileira nas décadas de 20, 30 e 40*, p. 190.

médico Renato Kehl, foca seus esforços nos problemas ligados à população, como a miséria, epidemias e trabalho industrial. Suas atividades voltavam-se para a ingerência no corpo individual, aplicando os ensinamentos na vida conjugal e sexual das pessoas. Inicia-se uma política científica direcionada para solucionar “*os males do corpo*”¹²⁷.

Renato Kehl buscou incessantemente desumanizar o que era considerado *disgênico*, quer dizer, o corpo imperfeito; as pessoas que não se enquadravam nos padrões de beleza; o que é considerado feio, anormal, monstruoso, doente. Para ele a disgenia¹²⁸ era uma ameaça ao patrimônio genético das gerações futuras¹²⁹.

Renato Kehl e os eugenistas brasileiros, em um convênio entre médicos e advogados, a partir da década de 1910, procuraram interferir diretamente na legislação, começando pelas leis sobre saúde pública, com o fim de controlar epidemias e delimitar as áreas urbanas consideradas insalubres. Outro objetivo era, com o advento do regime republicano, dar uma identidade ao povo brasileiro que, segundo os eugenistas, não a possuía em razão da ampla miscigenação¹³⁰.

Após a primeira conferência sobre eugenia, em 1917, foi fundada, em 15 de janeiro de 1918, a Sociedade Eugênica de São Paulo, constituída de médicos e membros de diversos setores da sociedade, entre eles alguns nomes ilustres como Arnaldo Vieira de Carvalho, fundador da Faculdade de Medicina de São Paulo, e

¹²⁷ *O Espetáculo do Feio – práticas discursivas e redes de poder no eugenismo de Renato Kehl: 1917-1937*, p. 19.

¹²⁸ *Condição do caráter que resultará em prejuízos para o patrimônio genético de gerações futuras* (Dicionário Aurélio Digital – Séc. XXI).

¹²⁹ *O Espetáculo do Feio – práticas discursivas e redes de poder no eugenismo de Renato Kehl: 1917-1937*, p. 21.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 33 ss.

Franco da Rocha, idealizador e fundador do Hospital Psiquiátrico Juqueri¹³¹. Esta sociedade tinha como finalidade estudar as leis de hereditariedade, regulamentar meretrícios, casamentos, imigração, técnicas de esterilização, o exame pré-nupcial, a divulgação da eugenia etc¹³².

Com o crescimento da difusão da eugenia, até mesmo o governo federal da época participou, assegurando o saneamento rural. No Rio de Janeiro foi fundada, em 1923, a Liga Brasileira de Higiene Mental, formada por médicos, educadores, intelectuais, empresários e políticos¹³³.

Na década de 1930, iniciou-se um trabalho de higiene pública, com campanhas de prevenção da sífilis, tuberculose e alcoolismo. Mas não bastava prevenir a sociedade das doenças, era também necessário preveni-la dos doentes. Por essa razão, era um objetivo dos eugenistas pregar a regulamentação de casamentos, para evitar o nascimento de degenerados. Além disso, buscavam conscientizar as pessoas da classe pobre, à época considerada uma classe perigosa, a combater o que consideravam como ameaça à nação, por possuírem desvios de conduta, como a boemia e o sexo¹³⁴.

Apesar de praticarem um racismo, de certa forma, velado, a maioria dos eugenistas concordava que os indesejáveis deveriam ser extirpados da sociedade, pois eram ameaça ao gênero humano. E uma das estratégias para a eliminação

¹³¹ De acordo com Vizzaccaro-Amaral, o *Juquery* pode ser considerado o principal símbolo das tendências higienistas e alienistas do início do século XX (*A Eugenia e o Fim Harmônico das Diferenças: A imagem do corpo na medicina brasileira nas décadas de 20, 30 e 40*, p. 73). Não só no Brasil, como nos Estados Unidos foram erguidos diversos manicômios com o objetivo de afastar os *degenerados* do seio da sociedade, isolando-os da convivência comum.

¹³² *Ibidem*, p. 37 ss.

¹³³ *Ibidem*, p. 42-3.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 43-4.

estava no afastamento do observador no discurso médico, afastando do observado a imagem de pessoa, transformando-o em coisa, sujeito a um enquadramento em regras técnicas. Dessa forma, não somente as patologias seriam combatidas, como a fealdade ganharia contornos de patologia, de morbidez, e seria combatida com a mesma determinação. A doença e a fealdade foram associadas e colocadas diante da beleza e da saúde, motivando a eliminação daquelas. A medicina do séc. XX passa a tratar o anormal sob o ponto de vista estritamente biológico, analisando-o como um corpo a ser curado, e afastando a imagem da alma a ser salva¹³⁵.

Os *degenerados* eram tidos como improdutivos, um peso para sociedade e para si mesmos. Não obstante ensejarem gastos à própria família e à sociedade, não geram riquezas, sendo duplamente onerosos. Por essa razão, os médicos eugenistas sentiram a necessidade de acelerar as ações eugênicas e, entre outras formas de divulgação, descobriram no registro fotográfico das doenças um eficiente meio de demonstrar para outros médicos e para a sociedade quais eram os indivíduos merecedores de recursos públicos e privados. Com as fotografias, estampavam os antagônicos tipos de vida, reforçavam seus ideais, apresentavam uma forma de troca de valores que “*identificava o mais e o menos rentável, o mais e o menos preferível*”¹³⁶.

Para o pensamento eugenista, a filantropia era um mal, pois desviava recursos para manter os degenerados, ao invés de criar homens sãos e cuidar deles. E neste ponto, destacava-se o grande avanço dos Estados Unidos que, no princípio, foram constituídos com o envio de quinhentos mil degradados da

¹³⁵ Ibidem, *passim*.

¹³⁶ Ibidem, p. 41ss.

Inglaterra, mas, com a implantação da eugenia, conseguiram se ver livres dos impuros. Depois, limitando a imigração, restringiram a entrada de europeus do leste, judeus, negros, católicos, latinos e asiáticos, privilegiando a imigração de ingleses, irlandeses e alemães¹³⁷.

No Brasil, a discussão pelo controle da imigração era voltada para o branqueamento da população. Acreditava-se na superioridade dos brancos e de seus genes. Na década de 1930, criou-se uma comissão para discutir a seleção de imigração no país, formada por Oliveira Vianna, Renato Kehl, Roquette-Pinto, entre outros, todos nomeados pelo Ministro do Trabalho. A missão da comissão era criar o código de imigração. O controle de natalidade – baseado na tese malthusiana – também era tema discutido com afinco pelos eugenistas, assim como a esterilização, a qual deveria ser oferecida como uma forma de as pessoas consideradas inferiores atuarem de modo positivo em uma sociedade eugenizada¹³⁸.

O eugenismo daqueles dias também associava a pobreza ao perigo. Com a expansão do capitalismo – fruto da revolução industrial – surgiam os grandes centros urbanos. Esse superpovoamento inventava novos perigos, comprometedores da saúde, da alimentação, e favorecedores da propagação das doenças e da pobreza. Isso fez gerar uma busca pela formação de bairros *higiênicos*, uma forma de os privilegiados afastarem-se das chagas dos cortiços¹³⁹.

¹³⁷ Ibidem, p. 59 ss.

¹³⁸ Ibidem, *passim*.

¹³⁹ Ibidem, p. 79. Na cidade de São Paulo, são exemplos de bairros criados para manter as classes privilegiadas distantes do mal da pobreza e das infecções, Higienópolis e Campos Elíseos (DIWAN, Pietra Stefania, *O Estátulo do Feio – práticas discursivas e redes de poder no eugenismo de Renato Kehl. 1917-1937*, p. 147).

Enfim, a eugenia era tida como a solução de todos os males do Brasil. Em um país sem infra-estrutura sanitária, sem planejamento urbano e com uma população de miseráveis miscigenados, sem uma raça específica que pudesse identificá-la, ou padronizá-la, o eugenismo aplicado pelos médicos, sociólogos, engenheiros e outros profissionais, traria a harmonia e a evolução física, mental e moral dos indivíduos, desejada pelas classes privilegiadas. E o modelo eugênico era este homem, branco, confiável, virtuoso, bem formado e saudável¹⁴⁰.

Porém, nesta mesma época, havia uma corrente contrária à febre da eugenia que atacava esta política cruel. Nesta seara esteve Tristão de Athayde, cujo artigo, de 1933, trazia um alerta contra o fanatismo pela eugenia, a qual, mais do que uma ciência, era considerada por seus defensores como uma religião. Segundo afirmou, a eugenia deveria ser analisada com precaução, separado o que poderia ser aproveitado e o que deveria ser condenado. Para ele, os textos apresentados trazem implicitamente uma *“filosofia de absolutismo materialista (equiparação do homem com o animal) e de uma política de absolutismo estatista (o direito do Estado de intervir na vida mais íntima dos indivíduos)”*¹⁴¹. Em outro momento, reforça suas críticas sobre o alcance desta ciência, afirmando que *“o erro, como sempre, está na mutilação da realidade total. E na consideração da Eugenia como uma ciência pura, de aplicação illimitada”*¹⁴².

¹⁴⁰ VIZZACCARO-AMARAL, Sergio Augusto, *A Eugenia e o Fim Harmônico das Diferenças: A imagem do corpo na medicina brasileira nas décadas de 20, 30 e 40, passim*.

¹⁴¹ Limites da Eugenia, *Ensaio de Biologia*, p. 32. Na mesma obra, Hamilton Nogueira manifesta sua posição consonante com a de Tristão de Athayde: “Dentro de uma concepção cristã da vida humana há uma violência do Estado, um atentado contra o direito natural, sempre que por meio de leis adequadas, pretende regulamentar, praticamente, o uso de processos mutilantes, seja com finalidade repressiva, seja com objectivo eugenico” (Esterilização dos Tarados, *Ensaio de Biologia*, p 61).

¹⁴² *Ibidem*, p. 35.

Na mesma obra, *Ensaio de Biologia*, Hamilton Nogueira dá seu parecer sobre a eugenia, mantendo a mesma posição cautelosa de Tristão de Athayde. Segundo Nogueira:

*“A campanha na America do Norte baseada essencialmente numa concepção simplista das leis de hereditariedade e na acceitação do postulado de Gobineau sobre a supremacia das raças nórdicas. (...) A eugenia vai-se tornando função do nacionalismo exagerado, que encontra a sua mais nitida expressão no fanatismo do Ku-klux-klan. (...) As medidas eugênicas tendentes a restringir e mesmo a abolir a procreação de indivíduos indesejáveis, já vão ultrapassando o terreno medico biologico para cahir em cheio no terreno social e político”*¹⁴³.

Ao que parece, o mundo ocidental caminhava em busca de políticas eugênicas. Brasil, Estados Unidos e Europa pregando esses ensinamentos como sinônimo de evolução humana. No seu auge, a eugenia foi aplicada pelos alemães nazistas, na 2.^a Grande Guerra e o horror resultante de seu emprego foi tamanho que, após a queda dos alemães, todos os eugenistas preferiram esquecer suas lições e se fizeram esquecer, buscando a desvinculação de seus nomes às atrocidades praticadas de forma radical pela política eugênica. Entretanto, mesmo havendo hibernado, desde meados da década de 1940, a atual busca pela beleza estampa a força invencível da eugenia, que revela jamais ter sido extinta. Vem se firmar como inerente ao ser humano e como uma característica do mais puro instinto animal, devolvendo ao homem as lições esquecidas sobre a seleção natural da espécie.

¹⁴³ *Esterilização dos Tarados*, p. 39.

11. A Legalização do Aborto

No início dos anos 1960 surge outro fator preponderante para fortalecer ainda mais o grito pela legalização do aborto eugênico em razão de anomalia fetal. Milhares de mulheres européias e norte-americanas consumiram, durante a primeira gravidez, uma droga antiemética (anti-vômito) chamada *talidomida*, que provoca graves deformações no feto.

Na década seguinte (1970), as feministas retomaram uma briga travada no início do século pelo poder de decisão sobre *o próprio corpo*, pleiteando o direito ao aborto. Os mesmos débeis argumentos¹⁴⁴ defendidos na primeira vez voltaram a fazer parte de seus discursos em prol do aborto:

- 1) O direito de dispor do próprio corpo;
- 2) A impotência da legislação penal, perante a decisão da prática do aborto;
- 3) A carência econômica, geradora de problemas sociais;
- 4) A garantia da igualdade entre homem e mulher.

Não obstante padecerem de fundamentações sólidas, tais argumentos foram suficientes para convencer legisladores de vários países.

¹⁴⁴ MORI, Maurizio, *A moralidade do Aborto*, p. 25-6; CALÓN, Cuello, *Cuestiones Penales Relativas al Aborto*, p. 31 ss. Nelson Hungria ataca as teses defendidas pelo movimento feminista do início do século XX, e avalizadas pelo médico francês Klotz-Forest, sobre legalização do aborto. Segundo este médico, a mulher deveria ter o poder de decisão sobre o próprio corpo, de sorte a poder interromper sua gravidez quando esta representasse qualquer sofrimento, quer seja por motivo de honra, quer seja por incapacidade financeira ou psicológica para se criar um filho (*Comentários ao Código Penal*, v.5, p. 276).

O primeiro argumento, que trata do direito ao próprio corpo, liga-se ao quarto, já que tem por objetivo buscar a igualdade para com os homens¹⁴⁵, permitindo que as mulheres pudessem optar pelo melhor momento de se privar, por nove meses, das atividades cotidianas, coisa que os homens jamais são obrigados a fazer. Esqueceram-se as feministas do fato de o feto ser uma vida própria, um outro ser humano que necessita temporariamente do organismo da mãe para se desenvolver.

A afirmação de que o feto é *pars viscerum matris*, demonstra um retrocesso aos tempos da antiga Roma, abandonando tudo o que se conquistou em termos de proteção à vida durante muitos e muitos séculos. Neste caso, primordial seria evitar a gravidez com métodos anticoncepcionais e não sacrificar impiedosamente o filho que já está se desenvolvendo em seu ventre.

O segundo, a impotência da legislação penal para coibir os abortos causa um efeito maligno nas mulheres, pois se elas não podem contar com o auxílio do Estado no momento desta arriscada intervenção cirúrgica, haverá procura pelas perigosas e sépticas práticas clandestinas¹⁴⁶, fazendo da mulher uma vítima por duas vezes.

O terceiro, o problema econômico deveria ser um quesito permissivo para a realização do aborto. A legalização do aborto econômico daria ensejo a um genocídio da população carente, respaldado pelo Estado. Ora, imensamente confortável para as classes sociais mais privilegiadas permitir ao poder público a

¹⁴⁵ MORI, Mauricio, *A Moralidade do Aborto*, p. 25.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 25.

eliminação dos pobres, em vez de dispor de seus recursos para tornar a vida destes um pouco menos sofrida, já que esta modalidade de aborto somente os excluídos são atingidos.

12. O Aborto no Direito Penal Brasileiro

Os tipos penais que tratam do delito de aborto, previstos nos artigos 124 a 128, do Código Penal, não sofreram quaisquer mudanças desde o seu advento, em 1940, exceto com o Decreto-lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969, o qual reformulava em grande parte os crimes contra o feto e o recém-nascido. Contudo, este Código de 1969 não chegou a vigor, mantendo-se as tipificações daquele.

Não se pode negar que a previsão desta modalidade delitativa, estabelecida pelo legislador de 1940, mostra-se extremamente abrangente, até mesmo para os dias de hoje, inclusive em relação às hipóteses de aborto permitido, quais sejam, o aborto necessário, para salvar a vida da gestante e o aborto sentimental, no caso da gravidez resultante de estupro.

Em se tratando do bem maior que é a vida, o legislador de 1940 foi deveras benevolente ao apenar o crime de aborto. Isto porque o aborto nada mais é que o assassinio do feto – ser humano – quer seja praticado pela própria mãe, quer seja praticado por outrem.

Enquanto o homicídio simples, previsto no art.121, *caput*, prevê pena de seis a vinte anos de reclusão, o aborto somente pune com o mesmo rigor o agente

que, na prática da conduta, mata o feto e a mãe. Isso denota o pouco valor dado ao bem jurídico da vida do feto pela legislação penal.

No concernente ao aborto eugênico ou à eugenia, observar-se-á que foram poucas as vezes em que o Direito Penal brasileiro abordou o assunto no passado. Enquanto houve influência da Santa Igreja, pode-se dizer ter havido regulamentação, ainda que tímida, sobre eugenia positiva, como se constata nas Ordenações do Reino. Somente em meados do século XIX e início do século XX surgem discussões doutrinárias sobre a eugenia, a qual foi trazida ao lume nesta época, com a teoria da seleção natural de Charles Darwin e as obras de Francis Galton. Neste período, o mundo voltou a se preocupar com a higiene racial e a evolução da raça. Foram publicadas obras, criadas leis, aplicadas medidas políticas purificadoras etc. A eugenia tornou-se institucionalizada e estatizada.

A legislação penal brasileira jamais chegou a apresentar normas sobre política eugênica, mas vários doutrinadores, sob influência do que se discutiu à época, cuidaram de examinar a questão. No final desse século e início do século XXI, a sombra da eugenia negativa cai definitivamente sobre o ordenamento jurídico pátrio. Surgem, *contra lege*, autorizações judiciais para interrupção de gravidezes cujos quadros revelam gravíssimas anomalias nos fetos.

Observando a legislação penal brasileira, no que concerne ao aborto, percebe-se ter havido um regresso muito grande, um lamentável retorno à vida selvagem, em que pese toda a evolução médico-científica relativa aos exames de diagnóstico de pré-natais.

12.1. Direito Penal indígena

De acordo com o estudo de Carmem Junqueira, *in Os Índios de Ipavú*, torna-se possível analisar o comportamento dos indígenas, nativos destas terras, no que concerne ao abortamento, assim como já o fez João Bernardino Gonzaga, em sua obra *Direito Penal Indígena*.

Em virtude do tema proposto, faz-se necessário explicitar a amplitude da busca pela eugenia em todos os tempos e em todos os povos. Certamente, não se deve olvidar da realidade dos povos indígenas, de sua cultura, suas necessidades e seu modo de viver e sobreviver. Deve-se remeter àquelas condições de vida e suas prioridades, para se compreender certos comportamentos, os quais demonstram uma diferente valoração dos bens a serem protegidos pela sociedade. Deve-se atentar à simplicidade das regras de conduta dos autóctones, isentas de julgamentos complexos, em razão da raridade das contendas entre eles.

Não se pode dizer que o aborto ocorre entre os animais, mas existe uma infinidade de registros sobre o mesmo como prática corriqueira entre os *selvagens*. Os *paiaguás*, indígenas que habitavam a região do Rio Prata, os *mbaias* e os *papuas*, sempre praticaram o aborto nas mulheres, quando da gravidez de um segundo filho. Essas práticas geraram a morte precoce de muitas mulheres¹⁴⁷.

As meninas indígenas são entregues aos homens muito cedo, vindo a envelhecer precocemente, devido à numerosa prole. Para isso, são orientadas

¹⁴⁷ LOMBROSO, Cesare, *O Homem Delinquente*, p. 79.

pelas mulheres mais velhas a evitarem muitos filhos. O aborto costuma ser realizado através da ingestão de ervas, principalmente o timbó (*paullinia pinnata*), cujas substâncias tóxicas são também empregadas na pesca para entorpecer ou matar os peixes, facilitando a sua captura. Outras substâncias com propriedades inversas, ou seja, para estimular a fecundação, também são receitadas pelas anciãs. Além das ervas com propriedades contraceptivas, também são empregados procedimentos físicos, como golpes ou apertos no ventre, o que evidencia a naturalidade dessa prática entre eles. Como relata de suas expedições, Visconde de Taunay:

“Assim rara a india, que tenha tres filhos; quasi sempre apenas contam um ou dous, concebidos na idade em que já a faceirice não predomina”.¹⁴⁸

Enfim, a prática de aborto pelos indígenas brasileiros parece ser algo muito comum, seja para evitar o envelhecimento prematuro; seja em decorrência de gravidez gerada em relação extraconjugal, comum nas tribos; seja pela longa ausência do marido; seja para se vingar do marido que a maltratava; seja quando a mulher engravidava de algum prisioneiro que seria sacrificado e devorado pela tribo, pois, neste caso, o filho gerado teria o mesmo destino do pai e também seria sacrificado¹⁴⁹.

¹⁴⁸ TAUNAY, Alfredo d’Escragno, *Entre os Nossos Índios*, p. 44. Outro trecho das histórias do Visconde de Taunay merece apontamento por sua curiosidade: “Nos morros, vivia kinikináu que, aos dezessete annos, já seis vezes abortara! E de tal não fazia o menor mysterio. No último parto – soubemo-lo – o feto, perfeitamente desenvolvido, havia sido estrangulado pela avó! Desde muito, declarara esta que só o pouparia, se fosse do sexo masculino”, p. 45.

¹⁴⁹ JUNQUEIRA, Carmem, *Os Índios de Ipavú*, p. 33; GONZAGA, João Bernardino, *Direito Penal Indígena*, p. 135.

O infanticídio eugênico também é procedimento largamente aceito, principalmente no caso de nascimento de crianças malformadas ou disformes ou gêmeas¹⁵⁰. Para eles, as crianças defeituosas devem ser eliminadas, por não poderem caçar, pescar ou contribuir de qualquer maneira para com o grupo. Observando-se as tribos indígenas, ainda hoje se percebe que estas práticas são empregadas, já que não se percebe a existência de índios portadores de má-formações físicas ou mentais.

Mesmo sendo o aborto considerado crime entre os caraíbas, esta prática é protegida constitucionalmente, quando praticada pelos índios. O art. 231, da Constituição Federal, vem amparar seus costumes, crenças e tradições, levando a crer que estão compreendidas, nesta proteção, todas as práticas consideradas comuns a eles.

12.2. Ordenações Filipinas

O Livro V das Ordenações do Reino, considerado o Código Penal da época, foi empregado no Brasil, de 1603 a 1830, ou seja, por 227 anos, sendo assim considerado a legislação penal que mais tempo vigorou no país.

Nas Ordenações não havia previsão do delito de aborto. A previsão mais próxima de crime praticado por uma mulher era o *parto suposto* (Título LV). Por este crime, a mulher que fingia estar grávida ou considerava parto alheio como seu seria degradada para sempre, além de perder todos os seus bens. Essa norma visava a proteção dos direitos de sucessão.

¹⁵⁰ JUNQUEIRA, Carmem, *idem*, p. 33.

Eram também punidas as pessoas, que não os boticários, que tivessem em casa, para venda, substâncias venenosas ou entorpecentes e plantas ou raízes com fins medicinais ou que praticassem este ofício sem a devida licença (Título LXXXIX). Sabe-se, através de outros relatos históricos, que os boticários faziam as vezes do médico, assim como as parteiras.

Como não está explicitada, nas Ordenações do Reino, norma alguma referente à eugenia, faz-se necessária uma análise mais detalhada dos dispositivos para se demonstrar que o assunto não foi olvidado pelo legislador português. Sabe-se que os países católicos da época apresentavam forte influência da religião oficial em suas legislações. Era utilizada uma interpretação sistemática entre o Direito do Estado e o Direito Canônico, onde crime e pecado se fundiam, e penitências e penas se aplicavam mutuamente. E as Ordenações são um exemplo desse encontro entre o jurídico e o sagrado. Na disposição dos crimes em espécie, os atos lesivos à Igreja têm privilégios, sendo os primeiros a serem previstos, juntamente com os crimes praticados contra *El Rey*.

Compreendido este ponto, é necessária a compreensão de outro, antes de se denotarem os dispositivos pertinentes à eugenia. Atribuir o caráter de pecado às relações sexuais entre parentes consangüíneos, nada mais é que a aplicação da eugenia positiva por parte da Santa Igreja, visando ao nascimento de seres humanos saudáveis, pois à época já se comprovava a grande probabilidade de nascimento de uma criança com graves problemas físicos ou mentais desta relação.

Estando esclarecida a permanente preocupação do catolicismo com a geração de pessoas saudáveis, bem como a sua forte influência na construção das Ordenações, pode-se afirmar, com total segurança, que o título XVII, referente ao crime de “*dormir com parentas e affins*”, contém forte conotação eugênica. Entende-se por “*dormir*”, manter relações sexuais, de sorte que o homem que mantivesse relações sexuais com sua filha ou qualquer outra descendente, com a mãe ou qualquer outra ascendente, deveria ser queimado juntamente com ela. A expressão “*sejam queimados ... e ambos feitos per fogo em pó*”, contida no referido título, significa que o crime é considerado gravíssimo e por esse razão, nada deveria restar do criminoso, nem mesmo uma sepultura para ser lembrado. Quanto mais distante fosse o grau de parentesco, mais branda se tornava a pena. Assim, a relação sexual com irmã ou madrasta, não obstante fosse apenada com a morte, não era considerada tão grave quanto no primeiro caso, pois a pena era de *morte natural*, significando que, ao menos os corpos dos condenados subsistiriam. Já a relação entre parentes, até o quarto grau inclusive, não seria punida com a morte, mas com o degredo.

12.3. Código Criminal do Império do Brasil

Na Carta Criminal do Império, de 1830, o aborto foi classificado entre os crimes contra a segurança da pessoa e da vida, insertos no Título II – Dos crimes contra a segurança individual – o que leva a crer que o legislador se preocupou, primordialmente, com o nascituro. Não se punia a gestante, mas apenas quem praticasse as manobras abortivas nela, com ou sem seu consentimento.

Art. 199. *“Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Pena – de prisão com trabalho por um a cinco anos”.*

Também se punia o fornecimento de drogas e meios abortivos, sendo a pena aumentada nesta modalidade se o agente fosse médico, boticário, cirurgião e outro praticante destas artes.

Art. 200. *“Fornecer com conhecimento de causa ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Pena de prisão com trabalho de dous a seis anos”.*

Percebe-se, ao comparar as penas impostas ao aborto com as penas do infanticídio e do homicídio, já existir uma valoração depreciativa à vida do feto e, da mesma forma, do recém-nascido. Enquanto o homicídio era apenado com a morte, prisão perpétua ou galés e prisão com trabalho por no mínimo vinte anos (art. 192), a pena por matar alguém recém-nascido (Infanticídio) era de prisão sem trabalho de três a doze anos (art. 197). No caso da mãe que praticasse o infanticídio para ocultar desonra própria, a pena era de um a três anos de prisão com trabalho, ou seja, uma pena irrisória à época.

Entretanto, o legislador do Império preocupou-se em proteger o nascituro e o recém-nascido, quando da previsão da pena capital para mulheres. O código previa a morte na forca como método de execução capital, como demonstrado no art. 38, mas, no caso da sentenciada estar grávida, não seria executada senão quarenta dias após o parto (art. 43).

12.4. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil

A primeira Carta Penal criada após a Proclamação da República, em 1890, apresentava, no Título X, sob a epígrafe – Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida – seis capítulos relativos, respectivamente, ao homicídio, ao infanticídio, ao suicídio, ao abortamento, às lesões corporais e ao duelo, este último em sua derradeira previsão, pois, com o advento do Código Penal de 1940, fora definitivamente extinto, sendo as suas condutas abrangidas pelo tipo penal do homicídio e ameaça.

Pode-se dizer que o legislador do Código Penal da República foi extremamente infeliz, ao subdividir, no art. 300, o delito de aborto em duas espécies: com expulsão do feto e sem expulsão do feto, *in verbis*:

“Provocar o aborto, haja ou não a expulsão do fruto da concepção.

No primeiro caso (acompanhado da expulsão do feto) – pena de prisão cellutar por dois a seis annos.

No segundo caso (sem a expulsão do feto) – pena de prisão cellutar por seis meses a um anno.”

Absolutamente inconcebível e inaplicável, a distinção imposta no art. 300, uma vez que provocado o aborto, tenha ocorrido ou não a expulsão, a conduta foi executada. A pena seria mais severa se o feto pudesse ser visto? Não se pode crer nisso. Provavelmente, o legislador buscou separar as situações em: 1) aborto consumado; e 2) aborto tentado. Neste caso seria coerente a distinção feita, tendo

a tentativa do delito punição menor que o delito consumado. Além do mais, com a não expulsão do feto, não haveria materialidade do fato. Menos obscuro seria este tipo penal, se o legislador utilizasse a expressão “*empregar meios para provocar o aborto, sem que este venha a ocorrer*”.

Em contrapartida, o § 1.º, melhor elaborado, nem sequer parece complemento da desastrosa redação do *caput*, do art. 300, mas certamente vem salvá-lo, ao prever penas mais severas, quando da superveniência de morte da gestante, como resultado dos meios abortíferos empregados, *in verbis*:

“*Se, em consequencia do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher. Pena – de prisão celluar de seis a vinte e quatro annos*”.

Além da pena de prisão celular, o legislador impôs a pena de privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação, quando praticado por médico ou parteira (§ 2.º).

O art. 301 previa o delito de aborto consensual, ou seja, com o consentimento da gestante, *in verbis*:

“*Provocar aborto com annuencia e accordo da gestante: Pena – de prisão celluar por um a cinco annos*”.

À época, Balestrini (*in Aborto, infanticídio e esposizione d’infante*), baseado na máxima *volenti non fit injuria*, defendia exclusão de culpabilidade ao terceiro que praticasse o aborto na mulher, com o consentimento desta, e aos que

praticassem sem o consentimento, defendia a punição por delito contra a saúde da mulher.¹⁵¹

Todavia, o Direito Penal brasileiro não se solidarizou com esta posição, como comprovado no texto do art. 26, da Parte Geral do Código, onde se enumeravam as situações nas quais era defeso dirimir ou excluir a intenção criminosa. Em seu item “c”, estavam previstos os casos em que se alegava o consentimento do ofendido:

Art. 26. “*Não dirimem nem excluem a intenção criminosa:*

c) o consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a elle permite a acção criminal”.

Assim, não há como se falar em consentimento da gestante como forma despenalizadora do delito de aborto, mas simplesmente como atenuante do crime¹⁵². Nesta seara, encontra-se também Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, que afirma serem crimes da mesma gravidade, a prática do auto-aborto e o consentimento para que terceiro possa praticá-lo. O autor fundamenta-se na obra, “*Il consenso dell’ofeso*”, de Filippo Grispigni, o qual esclarece ser irrelevante o consentimento da gestante, pois o aborto é um ato contra os bons costumes, perigoso à vida da mulher, lesivo aos direitos do feto, isto é, de um outro sujeito passivo, além de ferir os direitos da sociedade¹⁵³.

¹⁵¹ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente, *Do valor do consentimento no abortamento criminoso*, RT 128, p. 400.

¹⁵² “*Uma conseqüência lógica de ordem interpretativa podemos colher desde logo: uma vez que o Código estabelece uma restrição, abre como que uma exceção à regra estabelecida na parte geral pelo dispositivo constante do art. 301, - deve-se interpretá-lo e aplicá-lo sempre restrictivamente, como é de preceito em matéria penal, e como é obrigatório em se tratando de exceção legal*” (AZEVEDO, Vicente Paulo Vicente de, *Do valor do consentimento no abortamento criminoso*, RT 128, p. 402).

¹⁵³ *Ibidem*, p. 403.

Parapho unico. “*Em igual pena incorrerá a gestante, que conseguir abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com redução da terça parte, se o crime for cometido para occultar a deshonra própria*”.

Este parágrafo traz a figura do aborto privilegiado, quando da legítima defesa da honra da mulher. Segundo Eugenio Cuello Calón, à época, somente os códigos latinos cuidavam do aborto praticado com o intuito de proteger a honra da gestante, modalidade que se desconhece nos códigos germânicos e anglo-saxônicos. O aborto *honoris causa* era previsto nos Códigos da Espanha, de 1822, da Itália (art. 551), de Portugal (art. 358, § 3), do Chile, Uruguai, Paraguai, Venezuela, Equador, Honduras, Nicarágua¹⁵⁴.

Note-se que este Código Penal, ao tratar do aborto legal, apresentava duas peculiaridades: a primeira é que não vislumbrava a modalidade do aborto sentimental, ou seja, no caso de gravidez resultante de estupro; a segunda é a previsão indireta da exclusão de ilicitude para o aborto necessário (terapêutico), isto é, quando permitido na situação de morte inevitável da gestante.

De acordo com o art. 302¹⁵⁵, o médico ou a parteira que, na prática do aborto necessário, viesse a matar a gestante por imperícia ou negligência seria punido, mas com pena mais branda, além de sofrer privação do exercício da profissão. Observe-se que o Código não prevê expressamente a licitude do

¹⁵⁴ *Cuestiones Penales Relativas al Aborto*, p. 86-7.

¹⁵⁵ **Art. 302.** *Se o médico, ou parteira, praticando o aborto legal, ou aborto necessário para salvar a gestante de morte inevitável, ocasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia: Pena – de prisão cellular por dois meses a dois annos, e privação do exercício da profissão por igual tempo ao da condemnação.*

aborto necessário praticado por médico, mas refere-se a ela de forma indireta na previsão deste artigo.

12.5. Projetos Sucessores ao Código Penal Republicano

Como conta a História, o primeiro Código Penal do período republicano não gozou do mesmo prestígio de seu antecessor, por apresentar inúmeros defeitos, segundo os juristas contemporâneos a ele. Culpou-se a forma precipitada como foi concluído, em razão do grande afã em se criar uma legislação para a nova forma de governo que se instalava.

Em setembro de 1899, foi enviado ao Senado Federal o Projeto da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, substitutivo do Projeto do professor da Faculdade do Recife, João Vieira de Araújo¹⁵⁶⁻¹⁵⁷. Deste Projeto, a inovação que merece destaque é o artigo 308, no qual se prescreveu a diminuição das penas para o aborto *honoris causa*, e a ampliação das possibilidades para o seu enquadramento, *in verbis*:

¹⁵⁶ FRANCO, Ary Azevedo, *Tratado de Direito Penal*, v. 6, p. 142-3.

¹⁵⁷ **Art. 305.** *Causar a expulsão do produto da concepção, antes de termo: Pena – prisão com trabalho por um a três anos. Parágrafo único: Si como efeito do aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo resultar a morte da mulher: Pena – prisão com trabalho por dois a seis anos. Art. 306: Fazer uso de meios tendentes a provocar o aborto, sem o consentimento da mulher, ou contra a vontade desta: Pena – de prisão por trabalho por dois a seis anos. § 1.º: Si o aborto se realizar, o dôbro da pena. § 2.º: Si como efeito do aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, resultar a morte da mulher: Pena – a mesma cominada no art. 293 (o art. 293 previa o crime de homicídio, com pena de prisão com trabalho por seis a dezoito anos). Art. 307: quando o culpado de algum dos crimes previstos nos dois artigos antecedentes for pêssoa que exercite uma profissão sanitária, ou qualquer outra profissão ou arte sujeita à vigilância em razão da saúde pública, e haja indicado, subministrado ou empregado os meios pelos quais tenha sido provocado o aborto, ou resultado a morte; as penas cominadas nos referidos artigos serão aumentadas de um sexto. Art. 308: no caso de aborto procurado para salvar a honra da mulher, da mãe, de descendente, de irmã, ou de filha adotiva, as penas cominadas nos artigos antecedentes serão diminuídas de um terço.*

Art. 308: “*No caso de aborto procurado para salvar a honra da mulher, da mãe, de descendente, de irmã, ou de filha adotiva, as penas cominadas nos artigos antecedentes serão diminuídas de um terço*”.

O Projeto de Galdino Siqueira, no que tange ao abortamento¹⁵⁸, não trouxe nenhuma grande mudança em relação às previsões já existentes, a não ser, como no Projeto de Vieira de Araújo, a previsão do aborto por motivo de ocultação de desonra. Além dessa novidade, estes juristas tiveram a preocupação em definir a conduta do aborto no início do capítulo – “*provocar a expulsão prematura do produto da concepção*” ou “*produzir sua destruição no ventre materno*” – diferentemente aos demais projetos e à própria legislação, cujo tipo penal se limitava a expressão: “*provocar aborto*”.

Em seu Projeto, Sá Pereira dividiu o abortamento em duas condutas distintas, mas sem detalhá-las com acuidade. Na primeira, empregou a expressão “*aborto*”, apresentada no Código Criminal de D. Pedro I; e na segunda, “*destruir no próprio ventre o fruto*”. Além disso, seu projeto inovou ao trazer a regra da exclusão de ilicitude por estado de necessidade, quando o aborto for praticado por médico habilitado para salvar a vida da gestante. Porém, não sem antes a gestante autorizar o abortamento por escrito, ou o médico receber

¹⁵⁸ **Art. 75:** *Provocar a expulsão prematura do produto da concepção. Ou produzir a sua destruição no ventre materno. § 1.º: Si o crime fôr cometido pela propria mulher grávida, ou por outrem com o consentimento dela: Pena – reclusão por 1 a 5 anos. § 2.º: Si o crime fôr cometido sem o consentimento ou sem a ciência da mulher grávida: Pena- reclusão por 3 a 10 anos. § 3.º: Si o crime fôr cometido por quem exerça a medicina ou por parteira, a pena será a dos §§ 1.º e 2.º, aumentada de um sexto e mais a da privação da profissão por tempo igual ao da condenação. Art. 76: Si o abortamento fôr procurado pela propria mulher grávida para ocultar desonra, a pena será a do § 1.º do artigo precedente diminuída de um ou dois terços, e a reclusão será substituída pela detenção.*

autorização de seu responsável ou de familiares, além do parecer de um segundo médico.

art. 196: Não será passível de pena o médico diplomado que, para salvar a vida ou a saúde de alguma mulher, lhe causar o aborto como recurso extremo.

§ 1.º: Para que, neste caso, o estado de necessidade se reconheça, será mister: 1) que haja consentimento escrito da própria mulher, se o pode dar, ou de quem por lei a represente, ou das pessoas de sua família que, segundo as circunstâncias, presumidamente sejam mais idôneas; 2) que outro médico diplomado concorde por escrito, com a provação do aborto, e só a impossibilidade provada de se satisfazer a esta exigência lhe escusará a preterição.

Alcântara Machado apresentou algumas inovações na 1.^a edição de seu Projeto. Uma delas permanece até os dias de hoje na legislação penal. É o caso da exclusão da antijuridicidade, nos casos de abortamento praticado quando a gravidez resultar de estupro (art. 314, § 2.º, II). Outra inovação não teve tanto sucesso e foi considerada desnecessária, por se tratar de conduta atípica: a não punição do aborto, quando o mesmo não se verificar, isto é, quando, após o emprego de medidas abortivas, o resultado não é alcançado, não havendo o perecimento do produto da concepção (art. 314, § 2.º, I).

O projeto previa, ainda, a punição com multa para a prática do aborto culposo, quando o agente tivesse conhecimento do estado gravídico da mulher

(art. 315) e penas brandas para a gestante na prática do aborto *honoris causa* (art. 314, § 1.º) e para o terceiro, quando fosse ascendente, descendente, cônjuge ou irmão (art. 322, § 1.º). Além disso, havia um tipo penal específico para quem importasse, fabricasse, anunciasse ou expusesse à venda substância ou objeto destinado à provocação do aborto (art. 317).

12.6. Consolidação das Leis Penais de 1932

Com relação às Consolidações Penais de 1932, aprovada pelo Decreto n.º 22.213, de 14 de dezembro, que trouxe a compilação de leis penais, executada por Vicente Piragibe, visando a complementação e reforma do Código Penal de 1890, o tipo penal do aborto foi mantido no Título X – Dos Crimes Contra a Segurança da Vida e da Pessoa, não sofrendo qualquer alteração em seu texto.

12.7. Código Penal de 1940

Em 7 de dezembro de 1940, foi sancionado o Código Penal, nascido do Projeto de Alcântara Machado, mas alterado consideravelmente pela comissão revisora, formada por Nelson Hungria e Roberto Lyra, entre outros juristas da época.

De acordo com a Exposição de Motivos, este código manteve a incriminação do abortamento, não obstante o declarasse penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado para salvar a vida da gestante ou nos casos de gravidez resultante de estupro. Segundo o Ministro Francisco Campos,

militaram em favor destas exceções “*razões de ordem social e individual*”, a que o legislador não poderia deixar de atender. Nesses dois casos, se ocorrer a morte da gestante por imprudência, imperícia ou negligência do médico, este ficará sujeito a previsão dos §§ 3.º e 4.º, do art. 121, que trata do homicídio culposo. Mister ressaltar que esta Carta Penal afastou das parteiras a habilitação para realizar o aborto necessário, tornando-se uma atividade restrita aos médicos.

O aborto resultante de estupro foi largamente discutido, quando do advento deste Código. Sua previsão, de acordo com Ary Azevedo Franco, espelhou-se nas lições proferidas por Manizini, que entendeu ser necessária a legalização do aborto nos específicos casos de estupro, ocorridos aos milhares, durante a 1.ª Grande Guerra Mundial. No Brasil, o médico Leonidio Ribeiro, ao lado de Erico Coelho, Souza Lima e Maria Teixeira, foi defensor desta modalidade de aborto, enquanto contrários a ela estavam Afrânio Peixoto, Alcântara Machado e Carvalho Mourão¹⁵⁹.

12.8. Código Penal de 1969

O Código Penal de 1969 foi transformado em lei pelo Decreto-lei n.º 1.004, de 21 de outubro, tendo sua vigência sido prevista para 1.º de agosto de 1970. Contudo, antes de viger, sofreu algumas alterações pela Lei n.º 6.016/73, tendo sido, enfim, revogado, não sem antes receber elogios de Pietro Nuvolone:

“... este Código apresenta-se, no momento histórico atual, como uma tentativa de aplainar conceitualmente antíteses substanciais,

¹⁵⁹ FRANCO, Ary Azevedo. p. 157-8.

*de indicar, aos esquemas tradicionais, com instrumentos diversos, novos caminhos para resolver o problema da luta contra a criminalidade”.*¹⁶⁰

Diferentemente do Código de 1940, a Carta Penal de 1969 cuidou mais detidamente do delito de aborto, acrescentando mais dois artigos e dispendo-os de forma mais lógica.

O art. 123 prevê o auto-aborto, aplicando-lhe penas um pouco mais severas, de um a quatro anos de detenção. O art. 127 fez renascer, do Código Penal de 1890, a figura do aborto *honoris causa*, *i.e.*, aborto praticado pela gestante para esconder sua desonra. O aborto por motivo de honra foi brandamente punido pelo legislador de 1969, com pena de detenção de seis meses a dois anos, tanto para a gestante, quanto para o terceiro que lha ajudasse a praticar as medidas abortivas. Brandas também são as penas do aborto praticado sem o consentimento da gestante, ou quando esta é menor de dezesseis anos, doente ou deficiente mental, ou ainda quando seu consentimento é obtido mediante fraude ou coação (art. 125). Neste caso, as penas foram reduzidas de três a dez anos (Código de 1940), para dois a oito anos de reclusão. Sem embargo, o art. 125, do Estatuto de 1969, apresenta uma coerência não encontrada na antecessora, que é a justaposição, em um mesmo artigo, da ausência e da invalidade de consentimento, já que ambas são consideradas formas mais gravosas de aborto.

¹⁶⁰ PIERANGELLI, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil*, p. 14: citação de Conferencia proferida no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em agosto de 1974, e transcrita na Revista *Justitia*, vol. 87, p. 31-8.

Outra novidade da Carta Penal de 1969 pode ser observada na previsão do crime na sua modalidade preterdolosa (art. 128), quando a mulher grávida sofre violência que venha a lhe causar o aborto. Neste caso, para restar comprovado o preterdolo, seria necessário que o agressor não ignorasse a gravidez ou que esta lhe fosse evidente.

O legislador de 1969 extinguiu a figura do aborto permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, mantendo apenas a licitude do aborto terapêutico, o que leva a crer na intenção de enquadrar aquele fato na figura do aborto privilegiado, provocado para ocultar desonra (art. 127). Porém, o legislador teve o cuidado em criar mais um dispositivo protetor da vida do feto, qual seja, a exigência, sempre que possível, da apreciação de outro médico, nos casos do aborto terapêutico (aborto necessário), como se denota na norma, *in verbis*:

Art. 129, parágrafo único: “*No caso previsto neste artigo, deve preceder, sempre que possível, a confirmação ou concordância de outro médico*”.

13. O Aborto Eugênico no Direito Penal Brasileiro

Ary Azevedo Franco, *in Tratado do Direito Penal*, inclina-se à defesa da prática do aborto em alguns casos específicos, entre os quais o aborto motivado pela carência econômica. Para alicerçar sua posição, utiliza-se do trabalho de Julio Porto Carreiro, em cujo teor estão dispostas as posições favoráveis de vários juristas, como Luís Jiménez de Asúa, *in Libertad de Amar y Derecho de Morir*, e Nelson Hungria, que, não obstante renegar a prática do aborto, mostra-

se, de certo modo, tolerante em relação aos argumentos econômicos motivadores deste crime.¹⁶¹ Entre as modalidades discutidas estão o aborto praticado por razões estéticas e o aborto eugênico. Segundo Ary Azevedo Franco, Carreiro defende o aborto econômico, condenando a hipocrisia da sociedade, que é contrária a esta prática, mas não se mobiliza para assistir aos necessitados, quando essas famílias se tornam mais numerosas. Já em relação ao aborto estético, afirma que “*são as condições estéticas o que torna a mulher apta para a vida sexual*”, e que a solução para esse dilema estaria em uma “*melhor educação física e sexual*” da mulher, para que ela não venha a perder sua bela forma durante a prenhez e, assim, possa continuar satisfazendo seu marido.¹⁶²

Além desses peculiares pontos de vista, o estudo de Azevedo Franco considera as razões eugênicas como poderosos argumentos em prol do aborto, chegando a tratá-los como um sinal de evolução, uma responsabilidade diante da preparação das gerações vindouras, como observado no exemplo apresentado:

“Uma mulher, sabendo-se sífilica, tem, não só o direito, mas a obrigação, de fazer-se abortar. A esse ponto a civilização chegará um dia, não para inscrever em um código mais um crime de aborto provocado, mas para impedir que o indivíduo possa procrear sem estar em estado de plena higidez e, por conseguinte, tornar obrigatório o aborto, todas as vezes que essa procreação

¹⁶¹ “Não se pode negar que, no seio de uma família pobre, o advento de mais de um ou dois filhos é uma agravção de penúria e de infortúnio. E chega a ser mesmo um mal social: si um ou dois filhos podem ser sofrivelmente amanhados para a luta da vida, com os poucos recursos do casal, a superveniência de outros exclui essa possibilidade, e todos acabam por se alistar na dolorosa legião dos semi-homens, inaptos para a concorrência nos setores da vida social e fatalizados à perpétua miséria. A quantidade prejudica a qualidade” (Comentários ao Código Penal, v. 5, p. 284).

¹⁶² FRANCO, Ary Azevedo, *Tratado de Direito Penal*, v. 6, p. 140-1.

não seja em saúde, ou que o feito moral da gravidez e do parto seja nocivo à vida conjugal”.¹⁶³

Como já demonstrado, o atual Código Penal contempla apenas duas hipóteses extraordinárias de exclusão de ilicitude na prática de aborto. No entanto, o Anteprojeto do Código Penal, entregue, em 1999, ao então Ministro da Justiça, Renan Calheiros, pelo Presidente da Comissão de Reforma do Código Penal, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, inclui uma terceira modalidade de exclusão do ilícito na prática do aborto: quando da constatação de anomalia fetal.

Apesar desta hipótese não ter sido ainda regulamentada, desde 1991, o Poder Judiciário tem decidido favoravelmente neste sentido. De 1992 até 1999, mais de cento e cinquenta alvarás judiciais autorizaram a interrupção de gravidezes, nas quais havia sido diagnosticada anomalia fetal, especialmente casos de anencefalia. A princípio, as autoridades judiciárias requisitavam dos médicos atestados com o diagnóstico da anomalia, além de outros três laudos convergentes com aquela avaliação, além de um laudo psiquiátrico que avaliasse o perigo da continuidade da gestação para a mulher e outro sobre a cirurgia.¹⁶⁴ Mas com o tempo estes rigores vêm diminuindo em decorrência do apoio jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal, pelo ministro Marco Aurélio Mello, já autorizou *in limine* a realização de aborto. Os legisladores, porém, ainda não regulamentaram o tema, mas muitos outros projetos em tramitação no Congresso Nacional já prevêm a referida modalidade abortiva.

¹⁶³ Ibidem, p. 142.

¹⁶⁴ *Folha de São Paulo*, São Paulo, 4 nov. 1995, p. 3-2; GOLDIM, José Roberto, *Aborto no Brasil*, www.ufrgs/HCPA/gppg/eugenia.htm, acesso em 17 mar. 2002.

Capítulo IV

ASPECTOS POLÍTICOS DO ABORTO EUGÊNICO

O aborto, por toda a história da humanidade, mas principalmente nos tempos modernos, tem suscitado intermináveis discussões entre os vários entes da sociedade. O tema nunca se tornou pacífico em nenhum país e os embates ideológicos sempre ressurgem de forma intermitente. Em países onde o aborto foi legalizado, certa fatia da sociedade luta pela sua proibição, enquanto nos países onde é proscrito, travam-se batalhas para a sua liberação.

Mesmo com o avanço do *homo-complexus* em todos os campos científicos, a interrupção da gravidez, com escopo eugênico, continua a ser praticada pelas mesmas razões das sociedades mais primitivas. Da mesma forma que os indígenas eliminavam os bebês malformados, pelo fato destes não poderem contribuir com a subsistência do grupo, autoriza-se o aborto do feto anômalo para evitar que o Estado crie despesas indesejadas com seus membros inúteis, uma vez que é muito mais econômico financiar a eliminação dos deformados, através das práticas abortivas, que mantê-los seus dependentes pelos longos anos de suas existências. Além disso, a mediocridade do ser humano parece não ter diminuído com os séculos de evolução, o que é demonstrado pela repulsa ao indivíduo *deficiente*, mesmo pelos próprios pais, que chegam a preferir a supressão do filho ao desígnio de cuidá-lo.

O aborto se mantém como um dos grandes males da humanidade, juntamente com a guerra, a miséria, a fome, a opressão política, a dominação e a insaciável busca pelas riquezas efêmeras. Segundo Michel Schooyans, o

desperdício deve ser instituído *o mal do século* e indissolavelmente ligado às descobertas científicas, à produtividade e produção, à publicidade e ao consumo excessivo. Para ele, “*livre dos rigores da penúria, o homem do mundo desenvolvido torna a ser afligido pelas misérias da abundância*” (grifo nosso). E nessa ideologia de consumo, de caráter eminentemente hedonista, na qual o fim é o maior prazer subjetivo que se possa alcançar, o nascituro transforma-se em bem de consumo, podendo-se optar por tê-lo ou não, ou escolher a cor da sua pele, dos seus cabelos, dos seus olhos, o seu sexo etc¹⁶⁵.

As normas de conduta surgidas no decorrer dos tempos, com o desenvolvimento da vida em sociedade, servem-se das punições para evitar que o indivíduo e sua comunidade sejam atingidos por atos execráveis à maioria. Assim, são formados os costumes, os Princípios Gerais do Direito e, em conseqüência, as leis, balizadoras da convivência dentro das nações e entre elas. As normas diretivas são lançadas nas Cartas Constitucionais, de sorte a se demarcar o campo de alcance das normas ordinárias. Isso significa que são os legisladores que, ao final, decidem quais condutas devem ser consideradas antijurídicas e quais condutas devem ser consideradas típicas, sempre defendendo, contudo, os interesses do grupo. Pelo menos assim deveria ser. Dependendo do país, da história da sua criação e da religião dominante em seu território, haverá proteção incondicional a certos bens jurídicos ou não. E é neste ponto onde se estabelece o grande dilema do indivíduo, membro de uma determinada sociedade.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a vida humana foi consagrada como um bem inviolável e fundamental desde a Constituição de 1946 (art. 141,

¹⁶⁵ SCHOOPYANS, MICHEL, *o Aborto: Aspectos Políticos*, p. 22.

caput)¹⁶⁶, permanecendo até hoje. E por esta razão não pode ser objeto de discussões sobre em qual momento deverá ser mantida como absolutamente inviolável e em qual momento será relativizada, permitindo-se a sua eliminação.

Sob o enfoque do crime aborto, o bem da vida já não goza de uma intocável condição, uma vez que se permite a prática abortífera para salvar a vida da mãe, no caso de gravidez resultante de estupro, e agora, mesmo em discordância com a ordem jurídica, no caso de grave anomalia fetal.

Ainda que a proteção à vida tenha sido expressamente prevista somente em 1946, já na Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, podem ser encontrados dispositivos protetores da infância, na parte referente à Família. Está previsto em seu art. 127, *in verbis*:

“A infância e a juventude devem ser objetos de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral.”

¹⁶⁶ **Art. 141.** “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:”. Esta foi a primeira vez em que se tratou a vida como direito inviolável assegurado entre os direitos e garantias individuais em uma constituição brasileira. Antes da Constituição de 18 de setembro de 1946, somente era assegurado o direito à liberdade, à segurança e à propriedade, não havendo referência à vida.

Percebe-se o zelo em relação à saúde física e mental das crianças e a preocupação do Estado em garanti-las, assegurando as condições de uma vida sã e o desenvolvimento de suas faculdades e admoestando os responsáveis pela manutenção da guarda e educação. Além disso, o Estado chama para si a responsabilidade de auxiliar as famílias numerosas e carentes, garantindo-lhes educação e assistência.

No que tange ao tema proposto, pode-se afirmar que, dessa forma, a norma constitucional não deixa margem para defensores do controle de natalidade pela carência financeira, subentendendo a prática do aborto social, uma vez que o Estado se coloca como co-responsável, juntamente com os pais, para prover o desenvolvimento físico e intelectual das crianças e dos jovens¹⁶⁷.

De qualquer forma, parecia que o homem político evoluía, juntamente com sua *polis*, galgando seus direitos fundamentais e sociais a custa de muito sangue. E, por fim, as outras gerações de direitos: os difusos e coletivos. Mas com o surgimento das discussões em torno dos direitos referentes às inovações da biotecnologia, ao que parece, houve um retrocesso, pois o homem vem dispensando os direitos conquistados. A inviolabilidade da vida, da família, vem dando lugar à exuberância da vida de prazeres, mais prolongada, sem envelhecimento e sem sofrimento. Muitas são as cirurgias rejuvenescedoras ou extirpadoras dos males da velhice e muitas são as drogas que atacam diretamente os estímulos das terminações nervosas, fazendo com que a pessoa não padeça

¹⁶⁷ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937: **art. 124**. “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”. **Art. 125**. “A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”. **Art. 127, parte final**. “Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para subsistência e educação de sua prole”.

das velhas dores. Essas dores, assim como as enfermidades e deficiências, têm uma razão para se manifestar. São os avisos da natureza, os desafios da natureza, colocados para serem enfrentados. Contudo, o ser humano vem buscando escapar desses males, escapar das suas dores e de sua sina. Somente após a conquista do alívio, a pessoa sente-se pronta para gozar a vida novamente e fará qualquer coisa para alcançar isso, submetendo-se a cirurgias desnecessárias e arriscadas, introduzindo em seu organismo substâncias que lhe são nocivas ou extirpando aquela parte indesejada de seu corpo.

Enfim, é possível indicar como o cúmulo da inumanidade na busca pelo prazer o fato de o ser humano “*conquistar o direito*” de eliminar o ente não-saudável de sua família. Nos últimos anos, a eutanásia ganhou proteção legal em vários países da Europa, assim como o aborto eugênico. É a ressurreição das práticas primitivas, porém por um motivo eminentemente torpe. Se, na Antiguidade, eliminavam-se os enfermos para melhor proteger a sociedade, hoje em dia eliminam-se os enfermos para se desfrutar as velhas novidades, sem as mazelas que podem impedir os deleites da vida moderna.

A pregação pelo aborto eugênico não é nada mais do que isso. A via mais fácil, sem os transtornos daquele estorvo de ser humano que “*nem mesmo vai sobreviver*”. A luta pela licitude desta espécie de aborto é a derrocada do humanismo e da sua importância na construção do Direito. Como afirma Michel Shooyans, “*a liberalização do aborto, em todos os casos, não se trata de danos com conseqüências limitadas, estamos, de fato, diante de uma modificação qualitativa extremamente profunda de nossa concepção de direito*”.¹⁶⁸ Uma mudança dessa ordem coloca em risco a sagrada distinção entre direitos humanos

¹⁶⁸ *Aborto: Aspectos Políticos*, p. 31.

e lei positiva, que garante as liberdades públicas e individuais e limita o poder do Estado em face dos direitos do cidadão. Quando o aplicador da lei rejeita um direito fundamental anterior ao direito positivo, transforma seu ato em fonte de direito e de legitimidade, deixa de agir *pro societate* e renega seu mandato. Neste momento, é estabelecido “*um e um só sujeito de direito: o Leviatã*”¹⁶⁹.

Além disso, uma decisão em sentido contrário à lei positivada abre um péssimo precedente, pois leva a crer que está renunciando a “*função pedagógica insubstituível*” desta lei.¹⁷⁰

No caso da autorização da realização do aborto eugênico, fica evidente a invasão do Poder Judiciário na órbita do Poder Legislativo. Se, ao menos, o proferimento da sentença fosse em favor da vida, poder-se-ia dizer que se sobrepôs a legitimidade ante a legalidade,¹⁷¹ mas, na hipótese em tela, nem mesmo a legitimidade caberia como argumentação favorável, pois não existe ato contra a vida que possa ser considerado legítimo, a não ser quando para salvar uma outra vida, o que não é o caso. Sendo assim, não cabe ao julgador, arbitrariamente, permitir a prática do aborto. Em primeiro lugar, porque não é sua função legislar, nem tampouco revogar as normas legais ao seu livre talante. Em segundo, porque, em um Estado Democrático de Direito, uma decisão de abreviar vidas não pode nascer, unilateralmente, de um único Poder, mas, sim, como nascem todas as leis, da vontade do povo, do desejo dos cidadãos, sujeitando-se, antes de tudo, ao crivo dos representantes eleitos, incumbidos da função de legislar.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 32 ss.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 54.

¹⁷¹ Legitimidade é a conquista direta ou indireta da aceitação dos governados, ou seja, o “*consensus*” da população. Já a Legalidade assenta-se numa ordem jurídica, vale dizer, no direito positivo.

Note-se a diferença entre *autorizar judicialmente*, *descriminalizar* e *legalizar* a prática do aborto eugênico. A autorização judicial permite, em um primeiro plano, a prática de um fato típico, antijurídico, porém, não culpável, por não se poder exigir conduta diversa. E esta é a fundamentação utilizada para a autorização da interrupção da gravidez: a inexigibilidade de conduta diversa, pelo fato de estar em risco a vida, a integridade física e psíquica da gestante. Ou, ainda, poder-se-ia argumentar que a interrupção da gestação se deu em razão de um estado de necessidade, salvando a gestante de um perigo atual, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Neste caso, a conduta punível não apresentaria todos os seus requisitos, faltando-lhe a antijuridicidade ou ilicitude. Qualquer que seja a situação ou a fundamentação, a autorização judicial não chega a ser uma descriminalização, tampouco uma legalização, mesmo quando decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Também a descriminalização e a legalização distinguem-se entre si. Descriminalizar é livrar a conduta de sanções penais, diferente de legalizá-la. Eliminar o aborto eugênico do rol dos fatos típicos (descriminalizar) não necessariamente é o mesmo que torná-lo um fato em concordância com o ordenamento jurídico. Este fato poderia permanecer em discordância com o Direito, porém, não tutelado pela lei penal, mas por leis de outra esfera. Poderia, se não se tratasse de uma conduta que atinge diretamente a vida humana.

Em um país democrático e liberal, a descriminalização do aborto é o mesmo que sua legalização, o reconhecimento do seu direito, e sua vinculação às liberdades individuais. E, em se garantindo legalmente a sua prática, privar-se-á o nascituro de sua existência e de sua proteção legal. Neste momento, o Estado

de Direito passa a definir quem merece viver e quem merece morrer, suprimindo dos indivíduos, gradativamente, a inviolabilidade do direito à vida, sua tão sonhada liberdade, levando-os a uma confortável servidão voluntária.¹⁷²

Como mostra Michel Schooyans, o aborto provocado está diretamente relacionado à sociedade de consumo, sendo este o *ópio do século*. E esta dependência de consumo cria a *cegueira seletiva*, levando as pessoas a optarem por continuar consumindo, por fazer parte desse mundo de muitas *novidades indispensáveis*, em detrimento do ser humano em formação, que pode obstar os novos prazeres dessa vida. Esta cegueira seletiva faz com que o Poder Público e os indivíduos optem pela liberalização do aborto, ao invés de optarem por um eficiente programa de educação voltada para a maternidade e a paternidade responsável, e não para esta ridícula instrução, que hoje se vê, sobre meros métodos contraceptivos, ignorando todo o caráter sagrado da concepção de um novo ser humano¹⁷³.

1. O Direito Fundamental à Vida

Os ensinamentos cristãos foram um dos primeiros conjuntos de regras que enalteceram a dignidade da vida humana e o direito à vida, ao pregar que o homem é filho de Deus e criado à Sua imagem e semelhança. Inserido no decálogo de Deus, trazido por Moisés aos homens, está a mais famosa norma de conduta protetora da vida: “*Não matarás*”.

¹⁷² SCHOOPYANS, Michel, op. cit., p. 35-7.

¹⁷³ Ibidem, p. 119-122.

Sem embargos, os direitos do homem não foram efetivamente garantidos no percurso da História Antiga e Média. Talvez a mais importante consagração dos Direitos Humanos fosse a *Magna Charta Libertatum*, de João Sem Terra, outorgada em 1215, na Inglaterra, seguida pela *Petition of Right*, de 1628, *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Settlement*, de 1701. Em 1789, na França, foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, garantindo, entre outros bens fundamentais, a igualdade e liberdade.¹⁷⁴ No Preâmbulo desta Declaração, a Assembléia Nacional Francesa concluiu que a ignorância, o esquecimento e o desprezo aos direitos do homem são as únicas causas de infelicidade do povo e da corrupção dos governantes; sendo assim, consagraram os Direitos Humanos como o caminho para a felicidade de todos.

Somente a liberdade e a igualdade foram prestigiadas nesses momentos históricos, e não a vida, que até então não havia sido considerada inviolável. À época, nem mesmo a igualdade podia ser considerada plena, pois na maioria dos países funcionava o regime de escravidão, inclusive no Brasil.

As proteções às pessoas foram sendo aprimoradas com o passar do tempo e, finalmente, a vida passa a ser consagrada na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, proclamada em abril de 1948, na IX Conferência Americana, em Bogotá. No seu art. 1.º está previsto que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa. No art. 2.º está consagrada a igualdade entre todos perante a lei, sem qualquer distinção. No art. 5.º está previsto o direito da pessoa contra ataques à sua vida particular e familiar e no art. 7.º está previsto que toda mulher em estado de gravidez ou em época de

¹⁷⁴ MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos Fundamentais*, p. 25-8.

lactação, assim como toda a criança, tem direito à proteção, cuidados e auxílios especiais.

No dia 10 de dezembro do mesmo ano, a Assembléia Geral das Nações Unidas assinou, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevendo em seu art. 3.º o direito à vida e à segurança pessoal. Seu art. 5.º prevê que ninguém será submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante.

O Decreto Legislativo n. 678/92, publicado em 6 de novembro de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), celebrada em 22 de novembro de 1969. Entre os direitos civis e políticos protegidos estão o direito à vida (art. 4.º) e o direito à integridade pessoal (art. 5.º):

Art. 4.º. (...)

1. *toda pessoa tem o direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. (grifo nosso) Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.*

Art. 5.º. (...)

1. *toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.*

2. *ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes.*

Somente esta norma do art. 4.º, 1, seria suficiente para pôr um fim a qualquer discussão sobre permissão ou proibição de novas modalidades de

abortamento, bem como sobre a utilização em experiências ou congelamento de embriões humanos, já que o ser humano deve ser protegido desde o momento da concepção.

A Assembléia Geral da UNESCO, em 1997, adotou a Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano, a qual protege, em seu art. 2.º, a dignidade humana, independente das características genéticas.

- a) *A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independente de suas características genéticas.*
- b) *Essa dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade.*

A Declaração reforça os preceitos sobre o respeito à diversidade e determina que ninguém será submetido à discriminação com base em características genéticas, que vise a violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana (art. 6.º). Outrossim, determina a declaração que o objetivo principal do avanço da ciência é o alívio do sofrimento e a melhoria da saúde de todos, como versado no art. 12, *in verbis*:

Art. 12.

b) A liberdade, necessária ao avanço do conhecimento, é parte da liberdade de pensamento. As aplicações da pesquisa, incluindo aquelas realizadas no campo da biologia, da genética e da medicina, envolvendo o genoma humano, devem buscar o alívio

do sofrimento e a melhoria da saúde de indivíduos e da humanidade como um todo.

Este artigo, porém, enseja uma perigosa dicotomia na interpretação de seu texto, pois ao primar pela *diminuição do sofrimento e a melhoria da saúde do indivíduo e da humanidade*, ele pode ser entendido sob dois enfoques que se chocam. O primeiro seria o ideal, no qual a diminuição do sofrimento convergiria com a proibição do aborto, haja vista o extremo suplício ao qual é submetido o feto. E em relação à melhoria de saúde, a melhor via seria a intervenção cirúrgica intra-uterina, sempre que possível, visando ao saneamento do nascituro. Além disso, poder-se-ia pensar em uma assistência médica pré-natal globalizada, com intuito de orientar as gestantes sobre as formas de se evitar más-formações fetais provenientes do consumo inadequado de substâncias nocivas à saúde, como drogas, bebidas alcoólicas ou a utilização de dispositivos contraceptivos, como o DIU. Sob o segundo enfoque, poder-se-ia afirmar que o referido artigo é o endosso definitivo desta organização mundial à implantação de uma política eugênica internacional. Ao defender a diminuição do sofrimento, pode-se alegar a desnecessidade de a gestante sujeitar-se a nove meses de fragilidade e vulnerabilidade, geradas pelo estado gravídico, quando diagnosticada a anomalia fetal e optar pela interrupção imediata. E, no que tange a melhoria da saúde da humanidade, a prática do aborto eugênico e da eutanásia seriam tranqüilamente aceitáveis como métodos eficazes para este fim.

De acordo com o § 2.º, do art. 5.º da Constituição Federal, os direitos e garantias previstos nas declarações internacionais, assinadas pelo governo brasileiro, são equiparáveis aos existentes na Carta Política brasileira. Sendo

assim, esses direitos e garantias fundamentais têm eficácia plena e aplicabilidade imediata.

2. O Aborto Eugênico na Constituição Federal

A Lei Maior da República Federativa do Brasil foi promulgada com o fim de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e sob a proteção de Deus.

A constituição conclama, logo em seu art. 1º, III, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana e tem como objetivo promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV) e garantir, incondicionalmente, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*).

2.1 Da dignidade

Como leciona Alexandre de Moraes, dignidade humana:

“é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um

*mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”.*¹⁷⁵

Já para Celso Ribeiro Bastos, mais do que o conteúdo moral da dignidade, o legislador constituinte preocupou-se com seu enfoque material, visando a garantir às pessoas uma vida digna, habitação, educação, meios de subsistência, isto é, atentando ao enfoque econômico¹⁷⁶, sem, contudo, deixar de proteger-lhes a vida, a saúde e a liberdade.

Dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana é o cerne, o principal pilar cuja função é suportá-los. Se os direitos fundamentais são a síntese de todas as demais normas constitucionais, a dignidade humana é a síntese destes direitos, é o fundamento das normas fundamentais. É o respeito que se deve dispensar a todas as pessoas, em relação à vida, às liberdades e à integridade física e psicológica. A dignidade da pessoa é o sinal de preservação de seus valores fundamentais perante a sociedade. Está na dignidade a garantia do exercício dos demais direitos. A dignidade humana é mais que um simples direito positivado, antecedendo ao próprio Direito. É inerente ao ser humano, é a própria auto-aceitação do homem como um ser especial, privilegiado, é o reconhecimento de sua importância para si mesmo e para os seus, admitindo-se como o único fim de todas as suas buscas, lutas e conquistas.

¹⁷⁵ *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 60.

¹⁷⁶ *Curso de Direito Constitucional*, p. 148.

Além disso, deve-se levar em conta a abrangência de tal fundamento. A expressão utilizada pelo legislador constituinte, *dignidade da pessoa humana*, tem um alcance unânime, na qual *dignidade* significa autoridade moral, honestidade, honra, respeitabilidade, autoridade, respeito a si mesmo, amor-próprio, brio e pundonor¹⁷⁷. E todas estas características devem ser aplicadas à *pessoa humana*. Se o legislador tivesse utilizado simplesmente a palavra *pessoa*, poderia se interpretar a dignidade como algo pessoal, individual, mas como a expressão se apresenta *pessoa humana*, subentende-se alcançar a todos os membros da humanidade, sem qualquer distinção, respeitadas, evidentemente, as fronteiras territoriais.

Dessa forma, ao se garantir a dignidade de todos, não se pode, de maneira alguma, sugerir a supressão de um indivíduo em benefício de outro. Não há indivíduo que valha mais que outro. Todos são dignos de existir e ninguém é digno de determinar a morte do outro. E é esta dignidade humana que enseja o direito à vida e à igualdade.

2.2. Da igualdade

O princípio constitucional da Igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, só terá sentido se aplicado a todos, incondicionalmente, independentemente da fase do desenvolvimento biológico em que se encontra, isto é, independentemente da idade. No momento em que a abrangência desta igualdade se mostra reduzida, surge a injustiça. A

¹⁷⁷ Dicionário Aurélio – Séc. XXI – Digital.

partir do momento em que o legislador constituinte utilizou-se do termo *todos*, não há que se falar em restrição de direitos para alguns.

A Constituição Federal chega a ser pleonástica, ao tratar a igualdade, pois inicia o dispositivo proclamando que todos são *iguais* perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida e à *igualdade*. Tal redundância não se fez à toa, mas para consagrar a incondicionalidade e a equanimidade da vida de todos, não admitindo restrições quanto à interpretação do termo igualdade.

Quando a norma reza que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”, ela está garantindo a igualdade formal a todos, isto é, a igualdade perante a obediência da lei pelos indivíduos e perante a aplicação da lei pelo Estado. São as características da *imperatividade* e *generalidade* da lei, sendo que a primeira determina que a lei deve ser imposta a todos, independentemente de sua vontade, enquanto a segunda determina sua validade *erga omnes*.

Agora, quando a norma garante a “*inviolabilidade do direito à igualdade*”, está tratando da *igualdade substancial*, referente à “*igualdade real e efetiva perante os bens da vida*”. Uma igualdade que, segundo Celso Ribeiro Bastos, nunca foi alcançada realmente nas sociedades humanas, devido à natureza física desigual dos homens e suas diferenças psicológicas ladeadas pela submissão e pela dominação.¹⁷⁸

¹⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, p. 165.

2.3. Da vida

O Direito à vida é o direito de manter-se vivo, de proteger a própria vida, enfim, de viver. Como define José Afonso da Silva, “*é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável*”¹⁷⁹. É o bem primeiro e, por esta razão, extremamente abrangente.

Impõe ao Estado assegurar a vida de todos, garantindo seu desenvolvimento até o momento do nascimento e, daí por diante, garantindo sua continuação, sua permanente manutenção e evitando, a todo custo, a sua destruição, senão pelo termo natural.

Para Eliane Elisa de Souza Azevêdo, o direito à vida é ainda mais amplo, devendo ser garantido a todos, o “*direito de vir a ser após o nascimento*”. Este direito é resultado da garantia da dignidade da pessoa e da inviolabilidade do direito à vida, pois, além do direito de nascer, ao indivíduo não pode ser negado nada que interfira em sua sobrevivência e em seu pleno desenvolvimento.

“Negar-lhe o mínimo essencial a qualquer pessoa é usurpar-lhe o mais sagrado dos direitos essenciais, ou seja, o direito ao desenvolvimento das potencialidades biológicas e mentais que traz consigo.

Reconhecemos, assim, o Direito de Vir a Ser após o nascimento e o definimos como o direito de cada criança desenvolver-se em

¹⁷⁹ Ibidem, p. 201.

*ambiente que não anule ou iniba o seu potencial biológico para o desenvolvimento pleno de suas capacidades físicas e mentais”.*¹⁸⁰

De acordo com a Constituição Federal, o indivíduo deve ter protegida sua vida em todo e qualquer momento e em todas as fases de desenvolvimento, inclusive a fase intra-uterina. Assim, em convergência com a Carta constitucional estão os artigos 124 a 127 do Código Penal, que prevêm penas para a prática de aborto. O art. 128, por sua vez, prevê as hipóteses em que o direito à vida do feto pode ser suprimido em face dos direitos da gestante. Em seu inc. I, a lei penal confere à vida da mãe um valor maior que a do feto, uma vez que garante àquela a preferência, quando da escolha de se salvar apenas uma das duas vidas. No inc. II, a dignidade da gestante, sua honra e sua integridade psíquica também se sobrepõem à vida do feto, pois autoriza o médico a interromper a gravidez resultante de estupro. Além destas hipóteses, a legislação brasileira não admite qualquer outra modalidade de aborto.

2.4. Da discriminação

O delito de aborto eugênico, que não pode ser defendido sob a alegação da proteção da dignidade da gestante ou de sua integridade física ou psíquica, além de ser um atentado à vida, é um ato discriminatório a um ser humano, em razão das características físicas deste, apontadas como um diferenciador em relação aos outros indivíduos. Por este prisma, outra proteção, da qual deve gozar o feto, diz respeito aos direitos e liberdades fundamentais, no inc. XLI, do art. 5.º:

¹⁸⁰ *O Direito de Vir a Ser Após o Nascimento*, p. 74.

“A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

É um dispositivo constitucional de eficácia limitada, isto é, não auto-aplicável, carecedor de previsão legal ordinária, porém, com o poder de garantir direitos e liberdades em face de condutas discriminatórias. A situação do feto portador de alguma anomalia encaixa-se perfeitamente em tal previsão: ele não pode ter suprimido seu direito à vida em razão de uma prática discriminatória por parte de seus genitores e do médico. E é exatamente o que anima a realização do aborto eugênico. O alvo da proibição inserida nesta prescrição normativa é a discriminação do feto em virtude de uma deformidade física. Em razão disso, a prática de manobras abortivas ou uma decisão judicial autorizando esta prática discriminatória, atentatória a um direito fundamental ou, ainda, uma reforma na lei penal descriminalizando o aborto, deve ser entendida como inconstitucional e criminosa.

Como reforço deste entendimento, podem-se analisar outros dispositivos constitucionais que condenam com veemência a prática do racismo em todo território nacional, assim como o próprio Preâmbulo da Carta Maior. Também no inciso VIII, do art. 4.º, prega-se sobre as relações do Brasil com os outros países, tendo como princípio o repúdio ao terrorismo e ao racismo. Em seu inc. XLII, do art. 5.º, a Constituição Federal manda considerar como crime a prática do racismo, prevendo medidas mais severas ao agente que as cometa. De acordo com o texto, a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Parece bem clara, no entanto, a intenção do legislador constituinte em deixar ao encargo do legislador infraconstitucional a definição pormenorizada dos crimes de racismo e a aplicação de suas penas, ao estabelecer, na parte final do referido inciso, “*nos termos da lei*”, ou seja, determinando que o racismo seria especificado, posteriormente, através de uma lei ordinária. Não foi intenção dos representantes do povo esgotar o tema em um único inciso, tanto é que os apresentou em normas constitucionais de eficácia limitada (*not self-executing* ou *not self-enforcing* ou *not self-acting* ou não auto-executáveis), que possuem *aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*.¹⁸¹ As normas constitucionais de eficácia limitada são as que não produzem todos os seus efeitos a partir do momento de sua vigência, devendo ser complementadas pelo legislador ordinário. E, hoje em dia, o dispositivo é ponderado concomitantemente à legislação ordinária específica, a Lei 7.716/89, a qual cuida dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

2.5. O alcance da proteção jurídico-penal da discriminação

Discute-se a abrangência da norma constitucional referente ao racismo, no que diz respeito aos indivíduos com *prerrogativas essenciais*, uma vez que a Lei 7.716/89 não os relaciona entre os tipos humanos, alvos da discriminação. Assim versa o art. 1.º:

“Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

¹⁸¹ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 82-83.

Ainda que reduzidos os elementos protegidos pelo art. 1.º, sua nova redação é mais abrangente que a original. Antes da publicação da Lei 9.459/97, que trouxe esta nova redação ao referido art. 1.º, a proteção se restringia à discriminação ou preconceito de raça ou cor. Mesmo com a reforma, o artigo revela-se bastante restrito por não abranger a proteção ao preconceito ou discriminação de sexo, idade, condição social, estado de saúde física ou psíquica. Sem embargos, não se pode olvidar que o próprio legislador constituinte, ao cuidar dos objetivos da República Federativa do Brasil, em seu art. 3.º, IV, ampliou o alcance da proteção contra a discriminação, apresentando um rol mais extenso das subdivisões do ser humano, citando, além das referidas: *sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Além destes, existem outros caracteres da pessoa que podem ser incluídos na lista, como os citados por Alexandre de Moraes. São eles, a condição social, a genealogia, o credo, a convicção política ou filosófica e a língua.¹⁸²

Miguel Reale Jr., em parecer sobre o tema discutido na impetração do *Hábeas Corpus*¹⁸³ ao Supremo Tribunal Federal, em favor de Siegfried Elwanger (processado por infração ao art. 20 da Lei n.º 7.716/89, pela publicação de livros de cunho racistas, anti-semitas), analisa em um capítulo próprio, a vagueza de expressões lingüísticas utilizadas nos textos legais. Segundo o estudo do jurista, todas as expressões lingüísticas possuem o significado mais ou menos vago ou indeterminado. Contudo, essa vagueza desaparece quando se delimita seu campo de aplicação. Existe nas normas legais uma vagueza denominada “*vagueza*

¹⁸² *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 78.

¹⁸³ H.C. /STF n.º 82424-2/130.

socialmente típica”,¹⁸⁴ gerada por expressões que são interpretadas através de um juízo de valor, *i.e.*, o jurista, ao analisá-las, remete-se a “*parâmetros normativos constantes de regras extra-jurídicas, admitidas pela consciência social, regras morais, sociais e costume*”.¹⁸⁵ Assim, entende-se que o termo “*racismo*”, empregado pelo legislador constituinte, é revestido de uma imprecisão proposital, pelo fato de o Direito não se tratar de um sistema fechado, e das normas não serem “*entidades findas*”.¹⁸⁶

A “*vagueza socialmente típica*”, no Direito Penal, é encontrada nos elementos normativos do tipo, cuja interpretação é alcançada através das interpretações analógicas. No caso da expressão *racismo* trazida pela Constituição Federal, trata-se de um gênero que abrange as várias espécies de discriminação e preconceito (raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), que uma mera consulta ao art. 1º da Lei 7.716/89, desvendaria. Não obstante a abrangência do artigo, o legislador ordinário teria sido mais festejado se houvesse se inspirado na parte final do inciso IV, do art. 3º da Constituição Federal, pela sua completude. Se o art. 1º, da referida lei, sentenciasse “*e quaisquer outras formas de discriminação*”, eliminaria qualquer tentativa de esquiva no que tange a interpretação do crime de racismo. Reale Jr, emprestando a definição de *metódicas estruturantes*, de Friedrich Muller,¹⁸⁷ afirma que a

¹⁸⁴ REALE JR, Miguel, Anti-semitismo é Racismo, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n.º 43, abr-jun, 2003, p. 326, *apud* LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme*, Milão: Giuffrè, 299 et seq.

¹⁸⁵ REALE JR, Miguel, *Idem*, p. 326.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 326.

¹⁸⁷ “*O sentido histórico-político de uma constituição reside no fato de ela ser o ordenamento fundante de uma determinada sociedade, incluídas as suas forças divergentes. O direito constitucional diz respeito à fundamentação da sociedade estatalmente organizada e do seu ordenamento jurídico global. (...) A combinação de uma tal ‘abertura’ estrutural com a finalidade normativa da fundamentação da sociedade estatalmente organizada e de todo ordenamento jurídico torna compreensíveis as dificuldades maiores e específicas da instituição e concretização de normas constitucionais.*” (*Métodos de Trabalho do Direito constitucional*, p. 67-8).

interpretação da lei deve ser aberta, *estruturante*, e não “*um mero ato de reconhecimento de um significado dado anteriormente*”.¹⁸⁸

Miguel Reale Jr. também confronta a alegação da defesa, do referido *Habeas Corpus*, de que o legislador constituinte, responsável pela emenda que considerou racismo como crime o fez pensando exclusivamente na discriminação sofrida pelos negros. O insigne jurista explica que, no momento da apresentação da emenda, não se furtou o Deputado Carlos Caó, de uma interpretação extensiva do termo racismo, e isso se comprova, pois, quando do início da justificativa à emenda, o Deputado pondera sobre “*a superação das discriminações raciais*”, ou seja, manifesta-se no plural, vislumbrando diante de si as mais variadas formas de discriminação.¹⁸⁹

“*Interpretar que o racismo referido no art. 5 °, XLII, limita-se às discriminações por diferenças físicas e biológicas, cor da pele, formato dos olhos, textura do cabelo, é afrontar o princípio fundamental da igualdade. Seria admitir que a Constituição cataloga inferiores e discriminados de graus diferentes, a desigualdade na desigualdade.*”¹⁹⁰

Segundo o Novo Dicionário da Língua Portuguesa, *racismo* quer dizer *teoria da pureza de raça ou da separação das mesmas, usado para fins políticos; segregacionismo*. Deve ser entendida como uma expressão ampla e vaga que, à primeira vista, não demonstra seu pleno significado e, por isso, deve ser analisada de forma mais detida, alcançando-se uma atitude social com

¹⁸⁸ Ibidem, p. 67.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 34-35.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 38-39.

finalidade política, tendente a discriminar um grupo de pessoas que possuem uma ou outra característica em comum, interpretando o termo *discriminar* no sentido literal da palavra, distinguir, separar, diferenciar.

Deve-se concluir que, a partir do momento que uma pessoa ou um grupo de pessoas se propõe a separar ou diferenciar uma outra pessoa, em razão de sua idade ou estado de saúde, estará praticando o *racismo* e a interrupção da gravidez em razão de anomalia fetal apresenta, de maneira explícita, a discriminação do filho fisicamente deformado, isto é, a separação, a diferenciação, utilizando-se sempre de expressões como *anômalo, deformado, deficiente, incompatível com a vida, ou anencéfalo*.

2.6. A imprescritibilidade do delito de racismo

O racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito são os únicos delitos considerados imprescritíveis pela legislação brasileira, a qual adota o instituto da prescrição desde 1832, quando do advento do Código de Processo Criminal da época. Atualmente, o instituto está elencado nos arts. 109 a 118 do Código Penal. Questiona-se, contudo, a constitucionalidade da prescrição, tendo em vista a existência de crimes que podem ser considerados mais graves ou tão graves quanto, mas que continuam a sofrer os efeitos da prescrição. Analisado por este prisma, pode-se dizer que o inc. XLII fere o princípio da proporcionalidade, pois o condenado pela prática de racismo, ao contrário dos condenados por outros delitos, será perseguido para o resto de sua vida. Notadamente, no afã de condenar a prática de racismo de forma mais rigorosa, excedeu-se o legislador

constituente, ao prever o instituto da imprescritibilidade apenas nesta hipótese. Se houvesse uma previsão abrangente a todos os crimes considerados hediondos estaria clara a intenção de se empregar o referido instituto de maneira sistematizada. Porém, como aplicado apenas a um delito, que não o mais grave, conclui-se pelo exagero do legislador constituente. Isso porque o ordenamento jurídico-penal brasileiro, já há muito, decidiu pela abreviação de tempo na perseguição do infrator pelo Estado. Mesmo que se alegue, em desfavor à prescrição penal, o afrouxamento à repressão penal, incentivando a fuga, já se tornou ponto pacífico a inutilidade do caráter regenerador da pena aplicada muito tempo depois, bem como o arrefecimento do reclamo público pela justiça.

Todavia, existe uma corrente no Direito Penal Internacional que defende a imprescritibilidade dos delitos contra a humanidade¹⁹¹, entre os quais, o racismo (*lato sensu*).

2.7. O princípio da proporcionalidade e o aborto eugênico

Alguns autores defendem a inconstitucionalidade da penalização do aborto eugênico por ferir direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos, como a liberdade e a dignidade. Entre eles está Alexandre de Moraes que, não obstante a sua posição a favor do aborto eugênico, ao tratar da eutanásia, toma posição conflitante à primeira, uma vez que nesta segunda situação, afirma ter o direito à vida um *conteúdo de proteção positiva*, o que impediria configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte, ou seja, o direito à vida

¹⁹¹ O juiz espanhol Baltasar Garzón defende a imprescritibilidade dos delitos de lesa humanidade, para que possam ser “*juulgados em toda a sua extensão, sem entraves temporais*” (Todo ataque a civis é terrorismo, diz juiz Garzón, Jornal *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 11 mar. 2005, Internacional, p. A-12.

não abrangeria o direito subjetivo de exigir a própria morte, sendo a mesma garantida pelo poder público, ainda que pese o desejo em contrário de seu detentor¹⁹².

Se o direito à vida possui conteúdo de proteção positiva, obstruindo, assim, o direito de exigir a própria morte, com mais razão deveria impedir que pessoa optasse pela morte de um terceiro, cujos direitos são equivalentes. É certo que a pessoa não pode converter seu direito à vida em liberdade para eliminá-la, pois não passa de um mero *detentor* deste bem maior, cujo real domínio não lhe cabe, pois se lhe coubesse, poderia abreviá-la quando bem entendesse. Enfim, se o indivíduo não tem poderes sobre a própria vida, jamais poderia tê-lo sobre a vida de outrem.

Outros doutrinadores, contudo, defendem a superioridade hierárquica do bem da vida em face aos demais bens jurídicos tutelados, prevalecendo este sobre todos os outros, como por exemplo, a integridade física ou psíquica e a liberdade religiosa. Neste caso deve ser aplicado o *princípio do primado do direito mais relevante*¹⁹³. É o que garante ao médico, para salvar uma vida, realizar uma intervenção cirúrgica, um transplante de órgão ou determinar a transfusão sanguínea em alguém que se negue a recebê-la por motivos religiosos.

¹⁹² MORAES, Alexandre, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 91.

¹⁹³ “Se os titulares do direito à vida e do direito à integridade física, ou psique, são diferentes, o estado de necessidade pré-exclui a contrariedade do direito: os atos que atendem ao princípio do primado do direito mais relevante não entram no mundo jurídico como atos ilícitos stricto sensu, de direito penal” (MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, tomo 7, p. 23).

Neste sentido, também segue Maria Helena Diniz, afirmando que, além da lesão ao bem da vida, com a legalização do aborto, atinge-se a própria base do Estado Democrático de Direito, por ser fundada na dignidade humana.¹⁹⁴

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade, a vida e a dignidade do feto, atingidas pelo preconceito de seus pais, devem prevalecer em relação à integridade psíquica da gestante e de sua família, uma vez que este princípio *“determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental”*¹⁹⁵. Parafrazeando o parecer do eminente Ministro Gilmar Mendes¹⁹⁶, a proteção constitucional dos direitos da gestante (integridade física e psíquica) visa a evitar embaraços impostos por qualquer disciplina legal e não torná-lo direito absoluto. Em face da amplitude destes direitos, o legislador constituinte instituiu no *caput*, do art. 5.º, a igualdade e a proteção do direito à vida e, com a mesma preocupação dispensada à igualdade e à vida, protegeu a dignidade humana, condenando de forma explícita qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5.º, XLI), bem como a prática de racismo (art. 5.º, XLII).

“A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre

¹⁹⁴ *O Estado Atual do Biodireito*, p. 87-8.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar, H. C. n.º 82424-2, *Revista Trimestral de Jurisprudência – Supremo Tribunal Federal*, v. 188, n.º 3, abr-jun, 2004, p. 923.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 922.

*regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais”.*¹⁹⁷

Outro argumento do qual lançaram mão para defender a livre escolha da gestante pelo aborto eugênico foi o dispositivo previsto no inc. III, do art. 5.º, da Constituição da República Federativa do Brasil. De acordo com a norma, ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Com o mesmo objetivo, apresenta-se o Decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991, que referenda a Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Definitivamente, esta se mostra uma argumentação extremamente contraditória, no que diz respeito à defesa desta prática abortiva, pois afirma que a mulher, ao ser obrigada a levar a termo uma gravidez de um filho com graves anomalias, estaria sendo submetida a uma situação desumana, cruel e degradante. O que não percebem os defensores desta tese é o tratamento desumano e cruel ao qual o feto será submetido no momento da prática da manobra abortiva, que é, sem dúvida, um dos métodos de eliminação de vida humana mais desumanas que existem. Não se pode negar que o ato de pôr fim à vida de um ser humano, duplamente incapaz de se manifestar sobre esta decisão

¹⁹⁷ Ibidem, p. 923.

é, das execuções, a mais nefanda. Duplamente incapaz de se manifestar porque está impedido de perceber sua condição, por ser portador de uma grave enfermidade, e por se encontrar no útero materno.

Todos estes dispositivos constitucionais analisados são considerados cláusulas pétreas, não havendo possibilidade de serem alterados, nem mesmo através de emenda, como prevê o art. 60, § 4.º, da Constituição Federal. Estas são as chamadas normas constitucionais rígidas, do ponto de vista da mutabilidade, integrantes de uma Constituição rígida. Quando o legislador constituinte incluiu os direitos e garantias fundamentais entre as normas constitucionais intocáveis, ele o fez com um propósito, qual seja, a incondicional proteção destes dispositivos. E foi essa a mesma razão pela qual se criou uma constituição rígida: para não ser alterada por processos legislativos comuns. É o que afirma Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *in A Teoria das Constituições Rígidas*:

*“As vantagens das Constituições rígidas são magníficas. Capacitam-nos para definir, com exatidão, a competência dos poderes governamentais; previnem a possibilidade de que capricho repentino da opinião pública transforme e desarraigue o que ao todo convém manter”.*¹⁹⁸

As decisões judiciais proferidas a partir da última década (1990), autorizando a interrupção do aborto em razão da anomalia fetal, atingem frontalmente estas cláusulas pétreas e ignoram a imposição constitucional de que os direitos e garantias individuais não podem ser objeto de deliberações nem

¹⁹⁸ P. 67.

abolidos do ordenamento jurídico. Se nem mesmo o Poder Legislativo, responsável pelas criações e alterações legislativas, tem poder de alterá-las, inclusive por meio do processo mais rigoroso de reforma, que é a emenda constitucional, muito menos alguns membros de outro Poder, cuja função primordial é fazer aplicar as leis em vigor e determinar sanções a quem não as cumpre. Não se pode autorizar novos modelos de eliminação de seres humanos sem macular a própria Constituição Federal. Os direitos humanos, base da constituição pátria, precedem a mesma, jamais podendo ser objeto de reforma, enquanto esta Carta Política viger.

Para Celso Ribeiro Bastos:

*“a norma superior demanda obediência da subordinada, deverá dar sempre inteiro cumprimento sob pena de vir a ser viciada. (...) Qualquer ato jurídico de natureza infra-constitucional padecerá de supremo vício de ilegalidade, o qual, no caso, em razão de ser praticado contra a Lei Maior, denomina-se inconstitucionalidade. A supremacia das normas constitucionais é assegurada através de processos próprios, que vêm negar aplicação, negar executoriedade aos atos praticados contra seus comandos e até mesmo suprimir em definitivo uma lei constitucional”.*¹⁹⁹

Como o Poder Constituinte pertence única e exclusivamente ao povo, por ser fruto da soberania popular, deve-se concluir que a legitimidade é garantida apenas pelo consentimento do povo. Só ao povo é legítimo determinar as

¹⁹⁹ Curso de Direito Constitucional, p. 44.

diretrizes da legislação ordinária e, se essa legalidade vem de outro poder, houve usurpação.²⁰⁰ Porém, nem sempre a ordem jurídica é justa e a legitimidade é a qualidade do que é justo. Quando a lei se torna injusta, o que é válido não poderá ser considerado legítimo e, a partir do momento em que o ordenamento jurídico deixa de ser legítimo e justo, o Estado, como afirma José Afonso da Silva, perde seu caráter de Estado Democrático de Direito. Neste momento, a norma passa a ter legalidade formal apenas.²⁰¹

Neste sentido, Maria Helena Diniz questiona a obediência à legalização do aborto, em face da norma constitucional protetora da vida, do ponto de vista do paradigma da filosofia do direito²⁰², apresentado por Celso Lafer *in A Reconstrução dos Direitos Humanos*. Segundo este paradigma, no decorrer da história do Direito, alguns direitos humanos foram sendo esquecidos, enquanto outros foram sendo firmados e positivados. Este processo de identificação da justiça com a lei surgiu com o pensamento jurídico-filosófico no séc. XIX²⁰³ e, de acordo com ele, o Direito passou a ser encarado “*como algo posto e positivado, direta ou indiretamente, por um poder estatal que estabelece, para distintas sociedades, a diferença entre o lícito e o ilícito e assegura a efetividade desta diferença através da sanção*”.²⁰⁴ De sorte que o justo é o que está positivado nas normas legitimadas por um Estado de Direito, o que enseja “*a postulação da fidelidade ao ordenamento jurídico e, destarte, o dever-ser prescritivo da obediência à lei*”.²⁰⁵

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas constitucionais*, p. 58.

²⁰¹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 426.

²⁰² *O Estado Atual do Biodireito*, p. 88.

²⁰³ P. 191.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 47.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 191.

Enfim, como todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (art. 1.º, parágrafo único, da Constituição Federal), não cabe a nenhum órgão público a decisão da descriminalização do aborto eugênico, senão ao povo. Quem poderia discutir o tema e legislar sobre ele seriam os representantes eleitos pelo povo. Não é de competência do Poder Judiciário, isoladamente, decidir sobre a vida ou morte de milhares de indivíduos, cabendo-lhe, apenas, fazer valer a lei positivada, decidindo dentro de seus limites e protegendo a Constituição Federal. Não se pode formar jurisprudência *contra lege* sobre o direito de matar.

Em que pese se tratar de posicionamento do órgão maior de um dos três poderes formadores do Estado e se tratar de decisão de ilibados profissionais do Direito, detentores de vasto cabedal jurídico, não parece uma determinação que possa se sobrepor às normas constitucionais. Quando o assunto discutido não foi devidamente regulamentado por quem de direito e versa sobre os direitos e garantias fundamentais, o Judiciário não é poder competente para tanto. As diretrizes normativas, envolvendo a vida e a dignidade da pessoa humana, devem ser discutidas e alteradas por quem é o verdadeiro possuidor do poder, ou seja, o povo. E como o povo é legitimamente representado pelos parlamentares, tal normatização deve brotar do Congresso Nacional. Uma questão de tamanha interferência nas normas de direitos humanos não pode ficar restrita a um número limitado de funcionários públicos que, além de tudo, não foram escolhidos pelo povo. O povo e somente o povo tem o poder decidir sobre a descriminalização do aborto eugênico ou a manutenção de sua punição, sem esquecer, contudo, da intangibilidade dos direitos e garantias individuais protegida no § 4.º, do art. 60.

Assim também entende Ives Gandra da Silva Martins, segundo o qual é arriscado admitir que um poder não eleito pelo povo “*e que é fundamentalmente um poder técnico possa fazer as vezes do poder político, que, bem ou mal, passa pelo teste eleitoral e é escolhido pela sociedade. Mais do que perigosa, vejo essa possibilidade como manifestamente inconstitucional*”.²⁰⁶

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o instrumento previsto na Constituição Federal, que deve ser utilizado para que Poder Judiciário inste o Poder Legislativo a suprir as lacunas da lei, sempre que este deixar de cumprir sua função, não produzindo legislação infraconstitucional necessária. Além deste meio instantâneo, pode o Poder Judiciário atuar como legislador negativo, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, criada pela Lei 9.882/99, negando a aplicação de lei inconstitucional, “*mas jamais criar direito novo, como legislador positivo*”.²⁰⁷

2.8. Dos direitos sociais

A Carta *Mayor* brasileira é bem abrangente em relação à proteção do indivíduo em toda a esfera de atuação do Estado. Além dos direitos e garantias fundamentais, previstos em seu art. 5.º, que protegem o indivíduo contra as ações do próprio Poder Público, observam-se também os direitos sociais, que impõem ao mesmo poder público o dever de prestação de serviços essenciais à vida em sociedade. No art. 6.º está previsto, entre os direitos sociais da pessoa, a saúde, a segurança e a proteção à infância.

²⁰⁶ Pode o STF legislar?, *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 nov. 2004, Espaço Aberto, p. A-2.

²⁰⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Idem*.

Ao direito à saúde estão relacionados o direito de se desenvolver no útero materno, o direito de nascer e o direito de viver com saúde em um meio ambiente que proporcione tal condição de vida e garanta-lhe amparo, quando estiver acometido de qualquer enfermidade. Esta incondicional proteção é incompatível com qualquer medida de eliminação de seres humanos enfermos e vem reforçada pelo direito à segurança, cujo alcance não está limitado à organização dos órgãos policiais. A segurança, como direito da sociedade, deve ser ampla, visando a proteger o indivíduo de toda a sorte de agressões e ameaças a seus bens jurídicos, inclusive uma agressão que possa partir dos próprios genitores, como no caso do aborto. E, por fim, a proteção à infância, que tem por pressuposto a primeira etapa da vida, a qual somente existirá com o nascimento. Dessa forma, ao se proteger a infância, subentende-se a proteção ao indivíduo para que ele possa alcançar esta fase da vida e, assim, possa desfrutá-la.

2.9. A proteção estatal aos cidadãos com *prerrogativas essenciais*

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde pública, da proteção e da garantia das pessoas com *prerrogativas essenciais* (art. 23, II, Constituição Federal). Como afirma Celso Ribeiro Bastos, não se trata de competência comum legislativa, mas referente à prestação da assistência por parte dos entes da federação²⁰⁸. O dispositivo faz menção direta ao *portador de deficiência* e impõe que se cuide de sua saúde e o proteja, sem qualquer especificação sobre o quê e como fazer, levando-se a concluir que se trata de uma ampla proteção.

²⁰⁸ *Curso de Direito Constitucional*, p. 267.

Pode-se afirmar, seguindo esta norma constitucional, que o Estado tem o ônus de garantir ao feto malformado toda a assistência necessária para o seu pronto desenvolvimento, o que conflitaria com uma interrupção de gravidez em razão da anomalia fetal, isto é, qualquer norma legal ou ordem judicial que a autorize colidir frontalmente com tal dispositivo.

Outra importante garantia constitucional, prevista em benefício do feto, diz respeito à assistência social, visando a assistência a quem necessitar, independentemente de contribuição, e tem por objetivo, proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice (art. 203, I, da Constituição Federal). Isso quer dizer que o Estado tem o dever de proteger o feto, assistindo-o durante o período intra-uterino e garantindo-lhe sua infância, o que significa garantir que nasça e viva a sua infância e, da mesma forma, proteger a família. Essa proteção à família pode ser entendida como o apoio do Poder Público aos pais que esperam a vinda de um filho com anomalias físicas ou mentais. À família, principalmente à gestante e ao feto, que se encontram em uma delicadíssima situação, deve ser garantido o acompanhamento de médicos, bem como de psicólogos e assistentes sociais, que vão auxiliar na aceitação e no comportamento de todos os familiares, ante a chegada daquele ser especial. Depois de vencidas essas fases pela família e pela criança, serão garantidas a integração à comunidade e a habilitação daquele ser, para que possa compartilhar com os demais os mesmos ambientes, as mesmas escolas, os mesmos transportes coletivos, os mesmos prédios, os mesmos restaurantes, os mesmos teatros, cinemas etc. Cabe ao Estado Democrático de Direito evitar a exclusão social, garantindo-lhe a integração no contexto socioeconômico e cultural, o gozo dos direitos básicos, o bem-estar e a inserção no sistema educacional, entre outros.

Como já está previsto no art. 1.º, §§ 1.º e 2.º, art. 2.º, da Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989; Art. 5.º, I, II e III, do Decreto n.º 3.298, de 20 de dezembro de 1999.

Robustecendo todas as normas acima citadas vem o art. 227, da Constituição Federal, ordenando ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda e qualquer forma de discriminação, violência, crueldade ou opressão.

Se a Constituição Federal possuísse somente esta norma, já seria suficiente para se vedar, em toda e qualquer situação, a interrupção da gravidez, devido a sua inquestionável abrangência no que diz respeito à proteção da criança. A norma determina a todos os entes, à família, ao Estado e à própria sociedade, a absoluta proteção à criança. É inconcebível a existência de permissões para interrupção da gravidez, em razão de anomalia fetal, e deste dispositivo constitucional em um mesmo ordenamento jurídico. Quer a permissão surja de uma sentença judicial ou de uma lei ordinária, ela será absolutamente divergente às proteções impostas pela Carta Política.

Como se pode analisar, o *caput*, do art. 227, ataca todas as circunstâncias que cercam o aborto eugênico. Não permite a nenhum dos entes se eximir de proteger a vida e a dignidade das crianças e ainda impõe que estas não sejam submetidas a qualquer forma de discriminação, violência ou crueldade. E no aborto eugênico, a razão que leva os pais e os aplicadores do Direito a optarem pela eliminação daquela vida é puramente discriminatória, além do fato de esta eliminação realizar-se através de procedimentos extremamente violentos. Não

existe e já se provou cientificamente, um real risco à vida da gestante que carrega um feto com anomalia fetal. A situação é idêntica a qualquer gravidez de feto sadio.

O art. 227, § 1.º, determina ao Estado a promoção programas de assistência integral à saúde da criança e complementa, em seu inc. II, que deverão ser criados programas especializados para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental. Evidentemente, o legislador constituinte, ao versar sobre “*programas de atendimento especializados*”, não deve ter cogitado a hipótese de aplicação sistemática da pena capital às crianças com *prerrogativas essenciais*.

A exaustiva preocupação do legislador constituinte em versar sobre a proteção à vida, à dignidade humana e à igualdade, bem como a pregação contra qualquer forma de discriminação, não pode ser desprezada pelos aplicadores do Direito, nem tampouco pelo Poder Público, por duas razões: a primeira é que estas são normas constitucionais, norteadoras do ordenamento jurídico pátrio, jamais podendo ser olvidadas, sob pena de se atingir o principal pilar do Estado de Direito; e a segunda, que a nação brasileira foi erguida sobre alicerces da paz e da miscigenação, renegando, em todo o período de sua história moderna, as medidas violentas e discriminatórias de qualquer natureza. Mesmo ressaltando as várias passagens históricas em que o governo do país tenha praticado atrocidades, estas, contudo, não correspondem ao modo de vida pacífico desta nação. Estas tradicionais diretrizes não podem ser ofuscadas por medidas pragmáticas, contrárias à vida humana.

3. O Estatuto da Criança e do Adolescente

Em complemento ao art. 227, da Carta Constitucional, foi promulgada a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – O Estatuto da Criança e do Adolescente – apresentando novas regras, em consonância com a nova ordem constitucional implantada a partir de 1988.

Logo em seu artigo 2.º, define-se quem pode ser classificado como criança, para efeitos de aplicação da lei, impondo que são consideradas toda pessoa de até 12 anos de idade incompletos. Quer dizer, aponta apenas um limite máximo delimitador de quem é criança, não definindo o mínimo. Este limite mínimo poderia ser delimitado, segundo uma corrente jurídica, pela palavra “*pessoa*”, cuja interpretação seria a pessoa nascida com vida. Contudo, como será demonstrado adiante, também ao feto pode ser atribuída a personalidade, por ser um direito inviolável do ser humano, independentemente de sua idade ou fase de desenvolvimento.

Assim, o feto deve ser considerado uma criança, não nascida, mas criança. E mesmo que houvesse dificuldades em atribuir-lhe a denominação de *pessoa*, jamais se poderia negar que se trata, acima de tudo, de um ser humano, titular de todos os direitos fundamentais, consagrados no ordenamento jurídico.

Em conformidade com esta interpretação, o art. 3.º vem garantir à criança o status de pessoa humana e todas as facilidades e oportunidades de um desenvolvimento físico, mental, moral e social, em condições de liberdade e dignidade.

Na esteira dos princípios protetores impostos pelo Estatuto, percebe-se que não há espaço na legislação brasileira para a permissão do aborto eugênico. Segundo o *Princípio da Garantia Prioritária*²⁰⁹, o art. 4.º consagra à criança a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias (parágrafo único, “a”), e a preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas (parágrafo único, “b”). Dessa forma, torna-se incompatível com a legislação pátria, uma medida política de saúde que autorize a eliminação de um feto (criança não nascida) em face da integridade psicológica da gestante e de sua família. Em razão da garantia prioritária, cabe ao Estado manter o feto vivo e oferecer todo apoio material e assistencial-psicológico à gestante.

Conjeturando sobre o referido parágrafo único, do art. 4.º, poder-se-ia chegar até a uma total proibição de todas as formas de aborto, uma vez que se deve assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida, protegendo e socorrendo o feto em quaisquer circunstâncias, até mesmo em uma situação de estado de necessidade, na qual o médico deve escolher entre aquelas duas vidas, da gestante ou do feto, pois como a lei impõe a absoluta prioridade e primazia na proteção e socorro, a criança não nascida seria beneficiada em prejuízo da gestante. Contudo, privar o marido e a família deste caríssimo ente que é a gestante, seria extremamente cruel e desproporcional. Não há que se exigir uma medida tão extraordinária, na qual se elimina uma pessoa querida e de existência já arraigada na vida de uma família, em benefício de um ser que ainda não formou qualquer vínculo afetivo ou de convivência com aqueles. Felizmente, nos dias de hoje são raríssimas ou até mesmo inexistentes as situações em que o médico e a família devem optar pela gestante ou pelo nascituro.

²⁰⁹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, p. 15.

No tocante à proteção incondicional do feto, ainda mais incisivo se mostra o texto do art. 7.º, o qual versa sobre o direito à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o *nascimento* e o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência. Mais uma vez, nota-se que o legislador não deseja poupar esforços para que o Estado garanta o nascimento de todos e a assistência médica integral em toda a fase de desenvolvimento da pessoa. Acompanhando as diretrizes da Constituição Federal, o Estatuto não permite brechas, nem relativismo quando se trata da proteção da pessoa em suas primeiras etapas de vida.

Finalmente, no art. 11, do referido Estatuto, o legislador, seguindo fielmente os pressupostos do art. 227, da Constituição Federal, buscou garantir à criança atendimento médico, com acesso universal, igualitário, visando à promoção, à proteção e à recuperação de sua saúde e, em especial, para as crianças portadoras de deficiências (§ 1.º).

Estas normas jurídicas não levam a outro entendimento que não o da absoluta proteção à criança, inclusive ao seu direito incondicional de nascer.

Como complemento a estas proteções constitucionais apresentadas, não se pode furtar a uma menção, um outro direito que vem sendo, incansavelmente, defendido por Eliane Eliza de Souza Azevedo e já apontado neste trabalho: o “*direito de vir a ser após o nascimento*”.

De acordo com a autora, o direito de vir a ser após o nascimento é o “*direito de cada criança desenvolver-se em ambiente que não anule ou iniba o seu potencial biológico para desenvolvimento pleno de suas capacidades físicas*”.

e mentais”²¹⁰. Esta proteção deve acompanhar o ser humano desde o início da gravidez, devendo garantir a boa alimentação da gestante, assistência médica, uma vida saudável em uma comunidade provida de saneamento básico e acesso à água tratada. Vale dizer, este direito abrange muito mais que o momento da gravidez e do nascimento e desenvolvimento da criança, ele avança para um tempo pretérito e para um tempo futuro a estes.

Segundo os fundamentos deste direito, a fome e a desnutrição, tanto da gestante quanto da criança, afetam diretamente os seu desenvolvimento físico e mental, além de causar males irreversíveis à expressão do DNA dessas pessoas, furtando-lhes a autonomia, sem mencionar a cruel injustiça que tais privações representam.²¹¹ Como se demonstra, a exclusão social e todos os seus malefícios são causas de nascimentos de crianças com graves enfermidades, o que cria uma situação de extrema desvantagem às pessoas carentes. Com a alimentação precária e a completa falta de assistência médica, a probabilidade de se gerar um filho enfermo é bem maior do que em condições normais. Com a autorização para interrupção de gestação de fetos enfermos, regulamentada no ordenamento jurídico, surgiria uma forma dissimulada de eliminação da população pobre. E esta é mais uma forte razão para se evitar que o aborto eugênico seja descriminalizado, pois, com os graves problemas sociais que assolam o país, cujas esperanças de serem dirimidos são escassas, a expressão “*aborto seletivo*” ganharia mais um significado: o aborto que seleciona pessoas miseráveis para serem eliminadas.

²¹⁰ *O Direito de Vir a Ser após o nascimento*, p. 74.

²¹¹ *Ibidem*, p. 83.

Capítulo V

CRIME CONTRA A VIDA INTRA-UTERINA

O Direito protege o ser humano desde o momento da fecundação até depois de sua morte. Após a morte, os direitos da pessoa são cuidados na esfera cível, segundo o direito de sucessão, além do cumprimento da vontade expressa em testamento. No âmbito penal, protegem-se o corpo e a imagem do falecido, além da própria sepultura, do cadáver e dos restos mortais.

A partir do momento em que é gerado, o ser humano começa a ser protegido pelo Direito. O Livro das Pessoas, no Código Civil, põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção (art. 2.º) e o Direito Penal também o faz a partir do momento da concepção, com a tipificação do abortamento.

Não somente a existência de uma vida em sua fase intra-uterina altera a natureza jurídica dos atos considerados criminosos, como também o diagnóstico positivo da gravidez muito influencia no momento do enquadramento dos fatos típicos, como no caso da configuração do delito de adultério, quando o cônjuge está distante de seu lar; na comprovação da prática de crimes sexuais violentos ou ainda para certificar a ocorrência de conjunção carnal, no delito de sedução, nos casos em que a mulher possui hímen complacente.

No que diz respeito ao aborto, a existência da gravidez é seu pressuposto, isto é, para que o crime ocorra se faz imprescindível estado gravídico da mulher. Já se consagrou como sendo gravidez, o intervalo entre o momento da

fecundação – quando o gameta masculino se funde ao gameta feminino – e o rompimento do saco amniótico, quando se inicia o trabalho de parto.

Na verdade, a fecundação não representa o início da gravidez, já que o óvulo somente iniciará o seu desenvolvimento após a nidação. Segundo Maria Tereza Verardo, no intervalo entre a fecundação e a nidação, a probabilidade de haver expulsão espontânea do óvulo antes de se atingir a segunda fase gira em torno de 30 %²¹². Ao afirmar que a gravidez não se inicia no momento da fecundação dos gametas, não se questiona o início da vida (o momento em que o fôlego da vida é soprado no novo ser em formação), mas, simplesmente, se aponta o início da gravidez, que não necessariamente representaria o início da vida, pois esta provavelmente já esteja presente no embrião. Quem vem aduzir o verdadeiro momento do início da gravidez é a própria natureza, porquanto, antes da nidação o embrião não se desenvolve completamente, somente o fazendo após a sua fixação no endométrio. A partir desse ponto, nada impede a natureza de fazê-lo evoluir e se transformar em um novo ser humano em toda a sua plenitude e forma. Como proclama Nelson Hungria, “... *esta lei biológica se cumpre com a mesma fatal necessidade com que se cumprem as leis que regem a marcha silenciosa dos astros*”²¹³.

Por essas razões, deve ser entendido como o momento inicial de proteção jurídica aquele no qual se forma o embrião que, como ser em potencial, já deveria ter protegido seu direito inviolável à vida. Assim entende Aníbal Bruno, quando proclama que a proteção se inicia no momento em que “*as duas células*

²¹² E complementa seu comentário dizendo: “No entanto, religiões insistem que a alma passa a pertencer ao novo ser no momento da fecundação” (VERARDO, Maria Tereza. *Aborto: um direito ou um crime?*, p. 86). Segundo Stella Maris Martínez, essa porcentagem gira em torno de 30 e 50% (*Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 84).

²¹³ *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 280-1.

*germinais se fundem, com a resultante constituição do ovo, até aquele em que se inicia o processo do parto”²¹⁴, não alcançando, dessa forma, as práticas contraceptivas. Neste sentido e com a mesma ênfase professa Oswaldo Henrique Duek Marques, in *Pena Capital e o Direito à Vida*, quando afirma que a vida “deve ter a proteção do Direito, desde a formação do embrião até o instante da morte. Durante todo esse período, pode-se falar em vida, objeto da tutela jurídica”.²¹⁵*

A partir do instante em que o parto foi iniciado, qualquer atentado à vida daquele novo ser não mais poderá ser interpretado como aborto. Se a violência partir da mãe, pode-se configurar o delito de infanticídio (art. 123, Código Penal), se partir de terceiro, delito de homicídio (art. 121, Código Penal). Se a mulher matar o próprio filho recém-nascido, não estando sob a influência do estado puerperal, o crime cometido é o homicídio com a pena aumentada pela segunda parte do § 4.º, do art. 121²¹⁶.

1. Conceito de Aborto

A etimologia da palavra aborto é latina, *abortus*, sendo que o prefixo *ab* significa impedir, privar, e *ortus* ou *orior*, nascer, nascimento.

O abortamento (*festinatio homicidii*) é a interrupção violenta da gravidez antes de seu termo natural, com a conseqüente morte do feto, podendo este ser

²¹⁴ *Crimes contra a Pessoa*, p. 162.

²¹⁵ P. 3.

²¹⁶ § 4.º (...). *sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.*

expulso do organismo materno ou não. A morte do feto poderá ocorrer no interior do ventre de sua mãe ou quando da sua expulsão. Enfim, dois são os pressupostos do abortamento: a interrupção da gravidez e a morte do feto.

Bento de Faria, ao contrário, aponta como elementos do aborto, a gravidez, o dolo e os meios empregados, não havendo necessidade da ocorrência da morte do feto para se configurar o delito.²¹⁷

De acordo com Eugenio Cuello Calón, o conceito jurídico de aborto seria *“a destruição ou aniquilamento do fruto da concepção em qualquer dos momentos anteriores ao término da prenhez”*.²¹⁸

Para Ary Azevedo Franco, aborto significa: *“morrer, fenecer, perecer e desde que aplicado às espécies animais, nada mais é que o fato de uma gestação interrompida em sua evolução, com a expulsão do produto da concepção”*²¹⁹. Além deste conceito, o autor também festeja a definição dada por Zanardelli, segundo o qual:

*“o aborto criminoso importa sempre a destruição do feto, aconteça dentro ou fora do útero materno. A essência do crime consiste, com efeito, no impedimento do processo fisiológico da maturidade do feto, que se pode dizer concluída somente com o parto normal”*²²⁰.

²¹⁷ *Anotações Theorico-Praticas ao Código Penal do Brazil*, v. 2, p. 408.

²¹⁸ *Cuestiones Penales Relativas al Aborto*, p. 68. Tardieu: *“expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente de idade, viabilidade e mesmo de formação regular”* (HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 287).

²¹⁹ *Tratado de Direito Penal*, v. 6, p. 133.

²²⁰ *Ibidem*, p. 138-9.

Não obstante empregue o termo *aborto*, em razão da previsão legal, Azevedo Franco chama a atenção para o fato de que alguns autores optam pela expressão *abortamento*, como sendo o ato, e *aborto*, o produto gerado deste crime²²¹.

Vicente de Paulo Vicente de Azevedo também sugere uma distinção entre *aborto* e *abortamento*, sendo que o primeiro refere-se à expulsão prematura, espontânea ou acidental, isto é, sem qualquer intervenção da própria gestante ou de terceiros, enquanto o segundo denominaria a “*procurada expulsão do feto*”, seja por parte da própria gestante ou de terceiros, com ou sem consentimento e até mesmo o procedimento legal (abortamento legal). Sabe o autor, contudo, que sua classificação não é a predileta, sendo utilizado a expressão abortamento para designar o ato de se expulsar o feto, e aborto, o produto do abortamento²²².

Não obstante essas variações, o legislador utilizou-se da expressão *aborto* para designar o delito propriamente dito, isto é, a ação de praticar a interrupção da gravidez acompanhada da expulsão do feto. Todavia, essa expressão significa tanto a expulsão violenta do feto, como o produto dela gerado.

Já Nelson Hungria chama a atenção para as condutas não entendidas como aborto, afirmando que:

²²¹ Ary Azevedo Franco acolhe o conceito de aborto criminoso do professor de Medicina Legal, Carlos Seidl: “Aborto é interrupção artificial da prenhez, provocada sem indicação terapêutica justificada, por intervenção direta ou indireta sobre os órgãos genitais ou sobre o produto da concepção” (*Tratado de Direito Penal*, v. 6, p. 134).

²²² *Do Valor do Consentimento no Aborto Criminoso*, RT 128, p. 400.

“nada tem a ver com o aborto o emprego de meios para impedir a fecundação, ainda que o espermatozóide já tenha ingressado no órgão genital da mulher. Do mesmo modo, é coisa inteiramente distinta do aborto a destruição dos óvulos não fecundados pela mulher, ainda que com fim de torná-la estéril”²²³.

O delito de aborto não significa o abortamento em si mesmo, isto é, a interrupção da gravidez e a expulsão do feto do ventre materno. Como mencionado acima, para que se configure o aborto, como o previsto no preceito primário da norma incriminadora dos arts. 124 a 127, do Código Penal, há necessidade da expulsão do feto e de sua morte, não importando qual venha a ocorrer primeiro. Essa explanação faz-se necessária, pois, em legislação penal alienígena, há previsão do crime de aborto configurando-se com a simples expulsão do feto, sendo irrelevante o fato deste vir a morrer ou não.

2. Qualificações Legais e Doutrinárias

Por ter como objetivo principal a proteção à vida do feto, o aborto é considerado um crime simples. Não obstante, em um segundo plano proteja-se a vida e a saúde da gestante.

O aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, previsto no art. 124, do Código Penal, é considerado crime próprio, pois é somente a gestante quem pode aplicar, em si mesma, procedimentos abortivos ou somente ela quem pode consentir que outrem a submeta a tais procedimentos. Quando

²²³ *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 289.

praticado por terceiro, com o consentimento da gestante ou sem o seu consentimento, será classificado como crime comum.

É crime material, pois somente se consuma com a morte do feto, de forma que seria possível a figura tentada.

Para que haja a materialidade é necessária a existência de um feto com vida, o que pressupõe uma gravidez. Somente através da comprovação do feto com vida no momento da realização do fato típico é que se configurará o crime. E a morte do feto deverá ser causada pela conduta abortiva, que o trouxe ao mundo antes que pudesse se tornar compatível com a vida extra-uterina e resistente a ela²²⁴.

Há julgados no sentido de se configurar o delito de aborto mesmo com deficiência na constatação pericial da prova de gravidez.²²⁵ Nesses julgados, a decisão é no sentido de que tal deficiência não impeça a pronúncia, nem tampouco a condenação, uma vez que há outros indícios de materialidade do crime. Outras decisões seguem por uma vereda mais solitária, entendendo haver o delito de aborto mesmo sem o essencial exame de corpo de delito, baseando-se em simples prova testemunhal. A doutrina dominante parece mais sensata, exigindo, para a configuração do delito, a prova do estado de gravidez e/ou da existência do feto sacrificado. Como o aborto é um crime material, não se pode prescindir do exame de corpo de delito para o início da ação penal ou para a decretação de pronúncia²²⁶.

²²⁴ BRUNO, Aníbal, *Crimes contra a Pessoa*, p. 161.

²²⁵ RT 282/159; 283/120; 198/98; 486/285.

²²⁶ RT 505/332; 493/284; 489/309; 487/338; 437/295.

O aborto é crime instantâneo de efeitos permanentes. Instantâneo porque se consuma no momento da expulsão e morte do feto, não necessariamente nesta ordem. Se alguém se submete a qualquer prática abortiva, como por exemplo, ingerir alguma droga com propriedades eficazes para este resultado, somente terá cometido o crime quando se constatar a expulsão e a morte do feto, mesmo que esta pessoa agonize por várias horas ou dias, enquanto a droga faz efeito em seu organismo. É permanente, porque, como no homicídio, o seu efeito (a morte do feto) é irreversível.

É um crime estritamente comissivo, pois é sempre resultado de uma ação, nunca de uma omissão.

O aborto é crime de dano, pois, para sua configuração, há necessidade, primordialmente, do perecimento do feto e também da lesão corporal ou da morte da gestante. Se das manobras abortivas não resultar a morte do feto ou dano à integridade física da gestante, o agente não responde por crime algum, nem mesmo por tentativa.

Com exceção do auto-aborto (art. 124 do Código Penal), no qual existe apenas um sujeito passivo (o feto), o aborto é considerado um crime plurissubjetivo passivo ou de dupla subjetividade passiva, pois, com a mesma conduta, podem ser atingidos o feto e a gestante. Na hipótese de causar lesão corporal ou morte da gestante, o aborto pode ser considerado um crime pluriofensivo, por lesar a vida do feto e a integridade física e psíquica da gestante.

Já o aborto eugênico, além dessas classificações, pode ser considerado crime vago, quando praticado com o intuito de destruir, no todo ou em parte, um grupo racial, religioso, étnico ou nacional (art. 1º, *d*, da Lei 2.889/56 – Lei do Crime de Genocídio). Assim pode ser classificado, pois, neste caso específico, o objeto jurídico é a Humanidade.

3. Objeto Jurídico

Como leciona Aníbal Bruno, objetos jurídicos são interesses e valores permanentes, inerentes ao ser humano, como a vida ou a liberdade, variando de acordo com a sociedade e com seu momento na história. São valores morais e culturais do indivíduo e da coletividade, merecedores de preservação e que se dá através de proteção jurídica. No mesmo sentido, Von Liszt, M. E. Mayer e Exner entendem o bem jurídico como valor ou interesse anterior ao Direito, que, pela imprescindibilidade ao indivíduo ou a seu grupo, recebe uma proteção cuja graduação é medida de acordo com esta relevância²²⁷.

O objeto juridicamente tutelado no crime do aborto é a vida. Irrelevante a sua denominação, *vida intra-uterina* ou *vida em formação*, uma vez que a palavra *vida* se auto-define.

²²⁷ BRUNO, Aníbal, *Direito Penal I*, Parte Geral, tomo 1, p. 15-7. “O bem jurídico deve possuir um sentido social próprio, anterior á norma penal e em si mesmo decidido, caso contrario não seria capaz de servir de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações” (BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, v. 1, p. 203, *apud* JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal*, p. 351-3). “Bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente, ... , bem jurídico é todo estado social desejável que o direito quer resguardar de lesões”(MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 70, *apud* WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*).

Para Nelson Hungria, o feto deve ser considerado um “*spes personae*”, o que justifica o delito de aborto ser classificado como crime contra a vida. Nessa esteira está Manzini, que classifica o feto como uma pessoa em formação, uma expectativa de vida, de forma que praticar aborto deve ser entendido como um atentado contra um cidadão em germe, um ser humano na ante-sala da vida civil, uma *esperança de vida*²²⁸.

No auto-aborto e no aborto consensual, o bem jurídico tutelado é a vida em potencial do embrião²²⁹ e a vida do feto. Em relação ao aborto praticado sem o consentimento da gestante, além da vida do feto, outro bem protegido é a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher.

À época do advento do Código Penal de 1940, duas escolas apresentavam opiniões divergentes quanto ao bem jurídico protegido pelo tipo penal do aborto. Para a corrente francesa, liderada por Tardieu, o bem maior era a vida da gestante, desconhecendo qualquer proteção ao embrião ou ao feto. Já a escola italiana, representada por Lazzaretti, denominava o aborto como *feticídio*, pois vem a proteger a vida do feto, o produto da concepção²³⁰. O Código de Zanardelli, assim como o Toscano (ambos da Itália), incluiu o aborto no rol dos crimes contra a pessoa, demonstrando que o objeto jurídico protegido era a vida do feto, considerado “*spes hominis*”, enquanto o Código Sardo classificou como

²²⁸ *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 285 ss.

²²⁹ “Há, porém, um número importante de situações cuja valoração não excede o campo da ética, por não haver basicamente consenso quanto à qualidade do bem sobre o qual recai a conduta e, por conseqüência, se é um bem jurídico suficientemente valioso para ser objeto de proteção penal, na medida em que essa proteção se configure numa hipótese de exceção. Estamos falando, indubitavelmente, no valor dado ao embrião, sobre o qual se delineiam conceitos tão diversos como aquele que diz que é um mero conglomerado de células, sem mais significado do que qualquer tecido humano separado do corpo, ou aquele conhecido posicionamento da Igreja Católica, que o concebe com a pessoa desde o momento da concepção” (MARTÍNEZ, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 58).

²³⁰ FRANCO, Ary Azevedo, *Tratado de Direito Penal*, v. 6, p. 149-150.

delito contra a família. Contudo, no texto final promulgado, do Código Penal Italiano, foi classificado como crime contra a integridade e a sanidade da estirpe.

Como se vê, durante todo o desenvolvimento do Direito Penal Moderno a incriminação do aborto buscou proteger a saúde e a vida da mulher, proteger a família através da proteção da proliferação dos sucessores, proteger a paternidade, manter o equilíbrio demográfico e, às vezes, preservar raças, nacionalidades ou etnias. Enfim, apesar da preocupação com todos estes bens jurídicos, dever-se-á entender como, inquestionavelmente mais valioso, o bem da vida, superando, assim, todas as demais classificações.

Por tratar-se, o objeto jurídico, de um interesse do indivíduo cujo valor varia de acordo com o grupo social e o momento histórico, o embrião e o feto sempre estiveram em desvantagem quando da decisão de qual bem deve ser juridicamente tutelado, pois como não possuem consciência e, segundo muitos doutrinadores, não detêm o direito de personalidade, não poderiam possuir interesse próprio.

Dessa forma, no que tange ao aborto eugênico, o interesse de um ser em potência ou do ser em formação, nem sequer será conhecido, prevalecendo o interesse da gestante, quer dizer, de uma pessoa já inserida em uma cultura consumista e imediatista, em uma vida livre de limitações e provações, do ponto de vista predominantemente emocional e financeiro. Neste contexto em que a mulher vive, a idéia de se despende cuidados perenes a um filho não desejado ou a um filho com *prerrogativas essenciais*, faz qualquer sentimento de amor por este descendentes ser suprimido pelo sentimento aflitivo e penoso de uma

vida privada de prazeres e voltada para a assistência de uma pessoa impedida de gozar destes mesmos prazeres.

O valor dado à vida do feto ou à existência do embrião, assim como o valor dado aos demais objetos jurídicos protegidos nas legislações penais, varia de acordo com a consciência coletiva, ou melhor, de acordo com a consciência das camadas sociais dominantes. Nos dias atuais, com a rápida evolução das técnicas de exames pré-natais em uma sociedade obcecada pela futilidade da superficial beleza física, da boa forma, do desperdício e da superfluidade, um feto malformado corre um grande risco de ser descartado. Parece não haver espaço para o indivíduo que depende de atenção por tempo integral e depende de permanentes cuidados médicos, geralmente dispendiosos. Em uma era em que tudo é descartável, em que o conteúdo dá lugar a aparência, um ser que necessite de muitos cuidados torna-se inviável, incompatível com o novo modo de vida dos prazeres fugazes.

A legislação penal pátria, assim como a dos demais países, sempre valorou o ser em formação de forma depreciativa. Refere-se à Europa como o berço do Direito de vanguarda, das posições jurídicas inovadoras, que muito influenciam o ordenamento jurídico brasileiro, mas em contrapartida, é na Europa onde a relatividade do bem da vida é maior. Em alguns países europeus, a legalidade da eutanásia e do aborto já é uma antiga realidade. O direito à vida não só perdeu a sua inviolabilidade como também vem sendo cada vez mais desvalorizado. Perdura, como tema das discussões em Biodireito, a gradação de valor entre o embrião, o feto e o recém-nascido, sendo que o embrião, atualmente, tem menor valor que o feto e este menor valor que a criança já nascida. Observa-se a desvalorização do embrião, pelas infinitas experiências realizadas nos países

européus e asiáticos, e de seus descartes quando não mais são necessários, sem qualquer entrave judicial. Da mesma maneira, o direito à vida do feto está subjugado a inúmeras outras necessidades, como demonstrado na legalização do aborto na maioria dos países desenvolvidos.

Na década de 1970, Claus Roxin já tecia críticas ao desprezo pelo valor da vida do embrião, afirmando que o bem jurídico deste ser em potência deveria ser protegido com todos os seus atributos e sua vida deveria ser respeitada e promovida. Não obstante, o jurista alemão entende que o ser em formação não deve ser equiparado à pessoa nascida, sendo o valor do bem jurídico do primeiro menor que o do segundo²³¹. Para Stella Maris Martínez, todo bem jurídico é alvo de proteção penal e, ainda que haja dúvidas em relação ao momento de se proteger o ente, “o lógico é manter ou incrementar essa proteção, mas nunca eliminá-la”²³².

Percebe-se na legislação penal brasileira que tal variação do valor da vida não é fato novo. Como analisado alhures, as antigas Cartas Penais brasileiras já apresentavam uma depreciação do valor do bem da vida do feto. Essa gradação se manteve com o advento das normas penais contemporâneas, como observado no atual Código Penal (1940), em cujo tipo penal do delito de interrupção da vida do feto praticado pela própria mãe (art. 124 – pena de detenção de 1 a 3 anos) não há punição tão severa quanto no infanticídio (art. 123 – pena de detenção de 2 a 6 anos). Note-se, ainda, que ambos os tipos penais apresentam penas brandas quando comparadas à pena de homicídio simples (art. 121 – pena de reclusão de 6 a 20 anos).

²³¹ La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo. *Problemas Básicos del Derecho Pena*, p. 73.

²³² MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 84 ss.

Observe-se como é disposta a incoerente valoração da vida humana pelo legislador penal. Quando se compara o delito de aborto ao de infanticídio. Este crime pode ser considerado um homicídio privilegiadíssimo, não obstante seja praticado contra o próprio filho recém-nascido²³³, por se entender que foi praticado pela mãe em estado de inimputabilidade temporária, causada pelo puerpério. Já o auto-aborto e aborto consensual, do art. 124 do Código Penal, também podem ser considerados como um homicídio praticado pela mãe contra o próprio filho. A discrepância está no fato de que, no aborto, ao contrário do infanticídio, a mãe o pratica por sua vontade livre e consciente, e mesmo assim é punida com sanções mais brandas.

Também o valor da vida do indivíduo já nascido é relativizado pelo ordenamento jurídico, uma vez que existem dispositivos permissivos de sua eliminação, como por exemplo, as causas excludentes de ilicitude, do art. 23 do Código Penal (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito), a pena de morte²³⁴ e o direito consuetudinário de guerra.²³⁵

Em se tratando de embrião, o legislador brasileiro tentou e, de acordo com alguns juristas, sem muito sucesso, caminhar no sentido de protegê-lo através da Lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995, cujo objetivo foi estabelecer normas para o

²³³ O delito de homicídio tem sua pena aumenta de 1/3 quando praticado contra pessoa menor de quatorze anos (art. 121, §. 4.º, última parte, do Código Penal), sendo, ainda, agravada sua pena se praticado contra descendente (art. 61, II, *e*, do Código Penal).

²³⁴ No Brasil, o legislador constituinte de 1988, não obstante haver colocado a vida entre os direitos fundamentais e invioláveis, previu uma exceção em caso de guerra declarada, quando a pena de morte pode ser utilizada pelo Estado para o exercício do *jus puniendi* (art. 5.º, XLVII, “a”).

²³⁵ De acordo com a legislação pátria, a declaração de guerra é competência privativa do Presidente da República, em caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX, da Constituição Federal).

uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, além de criar a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio). O seu art. 13, inc. III, considera crime a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível, apenado com reclusão de seis a vinte anos. Nota-se uma desproporção entre a pena aplicada à manipulação de embriões e as penas aplicadas na Carta Penal para as diversas modalidades do crime de aborto. Com uma pena equivalente a do delito de homicídio, o bem da vida do embrião tornou-se mais valioso, se comparado ao do feto e até mesmo ao do recém-nascido, no caso de infanticídio.

Mas esta lei não é o único exemplo quando se trata de desproporcionalidade da valoração de objetos jurídicos. Até mesmo o patrimônio é mais valorizado que a vida do feto, como nos casos de furto qualificado (art. 155, §.º 4.º), roubo (art. 157), extorsão (art. 158), extorsão mediante seqüestro (art. 159), apropriação indébita previdenciária (art. 168-A) ou estelionato (art. 171). Outros exemplos estão na Lei de Crimes Ambientais (9.605 de 12 de fevereiro de 1998). O legislador entendeu ser mais valioso que a vida do feto a vida dos peixes, ao prever para o delito de pesca predatória, pena de um a cinco anos de reclusão (arts. 35 e 36).

Esta análise das desproporções das valorações de objetos jurídicos não é uma crítica à supervalorização do patrimônio ou do meio ambiente, mas à gritante depreciação ao bem da vida humana em formação. Quando a Constituição Federal versa sobre o direito inviolável à vida (art. 5.º *caput*), não faz nenhuma distinção entre quais as fases da vida devem ser protegidas. O legislador constituinte foi enfático e abrangente ao determinar que todos são iguais perante

a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (grifo nosso).

Se o feto, mesmo em perfeito estado de saúde, já não goza de proteção rigorosa concedida pelo Estado ao indivíduo nascido, menos ainda o feto portador de anomalias. Este ser infeliz tem ferido, além de seu minúsculo corpo em formação, o seu direito à vida e seu direito à igualdade, quando da opção pelo aborto eugênico.

Se o bem da vida fosse realmente inviolável, inalienável, indisponível, como reza a referida norma constitucional, não haveria distorções no valor da vida humana, independentemente da sua fase de desenvolvimento.

4. Objeto Material

O objeto material é o embrião ou o feto, o ser humano em desenvolvimento no ventre materno, desde a fecundação até o início do parto. Com o avanço da medicina científica, a proteção deste bem material torna-se mais complexa, pois surge a necessidade de protegê-lo, mesmo não estando no interior do útero, mesmo estando fora do organismo da mulher, como na fertilização “*in vitro*”, quando o embrião é criado exteriormente, para posteriormente ser introduzido no útero materno.

Entretanto, existem formas alcançadas pelo embrião que não serão consideradas como objeto material. É o caso do feto papiráceo; a mola hidaltiforme, originada na gravidez molar; o produto da concepção, na gravidez

ectópica ou extra-uterina ou tubária; e o feto morto naturalmente e retido no útero.

A gestante também pode ser considerada o objeto material do delito de aborto, quando vier a sofrer lesões corporais ou a falecer em virtude dos métodos abortivos empregados.

5. Sujeitos do Delito

O sujeito ativo será a própria mulher grávida no caso de auto-aborto e do aborto com o seu consentimento. O sujeito ativo também pode ser qualquer pessoa que praticar os métodos abortivos na mulher ou auxiliá-la a praticá-los. O cônjuge, companheiro, os pais ou parentes da gestante que a obrigarem a realizar o aborto, da mesma forma, serão considerados co-autores, em virtude da coação irresistível prevista no art. 22 do Código Penal. Já a participação poderá ser imputada a quem instigar, induzir a prática do delito ou prestar-lhe auxílio. Evidente que, se o aborto não se realizar, não há que se falar em induzimento, instigação ou auxílio.

O Sujeito passivo do aborto é sempre o produto da concepção, em qualquer fase de seu desenvolvimento e assim deve ser entendido, já que a norma penal incriminadora não faz distinção entre elas. Sendo assim, pode ser considerado sujeito passivo o embrião ou o feto. A gestante também o poderá ser, se sofrer algum dano a sua integridade física ou psíquica ou se vier a morrer em face da ação abortiva, quando não consentir com a realização do abortamento. No aborto consentido, a gestante também pode ser apontada como

sujeito passivo, caso venha a sofrer lesão corporal ou morrer, exceto se o dano sofrido for à sua integridade psíquica.

O ser humano é um animal cuja característica é a uniparidade, ou seja, a capacidade de gerar um só filho. No entanto, pode ocorrer a poliembrião, que é a formação de mais de um filho numa única gestação. Neste caso, ocorrendo o desenvolvimento de gêmeos, trigêmeos ou mais, haverá concurso formal se o aborto for praticado²³⁶. Mesmo se tratando de uma única conduta abortiva, o produto da concepção são dois ou mais futuros seres, duas ou mais almas distintas atingidas pelo mesmo golpe. Não parece haver espaço para posições diversas, uma vez que o abortamento é um crime contra a vida e, neste caso específico, duas ou mais vidas são podadas pela conduta assassina.

Do mesmo modo, pode haver concurso material, quando o agente, ao praticar a manobra abortiva, descobre a existência de outro feto, realizando assim nova agressão, quer utilizando-se de meios idênticos, quer utilizando-se de meios diversos. Imagine-se um caso em que o agente insere no interior do órgão genital da mulher uma agulha com o intuito de atingir o feto e, dessa forma, matá-lo. No decorrer do processo, é descoberta a existência de um segundo feto, o qual não foi atingido pela primeira ação lesiva. O agente, determinado em pôr fim à gravidez, ataca de outra forma, seja com um golpe no abdômen, seja com a aplicação de substância abortiva ou mesmo com uma outra estocada com a agulha.

²³⁶ ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes Contra a Vida*, p. 209.

6. Estrutura do Tipo Penal

O elemento objetivo tem como núcleo o verbo “provocar”, no sentido de ser causa ou motivo de ocasionar, produzir, facilitar, promover, incitar, estimular²³⁷, podendo ocorrer por comissão ou por omissão. O tipo penal deste crime não define a conduta do abortamento, simplesmente institui “*provocar aborto*”, restando ao julgador enquadrar os atos de acordo com os ensinamentos médico-legais. Para Aníbal Bruno, esta expressão reduz o núcleo do tipo, de sorte a se configurar quando houver a interrupção do processo de gravidez, seguida da morte do feto, sendo esta a ação principal.²³⁸ Irrelevante, porém, se a morte do feto se deu dentro do útero ou fora dele, após a expulsão. O que deve ficar claro é o momento em que pode ser provocado, isto é, com o início da gravidez, não sendo abarcadas pelo tipo penal as condutas anteriores a esta fase, como a prática de medidas anticoncepcionais.

Neste sentido, se faz oportuna a exposição de algumas decisões:

*“Se os meios anticoncepcionais já são admitidos, não se compreende que o aborto também não seja, pelo menos nos primeiros dias da concepção, antes que o feto manifeste vida”.*²³⁹

“A admissão de meios anticoncepcionais de modo algum constitui franquia para a liberação do aborto, mesmo nos

²³⁷ Dicionário Aurélio Século XXI: Digital.

²³⁸ *Crimes contra a Pessoa*, p. 160. Alguns legisladores alienígenas preocuparam-se em exprimir mais detidamente o tipo penal do aborto, como o mexicano, no Código Penal de 1929: “*llamase aborto en derecho penal a la extracción del producto da la concepción o a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, con objeto de interrumpir la vida del producto*”(HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 5., p. 287).

²³⁹ RT 425/310.

primeiros dias da concepção, pois é de compreensão intuitiva e elementar a diferenciação material, ética e jurídica entre um impedir de vir a ser e a eliminação de uma realidade, i.e., de um ser já existente”²⁴⁰.

Com o reconhecimento do embrião como uma vida humana, outra conduta que pode ser abrangida pelo verbo núcleo do tipo. *Provocar aborto* poderia ser entendido qualquer ato praticado contra o embrião, inclusive o seu descarte. Porém, não seria pertinente tratar desta problemática no presente trabalho.

7. Elemento Subjetivo

O agente deve ter a consciência do ato que está realizando e dos elementos que tornam sua conduta típica, isto é, precisa saber que sua conduta tem como objetivo a interrupção da gravidez ou que pode vir a causá-la, e precisa querer este resultado (dolo direto) ou assumir o risco de produzi-lo (dolo eventual). Por esta razão, não se vislumbra o aborto em sua forma culposa.

Aníbal Bruno cogita a existência de dolo eventual no aborto, quando se procura um parto prematuro com vista à herança reservada ao nascituro²⁴¹. Neste caso, em havendo a morte da criança, entende-se o dolo eventual, pois quem realiza um parto antes do momento imposto pela natureza, tem consciência do risco que corre a criança, se trazida para a vida sem estar biologicamente preparada. O dolo eventual também pode existir se o agente tem consciência da

²⁴⁰ JUTACrim 22/205.

²⁴¹ *Crimes Contra a Pessoa*, p. 164.

condição de grávida da mulher e atenta contra sua integridade física. Da mesma forma haverá dolo eventual da gestante quando praticar, voluntariamente, qualquer conduta lesiva à sua própria integridade física ou à sua saúde, assumindo o risco de comprometer a gravidez e a boa formação fetal.

Entre os doutrinadores que entendem haver dolo eventual no crime de aborto estão Nelson Hungria²⁴² e Euclides Custódio da Silveira. Este autor aponta posição divergente da sua²⁴³, nas lições de Francesco Antolisei, o qual afirma não haver aborto senão por dolo direto, pois se o agente provoca o aborto, tendo assumido o risco de produzi-lo, mesmo sem empregar meios adequados, será enquadrado no crime de lesão corporal grave ou gravíssima²⁴⁴. A Carta Penal brasileira agasalha estas possibilidades em seu art. 129, § 1.º, IV, e § 2.º V, os quais versam, respectivamente, sobre a aceleração do parto proveniente de lesão corporal e o aborto resultante desta mesma conduta.

*“Quem desfere violento pontapé no ventre da mulher, visivelmente e sabidamente grávida, comete o crime de aborto, e não o de lesão corporal gravíssima pelo resultado do aborto, pois age com dolo eventual”.*²⁴⁵

Entre o aborto e a aceleração de parto existem diferenças, do ponto de vista médico e do ponto de vista jurídico, que exigem esclarecimentos. Do ponto de vista médico, o aborto somente será praticado quando houver interrupção da

²⁴² *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 290: “suponha-se que a mulher, sabendo-se grávida, tenta suicidar-se, resultando em aborto. Há dolo eventual quanto a este, de modo que o crime se configura”.

²⁴³ “É inegável que o ânimo de provocar aborto (dolo direto), como a anuência a tal resultado (dolo eventual), pressupõe o conhecimento da gravidez, por parte do agente, pois, em caso contrário, a sua vontade jamais poderia dirigir-se no sentido de atingir esse resultado” (*Direito Penal: Crimes Contra a Pessoa*, p. 115).

²⁴⁴ *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale, I, p. 91.

²⁴⁵ RT 578/305.

gravidez entre a oitava semana após a nidação, quando o embrião passa a ser denominado feto, até o sexto mês. A partir daí, não seria mais possível a prática do aborto, mas aceleração de parto. Já do ponto de vista jurídico, a diferença fundamental entre aborto e aceleração de parto está no resultado. Por este prisma, a gravidez inicia-se com a concepção e dura até momentos antes ao início do trabalho de parto. Se em qualquer momento deste intervalo de tempo houver interrupção da gravidez, com o resultado morte do feto, há crime de aborto. Porém, se houver interrupção da gravidez e o feto se mantiver vivo fora do ventre materno, ocorre a chamada aceleração de parto.

O delito de aborto também comporta a forma de preterdolo, quando o agente atenta contra a integridade física ou psíquica da gestante, vindo a causar-lhe, involuntariamente, o aborto (*vulnerandi animus*). Diz-se também integridade psíquica, porque, não somente através de uma agressão física o agente pode atacar a gestante, podendo fazê-lo através de um intenso tormento psicológico ou até mesmo assustando-a. Existe corrente contrária a esta, para a qual não pode haver o crime de aborto preterintencional. Para os adeptos desta via, entre eles Euclides Custódio da Silveira²⁴⁶, a ocorrência do aborto, sem que o mesmo seja sequer imaginado pelo agente, quando de sua conduta, daria ensejo ao delito de lesão corporal gravíssima, previsto no art. 129, § 2.º, V, do Código Penal. Contudo, se de uma ação dolosa, visando a um resultado, origina-se um segundo resultado de maior gravidade, por culpa, pode-se dizer que houve a preterintencionalidade. É o que ensina Aníbal Bruno, ao afirmar a existência de delito preterdoloso em todas as vezes que “o resultado ocorrido é mais grave do que o querido pelo agente”²⁴⁷. Assim, o que ocorre é apenas uma divergência em

²⁴⁶ *Direito Penal: Crimes Contra a Pessoa*, p. 115.

²⁴⁷ *Direito Penal, Parte Geral*, v. 1, t. 2, p. 76.

relação à nomenclatura das condutas criminosas e não em relação ao tipo penal correspondente. Diz-se, então, que a lesão corporal gravíssima, cujo resultado é o aborto, pode também ser classificada de aborto preterdoloso.

A outra forma do preterdolo se apresentar está no art. 127 do Código Penal, cuja letra aponta o delito de aborto qualificado pelo resultado. Neste caso, haverá a preterintencionalidade se o resultado mais gravoso, a morte da gestante, for culposo. O referido artigo prevê um aumento do dobro da pena quando a prática abortiva resultar na morte da mulher.

O crime de aborto pode ter motivações das mais variadas naturezas, como a ocultação de desonra; a grande dificuldade para uma mulher sozinha criar um filho; a dificuldade financeira de se criar mais um filho ou simplesmente o fútil desejo de manter a boa forma ou de não atrapalhar determinada fase profissional. Já no aborto eugênico, identifica-se um dolo específico, uma vez que a interrupção da gravidez se dá em virtude da discriminação do ser em desenvolvimento que apresenta qualquer alteração indesejável em sua estrutura biológica.

8. Consumação

Consuma-se o crime com a morte do produto da concepção, pois este é considerado o evento principal no aborto. Para Nelson Hungria, o momento da morte do feto é irrelevante para a configuração do fato típico, seja ainda no útero

da mãe, seja fora dele; seja em decorrência da técnica abortiva empregada ou em decorrência da incapacidade do feto de sobreviver à vida extra-uterina²⁴⁸.

Se os meios abortivos são empregados, causando a expulsão do feto, mas este não vem a morrer, haverá simples tentativa de aborto. Caso o produto da concepção já esteja morto no momento das práticas abortivas, a conduta será considerada atípica, devido à ocorrência de crime impossível por absoluta impropriedade do objeto. Da mesma forma, quando houver gravidez psicológica. Também será atípica a utilização de substância inidônea para provocar o aborto ou o emprego de magia, rezas ou benzeduras, que são outras formas de crime impossível, por absoluta ineficácia do meio empregado.

Este posicionamento parece cristalizado em diversos julgados:

*“Se o laudo pericial é inconcludente quanto ao poder abortivo do medicamento ingerido, devem ser impronunciados os acusados do crime do art. 124”.*²⁴⁹

*“Cibalena e chá de canela em pó não configuram”.*²⁵⁰

“Não importa tenha havido prática tipicamente abortiva, para a configuração do delito do art. 124 do Código Penal, se o laudo pericial conclui que a gravidez não era apta a produzir uma vida. Consoante os ensinamentos dos mestres de medicina legal, a formação de “mola carnososa” ocorre quando há concepção

²⁴⁸ *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 289.

²⁴⁹ RT 785/579.

²⁵⁰ RJTJSP 176/292.

*frustrada, gerando embrião degenerado, inapto a produzir uma nova vida. E nesse caso não pode haver aborto”.*²⁵¹

De acordo com o referencial trabalho de Nelson Hungria, aponta-se outra hipótese em que o fato pode ser considerado atípico:

*“No caso da gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem 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 apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto”*²⁵².

No caso de concepção frustrada, como já foi analisado acima, com formação de mola carnososa, geradora de embrião degenerado, não ocorre configuração do crime de aborto²⁵³.

Para Euclides Custódio da Silveira, o delito pode contemplar a forma tentada, quando são realizadas condutas objetivando a interrupção da gravidez ou

²⁵¹ RT 397/101.

²⁵² *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 298.

²⁵³ RT 397/101.

há ingestão de substâncias abortíferas e o produto da concepção não vem a morrer após a sua expulsão do ventre materno²⁵⁴. Se destas condutas não resultar, nem a expulsão do feto, nem a sua morte no ventre materno, não se configura a tentativa de aborto. Isso não quer dizer que o agente não esteja isento de sanção penal caso lesione ou mate a gestante. Todavia, se, de qualquer conduta idônea para alcançar o aborto, resultar em lesão corporal grave, enfermidade permanente ou deficiência permanente ao nascituro ou recém-nascido, é possível se comprovar que houve a tentativa de aborto. Caso a conduta seja inidônea em relação ao aborto, mas atinja o feto causando-lhe lesão corporal grave ou gravíssima, o fato deve ser enquadrado no tipo penal do art. 129 do Código Penal e seus parágrafos.

9. Nexo de Causalidade

Deve haver entre o meio empregado e o aborto uma relação de causa e efeito, isto é, a conduta praticada deverá ser o motivo da interrupção da gravidez, com a decorrente morte do produto da concepção. Mesmo em se tratando de exame de difícil constatação para o médico-legista, deve-se buscar a verdadeira causa e descobrir se a interrupção da gravidez é realmente decorrente da ação realizada pelo agente ou se esta se deu por circunstâncias independentes a sua conduta. Somente haverá ilicitude se provado que o aborto resultou da conduta abortiva e não de outra causa.

²⁵⁴ *Direito Penal: Crimes Contra a Pessoa*, p. 112.

10. Modalidades de Aborto

O Código Penal brasileiro aponta quatro modalidades de aborto no Capítulo I – dos Crimes Contra a Vida. Uma primeira divisão das espécies de aborto se dá em razão do sujeito ativo, que pode ser a própria gestante, no caso do auto-aborto ou terceiro nos demais casos. Em relação ao aborto praticado por terceiro são observadas as outras três espécies, quais sejam, o aborto com o consentimento da gestante, o aborto sem o seu consentimento e o aborto lícito, praticado por médico. O aborto lícito ainda se subdivide em aborto necessário, quando visa a preservar a vida da gestante em uma gravidez de risco e o aborto sentimental, quando interrompe gravidez resultante de violência sexual.

Além das duas espécies de aborto lícito, positivadas no Código Penal, surge uma nova modalidade, o aborto eugênico, autorizado judicialmente nos casos em que o feto apresenta anomalias que o tornem incompatíveis com a vida extra-uterina. Na maior parte das vezes, foram autorizadas as interrupções de gravidez nos casos de anencefalia e acrania.

A legislação penal aponta ainda outras formas de aborto, como, por exemplo, o aborto por culpa (*strictu sensu*), proveniente de lesão corporal, previsto no Capítulo II – das Lesões Corporais, no art. 129, §. 2.º, V, do Código Penal; e o aborto efetuado para impedir os nascimentos nos seios de grupos nacionais, raciais, étnicos ou religiosos, previsto no art. 1.º, letra “d”, da Lei 2.889, de 1.º de outubro de 1956 (Lei que define e pune o crime de genocídio).

O aborto proveniente de lesão corporal (art. 129, § 2.º, V) deve ser diferenciado da aceleração de parto (art. 129, § 1.º, IV), pois o liame que separa

estas espécies de agressão é muito tênue. Destaque-se que o legislador penal foi extremamente eficiente ao cercar as possibilidades de violência sofrida pelo feto. Somente em relação à expressão *aceleração de parto* o legislador não foi preciso. Como explica Antonio Ferreira de Almeida Jr, esta expressão dá a entender que o parto já se iniciou e uma conduta violenta acelerou o processo. Na verdade, melhor seria *antecipação de parto*, que se configura quando não há morte do feto, nem em razão da agressão, nem em razão do nascimento prematuro. Se, de uma das situações, sobrevier morte do feto, configurar-se-á o aborto e, por essa razão, a lesão passa de grave a gravíssima²⁵⁵.

10.1. Aborto “*honoris causa*”

O aborto *honoris causa* ou legítima defesa da honra, que já foi classificado no direito alemão antigo como estado de necessidade²⁵⁶, não mais é contemplado pela legislação penal brasileira, como no Código Penal de 1890 e de 1969. Isso significa que a gestante não pode alegar esta motivação para se isentar da sanção relativa ao crime de aborto. Sem embargos, podem ser encontradas exceções a esta regra em esparsas decisões judiciais.

“Em sendo o agente pessoa ignorante e que não conte com melhor orientação sobre os fatos, de se admitir legítima defesa

²⁵⁵ *Lições de Medicina Legal*, p. 225.

²⁵⁶ A mulher que teme pela perda da reputação, da honra, teme pelo conflito familiar e pela subsistência do filho não poderia alegar em sua defesa o estado de necessidade, pois “segundo Oetker (*Die Legislative Behandlung der Abtreibung, in Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, v. 21, 1914, p. 311 ss) a mulher se encontra não em um verdadeiro, mas em um aparente estado de necessidade” (p. 86). Mais adiante, Cuello Calón intenta por uma considerável atenuação no caso do aborto *honoris causa*, devendo sua pena visar simplesmente uma censura ou reprovação (CALÓN, Eugenio Cuello, *Cuestiones Penales Relativas al Aborto*, p.132).

*putativa da honra na conduta de quem, sendo recatada, em si mesma provoca aborto, compelida por pavor do descrédito que lhe poderia advir da gravidez, ante seus parentes”.*²⁵⁷

Não se pode olvidar, no entanto, da atenuante genérica da pena, prevista no art. 65, III, a, do Código Penal, aplicada quando o agente pratica o crime por motivo de relevante valor social ou moral. Além da atenuante genérica, na atual Carta Penal existe um fato delituoso que apresenta o mesmo elemento subjetivo e os mesmos sujeitos, ativo e passivo, do delito de aborto *honoris causa*. É o crime de exposição ou abandono de recém-nascido²⁵⁸, com objetivo de ocultar desonra própria, com o resultado morte do filho (art. 134, §. 2.º, do Código Penal). Observe-se que a utilização pelo legislador da expressão *ocultar desonra própria*, neste caso, não serve para excluir a ilicitude da conduta, mas para tipificá-la como um crime próprio.

10.2. Aborto social

Aborto social é a interrupção da gravidez motivada pela carência econômica, pela situação de penúria vivida pela a família, em razão da baixa renda ou do grande número de filhos já nascidos ou, ainda, quando a mãe vive só e não possui nenhum meio de subsistência. O mais cruel desta modalidade de aborto é o fato atingir apenas a população pobre.

²⁵⁷ JUTACrim 2/373.

²⁵⁸ Outra análise comparativa pode ser realizada entre o delito de abandono de recém-nascido e o infanticídio, pois pode surgir certa dúvida no momento da correta adequação típica do fato: “ *O traço de distinção entre o art. 123 e 134, é que neste último o motivo determinante do crime é a ocultação de desonra própria, sendo indiferente se a mãe se encontra ou não sob influência do puerpério*” (ALVES, Ivanildo Ferreira, *Crimes Contra a Vida*, p. 190)

Não se cura a dor de cabeça cortando a cabeça. A questão da miséria, da fome e da exclusão social não pode, de forma alguma, fazer do aborto em massa a solução. O Estado não deve acabar com a pobreza eliminando os miseráveis. O poder público tem o ônus de suprir todas as carências com programas de saúde eficazes, com educação sexual, com acompanhamento pré-natal e com a total assistência ao recém-nascido. O aborto social e a esterilização da classe pobre não são medidas humanitárias, são métodos de genocídio.

Não haveria necessidade de se discutirem tais temas, se o poder público empregasse um plano de conscientização e prevenção de gravidez entre as classes mais carentes da sociedade, ou melhor, o ideal – todavia utópico – seria um plano de desenvolvimento, visando à redução das desigualdades sociais, concedendo, aos mais necessitados, novas oportunidades de trabalho, habitação com saneamento básico e assistência médica adequada. Lamentavelmente, como esses programas não são efetivados, surgem de todos os lados idéias paliativas para solucionar o problema da procriação descontrolada entre os mais humildes. Em qualquer hipótese, matar alguém, nem sequer poderia ser cogitado. O extermínio do feto como solução da pobreza não pode ser opção. Em última análise, poder-se-ia cogitar da criação de estabelecimentos voltados para assistência às crianças abandonadas pelas mães, como foi realizado pela Santa Casa de Misericórdia, da cidade de São Paulo, em 1951, com a “roda viva” ou, atualmente, na cidade alemã de Hamburgo, onde mães deixam os filhos e ainda garantem o próprio anonimato. Neste programa alemão, caso a mãe se arrependa,

pode retornar, no prazo de dois meses, e recuperar a criança. Decorrido este período, a criança é colocada para adoção²⁵⁹.

10.3. Auto-aborto e aborto consentido pela gestante

O auto-aborto, previsto na primeira parte do art. 124 do Código Penal, ocorre quando a própria gestante realiza a conduta criminosa em si mesma, quer ingerindo alguma substância abortífera, quer empregando força mecânica contra o próprio ventre, quer introduzindo instrumentos em sua vagina, visando à punção das membranas do ovo.

Na segunda parte, o tipo penal prevê uma segunda conduta que também só pode ser realizada pela gestante: *consentir* que outrem provoque o aborto. Como ensina Von Liszt, o consentimento representa a *ciência da vontade*, é o requisito *que pressupõe a imputabilidade de quem consente*²⁶⁰. Por esta conduta, para que a mulher seja punida com as penas do art. 124, é necessária a intervenção de terceiro na execução abortiva. O meio pelo qual o terceiro pratica o aborto, mesmo que diverso do solicitado pela gestante, não a isenta de sua responsabilidade. Mas este não é um entendimento pacífico. Manzini entendia estar maculado o consenso quando terceiro praticasse o aborto empregando forma diversa da pretendida pela gestante. Neste caso, anular-se-ia a permissão desta²⁶¹, respondendo o terceiro pelo aborto provocado sem o consentimento da

²⁵⁹ *Jornal da Tarde*, 09 mar. 2000, p. 9-A.

²⁶⁰ *Tratado de Direito Penal Alemão*, p. 64.

²⁶¹ “*Qui rammentiamo che il dissenso sui mezzi equivale alla mancanza di consenso sul fine, quando il colpevole abbia adoperato mezzi che la donna gli proibì di adoperare, independentemente dalla loro pericolosità*” (*Trattato di Diritto Penale Italiano*. v. 7, p. 212).

gestante. Vale dizer que no tipo penal deste artigo, torna-se impossível a co-autoria.

Esta norma incriminadora é a exceção à regra do concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal), pois, mesmo o terceiro, concorrendo com a gestante na prática do abortamento, não incorre nas penas cominadas pelo art. 124, pois ambos praticam delitos autônomos. No entanto, se a gestante permitir ou *solicitar* que outrem lhe provoque o aborto, mas este não realizar nenhum dos atos executórios, não haverá crime.

Para Maria Helena Diniz, o auto-aborto realizado para salvar a própria vida não será punido, pois a gestante age sob a excludente do estado de necessidade (art. 24 do Código Penal). Em contrapartida, a gestante poderia ser punida se praticar aborto em si mesma, quando a gravidez for resultante de estupro²⁶². Esse entendimento em relação ao aborto necessário não deve ser pacífico, pois é pressuposto do aborto legal o fato de ser praticado por médico (art. 128 do Código Penal).

Vicente de Paulo Vicente de Azevedo critica a expressão *com consentimento*, ao questionar sua eficácia no caso concreto, pois entende que as mulheres que consentem a realização do aborto em si mesmas não têm pleno conhecimento do alcance deste ato, seja do ponto de vista moral, legal, religioso, fisiológico ou em relação à sociedade, além dos males que dele podem advir. Segundo o autor, “*não consente quem erra. E erra quem consente sem conhecer*

²⁶² *O Estado Atual do Biodireito*, p. 41.

as conseqüências de seu ato”²⁶³. Em sua conclusão, afirma que, se o assentimento (quando a gestante se propõe, ou aceita a sugestão de terceiro) é a regra, o consentimento previsto em lei (art. 124) não pode ser entendido como atenuante, mas, sim, a falta deste, considerar-se agravante.

As penas para esta espécie de aborto são as mais brandas, variando de um a três anos de detenção, o que dá à gestante o direito de transação penal, suspendendo o processo sob condições a serem cumpridas, por dois a quatro anos, como versa o art. 89, da Lei 9.099/95, ou seja, mesmo matando o próprio filho, a mulher poderá não sofrer sanção penal.

10.4. Aborto provocado por terceiro

O consentimento da gestante é o quesito diferenciador entre o tipo penal do art. 125 e o do art.126, *caput*. Diferente do ato de consentir a realização do aborto (art. 124), neste caso, o ato previsto é o de realizar as manobras abortivas em consonância com a vontade da gestante. O consentimento, segundo Maria Helena Diniz, deve ser inequívoco e perdurar por todo o ato do abortamento, caso a gestante desista de concluí-lo e, mesmo assim, o terceiro executor o leva a cabo, responderá pelo delito de aborto sem consentimento²⁶⁴. Sem embargos, para Aníbal Bruno o consentimento da gestante seria irrelevante, uma vez que a titularidade do objeto jurídico lesado neste crime não pertence a ela²⁶⁵. Da

²⁶³ “... haverá abortamento ‘com consentimento’ da gestante, se ela for instruída quanto aos aspetos moral, legal religioso, relativo á sociedade e á pátria; quanto aos perigos que corre, quanto ás conseqüências a que se expõe? Que valor pode ter o consentimento da mulher se tudo isto não for do seu conhecimento, não estiver presente á sua mente, não instruir, não esclarecer, enfim, a sua ‘capacidade de entender?’” (Do Valor do Consentimento no Abortamento Ccriminoso, RT 128, p. 408).

²⁶⁴ *O Estado Atual do Biodireito*, p. 42.

²⁶⁵ *Crimes Contra a Pessoa*, p. 165.

mesma forma entende Vicente de Paulo Vicente De Azevedo, para quem o consentimento não pode influenciar na constituição do ato delituoso, pois entende se tratar de *circunstância*, ou seja, elemento accidental, o que significa que não é figura essencial para a tipificação do tipo penal²⁶⁶. Porém, o consentimento é de grande relevância para fins de aplicação de pena, já que na sua ausência o crime de aborto é considerado mais grave e suas penas, mais severas.

O art. 126, *caput*, serve como complemento ao art. 124, por ser o tipo penal no qual se enquadra o terceiro que realiza o aborto consentido pela gestante. Nesta espécie de aborto, surge outro sujeito passivo, a gestante, cuja integridade física passa a ser ameaçada pela conduta criminosa do terceiro executor das manobras abortivas que, mesmo agindo com a aquiescência daquela, tem consciência da gravidade de seu ato e da vulnerabilidade do organismo feminino nesta situação de risco. As infecções como a septicemia, por exemplo, são muito freqüentes em abortos clandestinos, praticados sem qualquer preocupação com esterilização de instrumentos e do ambiente.

Não será levado em conta o consentimento da gestante quando esta não tem idade superior a quatorze anos, quando for acometida por enfermidade ou deficiência mental que venha a interferir no necessário discernimento para a autorização deste ato ou quando o consentimento for obtido por meio fraudulento, grave ameaça ou violência (parágrafo único, art. 126). Nestes casos, as penas aplicadas ao agente são as do art. 125 (reclusão de 3 a 10 anos), pois a vontade da gestante não pode ser considerada, em virtude de sua incapacidade ou pelo fato dessa vontade ter sido viciada por terceiro, através do emprego de

²⁶⁶ RT 128, p. 415.

alguma ardileza, ou por ter sido vencida sua resistência por qualquer sorte de violência, quer seja física, quer seja moral. Corrente dominante entende que na ocorrência de violência ou grave ameaça, visando ao aborto, há concurso formal entre este delito e o constrangimento ilegal²⁶⁷.

Discute-se qual o melhor lugar para se abrigar o dispositivo sobre a incapacidade da gestante ou o vício de sua vontade, no momento do consentimento: se juntamente com a figura do aborto com consentimento ou se anexada à figura do aborto sem consentimento. Isso porque, são situações nas quais não há a concordância da gestante, ou quando há, não pode ser acatada. Seria de bom alvitre que o legislador esgotasse todas as formas de aborto não consentido pela gestante antes de iniciar a tipificação penal do aborto de feição consentida, como fez o legislador do Código Penal de 1969²⁶⁸.

Nos crimes de aborto praticados por terceiros, quando estes forem médicos, enfermeiros ou qualquer profissional da saúde, as penas serão agravadas, segundo a letra “g” do inciso II, do art. 61 do Código Penal. Além desta circunstância agravante, poderá o médico sofrer como efeito da condenação, a perda de cargo ou função pública, quando for funcionário público (art. 92, I, do Código Penal). Nelson Hungria, à época, também relacionou nesse rol as parteiras²⁶⁹. Na vida das cidades, pode-se até ignorar esta profissão, chegando-se a afirmar que a função de parteira encontra-se extinta. Porém, não se pode olvidar que, em razão das dimensões geográficas do Brasil, as parteiras

²⁶⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 303; JESUS, Damásio E. *Direito Penal*, v. 1, p. 107.

²⁶⁸ **Art. 125.** *Provocar aborto sem o consentimento da gestante, ou se esta é menor de dezesseis anos, doente ou deficiente mental, ou se o seu consentimento é obtido mediante fraude ou coação;*

²⁶⁹ *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 303.

ainda são encontradas nos rincões mais inóspitos deste país, onde o Poder Público não se faz presente.

10.5. Aborto sem consentimento

A ausência de consentimento da gestante pode ser entendida como uma espécie qualificadora do crime, pois a pena aplicável a esta espécie, diferente da pena de detenção do art. 124, é de reclusão, cujo tempo varia de três a dez anos. Esta modalidade é considerada mais gravosa, pois atinge dois objetos jurídicos, a vida do feto e a integridade física da mãe. Pode-se dizer, ainda, que atinge outros bens não tão valiosos como a vida, mas que não devem ser desprezados pelo aplicador do Direito, como a integridade psíquica da gestante, o direito à maternidade e à paternidade e o direito ao planejamento familiar. Entretanto, não há necessidade de expresse consentimento, podendo abranger as situações em que o agente executa as manobras abortivas sem o conhecimento da gestante, ou quando as executa sem que a mulher tenha consciência de seu estado gravídico.

Em relação ao aborto eugênico, o consentimento da mulher é pressuposto da conduta. Para os defensores desta modalidade de aborto, o que importa é o direito da gestante de escolher continuar com a gravidez ou interrompê-la. E assim tem sido. Somente quando os pais solicitam à autoridade judiciária a interrupção da gravidez é que ela poderá ser realizada, da mesma forma como funciona com as outras espécies de aborto legal.

10.6. Aborto qualificado pelo resultado

A qualificação do aborto pelo resultado, manifesto no art. 127, sucederá se das práticas abortivas resultar lesão corporal grave ou a morte da gestante. Este dispositivo agasalha apenas as formas proclamadas nos arts. 125 e 126, quando a lesão corporal grave ou morte ocorrem por culpa (*strictu sensu*) do agente. Para Cezar Roberto Bitencourt, se houver dolo por parte do agente na lesão corporal ou a morte, ter-se-á o crime de aborto em concurso formal com a lesão grave ou com o homicídio²⁷⁰. Será considerado, entretanto, concurso material quando o agente, em uma primeira ação delituosa, visou a ceifar somente a vida da mulher ou do feto e, numa segunda ação, visou a atingir a vida do que sobrevivera à primeira agressão.

Não serão compreendidas, para agravar o resultado, as lesões naturalmente originadas de praticas abortivas sem excessos. Todo aborto provoca lesão no útero da mulher e outros efeitos em seu organismo. É evidente que em qualquer prática abortiva a mulher sofra alguma sorte de lesão interna ou malefício, seja físico ou psicológico. Porém, estas não serão consideradas qualificadoras do resultado.

O auto-aborto (art. 124) é excluído pelo art. 127 porque o sujeito ativo da conduta criminosa é a própria gestante e a legislação penal brasileira não considera fato típico a auto-lesão, tampouco o suicídio. A única exceção a esta regra é encontrada no título que trata dos crimes contra o patrimônio: a lesão ao próprio corpo com intuito de fraudar seguro para se receber indenização, prevista no art. 171, §. 2.º, V do Código Penal.

²⁷⁰ *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2, p. 168.

10.7. Causas de Exclusão de Ilicitude

Como mencionado, o Código Penal contempla duas formas de exclusão de ilicitude no crime de aborto, desde que praticado por médico (art. 128, *caput*): para salvar a vida da gestante, ameaçada pelo estado gravídico (inc. I) e na gravidez resultante de crime sexual violento (inc. II).

10.7.1. Interrupção necessária da gravidez

De acordo com Eugenio Cuello Calón, esta excludente de ilicitude surgiu no Direito anglo-saxão²⁷¹. O aborto necessário, também chamado terapêutico, *in good faith*, profilático, médico, cirúrgico ou obstétrico, é penalmente irrelevante, pois tem como objetivo salvar a vida da mãe, ameaçada pela prenhez. É forçoso enfatizar que não poderá existir outro meio para sua salvação, senão a interrupção da gravidez. Parte da doutrina entende ser permitido o aborto quando estiver em risco a vida ou a saúde da gestante. Contudo, o melhor entendimento parece ser de Magalhães Noronha, que afirma ser mister haver risco de vida e não apenas dano à saúde da mulher²⁷². Neste caso, o legislador confiou ao médico diagnosticar o mal e interromper a gravidez, quando inevitável à sobrevivência da mulher.

²⁷¹ CALÓN, Eugenio Cuello, *Cuestiones Penales Relativas al Aborto*, p. 100.

²⁷² *Direito Penal*, v. 2, 1960, p. 72.

Para estar protegido pela excludente de ilicitude, a conduta do médico deve estar fundada na idéia de salvar a vida da gestante. Este elemento subjetivo é primordial,²⁷³ pois se o médico, interrompe a gravidez com intuito diverso deste, estará cometendo o crime de aborto, mesmo que sua conduta venha a salvar a gestante de algum outro mal gerado pela gravidez que não a morte.

Apesar do dispositivo ser taxativo em relação à pessoa do médico para a prática das medidas abortivas, doutrinariamente, se observa uma exceção a essa regra: quando houver urgência do procedimento e ausência do médico, uma pessoa inabilitada estará protegida pelo estado de necessidade de terceiro, caso realize a interrupção da gestação para salvar a vida da mãe²⁷⁴.

Para Ivanildo Ferreira Alves, não haveria necessidade de previsão dessa excludente de ilicitude na Parte Especial do Código Penal, pois na Parte Geral já existe tal previsão – de forma genérica – no art. 23, inc. I. Para o autor, tanto o aborto necessário, quanto o aborto sentimental são hipóteses de estado de necessidade, onde há um choque entre “*direito da mãe de continuar vivendo e do feto de vir a adquirir personalidade jurídica, com o nascimento com vida*”²⁷⁵. Esta opinião diverge da lição de Flavio Augusto Monteiro De Barros, para quem, no estado de necessidade, do art. 23, I, busca se proteger de um perigo atual, enquanto no aborto necessário, não há este perigo atual, apenas um prognóstico médico seguro do perigo que a gestante correrá se mantiver a gravidez. No aborto necessário “*o médico é obrigado a optar pela a vida da gestante, não podendo sacrificá-la para salvar o feto, quando apenas um dos dois poderia ser*

²⁷³ BRUNO, Aníbal, *Crimes Contra a Pessoa*, p. 172-3.

²⁷⁴ ALVES, Ivanildo Ferreira, *Crimes Contra a vida*, p. 215.

²⁷⁵ Ibidem, p. 214.

salvo. No estado de necessidade, torna-se legítima a morte da gestante para salvar a vida do feto”²⁷⁶.

Para Maria Helena Diniz, no caso da regra do art. 128, I do Código Penal, não haveria um *estado de necessidade* e, por isso, não há excludente de ilicitude, permanecendo o delito de aborto, sem, contudo, a aplicação da respectiva punição. Para a autora, como o art. 5.º, da Constituição Federal, consagra o direito à vida, se o art. 128, do Código Penal, previsse a não existência do crime, neste caso, seria inconstitucional, por contrariar a norma constitucional de direito fundamental²⁷⁷.

Antijuridicidade ou ilicitude do ato ou fato humano expressa a sua discordância com a ordem jurídica. Assim, se um fato típico é contrário ao Direito, deve ser considerado antijurídico. Se o fato, não obstante a sua tipicidade, for realizado conforme o Direito, não será antijurídico. Em não sendo antijurídico, não conterà todos os elementos que fazem dele um crime. No caso do art. 128, I, quando um médico realiza o aborto por não haver outro meio de salvar a vida da mãe, ele está agindo em consonância com a ordem jurídica. Dessa forma, não há se falar na existência de crime. Além disso, quando o legislador afirma não haver outro meio de salvar da mãe, está utilizando-se de uma norma análoga ao estado de necessidade. Segundo esta excludente de ilicitude, não há crime se o agente pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito (à vida) próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O que deve ficar claro é o momento em que se pratica o fato. Quando se afirma

²⁷⁶ *Crimes Contra a Pessoa*, p. 79. Para Cuello Calón trata-se de estado de necessidade (*Cuestiones Penales Relativas al Aborto*, p. 93).

²⁷⁷ *O Estado Atual do Biodireito*, p. 56-7.

não haver outra forma de salvar a vida da mãe, subentende-se que, caso não seja realizada alguma intervenção naquele momento, a gestante pode vir a falecer. É uma hipótese de estado de necessidade, pois busca salvar a vida da gestante de um perigo atual. Caso este perigo não seja atual, não se pode falar em não haver outro meio de salvar a vida da gestante, pois, naquele momento, ela não corre perigo. E se o aborto é realizado em um momento, no qual a gestante não está correndo perigo de vida, não há que se enquadrar o fato na regra do referido art. 128, I, ou seja, o fato deve ser considerado crime de aborto, punível com as respectivas penas. Sendo assim, mesmo o legislador tendo utilizado a expressão “*não se pune*” o aborto praticado por médico, em vez de “*não há crime*”, como no art. 23 do mesmo estatuto penal, entende-se pela existência de uma causa excludente de ilicitude. E assim deve ser, pois muitas são as hipóteses em que há gravidez de risco e nem por isso são realizados abortos. Cite-se o exemplo de gravidez de mulher com idade avançada, acima dos quarenta anos. Neste caso, a gravidez sempre será considerada de risco, o que não a impede de ser levada a termo, mesmo a mulher estando sujeita a sérias complicações. Isso leva à conclusão de que tão-somente quando da atualidade do perigo haverá a subsunção à referida norma penal permissiva. Outrossim, não se pode desprezar que o próprio legislador classificou esta modalidade abortiva de *aborto necessário*, quer dizer, realizado em estado de necessidade.

Outra crítica tecida por Maria Helena Diniz, diz respeito à atual desnecessidade desta norma permissiva, em face ao avanço tecnológico da ciência médica. Como demonstra, são muitas as formas de se salvar a vida da gestante sem a necessidade de interrupção da gravidez, e caso a criança venha a falecer durante ou após a intervenção médica, será em decorrência de alguma causa fortuita. No início do século XX, já fora constatado que as cardiopatias em

gestantes não ensejavam a interrupção da gravidez, havendo apenas a necessidade de se evitarem os esforços do trabalho de parto. No caso de intervenções cirúrgicas nas mulheres com cardiopatias graves, aconselha-se que a realização do procedimento após o terceiro mês de gestação. O mesmo se dá quando do diagnóstico de câncer. Nos casos de câncer de mama ou do colo uterino, a realização do aborto em nada melhoraria a condição da gestante e a prática de algumas formas de tratamento, como a radioterapia, não afetaria o feto. Somente nos casos em que a gestante tiver de se submeter a uma histerectomia radical, em razão da existência de um mioma uterino ou um câncer do útero, haveria, como resultado fatal, mas indireto, a morte do feto. Gestantes com quadros de tuberculose podem ser tratadas com antibióticos e quimioterápicos, sem prejuízo ao feto, e mesmo as mulheres que se encontram em estado comatoso não necessitam da interrupção da gestação. Enfim, nos dias atuais não existe qualquer enfermidade que exija a prática do aborto como forma de salvar a vida da gestante, e a própria interrupção da gravidez pode causar danos ainda maiores à mulher²⁷⁸.

O aborto necessário, como exclusão de antijuridicidade, é um dos exemplos no qual se observa a gradação do valor da vida humana, sendo a vida do indivíduo já nascido mais valiosa que a do indivíduo em formação intra-uterina. Ao tratar do aborto necessário, Jiménez de Asúa afirma que não há colisão de bens iguais, não há conflitos entre duas vidas humanas, porque a do feto não é a vida de uma pessoa²⁷⁹.

²⁷⁸ *O Estado Atual do Biodireito*, p. 57 ss.

²⁷⁹ ASÚA, Luís Jiménez, *Tratado de Derecho Penal*, p. 372.

*“El lo concebido no es hasta que no salga del claustro materno y viva al aire libre. El aborto no tiene como objeto jurídico la vida del embrión, sino el derecho de la sociedad a propagarse. Pues bien, este interés demográfico es muy inferior a la vida humana y, por tanto, la colisión la resuelve el médico salvando la vida de la madre, que es un bien jurídico superior y sacrificando esse bien demográfico, a que acabamos de aludir”.*²⁸⁰

Parte da doutrina já afirmou que a mulher deve ser salva, pois seria capaz de gerar outros indivíduos, daí sua supervalorização em relação ao feto. Deve ser entendido, todavia, não ser esta a melhor justificativa para se optar pela vida da mãe, em prejuízo da do feto, uma vez que este pode ser do sexo feminino e, com o tempo, dar origem a uma grande prole. O que se protege, na verdade, é algo maior que isso, ou seja, toda uma vida já vivida, as relações pessoais formadas por aquela mulher, sua família, seu companheiro, seus outros filhos, seus amigos, sua comunidade. Se lhes fosse perguntado quem merece ser salvo, todos optariam pela pessoa que já conhecem, que faz parte de suas vidas, a pessoa que estimam, que lhes é cara, a pessoa que realmente fará falta. Dificilmente, alguém, além da própria mãe, daria privilégio ao feto, uma vez que não houve vínculos com aquele ser, nem qualquer troca.

A Igreja Católica defende a escolha da natureza, proibindo a intervenção humana no momento de se optar entre qual dos dois deve sobreviver e qual deve ser sacrificado. De qualquer forma, condena toda sorte de abortamentos, seja para salvar a vida da mãe, seja em decorrência do estupro sofrido pela gestante,

²⁸⁰ Ibidem, p. 372.

seja em virtude de anomalia fetal. A vida deve ser preservada desde o momento da concepção e até mesmo o embrião deve ser protegido como se pessoa fosse.

Segundo Nelson Hungria, o temor da Igreja a esse respeito é o ser humano morrer sem o sacramento do batismo. Para ele, do ponto de vista do Direito, a intervenção da Igreja é irrelevante, pois o aborto terapêutico deveria ter sido, como foi, regulamentado sobre bases estritamente jurídicas, limitadas pelo campo da política criminal. Se esta espécie de aborto fosse proscrita, da mesma forma deveriam ser todas as causas excludentes de ilicitude, e mesmo se não estivesse prevista, seria entendida pelos aplicadores do Direito como *necessitas caret legem*²⁸¹.

10.7.2. Interrupção de gravidez resultante de estupro

Como comentado alhures, foi em decorrência do elevado número de mulheres violentadas durante a 1.^a Guerra Mundial (1914-1918), que essa modalidade de exclusão de ilicitude começou a ser discutida. Segundo os autores que se opuseram à legalização do abortamento em gravidez decorrente de estupro, a violência sofrida pela mulher não pode servir de justificativa para a morte de outro ser humano. Eles afirmavam ser responsabilidade do Estado cuidar da criança, fruto de um estupro, isentando a mãe da criação daquele filho indesejado. Essa incumbência ao Estado visava também a evitar que as mulheres utilizassem dessa legitimação do aborto para esquivarem-se de qualquer gravidez inoportuna²⁸². Sem embargos, preponderou a idéia de não incriminá-lo quando

²⁸¹ *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 307; ALMEIDA, João Alcides de, *O Aborto Consensual*, p. 20.

²⁸² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 312.

originado de estupro. O Código Penal de 1940 adotou este entendimento como sua regra, na gravidez gerada violentamente.

Aborto *sentimental*, *ético* ou *humanitário* é a interrupção da gravidez, por resultar de algum crime contra a liberdade sexual da mulher. Mas, para que haja a interrupção da gravidez é imprescindível que seja realizada por *médico* e seja precedida do *consentimento* da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Como ensina Aníbal Bruno, a gravidez resultante de violência sexual “*clama por medida de exceção*” e, como consequência disso, foi regulamentada “*por razões de ordem ética emocional que o legislador considerou extremamente ponderáveis*”, pois o fruto da concepção é filho da violência, do horror, da humilhação e da eterna lembrança da dor e da desonra²⁸³.

A letra da lei utiliza-se da expressão *se a gravidez resulta de estupro*, mas já é entendimento unânime que não somente o estupro pode gerar uma gravidez traumática, mas também o atentado violento ao pudor. Sendo assim, parece coerente incluir-se neste rol a posse sexual mediante fraude, uma vez que, neste delito, a vítima, mulher, age sem consciência da realidade e uma gravidez provinda deste ato pode, da mesma forma que no estupro, causar grandes males psicológicos à mulher, além de desestabilizar sua vida familiar em relação ao verdadeiro companheiro. Ferreira Alves vai além, sugerindo que até mesmo a gravidez gerada no delito sedução possa ensejar o aborto legal²⁸⁴. Evidente que não se pode concordar com o autor neste aspecto, uma vez que o aborto sentimental é legalmente permitido em razão da violência despropositada e do constrangimento gerado no ato do estupro. Já na conduta do sedutor essa

²⁸³ BRUNO, Aníbal, *Crimes Contra a Pessoa*, p. 173.

²⁸⁴ *Crimes Contra a Vida*, p. 217.

violência é inexistente, pois a conjunção carnal é proveniente da simples inexperiência da ofendida e, como o próprio tipo penal (art. 217 do Código Penal) define a idade da vítima, entre 14 e 17 anos, nem ao menos se pode cogitar uma violência presumida.

Porém, é imperativo se obterem provas conclusivas da existência de violência, para que a lei não sirva de escudo para a gestante de má-fé. Neste caso, se a gestante ludibriasse o médico, convencendo-o a realizar o aborto, haveria descriminante putativa (art. 20, §1.º do Código Penal). José Frederico Marques defende a exclusão de ilicitude do aborto apenas quando houver violência real e reprova a autorização da morte de um ser humano no caso de violência presumida, por se tratar de uma *fictio juris*²⁸⁵. Nelson Hungria não entende dessa forma, aceitando a violência ficta ou presumida como justificativa para a realização da intervenção abortífera. É o que se interpreta em sua afirmação: “*Nos casos de violência ficta ou presumida (art. 224), a própria gravidez, via de regra, constitui a prova evidente do estupro*”²⁸⁶.

Flávio Augusto Monteiro de Barros segue na mesma linha, declarando que, em relação às excludentes de ilicitude, a violência presumida no estupro enseja a permissão do aborto, “*pois onde a lei não distingue, ao intérprete não é lícito distinguir*”²⁸⁷.

Assim, é válido afirmar que há violência sexual presumida quando o agente tem conhecimento de que a vítima é menor de quatorze anos ou é doente mental ou, ainda, quando a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer

²⁸⁵ *Tratado de Direito Penal*, p. 195.

²⁸⁶ *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 313.

²⁸⁷ *Crimes Contra a Pessoa*, p. 81.

resistência (art. 224 do Código Penal). Nestas hipóteses, sucedendo-se a gravidez, pode a mesma ser interrompida sem lesão à legislação penal.

Infelizmente, esta deve ser a posição tomada, uma vez que a gravidez surge de uma brutal violência contra a mulher que teria seu filho como lembrança da agressão e humilhação sofridas. Não há que se desprezar também os casos em que crianças são violentadas e engravidam, como ocorreu na Nicarágua, com duas meninas, uma de nove anos, outra de onze anos de idade. Na ocasião, foram autorizadas as interrupções das gravidezes²⁸⁸.

Segundo a doutrina, não é necessário que o agente seja condenado para que o aborto seja autorizado judicialmente, nem mesmo necessário que haja processo em andamento. O médico tem o poder de exercer o seu ofício com livre arbítrio. Todavia, não se deve esquecer do prévio consentimento da gestante ou, quando for incapaz, de seu representante legal.

O Direito Penal prevê somente um caso em que o médico pode agir sem o consentimento do paciente ou do representante legal: quando houver iminente perigo de vida para o paciente e uma ação imediata se tornar indeclinável (art. 146, § 3.º, I, do CP).

Esta modalidade de aborto permitido não é aceita com unanimidade. A Igreja Católica, assim como em relação aos outros casos de aborto, é terminantemente contra sua prática. Alguns doutrinadores também discordam de sua legalidade. Entre eles está Maria Helena Diniz, para quem a interrupção da

²⁸⁸ Folha online – Mundo – *Médicos fazem aborto em menina nicaragüense de nove anos*, 21 fev. 2003, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u52001.shtml>, acessado em 23 abr. 2004.

gravidez resultante de estupro vem a ferir o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, da Constituição Federal), pois seria o mesmo que infligir uma pena capital ao inocente, filho do criminoso e esta segunda vítima, o feto, não merece ser alvo do ódio cultivado por seu pai²⁸⁹.

10.8. Aborto resultante de manipulação genética

A Lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995, foi criada para regulamentar as técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, além de criar a CTNBio (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança). Com a regulamentação destas atividades, houve a necessidade de se instituírem algumas novas figuras criminais, com o intuito de proteger alguns valiosos bens jurídicos que poderiam ser ofendidos com tais práticas, como a vida da pessoa, do feto ou do embrião; a integridade física e a identidade genética.

De acordo com a lei, constitui crime, apenado com reclusão de dois a oito anos, o aborto provocado por intervenção em material genético humano *in vivo* (art. 13, II, § 2.º, *e*), e o aborto provocado pela liberação ou descarte no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (art. 13, V, § 2.º, *e*).

Parece que o legislador não foi muito feliz na criação desses tipos penais, pois, com a redação do artigo, deu margem para o responsável não ser punido, quando agir obedecendo às normas da referida lei e com as normas estabelecidas pela CTNBio, como se demonstra:

²⁸⁹ *O Estado Atual do Biodireito*, p. 62-3.

Art. 13. *constitui crimes:*

II – a intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se os princípios éticos tais como o princípio da autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio:

§ 2.º. *Se resultar em:*

e. aborto:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

V. a liberação ou descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta lei:

§ 2.º. *Se resultar em:*

e. aborto;

Pena – reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos”.

A leitura do texto legal leva a crer que, se o agente realiza a intervenção em material genético humano in vivo, ou espalha no meio ambiente organismo geneticamente modificado, obedecendo às normas legais ou às normas da CTNBio, não será punido em caso de provocação de aborto. Contudo, este não deve ser o entendimento, pois, em ambos os casos, o agente que realiza qualquer uma dessas atividades tem conhecimento técnico para isso e tem a perfeita consciência dos resultados que podem advir da sua conduta, de forma que age voluntariamente e com dolo eventual, mesmo estando em acordo com as normas legais.

Em relação à intervenção em material genético humano *in vivo*, o profissional da área deve ter em mente a certa medida de seus atos e até onde pode proceder sem colocar em risco a vida e a integridade física da gestante e do feto. Se, ao praticar a intervenção, assume o risco de produzir o resultado, deve ser punido, não importando o fato de os procedimentos terem seguido as diretrizes impostas pela legislação específica. Um pouco diferente é o fato do despejo de organismo geneticamente modificado no meio ambiente. Nesse caso, a partir do momento em que o agente lança o OGM, já está assumindo o risco de que este derrame venha a causar alguma mudança no meio ambiente, inclusive a morte de animais, plantas e pessoas, sendo irrelevante ter ou não seguido as normas impostas para este procedimento.

10.9. Aborto resultante da remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo

O aborto resultante da remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo da mulher é a mais nova modalidade de crime de aborto prevista na legislação penal pátria. Este tipo penal está previsto na Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Segundo a previsão da lei, é crime remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta lei (art. 14), e em desacordo com as disposições do Decreto 2.268/97, que a regulamenta. Poderão ser realizados transplantes de órgãos, se a disposição do mesmo for

gratuita (art. 1.º), se for realizada por equipes médicas cirúrgicas previamente autorizadas pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde e somente se o doador tiver se submetido a exames de infecção e infestação exigidos pelo Ministério da Saúde (Art. 2.º) Além dessas imposições, exige-se autorização judicial, quando o transplantado não for cônjuge ou parente consanguíneo de até quarto grau do doador e quando o doador for pessoa juridicamente capaz (art. 9.º) e, preferencialmente, autorize por escrito, diante de duas testemunhas (§ 5.º). Exige-se também que a retirada do órgão, tecido ou parte do corpo não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para sua integridade, não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável. Além disso, deve corresponder a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora (§ 3.º, art. 9.º).

Esta lei traz alguns dispositivos que protegem o feto, quando das práticas de remoção dos órgãos, tecidos ou partes do corpo. No § 7.º, art. 9.º está previsto, *in verbis*:

“É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes do seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não ofereça risco à sua saúde ou ao feto”.

Desse modo, e de acordo com o art. 14, será apenado com reclusão de dois a seis anos, e multa de cem a trezentos e sessenta dias-multa, quem praticar o transplante sem a devida observação destas exigências. E, segundo seu § 3.º, V,

se desse crime resultar o aborto, a pena será de reclusão de quatro a doze anos, e multa de cento e cinquenta a trezentos dias-multa.

Assim como na lei de Biossegurança (Lei 8.974/95), andou mal o legislador na previsão desta norma incriminadora, deixando uma interpretação dúbia. Não parece sensato avaliar a responsabilidade penal do agente, quando do procedimento cirúrgico resulte aborto, pelo fato de agir em acordo ou em desacordo com as disposições legais. Evidentemente, quando o agente realiza transplante sem a obediência da lei e dá causa a um resultado mais grave, como a morte do paciente ou o aborto, ele deve ser severamente punido. Sem embargos, mesmo agindo em acordo com as disposições de lei, ele pode praticar o resultado danoso com dolo específico ou eventual, sendo que a sua responsabilidade penal não deve ficar adstrita ao fato de não agir seguindo todas as imposições legais.

10.10. Aborto e o crime de genocídio

A figura criminosa do genocídio surgiu depois da Segunda Grande Guerra Mundial, em virtude das atrocidades praticadas pelos nazistas, ao tentarem eliminar os judeus e os enfermos da face da Terra. Porém, ainda que necessária tal previsão legal, os países vencedores da guerra a criaram de forma injusta, visando à punição do inimigo derrotado através de um tribunal de exceção. O que se desprezou foi o fato de o lado vencedor também haver praticado semelhantes barbaridades contra populações civis.

Mas este não é o único exemplo de genocídio na História. Desde os tempos idos, o genocídio é prática corriqueira entre os homens. Na Roma Antiga,

sacrificavam-se milhares de cristãos, os indígenas das Américas foram praticamente extintos pelos colonizadores europeus, o Paraguai teve sua população dizimada na guerra contra o Brasil, Argentina e Uruguai. E, ainda hoje, a prática desse crime é observada em vários pontos do globo, onde as infinitas guerras são travadas. O governo de Israel, que tenta exterminar direta e indiretamente os palestinos; no continente africano, tribos rivais eliminam-se mutuamente, assim como os clãs religiosos no Oriente Médio.

O genocídio não é um crime contra a vida apenas, mas um crime contra a humanidade²⁹⁰ e contra o direito à igualdade, uma vez que atinge grupos de pessoas discriminadas por características biológicas, religiosas ou políticas. Consiste em eliminar, exterminar, ou tentar exterminar, no todo ou em parte, um grupo nacional, político, social, racial, étnico, cultural, etário, sexual ou religioso. Buscando uma maior completude e isenção de dubiedade, poder-se-ia se definir como a busca pela eliminação de grupo humano, motivada por discriminação ou preconceito.

Na legislação penal pátria, a Lei dos crimes de genocídio (Lei 2.889/56), além de estar eivada por falhas sistemáticas dos preceitos sancionadores, não se mostra muito abrangente no que diz respeito às características dos grupos tidos como alvos da violência. O legislador previu como grupos-alvo, o nacional, étnico, racial ou religioso (art. 1.º), olvidando-se das distinções política, social, cultural, etária e sexual. Ocorre que a lei brasileira procurou ser fiel ao texto Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Genocídio, aprovada na Terceira Assembléia-Geral da ONU, de 1948.

²⁹⁰ Pedro Wilson Bugarib entende que o bem jurídico tutelado não é a humanidade, mas a vida em comum dos grupos dos homens na comunidade mundial e a vida de cada elemento desses grupos (*O Crime de Genocídio*, p. 48).

O delito de genocídio pode ser entendido como de natureza eugênica, por visar à eliminação de grupos humanos, evitando que haja proliferação e miscigenação destes, em benefício da subsistência de outros. A lei sobre o crime de genocídio prevê vários métodos para se praticar o genocídio. Entre eles está o aborto, previsto implicitamente como uma modalidade de tolhimento de nascimentos de indivíduos de um determinado grupo, como apresentado, *in verbis*:

Art. 1.º ...

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;”

Esta norma abrange, além do aborto, outras maneiras de realização do genocídio, como a esterilização e a contracepção em massa.

10.11. Aborto na Lei das Contravenções Penais

A legislação penal, além de punir o aborto também pune o anúncio de processo, substância ou objeto destinado a provocá-lo. A Lei das Contravenções Penais prevê essas condutas, no capítulo das contravenções contra as pessoas, em seu art. 20.

Conforme relata Manoel Pedro Pimentel, no primeiro quarto do século XX, os periódicos e jornais começaram a veicular propagandas sobre processos, substâncias e objetos destinados a interromper gestações ou a evitá-las. No

início, tudo foi muito sutil, mas, com o tempo, os anúncios tornaram-se mais explícitos, exigindo uma providência por parte do poder público. Um exemplo desta sutileza podia ser observado no anúncio de um produto para higiene íntima feminina, no qual havia o desenho de uma cegonha em retirada, sugerindo uma das finalidades da substância²⁹¹.

Foi na época do Estado Novo, quando houve a primeira investida, através do Ministério da Educação e do Departamento de Imprensa e Propaganda, sem um caráter punitivo, mas apenas de fiscalização. O advento das primeiras normas, de caráter administrativo, foi com a Lei n.º 4.113, de 14 de fevereiro de 1942, que dispunha:

Art. 1.º . É proibido aos médicos anunciar:

II – tratamento para evitar a gravidez, ou interromper a gestação, claramente ou em termos que induzam a estes fins.

Art. 5.º. anunciar, fora dos termos dos respectivos relatórios e licenciamentos, produtos, especialidades farmacêuticas e medicamentos:

V – apresentando-os com propriedades anticoncepcionais ou abortivas, mesmo em termos que induzem indiretamente a estes fins.

À época, o código italiano inseriu essa infração penal entre os delitos contra a integridade e a sanidade da estirpe, enquanto na Suíça, foi considerado contravenção penal contra os costumes.

²⁹¹ PIMENTEL, Manoel Pedro, *Contravenções Penais*, p. 130-141.

Na verdade, a redação deste artigo foi alterada da original, em 1979, pela Lei 6.734. Antes da alteração, a lei também punia os processos, as substâncias e os objetos com propriedades anticoncepcionais. Após a alteração, o dispositivo vem a combater apenas a propaganda da prática de qualquer conduta abortífera.

As fortes manifestações das feministas em prol do aborto e de métodos anticoncepcionais, na década de 1970, impulsionaram a criação de produtos. Como consequência, o largo uso de pílulas e do DIU tornou-se costume *contra-lege*, causando a total ineficácia da legislação proibitiva dos métodos anticoncepcionais²⁹².

Esta infração está disposta entre as contravenções referentes à pessoa, por ser uma conduta lesiva à esperança de vida da pessoa. No entanto, podem ser apontados outros bens jurídicos, como a organização familiar, a pureza da estirpe e a preservação da espécie²⁹³.

Anunciar é fazer saber, noticiar, publicar, introduzir, indicar, promover ou custear a divulgação de anúncio, por qualquer meio. Como ensina Valdir Sznick, trata-se de uma medida preventiva, cautelar, inibidora das práticas interruptivas da gestação da mulher. Contudo, o legislador não menciona o fabrico, o depósito ou a venda, levando a crer que essas condutas não sofrem punições. E ao contrário da legislação italiana, a obtenção de lucro não interfere na agravação das penas impostas²⁹⁴.

²⁹² SZNICK, Valdir, *Contravenções Penais*, p. 110.

²⁹³ PIMENTEL, Manoel Pedro, *Contravenções Penais*, p. 133.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 111-3.

Por motivos lógicos, os processos, substâncias e objetos utilizados no aborto podem ser divulgados no meio médico-científico sem qualquer embaraço.

Capítulo VI

O ABORTO EUGÊNICO

1. O Direito de Personalidade

O termo pessoa tem origem etimológica no latim, derivando da palavra “*persona*”, de “*personare*”, cujo significado é ressoar. *Persona* era uma máscara utilizada pelos atores, na Antiga Roma, em cujo orifício da boca havia lâminas metálicas que faziam aumentar o volume da voz, para que ressoassem com mais facilidade pelos anfiteatros.

A princípio, pode parecer inconciliável se falar em direito de personalidade, quando se discute a condição jurídica do feto, haja vista que o art. 2.º do Código Civil, determina que a personalidade civil da pessoa inicia-se no momento do nascimento com vida, não obstante a lei proteja os direitos do nascituro desde o momento da concepção. Porém, ao se discutir a eliminação de um ser humano, impedindo-o de alcançar seus direitos, deve-se levar em conta o fato de que, a partir do momento em que se pratica o aborto, está se roubando do feto o seu direito da personalidade, um direito latente deste ser humano.

Maria de Fátima Freire de Sá, de acordo com esse dispositivo legal, divide o início da personalidade em duas fases distintas, sendo a primeira, antes do nascimento e a segunda, expressamente prevista na lei, a do momento do nascimento com vida. À primeira vista, seria aparente a inexistência de personalidade do feto que, apesar disso, é protegido pelo ordenamento jurídico,

através dos direitos de sucessão que lhes são destinados, em razão de seu provável nascimento com vida e pela incriminação do aborto pelo Código Penal (arts. 124 a 127)²⁹⁵. Dessa forma, surgiria uma situação híbrida na ordem jurídica, no âmbito constitucional em relação ao ordinário, com a descriminalização do aborto eugênico ou seletivo, uma vez que, com a Constituição Federal, se deve proteger, num primeiro plano, o direito ao nascimento e à vida extra-uterina da criança e, num segundo, infraconstitucional, se restaure “o direito de vida e morte do pater familia”, há muito extinto²⁹⁶.

O legislador penal não apenas protegeu a vida do feto, ao criar essas normas incriminadoras, mas também os classificou como pessoas, quando previu o crime de aborto no Título I, da Parte Especial – Dos Crimes Contra a Pessoa. Sendo assim e, em razão de uma interpretação sistemática da lei, a divergência com relação à norma do art. 2.º, do Código Civil, está sanada.

A idéia do início da existência da personalidade humana com o nascimento não é recente. Já as Ordenações do Reino assinalava a concepção como o início da personalidade. Mesmo com a alteração trazida pela Código Civil de 1918, alguns juristas continuaram defendendo esta tese. Entre eles estão Teixeira de Freitas, Carlos de Carvalho e Clóvis Bevilacqua²⁹⁷.

Caio Mario da Silva Pereira, divide o direito da personalidade em duas categorias: *adquiridos* (decorrência do *status* individual) e *inatos* (direito à vida, à integridade física e moral). Para o autor, os direitos inatos devem ser

²⁹⁵ *Biodireito e o Direito ao Próprio Corpo*, p. 37-8.

²⁹⁶ SHOOYANS, Michel, *Aspectos Políticos do Aborto*, p. 52.

²⁹⁷ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Do valor do consentimento no abortamento criminoso*, RT 128, p. 412.

sobrepostos a qualquer imposição legislativa, uma vez que são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis (art. 11, do Código Civil)²⁹⁸ e imprescritíveis. São absolutos, porque valem para todos e são oponíveis *erga omnes*; são irrenunciáveis, por vincularem-se à pessoa do seu titular, a qual não pode, jamais, abrir mão deles; intransmissíveis, pois não podem ser cedidos a outrem, quer por ato gratuito, quer por ato oneroso; imprescritíveis, porque o titular pode invocá-los a qualquer tempo, não importando o tempo que deixou de utilizá-los²⁹⁹.

Segue na mesma esteira Silvio Rodrigues, para quem personalidade:

*“é a aptidão para adquirir direitos e assumir obrigações na ordem civil. (...) aptidão para adquirir direitos, que é comum a todos os homens, não se identifica com aptidão para exercer direitos, das quais se excluem as pessoas mencionadas no art. 5.º, que pessoalmente não podem exercer”*³⁰⁰.

Como personalidade é aptidão para adquirir direitos, o feto pode ter sua personalidade reconhecida, pois, mesmo no ventre materno, já é possuidor dos direitos relativos às sucessões e também direito à vida. A aptidão para assumir obrigações na ordem civil não se pode exigir do feto, mas também não se pode exigir do recém-nascido, ou da criança. Dessa forma, a personalidade não pode ser adquirida somente após o nascimento com vida, pois as condições do feto

²⁹⁸ O art. 11. *Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*

²⁹⁹ *Instituições de Direito Civil*, v. 1, p. 153.

³⁰⁰ *Direito Civil, Parte Geral*, v. I, , p. 37. O art. 5.º, citado por Silvio Rodrigues, diz respeito ao Código Civil de 1918. No atual Estatuto, os absolutamente incapazes estão definidos no art. 3.º.

perante os direitos e deveres da sociedade são os mesmos relativos aos indivíduos recém-nascidos.

Vicente de Paulo Vicente de Azevedo entende que a escolha do momento do nascimento, como ponto onde se dá o início da personalidade humana, surgiu por razões de ordem prática, em face do direito positivo³⁰¹. De qualquer forma, ainda hoje parece inviável, pela difícil definição, a opção por outro momento para o início da personalidade, já que, com todo o avanço da medicina, somente o nascimento pode ser visto como o único momento que é claramente perceptível e absolutamente inquestionável, haja vista as inúmeras teorias sobre o exato momento do início da vida. Todavia, não pode ser desprezada, dentre todas estas, a teoria da concepção como a mais estável.

A personalidade humana, que é a perfeição da pessoa, do ponto de vista da qualidade “*do ente que se considera pessoa, se agrega ao homem traçando-lhe características que lhe são próprias e diferenciando-o de outros homens*”³⁰². De sorte que, a partir do momento em que se torna pacífica a idéia do feto como possuidor de personalidade, cria-se definitivamente uma barreira contra a prática do aborto, uma vez que este ente passa a ser identificado como um ser de características próprias, diferenciado dos demais, não podendo ter sua vida suprimida pela vontade de outrem, no caso, sua genitora.

Do mesmo modo, Miguel Reale elege a pessoa como o “*valor fonte de todos os valores*”, o fundamento principal do ordenamento jurídico, sendo a personalidade, segundo o direito natural, um direito inato ao ser humano,

³⁰¹ RT 128, p. 413.

³⁰² LEITE, Rita de Cássia Curvo, *Os Direitos da Personalidade*, in *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, p. 151.

partindo da proteção do próprio corpo, “*que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos*”³⁰³.

Os defensores da personalidade humana, apenas após o nascimento com vida, apóiam-se na falta de percepção do indivíduo em relação aos atos e fatos jurídicos, não podendo ser tratados como autônomos nas questões da vida. Porém, como defende Antonio Rulli Neto:

*“Seria uma interpretação equivocada dizer que a ausência de percepção não faria com que o indivíduo sofresse as conseqüências dos atos que o atingiram. Se até mesmo o corpo (depois da vida) é protegido pela lei, não ficaria fora de tal proteção o ser humano, especialmente aquele que, por ter capacidade reduzida, estaria mais sujeito a todas as formas de discriminação. Eventual déficit de percepção não é fundamento que exclua o direito do indivíduo à dignidade, à paz e à tranqüilidade. Além disso, a pouca percepção pode tornar ainda mais graves os efeitos do ato danoso pela idéia da dificuldade de superação dos problemas em razão desse próprio estado em que o ser humano se encontra”*³⁰⁴.

Assim, pode-se afirmar que ausência de percepção não pode ser apresentada como único fundamento para o não reconhecimento da personalidade do feto e de sua ampla proteção penal, pois, dessa forma, seria aberto um precedente de se negar a personalidade a todos os indivíduos nesta

³⁰³ Os Direitos da Personalidade, *Jornal O Estado de São Paulo*, 17 jan. 2004, p. A-2.

³⁰⁴ *Direitos do Portador de Necessidades Especiais*, p. 63.

mesma condição, como por exemplo, os portadores de graves enfermidades mentais, ou os que estivessem em estado comatoso. Com mesma ênfase, pode-se atacar a afirmação sobre a não presença deste ser no mundo exterior, uma vez que ele já está entre todos, porém, em uma condição privilegiada de estar protegido pelo corpo de sua própria mãe.

O Código Civil vai mais longe na proteção da personalidade da pessoa, determinando que se pode exigir a cessação da ameaça ou da lesão ao direito da personalidade, ensejando a reclamação de perdas e danos (art. 12). Também determina o mesmo estatuto que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Nesta esteira, oportuno se faz o apontamento do Des. Carlos Brazil, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em voto contrário à interrupção da gravidez, em Mandado de Segurança, julgado em 21 de junho de 2000, onde apresenta uma carta de uma leitora, do Jornal *A Notícia*, enviada ao referido Tribunal, narrando sua experiência em situação análoga:

“Lendo o jornal A NOTÍCIA e acompanhando a evolução do caso da mãe que quer abortar o seu filho anencéfalo, gostaria de relatar a minha experiência, visto que passei pela mesma situação. Pedro era uma criança muito esperada e amada desde a confirmação da gravidez (era nosso primeiro filho). No sexto mês de gravidez fiz uma ultra-sonografia e foi constatado que meu filho sofria de anencefalia e que morreria logo após o nascimento. O médico prontamente quis retirar o meu filho através de uma cesariana para interrupção da gravidez. Apesar

*da nossa grande tristeza, ficamos um pouco até indignados por não conseguir entender como se pode querer privar alguém que mesmo muito doente e sem esperanças receba o carinho e o amor que não tem medida e é totalmente incondicional que é o amor da mãe pelo seu filho, sendo este saudável ou doente, sem mãos ou com mãos ou mesmo sem um órgão vital. Nas noites que se seguiram lembro-me que chorei muito, mas vendo a minha barriga mexer eu conversava com meu filho e o sentia vivo dentro de mim. Passei, tenho certeza, muito amor e carinho para o Pedro. Eu e o meu marido, a partir daí, passamos a nos preparar para o seu nascimento, que foi na hora em que ele deveria vir. Foi triste por um lado, mas maravilhoso por outro. O meu filho não foi jogado fora numa lata de lixo como um objeto que saiu da fábrica com defeito. Foi registrado e enterrado como um cidadão, que foi de fato. Pedro Couto dos Santos Monteiro viveu 4 dias rodeado por mim e pelo meu marido, o vi fazer xixi, evacuar, chorar, ‘baubuciar’ e morreu segurando em uma das mãos o meu dedo e na outra o dedo do pai. Dei para o meu filho o melhor que eu tinha para lhe dar, o direito de nascer e de se sentir muito amado, mesmo que não sendo o filho fisicamente perfeito que todo pai e toda a mãe esperam ter”.*³⁰⁵

Seja como for, reconhecida ou não a personalidade do feto pelo aplicador do Direito, o direito à vida lhe é inerente como ser humano, não podendo ser suprimido em razão de vontade de terceiro.

³⁰⁵ TJRJ – Processo n.º 2000.078.00042; Mandado de Segurança n.º 42/2000.

2. A Eugenia na Atualidade

“Se se admite este fato, poderemos duvidar (é preciso lembrar que nascem mais indivíduos do que aqueles que podem viver) que os indivíduos possuindo uma vantagem qualquer, por mais ligeira que seja, tenham probabilidade de reproduzir-se? Podemos estar certos, por outro lado, que toda variação, por menos nociva que seja ao indivíduo, traz forçosamente o desaparecimento deste. Dei o nome de seleção natural ou de persistência do mais apto à conservação das diferenças e das variações individuais favoráveis e à eliminação das variações nocivas”.

(Charles Darwin, A origem das Espécies e a Seleção Natural)

2.1. A Imagem, o prazer e a vaidade

O culto à beleza parece mais intenso do que jamais foi. Por todo o mundo, os veículos de comunicação só fazem transmitir mensagens neste sentido e não poderia ser diferente no Brasil. Ao contrário dos países do Oriente, que sempre se desenvolveram na busca pela iluminação, pela evolução da alma, os países ocidentais e seu capitalismo liberal buscam a beleza externa e eterna, seguindo à risca as lições da Grécia Antiga, pregadas por Sócrates, Platão e Aristóteles.

O início do novo século evidencia, como objetivo principal das pessoas, a bela forma, o que resta comprovado com o aumento estrondoso das academias de ginástica, das clínicas e produtos estéticos, dos *spas*, das cirurgias plásticas, lipoaspirações e tratamentos a laser, que demonstram esse novo e único ideal das pessoas. A pregação global pela aparência esbelta e padronizada ilustra a nova tendência deste admirável mundo novo, já profetizada por Aldous Huxley, em 1932.

Ninguém consegue escapar ao condicionamento mental imposto pelos meios de comunicação. Da pregação da beleza física e do prazer. É o extremo do hedonismo imposto maciçamente por todos os veículos de informação, em tempo integral. O desenvolvimento espiritual é suprimido pelo desenvolvimento do mercado de consumo, que instiga apenas as fraquezas humanas, alimentando-se da ganância e da vaidade humanas.

As indústrias e os publicitários descobriram o que é óbvio: o ser humano – o animal – valoriza demasiadamente a imagem, a aparência e busca desesperadamente o deleite, a plena satisfação em tudo o que faz. Assim, para que as pessoas possam consumir mais, expandiu-se a cultura consumista pelas belas formas, pelos corpos atléticos, pelos objetos modernos, visando a uma vida mais prazerosa.

O indivíduo passa a não aceitar o que não está inserido na beleza padronizada e passa a buscar aquela vida de prazeres e de gozos eternos estampados nos sorrisos dos *out-doors* e das capas de revistas.

As empresas com essa informação investem intensamente na aplicação de design nas formas de todos os produtos, para torná-los desejáveis, atraentes e para serem consumidos com mais ânsia por todos. O design deixou de ser um luxo, acessível às classes privilegiadas, passando a ser empregado pelas empresas em todos os seus produtos, buscando atingir todas as classes de consumo. É o que comprovou a matéria de capa da Revista Veja, *O Poder da Forma*. Logo na capa, junto à manchete, a frase estampa o hipnotismo global: *Como o design, o estilo e a aparência se tornaram fundamentais no mundo atual, decidindo o sucesso ou o fracasso de pessoas, empresas e produtos*.³⁰⁶

Mas esta não é uma descoberta atual. Maria Tereza Verardo, já em 1987, cuidou deste tema específico em sua obra, *Aborto: um direito ou um crime?* Como descreve a autora, a publicidade é uma das principais causas da fragmentação das pessoas, transformando-as somente em corpos, vale dizer, em belos corpos. No Brasil a situação é ainda mais complicada, já que possui, como principal produto de exportação, “*a beleza da mulher brasileira*”. Ocorre que essa bela aparência tem um único objetivo: despertar desejos em outrem. E este outro torna-se essencial à existência daquela. A existência para si mesmo desaparece, permanecendo somente a existência como objeto do outro. Dessa forma, o mundo real transforma-se em um mundo imaginário, onde só existe lugar para a beleza externa³⁰⁷.

São muitas as vítimas produzidas pela busca do belo. Tornou-se moda entre os jovens chineses, coreanos e japoneses, realizarem cirurgias plásticas para suavizar os traços característicos de sua raça, buscando uma aparência mais

³⁰⁶ CARELLI, Gabriela, *O Poder do Belo*, Revista Veja, ano 37, n.º 21, 26 mai. 2004.

³⁰⁷ *Aborto: um direito ou um crime?*, p. 6 ss.

ocidentalizada. E até mesmo as pessoas consideradas inseridas no padrão de beleza sofrem com esta imposição ideológica. É o que se depreende de uma pesquisa, apresentada no X Congresso Internacional sobre Transtornos da Alimentação, na qual se chamou a atenção para um outro mal causado pela busca da perfeição física: os transtornos psíquicos causados pela imposição de se manter belo, como a anorexia e a bulimia. Como demonstrado, a tendência, com o passar do tempo, é o aumento de peso tanto da pessoa, como da população. A nova cultura pregada pelos meios de comunicação vai na contra-mão desta natureza, impondo, como ideal, a perda de peso, o que não pode ser alcançado sem o comprometimento da saúde. A padronização da forma física, assim como na clonagem, afeta diretamente a saúde, além de gerar a perda da individualidade³⁰⁸.

Esta cultura hedonista-segregacionista tem uma penetração incontestável em todas as esferas da sociedade. Todas as pessoas, mesmo inconscientemente, estão procurando a beleza e o prazer. Todos estão sendo condicionados para esta procura, o que afeta todas as escolhas e todos os comportamentos, em qualquer camada social e em qualquer campo profissional. Como acredita Michel Shooyans, da mesma forma que todas as pessoas, também o médico é influenciado pela propaganda e pelos condicionamentos ideológicos, o que interfere diretamente em seu juízo de valor, quando da decisão de procedimentos que devem ser realizados³⁰⁹.

É patente a interferência da cultura eugênica nas decisões médicas. A eutanásia, o aborto seletivo, a fertilização *in vitro*, a clonagem humana, a

³⁰⁸ Os graves riscos da atual 'mania de magreza', *Jornal O Estado de São Paulo*, 24 out. 2002, p. A-16.

³⁰⁹ *O Aborto: Aspectos Políticos*, p. 40.

engenharia genética, são resultados de tentativas do homem em evitar a dor física e o sofrimento da alma, perseguindo a invulnerabilidade, a resistência e a beleza física, e mais, perseguindo o prazer.

O prazer, este tão cobiçado objetivo, enfim, transformou-se na maior miséria da humanidade, pois ninguém pode alcançar a invulnerabilidade e o perpétuo prazer. E a eugenia se torna uma realidade a ser aceita, em que pesem todos os males que proporciona.

2.2. Conceito de eugenia

O termo Eugenia, criado por Francis Galton, significa o estudo dos fatores que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais e genéticas das futuras gerações, seja física ou mentalmente. Sob influência das novas técnicas da biologia molecular, eugenia é definida por Stella Maris Martínez como a *“melhoria da espécie humana, seja eliminando os caracteres genéticos indesejáveis ou incrementando na descendência o número dos componentes hereditários apreciados”*³¹⁰.

Porém, a ciência da eugenia é aplicada em dois ângulos diferentes, sendo um deles benéfico ao ser humano, por buscar o melhoramento da raça humana sem a necessidade da eliminação de indivíduos e o outro maléfico, por seu caráter eliminante. Desse modo, a eugenia pode ser classificada como positiva ou negativa.

³¹⁰ *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 238.

A eugenia positiva pode ser aplicada sem qualquer malefício à pessoa ou à humanidade, já que a sua função é o melhoramento da espécie, sem a destruição do ser humano. Diz respeito às técnicas preventivas de melhoria do organismo humano, cujo objetivo é evitar a geração de pessoas com graves problemas de saúde, ou graves má-formações. Este lado da eugenia está voltado para o controle de procriação de seres humanos enfermos, através da proibição de relações sexuais entre portadores de graves anomalias, as quais podem ser transmitidas geneticamente. Também é caracterizada por tratamentos curativos e experimentações puras. Mas os objetivos da eugenia positiva não devem ser observados de forma restrita. Sua busca primeira é a melhoria da raça humana através da realização de manobras antecessoras à própria concepção do ser humano, vale dizer, que antecedem à fecundação dos gametas. A própria Igreja Católica defende algumas práticas de eugenia positiva, como a proibição do casamento entre parentes consangüíneos, como forma preventiva do nascimento de indivíduos portadores de enfermidades congênicas, comuns nestes casos.

A eugenia negativa abrange as técnicas de exterminação de indivíduos que já foram gerados. Podem ser consideradas técnicas de eugenia negativa a eliminação de embriões pouco resistentes, a esterilização, o controle de natalidade, o aborto seletivo, a eutanásia e o próprio homicídio de pessoas enfermas ou com *prerrogativas essenciais*. Por estas técnicas não se procura mitigar os defeitos físicos, fisiológicos e psíquicos da pessoa, mas, principalmente, evitar o surgimento dos mesmos. Não se pode afastar deste rol a sonegação de assistência médica a determinado grupos de indivíduos, discriminados por sua classe social, raça, origem ou qualquer outra forma de diferenciação. Neste caso, existe a prática de uma eugenia velada e corrente, protegida pelo véu da carência de verbas públicas, que pode ter um âmbito

regional ou global, pois, da mesma forma que é empregada na política pública de um Estado, também é empregada no cenário internacional, através da negligência dos países detentores de avanços médico-científicos, em face dos países pobres, tomados por epidemias.

Stella Maris Martínez tem um conceito mais restrito de eugenia negativa. Segundo sua definição, nessa forma de eugenia não há direta interferência da engenharia genética, de sorte que esta e a biologia molecular são empregadas apenas para nortear comportamentos, como o impedimento de uniões entre indivíduos com alto risco genético, o controle de natalidade e o aborto eugênico. A autora não inclui entre elas o homicídio de recém-nascidos portadores de anomalias³¹¹.

A orientação de comportamentos pelo desenvolvimento da engenharia genética e o estudo da biologia molecular pode ser empregada tanto na eugenia positiva quanto na negativa. O que diferenciará as aplicações é exatamente o tipo de comportamento praticado com as informações obtidas. Assim como ocorre com o aconselhamento genético, se for empregado para medidas preventivas, pode ser identificado como positivo, mas se for empregado para fins de eliminação de indivíduos, e, como já foi mencionado, incluem-se entre os indivíduos, o embrião e o feto, pode ser identificado como negativo.

Devem-se analisar os benefícios e prejuízos da análise do genoma, pois, da mesma forma que se pode utilizá-la para prevenir doenças, pode-se dar início a uma corrida para uma nova política eugênica negativa que, sabe-se Deus, a que males e aberrações levaria o seu emprego desordenado. Isso porque, o alcance

³¹¹ *A Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 252-3.

desta análise é ilimitado. Ao mesmo tempo em que influencia o emprego de cuidados especiais para determinados indivíduos, visando à prevenção de patologias, influencia a não procriação daqueles, por meio de diversas técnicas de eliminação direta.

Abre-se, assim, um péssimo precedente com relação à escolha dos indivíduos que poderão compor a sociedade, pois as novas técnicas de diagnoses precoces de inúmeras patologias podem interferir no nascimento de pessoas portadoras de genes geradores de doenças que só se manifestam em idade avançada, como por exemplo, o mal de Alzheimer e o mal de Parkinson.

3. O Aborto Eugênico

O aborto eugênico ou seletivo, discutido atualmente em vários tribunais do país, é fruto do avanço tecnológico dos métodos de diagnóstico pré-natal. No passado, o aborto eugênico era realizado com base em meras suposições, pois se defendia a sua prática pelo simples fato de a gestante ou seu companheiro serem portadores de alguma patologia. Era um procedimento cirúrgico preventivo, mas sem fundamento técnico específico.

Com o surgimento das novas técnicas de diagnóstico pré-natal, puderam-se identificar anomalias fetais já nos primeiros meses de gestação. No entanto, muitas delas ainda não podem ser tratadas de maneira eficaz, resultando na impossibilidade de sobrevivência dessas crianças. Destarte, criou-se um dilema entre os casais que buscam procriar. Com a antecipação da informação de que o feto em formação não irá sobreviver após o nascimento, em razão de alguma

anomalia grave, surgiu uma grande demanda pela interrupção da gravidez prematuramente. Isso trouxe também conflitos éticos entre os médicos, que não poderiam atender aos casais, devido à proibição do procedimento abortivo, ou por um impedimento moral.

Estes conflitos deram origem projetos de lei propondo a legalização do aborto em razão de graves enfermidades fetais, e a ações judiciais pleiteando autorizações para a realização do procedimento interruptivo de gestação. Com o tempo, pulularam decisões favoráveis à realização dos abortamentos.

No campo jurídico, a questão sobre o aborto eugênico tornou-se muito controversa, motivando o aparecimento de duas correntes antagônicas. Uma delas, defensora da criação de uma norma permissiva para esta modalidade de aborto, inserindo-a no art. 128 do Código Penal, ao lado do aborto sentimental e do aborto terapêutico. A outra, entendendo se tratar de um crime contra a vida do feto que, vale lembrar, não está morto, apenas não vai sobreviver quando vier à luz.

Pela primeira vertente se defende que não há vida a se proteger, pois o feto vai morrer logo após o seu parto e a saúde psíquica da gestante deve ser preservada em razão deste fato, pois seria um martírio levar a termo uma gravidez sem perspectivas de sobrevivência da criança, o que resultaria na não exigibilidade de conduta diversa por parte daquela. Afirma-se haver uma espécie de tratamento desumano na obrigação de se manter a gravidez de uma criança que não tem a mínima chance de viver. Já a segunda, defende o direito inviolável à vida e à dignidade do feto, além do fato de não haver previsão legal autorizando a prática do aborto eugênico.

3.1. Os números do aborto eugênico no Brasil

Antes de se embrenhar na discussão jurídica do tema, se faz imperiosa a apresentação de alguns dados estatísticos referentes ao aborto eugênico ou seletivo no Brasil.

Os números apresentados foram emprestados de duas pesquisas realizadas pelo Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo. Estes dados foram produzidos em dois artigos de autoria dos médicos, Marco Valentin Frigério, Ivan Salzo, Silvia Pimentel e Thomaz Rafael Gollop, ambas publicadas na Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, volumes 7 e 8, respectivamente: *“Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil”* e *“O Obstetra Brasileiro Frente ao Abortamento Seletivo”*.

A pesquisa do primeiro artigo, levantada entre agosto de 1996 e junho de 1999, analisou 263 pedidos de alvará judicial para interrupção seletiva da gravidez, propostos por gestantes cuja média de idade é de 26,7 anos. A média de idade dos maridos é de 30,8 anos, o que comprova uma maioria de casais jovens, livres de riscos genéticos aumentados em função da idade. E 39,5% destes casos diziam respeito à anencefalia fetal.

De 184 processos em que se obteve acesso a todos os documentos, constatou-se que 112 gestantes (60,9%) eram casadas, 28% eram solteiras, e 10,3% eram de mulheres em união estável.

Nestas ações judiciais, o tempo médio de espera para a resposta do Judiciário foi de seis dias, sendo que o tempo mínimo foi de um dia e o tempo máximo, de quarenta e cinco dias. A primeira que se tem registro no Brasil, ocorreu em 1991, na cidade de Rio Verde-MT, onde o juiz, Jurandir Rodrigues Brito, expediu alvará permitindo a realização do aborto em um feto de vinte e seis semanas, portador de anomalias congênicas graves e incompatíveis com a vida. Segundo informações fornecidas pelo médico, Dr. Nersi Zampieiri, que realizou essa interrupção de gravidez e que forneceu o parecer sobre o qual baseou-se a decisão do juiz, houve um primeiro aborto eugênico praticado no município de Ariquemes-RO, porém, não existe qualquer documentação que comprove este fato³¹².

Dois anos depois, uma outra decisão judicial, autorizando o aborto eugênico em razão de anencefalia fetal em uma gravidez de vinte semanas, foi proferida em 19 de dezembro de 1992, no município de Londrina, pelo juiz Dr. Miguel Kfoury Neto. Em razão dessa decisão, o Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo propôs uma ação judicial em novembro do ano seguinte, requerendo a interrupção de uma gravidez de vinte e quatro semanas de um feto portador de acrania e encefalocele. Na ocasião, o juiz Dr. Geraldo Pinheiro Franco autorizou a interrupção da gravidez, a primeira ocorrida no Estado de São Paulo. Dias depois, em Guarulhos-SP, na data de 3 de dezembro, o juiz Dr. José Fernando Seifarth de Freitas autorizou a cessação de uma gravidez de vinte semanas, também em razão da anencefalia fetal.

³¹² FRIGÉRIO, Marcos Valentin *et al*, Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil, *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal*, v. 7, abril de 2001, p. 13.

93% dos pedidos foram encaminhados às Varas Criminais, sendo que 237 foram deferidos e 11 foram indeferidos. 2% foram destinados às Varas de Infância e Juventude, dos quais 2 foram deferidos e 2 foram indeferidos. 3,1%, ou seja, 9 pedidos, foram apresentados em Varas de Tribunais do Júri e todos foram deferidos. 1%, ou seja, 2 pedidos, foi decidido por Tribunais de segunda instância e ambos foram deferidos.

Dos 263 casos analisados, levantaram-se os diagnósticos das anomalias mais freqüentes:

Anomalias do sistema urinário	34
Anomalia cardíaca congênita	03
Anomalias cromossômicas	24
Anomalias ósseas	17
Asplenia	02
Bridas amnióticas	02
Erros de fechamento da linha média	10
Erros de fechamento do tubo neural – anencefalia	104
– outras formas	09
Gemelaridade imperfeita	01
Hidropisia fetal	05
Malformações congênitas múltiplas	39
Síndrome da rubéola congênita	01
Sem informação	12

Percebe-se que, na maioria dos casos, a anencefalia é a anomalia mais freqüente, sendo seguida pelas malformações congênitas múltiplas.

Verificou-se também o sexo dos membros de Ministério Público que emitiram posições nos processos. Dos posicionamentos levantados, favoráveis à interrupção da gravidez, comprovou-se que 135 foram emitidos por promotores do sexo masculino e 22 do sexo feminino. Dos posicionamentos contrários, nove foram proferidos por promotores do sexo feminino e 53, do sexo masculino, o que denota a não interferência do sexo em relação à posição mantida. Nos casos em que o juiz deferiu a prática do aborto eugênico, um número ínfimo de promotores de justiça recorreu da decisão.

Analisou-se também o sexo dos magistrados que decidiram sobre o tema. Das sentenças favoráveis ao aborto eugênico, 14 foram proferidas por mulheres e 225 por homens. Das decisões contrárias, oito foram proferidas por homens e nenhuma foi proferida por mulher.

Na segunda pesquisa (*O Obstetra Brasileiro Frente ao Abortamento Seletivo in Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal*, vol. 8) avaliou-se, junto aos médicos obstetras de todo o Brasil, como se comportavam diante dos diagnósticos de anomalia fetal. Foram 377 médicos que responderam ao questionário, sendo 11% da região sul, 15,5% da região sudeste, 10,6% da região nordeste, 12,8% da região centro-oeste e 10,3% da região norte. A grande maioria dos médicos trabalha na área há mais de dez anos e mais de 78% deles já havia participado de diagnóstico de anomalia fetal incompatível com a vida.

75% dos obstetras encaminharam as gestantes com fetos malformados a centros de referência e mais de 80% orientaram sobre a importância do acompanhamento psicológico. Cerca de 80% dos obstetras apóiam o desejo do

casal em realizar o abortamento. Em seguida estão os médicos que tentam fazer o casal desistir da interrupção da gravidez. Em torno de 5% dos obstetras simplesmente não apóiam esta decisão dos casais.

Questionou-se também a respeito da orientação dada pelos obstetras em relação ao alvará judicial, sendo que a maioria orientaria o casal a buscar a permissão judicial para interrupção da gravidez. Porém, por volta de 50% dos médicos não realizaria a interrupção da gravidez, mas muitos encaminhariam para profissionais que a realizaria.

Constatou-se que 72% dos obstetras têm conhecimento da legislação referente ao abortamento e 86,7% têm conhecimento sobre a possibilidade de autorização judicial para tal procedimento.

3.2. O aborto eugênico e a legislação penal brasileira

A atual legislação penal não acolhe como causa excludente de ilicitude o abortamento por razões eugênicas, também chamada *seletiva*, *profilática* ou *preventiva*. Nada obstante, desde de 1991, vêm sendo proferidas decisões judiciais, *contra lege*, autorizando a interrupção da gravidez em caso de gravíssima anomalia fetal, desde que esta anomalia torne o nascituro incompatível com a vida extra-uterina.

A indicação eugênica não é tema atual no Direito Penal. Doutrinariamente, já se discute a pertinência dessa causa permissiva de aborto há muito tempo. Num passado não tão distante, se propôs a interrupção da gravidez de pessoas

tuberculosas, sífilicas, alcoólatras, leprosas, epiléticas, entre outras enfermidades que nos dias atuais são facilmente tratadas e até mesmo evitadas. Eugenio Cuello Calón, em sua obra *Cuestiones Penales Relativas al Aborto*, de 1931, defende essa modalidade de aborto, com algumas ressalvas:

*“A petição da impunidade do aborto eugênico não é contrário a nenhum princípio ético, evitar uma vida penosa e miserável não é imoral nem inumano, mas sua autorização, sobre a base de puras razões de higiene racial, seria ainda prematura”*³¹³.

Nelson Hungria, contemporâneo ao holocausto dos judeus e de outras minorias praticado nos anos da Segunda Guerra Mundial, posicionou-se contrariamente à previsão do aborto eugênico entre as causas excludentes de ilicitude do art. 128, do Código Penal. De acordo com o jurista,

*“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 em um amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela oferecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado”*³¹⁴.

Sem embargos a posição do eminente jurista, é preciso ressaltar que à época não havia recursos tecnológicos capazes de diagnosticar qualquer

³¹³ *Cuestiones Penales Relativas al Aborto.*, p. 111.

³¹⁴ *Comentários ao Código Penal*, vol. 5, p. 313.

anomalia fetal e que tal posicionamento atacava o projeto do Código Penal dinamarquês que determinava o impedimento de nascimento, quando houvesse uma predisposição hereditária em razão das doenças dos pais, como afirma José Henrique Torres em decisão favorável à interrupção³¹⁵. De qualquer sorte, Nelson Hungria condena não somente a modalidade abortiva, mas, principalmente, a prática da eugenia.

Aníbal Bruno, aliás, já antevira o aumento das causas excludentes de ilicitude no crime de aborto, após defini-lo de uma forma bem abrangente. Segundo seu conceito, aborto é a morte de qualquer “*formação fisiológica em condições de vir a constituir um ser humano, embora possa apresentar as mais graves anomalias ou deformações*”³¹⁶. Por essa definição estão sob a tutela da legislação penal, tanto o embrião quanto o feto malformado.

Na mesma corrente está Maria Helena Diniz, para quem o aborto eugênico é um sintoma de desumanização, um retrocesso, que não passa de uma modalidade de eutanásia intra-uterina, cuja única finalidade é sanar os males dos pais, não trazendo qualquer benefício à criança³¹⁷. Também se mostra contrário ao aborto eugênico, Genival Veloso De França, quando afirma que:

“ninguém poderia negar o direito de uma criança nascer saudável e perfeita. Todavia, isso não nos autoriza a retirar de seres deficientes o direito à vida. A vida de um deficiente necessita, antes de tudo, de proteção e amparo, e nunca de

³¹⁵ *Gravidez de Alto risco: Abortamento Necessário ou Terapêutico*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 8, p. 239-240.

³¹⁶ *Crimes Contra a Pessoa*, p. 162-9.

³¹⁷ *O Estado Atual do Biodireito*, p. 49-51.

repressão. Ninguém é tão desprezível, inútil e insignificante que mereça a morte”³¹⁸.

Ainda o autor, na obra, *Direito Médico*, afirma que:

*“antecipar arbitrariamente a morte de um inocente nunca foi alternativa lícita e honesta para a medicina, pois os extraordinários recursos de que dispõe ela nos dias atuais dão ao médico os meios suficientes para a eterna luta contra as doenças e a morte”*³¹⁹.

No Brasil, desde o início dos anos 1990, foram propostos muitos projetos-de-lei referentes ao aborto, alguns propondo sua legalização irrestrita ou sua permissão nos primeiros meses de gestação; outros buscando regulamentar a sua prática nos casos permitidos por lei; outros, ainda, propondo a criminalização de todas as suas formas e alguns propondo a inclusão do aborto em razão de anomalia fetal ou em razão de outras graves enfermidades, como doenças degenerativas, entre as modalidades permitidas pelo Código Penal.

O proposta de emenda (PEC 571/02), de autoria do deputado Paulo de Lima, pretende acrescentar um inciso no art. 5.º, determinando que a vida do nascituro se inicia com a concepção, devendo ser severamente punidas todas as práticas que resultem em sua morte, sofrimento ou mutilação.

³¹⁸ *Medicina Legal*, p. 246.

³¹⁹ P. 290.

Atualmente, dois projetos de lei estão em pauta no Congresso Nacional. No Senado Federal, o do senador Duciomar Costa (PLS 183/04), propõe uma alteração ao Código Penal, incluindo a possibilidade de aborto em casos de anencefalia fetal, argumentando se tratar de uma gravidez de alto risco para a gestante, devido à ocorrência de vários distúrbios fisiológicos. Na Câmara dos Deputados, tramita o mais recente projeto, proposto pela deputada Jandira Feghali (PL 4403/04), no mesmo sentido do projeto do senador.

Além desses projetos-de-lei, apontados de forma meramente ilustrativa, merecem um melhor destaque os Anteprojetos do Código Penal, que acresceram ao art. 128 a nova modalidade de aborto acobertado pela excludente de ilicitude.

Quando da criação do Anteprojeto do Código Penal, Parte Especial, de 1984, (Portaria n.º 304, de 17 de julho) por uma comissão especial, coordenada por Luiz Vicente Cernicchiaro, surgiu a figura do aborto eugênico, denominado *aborto piedoso*, como terceira hipótese de excludente de ilicitude, do art. 128, não vindo, no entanto, a ser aprovada, *in verbis*:

Art. 128. “*Não constitui crime de aborto praticado pelo médico se:*

III – *há fundada probabilidade, atestada por outro médico, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais;*”

§ único – “*no caso dos dois últimos incisos, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal, e do cônjuge quando casada.*”

Já o novo Anteprojeto do Código Penal traz em seu art. 127 as causas excludentes de ilicitude no delito de aborto³²⁰. Além das causas já existentes no atual Código Penal, como o aborto necessário e o aborto na gravidez resultante de estupro, o anteprojeto apresenta como terceira hipótese de exclusão de ilicitude o aborto eugênico, *in verbis*:

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*”.

3.3. As decisões judiciais sobre aborto eugênico

3.3.1. principais fundamentos dos deferimentos

Independentemente da existência de normas penais relacionadas à permissão do aborto eugênico, desde 1991, vários juízes vêm decidindo favoravelmente a esta modalidade abortiva, ignorando o império do positivismo no ordenamento jurídico pátrio. A grande maioria das decisões proferidas em favor da interrupção da gravidez, em razão da anomalia fetal, levou em consideração os direitos inerentes à gestante, como o direito fundamental de não ser submetida a tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III, da Constituição Federal), fazendo referência ao período de gestação que a mulher deve percorrer,

³²⁰ D'URSO, Luiz Flávio Borges (org.). *Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal*, p. 26.

sabendo que carrega em seu ventre um feto malformado que não sobreviverá ao nascimento.

Um dos exemplos é a decisão de primeira instância proferida na comarca de Campinas, em 1994, pelo juiz, José Henrique Rodrigues Torres, que autorizou um dos primeiros abortos eugênicos no Estado de São Paulo:

*“Aliás, de acordo com o disposto no art. 5º da Constituição Federal ninguém será submetido a tratamento desumano. E, obviamente, exigir que a requerente leve a termo a sua gravidez, nas condições acima mencionadas, constitui, certamente, uma forma inquestionável de submetê-la a um inaceitável ‘tratamento desumano’, em flagrante violação aos direitos humanos e a dogma constitucional”.*³²¹

Estes proferimentos, que versam sobre um suposto *tratamento desumano*, foram embasados em laudos psicológicos, cujos teores demonstram que a mulher, nessa situação peculiar, está sujeita a profundo sofrimento psicológico e seria um cruel e desumano castigo sujeitá-la a essa situação durante toda o período de gestação, pois *“ao tomarem conhecimento da referida situação, com frequência, as gestantes apresentam evidentes perturbações da espera psicógena, seguidas de atitudes inconseqüentes, como desorganização familiar e, por vezes, com risco de vida (suicídio)”*³²². E contra este tormento, a interrupção da gravidez seria uma *“forma de se evitar a amargura e o*

³²¹ *Gravidez de Alto Risco: Aborto Terapêutico ou Necessário* in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 8, p. 245.

³²² *Ibidem*, p. 241.

sofrimento psicológico da mãe que, de antemão, sabe que o filho não terá qualquer possibilidade de sobrevivência”³²³.

Não há como concordar com esta linha de pensamento, pois não se pode, jamais, considerar uma gravidez como uma situação desumana, muito pelo contrário, nada mais simboliza a vida humana que a gravidez e o nascimento de uma criança, seja qual for a condição dessa gravidez ou dessa criança. A gravidez não é algo imposto à mulher, com exceção das que foram geradas por qualquer forma de violência sexual, mas algo alcançado, ao menos voluntariamente, mesmo que não tenha sido por vontade livre e consciente de engravidar. Pelo mesmo motivo, não há que se falar em caso fortuito ou força maior, pois a relação sexual se dá em razão da vontade do casal.

Desumano é o ato do abortamento, cuja finalidade é podar uma vida que se desenvolve totalmente dependente daquele ser que o renega. Ainda que este raciocínio se referisse às manobras abortivas precárias e clandestinas que a gestante vier a realizar, não se pode, ainda, falar em tratamento desumano, uma vez que, nesses casos, a própria mulher se sujeita a tal situação de perigo. Enfim, o aplicador do Direito e o legislador podem utilizar-se de inúmeros argumentos para defender o aborto eugênico, mas, jamais embasá-lo no preceito constitucional do inciso III, do art. 5º.

Seguindo na mesma esteira, o relator, Des. Jorge Mussi, proferiu sentença semelhante àquela, como comprovado na referida ementa:

³²³ RT-781/581.

*“diante da solicitação de autorização para realização de aborto, instruídas com laudos médicos e psicológicos favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciando o risco à saúde desta, mormente psicológica, resultante de drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação (grifo nosso), 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”.*³²⁴

Este ponto sobre o risco de comprometimento da saúde da gestante contraria entendimento doutrinário majoritário, que não admite a prática do aborto para preservar a saúde da mãe, somente se houver risco à sua vida. Interpretando saúde física ou mental, como um bem jurídico de valor menor se comparado ao valor da vida humana.

Uma terceira tese muito utilizada nas decisões favoráveis ao aborto eugênico refere-se à aplicação analógica dos art. 128, respaldada pelo art. 3.º do Código de Processo Penal³²⁵⁻³²⁶. Tal linha de pensamento escora-se no fato de ser admitido pela lei a prática de aborto de um feto saudável, quando a gravidez resulta de estupro ou quando a vida da mãe está em perigo. Sendo assim, e havendo uma lacuna na lei, não se pode prescindir da analogia *in bonam partem*, através de uma interpretação progressiva da norma penal, analisando a atual

³²⁴ RT-756/652.

³²⁵ **Art. 3.º.** A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

³²⁶ TORRES, José Henrique Rodrigues, *Gravidez de Alto Risco: Aborto Terapêutico ou Necessário* in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 8, p. 240.

situação, na qual os diagnósticos médicos, guarnecidos pelo avançado desenvolvimento científico e tecnológico, permitem conclusões exatas do estado de saúde do feto e da gestante.

Além desse argumento, emprega-se o mesmo art. 3.º, do Código de Processo Penal, para assegurar a aplicação dos princípios gerais de direito, no que tange à inexigibilidade de conduta diversa.

Insiste-se em afirmar que, na gravidez de um feto incompatível com a vida extra-uterina, não se pode exigir conduta diversa da gestante e de seu companheiro, a não ser a realização do aborto e que no aborto eugênico não há reprovabilidade do ato, pois não se pode exigir da gestante que leve a termo a gravidez nestas condições. De acordo com José Henrique Rodrigues Torres:

*“não há se falar em reprovabilidade nem em censurabilidade de abortamento (...) é inadmissível exigir da requerente que suporte a gravidez até o seu termo, com todas as conseqüências e riscos que até mesmo uma gravidez normal acarreta, para que, depois do nascimento, ocorra inevitavelmente a ocisão do feto”.*³²⁷

Outrossim, observa-se nas decisões autorizadoras do aborto, a tentativa de desvincular a expressão *eugênico* das práticas abortivas permitidas, com a alegação de que não se trata de medidas atreladas à eugenia, mas de medidas aplicadas para salvar a vida da gestante, numa gravidez de alto risco e cujo feto

³²⁷ Ibidem, p. 243.

anômalo não sobreviverá após o nascimento³²⁸. No entanto, não se pode negar tais características a estes casos de aborto, pois a procura para se impedir o nascimento de alguém ou impedir que alguém continue a viver em razão de deformidade física ou mental, não é outra coisa senão prática de medidas eugênicas. Abortar nessa situação significa impedir o feto de continuar a existir por não apresentar a *boa origem*, ou a *bela forma* que lhe daria direito a uma vida normal.

Por fim, em todas as decisões favoráveis à interrupção da gestação, constata-se ter sido desprezado o fato de o nascituro estar vivo. Discute-se apenas a interrupção da gravidez, apresentando como pressuposto mais importante o bem-estar psicológico da gestante e a não sobrevivência da criança após o parto. Passa-se ao largo da condição do nascituro como um ser vivente e que será sacrificado. Não há menção sobre o estado de vida do feto que ainda não morreu. É necessidade imperiosa acentuar que a impossibilidade de se manter vivo após o nascimento é diferente de já estar morto. O feto malformado não é um cadáver no ventre da mãe, e, sim, uma vida, que como todas as outras, de qualquer espécie, encerrar-se-á cedo ou tarde. A única angústia é saber da brevidade de sua morte. E se esse conhecimento da brevidade da morte fosse pressuposto para a abreviação de vidas, a eutanásia deveria ser permitida para todos os quadros patológicos graves, como por exemplo, o dos portadores do vírus HIV ou dos pacientes acometidos pelo câncer.

Esta é uma condição merecedora de registro, como bem entende o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, que, ao contestar o

³²⁸ Marcos Valentin Frigério, *et al*, Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil, *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal*, p. 17.

argumento de impossibilidade de sobrevivência do feto anencéfalo após o nascimento, afirma: “*Todos nascemos para morrer*”.

Pobres almas que acreditam que podem aliviar seu fardo cometendo tão insano crime.

3.3.2. fundamentos dos indeferimentos

Os indeferimentos dessa medida extraordinária de eliminação da vida do feto malformado foram embasados no fato irrefutável de não haver amparo legal para esta modalidade abortiva, bem como pela não existência do alegado estado de necessidade, por não se comprovar a situação de perigo atual à vida da gestante³²⁹.

No *Habeas Corpus* 16184-8/217, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra decisão de juiz da 1.^a Vara Criminal de Goiânia, que autorizou a interrupção de gravidez, foi deferido em 28 de julho de 1999. De acordo com o despacho do relator Des. Byron Seabra Guimarães, vice-presidente do Tribunal de Justiça de Goiás, “..., *não existe perspectiva de um bom direito para amparar o pedido de autorização judicial, tal como foi deferido*”.

No processo n.º 2000.001.062364-3, da 29.^a Vara Criminal da Capital do Estado do Rio de Janeiro, a juíza, Dra. Maria Luiza Sigaud Daniel, em 18 de maio de 2000, negou o pedido de autorização para interrupção de gestação alegando que:

³²⁹ Ibidem, p. 16.

“a lei penal protege a vida em seu sentido amplo, a vida em germe, e não meramente a expectativa de vida extra-uterina. Comprovado o estado fisiológico da gravidez, ou seja, que o feto está vivo, não há indagar da sua vitalidade biológica ou capacidade de atingir a maturação (...) Enquanto no ventre materno a criança cresce e se desenvolve normalmente, apesar do cérebro exposto, por estar em meio asséptico. Na literatura médica relatada não existem casos de sobrevivência, a nasce e respira, podendo viver meros segundos, vinte e quatro horas e até sete dias, dependendo das implicações neurológicas. (...) A situação da criança não é de morte cerebral, ela tem um cérebro, que apesar de não poder desenvolver suas funções intelectivas, pode ter algumas funções preservadas. Ela possui tronco cerebral que é responsável pelos batimentos cardíacos, pela respiração, pelos movimentos dos olhos, demais funções do tronco cerebral. (...) Entende este Juízo que o feto afetado por esta síndrome não pode ser privado do curto lapso de tempo de vida que possui. Tal procedimento consistiria na prática da eugenia, que visa não somente a evitar o nascimento de seres com taras hereditárias, mas também o de seres portadores de deformidades congênitas. (...) O avanço da medicina tem por objetivo salvar vidas, não ceifá-las, eis que de acordo com a ética médica não se pode negar nenhum tipo de assistência a alguém que vai morrer. No caso em exame, sabe-se, antecipadamente, quando a criança morrerá, ela tem meses de vida, como um doente terminal. O aborto nesses casos iguala-se à eutanásia, só

que praticada em relação a um nascituro em avançado estágio gestacional. (...) O sofrimento e o abalo psíquico da mãe só poderão ser minimizados pelo amor e apoio da família e por acompanhamento psicológico, fazendo-a compreender que carrega em seu ventre não um ser morto, mas um ser vivo que desenvolve-se plenamente nos demais aspectos físicos. Abreviar o tempo de vida pré-determinado, consiste em grave ilícito penal que não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico vigente, malgrado entendimentos contrários”.

O Mandado de Segurança, impetrado contra a decisão acima, foi indeferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 21 e junho de 2000³³⁰, que terminou por sustentar a sentença de primeira instância. Como manifestado na ementa, a anencefalia não pode ser fundamento de autorização de aborto, pois, no art. 128 do Código Penal, não há previsão de isenção de pena para o abortamento eugênico e o magistrado não tem o poder de autorizá-lo, nem tampouco o médico. De acordo com a ementa: “*A Lei não deu ao magistrado o poder divino de determinar o término da vida. Os apologistas do aborto eugênico nasceram, estão todos vivos. Denegada, por maioria, a ordem*”.³³¹

O Des. Carlos Brazil, em voto neste julgado, defende a vida do feto, desprezada pela gestante e pelo médico, confirmando que se trata de “*um abuso de direito em face de um nascituro não ouvido, não defendido, a cassação desse dom maior que é a vida*”³³².

³³⁰ TJRJ/Mandado de Segurança n.º 42/2000.

³³¹ TJRJ – Processo n.º 2000.078.00042 – MS n.º 42/2000.

³³² TJRJ – Processo n.º 2000.078.00042 – MS n.º 42/2000.

Similar a decisão supra citada, a sentença proferida pela 14.^a Vara Criminal da Comarca de Goiânia, em 16 de maio de 2001, negou a autorização para a interrupção da gravidez. Segundo o proferimento do magistrado Dr. José Machado Castro Neto:

*“... cuidando-se de aborto eugênico, para o qual não existe autorização na lei, merecendo, pois, o repúdio da Justiça, a quem cumpre o indeclinável dever de assegurar os direitos do nascituro, conforme disposição expressa no Código Civil Brasileiro, entre os quais, evidentemente, está elencado o direito de nascer. (...) A morte é consequência inarredável de quem nasce e, portanto, não pode ser invocada como motivo para justificar o aborto, cuja prática é tida, em regra, como crime”.*³³³

O atual Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, também se pronunciou contra a interrupção da gravidez, em *Habeas Corpus* (n.º 84.025-6/130 – RJ) impetrado contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça que rejeitou o pedido de autorização de aborto eugênico. Ao defender o direito à vida do feto, afirma que *“o direito à vida é tudo, por isso que nada mais se considera quando ele é questionado, caindo, então, no vazio, tal questionamento”*. Para ele, a vida intra-uterina não pode ser ignorada, nem pelos médicos, nem pelos juristas, nem pelos pais e, mesmo estando o feto fisicamente deformado, os sentimentos dos pais podem ser transferidos àquele, pois nada *“impedirá que a acolhida, o carinho, o amor flua à vida, que existe, e enquanto existir possa. (...) Isso, graças a Deus, está além da ciência”*.

³³³ Processo n.º 2001.007.69190 – 14.^a Vara Criminal da Comarca de Goiânia.

3.4. Em defesa do aborto eugênico

São vários os argumentos oferecidos em favor da interrupção da gravidez em razão de anomalias fetais. São apresentados, principalmente, por médicos que trabalham diretamente com o problema, como os geneticistas e obstetras, as feministas, representadas por parlamentares, além de alguns juristas, como demonstrado acima.

Primeiramente, é ressaltado como principal argumento a incompatibilidade do feto com a vida extra-uterina, vale dizer, a impossibilidade da criança sobreviver após o parto. Como já citado nos casos de não fechamento do tubo neural, a perspectiva de vida não ultrapassa algumas horas, ou, em certos casos, dois ou três dias.

Outro argumento é o número alarmante de casos de abortamentos clandestinos realizados todo ano. Segundo pesquisa apresentada por Marcos Valentin Frigério, em 1991, estima-se que foram realizados até dois milhões de abortamentos ilegais. Em outra pesquisa, onde foram interrogados 321 casais, 92% deles manifestaram-se a favor do aborto, caso se constatasse qualquer anomalia grave no feto. E outra avaliação, constatou-se que 80% dos casais manifestaram-se dispostos a interromper a gravidez caso fosse diagnosticada qualquer anomalia, inclusive as compatíveis com a vida, como por exemplo, a Síndrome de *Down*³³⁴.

³³⁴ Aspectos Bioéticos, Médicos e Jurídicos do Abortamento por Anomalia Fetal Grave no Brasil, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 41, p. 276.

Thomaz Rafael Gollop constatou que 95% dos pais, ao se depararem com um diagnóstico de anomalia fetal, optam pela interrupção da gestação, ainda que seja proscrita, independentemente da formação religiosa e do nível de instrução. Segundo o médico, a maioria dos casais alega que o bem-estar da família é mais importante que a obediência legal ou religiosa³³⁵.

Já no que diz respeito à opinião dos médicos, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia verificou que, em 1970, aproximadamente 30% dos médicos eram favoráveis à legalização do aborto eugênico. Nos dias atuais, esse número cresceu para 90% entre os obstetras. Gollop interpreta isso como uma *evolução do pensamento médico*, que acompanha os avanços tecnológicos, ao contrário do arcaico Código Penal³³⁶.

Com essas informações, os defensores do aborto eugênico fazem um paralelo com a opinião pública e, com embasamento nesses números, alegam que a população é favorável à prática abortiva.

Gollop afirma que o aborto não é tema para ser tratado pela legislação penal, a qual está sempre a reboque dos avanços da ciência, não conseguindo acompanhá-los. Além do mais, o aborto não pode ser classificado como um problema de segurança pública, mas, sim, de saúde pública, pois a população menos favorecida sofre uma grande injustiça por não ter acesso aos métodos abortivos escusos que estão disponíveis aos mais privilegiados financeiramente. De sorte que o Estado se torna duplamente omissivo: por proibir o aborto eugênico

³³⁵ GOLLOP, Thomaz Rafael, *O Aborto (Legítimo) em razão de Anomalia Fetal*, www.bureaujuridico.com.br/medicina/artigos/art_bm004.htm, acesso em 03 abr. 2004.

³³⁶ *Ibidem*.

e por não fornecer o mínimo de assistência às famílias carentes, que terminam por arcar com todas as despesas no tratamento de seus entes enfermos³³⁷.

Outro ponto levantado pelos médicos é o avanço tecnológico dos exames pré-natais, o que possibilita o diagnóstico de anomalias fetais com muita antecedência. Através desses novos exames, deveria o casal ter o direito de optar pela continuação ou não da gestação. Para Gollop, a opção pela interrupção da gravidez em caso de anomalia fetal deve ser uma faculdade dos pais, até a vigésima quarta semana, como ocorre nos países do Primeiro Mundo. Do lado do profissional médico também surge um grave conflito ético, já que o médico precisa indicar exames à gestante, que podem revelar uma anomalia fetal, mas não pode lhe oferecer opções, caso esta decida pela interrupção. Além disso, caso a criança sobreviva, será alvo de preconceitos e exclusão pelo resto da vida³³⁸.

Já foi dito também que a anencefalia fetal poderia ser comparada com a morte encefálica, o que permite aos médicos não mais insistir em manter o paciente vivo, uma vez que a falência cerebral é irrecuperável. A morte encefálica, é preciso ressaltar, passou a ser apontada, no Brasil, entre outros países, como o momento da morte da pessoa. Assim, o diagnóstico desta incapacidade do organismo do feto em mantê-lo vivo após o parto, ensejaria uma desobrigação em preservá-lo.

³³⁷ Ibidem.

³³⁸ Ibidem.

3.5. Contrariando a defesa

A autorização da prática do aborto seletivo abre um péssimo precedente em relação às excludentes de ilicitude, pois ensejarão futuras solicitações para a interrupção de gestações de fetos que apresentem leves ou insignificantes deformidades físicas ou mentais, ou, numa hipótese mais drástica, simplesmente não apresentem o sexo desejado pelos pais. Este, fatalmente, será o primeiro passo para a ampliação do rol de hipóteses em que uma pessoa, independentemente da fase de sua vida, poderá ser eliminada com o respaldo do Estado. Não tardará para outros métodos eugênicos serem aplicados como meio de aliviar dores e sofrimentos, com a eliminação de seres humanos que apresentem deformações físicas ou mentais ou que não possuam as características físicas enquadradas em um padrão de beleza aceitável.

Maria Helena Diniz entende haver inconsistência jurídica do pedido de interrupção de gravidez, pois não se trata de aborto legal, previsto no Código Penal e nenhum magistrado tem poder de permitir a prática de uma conduta criminosa, devendo indeferir *in limine* tais pedidos, em razão de sua impossibilidade jurídica. Nem mesmo o risco à saúde mental da gestante pode ser alegado, já que aborto nunca foi expediente para os males da mente, muito pelo contrário, tais procedimentos podem até mesmo desencadear distúrbios mentais na mulher que os pratica³³⁹.

Defendendo esta mesma posição, a juíza, Maria Luiza de Oliveira Sigaud Daniel, proferiu em decisão que:

³³⁹ *O Estado Atual do Biodireito, passim.*

“ademais o Juiz não tem esse poder, isto é, o poder de determinar até quando alguém vai viver. Nosso poder, graças a Deus, é limitado, pois também estamos submetidos à ordem jurídica em vigor. É absurdo que a requerente e o médico que a assiste desejem chancelar suas condutas ilícitas, pois apesar de emanar do órgão julgador, consiste em ilícito penal de extrema gravidade”³⁴⁰.

A afirmativa de que um grande número de pessoas pratica ou deseja praticar o aborto não serve como fundamento para sua descriminalização. Assim como o fato de uma boa parte dos casais, que esperam um filho anencéfalo, desejarem que ele seja eliminado através do aborto, não pode motivar a criação de uma norma permissiva para esta circunstância. O Estado, na figura de seus poderes, não pode agir de acordo com vontades e paixões fugazes das pessoas. Em primeiro lugar, deve-se primar pela vida humana e pela moralidade social. Se a prática contumaz de um delito ensejasse a sua descriminalização, então a tortura deveria ser legalizada, haja vista ser uma constante nas delegacias de polícia ou deveria se reconhecer o estado paralelo criado pelo narcotráfico do Rio de Janeiro ou descriminalizar quaisquer condutas relacionadas à violência doméstica, já que seus números também são alarmantes ou, ainda, aceitar a exploração sexual infantil, por ser uma ocorrência mais do que comum no Brasil.

Enfim, a prática corriqueira de uma conduta criminoso não é justificativa para sua descriminalização ou legalização, ao contrário, é um alerta ao poder público para que venha a atacá-la com mais rigor.

³⁴⁰ Sentença proferida, em 18/05/2000, na 29.^a Vara Criminal da Capital do Estado do Rio de Janeiro, no Processo n.º 2000.001.062364-3, referente a pedido de autorização para interrupção de gestação.

O aborto eugênico acertadamente deve ser entendido como um problema de saúde pública, mas não deixa de ser um problema de segurança, haja vista se configurar em um atentado ao bem maior da vida.

Agora, em se tratando de anomalia fetal, surge uma questão de competência exclusiva da saúde pública, por ser resultado de diversos fatores nocivos ao ser humano, como a poluição das águas e do ar, gerada pelas indústrias, o consumo excessivo de drogas proscritas, o consumo de drogas legais, como a bebida alcoólica, o cigarro, e consumo de substâncias químicas escusas, adicionadas em alimentos industrializados.

Praticar aborto em razão da anomalia fetal é o mesmo que praticá-lo por razões sociais, pois, da mesma forma que não se combatem as deformidades com a eliminação do ser disforme, não se acaba com a miséria extinguindo-se os miseráveis. O meio mais eficaz de se combater a anomalia fetal é através de sua prevenção, combatendo diretamente os focos responsáveis pela contaminação do ser humano e não através da extirpação do feto anômalo.

No que tange à omissão do Estado em normatizar as matérias de Biodireito *pari passu* a evolução da ciência, alegada pelos defensores do aborto eugênico, que insistem em salientar a antiguidade do Código Penal diante das novas perspectivas criadas pela modernidade, deve-se chamar a atenção para o fato de que o aborto não é defeso apenas pela lei penal, mas por várias normas jurídicas. Entre elas, o atual Código de Ética Médica, publicado em 1988, posiciona-se incisivamente contra as práticas abortivas, como já demonstrado no segundo capítulo – Biologia, Medicinal Legal e Aborto – o que demonstra que a

não permissão da prática do aborto eugênico pelo estatuto penal não é uma lacuna surgida por uma defasagem entre os séculos XX e XXI, como um lento e progressivo desgaste no ordenamento jurídico. O legislador cala-se intencionalmente, pois até hoje não se entendeu cabível tal dispositivo, ou melhor, creu-se inconstitucional, atentatório ao direito inviolável à vida e à dignidade humana.

Já em relação à comparação da anencefalia fetal com a morte encefálica, alguns neurologistas garantem que não há similaridade de condições, uma vez que existe atividade cerebral no feto anencéfalo, que pode sustentar sua vida por algum tempo, mantendo sua respiração, seus movimentos e a sugação. Os anencéfalos nascidos apresentam manifestações de vida organizada, não podendo, por esta razão, ser enquadrados como casos de morte cerebral³⁴¹.

Ao explicar esta condição do cérebro, o médico, Álvaro L. M. Valls afirma:

“Um problema adicional é que o cérebro, além das funções da consciência e da vontade, funções que tanto dignificam o ser humano, também tem funções de regular o funcionamento do resto do corpo, as quais, porém podem ser mantidas artificialmente. Ou seja, o cérebro, nesta função, é substituível. (...) Mas se a parte superior do cérebro não funciona, a criatura não pode ver, nem ouvir e nem sentir, não pode sofrer nem ter emoções, não pode querer e nem pensar, embora possa respirar e

³⁴¹FRANÇA, Genival Veloso de, *Doação de Órgãos de Anencéfalos*, www.urfgs.br/HPCA/gppg/doaderg.htm - acesso em 22 ago. 2002.

seu coração possa bater, já que isso depende da parte inferior do cérebro”³⁴².

Assim sendo, devem-se desprezar as apreciações em favor da autorização do aborto que afirmam não haver vida a ser salva. É uma vida com hora marcada para expirar, mas é uma vida.

Por fim, há que se ressaltar que alguns defensores deste crime procuram acompanhar as tendências legislativas européias, como uma referência ao avanço da sociedade. Todavia, é preciso lembrar que, a maior preocupação dos países desenvolvidos, onde o aborto eugênico é permitido, é a redução de uma fatia orçamentária do Estado, despendida à assistência das crianças portadoras de graves enfermidades. Os procedimentos de interrupção da gravidez comprovam-se menos dispendiosos e, por esta razão, mais indicados para evitar o comprometimento de verbas públicas com os cidadãos “*inúteis*”.

A sociedade deve se questionar sobre o preço dessa modernidade. Questionar-se sobre quantas vidas serão necessárias eliminar para atingir um status de nação evoluída.

3.6. O delito de aborto qualificado pelo preconceito

Ainda que largamente defendido pela classe médica e até mesmo praticado pela mesma, com respaldo do Poder Judiciário, o aborto eugênico, antes de ser

³⁴² *Repensando a Vida e a morte do Ponto de Vista Filosófico*, www.bioetica.ufrgs.br/morteamv.htm - acesso em 18 nov. 2004.

uma causa de exclusão de ilicitude, deveria ser entendida como uma qualificadora do delito, haja vista conter um dolo específico que anima esta conduta, qual seja, a discriminação e o preconceito pela aversão à natureza deficiente do feto.

Não se pode negar que a gravidez de um feto incompatível com a vida extra-uterina pode causar um tormento psicológico para a gestante e sua família, pelo fato de que, ao final dos nove meses, após o nascimento, a criança terá de ser enterrada. Da mesma forma, não se pode olvidar que muitas gestantes suportam essa fase crítica com muita serenidade e confiança, conscientes do estado do filho, mas, mesmo assim, esperançosas para vê-lo, ainda que por um breve momento; ou que aquela criança que não sobreviverá poderá ser um efetivo doador de órgãos a outros recém-nascidos. E, finalmente, não se pode ignorar o fato de que o ser humano em formação está *vivo* e será sacrificado.

A interrupção da gravidez em razão de anomalia fetal é completamente distinta das outras situações que ensejam a permissão legal do aborto, ou seja, não cabe equiparação com o aborto necessário ou com o aborto sentimental.

No aborto eugênico não existe um estado de necessidade, no qual deva ser sacrificada a vida do feto em benefício da salvaguarda de outra vida. O que existe é uma desproporção entre o bem jurídico sacrificado e o bem jurídico preservado. Preserva-se a saúde psíquica da gestante em detrimento da vida de seu filho.

No aborto sentimental, a mulher é vítima de uma repugnante agressão, que tem por resultado duas vítimas: a violentada e o fruto gerado desta violência.

Argumenta-se que, como neste caso uma criança sadia pode ser sacrificada, o aborto eugênico deveria ser permitido, uma vez que a criança que será sacrificada é portadora de graves más-formações que a torna incompatível com a vida extra-uterina. Ou seja, seria menos injusto sacrificar uma criança gravemente enferma do que sacrificar uma criança saudável. Na verdade, nenhuma destas hipóteses é justa para o feto. O que se deve levar em conta, quando da autorização do aborto em razão de estupro é o fato de não se poder exigir que a mulher aceite este estigma e mantenha o fruto deste crime, o que seria extremamente cruel.

Nos casos em que ocorre o aborto eugênico, constata-se que a gravidez, se não foi planejada ou pretendida pela gestante, ocorreu-lhe, ao menos, de forma natural e voluntária. De sorte que não se pode aceitar que a gestante opte pela eliminação de seu filho pelo simples fato deste não apresentar as características físicas que ela pretendia. O temeroso é que a prática do aborto eugênico torne-se freqüente e os seres humanos comecem a ser descartados como se fossem objetos ou adereços indesejáveis.

A circunstância diferenciadora do aborto eugênico é a existência de um ser humano em formação, portador de graves enfermidades, que o torna incompatível com a vida extra-uterina, mas, de forma alguma, isso implica o fim de sua existência intra-uterina. Tampouco o torna uma ameaça real à vida ou à saúde de sua genitora. O único mal causado a mãe se comprova no fato de sua vontade não ter sido atendida pela natureza, uma vez que está gerando um ser humano enfermo, carecedor de tratamento diferenciado, e que infelizmente não sobreviverá após o nascimento ou, se sobreviver, não terá a aparência desejada por ela.

Neste caso, a enfermidade do feto gera uma repulsa por parte da gestante. O sentimento que impulsiona o aborto eugênico nada mais é que um sentimento torpe, pequeno e preconceituoso, digno de punição em razão da discriminação ao próprio filho.

Como já analisado no tópico sobre estrutura do tipo penal, a nova norma permissiva, pretendida pelos defensores do aborto eugênico, não explicita o elemento subjetivo, encontrado nas condutas praticadas com dolo específico. O aborto em razão de anomalia fetal (aborto eugênico) é diferenciado das demais hipóteses motivadoras deste crime, principalmente, por seu elemento subjetivo, visto que a interrupção da gravidez é motivada pelo conhecimento das deficiências do nascituro e, em razão disso, surge o desejo de livrar-se desta frustração, dessa triste realidade, a qual pode ser alterada pelo extermínio do feto. Vale dizer que o *animus* dos pais pela interrupção da gravidez, nada mais é que o preconceito em relação ao filho, portador de má-formação, isto é, uma motivação por discriminação do indivíduo que foge à regra da bela aparência, como se o valor do ser humano e a grandeza de sua alma pudessem ser medidos pela aparência física.

Somado a isso, está o fato de a violência com que o feto é eliminado ser imperceptível aos próprios pais e à sociedade, visto que o feto sucumbe em profundo silêncio e sem qualquer manifestação de reação. Além do que, o método exterminante é protegido por expressões atenuadoras, maquiadoras da verdade, como por exemplo, “*antecipação do parto*”, ou “*incompatibilidade com a vida extra-uterina*”, ou “*aborto seletivo*”.

A voluntariedade em se alcançar o estado gravídico, a não existência de uma atual situação de perigo de morte para gestante, bem como o caráter discriminatório e preconceituoso do procedimento abortivo, devem ensejar sua proibição, devendo esta conduta ser enquadrada como delito de aborto (arts. 124 e 126 do Código Penal) em concurso formal com o delito de discriminação ou preconceito (art. 20, *caput*, da Lei 7.716/89)³⁴³, enquanto não houver um tipo específico para esta conduta.

3.7. O preconceito e a discriminação no aborto eugênico

A eugenia e a discriminação se confundem. Pode-se dizer que a discriminação e o preconceito são comportamentos inerentes ao eugenismo, assim como o eugenismo é sempre motivado pela discriminação ou preconceito, o que leva à conclusão de que quem emprega a eugenia pratica o crime de preconceito ou discriminação.

Como a eugenia é uma ciência de cunho racista, torna-se impossível desvincula-la do delito de racismo (*lato sensu*). Quando se realiza uma conduta fundada nos preceitos eugênicos, mesmo que esta conduta não esteja prevista como um elemento objetivo específico de um tipo penal, ela está calcada na discriminação ou preconceito, o que a torna um fato típico, segundo o art. 20 da Lei n.º 7.716/89, *in verbis*:

³⁴³ Art. 20. *Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia religião ou procedência nacional.* Em que pese a ausência de qualquer expressão referente às pessoas com *prerrogativas essenciais*, é mister a interpretação desta norma sob a luz da Constituição Federal, art. 3.º, IV.

“Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:”

Esta norma penal, como já demonstrado, deve ser traduzida seguindo os preceitos da hierarquia do ordenamento jurídico positivista, ensinados por Hans Kelsen, ou seja, deve ser interpretada de forma sistemática e complementada pela norma constitucional do art. 3.º, IV e art. 5.º *caput* e incs. XLI e XLII. Dessa sorte, a melhor leitura do tipo penal do art. 20, da referida lei, carece do acréscimo da expressão *“e quaisquer outras formas de discriminação”*.

Dentre as *quaisquer outras formas de discriminação* deve estar inserida, de modo intangível, a discriminação à pessoa com prerrogativas essenciais.

Segundo Antonio Rulli Neto, discriminação contra estas pessoas significa

*“toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha a finalidade de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais”*³⁴⁴.

Infelizmente, não há que se falar em dignidade humana e isonomia em relação às *“pessoas com prerrogativas essenciais”*, uma vez que até nas

³⁴⁴ *Direitos do portador de Necessidades Especiais*, p. 70.

definições são tratadas de forma depreciativa como, por exemplo, serem identificadas pelos termos “*deficientes*” ou “*excepcionais*”.

Mesmo com os esforços em substituir estes termos rançosos por uma nova classificação, como “*portadoras de necessidades especiais*”, ou “*portadoras de direitos especiais*”, as pessoas com carências funcionais não lograram alcançar a tão distante igualdade. Aconteceu que o termo “*portador de necessidades especiais*” também foi estigmatizado, tornando-se um discriminante.

Como já explicado, parece mais apropriado à designação do indivíduo portador de alguma enfermidade, que o impeça de conviver com seus semelhantes, a expressão *prerrogativas essenciais*, na qual o termo *prerrogativa* diz respeito a um privilégio que a pessoa tem em relação aos demais membros da sociedade, como locais especiais em transportes coletivos, em estacionamento ou com a instalação de aparatos específicos para o ingresso em veículos de transporte público ou em estabelecimentos comerciais. Já o termo *essenciais* vem determinar que estes privilégios são imprescindíveis ao amplo e irrestrito acesso a todos os locais públicos e privados, com o fim de facilitar o convívio destes indivíduos e suprimir gradativamente as desigualdades.

Enfim, parece utópico se alcançar uma sociedade igualitária, já que sempre se procura definir quais são os membros que merecem ser mantidos vivos e quais merecem ser eliminados. Parece um castigo de *Sísifo* tentar construir um ordenamento jurídico impositor de igualdade numa sociedade de natureza segregacionista. Esta igualdade, tão defendida na Carta Constitucional, é completamente ignorada no cotidiano da sociedade, onde são feitas novas descobertas para selecionar os melhores indivíduos e onde são observadas

decisões judiciais autorizando a prática desta seleção. O Estado determina a todos se tratem por iguais, mas trata alguns de seus filhos de modo diferenciado, excluindo-os.

Não há como negar a prática de discriminação ou preconceito, quando se busca matar um filho portador de alguma enfermidade ou quando se autoriza a sua morte em uma sentença judicial. Não há como negar a prática de uma política eugênica, quando se busca alcançar uma forma de determinar, com a maior antecedência possível, quais indivíduos não merecem fazer parte da sociedade e de que forma eles serão eliminados.

O aborto eugênico, defendido pelos médicos e autorizado por decisões judiciais, é a evidência da eugenia novamente estatizada, da prática de um racismo velado, com ares de medida protetora do bem estar da família.

Parafrazeando Vizzacaro-Amaral, quando trata do eugenismo institucionalizado do começo do séc. XX, o objeto do discurso eugenista é a população que ameaça o projeto de racionalização das relações sociais com seu potencial irracional e destrutivo na base da biologia. Desse modo, transforma-se em inimigo um agente microscópico – somente observável através de aparato técnico – capaz de corromper a sociedade física e moralmente. Com esta estratégia, protegida por um verniz de socorro médico, busca-se interferir na geração melhorada de indivíduos, de um modo seguro e sem grandes conflitos³⁴⁵.

³⁴⁵ p. 190.

3.8. O aborto eugênico e o conflito de normas no Anteprojeto do Código Penal

Apesar da previsão do aborto eugênico como uma terceira hipótese de excludente de ilicitude nesta prática criminosa, o Anteprojeto do Código Penal apresenta uma contradição, ao prever o delito de discriminação ou preconceito. No Capítulo I, do Título XV – Dos Crimes Contra a Cidadania, o art. 392 traz o tipo penal da discriminação propriamente dita, *in verbis*:

“Negar, impedir ou dificultar, por motivo de discriminação ou preconceito de raça, etnia, cor, sexo ou orientação sexual, condição física ou social, religião ou origem, o livre exercício de direito ou garantia fundamental assegurados na Constituição”.

Observe-se que o Anteprojeto preocupou-se em definir a prática do racismo de uma forma bastante ampla, abrangendo outras características individuais, esquecidas na lei atual, como o sexo ou orientação sexual, a condição física ou social ou a origem do indivíduo.

O termo *condição física* vem a agasalhar as pessoas com prerrogativas essenciais, protegendo-as de forma expressa. Com esta previsão, surge a incoerência com seu art. 127, III, cuja letra descreve a modalidade de aborto permitido, quando houver fundada probabilidade de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.

Fatalmente, um destes dispositivos deverá ser modificado, pois há um evidente choque entre as duas normas. Enquanto a norma sobre o aborto

permitido autoriza a morte de um feto portador de graves anomalias físicas, a norma sobre discriminação ou preconceito tipifica o ato de negar, impedir ou dificultar o exercício de direito ou garantia fundamental. Ora, de acordo com esta última norma, deveria ser considerado crime impedir alguém de gozar de seus direitos à vida, à igualdade e à dignidade, pelo fato de apresentar uma condição física específica. E como o delito de aborto, no Anteprojeto, continua previsto entre os crimes contra a pessoa, não há que se subtrair do feto os direitos e garantias fundamentais de pessoa que ainda não veio à luz.

O advento da norma permissiva sobre o aborto eugênico criaria um paradoxo no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, diante de tantas normas em benefício dos privilegiados, existiria uma norma autorizando a sua eliminação, enquanto estiver na fase de vida intra-uterina.

Observando a figura do aborto eugênico ou seletivo, do ponto de vista da proposta da reforma penal, alguns pontos devem ser ressaltados. Primeiro, o seu justo e correto enquadramento na lei penal. E segundo, a outra conduta criminosa que a acompanha.

Capítulo VII

O ABORTO EUGÊNICO NO DIREITO COMPARADO

Não é a finalidade deste capítulo realizar uma análise aprofundada do direito alienígena, mas oferecer outras perspectivas sobre o mesmo tema e compará-las à legislação pátria, com o intuito meramente informativo.

Ao que parece, somente a legislação dos países europeus tem cuidado do aborto eugênico. Os países da América Latina ainda não regulamentaram a matéria, exceto a Colômbia que prevê a modalidade abortiva em razão de inseminação artificial. Contudo, no direito penal latino-americano não há qualquer destaque relevante para servir de base à determinação de uma nova tendência regional.

1. Direito Penal da Alemanha

O legislador penal alemão é seguidor da teoria da nidação, o que significa que, pelo estatuto penal, a proteção do ser em desenvolvimento terá início com a ocorrência da nidação. Após este momento, proíbe-se a interrupção da gravidez.

2. Direito Penal da França

As leis francesas autorizam a prática do aborto eugênico³⁴⁶. Segundo sua legislação penal, o aborto será punido com dois anos de prisão e multa de € 30.000, quando praticado depois de expirado o período em que é autorizado por lei (art. 223-11), ou seja, após a décima segunda semana, salvo se for realizado para salvar a vida da gestante ou se o feto apresentar anomalias. Também determina que será punido com a mesma pena quem realizar de diagnóstico pré-natal sem autorização exigida pelo Código de Saúde Pública (art. 511-20).

Ademais, o Código Civil francês exige, em seu art. 725, que o recém-nascido seja viável, vale dizer, que não apresente nenhuma alteração que possa levar a sua morte³⁴⁷.

3. Direito Penal da Espanha

O Código Penal espanhol não apresenta variações em relação à lei brasileira, no que tange a previsão do delito de aborto. Contudo, possui uma parte que trata exclusivamente das lesões provocadas em fetos, punindo tais condutas, quando praticadas na forma dolosa (art. 157) e culposa (art. 158). Considera crime qualquer procedimento que cause lesão a um feto ou enfermidade que venha a prejudicar seu desenvolvimento ou lhe provoque grave anomalia física ou psíquica³⁴⁸.

³⁴⁶ DINIZ, Maria Helena, *O Estado Atual do Biodireito*, p. 99.

³⁴⁷ MARTINEZ, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 159.

³⁴⁸ **Art. 157.** “*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será*

A legislação penal espanhola também condena a eugenia na prática de manipulação genética, punindo quem criar, através da clonagem ou qualquer outro procedimento, seres humanos idênticos com a finalidade de seleção de raça³⁴⁹.

Porém, para uma interpretação mais eficiente do estatuto penal, faz-se necessário observar outro dispositivo legal. O Código Civil espanhol, em seu art. 29, somente reconhece a personalidade do recém-nascido, desde que tenha forma humana e sobreviva por vinte e quatro horas desprendido do seio materno³⁵⁰. Outrossim, o Tribunal Constitucional espanhol decidiu pela teoria da nidadação. Esta opção é observada pela escolha do termo gestação, e não concepção, para determinar o momento inicial de proteção jurídica ao ser humano³⁵¹.

4. Direito Penal de Portugal

A legislação penal portuguesa é bastante ampla no que diz respeito ao tratamento do crime de aborto e, como a grande maioria das legislações européias, permite a prática do aborto eugênico.

castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”.

Art. 158. “*El que, por imprudencia grave, cometiére los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”.*

³⁴⁹**Art. 160. 2.** “*Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.*”**3.** *Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.*

³⁵⁰ MARTÍNEZ, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 159.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 92.

Na parte onde são tratadas as modalidades de interrupção de gravidez não puníveis, o Código Penal lusitano, antes de apontar quais as hipóteses de aborto permitido, determina que o procedimento abortivo seja realizado apenas em estabelecimentos oficiais ou oficialmente reconhecidos.

Na interrupção da gravidez, em casos de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, estipula como período para a realização do procedimento as primeiras dezesseis semanas (art. 142, 1, *d*). Quando realizado para salvar a vida ou a saúde da gestante deve-se proceder dentro das primeiras doze semanas (art. 142, 1, *b*). Porém, esta norma possui um detalhe merecedor de realce. A permissão do aborto ocorre, desde que a gravidez indique perigo de morte ou grave e duradoura lesão para o corpo *ou para saúde física ou psíquica* da gestante. O que leva a crer que o aborto pode ser realizado mesmo se a gravidez ameaçar apenas a integridade psicológica da mulher.

E, por fim, será permitido o aborto sempre que houver seguros motivos para prever que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, grave doença ou má-formação congênita, desde que comprovadas através de exames idôneos. Neste caso, a interrupção da gravidez deverá ser procedida em vinte e quatro semanas. Mas, quando se constatar que o feto é plenamente inviável, a interrupção poderá ser praticada a qualquer momento (art. 142, 1, *c*).

5. Direito Penal da Itália

Desde 1978, havendo perigo para a gestante ou má-formação fetal, a legislação italiana permite a prática de aborto.

Além da legislação penal, é oportuno trazer a este trabalho a lei italiana em cujo texto está prevista a objeção de consciência diante da interrupção da gravidez. De acordo com o art. 9.º da Lei 194/78, *in verbis*:

O pessoal da saúde que exerce atividades auxiliares não é obrigado a tomar parte nos processos de que tratam os arts. 5 e 7 e nas intervenções para interrupção da gravidez quando surgir objeção de consciência com declaração prévia.

(...) A objeção de consciência isenta o pessoal da saúde que exerce atividades auxiliares do cumprimento dos processos de atividades da gravidez e não da assistência antes e depois das interrupções.

*A objeção de consciência não pode ser invocada pelo pessoal da saúde que exerce as atividades auxiliares quando, devido à particularidade das circunstâncias, a sua intervenção foi indispensável para salvar a vida da mulher em perigo iminente.*³⁵²

6. Direito Penal da Argentina

A responsabilidade penal do aborto, na legislação argentina, segue as mesmas diretrizes da lei penal brasileira. São percebidas poucas distinções entre

³⁵² SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, p. 381.

ambas. Uma delas é o fato de, além da pena imposta a quem praticar aborto, o código penal prever a inabilitação para o exercício da profissão pelo dobro do tempo da pena, quando praticado por médico, cirurgião, parteiras ou farmacêutico (art. 86). Percebe-se que o legislador argentino não desprezou as profissões de parteira e farmacêutico.

Na parte sobre o aborto não punível, nota-se uma distinção marcante. Enquanto no Brasil é permitida a interrupção da gravidez em caso de violência sexual, sem qualquer restrição à vítima, o legislador argentino somente permitiu a prática de aborto se a violentada for mulher idiota ou demente, o que também exige o consentimento de seu representante legal (art. 86, 2.º).

Cogitou-se tratar este dispositivo permissivo de uma norma eugênica, cujo intuito era de impedir a geração de um filho por uma pessoa com enfermidade mental. Todavia, não parece ser esta a intenção do legislador, haja vista a rigorosidade das normas penais em relação à prática do aborto. Mais aceitável seria o entendimento no sentido de que a mulher saudável pode, imediatamente após a violência sofrida, informar o ocorrido e procurar auxílio médico, enquanto a mulher débil mental não teria a mesma facilidade de comunicar o ocorrido e, dessa forma, a sua gravidez só seria percebida mais tardiamente, exigindo a sua interrupção.

Também o Código Civil argentino considera como titular de direitos todo o concebido que nasça com vida, ainda que seja por um instante (art. 70), não

importando se terá possibilidade de prolongá-la ou se morrerá logo após o parto (art. 72)³⁵³.

7. Direito Penal do Uruguai

A legislação penal uruguaia, assim como a brasileira, ainda não previu a modalidade de aborto eugênico ou seletivo, mas apresenta algumas variações, entre as causas atenuantes do crime de aborto, que merecem destaque.

É previsto, como causa atenuante ou dirimente de pena, o aborto social e o aborto *honoris causa*. Nesta hipótese, o legislador previu a diminuição de pena e permitiu ao aplicador da lei, dependendo de caso de aborto consentido e atendidas as circunstâncias do fato, eximir totalmente o castigo³⁵⁴. Desta mesma forma, a pena da gestante será diminuída ou eximida se o aborto foi praticado por razões de angústia econômica³⁵⁵.

8. Direito Penal da Colômbia

A legislação penal colombiana também não trata da modalidade de aborto eugênico, mas apresenta uma inovação ao discorrer sobre o delito de aborto. É o

³⁵³ MARTINEZ, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*, p. 93.

³⁵⁴ **Art. 328, 1.º:** “Si el delito se cometiera para salvar el propio honor, el de la esposa o un pariente próximo, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, pudiendo el Juez, en el caso de aborto consentido, y atendidas las circunstancias del hecho, eximir totalmente de castigo. El móvil de honor no ampara al miembro de la familia que fuera autor del embarazo”.

³⁵⁵ **Art. 328, 2.º:** “En el caso de que el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica el Juez podrá disminuir la pena de un tercio a la mitad y si se efectuare con su consentimiento podrá llegar hasta la exención de la pena”.

aborto realizado em razão de inseminação artificial não consentida pela gestante. Interessante que, neste caso, assim como na gravidez gerada por ato sexual contra a vontade da mulher, não há isenção de pena, mas uma simples redução da mesma.

9. Direito Penal da Bolívia

Além dos dispositivos comuns aos da legislação penal brasileira, o Código Penal boliviano prevê, como forma atenuada, a prática do aborto *honoris causa* (art. 265). Será considerado impune o aborto praticado com o fim de evitar perigo para a vida da mãe, desde que não haja outro meio de salvá-la. Também será considerado impune o aborto praticado como consequência de um delito de violação, rapto não seguido de casamento, estupro ou incesto, desde que a ação penal tenha sido iniciada (art. 266).

10. Direito Penal de El Salvador

Além das normas convencionais em relação ao delito de aborto, o Código Penal salvadorenho prevê como agravante a prática do crime por médico, farmacêutico ou pessoas que realizem atividades auxiliares destas profissões, impondo-se, ainda, a inabilitação especial para o exercício das respectivas profissões por igual período.

Não obstante inexistir a previsão de aborto eugênico neste país, o estatuto penal prevê práticas com características eugênicas em manipulações genéticas,

determinando que, se a pessoa, com a finalidade distinta à eliminação ou diminuição de taras ou enfermidades graves, manipular genes humanos de maneira que se altere o tipo constitucional vital, será punida com prisão de três a seis anos. E a aplicação de tecnologia genética para determinar o sexo, sem consentimento dos pais, será sancionada com prisão de seis meses a um ano e inabilitação especial para o exercício da profissão ou ofício por seis meses a dois anos (art. 140).

11. Direito Penal de Cuba

O Direito Penal cubano defende claramente a teoria da concepção, ou seja, pune com a mesma pena quem pratica o aborto e quem, de qualquer maneira, destrói embrião. Pune também quem, sem a devida prescrição, empregue ou facilite o emprego de substância abortiva ou idônea para destruir o embrião.

12. Direito Penal da Venezuela e do Chile

Os Códigos Penais da Venezuela e do Chile, na parte pertinente ao delito de aborto, não prevêm nenhuma distinção merecedora de nota, exceto pelo fato de a legislação venezuelana prever apenas uma modalidade de aborto não punível, quando praticado para salvar a vida da gestante, enquanto a legislação chilena não faz nenhuma menção a aborto permitido.

13. Direito Canônico

O aborto está previsto no Livro VI – Das Sanções da Igreja, na Parte II – Das Penas Para Cada Delito, no Título VI – Dos Delitos contra a Vida e a Liberdade do Homem. Assim prevê o cânon 1398:

“Quem provoca aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão latae sententiae”.

O Pe. Jesús Hortal, ao tratar deste cânon, faz algumas ressalvas, distinguindo o aborto de outras condutas semelhantes. Em suas notas, conceitua o aborto como *“a expulsão provocada do feto imaturo do seio materno”*. Já a aceleração do parto não é considerada delito, pois sempre é praticada por algum motivo justo. Esta seria a provocação do parto prematuro, porém, neste caso, o feto já possui maturidade para sobreviver fora do ventre da mãe³⁵⁶. Para ele, também não há delito quando se trata de *aborto indireto*. Essa modalidade de aborto acontece em consequência de alguma cirurgia na gestante, que tinha como objetivo livrá-la de alguma moléstia³⁵⁷.

O cânon pune a conduta abortiva objetivamente. Assim como em nosso Código Penal, não há qualquer alusão ao elemento subjetivo do agente. A excomunhão será aplicada em qualquer situação, seja no aborto praticado para salvar a vida da gestante, seja no caso da expulsão do fruto proveniente de estupro. Atinge, ainda, a todos que, de qualquer forma, participaram do ato, como os médicos, os enfermeiros, as parteiras (*cooperação material*) e o marido,

³⁵⁶ Código de Direito Canônico (*Codex Iuris Canonici*), p. 608.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 608.

amante ou pai, que obrigam ou instigam a mulher à prática do procedimento abortivo (*cooperação moral verdadeiramente eficaz*). Contudo, a mulher é sempre beneficiada perante a Igreja, pois sua conduta acaba por incidir nas circunstâncias atenuantes previstas no cânon 1324, §§ 1, 3 e 5³⁵⁸.

³⁵⁸ Ibidem, p. 608.

Capítulo VIII

CONCLUSÃO

Os pais nunca esperam um filho disforme ou com problemas neurológicos ou mentais. Sempre esperam um filho saudável, em quem possam depositar todos os sonhos não realizados e toda a esperança de sucesso. Todavia, o filho gerado pode apresentar sérias complicações de saúde que, hoje em dia, podem ser perceptíveis ainda na fase intra-uterina. Da mesma forma, os que nascem saudáveis podem ser vítimas de graves acidentes que os levem a paraplegia ou a tetraplegia ou causem uma lesão cerebral que suprima alguns dos seus sentidos, como a visão, audição ou a coordenação motora. Mesmo uma pessoa adulta pode sofrer um grave acidente, tornando-se merecedor de prerrogativas essenciais ou, ainda, uma pessoa idosa pode ser acometida por alguma patologia inerente à idade avançada, como por exemplo, o “*Mal de Alzheimer*”, que a torne totalmente dependente de seus familiares.

Muitos são os males que afligem o ser humano, mas nunca a eliminação de indivíduos foi solução para esses males. O aborto eugênico, se permitido, vem abrir um terrível precedente no que diz respeito à *solução de males*. A partir do momento em que uma fração da sociedade passa a apoiar a morte de um feto, como solução para as graves deformidades deste, abre-se o caminho para eliminação sistemática de todos os indivíduos acometidos por graves doenças.

1. Nos antecedentes históricos, demonstra-se que a eugenia é inerente ao ser humano e a luta por vencê-la é a mesma travada para se curarem outros males

da humanidade, como a miséria, a fome, a desigualdade, a cobiça, a ganância e o instinto auto-destrutivo.

Fica demonstrado que o sonho de um mundo eugênico jamais deixou de existir. Desde a Grécia Antiga, passando pelo eugenismo sem precedentes pregado no início do século XX, tendo como clímax a eliminação em massa de pessoas, praticada pelos nazistas, até os dias atuais, em que a cultura eugênico-hedonista é disseminada por todo o mundo, mostrando que a vida não deve mais ser apenas vivida, mas desfrutada com extremo prazer, e que só vale a pena viver se for em boa forma. Somente as pessoas belas fisicamente têm lugar no admirável mundo novo, onde imperam a beleza física e a busca pelo êxtase eterno.

Nessa cultura do consumo, de caráter eminentemente hedonista, na qual o fim é o maior prazer subjetivo que se possa alcançar, o nascituro transforma-se em bem de consumo, podendo-se optar por tê-lo ou não, ou escolher a cor da sua pele, dos seus cabelos, dos seus olhos ou o seu sexo.

2. Busca-se empregar uma estratégia para uma maior aceitação do aborto eugênico, defendendo-se a “*desumanização*” do imperfeito, utilizando-se de expressões como “*incompatibilidade da vida extra-uterina*” ou “*aborto seletivo*”, de forma a camuflar a existência da vida intra-uterina e de uma *seleção provocada*, dos que merecem ou não viver.

3. O aborto, como método de aplicação da política eugênica, é uma das mais cruéis formas de extermínio de pessoas. Os pais que buscam a morte do filho, bem como o juiz que a autoriza, parecem não levar em conta que aquele

ser vivo será sugado vivo por um tubo minúsculo e depois terá seu crânio esmagado ou será cortado em pedaços ou queimado por uma solução salina.

4. A anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina, quer dizer, a certeza de que a criança não sobreviverá por muito tempo após o parto, não pode ser equiparada à morte propriamente dita, pois o feto anômalo é um ser humano *vivo*. Tampouco esta condição pode ser equiparada à morte encefálica, pois o cérebro primitivo do feto permanece mantendo as funções vitais, como o batimento cardíaco, os reflexos e o movimento de sugação. A incompatibilidade com a vida extra-uterina simplesmente demonstra que aquele ser tem um tempo de vida determinado. A gestante tem a possibilidade de saber que ele vai morrer. Mas, afinal, todos morrem algum dia.

5. A sociedade e o Estado, inebriados pela solução rápida do abortamento, cuja crueldade se faz imperceptível a olhos nus, olvidam-se de enfrentar as verdadeiras causas das más-formações fetais, ou seja, os agentes teratógenos. Uma ação preventiva seria mais eficiente e humana no combate à miséria e à fome; à poluição do solo, da água e do ar; à contaminação dos produtos de consumo, por substâncias químicas nocivas; e o elevado consumo de drogas lícitas e ilícitas.

6. Com a autorização do Poder Judiciário para a interrupção da gravidez, em razão de anomalia fetal, a deformidade física passa a ser a sentença de morte da pessoa, se ainda estiver na fase intra-uterina de sua vida. Vale dizer, em um país onde a pena de morte foi execrada, somente os indivíduos enfermos e indefesos são submetidos a ela, em benefício daqueles que os geraram, mas que não querem o encargo de mantê-los, em virtude da enfermidade.

7. Analisando os antecedentes históricos do Direito Penal brasileiro, constata-se que, tanto o legislador do passado, quanto o do presente, jamais coadunaram com esta modalidade abortiva, ao contrário, sempre se manifestaram através de normas repressoras do delito.

8. Através do estudo das normas constitucionais e infra-constitucionais, resta comprovado que o aborto eugênico não pode ser permitido. A Constituição Federal, guardiã do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, proíbe, de forma expressa, qualquer atentado a estes direitos, quando motivado por discriminação de qualquer natureza. De acordo com suas diretrizes, a pessoa não pode ser condenada à morte em razão de suas condições físicas. Também o Pacto de São José da Costa Rica, bem como o Código Civil vêm pôr a salvo o indivíduo desde o momento de sua concepção.

A proteção à dignidade humana traduz a não supressão da vida de um indivíduo em benefício de outro. Não há indivíduo que valha mais que outro. Todos são dignos de existir e ninguém é digno de determinar a morte do outro. É a dignidade humana que enseja outros direitos, como a igualdade, a liberdade e o respeito mútuo.

A vida é o bem primeiro e, por esta razão, extremamente abrangente. É imperativo ao Estado assegurar a vida de todos, garantindo seu desenvolvimento até o momento do nascimento e daí por diante, garantindo sua continuação, sua permanente manutenção e evitando, a todo custo, a sua destruição, senão pelo termo natural.

O direito à igualdade traduz que todo o indivíduo será tratado com equidade, não podendo ser privado de seus direitos, em razão de distinção de qualquer natureza. Além disso, vem reforçar a repulsa ao racismo (*lato sensu*) praticado de qualquer forma.

Assim, como o eugenismo possui natureza discriminatória e subjugadora, qualquer meio de aplicá-lo deve ser entendido como inconstitucional e criminoso.

Não somente os direitos fundamentais são protegidos pela Constituição Federal, mas os direitos sociais, entre eles, o direito à saúde, à segurança e à infância.

O direito à saúde exprime o direito de se desenvolver no útero materno, nascer e viver com saúde em um meio ambiente que proporcione uma boa condição de vida e garanta o amparo a quem quer que esteja acometido de qualquer enfermidade. Esta incondicional proteção é incompatível com qualquer medida de eliminação de seres humanos enfermos e vem reforçada pelo direito à segurança, cujo alcance não está limitado à organização e à atuação dos órgãos policiais. Além desses, o direito à infância tem por pressuposto a primeira etapa da vida, que somente acontecerá com o nascimento, ou seja, quando se garante a proteção à infância, garante-se ao indivíduo poder chegar a ela e, assim, poder desfrutá-la.

A Constituição Federal protege também o *portador de deficiência*, sem qualquer especificação sobre de que forma protegê-lo, levando a concluir que se trata de uma ampla proteção. Pode-se afirmar que, o Estado tem o ônus de

garantir ao feto malformado toda a assistência necessária para o seu pronto desenvolvimento, o que conflita com uma interrupção de gravidez em razão da anomalia fetal. Sendo assim, qualquer norma legal ou ordem judicial que a autorize colidirá frontalmente com o dispositivo constitucional.

É fato que a miséria, a falta de saneamento básico e de assistência médica à gestante, entre outros fatores, podem desencadear sérios problemas para o feto em desenvolvimento. Com a autorização para interrupção da gestação de fetos enfermos, prevista legalmente, surgiria uma forma dissimulada de eliminação da população pobre. A expressão *aborto seletivo* se tornaria mais ampla, passando a definir um novo método de seleção de pessoas que não merecem viver: as pobres.

9. Com relação ao direito de personalidade, fica demonstrado que o legislador penal incluiu o feto entre os que devem gozar deste Direito, ao prever o delito de aborto entre os delitos contra a pessoa. Além disso, uma parte considerável da doutrina entende que o direito de personalidade é um direito inato ao ser humano. De qualquer forma, sendo ou não aceita a personalidade do feto pelo aplicador do Direito, ainda assim, o direito à vida lhe é inerente, não podendo ser suprimido em razão da vontade de terceiro.

10. Os argumentos apresentados pelos defensores do aborto eugênico – os pais, os médicos e alguns juristas – não se sustentam diante do atual ordenamento jurídico.

Em todas as decisões favoráveis ao aborto, que foram pesquisadas, não se encontrou qualquer menção ao direito à vida do feto, que está sendo suprimido, apenas se discutem os direitos da gestante.

Em primeiro lugar, alega-se que o aborto eugênico seria um direito constitucional da gestante, comparando esta gravidez (de um feto incompatível com a vida extra-uterina) com um tratamento cruel ou degradante.

Um estado gravídico procurado ou, ao menos, voluntário não pode ser comparado a um tratamento cruel e desumano. É o mesmo que definir o desenvolvimento de uma vida intra-uterina como desumano. Desumano e cruel é matar o feto, pelo fato de apresentar uma aparência que não agrada a seus pais; desumano é rejeitar o próprio filho.

Os defensores do aborto também alegam que a gestante é submetida a um intenso sofrimento psíquico, uma vez que deve sustentar a gestação de um feto que não vai sobreviver após o parto. Por esta razão, sugerem a aplicação analógica do aborto necessário (art. 128, I, do Código Penal), buscando equiparar o risco de vida com o risco à saúde psíquica da mulher grávida.

É preciso ressaltar dois aspectos da analogia pretendida. Em primeiro lugar, de acordo com o entendimento majoritário da doutrina, o aborto não é permitido para preservar apenas a saúde da gestante. Em segundo lugar, o estado de necessidade somente existe quando se sacrifica um bem jurídico de menor valor em benefício de um bem mais valioso ou, em casos extremos, quando é sacrificado um bem jurídico de valor equivalente ao bem poupado. No aborto

eugênico, sacrifica-se o bem maior da vida por um bem jurídico de menor valor, qual seja, o bem-estar da mulher e de sua família.

Outrossim, é mister lembrar que as hipóteses de aborto permitido, previstas no Código Penal, não são exemplificativas, mas taxativas e, por isso, devem ser respeitadas pelos aplicadores do Direito.

11. As decisões que autorizam a interrupção da gravidez em razão de anomalia fetal são exorbitantes atentados contra a vida. Tal desobediência à lei seria o que os romanos chamavam de “*delinquere*” – o desviar-se da lei – o desvio da nobre função de aplicador e guardião do ordenamento jurídico, função esta maculada pelas decisões *contra lege*, o que gera uma ruptura ao império do Direito. É o desprezo pela lei positiva, o desprezo pelas cláusulas constitucionais pétreas que, de acordo com o art. 60, § 4.º, da Constituição Federal, deveriam ser intocáveis.

Quando o aplicador da lei rejeita um direito fundamental, anterior ao próprio Direito positivo, transforma seu ato em fonte de direito e de legitimidade, deixando de agir *pro societate* e renegando seu mandato.

12. O aborto eugênico, motivado pelo preconceito, nada mais é que uma modalidade de racismo. Uma das maiores chagas da espécie humana, alimentada pelo egoísmo e pela pequenez de espírito, perderá sua força, uma vez que esta característica meramente hedonista exhibe, de maneira escancarada, a pobreza e a limitação da alma humana; o maior exemplo da fraqueza e da mesquinhez do ser humano, a maior derrota do homem na luta pela evolução da espécie. Como bem colocou o saudoso mestre Marcelo Fortes Barbosa, o racismo nada mais é que “o

medo da concorrência”³⁵⁹ e, se é medo, significa que surge em pessoas fracas, incapazes de viver e dividir com seus semelhantes.

Esta prática abortífera é antagônica ao ordenamento jurídico por três razões: por se tratar de delito contra a vida humana; por se tratar de um crime motivado pela discriminação ou preconceito; e pelo fato de se inaugurar, com esta modalidade abortiva, um mau precedente, desencadeador de futuras autorizações para o extermínio de outros indivíduos enfermos ou de indivíduos que não possam, por qualquer razão, contribuir ativamente para a sociedade.

13. O aborto em razão de anomalia fetal, antes de ser uma causa de exclusão de ilicitude, deve ser entendido como uma qualificadora do delito, haja vista conter um dolo específico que anima essa conduta, qual seja, a discriminação e o preconceito pela aversão à natureza deficiente do feto. Diferencia-se das demais hipóteses motivadoras deste crime principalmente por seu elemento subjetivo, visto que a interrupção da gravidez é motivada pelo conhecimento das deficiências do nascituro e, em razão disso, surge o desejo de livrar-se desta frustração, desta triste realidade, a qual pode ser alterada pelo extermínio do feto.

O advento de uma norma permissiva para o aborto eugênico criaria alguns conflitos de normas no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, diante de tantas normas existentes, em defesa das pessoas com *prerrogativas essenciais*, existiria uma norma autorizando a sua eliminação, enquanto estiver na fase de vida intra-uterina.

³⁵⁹ Banca de defesa de Dissertação com o tema *Racismo*, presidida pelo Professor Doutor Dirceu de Mello, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no ano de 2001.

14. Da mesma forma, pode ser observado um conflito no Anteprojeto do Código Penal que tipifica o ato de negar, impedir ou dificultar o exercício de direito ou garantia fundamental, em razão de preconceito, e permite a prática de aborto, quando o feto apresentar graves anomalias. Ora, matar alguém pelo simples fato de ser portador de grave enfermidade é o mesmo que impedir alguém de gozar de seus direitos, à vida, à igualdade e à dignidade, pelo fato de apresentar uma condição física específica.

Enfim, o mundo seria melhor se fossem perseguidos, com mais empenho, os meios de salvar vidas, ao invés de justificativas para abreviá-las.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAHÃO, Anelise Riedel. *Gestação de Fetos Anencéfalos: Fatores de Risco, Diagnóstico Situacional e Impacto da Assistência Interdisciplinar*. Tese (Doutorado em Enfermagem) – Universidade Federal de São Paulo – Escola Paulista de Medicina UNIFESP/EPM, São Paulo, 2000.
- ALMEIDA JUNIOR, Antonio Ferreira de. *Lições de Medicina Legal*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976.
- ALMEIDA, João Alcides de. *O Aborto Consensual*. Lisboa: Escola da Cadeia Penitenciária de Lisboa, 1964.
- ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes Contra a Vida*. Belém/Pará: UNAMA, 1999.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Parte Speciale. 7.^a ed. Milão/Itália: Dott A. Giuffré Editore, 1977. v.1.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Cury. 4.^a ed. Brasília: UnB, 2001.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *Licitude Penal e Causas de sua Exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada S.A., 1952. t. 4.
- ATHAYDE, Tristão de. NOGUEIRA, Hamilton. *Et all. Ensaio de Biologia*. Rio de Janeiro: Livraria Catholica, 1933. n.º 1.
- AZEVÊDO, Eliane Elisa de Souza. *O Direito de Vir a Ser após o nascimento*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- AZEVEDO, José Barros. *Dicionário de Medicina Legal*. Bauru/SP: Javoli, 1967.

- AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Do valor do Consentimento no Abortamento Criminoso*. Revista dos Tribunais nº 128. São Paulo, 1940.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro. *Crimes Contra a Pessoa*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Lucia giudicini, Alessandro Berti Contessa. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale. Parte Generale*. Cedam, Padora, sesta edizione, 1966.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003., v. 1 e 2.
- BLACK, Edwin. *A Guerra Contra os Fracos. A eugenia e a campanha dos Estados Unidos para criar uma raça dominante*. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9.^a ed. Brasília: UNB, 1997.
- BRUNO, Aníbal. *Crimes Contra a Pessoa*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- _____. *Direito Penal, Parte Geral*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.1. t.1.
- BUGARIB, Pedro Wilson. *O Crime de Genocídio*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2001.
- CALÓN, Eugenio Cuello. *Cuestiones Penales Relativas al Aborto*. Barcelona/Espanha: Libreria Bosch, 1931.
- _____. *Três Temas Penales*. Barcelona/Espanha: Bosch, 1955.

- CARELLI, Gabriela. O Poder do Belo, *Revista Veja*, São Paulo, n.º 21, p. 85-94, 26 mai. 2004.
- CARRARA, Francesco. *Programa del Corso di Diritto Criminale. Parte Speciale*. 3.ª ed. Luca/Italia: Tipografia Giusti, 1872. v.1.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- COPELLO, Patrícia Laurenzo. *El Aborto no Punible*. Barcelona/Espanha: Bosch Casa Editorial, 1931.
- COSTA JR, Paulo José. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo: RT, 1980. v. 2.
- COUSINO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídico do Chile, 1975 e 1979. t. 1 e 2.
- DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Norma Constitucional e Seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DIWAN, Pietra Stefania. *O Espetáculo do Feio – práticas discursivas e redes de poder no eugenismo de Renato Kehl. 1917-1937*. Dissertação (Mestrado em História) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003.
- FARIA, Antonio Bento de. *Anotações Theorico-Praticas ao Código Penal do Brazil*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1920. v. 2.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições do Direito Penal*. Parte Geral. 14.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

- _____. *Lições do Direito Penal*. Parte Especial. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1958. v.1.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 5.^a ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 1992.
- _____. *Doação de Órgãos de Anencéfalos*.
<<http://www.ufrgs.br/HPCA/appg/doaerg.htm>>. acesso em 22 ago. 2002.
- _____. *Medicina Legal*. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.
- FRANCO, Ary Azevedo. *Tratado de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942. v. 6.
- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Biodireito e o Direito ao Próprio Corpo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FRIGÉRIO, Marcos Valentin. Aspectos Bioéticos, Médicos e Jurídicos do Abortamento por Anomalia Fetal Grave no Brasil, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 41, p. 268-329, jan-mar, 2003.
- _____. GOLLOP, Thomaz Rafael. *et all*. Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal*. São Paulo, v. 7, p. 12-18, abr. 2001.
- _____. O Obstetra Brasileiro Frente ao Abortamento Seletivo. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal*, São Paulo, v. 8, p. 15-22, fev. 2002.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 2.^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1. t. 1 e 2.
- GARCIA, Maria. *Desobediência Civil, Direito Fundamental*. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1993.

- _____. A Inviolabilidade Constitucional do Direito à Vida. A Questão do Aborto. Necessidade de sua Descriminalização. Medidas de Consenso. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n.º 24.
- GARÇON, Maurice. *O Advogado e a Moral*. Trad. A. S. Madeira Pinto. Coimbra: Arménio Amado, 1963.
- GOLDIM, José Roberto. *O Aborto no Brasil*. <www.ufrgs/HPCA/gppg/eugenia.htm>. acesso em 17 mar. 2002.
- GONZAGA, João Bernardino. *O Direito Penal Indígena: À Época do Descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3.ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.
- HART, Herbert L. A. *Direito, Liberdade e Moralidade*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5.
- HUXLEY, Alodus. *Admirável Mundo Novo*. Trad. Lino Vallandro e Vidal Serrano. 2.ª ed. São Paulo: Globo, 2004.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 17.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.
- _____, Damásio Evangelista. *Código Penal Anotado*. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- JUNQUEIRA, Carmem. *Os Índios de Ipavú – Um Estudo sobre a Vida do Grupo Kamaiurá*. São Paulo: Ática, 1975.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 3.ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo como o pensamento de Hannah Arendt*. 3.^a reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LAMADRID, Miguel Ángel Soto. *Biogenética, Filiación y delito. La Fecundación Artificial y La Experimentación Genética ante El Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LEPARGNEUR, Hubert. SANTOS, Beni. *Moral e Medicina*. São Paulo: Loyola, 1976.
- LYRA, Roberto. *Noções do Direito Criminal. Parte Especial*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1944. v.1.
- LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinqüente*. Trad. Maristela Begli Tomasini e Oscar A. C. Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.
- MAGALHÃES, Fernando. *Obstetrícia Forense*. Rio de Janeiro: Guanabara.
- MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio*. Bauru-SP: Edipro, 2001.
- MAMMANA, Caetano Zamitti. *O Aborto ante o Direito, à Medicina, à Moral e à Religião*. São Paulo: Letras Editora, 1969. v.1 e 2.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Torino: Fratelli Boca, 1918. v. 7.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. 8.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millenium, 2002. v. 1, 2, 3 e 4.

- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A Pena Capital e o Direito à Vida*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação Genética e Direito Penal*. São Paulo: IBCCrim, n.º 6, 1998.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Pode o STF legislar ? *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 out. 2004, Espaço Aberto, p. A-2.
- MEIRA, Clóvis. *Temas de Ética Médica e Medicina Legal*. CEJUP, 1989.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. São Paulo: Publicação da Prefeitura do município de São Paulo, 1948.
- MESTIERI, João. Embriões. *Revista Consulex*. Brasília, v.1, n.º 32, ago, 1999.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 15.ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1 e 2.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. t. 7.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2.ª ed. São Paulo, 1998.
- MORI, Maurizio. *A Moralidade do Aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*. Trad. Fermin Roland Schramm. Brasília: UnB, 1997.
- MÜLLER, Friedrch. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2.ª ed. Trad. Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei 8.069, de 13 de junho de 1990*. São Paulo, Saraiva, 1991.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.
_____. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 2.
- PEIXOTO, Afrânio. *Elementos da Medicina Legal*. 1910.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19.ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

- PESSINI, Leo. *Distanásia*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo - Loyola, 2001.
- _____. *Problemas Atuais de Bioética*. 5.^a ed. São Paulo: Loyola, 2000.
- _____. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas Atuais de Bioética*. 3.^a ed. São Paulo: Loyola, 1991.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica*. Bauru – SP: Javoli, 1980.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Contravenções Penais*. São Paulo: RT, 1975.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PLATÃO. *A República*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PRADO, Paulo Albuquerque. *A Gravidez Prolongada do Ponto de Vista Médico-Legal*. Tese de Livre Docência – USP – 1965.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva e Cia., 1934.
- REALE, Miguel. Os Direitos da Personalidade, *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 17 jan. 2004. p. A-2.
- REALE JR, MIGUEL. Anti-semitismo é Racismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N.º 43, p. 323-348, abr-jun, 2003.
- ROXIN, Claus. La Propuesta Minoritaria del Proyecto Alternativo. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madri/Espanha: Editora Reus S.A., 1976.
- RULLI NETO, Antonio. *Direitos do Portador de Necessidades Especiais*. São Paulo: Fiúza, 2002.
- SANTOS, Ary dos. *O Crime de Aborto*. Lisboa: Livraria Clássica, 1935.

- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (coordenadora) *et all.* *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SAUWEN, Regina Fiuza e HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “In Vitro”: Da Bioética ao Biodireito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SCHOOYANS, Michel. *O Aborto: Aspectos Políticos*. São Paulo: Marques Saraiva, 1991.
- SCHULDER, Diane. KENNEDY, Florynce. *Aborto: ¿Derecho de las Mujeres?* Trad. Ariel Bignami. Ediciones de la Flor, 1973.
- SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996. v. 1.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Katia Elenise Oliveira da. *O Papel do Direito Penal no Enfrentamento da Discriminação*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.
- SILVA, Reinaldo Pereira. *Introdução ao Biodireito*. São Paulo: LTR, 2002.
- SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal: crimes contra a pessoa*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- SIQUIERA, Galdino. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. t. 1.
- SZNICK, Valdir. *Contravenções Penais*. 5.ª ed. São Paulo: Universitária Brasileira, 1994.
- TEIXEIRA, Elza Spano. *Medicina Legal e Genética Aplicada a Defesa Penal*. São Paulo: LTR.

- TEJO, Célia Maria Ramos. *Dos Crimes de Preconceito de Raça ou de Cor: Comentários à Lei 7716/89*. Campina Grande: EDUP, 1998.
- TOGNOLLI, Claudio. *A Falácia Genética. A ideologia do DNA na imprensa*. São Paulo: Escrituras, 2003.
- VALLS, Álvaro L. M.. *Repensando a Vida e a Morte do Ponto de Vista Filosófico*. <<http://www.bioetica.ufrgs.br/morteamv.htm>>. acesso em 18 nov. 2004.
- VERARDO, Maria Tereza. *Aborto: um direito ou um crime?* 9.^a ed. São Paulo: Moderna, 1993.
- VIZZACCARO-AMARAL, Sergio Augusto. *A Eugenia e o Fim Harmônico das Diferenças: A imagem do corpo na medicina brasileira nas décadas de 20, 30 e 40*. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Tomo II, 1.^a ed. Campinas: Russel, 2003.