

ABORTO EUGÊNICO E O DIREITO A VIDA

EUGENIC ABORTION AND THE RIGHT TO LIFE

Celciane Malcher Pinto¹

Idelcleide Rodrigues Lima Cordeiro²

RESUMO

Um dos assuntos mais polêmicos relacionados à Bioética refere-se ao aborto eugênico, tema deste estudo. Esta modalidade de aborto, assim como os demais, é um assunto complexo, pois envolve valores morais e jurídicos e questiona até que ponto o homem por meio dos avanços trazidos pela genética pode dispor sobre a manutenção ou não da vida, visto que este aborto busca a eliminação de seres considerados inviáveis embora não haja previsão legal para isto. O presente trabalho objetiva estudar o aborto eugênico como uma forma de seleção de seres humanos e examinar as questões referentes à Bioética. Assim, alguns aspectos referentes ao aborto eugênico como o direito à vida, o Princípio da Dignidade Humana bem como seu entendimento doutrinário e jurisprudencial foram analisados a fim de trazer subsídios jurídicos para sua discussão, mas sem a intenção de esgotar a questão. Em sequência percebeu-se que o aborto eugênico não possui uma previsão legal no ordenamento jurídico pátrio para o feito embora seja praticado em alguns casos, atualmente em meio a muitas polêmicas. O método utilizado na elaboração da pesquisa foi o indutivo com pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, artigos e jurisprudência relacionados ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto eugênico; Dignidade; Direito à vida.

ABSTRACT

One of the most controversial issues related to bioethics refers to eugenic abortion, the subject of this study. This type of abortion, as well as others, is a complex issue because it involves moral and legal values and asks to what extent the man through advances brought by genetics may provide for the maintenance of life or not, since this abortion search eliminating beings inviable although there is no legal basis for this prediction. This work aims to study the eugenic abortion as a form of selection of human beings and examine issues relating to bioethics. Thus, some aspects related to eugenic abortion as the right to life, the Principle of Human Dignity as well as its doctrinal and jurisprudential understanding were analyzed in order to bring legal allowances for discussion, but without the intention to exhaust the question. In sequence, we verified that the eugenic abortion does not have a legal provision in the national legal system to be done though practiced in some cases, currently in the middle of many controversies. The method used in preparing the research was inductive with literature in books, journals, articles and case law related to the topic.

KEYWORDS: Eugenic abortion; Dignity; Right to life.

¹ Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas/AM. Pós-graduada em Direito Penal Processo Penal. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará.

² Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas/AM. Pós-graduada em Administração Pública pela Faculdade da Amazônia Ocidental. Graduada em Direito pela Faculdade da Amazônia Ocidental e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Acre.

INTRODUÇÃO

Com a evolução da genética atualmente já é possível mapear a estrutura das pessoas conforme propõe o projeto genoma humano ou mesmo exames mais simples como o exame pré-natal podem apontar certas anomalias levando muitos genitores a interromper a gravidez a fim de evitar futuros “problemas” ou mesmo provocam o aborto por não aceitarem determinadas características físicas. Mas como se proceder quando os resultados apontam que o feto possui uma grave doença ou anormalidade? Seria ético eliminar um ser por não estar dentro dos padrões normais de vida?

O avanço da ciência tem dado ao homem um grande poder sobre a vida (humana e dos demais seres) e daí a importância da Bioética como ramo científico que discute os limites e restrições sobre a disposição da vida de maneira ética quanto à tomada de decisões. Neste contexto, o aborto eugênico é a frustração do direito à vida dos ditos deficientes genéticos o que para alguns doutrinadores demonstra total afronta a Constituição Federal de 1988 em artigos 1º e 5º consagram, respectivamente, o direito à vida e o Princípio da dignidade humana.

Dada a relevância do tema em questão, este estudo contribui no processo de debate e conscientização dos valores éticos, morais e jurídicos envolvidos em torno do aborto eugênico que representa uma forma de eliminação de seres humanos considerados imperfeitos o que vai de encontro ao fato de que o direito a vida é absolutamente indisponível.

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA SOB O OLHAR DA BIOÉTICA

A conduta humana social regulada pelo Direito através de suas normas requerem leis e novas áreas do saber que acompanhem as várias mudanças sociais, éticas e tecnológicas. Neste sentido, surgiram novos campos científicos como a Bioética que discute o agir humano ético sobre a vida e neste sentido ganha especial importância o princípio da dignidade humana.

Segundo Oliveira (2004, p.75) “a Bioética é formada por [...] dois vocábulos de origem grega: bios (vida) e ética (costumes; valores relativos a determinado agrupamento social, em algum momento de sua história)”.

Ressaltando a interligação da Bioética com outras do saber, aponta Vieira que (1999, p.16):

[...] seu estudo vai além da área médica, abarcando psicologia, direito, biologia, antropologia, sociologia, ecologia, teologia, filosofia, etc., observando as diversas culturas e valores. Esta pesquisa não tem fronteiras, dificultando, inclusive, uma definição, uma vez que os problemas são considerados sob vários prismas, na tentativa de harmonizar os melhores caminhos.

O direito à vida se verifica na Constituição Federal de 1988 como o fundamento de todos os outros direitos conforme se verifica em seu artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (omissis)(gn)

Foi estabelecido também como um dos fundamentos da Constituição Federal a Dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º :

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) omissis;
III – a dignidade da pessoa humana (gn)

Nesse sentido Fagundes Júnior (2001, p. 268) comenta que a ciência encontra restrições quando se trata de assuntos referentes à vida não podendo “[...] ir além dos limites impostos pelo Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, que vem permeado, dentre outros, pelos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Sobre a capacidade de auto-realização e dignidade humana assevera Junges (1999, p. 111):

Portanto, o fundamento último da dignidade humana está na categoria de auto-realização. Todo ser humano tem o direito de autoconstituir-se a partir do seu dado natural, realizando o seu itinerário histórico de expressar-se como pessoa. Por isso, o ser humano é fim em si mesmo e nisso consiste justamente a sua dignidade. Ninguém tem o direito de privá-lo ou impedi-lo de realizar esse itinerário de auto-realização como fim da sua existência, tornando-o meio para alcançar outros fins. Dignidade não é apenas uma categoria antropológica, mas expressa também um conteúdo ético. A categoria de dignidade humana levanta exigências éticas. A dignidade não se refere a uma natureza abstrata, mas a seres concretos. Dignidade diz respeito a seres humanos históricos e concretos. Cada ser humano é pessoa por ser um indivíduo único e insubstituível. Nesse sentido, tem valor por si, isto é, goza de dignidade.

A dignidade humana na Bioética também é uma forma de combater o que se chama de instrumentalização do ser humano conforme explica Andorno (2009, p.84):

[...] O princípio da dignidade significa que, por exemplo, não se pode sacrificar a vida de uma pessoa para salvar outra que necessita de um órgão vital; que não se pode submeter um indivíduo a experimentos científicos sem seu consentimento ou quando tais experimentos põem gravemente em perigo sua vida; que não é eticamente lícito tratar embriões humanos como mero material de experimentação; que não se pode produzir clones humanos ou predeterminar as características genéticas de uma futura pessoa para satisfazer os caprichos dos pais em potencial; que a sociedade não pode tolerar que um indivíduo se veja forçado a vender um órgão (por exemplo, um rim) a fim de cobrir as necessidades de sua família. Em todos estes casos, há uma instrumentalização inadmissível da pessoa humana e, portanto, uma prática contrária à dignidade humana. Deste modo, através da exigência de não-instrumentalização da pessoa, o princípio da dignidade permite ficar alguns limites éticos às intervenções biomédicas no ser humano.

Desta forma, percebe-se que a importância do princípio da dignidade humana nas questões que envolvem a Bioética está em pautar o proceder da ciência e dos avanços tecnológicos em padrões morais e éticos que acompanhem a dignidade do viver.

2. EUGENIA

Há muito tempo que o homem vem em busca do ser humano perfeito. O avanço da genética propicia que sejam estudadas as características do genoma humano e que assim se estudem as possibilidades do melhoramento dos seres humanos. Este melhoramento é chamado de Eugenia.

A palavra “eugenia” deriva da junção dos vocábulos gregos “eu” (bem) e genos (raça, linhagem, espécie), e que, portanto, significa bem nascido ou, ainda, de boa linhagem, boa espécie. O termo eugenia, contudo, foi forjado apenas em 1883, por Francis Galton, que o definiu como sendo “o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente. (GARCIA, 2005).

De acordo com Aurélio (2004, p. 2119) a eugenia é a ciência que estuda as condições mais propícias para reprodução e melhoramento da raça humana.

Segundo Diniz (2001, p.394) “O termo eugenia, por si só, tem o significado de gerar bem, mas indica também a ciência que estuda as melhores condições para a reprodução e o aprimoramento da espécie humana”.

Entende-se que a eugenia é uma ciência que estuda o melhoramento da raça humana, selecionando desta forma os seres humanos perfeitos.

Assim, a Eugenia é tida como uma forma de progresso para uma sociedade, porém vale lembrar que ela já foi utilizada em certos fatos da história para dizimar milhares de pessoas. Muitos se indagam até que ponto esta ciência é benéfica já que ela discrimina os seres humanos ditos “imperfeitos”.

Historicamente, os avanços que a tecnologia vem sofrendo nos dias atuais serão de uma grande importância para toda a humanidade, porém, estes avanços deverão estar voltados para o benefício de toda coletividade não podendo ser utilizados para colocar em risco a vida dos seres humanos em prol do progresso da ciência.

Segundo Junges (1999, p. 237) a ideologia do eugenismo teve seu início no século XVIII. Eugenismo representa a fé no progresso contínuo e na possibilidade de criar o ser humano perfeito. Quem não faz parte deste ideal de perfeição é alijado e discriminado, ou seja, o ser humano defeituoso não tem lugar. É uma tendência que se pensava ter sido

rompida com a experiência nazista, mas continua presente sob formas mais atuais. Para ele a pseudociência nazista desapareceu, mas a ideologia da superioridade humana continua.

De acordo com Oliveiro (2004, p. 177) o movimento eugênico apareceu na década de 1920 e voltou a crescer na de 1930 com a ascensão do nazismo que tinha por bandeira a paranoia de Hitler, que almejava uma raça pura e superior, chamada de raça ariana.

Depois de derrotada esta ideologia na Segunda Guerra Mundial, a mesma ficou hibernada durante três décadas e despertou nos anos 70 com a descoberta dos avanços científicos. Desde 1980 se tem um retorno da eugenia de uma forma reciclada, com o objetivo de manipular ideologicamente o saber e o poder da descoberta genética molecular.

2. ABORTO EUGÊNICO

Primeiramente é importante observar o conceito de aborto para se chegar em seguida a modalidade específica deste estudo, o aborto eugênico.

Verardo (1995, p. 32) assevera que “o aborto nada mais é que a retirada total de tudo que há no útero, ou seja, a placenta, o embrião e a membrana que recebe o óvulo para ser fecundado.”

Segundo Teodoro (2007, p.105):

A etimologia da palavra aborto é latina, abortus, sendo que o prefixo ab significa impedir, privar, e ortus ou orior, nascer, nascimento. O abortamento (fœnatiohomicidii) é a interrupção violenta da gravidez antes de seu termo natural, com a conseqüente morte do feto, podendo este ser 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.

De acordo com Vieira (1999, p. 57), o aborto eugênico tem por objetivo a intervenção de fetos defeituosos ou com a propensão de o serem.

Na defesa desses fetos com defeitos está o posicionamento de Diniz (2001, p. 397), segundo a autora precisa ser repudiada a eugenia enquanto discriminação dos portadores de anomalias visando a criação de seres selecionados e perfeitos. Os seres que possuem qualquer tipo de anomalia genética devem ser acolhidos ao invés de optar-se por sua eliminação, e faz-se necessário também respeitar o direito dos deficientes físicos, sensoriais, mentais e psíquicos.

Para Diniz (2001, p. 34) aborto eugênico é a

[...] 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 amaurotica etc.; o embrião não pertencer ao sexo almejado. É o praticado, portanto, com o 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. Está vedado legalmente, pois toda seleção eugenésica, ou não, contraria a natureza ética da procriação, ferindo a dignidade humana. Além disso, não há diagnóstico genético que garanta, com toda certeza, a transmissibilidade de deficiências físico-mentais, e ninguém poderia prever quais os caracteres mais úteis para humanidade, porque o homem vale pelo que é e não pelo seu aspecto físico.

Contrário ao aborto eugênico também está o posicionamento de Teodoro (2007, p. 111), para o qual:

[...] no que tange ao aborto eugênico, o interesse de um ser em potência ou de ser em formação, nem sequer será conhecido, prevalecendo o interesse da gestante, quer dizer, de uma pessoa já inserida em uma cultura consumista e imedialista, em uma vida livre de limitações e provocações, do ponto de vista predominantemente emocional e financeiro. Neste contexto em que a mulher vive, a idéia de se despendar cuidados para um filho não desejado ou a um filho com prerrogativas essenciais, faz qualquer sentimento de amor por este descendente ser suprimido pelo sentimento aflitivo e penoso de uma vida privada sem prazeres e voltada para a assistência de uma pessoa impedida de gozar destes mesmos prazeres.

Também há doutrinadores que não analisam o aborto eugênico como algo ruim, de acordo com este entendimento os únicos tipos de aborto que não devem ser considerados crimes são os abortos eugênico, espontâneo e terapêutico, pois estes são tipos de aborto que se tornam uma pena a própria mulher e até mesmo a sociedade. Ressalta ainda que o aborto eugênico realizado para interromper a gravidez de um feto defeituoso não deveria ser apenado. (VIANA, 2007, p. 179-181).

Para Capez (2004, p. 126), o aborto eugênico “é aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Não é permitido pela nossa legislação e, por isso, configura crime”.

No Brasil, atualmente o aborto é punível tanto para a gestante que o provoque quanto para o terceiro que o realize, de acordo com o Código Penal Brasileiro de 1940. Vejamos a tipificação do aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Já o aborto provocado por terceiro está tipificado no art. 125:

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

A legislação penal ainda prever a forma qualificada, *in verbis*:

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. (BRASIL, 2010).

Além da previsão legal punitiva, o Código Penal Brasileiro traz casos em que o aborto poderá ser cometido sem a punição devida, são eles:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 2010).

Segundo Verardo (1995, p. 83) esses dois tipos de aborto que atualmente no Brasil são considerados legais, só poderão ser praticado por médicos. Assim, o aborto necessário ou terapêutico que é aquele realizado quando não se há mais nem um meio de salvar a vida da gestante, o outro aborto liberado é o que a gravidez é resultado de um estupro, este é conhecido como aborto por indicação médica ou aborto sentimental. Este crime contra mulher deverá ser comprovado através de exame médico realizado no Instituto Médico Legal para que se comprove a violência sofrida pela mulher.

A divergência de pensamento quanto o aborto eugênico é verificada tanto na doutrina quanto na legislação. No Brasil atualmente existem projetos que autorizam o aborto eugênico e outros que o repudiam.

Tramita no Congresso um anteprojeto, que trata da inclusão de um inciso no artigo 128 do Código Penal que trata das excludentes de ilicitude, não tratando o aborto eugênico como crime, *in verbis*:

Exclusão de Ilícitude

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

III - Há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.

§ 1º. Nos casos dos incis. II e III, e da segunda parte do inc. I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, cônjuge ou de seu companheiro; § 2º. No caso do inc. III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou do companheiro. (ANTEPROJETO, 2010).

Também tramita um Projeto de Lei que visa a inclusão de um parágrafo ao artigo 126 do Código Penal, o qual trata da punição com pena de reclusão para os casos de aborto provocado em razão de anomalia na formação do feto, *in verbis*:

PROJETO DE LEI Nº 1459, DE 2003

Autor: Deputado Severino Cavalcanti

Acrescenta um parágrafo ao artigo 126 do Código Penal.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 126 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 126 (...).

(...)§ 1º. (parágrafo único original).

§ 2º. Aplica-se a pena deste artigo aos casos de aborto provocado em razão de anomalia na formação do feto.” (AC)

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

Nosso sistema jurídico constitucional tutela a vida humana como bem supremo, desde a concepção até o último fio de vida autônoma. Tradicionalmente, a sociedade brasileira não aceita a realização de aborto eugênico, assim entendido como aquele praticado contra feto viável, porém com probabilidade de apresentar anomalias físicas ou mentais. Esse sentimento reflete-se na legislação brasileira que também não autoriza o aborto eugênico.

[...]

Todavia, o que se tem observado é o uso de subterfúgios para autorizá-la prática. Nesse sentido, o presente projeto de lei, ao fixar pena para a prática de aborto eugênico, visa eliminar esse odioso procedimento de “higiene racial” que se contrapõe ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nenhum homem, pode invocar para si o direito de autorizar a morte de crianças, por meio da prática do aborto. A medicina em todo o mundo vem demonstrando estágios tão avançados de desenvolvimento que milhares de crianças, que antes estavam condenadas a uma vida vegetativa, hoje –graças aos avanços da ciência médica – contam com uma vida normal.

Essas crianças estão trazendo a felicidade a muitos lares que souberam respeitar o seu Direito à Vida. Sala das Sessões, em de 2003.

SEVERINO CAVALCANTI

DEPUTADO FEDERAL (PROJETO DE LEI, 2010).

É bastante clara a divergência que há sobre o aborto eugênico na legislação pátria, ou seja, enquanto há um anteprojeto que visa legalizar este tipo de aborto existe um projeto que visa condenar os que o pratica através de pena de reclusão.

Ressalta Pessini e Barchifontaine (2000, p. 243), que:

Vivemos num contexto social marcado pela “cultura da morte”, uma sociedade violenta, em que a desvalorização da vida e o desrespeito à pessoa humana são aberrantes. Caso a criança escape do aborto durante a gravidez, a sociedade se encarregará, ao longo da vida, por outros meios e armas, de matá-la, ou então a colocará à margem da vida. A questão do aborto precisa ser vista dentro desse contexto todo de negação da vida.

Teodoro (2007, p. 87) assevera que:

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 início do século XXI, a sombra da eugenia negativa cai definitivamente sobre o ordenamento jurídico pátrio. Surgem *contra legem*, autorizações judiciais para interrupção de gravidezes cujos quadros revelam gravíssimas anomalias nos fetos. O jurista diz que 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.

Desta forma, fica claro que a legislação pátria não prevê exclusão de ilicitude para os casos de aborto eugênico, mas que atualmente o Judiciário brasileiro vem decidindo casos nesta esfera, como pode ser verificado nos seguintes acórdãos.

Importante destacar que a doutrina classifica o aborto eugênico em duas modalidades. Segundo Pessini e Barchifontaine (2000, p. 234), ele se classifica em espontâneo e provocado. O espontâneo quando acontece por causas naturais e o provocado quando acontece por intervenção do homem. As causas que estão na origem da intervenção são chamadas de indicações. Uma forma de indicação é a eugênica, ou seja, quando o aborto é provocado para livrar-se de um feto com anomalias.

Quando se estuda mais profundamente a eugenia a mesma é dividida em duas situações diferentes, a eugenia positiva e a eugenia negativa.

De acordo com Oliveira (1997, p. 111) a eugenia positiva é aquela que visa a reprodução de humanos cada vez mais vigorosos, aptos e perfeitos e a eugenia negativa tem por objetivo limitar ao máximo, e até extinguir, a reprodução dos seres com defeito de fabricação.

Para Leivas (2000, p. 555) na eugenia positiva não há eliminação de indivíduos, mas sim a realização de procedimentos com o fim de que nasçam somente pessoas isentas de certas características indesejáveis, como, por exemplo, as anomalias genéticas, ou então pessoas com certas habilidades desejáveis.

Leivas (2002, p. 555), relata ainda que a eugenia negativa é “[...] a prática de eliminação de indivíduos que possuem certas características consideradas indesejáveis. Em se adotando esta definição, o aborto de fetos malformados configuraria uma prática eugênica.”

Percebe-se que a eugenia negativa tem por objetivo não só prevenir o nascimento de pessoa com patologia congênita, mas também evitar a transmissão do gene defeituoso, isto é, de moléstias hereditárias através da eliminação dos portadores como no caso do aborto eugênico.

Pois bem, diante das posições doutrinárias, é importante verificarmos as posições do Poder Judiciário a respeito do tema. É possível verificar algumas manifestações dos Tribunais brasileiros favoráveis ao aborto eugênico. O primeiro acórdão concede a gestante o direito de interromper a gestação conforme se verifica na ementa do acórdão:

**PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO
DAGRAVIDEZ. FETO QUE APRESENTA SÍNDROME DE PATAU.
DOCUMENTOS MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. DIFÍCIL
POSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA. NESSE CASO,
OLIGOFRENIA ACENTUADA E FREQUENTES CONVULSÕES.**

EXCLUSÃO DA ILICITUDE. APLICAÇÃO DO ART. 128, I, DO CP, POR ANALOGIA IN BONAM PARTEM.

Considerando-se que, por ocasião da promulgação do vigente Código Penal, em 1940, não existiam os recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outra anomalias fetais, inclusive com a certeza de morte ou de deficiência física ou mental do nascituro, e que, portanto, a lei não poderia incluir o aborto eugênico entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto, impõe-se uma atualização do pensamento em torno da matéria, uma vez que o Direito não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, indiferente aos avanços tecnológicos e à evolução social. Ademais, a jurisprudência atual tem feito uma interpretação extensiva do art. 128, I, daquele diploma, admitindo a exclusão da ilicitude do aborto, não só quando é feito para salvar a vida da gestante, mas quando é necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica. Diante da moléstia apontada no feto, que provavelmente lhe causará a morte e, em caso de sobrevivência, provocará oligofrenia acentuada e frequentes convulsões, e da circunstância de que o casal de requerentes já possui um filho com retardo mental e dificuldade motora, pode-se vislumbrar na continuação da gestação sério risco para a saúde mental da primeira apelante, o que inclui a situação na hipótese de aborto terapêutico previsto naquele dispositivo. **APELO PROVIDO, POR MAIORIA.** (Apelação Crime nº 70006088090, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas, Julgado em: 02/04/2003).

O segundo favorável à interrupção da gestação por unanimidade. Segundo a relatora não se trata a anencefalia de um caso de aborto eugênico, já que a ausência de encéfalo, que é o que ocorre na anencefalia, é incompatível com a vida pós-parto. Eis a ementa do acórdão:

APELAÇÃO – ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRA LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDOTA – ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA. PROVIDO.

O “aborto eugênico” decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade. O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto. Embora não incluída a interrupção da gravidez, neste caso, nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, tem embasamento na causa supralegal autônoma de exclusão da culpabilidade, de inexigibilidade de outra conduta.

Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a “vida” e não a “falsa vida”, legitimada a pretensão da mulher de interromper a gravidez. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno, não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe.

Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade de natureza supralegal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento.

PROVIDO. (Apelação Crime nº 70011400355, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Des.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em: 14/04/2005).

O terceiro acórdão ressalta que o aborto eugênico no entendimento do relator não poderia ser realizado, porém quando a gestação de um feto malformado causa riscos graves à vida da gestante este aborto passa a ser considerado terapêutico e por este motivo o mesmo não deverá ser punido. Eis a ementa do acórdão e algumas considerações do relator:

APELAÇÃO CRIME. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA ABORTO TERAPÊUTICO.

- O Professor **ANTÔNIO JOSÉ EÇA** (Médico Psiquiatra Forense, Mestre em Psicologia Social e Professor de Medicina Legal e Psicopatologia Forense) ensina que existem duas modalidades distintas de **aborto terapêutico** (“- *o aborto chamado necessário, que se pratica para salvar a vida da gestante; - o aborto cujo fim é salvá-la de enfermidade grave.*”). Em relação ao **aborto eugênico**, citando como exemplo o caso de anencefalia, explica: “*Consiste em interromper a gestação quando se suspeite que o futuro ser vai trazer consigo doenças ou anomalias graves, transmitidas por um ou ambos os genitores, ou outra que já se sabe que seriam incompatíveis com a vida extra-uterina, tais como a anencefalia.*”

- No caso em estudo, o relatório médico de fls. **24**, firmado pelos Drs. **J.A.M.**, Professor do Serviço de Ginecologia e Obstetrícia do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (**UFRGS**), e **R.H.J.S.**, Médica Residente do Serviço de Ginecologia e Obstetrícia do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (**UFRGS**), atestaram, em 22 de setembro de 2008, que a paciente : “(...) *grávida de 13 semanas de gestação hoje, procurou nosso Serviço em 18/09/2008 para realização de ultra-sonografia obstétrica. Ecografia Obstétrica demonstrou feto apresentando múltiplas mal formações; defeitos de fechamento do sistema nervoso central: cérebro parcialmente exposto, espinha completamente deformada; fígado, intestino e estômago estão fora do abdômen, ou seja, totalmente herniados; os membros superiores e inferiores são mal formados. Há aumento do líquido amniótico na bolsa das águas, ou seja, há risco potencial e considerável para a saúde materna, inclusive de ruptura uterina com hemorragia interna, o que poderia colocar a paciente em risco de morte.*”

- Constata-se, daí, que além da malformação do feto (**aborto eugênico**), - **que não autorizaria, a nosso meu ver, o acolhimento da pretensão** (há precedentes desta Câmara neste sentido: Apelação Crime Nº 70008550360, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 13/05/2004; e, Apelação Crime Nº 70016886509, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, de minha relatoria, Julgado em 28/09/2006) – no caso *sub judice* é apontada também a existência de “**risco potencial e considerável para a saúde materna**”, ante o verificado “**aumento do líquido amniótico na bolsa das águas**”, envolvendo, então, questão relativa a segunda modalidade de **aborto terapêutico**, ou seja, aquele que objetiva salvar a paciente de enfermidade grave que adviria com a manutenção da gestação.

- A matéria, quanto a esta modalidade de **aborto terapêutico** (a “*conti-nuação da gravidez, embora não ameace a vida da gestante, põe em perigo a sua saúde ou a integridade de suas funções*”), realmente, não é de fácil solução.

- O mestre **HUNGRIA** definia o **aborto profilático** (preventivo) como modalidade de **aborto necessário** (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL, Volume V, Forense, 1981, pág 309/ 310). Mais adiante, especificamente em relação **aborto profilático** (preventivo), deixou assentado: “**Somente em casos graves, como é claro, e sempre que não haja risco de piores conseqüências para a mulher, torna-se aconselhável o aborto terapêutico ou profilático.**” (**grifamos**)

- Assim, mantemos o entendimento externado quando dos julgamentos anteriores, **ressalvando situações que revelam risco de vida materno** (as quais, na realidade, sequer necessitam de autorização judicial, cabendo ao do médico tomar as medidas adequadas a fim de salvar a vida da gestante) ou **que objetivem salvar a paciente de enfermidade grave que adviria com a manutenção da gestação**.

Neste sentido, já tive oportunidade de acompanhar o voto do eminente DESEMBARGADOR **JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ** quando do julgamento da **AP 70 012 224 705**.

Vale lembrar aqui, mais uma vez, passagem das lições da pena brilhante de **NELSON HUNGRIA**: “**A questão do aborto terapêutico foi resolvida pelo nosso legislador penal com critérios de política criminal, e não com princípios da religião católica. Trata-se de um caso especialmente destacado de "estado de necessidade". A riscar-se o art. 128 do Código Penal, ter-se-iam de riscar, também, os arts. 19, n.º I, 20 e 146, § 3.º, I. Ainda que não tivesse sido**

explicitamente declarada a licitude penal do aborto terapêutico, nenhum juiz deixaria de incluí-lo na casuística do *necessitas caret legem*.”

- Desta forma, considerando que o relatório médico atesta o **“aumento do líquido amniótico na bolsa da água”**, com existência de **“risco potencial e considerável para a saúde materna, inclusive de ruptura uterina com hemorragia interna, o que poderia colocar a paciente em risco de morte”**, estamos alcançando provimento ao apelo, pois trata a espécie também de **aborto profilático** (preventivo) ou **terapêutico**.

APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA.

[...]

DES. MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA CANOSA (RELATOR)

Eminentes Colegas. O Professor **ANTÔNIO JOSÉ EÇA** (Médico Psiquiatra Forense, Mestre em Psicologia Social e Professor de Medicina Legal e Psicopatologia Forense, in **ROTEIRO DE MEDINA LEGAL**, Editora Forense, 2003, pág 211), ensina que existem duas modalidades distintas de **aborto terapêutico**. Vejamos:

“(…)

16.10.1.1.1. Aborto terapêutico

Existem duas modalidades distintas de aborto terapêutico:

- o aborto chamado *necessário*, que se pratica para salvar a vida da gestante;
- o aborto cujo fim é salvá-la de enfermidade grave.

Apesar das medidas de contracepção, muitas vezes, aparecem casos que impõem a provocação do aborto, sob pena de morte da mulher: casos graves de vomito incoercíveis, de coréia gravídica, hipertensão arterial, etc.. Configura-se então o *aborto necessário*.

Ocorrem também situações em que o médico verifica que a continuação da gravidez, embora não ameace a vida da gestante, põe em perigo a sua saúde ou a integridade de suas funções: pode, por exemplo, levá-la a um episódio de hipertensão arterial que poderia lhe causar um acidente vascular cerebral de conseqüências imprevisíveis.

O problema abordado é tão sério, que já logrou ingresso em leis penais de vários Estados norte-americanos, bem como nos Códigos Penais argentino e suíço, apenas como exemplo. Entretanto, esta variedade de aborto terapêutico ainda não foi admitida pela legislação brasileira.

(…)”

Em relação ao **aborto eugênico**, citando como exemplo o caso de anencefalia, explica:

16.10.1.1.3. Aborto eugênico

Consiste em interromper a gestação quando se suspeite que o futuro ser vai trazer consigo doenças ou anomalias graves, transmitidas por um ou ambos os genitores, ou outra que já se sabe que seriam incompatíveis com a vida extra-uterina, tais como a anencefalia.

Alguns autores, como Hirsch por exemplo, recomendam nos casos de: esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, epilepsia genuína etc. Outros pensam em deixar a decisão entre os pais e o médico, dependendo da patologia que o feto apresente. Entretanto, impõe-se uma pergunta: o que será considerado como doença grave e suficiente para justificar um aborto? Qual critério se usará para dizer que este ou aquele feto tem uma patologia mais limitante do que outro? Ou será que se vai ficar apenas no gosto e vontade dos pais, que passariam, até com a supervisão médica, a "brincarem de Deus", decidindo quem deve ou não nascer?

Desta maneira, corre-se o risco de se começar a decidir que este ou aquele feto, por exemplo, que vai nascer sem um braço, deve ser abortado, pois "não quero um filho assim"! Mas, se pergunta: quantos indivíduos não há, sem um braço, que tem uma vida muito adequada? Ou ainda o caso do bebê que não vai ter, por exemplo, olhos azuis, não sendo isto o que é esperado pela mãe e portanto se tornando passível de abortamento? Percebe-se desde logo que a subjetividade do diagnóstico de gravidade da doença ou mal que aflija o feto ainda impede a liberação deste tipo de aborto. Por outro lado, há de se considerar que ainda, a genética humana não se acha em condições de poder guiar seguramente o legislador neste sentido, levando a conclusão de que seria portanto prematuro, legalizar já o aborto eugênico.

(**Apelação Crime nº** 70026698019, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, **Relator:** Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em: 16/10/2008).

Diante dos casos apresentados não resta dúvida que a questão do aborto eugênico está presente na atualidade sendo considerado uma prática que seleciona seres humanos valendo-se como uma excludente de ilicitude.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aborto é uma prática que acompanha a humanidade no desenvolver de sua história, e que sua complexidade evolui na proporção em que avança a ciência.

O eugenismo mostra-se como um atraso frente à evolução moral e científica da sociedade atual, pois se busca com ele a eliminação dos seres considerados anormais como uma forma absurda de se discriminar aquilo que é considerado imperfeito, afrontando o direito à vida e à dignidade da pessoa humana garantidos pela Constituição Federal de 1988.

O aborto eugênico surge como uma forma de eliminação de seres indesejados por não serem tidos como perfeitos, mas perfeição para uns pode não ser perfeição para outros, levando-se assim a discriminação para com determinados seres humanos, ou muito mais que isso, levando a raça humana a uma ideologia que já exterminou muitos. O avanço da ciência pede uma atualização da normatização a este respeito, pois se esta não for realizada os conflitos a ela relacionados continuarão existindo, e muitos direitos continuarão a ser desrespeitados, como o direito a vida que é o maior bem do ser humano.

O que deve ser valorizado numa sociedade considerada avançada é sua capacidade de tratar o que é diferente visando o desenvolvimento de estruturas sociais inclusivas respeitando e acolhendo os considerados mais vulneráveis e não sua eliminação.

O avanço da ciência pede uma atualização da normatização a este respeito, pois se esta não for realizada os conflitos a ela relacionados continuarão existindo, e muitos direitos continuarão a ser desrespeitados, como o direito a vida que é o maior bem do ser humano, tutelado em toda sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. **“Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: Dois paradigmas opostos ou complementares na bioética?** Tradução: Fernanda Murano Bonatto. In: MARTINS-

COSTA, Judith; MÜLLER, Letícia Ludwig. . **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ANTEPROJETO. Disponível em: http://www.mpdft.gov.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf. Acesso: 10 junho de 2014.

BRASIL. **Apelação Crime nº 70006088090**. Primeira Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Julgado em: 02 abr. 2003. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em: 19 de julho de 2014.

BRASIL. **Apelação Crime nº 70011400355**. Terceira Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos. Julgado em: 14 abr. 2005. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em: 19 de julho de 2014.

BRASIL. **Apelação Crime nº 70026698019**. Segunda Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Julgado em: 16 out. 2008. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em: 19 de julho de 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Congresso Nacional. Brasília, 1.940.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. *volume 2*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Débora. **Quem Autoriza o Aborto Seletivo no Brasil?** Médicos, promotores e juízes em Cena. In: DINIZ, Débora (Org.). Admirável nova genética: bioética e sociedade. Brasília: Letras Livres: UnB, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. **Limites da ciência e o respeito à dignidade humana**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Biodireito: ciência da vida, ol
s novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**. Curitiba: positivo, 2011.

GARCIA, Kelly Beatrice Bini, **EUGENIA, EUGENISMO E EUGENÉTICA**, 2005,
Disponível em: <http://jus.com.br/forum/2215/eugenia-etica-e-direito/>.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo, RS: UNISINOS,
1999.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **A genética no limiar da eugenia e a construção do conceito de dignidade humana**. In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética: o sétimo dia da criação**. 6. ed. São Paulo: Moderna, 1997.

OLIVEIRA, Simone Born de. **Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana**. 1ª ed. (ano 2002), 5ª tir./ Curitiba, PR: Juruá, 2004.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 5.ed São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2000.

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

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto um direito ou um crime?**. 13 ed. São Paulo: Ed. Moderna, 1995.

VIANA, Jorge Candido S. C. Aborto – **Um ato contra a vida**. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Novos direitos: a essencialidade do conhecimento, da cidadania, da dignidade, da igualdade e da solidariedade como elementos para a construção de um estado democrático

constitucional de direito na contemporaneidade brasileira. Curitiba: Juruá, 2007.

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