

O ABORTO EUGÊNICO NO ATUAL ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO

Elaborado em 03/2012

MARCO AURELIO DA SILVA PARAISO

Graduando em Direito Pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES)

Aprovado no Exame de Ordem 2/2011

SUMARIO:

1. Introdução; **2.** O Aborto; **2.1** - Conceito de Aborto; **2.2** Histórico; **2.3** Aborto no contexto mundial; **2.3.1** Aborto na Austrália; **2.3.2** Aborto na França; **2.3.3** Aborto em Portugal; **3.** O Aborto no Código Penal Brasileiro; **3.1** Auto-aborto e aborto consentido; **3.2** Aborto provocado por terceiro; **3.3** Aborto consensual; **3.4** Aborto qualificado; **3.5** Aborto necessário ou terapêutico; **3.6** Aborto sentimental, humanitário ou ético; **3.7** Outras espécies de aborto contempladas pela doutrina; **3.7.1** Aborto natural; **3.7.2** Aborto acidental; **3.7.3** Aborto social ou econômico; **3.7.4** Aborto *honoris causa*; **4.** O aborto eugênico ou eugenésico; **4.1** Aborto eugênico e seus aspectos jurídicos; **4.2** Aborto eugênico e seus impactos na sociedade; **4.3** Decisões judiciais sobre o aborto eugênico; **4.4** O aborto eugênico e o Supremo Tribunal Federal; **4.5** O aborto eugênico no direito comparado; **4.5.1** O aborto eugênico na França; **4.5.2** O aborto eugênico em Portugal; **4.5.3** O aborto eugênico na Espanha; **4.5.4** O aborto eugênico na Colômbia; **4.6** Proposta de denominação: Aborto psicológico; **5** Considerações Finais;

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetivo analisar “O Aborto Eugênico no atual ordenamento penal brasileiro”.

O Aborto Eugênico é amplamente controverso na área jurídica brasileira e tem, em tempos recentes, suscitado amplas discussões, seja no âmbito jurídico, seja entre a população de modo geral.

O Aborto Eugênico caracteriza-se pela interrupção da gestação quando o feto for portador de anomalias graves. O ordenamento penal brasileiro é omissivo quanto a essa espécie de aborto, justifica-se pelo período em que o Código Penal Brasileiro foi sancionado, havia uma grande dificuldade para diagnosticar anomalias fetais, que hoje, através de técnicas como a ultra-sonografia, amniocentese, são facilmente detectadas.

Nos últimos anos, vários alvarás judiciais foram concedidos, autorizando o aborto ante a constatação de anomalia grave e incurável que impossibilite a vida extra-uterina. Leva-se em conta principalmente, o dano psicológico sofrido pela gestante, pois esta, leva em seu ventre um filho que certamente não sobreviverá muito tempo após o parto.

O objetivo geral do trabalho é trazer informações úteis aos aplicadores do direito, mostrar o descompasso entre a norma e o fato em relação ao aborto eugênico, analisar os fatores que demonstram a necessidade de sua legalização e as consequências caso venha acontecer.

Para tanto, estudar-se-á primeiramente o aborto de forma geral, conceituando, abordando o histórico e como outros países posicionam, em seguida uma análise sobre as espécies de aborto tipificadas pelo Código Penal e por fim, o aborto eugênico, analisando seus

aspectos jurídicos, o impacto na sociedade, as jurisprudências, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e o posicionamento dos outros países quanto a este tipo de aborto.

2. O ABORTO

2.1 - Conceito de Aborto

O aborto é um tema muito polêmico, e as controvérsias já aparecem na sua conceituação. São vários os conceitos que se encontra nas doutrinas, mas os que merecem enfoque são o médico-legal e principalmente o jurídico.

O conceito médico-legal, mais especificamente da obstetrícia, é a interrupção da gestação dentro de um lapso de tempo predeterminado. Para conceituar o aborto, a medicina tem como parâmetro o tempo de gestação. Logo, aquela considera o aborto como a interrupção da gravidez feita até 20ª semana, com expulsão parcial ou total dos produtos da concepção.¹

No âmbito jurídico, é pacífico nas doutrinas a associação entre a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção, em qualquer fase do ciclo da gestação. Damásio E. de Jesus conceitua o aborto como sendo: “a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)”.² Na mesma linha conceitua Julio Fabbrini Mirabete:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão.³

¹ ZAMAI Emerson. **Legalização do Aborto Eugênico**. Disponível em: <<http://www.meuartigo.br/brasilcola.com/sociologia/legalizacao-aborto-eugenico.htm>> acesso em 12 de ago. de 2008.

² JESUS, Damásio E de. **Direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2. pág. 119

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.2. pág. 62

Etimologicamente, a palavra aborto vem do latim e significa “privação do nascimento”. Também existem divergências quanto ao uso dos termos “abortamento” ou “aborto”, aquele seria o mais correto por designar o ato de abortar e este seria o produto da interrupção da gravidez. No entanto, o termo “aborto” é o mais comum e o que foi adotado pelo Código Penal.

O aborto pode ser *natural* ou *espontâneo*, que ocorre principalmente em decorrência de problemas de saúde da gestante; *acidental*, devido a traumas, quedas, atropelamentos etc. E finalmente o *provocado* (aborto criminoso), que pode ser com ou sem o consentimento da gestante.

Sendo a interrupção da gravidez requisito para a consumação do aborto é importante ressaltar também o conceito de gravidez. Para Heleno Cláudio Fragoso:

É o estado de gestação, que, para os efeitos legais, inicia-se com implantação do ovo na cavidade uterina. A gravidez tem que ser regular, normal, inexistindo o crime de aborto se a gravidez for patológica, como acontece nos casos de gravidez extra-uterina ou molar.⁴

2.2 Histórico

O aborto começou a ser discutido por povos antigos, por isso para entender a origem da sua repressão penal é necessário uma breve análise histórica.

Quase todos os códigos jurídicos, já há mais de quatro mil anos condenavam o aborto. O Código de Hamurabi (2235-2242 a.C) já trazia disposições repressivas em relação ao aborto, no entanto, preocupava-se em punir apenas aqueles praticados por terceiros.⁵

O Código Persa já trazia punições também a gestante:

⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. pág. 115

⁵ TERRA, João Evangelista. **O Crime do Aborto**. Disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/crimabo.htm>. Acesso em 21 de ago. de 2008.

Art.40- Se um homem conhece uma mulher, sob poder ou não, casada ou não, e a faz mãe;

Art. 41. Se ela declara que a criança é desse homem;

Art. 42. Se este lhe diz: consulta uma velha;

Art. 43. Se a mulher consulta uma velha;

Art. 44. Se esta velha traz venenos ou remédios próprios para matar o germe ou o expulsar, ou plantas capazes de fazer abortar;

Art. 45. E se disser à mulher: desembaraça-se dessa criança;

Art. 46. E se a mulher se desembaraça da criança;

Art. 47. O homem, a mulher e a velha são igualmente culpados por esse crime.⁶

No Direito Romano, o aborto não era considerado crime. Considerava o feto como parte integrante do corpo da mulher ou parte de suas vísceras, podendo dispor livremente dele. Só se punia o aborto se houvesse morte da mulher ou se agredisse a sua saúde, nesse caso tratado como crime contra a mulher.⁷

Na Grécia antiga, Ligurco, Sólon e Hipócrates condenavam o aborto. Consta do juramento de Hipócrates: “Não cederei a pretensões que tenham como finalidade a administração de venenos, nem darei ninguém sugestões nesse sentido; abster-me-ei igualmente de aplicar as mulheres pessários abortivos”.⁸

Em contrapartida, Aristóteles preconizava o aborto como método eficaz para limitar os nascimentos e manter estáveis as populações das cidades gregas. Por sua vez,

⁶ COSTA, Luis Renato. **Aborto**. Disponível em: <<http://www.geocities.com/juristantum2000/med3.htm>>. Acesso em: 13 de ago. de 2008.

⁷ TEJO, Célia. **Aborto Eugênico**. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/opiniao/celia.html>>. Acesso em: 13 de ago. de 2008.

⁸ COSTA, Luis Renato. **Aborto**. Disponível em: <<http://www.geocities.com/juristantum2000/med3.htm>>. Acesso em: 13 de ago. de 2008.

Platão opinava que o aborto deveria ser obrigatório, por motivos eugênicos, para mulheres com mais de quarenta anos e para preservar a pureza da raça dos guerreiros.⁹

Na Bíblia Sagrada as referências ao aborto são mínimas, o Novo Testamento não faz alusão alguma, e no Velho Testamento, no Capítulo 21, Versículos 22 a 25 do Livro do Êxodo há uma única referência:

Se homens brigarem e acontecer que venham a ferir uma mulher grávida e ela abortar sem maiores danos, estes serão passíveis de uma indenização imposta pelo marido que pagarão diante do juiz. Mas, se houver danos urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, queimadura por queimadura, golpe por golpe.¹⁰

Do ponto de vista religioso, vale ressaltar, que quase todas as religiões consideram o aborto uma conduta socialmente inadequada, algumas tratando essa questão com extremo rigor e outras como infração de pequeno potencial ofensivo. Deve-se à Igreja o entendimento de que o aborto é a morte de um ser humano, ainda que o antigo direito canônico fizesse distinção entre feto animado (com alma) e inanimado (sem alma), como fazia o filósofo grego Aristóteles, o qual sustentava que o feto masculino só passava a ter alma quarenta dias após a concepção e o feminino oitenta dias depois dela. Apenas em 1869, o catolicismo aboliu a distinção entre feto com alma e sem alma.¹¹

Já os protestantes liderados por Lutero e Calvino, jamais concordaram com a tal diferença entre feto “com alma” e feto “sem alma”, mas a partir do século XIX passaram a tolerar o aborto mais do que os católicos, pois de acordo com os entendidos, tiveram uma visão mais liberal da Bíblia.¹²

⁹ MATIELO, Fabrício Zamproga. **Aborto e o Direito Penal**. 3ª edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores. 1996.

¹⁰ BIBLIA SAGRADA. 7 ed. Edições Paulinas. São Paulo. 1993

¹¹ MOTA JÚNIOR, Eliseu. **Aborto à Luz do Espiritismo**. 4ª ed. São Paulo: O Clarim, 2002.

¹² MOTA JÚNIOR, **Op. Cit**, pág.27.

O aborto é condenado também pelos muçulmanos, que no Alcorão defendem o não-nascido que não poderá ser morto, pois “Deus é quem dá a vida e a morte”.

No Brasil, o Código Criminal do Império (1860), já tratava do aborto, no capítulo dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, nos artigos 199 e 200. Este código, não previa pena para os casos de morte da gestante nem referia ao aborto necessário.

No Código Penal Republicano (1890), a matéria passou a ser tratada de forma mais ampla, preocupando-se em dar efetiva proteção a gestante, abrandando bem mais as penas quando a vítima fosse somente o feto.¹³

Na atualidade, o aborto é regulado pelo Código Penal Brasileiro, de 1940, nos artigos 124 ao 128.

2.3 Aborto no contexto mundial

No século XIX, a prática de proibição do aborto passou a expandir-se com toda força, por razões econômicas, já que a sua prática nas classes populares podia representar uma diminuição na oferta de mão-de-obra, fundamental para garantir a continuidade da revolução industrial.

Essa política anti-aborto continuou forte na primeira metade do século XX, com exceção da União Soviética, que em 1920, deixou de considerar o aborto um crime, baseando-se na tese de que a prática acarretava baixa natalidade e era responsável por problemas para a mulher devido as práticas clandestinas em condições precárias. Alguns

¹³ ANDRADE, Laís Amaral Rezende de. **Aborto, o delito e a pena . Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=983>>. Acesso em: 22 ago. 2008.

poucos países como Suécia e Dinamarca seguiram o modelo soviético, mas a maioria dos países europeus não tolerava a prática do aborto por causa das baixas sofridas na Primeira Guerra Mundial.¹⁴

Com a ascensão do Nazifacismo, as leis tornaram-se severíssimas nos países onde ele se instalou, com o lema de se criarem “filhos para a pátria”. O aborto passou a ser punido com pena de morte, tornando-se crime contra a nação.

Após a Segunda Guerra Mundial, as leis continuaram bastante restritivas até a década de 60, com exceção dos socialistas, escandinavos e o Japão (país que apresentava lei favorável ao aborto desde 1948, ainda na época da ocupação americana). Na década de 60, em muitos países, as mulheres passaram a se organizar em grupos feministas que começaram a exercer uma pressão no sentido de permitir a mulher a decisão de continuar ou não uma gravidez.¹⁵

A primeira conquista desses grupos aconteceu nos Estados Unidos há aproximadamente 35 anos. Ocorrida em um julgamento feito pela Suprema Corte Americana, que determinou que as leis contra o aborto violam um direito constitucional, a privacidade, e ainda que a interrupção da gravidez nos primeiros três meses apresenta poucos riscos a saúde materna e que a palavra “pessoa” no texto constitucional não se refere ao “não nascido”.¹⁶

No entanto, nos Estados Unidos, cada Estado pode elaborar suas próprias Leis, sendo assim cada Estado tem autonomia para legalizar ou proibir o aborto. As práticas ilegais

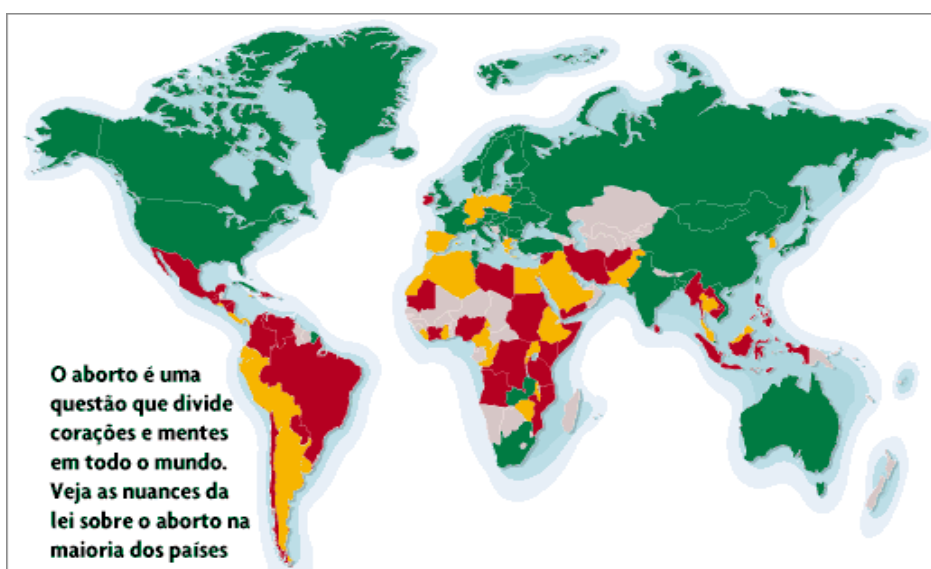
¹⁴ MONDAY, February. **Saiba Mais Sobre a História do Aborto**. Disponível em: <http://avelana.blogspot.com/2007/02/histria-do-aborto.html>. Acesso em: 20 de ago. 2008.

¹⁵ MONDAY, February. **Saiba Mais Sobre a História do Aborto**. Disponível em: <http://avelana.blogspot.com/2007/02/histria-do-aborto.html>. Acesso em: 20 de ago. 2008.

¹⁶ FRAGOSO, **Op. Cit**, pág. 113

variam conforme maior ou menor facilidade de se proceder ao aborto, de acordo com as leis mais ou menos severas de cada Estado.

Atualmente, aproximadamente 25% da população mundial vivem em países com Leis sobre o aborto altamente restritivas, principalmente na América Latina, África e Ásia. Justamente os que têm maior número de mulheres pobres e marginalizadas. Pelo mapa a seguir percebe-se que os países do norte têm legislações bem mais flexíveis quanto ao aborto.



Permitem o aborto		Permitem com restrições		Não permitem, exceto quando há risco para a vida da mãe	
África do Sul	Holanda	Alemanha	Israel	Afganistão	Libia
Albânia	Hungria	Arábia Saudita	Jamaica	Angola	Mauritânia
Austrália	Índia	Argélia	Jordânia	Brasil*	México*
Áustria	Inglaterra	Argentina	Liberia	Camboja	Moçambique
Bangladesh	Itália	Bolívia	Malavi	Chile	Nicarágua
Bélgica	Iugoslávia	Burundi	Malásia	Colômbia	Nigéria
Bulgária	Japão	Camarões	Marrocos	Costa do Marfim	Paraguai
Canadá	Noruega	Congo	Panamá	Filipinas	Quênia
China	República Checa	Coreia do Sul	Paquistão	Guatemala	República Dominicana
Cingapura	Romênia	Costa Rica	Peru	Haiti	Síria
Coreia do Norte	Rússia	Egito	Polónia	Honduras	Somália
Cuba	Suécia	El Salvador	Portugal	Iêmen	Sri Lanka
Dinamarca	Taiwan	Equador	Ruanda	Indonésia	Sudão
Eslováquia	Tunísia	Espanha	Suíça	Irã	Tanzânia
Estados Unidos	Turquia	Etiópia	Tailândia	Irlanda	Venezuela
Finlândia	Vietnã	Gana	Uganda	Laos	Zaire
França	Zâmbia	Grécia	Uruguai	Libano	
		Hong Kong	Zimbábue		
		Iraque			

* Brasil e México admitem aborto em caso de incesto, estupro e anomalia fetal

¹⁷ Disponível em < <http://www.aborto.com.br/mapa/index.htm> >. Acesso em: 20 de ago. 2008.

2.3.1 Aborto na Austrália

O aborto na Austrália é legal desde a década de 1970, mas o governo anunciou um plano para reduzir o número de abortos no país, onde anualmente 100 mil crianças são abortadas. Para o governo australiano este número é excessivo. A fim de reduzir a prática do aborto, o governo federal da Austrália vai investir 51 milhões de dólares australianos (aproximadamente 40 milhões de dólares americanos) num programa de aconselhamento à gestante e prevenção ao aborto.

O aborto legal na Austrália tornou-se um problema de saúde pública e está levando aquele país à crise demográfica. Tal como na Espanha e em outros países, o número de abortos executados tem disparado desde quando a prática foi legalizada. Em 1985, foram executados na Austrália 66 mil abortos. Esse número saltou para 71.000 abortos em 1987, 83 mil em 1991 e 92 mil em 1995, estabilizando-se em torno de 88 mil por ano até 2002. Em 2005, o Ministério da Saúde australiano registrou cerca de 100 mil abortos executados legalmente.¹⁸

2.3.2 Aborto na França

O aborto na França é permitido até às doze semanas a pedido da mulher, caso não tenha razões para ser mãe, razões sociais ou econômicas e é exigido o aconselhamento da mulher.¹⁹

¹⁸ Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_na_Austr%C3%A1lia> . Acesso em: 18 de ago. 2008

¹⁹ Disponível em: < http://www.bionetonline.org/portugues/content/hiv_leg2.htm#Q4> . Acesso em: 18 de ago. 2008

O aborto foi proibido durante muito tempo, havendo lugar a trabalhos forçados perpétuos, ou a pena de morte (Marie-Louise Giraud, abortadeira durante a guerra, foi guilhotinada 30 de Julho de 1943).

Em 1972, o processo de Bobigny, onde foi julgada uma rapariga menor após um abortamento, tornou-se um processo político favorável ao aborto, que desencadeou grandes debates e desembocou na absolvição da arguida.

Em 1975 foi legalizado, mas exigia-se um período de ponderação (mínimo 8 dias) até a realização do aborto e tratando-se o de gestante menor de 18 anos, tem de ter consentimento de um dos pais ou de um representante legal.

A legalização da Interrupção Voluntária da Gravidez - IVG resultou de um movimento conduzido pelas feministas, que baseou-se em vários argumentos:

- O aborto é o direito da mulher dispor do seu próprio corpo;
- O fato que as IVG clandestinas se desenrolavam em condições sanitárias preocupantes;
- A idéia que o acesso à contracepção seria insuficiente, pois não há nenhum método contraceptivo 100% infalível.

Até 1992 o direito francês conhecia a infração de aborto. Pois a lei de 1975 apenas criou um justificativo que permitia evitar perseguições penais. Doravante, a IVG é defendida como um direito, ou como uma liberdade para as mulheres no limite das doze primeiras semanas de gestação.

A lei de 2004 autorizou a utilização do RU 486 (pílula abortiva), para realizar um aborto medicamentoso no médico de família.²⁰

2.3.3 Aborto em Portugal

O aborto em Portugal, também denominado interrupção voluntária da gravidez, é permitido com o consentimento da gestante, quando realizado por um médico em estabelecimento de saúde autorizado em determinadas situações.

Permitida até às dez semanas de gestação a pedido da grávida. A Lei nº 16/2007 de 17 de Abril indica que é obrigatório um período mínimo de reflexão de três dias e tem de ser garantido à mulher a disponibilidade de acompanhamento psicológico durante o período de reflexão e acompanhamento por técnico de serviço social, durante o período de reflexão, quer para estabelecimentos públicos quer para clínicas particulares. A mulher tem de ser informada das condições de efetuação, no caso concreto, da eventual interrupção voluntária da gravidez e suas consequências para sua saúde e das condições de apoio que o Estado pode lhe oferecer. Também é obrigatório que seja providenciado o encaminhamento para uma consulta de planeamento familiar.²¹

É legal também quando acontece até às dezesseis semanas em caso de violação ou crime sexual (não sendo necessário que haja queixa policial).²² E até às vinte e quatro semanas em caso de malformação do feto.

²⁰ Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_na_Fran%C3%A7a> . Acesso em: 19 de ago. 2008

²¹ TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação**. Curitiba: Juruá, 2007

²² TEODORO. **Op. Cit.**, pág. 227

Em caso de risco para a grávida (perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica ou no caso de fetos inviáveis) o aborto é permitido em qualquer momento.

Nas situações permitidas, a interrupção voluntária da gravidez pode ser realizada quer em estabelecimentos públicos quer em clínicas particulares devidamente autorizadas.

As mulheres que tenham realizado uma interrupção voluntária da gravidez ou tenham tido um aborto espontâneo têm direito a licença por um mínimo de 14 dias e um máximo de 30 dias.

O aborto provocado por terceiros sem consentimento da grávida é punível com dois anos de prisão e com três no caso de consentimento da grávida. Estas penas são aumentadas em caso de "morte ou ofensa à integridade física grave da gestante", ou no caso de tal prática ser habitual. A própria gestante que faz uma interrupção voluntária da gravidez ilegal é punível com três anos de prisão.²³

3. O ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Código Penal atual, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940, trata do aborto na sua parte especial, nos crimes contra a vida, nos artigos 124 ao 128. O Código pune o aborto praticado pela própria gestante e o aborto praticado por um terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Prevê também dois casos em que a ação abortiva é legalmente permitida.²⁴

²³ Disponível em: < <http://www.aborto.com/legislacao.htm>>. Acesso em: 21 de ago. 2008

²⁴ BRASIL. **Código Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Nesses artigos tutela-se a vida intra-uterina em formação, a vida e a incolumidade física e psíquica da gestante, quando o aborto não é consentido por ela.

No caso do artigo 124, o sujeito ativo é a gestante, nos demais dispositivos, qualquer pessoa pode ser o autor do delito. Na definição do sujeito passivo percebe-se divergências doutrinárias. A maioria considera o feto o sujeito passivo no auto-aborto e quando praticado por terceiro o feto e a gestante, no entanto, alguns discordam desse posicionamento, segundo Julio Fabbrine Mirabeti: “ Não é o feto, porém, titular do bem jurídico ofendido, apesar de ter seus direitos de natureza civil resguardados. Sujeito passivo portanto é o Estado ou a comunidade nacional.”.²⁵

O aborto é um crime doloso, não admite a forma culposa, já que o agente tem a intenção de interromper a gestação provocando a morte do feto, ou assume o risco de produzir tal resultado.

O crime é consumado com a interrupção da gravidez e a morte do feto, que pode ocorrer dentro do útero ou depois de ser expulso deste. Admite-se a tentativa quando os atos abortivos não interrompem a gravidez ou apenas aceleram o parto, e não provocam a morte do nascituro.

O aborto como trata de crime doloso contra a vida, é julgado pela sociedade, através do Tribunal do Júri.

3.1 Auto-aborto e aborto consentido

²⁵ MIRABETE, Op. Cit, pág. 63

Este tipo está previsto no artigo 124 do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.”²⁶

O auto-aborto é um crime próprio, já que trata de crime de mão própria ou de autoria assinalada, pois somente a gestante poderá praticar, na condição de autora, esta forma típica de aborto. Esta figura típica está descrita na primeira parte do artigo (“provocar aborto em si mesma”).

A segunda parte do mesmo artigo trata do aborto consentido (“consentir que outrem lho provoque”). Nesse caso a gestante não realiza a prática abortiva, mas consente que outra pessoa realize. Sendo assim, o crime previsto nesta segunda parte é praticado também pela gestante, a pessoa que praticou o aborto responde pelo crime tipificado pelo artigo 126, do Código Penal, e vale ressaltar que este receberá pena mais severa do que a gestante que consentiu.

Surgem dúvidas quanto a possibilidade de concurso de agentes nos casos de auto-aborto e aborto consentido. No entanto, segundo Julio Fabbrine Mirabeti:

A melhor orientação é a de determinar a posição do partícipe pela verificação de sua atividade: se se refere ao ato praticado pela gestante ou aquele executado por terceiro que o provoca responderá pelo delito do artigo 124 aquele que intervier na conduta praticada pela gestante.²⁷

Portanto, se o sujeito intervier na conduta da mulher, consentindo, incentivando, aconselhando, responde como partícipe do crime do artigo 124, trata-se de exceção a regra da

²⁶ BRASIL. **Código Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁷ MIRABETE, **Op. Cit.**, pág. 66

não admissibilidade da participação em crime próprio. E se de fato praticar o ato consentido pela gestante, responde pelo crime do artigo 126.

3.2 Aborto provocado por terceiro

Está previsto no artigo 125 do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10(dez) anos.”²⁸

Percebe-se que neste caso a pena é mais severa, pois acontece sem o consentimento da gestante. Aqui, a gestante também figura no polo passivo do crime, além da vida do nascituro, atinge-se também a liberdade e a integridade física da gestante.

A discordância da gestante pode ser real ou presumida. Esta acontece quando a gestante não é maior de 14 anos, é alienada ou débil mental, é o que reza o parágrafo único do artigo 126 do Código Penal:

“Paragrafo Unico. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é mediante fraude, grave ameaça ou violência.”²⁹

A discordância real acontece quando é empregada a violência, grave ameaça (a gestante tenta evitar o aborto mas não consegue) ou fraude (quando é induzida ao erro). A fraude configura quando, por exemplo, a gestante é induzida a tomar um medicamento que curaria uma dor de cabeça, mas na verdade ela ingeriu uma pílula abortiva. Vale ressaltar, que

²⁸ BRASIL. **Código Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁹ BRASIL. **Código Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

se houver grave ameaça ou violência, o agente responderá também pelo crime de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal.³⁰

3.3 Aborto consensual

Está previsto pelo artigo 126 do Código Penal, *caput*:

“Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”

Este artigo tipifica especificamente o aborto consentido, no entanto, o fato gera a incidência de figuras típicas, uma para a gestante que consentiu, que responderá pelo crime previsto na segunda parte do artigo 124 do Código Penal, e a outra para o agente que praticou o aborto, que se enquadra no artigo 126, *caput*, do Código Penal.

Para caracterização do aborto consensual, é preciso que o consentimento seja válido, ou seja, que a gestante tenha capacidade para consentir. O consentimento é válido quando existe a vontade real, e que esta seja exteriorizada de forma que tenha relevância jurídica.³¹

Quando o consentimento é inválido, caracteriza-se a figura típica do artigo 125 do Código Penal, as hipóteses de consentimento inválido são elencadas pelo parágrafo único do artigo 126 do Código Penal.

É imprescindível que o consentimento perdure até a consumação do aborto, pois, se houver desistência da gestante em momento prévio ou intermediário e o terceiro

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

³¹ CAPEZ, **Op. Cit.**, pág. 121

insistir na execução do ato, este se enquadrará na figura típica do artigo 125 e aquela não responderá por crime algum.

3.4 Aborto qualificado

O aborto qualificado é tipificado pelo artigo 127 do Código Penal, tem como efeito o aumento da pena, se aplica ao terceiro que praticar o aborto com ou sem o consentimento da gestante. Quando ocorrer lesão grave, a pena é aumentada em um terço, e em caso de morte a pena é duplicada.

O artigo 127 do Código Penal só é aplicado às formas típicas do 125 e 126, excluindo-se o auto-aborto e aborto consentido (art.124,CP), já que nosso ordenamento jurídico não pune a autolesão nem o suicídio.³²

Quando a agente sofre lesão leve, o terceiro responde apenas por aborto simples. As causas qualificadas somente são aplicadas quando o agente agir dolosamente na prática do aborto e culposamente quanto a lesão grave ou morte da gestante.

Trata-se portanto de crime preterdoloso, o dolo do terceiro vai até a prática do aborto, não abrange a morte ou lesão grave que sobrevem. Se houver dolo direto ou eventual quanto a esses resultados o agente responderá pelo concurso de crimes: aborto e lesão corporal grave ou aborto e homicídio.³³

3.5 Aborto necessário ou terapêutico

³² JESUS, Damásio E de. **Código Penal Anotado**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

³³ MIRABETE, **Op. Cit**, pág. 67

As hipóteses de aborto legal estão previstas no artigo 128, e seus incisos do Código Penal, tais causas operam a exclusão da ilicitude, apesar que a redação do dispositivo pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade. O inciso I trata do aborto necessário: “Não se pune aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante.”³⁴

O aborto necessário “é a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo risco de vida e não existir outro meio de salvá-la”.³⁵ No entender doutrinário trata-se de estado de necessidade, no entanto, não é necessário que o risco seja atual, basta a confirmação de que o desenvolvimento da gravidez possa causar futuramente a morte da gestante.

Nesse caso, o médico não necessita de consentimento da gestante ou da família para intervir, pois está em perigo dois bens jurídicos: a vida da gestante e a vida do feto. E o legislador optou pela preservação do primeiro e sacrifício do segundo, já que é um ser ainda em formação.

3.6 Aborto sentimental, humanitário ou ético

É outra hipótese de aborto legal, está prevista no inciso II do artigo 128 do Código Penal:

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

II – se gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.³⁶

³⁴ MIRABETE, **Op. Cit**, pág. 68

³⁵ CAPEZ, **Op. Cit**, pág. 124

³⁶ BRASIL. **Código Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Fala-se em aborto sentimental, humanitário, ético, piedoso, por considerar injusto que a mulher fosse obrigada a gerar um filho fruto de um coito vagínico violento, totalmente indesejado. Além disso, frequentemente o autor do estupro é uma pessoa degenerada, anormal, podendo ocorrer problemas ligados a hereditariedade.

Diferente do aborto necessário, o médico, depende de prévio consentimento da gestante, e quando esta é incapaz, do seu representante legal, para praticar o aborto. No entanto, não há necessidade de sentença condenatória contra o autor do estupro e nem mesmo de autorização judicial. Basta que haja prova da materialidade do crime, como: boletim de ocorrência, testemunhos colhidos perante autoridade policial, etc.³⁷

Quando tratar de gravidez que decorre de estupro ficto, como ocorre nas conjunções carnis com menor de 14 anos, basta que fique provado que o ato existiu. É importante frisar também que, se não houve o estupro e o médico induzido em erro realiza o aborto, configura-se erro de tipo, portanto, exclui-se o dolo e a tipicidade da conduta.³⁸

3.7 Outras espécies de aborto contempladas pela doutrina

As doutrinas mencionam algumas espécies de aborto, que não são tipificadas pelo Código Penal. Dentre eles: o aborto eugênico ou eugenésico, que será tema do próximo capítulo deste trabalho, aborto natural, aborto acidental, aborto social ou econômico e aborto *honoris causa*.

3.7.1 Aborto natural

³⁷ FRAGOSO, **Op. Cit**, pág. 127

³⁸ CAPEZ, **Op. Cit**, pág. 127

É aquele em que a gravidez se encerra espontaneamente, acontece normalmente, ao longo das 13 primeiras semanas da gestação, pouco depois que o óvulo foi implantado no útero. Pode passar despercebido porque o sangramento resultante, muitas vezes, acontece durante a menstruação da mulher e ela pode nem perceber que esteve grávida. Tal aborto não é passível de punição no nosso ordenamento, por ser espontâneo, independente da vontade da gestante.

3.7.2 Aborto acidental

O aborto acidental é aquele em que ocorre a interrupção da gestação em virtude de um acontecimento externo independente da vontade da gestante, como é o caso dos acidentes: uma queda da gestante, um atropelamento, etc. Nesse caso também não há crime.³⁹

3.7.3 Aborto social ou econômico

Acontece normalmente em famílias muito numerosas, em que o nascimento da criança, agravaria a crise financeira e social da família e principalmente da gestante. Nesse caso haverá crime.⁴⁰

3.7.4 Aborto *honoris causa*

É também chamado de aborto por motivo de honra, que é praticado em decorrência de gravidez extramatrimonial ou mãe solteira, atitude extremamente condenável

³⁹ JESUS, **Op. Cit.**, pág. 119

⁴⁰ MIRABETE, **Op. Cit.**, pág. 70

da gestante, que para tentar salvar sua honra tira a vida de um ser que não tem culpa de seus atos impensados. Nesse caso também haverá crime.⁴¹

4. ABORTO EUGÊNICO OU EUGENÉSICO

4.1 Aborto eugênico e seus aspectos jurídicos

O aborto eugênico é realizado quando o feto é portador de anomalia fetal grave e irreversível. Essas anomalias, em decorrência do grande avanço da medicina, podem ser diagnosticadas com precisão.⁴² Vale ressaltar que o propósito desse tipo de aborto não é melhorar a raça, evitar o nascimento de uma criança possivelmente cega, deficiente física ou débil mental, trata-se de feto que não terá vida extra-uterina, que não tem condições de existir por si só. Pretende-se, poupar a gestante de prosseguir com um ser em seu ventre que seguramente não sobreviverá.

As anomalias fetais mais conhecidas e que tem ensejado o pedido de autorização judicial para a realização do abortamento eugênico são: anomalias no sistema urinário, anomalias cardíacas congênita, anomalias cromossômicas, anomalias osseas, asplenia, bridas amnióticas, erros de fechamento da linha média, erros de fechamento do tubo neural, englobando anencefalia, generalidade imperfeita, hidropisia fetal, más formações congênitas múltiplas, síndrome da rubéola congênita etc.⁴³

A que merece maior destaque é a anencefalia, ela se configura, principalmente, pelo não desenvolvimento ou pela ausência dos hemisférios cerebrais, pela não formação

⁴¹ TEODORO, **Op. Cit**, pág. 124

⁴² TEODORO, **Op. Cit**, pág. 192

⁴³ FRIGÉRIO, Marcos Valentin. Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal**, v.7, p.13, abr.2001

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 a modalidade mais constatada nos processos judiciais sobre autorização do aborto eugênico.

Com o surgimento das novas técnicas de diagnóstico pré-natal, tornou-se imprescindível a regulamentação da matéria pelo nosso ordenamento jurídico. Essa questão do aborto eugênico no campo jurídico tornou-se muito controversa, motivando o aparecimento de duas correntes antagônicas. Uma delas defende a criação de uma norma permissiva para esta modalidade de aborto, inserindo-a no artigo 128 do Código Penal, ao lado do aborto terapêutico e do aborto sentimental. A outra corrente, entende que trata de um crime contra a vida do feto, que não está morto, apenas não vai sobreviver quando nascer, sendo portanto, contra a legalização.⁴⁴

Estes conflitos deram origem a projetos de lei propondo a legalização do aborto em razão de graves enfermidades fetais e à ações judiciais pleiteando autorizações para a realização do procedimento interruptivo da gestação.⁴⁵

O Código Penal, permite apenas dois tipos de aborto, o necessário (quando não tem outro meio de salvar a vida da gestante) e o sentimental (quando a gravidez decorre de estupro), que estão tipificados pelo artigo 128. É compreensível que o Código Penal, que foi promulgado em 1940, não trate do aborto eugênico, pois nesse período a medicina não possuía técnicas capazes de diagnosticar com precisão tais anomalias fetais.

Desde o início dos anos 90, que muitos projetos estão sendo propostos para regulamentar o aborto. Alguns propondo sua legalização irrestrita ou sua permissão nos

⁴⁴ TEODORO, **Op. Cit**, pág. 192

⁴⁵ TEODORO, **Op. Cit**, pág. 192

primeiros meses de gravidez, ou propondo a criminalização de todas as suas formas e alguns propondo a inclusão do aborto em razão de anomalia fetal.

Atualmente dois projetos de lei estão em pauta no Congresso Nacional, o do senador Duciomar Costa (PLS 183/04), que propõe uma alteração ao Código Penal, incluindo a possibilidade de aborto em casos de anencefalia fetal, argumentando se tratar de uma gravidez de auto risco para a gestante, devido à ocorrência de vários distúrbios fisiológicos. Tem também um projeto proposto pela deputada Jandira Feghali (PL 4403/04) no mesmo sentido do projeto do senador.⁴⁶

Além desses projetos, merecem um melhor destaque os Anteprojetos do Código Penal que acresceram ao artigo a nova modalidade de aborto acobertado pela excludente de ilicitude.

Quando da criação do Anteprojeto do Código Penal, Parte Especial, de 1984, (Portaria 304, de 17 de julho) por uma comissão especial, surgiu a figura do aborto eugênico denominado aborto piedoso, como terceira hipótese de excludente de ilicitude, do artigo 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;

Parágrafo 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.⁴⁷

Já o novo anteprojeto do Código Penal traz em seu artigo 127 as causas excludentes de ilicitude no delito de aborto. Além das causas já existentes no atual Código

⁴⁶ TEODORO, **Op. Cit.**, pág. 199

⁴⁷ D'URSO, Luiz Flávio Borges (org.). **Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal**. Pág. 26.

Penal 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.⁴⁸

O que se verifica é a necessidade urgente, de avaliar e encontrar uma solução serena, para a omissão do nosso ordenamento jurídico, em relação a interrupção de gestação com fetos portadores de anomalias graves, que impossibilitam a vida extra-uterina e, com isso, afetam a saúde psíquica da gestante. Se a medicina atual, permite que se constate tais anomalias com precisão, não se deve impor a gestante sofrimento tão intenso e desnecessário.

4.2 Aborto eugênico e seus impactos na sociedade

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 resurgem de forma intermitente. Em países onde o aborto foi legalizado, certa fatia da sociedade luta pela sua proibição, enquanto nos países onde é proibido, travam-se batalhas para a sua liberação.

Quando fala-se especificamente em aborto eugênico, a discussão também é muito polêmica. Muitos setores da sociedade condenam a descriminalização do aborto eugênico. Essas correntes contrárias, sustentam, que a autorização dessa modalidade de aborto abre um péssimo precedente em relação às excludentes de ilicitude, pois ensejará futuras solicitações para interrupção de gestações de fetos que apresentem leves ou insignificantes

⁴⁸ D'URSO, Luiz Flávio Borges (org.). **Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal**. Pág. 26.

deformidades físicas ou mentais, ou, numa hipótese mais drástica, simplesmente não apresentem o sexo desejado pelos pais.

Defendem o desprezo das apreciações em favor da autorização do aborto que afirmam não haver vida a ser salva. Consideram, que mesmo sendo uma vida com hora marcada para expirar-se, é uma vida.

A discussão é tão polêmica, que até no meio religioso há divergências. Recentemente, representantes da Igreja Católica e da Igreja Universal do Reino de Deus, em audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, apresentaram posicionamentos diferentes em relação ao aborto de fetos anencéfalos. A primeira, representada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil- CNBB, posicionou-se radicalmente contra, já o representante da Igreja Universal, diz que a descriminalização deve ocorrer e que a escolha será da gestante.⁴⁹

No entanto, o aborto eugênico, quando analisado racionalmente, percebe-se, a necessidade de sua descriminalização. Como verifica-se, as anomalias deixam o feto sem chance alguma de existir por si só, e essa gravidez ilusória afeta fortemente a saúde psíquica da gestante por muito tempo.

4.3 Decisões judiciais sobre o aborto eugênico

Independentemente da existência de normas penais relacionadas à permissão do aborto eugênico, desde 1991, vários juízes vêm decidindo favoravelmente a esta modalidade abortiva. A grande maioria das decisões proferidas em favor da interrupção da

⁴⁹ RODRIGUES, Lorena, **Folha Online**. 26 de agosto de 2008. Disponível em< <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u437948.shtml>>. Acesso em 05 de set. 2008

gravidez, em razão da anomalia fetal, levou em consideração os direitos inerentes à gestante, como direito fundamental de não ser submetida a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), fazendo referência ao período de gestação que a mulher deve percorrer, sabendo que carrega em seu ventre um feto malformado que não sobreviverá ao nascimento.

Os requerimentos judiciais de autorização para realização de aborto eugênico, normalmente vêm instruídos com laudos médicos, que comprovam a anomalia fetal, que inviabiliza a vida extra-uterina e laudo psicológico da gestante. Estima-se que a justiça brasileira, nos últimos quinze anos, já tenha permitido, aproximadamente cinco mil abortos de fetos com anomalias graves.⁵⁰

Seguindo a tendência da maioria dos tribunais, 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais autorizou, recentemente, a interrupção de gravidez de uma professora de Betim, pelo fato de haver constatação médica de que o feto não tem chances de vida após o parto.

De acordo com os autos, a professora grávida de 24 semanas, descobriu, através de exame de ultra-som, que o feto era portador de displasia tanatofórica (displasia óssea). A gestante e seu marido, por orientação médica, ajuizaram a ação solicitando a interrupção da gravidez. O Ministério Público, manifestou-se favoravelmente, mas o juiz da 6ª vara cível de Betim negou a autorização. No recurso ao Tribunal de Justiça, os desembargadores Fernando Caldeira Brant (relator), Afrânio Vilela e Marcelo Rodrigues autorizaram o pedido.⁵¹

Com o intuito de fornecer alguns dados estatísticos, acerca do grande número de ações judiciais, que tratam do aborto eugênico, o Instituto de Medicina Fetal e Genética

⁵⁰ TEODORO, **Op. Cit.**, pág. 201

⁵¹ Disponível em: <www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 15 de julho de 2008.

Humana de São Paulo realizou duas pesquisas que foram 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 prática do aborto eugênico. Nos casos que foram proferidas sentenças, constatou-se que a grande maioria foi favorável a prática do aborto, apenas oito foram contrárias.⁵²

Na segunda pesquisa 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. A grande maioria trabalha na área há mais de dez anos e 78% deles já havia participado de diagnóstico de anomalia fetal incompatível com a vida.

Cerca de 80% dos obstetras apóiam o desejo do casal em realizar o abortamento, quanto a orientação dada pelos médicos em relação ao alvará judicial, a maioria orientaria o casal a buscar a permissão judicial para interrupção da gravidez. Constatou-se também que 86% têm conhecimento sobre a possibilidade de autorização judicial para tal procedimento.⁵³

Por fim, percebe-se, que a maioria das entidades médicas e as decisões judiciais estão apresentando posicionamentos favoráveis a interrupção da gravidez, em casos de feto com anomalia grave.

⁵² FRIGÉRIO, Marcos Valentin. Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal**, v.7, p.13, abr.2001

⁵³ FRIGÉRIO, Marcos Valentin .O Obstetra Brasileiro Frente ao Abortamento Seletivo. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal**, v.8, abr.2001

4.4 O aborto eugênico e o Supremo Tribunal Federal

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54-8/Distrito Federal), o processo deu entrada no STF em 2004, e foi distribuído ao Ministro Marco Aurélio Mello em 17 de junho daquele ano. A Arguição foi fundada nos artigos 21, IV e V, do Regimento Interno e 5º, § 1º, da Lei 9.882/99, pleiteando pela suspensão do andamento dos processos ou dos efeitos das decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos legais dos artigos 124, 126 *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, assentando-se no direito à liberdade e autonomia da gestante em interromper a gravidez, como meio de resguardar a sua dignidade humana, preservando sua saúde física, moral e psicológica.⁵⁴

Segundo os argumentos da arguição, embasados em literatura médica, a anomalia, por defeito no fechamento do tubo neural durante a gravidez, ocasiona a não formação dos hemisférios cerebrais e do córtex do feto, causando-lhe a morte intra-uterina em 65% dos casos, ou brevíssima sobrevivida pós-parto. A permanência do feto no útero poderia gerar dano a saúde da mãe, provocando-lhe sofrimento e frustração, o que conflita com a determinação da Organização Mundial de Saúde, segundo a qual, a pessoa deve ter completo bem estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença.

Sobre a presente arguição, o Ministro-relator, em 01.07.2004, concedeu a liminar, em favor da Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde, baseando-se nas informações sobre a certeza dos diagnósticos pré-natais e da comprovada diminuta sobrevivida

⁵⁴ FONTELES, Cláudio. **Parecer do MPF na ADPF n° 54/DF**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/parefont.htm>>. Acesso em: 28 de agosto de 2008.

do feto anencéfalo, bem como, nos danos à integridade moral e psicológica da gestante. Desejou uma uniformização das decisões sobre aborto eugênico.

Em parecer, proferido em 18.08.2004, o Procurador-Geral da República, Claudio Fonteles, manifestou-se pela inadmissibilidade de interpelação conforme a Constituição, bem como, pelo indeferimento do pedido, contrariando a posição tomada pelo Ministro-relator.

Em 20.10.2004, o Plenário do Supremo Tribunal Federal revogou a liminar concedida. Por maioria referendou a primeira parte da liminar, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado. Também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos.

Por maioria, entendeu o Tribunal ser admissível a arguição de preceito fundamental e, ao mesmo tempo, determinou o retorno dos autos ao relator para examinar se seria caso da aplicação do citado § 1º, do art. 6º, da Lei 9882/99. Diante disso, o Ministro-relator Marco Aurélio Mello tomou a decisão de realizar audiência pública para ouvir as diversas opiniões da sociedade e de especialistas sobre o assunto.

Essas audiências já foram realizadas, entre os dias 26 de agosto e 16 de setembro de 2008. Foram necessárias quatro audiências, nas quais, os interessados no processo fizeram sustentações orais e juntaram memoriais. Para o Ministro-relator, que já sinalizou ser a favor da interrupção da gravidez nesses casos, até novembro deste ano, o Supremo Tribunal Federal emitirá seu posicionamento definitivo.

4.5 O aborto eugênico no direito comparado

Diante de um tema polêmico, como o aborto eugênico, é válido analisar outras perspectivas. Como no Brasil, muitos países não regulamentam esse tipo de aborto. 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.⁵⁵

4.5.1 O aborto eugênico na França

A legislação francesa autoriza a prática do aborto eugênico.⁵⁶ Segundo as leis penais, o aborto será punido com dois anos de prisão e multa de € 30.000 (trinta mil euros), quando praticado depois de expirado o período em que é autorizado por lei (artigo 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 diagnóstico pré-natal sem autorização exigida pelo Código de Saúde Pública (artigo 511-20).

Ademais, o Código Civil francês exige, em seu artigo 725, que o recém-nascido seja viável, vale dizer, que não apresente nenhuma alteração que o possa levar à sua morte.⁵⁷

⁵⁵ TEODORO, **Op. Cit.**, pág. 225

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pág. 99.

⁵⁷ MARTINES, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim, n. 6, 1998.

4.5.2 O aborto eugênico em Portugal

Na parte onde são tratados 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.

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 executada em vinte e quatro semanas. Mas, quando se constatar que o feto é plenamente inviável, a interrupção poderá ser praticada a qualquer momento (artigo 142, 1, “c”).⁵⁸

4.5.3 O aborto eugênico na Espanha

A legislação penal espanhola 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 raça.

Porém, para uma interpretação mais eficiente do estatuto penal, faz-se necessário observar outro dispositivo legal. O Código Civil espanhol, em seu artigo 29, somente reconhece a personalidade do recém-nascido, desde que tenha forma humana e sobreviva por vinte e quatro horas desprendido do seio materno.⁵⁹ Outrossim, o Tribunal Constitucional espanhol decidiu pela teoria da nidação. Esta opção é observada pela escolha

⁵⁸ TEODORO, *Op. Cit.*, pág. 227

⁵⁹ MARTINES, *Op. Cit.*, pág. 159

do termo gestação, e não concepção, para determinar o momento inicial de proteção jurídica ao ser humano.

4.5.4 O aborto eugênico na Colômbia

A legislação penal colombiana não trata especificamente do aborto eugênico, mas apresenta uma inovação ao discorrer sobre o delito de aborto. É o 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.⁶⁰

4.6 Proposta de denominação: Aborto psicológico

Normalmente o aborto é tratado de forma genérica, sem diferenciar as diversas finalidades clínicas em cada caso. O aborto realizado ante a constatação de anomalias fetais, recebe várias denominações. Dentre elas: aborto eugênico ou eugenésico, seletivo, profilático ou preventivo, piedoso, etc.

A denominação “aborto eugênico” ou “eugenésico”, que é a mais conhecida, denota uma idéia de racismo, por isso não seria a melhor opção. A eugenia é definida por Stella Maris Martínes como: “a melhoria da espécie humana, seja eliminando os caracteres genéticos indesejáveis ou incrementando na descendência o número dos componentes hereditários apreciados”.⁶¹ No entanto, 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

⁶⁰ TEODORO, **Op. Cit.**, pág. 230

⁶¹ MARTINES, **Op. Cit.**, pág. 238

eliminante, usado de maneira racista, para purificação de raça, como fez a Alemanha Nazista, obrigando as mulheres judias a abortar. Claro fica não ser esse o propósito da modalidade de aborto aqui estudada.

A expressão “aborto seletivo” também muito usada pelos doutrinadores, deixa a entender que os fetos seriam selecionados, deixando nascer apenas aqueles tidos como totalmente normais, eliminando os portadores de defeitos físicos ou mentais, mesmo que pudessem sobreviver após o parto.

Quanto a denominação “aborto piedoso” também não se enquadraria por transparecer que o feto ou principalmente a gestante são dignos de dó ou pena. Da mesma forma o termo “aborto profilático” ou “preventivo” não caberia, pois seu significado correto é procedimento para evitar instalação ou propagação de doença.

Destacando-se a importância da comprovação de que o feto não terá chance de viver após o parto, ou no máximo, sobreviver algumas horas, deve-se levar em conta o dano psicológico sofrido pela gestante, já que, se a mulher não se sentir abalada emocionalmente, ela tem a opção de dar prosseguimento a gravidez. Sendo assim, a sugestão de denominação para esta espécie de interrupção de gravidez é “Aborto Psicológico”.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após verificar vários conceitos, percebe-se um consenso que o aborto é a interrupção da gravidez provocando a morte do feto, podendo ou não haver a expulsão deste do útero da gestante.

Já começou a ser tratado como crime por códigos vigentes antes de Cristo e em tempos atuais ainda provoca muitas polêmicas acerca da sua legalização.

No Brasil, a primeira lei que o tipificou foi o Código Criminal do Império. Hoje é tipificado pelo Código Penal Brasileiro de 1940, em seus artigos 124 ao 128. Esses quatro artigos tratam de algumas espécies de aborto: auto-aborto e aborto consentido, aborto provocado por terceiro, aborto consensual, aborto qualificado, aborto necessário e aborto sentimental, sendo os dois últimos, considerados causas de exclusão de ilicitude.

Como se trata de um código editado em tempos que a medicina não era capaz de diagnosticar com precisão algumas anomalias fetais, que impossibilitam a vida extra-uterina, compreende-se a omissão do código em caso de interrupção de gravidez com feto que apresentem essas anomalias.

Percebe-se a necessidade de inclusão no rol dos abortos permitidos, o aborto eugênico, ou seja, aquele realizado ante a certeza de que o feto não sobreviverá após o parto ou logo falecerá.

Mesmo não sendo tipificado, vários alvarás judiciais, que autorizam a prática desse tipo de aborto, já foram concedidos, demonstrando que há um grande número de juristas favoráveis à legalização dessa modalidade de aborto. Leva-se em conta a precisão do diagnóstico de anomalia grave e incurável do feto e o dano psicológico sofrido pela mãe.

Está em tramitação no Supremo Tribunal Federal, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS que pleiteia a suspensão do andamento dos processos ou dos efeitos das decisões judiciais que tratem de antecipação terapêutica de parto de anencéfalo e a declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e vinculante, da interpretação

dos dispositivos penais que proíbem a interrupção de gravidez quando o feto é portador de anomalia grave. Já foram realizadas várias audiências públicas e o Supremo Tribunal Federal deverá emitir seu posicionamento definitivo em breve.

Muitos países, principalmente os mais desenvolvidos, já permitem a prática do aborto eugênico, em contra partida, na América Latina os países ainda não regulamentaram essa modalidade de aborto.

Levando-se em conta que o pretendido com a prática dessa modalidade de aborto é evitar os danos psicológicos sofridos pela gestante, sugere-se aqui, chama-lo de “Aborto Psicológico”, já que, “aborto eugênico” é expressão que denota idéia de racismo.

Por fim, diante dos avanços da medicina e das várias decisões judiciais já proferidas a favor da prática do aborto ao qual se chamará de “Psicológico”, o que se espera é uma adequação da legislação pátria, tipificando esse tipo de aborto em um terceiro inciso, no artigo 128 do Código Penal, tornando-se, portanto, forma não punível, quando for vontade da gestante, interromper a gravidez em casos comprovados de fetos com anomalia que impossibilite a vida extra-uterina.

III – REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Laís Amaral Rezende. **Aborto, o delito e a pena . Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=983>>. Acesso em: 20 nov. 2008.

ÁVILA, Maria Betânia. **Novas Legalidades e Democratização da Vida Social: Família, Sexualidade e Aborto**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2005.

BIBLIA SAGRADA. 7 ed. Edições Paulinas. São Paulo.1993

BRASIL. **Código Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANTARINO, Carolina. **Mulher ou sociedade: quem decide sobre o aborto**. Disponível em: <http://www.comciencia.br/rportagens/2005/05/05_impr.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**, vol. 2. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Luis Renato. **Aborto**. Disponível em: <http://www.geocities.com/juristantum2000/med3.htm>. Acesso em: 13 de ago. de 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Disponível em: < http://www.bionetonline.org/portugues/content/hiv_leg2.htm#Q4>. Acesso em: 18 de ago. 2008

Disponível em: < <http://www.aborto.com/legislacao.htm>>. Acesso em: 21 de ago. 2008.

D`URSO, Luiz Flávio Borges (org.). **Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal**. Disponível em < <http://fadisete3d.vilabol.uol.com.br/cpenal.htm>> Acesso em 03 de set. 2008.

FONTELES, Cláudio. **Parecer do MPF na ADPF nº 54/DF**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/parefont.htm>>. Acesso em: 27 de julho de 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981

FRIGÉRIO, Marcos Valentin et al. Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal**, abr.2001.

JESUS, Damásio E de. **Código Penal Anotado**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JESUS, Damásio E de. **Direito penal: parte especial**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINES, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Aborto e o Direito Penal**. 3ª edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores. 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONDAY, February. **Saiba Mais Sobre a História do Aborto**. Disponível em: <http://avelana.blogspot.com/2007/02/histria-do-aborto.html>. Acesso em: 20 de ago. 2008.

MOTA JÚNIOR, Eliseu. **Aborto à Luz do Espiritismo**. 4ª ed. São Paulo: O Clarim, 2002.

NORONHA, Edgard. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 2. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2005.

PACHECO, Eliana Descovi. **O Aborto e Sua Evolução Histórica**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/37/64/3764/>. Acesso em 15 de ago. de 2008

PRADO, Danda. **O que é Aborto**. São Paulo: Abril Cultura, 1985.

QUEIROS, Paulo. **Duas Palavras Sobre o Aborto**. *Revista Jus Vigilantibus*. Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/36028> acesso em 17 de set. 2008.

RODRIGUES, Lorena, **Folha Online**. 26 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u437948.shtml>. Acesso em 05 de set. 2008.

SANEMATSU, Marisa. **Interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal: a cobertura da imprensa sobre a liminar do STF e suas repercussões**. Disponível em: http://www.ipas.org.br/arquivos/10anos/marisa_liminarstf2004.doc. Acesso em: 30 ago. 2008.

TEJO, Célia. **Aborto Eugênico**. Disponível em: <http://www.datavenia.net/opiniao/celia.html>. Acesso em: 13 de ago. de 2008.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação**. Curitiba: Juruá, 2007.

TERRA, João Evangelista. **O Crime do Aborto**. Disponível em:
<http://www.providaanapolis.org.br/crimabo.htm>. Acesso em 21 de ago. de 2008.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto: um direito ou um crime?**. 14^a ed. São Paulo: Moderna, 1996.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

ZAMAI Emerson. **Legalização do Aborto Eugênico**. Disponível em:
<<http://www.meuartigo.br/brasilecola.com/sociologia/legalizacao-aborto-eugenico.htm>> acesso em 12 de ago. de 2008.