

**O ABORTO E A POLÊMICA LEGALIZAÇÃO
NOS CASOS DE ANOMALIAS IRREVERSÍVEIS**
*ABORTION AND POLEMIC LEGALIZATION
IN THE IRREVERSIBLE ANOMALIES CASES*

*Josélia Cieslinski**

Resumo: Trata-se de tema polêmico, que agrega conceitos morais, religiosos e legais, construídos em diferentes momentos históricos e cuja discussão desperta, ainda nos dias de hoje, interesse a juristas e à população em geral. É importante demonstrar que, apesar da importância e da antiguidade do tema, a legislação atual acerca do aborto eugênico permanece estática por diversos anos, de tal forma que, não acompanhou as transformações e evoluções pelas quais a medicina e a sociedade passaram nas últimas décadas. Referidas transformações sociais e até mesmo principiológicas poderiam modificar questões legais, que hoje, estão sem respostas, ou, muitas vezes, acabam sendo decididas somente pelo Poder Judiciário, justamente pela falta de uma legislação completa em relação ao tema aborto. Assim, a problemática tece-se, principalmente, em demonstrar um breve estudo sobre a possibilidade da inclusão do aborto eugênico na legislação penal pátria como mais uma das modalidades de aborto legal.

Palavras-chave: Aborto. Eugenia. Aborto Eugênico. Legalidade.

Abstract: This is a contentious issue, which combines moral, religious and legal concepts, constructed at different historical moments and whose discussion awakes, still today, interest to lawyers and the general population. It is important to demonstrate that, despite the importance and antiquity of the theme, the current laws about eugenics abortion remains static for several years, did not following the medicine and society changes and development in recent decades. These social transformations and even the principles could modify the legal issues that today are unanswered, or, often, are decided only by the Judiciary, because of the lack of legislation on abortion. The problem consists of a brief study on the possible inclusion of eugenic abortion in the criminal law as a form of legal abortion.

Key words: Abortion. Eugenia. Eugenic Abortion. Legality.

* Especialista em Direito Público e em Prática Jurídica pela Universidade Regional de Blumenau em convênio com a Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. Técnica Judiciária da Comarca de Joinville. Email: joselya19@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho aborda-se a possibilidade de descriminalização do aborto em caso de fetos que apresentem anomalias graves, as quais incompatibilizam a vida do feto fora do útero materno. O aborto não é prática atual, mas muito antiga, que causa, entretanto, ainda nos dias atuais, muita polêmica, tendo em vista que, para grande maioria dos estudiosos e até mesmo das pessoas leigas, a vida sempre esteve acima de qualquer outro princípio que com ela viesse a confrontar-se.

Ocorre que, nas últimas décadas, mais precisamente com a evolução da medicina, questiona-se a viabilidade de se prosseguir com uma gestação em que o feto não terá sequer possibilidade de nascer com vida, e, caso nasça com vida, esta não durará mais que algumas horas ou dias.

Além disso, outros princípios como a dignidade da vida, a autonomia e a liberdade da gestante entram em questionamento, a fim de se buscar uma ponderação de interesses entre esses princípios e o bem considerado maior, qual seja, a vida do feto. Mas, levando-se em conta que o feto sequer nascerá com vida seria justo torturar a parturiente por meses, gestando um natimorto em seu ventre?

Apesar de tantos questionamentos, verificar-se-á que o ordenamento jurídico pátrio silencia a respeito do assunto e permanece estático desde 1940, data da promulgação do Decreto que regulamenta o Código Penal brasileiro, doravante também indicado por CP. Mesmo após muitas inovações da medicina e diversas mudanças de pensamento da sociedade acerca do tema, a legislação “lava as mãos”, e, deixa uma possível e importante decisão para o judiciário.

Por razões como as expostas acima e por entender que um tema tão importante e polêmico como o aborto deve ser levado a conhecimento e a questionamento pela sociedade, é que se optou por estudá-lo.

Num primeiro momento, estudar-se-á o aborto e suas considerações históricas, pois, sendo um tema polêmico, o aborto foi tratado de maneira própria em cada período da história. Importa também, um breve estudo acerca das modalidades de aborto tipificadas pelo ordenamento jurídico como crime, bem como as formas não punidas pela legislação pátria. E, por fim, expor pontos importantes sobre o principal tema do estudo: o aborto eugênico.

Com relação à metodologia, caracterizou-se como sendo uma pesquisa bibliográfica, com a utilização do método indutivo.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O ABORTO

Inicialmente, frisa-se que a palavra aborto provém do latim *ab-ortus*, e, conforme o dicionário *Wikipédia* (2010), significa a “privação do nascimento.” Nas palavras de Mirabete (2006, p. 62):

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 de gestação), 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 expulsão. Não deixará de haver, no caso, aborto.

Trata-se de uma prática antiga, sendo que sua aceitação nunca foi pacífica, e, por ser um tema muito polêmico, o aborto foi tratado de maneira própria em cada momento histórico, levando-se em conta as culturas e as crenças existentes em cada um desses momentos.

No século XVIII, verifica-se uma espécie de “cisão” de pensamentos acerca do aborto, influenciada, principalmente, por inúmeras descobertas médicas e científicas ocorridas na época. Pode-se destacar uma análise antes e uma depois do século XVIII. Até meados do século XVIII, o feto era entendido como um apêndice da mãe, ou seja, tão somente parte do corpo materno.

Afirma Galeotti (2007, p. 27) que, “nesta óptica, perder o capital mãe constituía um dano relevante, bem maior do que o causado pela morte do nascituro”.

Assim, nesta primeira fase, o feto era tido como parte do corpo da mulher, e, jamais, como um ser autônomo, até pelo precário conhecimento da fisiologia do corpo feminino. Portanto, a decisão de interromper a gravidez era da gestante e somente a conduta abortiva praticada por um terceiro era considerada crime, todavia, crime contra a mulher e não contra a vida do feto.

A Igreja, por muitos anos, da mesma forma, considerou que o feto somente recebia animação, ou seja, junção do corpo e da alma, após o nascimento, sendo que, antes disso, era somente parte do corpo feminino e, por esse motivo, não seria ilícita a conduta abortiva por parte da parturiente.

Ressalta-se, entretanto, que a partir dos séculos, XI e XII, a influência da Igreja se difundia em toda a Europa Ocidental, contribuindo para consolidar e esclarecer as decisões sobre o aborto, dando início a discussões a respeito do tema, tendo em vista que, para o cristianismo crescente, o bem maior deveria ser a vida do feto, e não a vontade da mãe ou do Estado.

Conforme ensinamentos de Alves (1999, p. 194), somente em 1869, com a Constituição Apostólica de Pio IX, aboliu-se a distinção entre feto animado, ou seja, aquele dotado de alma, e feto inanimado, por sua vez, aquele ainda não dotado de alma, impondo-se, assim, penas iguais a ambos os casos de aborto. Portanto, a influência da Igreja Católica foi fundamental e incontestável quanto à proibição das práticas abortivas e a sua consequente criminalização na atualidade.

Frisa-se que, nos dias de hoje, a Igreja Católica tem firmado posição contrária à adoção legal do aborto, condenando, inclusive, o aborto no caso de estupro e o aborto necessário, quando há perigo de vida à gestante.

No século XX, as legislações sobre aborto sofreram diversas alterações ocasionadas por diversos acontecimentos históricos. Nesse sentido, expõem-se as palavras de Galeotti (2007, p. 71):

As conquistas científicas entre os séculos XVII e XVIII permitiram lançar, sobre novas bases, a reflexão em torno da gravidez e do aborto. Em particular, graças às descobertas no campo da fecundação e do desenvolvimento embrionário, o feto é agora considerado uma entidade autônoma, redefine-se o papel da mulher e da gestante, muda o significado de gravidez, e em certa medida, o do parto: após dezoito séculos é todo o quadro do processo gerativo que é invertido.

Assim, as primeiras descobertas da embriologia contribuem significativamente para derrubar antigas crenças referentes ao aborto e formar uma base importante para a interferência do Estado na questão. Ao contrário do que se pensava, o desenvolvimento embrionário era um processo contínuo em que os movimentos fetais constituíam apenas uma etapa.

Com a evolução da ciência, no último século, e com a necessidade de se elevar o número de nascimentos nos países onde se formou o capitalismo, criam-se, então, as primeiras modificações no Direito Consuetudinário sendo que a França e a Inglaterra, no início do século XIX, após a primeira guerra mundial, incluem a punição para a prática do aborto em suas legislações penais, devido, principalmente, às baixas taxas de natalidade.

No Brasil, em 1830, com o Código Criminal do Império, surge, pela primeira vez, a figura isolada do aborto, no Capítulo referente aos Crimes Contra a Segurança e a Vida das Pessoas. Referido Código não criminalizava, entretanto, o aborto praticado pela própria gestante, punia somente o aborto praticado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante.

O Código Criminal da República, de 1890, por sua vez, passou a criminalizar o aborto praticado pela própria gestante, e caso fosse cometido pela gestante com a finalidade de ocultar desonra própria, teria sua pena atenuada consideravelmente. Permitia-se, tão somente, o aborto necessário, ou seja, aquele praticado para salvar a vida da gestante.

O Código Penal de 1940, ainda em vigor, prevê, em sua Parte Especial, o crime de aborto entre os Crimes Contra a Pessoa, no Capítulo Dos Crimes Contra a Vida, e, estabelece também, duas formas de aborto legal, quais sejam, o aborto necessário, em caso de perigo de vida da parturiente e o aborto sentimental, quando decorrente de estupro.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 preceitua em seu artigo 5º, Caput, a “inviolabilidade do direito à vida”. Entretanto, não assegura expressamente o direito à vida desde a concepção, o que significaria a proibição do aborto. Em outras palavras, a Constituição “lavou as mãos”, incumbindo tamanha tarefa à legislação ordinária.

Frisa-se que, em relação à prática abortiva, o direito brasileiro se inclui na categoria restritiva. A legislação sobre aborto é um reflexo das estruturas socioeconômicas e ideológicas de cada época e de cada país, e deve, portanto, acompanhar as evoluções e transformações pelas quais a sociedade passa com o decorrer dos tempos.

Infelizmente, passados mais de setenta anos desde a entrada em vigor do Código Penal de 1940, percebe-se que a legislação brasileira, no tocante ao crime de aborto, não evoluiu. Isso se torna um prejuízo muito grande para a sociedade, tendo em vista que, leis como as que regulam questões tão importantes e polêmicas como é o caso do aborto, devem acompanhar o dinamismo, a cultura e a evolução da sociedade e da tecnologia.

Importante expor ainda que, há anos, estudiosos esperam a ampliação dos casos de aborto legal, principalmente no que tange ao aborto eugênico, tema principal do presente estudo, a ser analisado mais profundamente no item 3, e que se refere aos casos em que o feto, por séria e irreversível anomalia, não possui chances de sobrevivência pós parto.

3 CLASSIFICAÇÃO DO ABORTO NO ÂMBITO JURÍDICO

Para uma melhor compreensão, dividiu-se o aborto em: **aborto criminoso**, ou seja, aquele punido pelo ordenamento jurídico; **aborto não punível** pelo ordenamento; e, por último, as **formas de aborto não tipificadas** pelo sistema jurídico brasileiro.

O aborto criminoso causa interrupção dolosa da gravidez, com a conseqüente morte do produto da concepção. Nos termos do Código Penal (CP), possui várias modalidades: o auto-aborto (artigo 124, 1ª parte), o aborto consentido pela gestante (artigo 124, 2ª parte), o aborto efetuado por um terceiro sem o consentimento da gestante (artigo 125) ou, com o consentimento da gestante (artigo 126).

Hungria (1981, p. 289) expõe as condições jurídicas para a configuração do crime de aborto. Primeiramente o dolo, vontade livre e consciente de interromper a gravidez e causar a

morte do feto; segundo, o estado fisiológico da gravidez, que deve estar devidamente comprovada; terceiro, o emprego de meios dirigidos à provocação do aborto; e, por último, a morte do feto.

A modalidade de crime tipificado como auto-aborto consiste em praticar aborto em si mesma, caso um terceiro venha a participar do fato, instigando, auxiliando ou de qualquer modo contribuindo para o delito, incide nas mesmas penas do crime de auto-aborto (art. 124 do CP), entretanto, atuando como partícipe. Lembra-se que, neste caso, é a própria gestante quem pratica os atos de execução, sendo ela o sujeito ativo do tipo penal.

Na segunda parte do artigo 124 do CP, preceitua-se que, comete o delito de aborto consentido, a gestante que consente que outro lhe provoque o aborto. Trata-se de crime especial, uma vez que o consentimento só pode ser dado pela gestante, assim, somente ela pode ser autora de tal delito.

As penas previstas no artigo 124 do CP podem variar de um a três anos de detenção.

O consentimento tem que ser válido, nesse sentido, transcreve-se as palavras de Fragoso (1988, p. 142):

É necessário que o consentimento tenha sido livremente obtido e que a mulher tenha capacidade de compreensão e maturidade para validamente consentir [...]. O consentimento pode ser expresso ou tácito, mas deve permanecer até a consumação do delito. Sua renovação oportuna retirar-lhe-á toda a eficácia. A passividade e a tolerância da mulher equivalem ao consentimento tácito.

Lembra-se que deixa de ser válido o consentimento da gestante quando ela é menor de 14 anos, alienada ou débil mental.

Sobre o assunto auto-aborto e do aborto consentido, Mirabete (2001, p. 96) resume que:

O artigo 124, em sua primeira parte, descreve o chamado auto-aborto: “provocar aborto em si mesma”. Trata-se de crime especial, só podendo ser praticado pela mulher gestante. Na segunda parte do artigo, e disciplinado o aborto consentido, em que a gestante é incriminada por “consentir que outro lho provoque” (o aborto). No caso, a gestante não pratica o aborto em si mesma, mas consente que o agente o realize. Este, que provoca o aborto, responde pelo crime previsto no artigo 126, em que se comina pena mais severa.

Cabe expor que há forte posição no sentido de legalização da prática do auto-aborto e do aborto consentido. Todavia, esta não é a posição presente no Anteprojeto do Código Penal, que apenas abranda a pena cominada à gestante em ambos os casos.

No caso de aborto praticado um por terceiro, onde é este quem pratica os atos de execução do delito, pode haver o consentimento da gestante para a prática abortiva, e, não haver tal consentimento, resultando em tipificações diferentes para cada caso.

A falta de consentimento da parturiente torna o crime mais grave, e, por conseqüência, sua punição é mais severa, nos termos do artigo 125 do CP, com pena de reclusão que pode variar de três a dez anos. A parturiente, juntamente com o feto, é tão somente sujeito passivo do delito.

Jesus (1998, p. 122) expõe que, quando ocorre violência ou grave ameaça como meios de provocação do aborto, existem dois crimes em concurso formal, quais sejam, o aborto sem o consentimento da gestante e o crime de constrangimento ilegal.

Se o terceiro realiza manobras abortivas com o consentimento da gestante, responderá pelo delito descrito no art. 126 do CP, cuja pena pode variar de um a quatro anos de reclusão, enquanto que a gestante se enquadrará nas penas do art. 124, segunda parte, do CP, o qual se refere ao aborto consentido, conforme já estudado no presente trabalho.

Sobre o consentimento da gestante, expõem-se as palavras de Jesus (1998, p. 121-122):

Embora o consenso constitua elemento subjetivo do tipo, a conduta da gestante não é meramente subjetiva. Seu comportamento não é simples omissão ou conivência. Ele coopera com o terceiro nas manobras abortivas [...] É necessário, porém, que sua conduta não se insira no processo causal da provocação.

Após tratar as formas de aborto criminoso, ou seja, aquelas punidas pelo ordenamento jurídico analisam-se as formas de aborto que não são tipificadas como crime pelo CP, trata-se do aborto necessário, ou terapêutico, e do aborto sentimental ou humanitário.

O aborto necessário encontra-se previsto no artigo 128, inciso I, do CP, sendo a primeira hipótese de aborto legalmente permitido pelo ordenamento jurídico, nesses termos, admite-se o aborto: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante.”

Subsiste o delito se praticado com o fim de preservar a saúde da gestante, assim, o aborto necessário exige perigo **à vida** da gestante, não bastando o perigo à saúde. (grifo da autora)

Nesse sentido, França (2001, p. 246) expõe alguns requisitos indispensáveis para que seja possível a realização do aborto necessário:

O estado de necessidade de terceiro que outorga ao médico o direito de praticar o aborto terapêutico deve ser aludido quando: 1- a mãe apresenta perigo vital; 2- este perigo esteja sob a dependência direta da gravidez; 3- a interrupção da gravidez faça cessar esse perigo para a vida da mãe; 4- esse procedimento seja o único meio capaz de salvar a vida da gestante; 5- sempre que possível, com a confirmação ou concordância de outros dois colegas.

Cabe salientar que a Igreja Católica é contra a admissibilidade do aborto necessário, apesar de existir, atualmente, uma forte tendência liberatória da prática abortiva no meio social e jurídico. O Anteprojeto do CP, numa linha liberal, pretende alargar a hipótese do artigo 128, inciso I, do CP, para autorizar a realização do aborto necessário também para preservar a **saúde** da gestante, e não somente em caso de risco a sua vida. (grifo da autora)

O aborto sentimental ou humanitário está previsto no artigo 128, inciso II, do CP, sendo a segunda hipótese permissiva de aborto previsto no ordenamento jurídico pátrio. Referido artigo, expõe que não será punível a prática abortiva “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

Ressalta-se que, se a gravidez resultar de atentado violento ao pudor e não de estupro, aplica-se, da mesma forma, a excludente prevista no art. 128, inciso II do CP.

Vale frisar que, de acordo com a doutrina majoritária, não é necessária autorização judicial e nem sentença condenatória do delito de estupro para a prática do aborto sentimental. Na realidade, não é preciso nem mesmo um processo crime contra o autor do estupro, podendo-se comprovar o estupro por qualquer meio probatório legalmente admitido.

A prova da ocorrência do estupro não é fácil, e para poder realizar o aborto sentimental, o médico, sendo que somente a ele é permitido a prática dessa modalidade de aborto legal, deve certificar-se impreterivelmente sobre a hipótese de estupro ou de atentado violento ao pudor.

Por fim, expõem-se as formas de aborto não tipificadas nem previstas no ordenamento jurídico. Surgem aqui, outras duas modalidades de aborto, as quais geram polêmica, pois, apesar de não serem permitidas pela legislação vigente, são defendidas por diversos doutrinadores ou pelo menos praticadas pela sociedade, fazendo parte de uma realidade paralela à lei, trata-se do aborto social ou econômico, e do aborto eugênico.

Também conhecido como aborto econômico, o aborto social tem por escopo a impossibilidade da gestante de manter o seu filho ao nascer, sendo uma realidade presente no meio da sociedade atual, apesar de muitas vezes ser negligenciado pelas autoridades e pelas próprias pessoas que convivem com tal situação.

A solução para a questão da prática abortiva, nas situações descritas acima, deve ser muito bem estudada pelo Estado, que deve incentivar a educação, a geração de empregos, a melhoria da saúde pública. E, como não deixa de ser uma questão social, a sociedade como um todo precisa ser solidária, e fazer a sua parte para a diminuição da prática do aborto social.

O aborto eugênico, também chamado de aborto eugenésico, profilático ou preventivo, é aquele que se destina a evitar o nascimento de crianças com grandes deformações, que tornariam impossível a sua vida após o nascimento. Todavia, esta modalidade de aborto não é atualmente permitida no ordenamento jurídico.

Entretanto, é realidade que há uma forte tendência à descriminalização do aborto eugênico em hipóteses específicas de anomalias que impedem que o feto tenha qualquer chance de sobreviver fora do útero materno. Ressalte-se que, a problemática da legalidade do aborto eugênico é assunto estudado no próximo item do presente trabalho.

4 ABORTO EUGÊNICO: QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE SUA LEGALIZAÇÃO

A eugenia se desenvolveu em uma época em que a ciência passava a revolucionar o mundo da técnica. A teoria eugenista foi primeiramente estudada por Francis Galton, com a publicação, em 1869, de sua obra *Hereditary Genius*. Ele afirmava que, devido à proteção dada pelo Estado aos fracos, doentes e incapazes, a raça humana entrou em decadência, ocasionando diversas doenças no meio social.

Conforme Andrade Coelho (2009), “Galton defendia o impedimento da proliferação dos débeis mentais, dos alcoólatras, dos criminosos, enfim, ele propunha a eliminação de todos os seres ‘indesejáveis’ como solução a esse mal que atacava toda a sociedade.”

Assim, o aborto eugênico, ou ainda, seletivo, profilático, eugenético, seria executado ante a suspeita de que o filho viria ao mundo com anomalias.

Atualmente, Nucci (2005, p. 573) define aborto eugênico como: “a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos.”

Ressalta-se que, o termo eugenia surgiu primeiramente em um momento em que se pensava tão somente em aperfeiçoar a raça humana, com vistas a impedir que pessoas indesejáveis, doentes e fracos vingassem no meio social.

Atualmente, a eugenia vem sendo usada para diagnosticar anomalias sérias em fetos e embriões, com a finalidade de evitar que uma gestação inviável seja levada até o seu fim, tendo em vista, a impossibilidade de sobrevivência do recém nascido.

Entretanto, torna-se imprescindível o conhecimento do que realmente pode levar à completa inviabilidade da vida extra-uterina, e o que configuraria tão somente uma má-formação ou simples deficiência do feto.

Conforme explicação de Sá (1999, p. 180), “as malformações fetais são aquelas que, dependendo da gravidade, não provocam a morte do feto ao nascer. É claro que esse feto vai sobreviver com algum tipo de limitação, prejudicando assim sua qualidade de vida.”

A autora afirma (1999, p. 180), por outro lado, que “o feto inviável é aquele que possui uma malformação de uma natureza tão grave, que a morte é um evento certo e irreversível.” Seriam exemplos: ausência de órgãos vitais, tais como rins, cérebro ou bexiga.

Assim, a eugenia, atualmente, vem para ajudar a diagnosticar anomalias sem qualquer possibilidade de reversão em seu quadro clínico. Esse entendimento torna-se importante para que não se confunda com a teoria eugênica utilizada há séculos atrás, onde, o que se buscava era tão somente “limpar” a raça humana.

Interromper uma gravidez inviável, como regra, não é permitido pelo ordenamento pátrio, todavia, através de alvarás concedidos pelo Judiciário, tem-se autorizado tal ato, desde que seja demonstrada prova incontroversa, concedida através de laudos médicos, de que o feto não possui nenhuma possibilidade de sobrevivência pós-parto. Assim cabe às varas de Tribunal do Júri a apreciação do pedido, ou, caso não existam varas desse tipo, a competência vai ser do Juízo Criminal, isso porque, esta modalidade de aborto não possui permissão legal para ser praticada.

Cabe lembrar, entretanto, que há posições diversas entre magistrados, de modo que, apesar de grande parte dos juízes entenderem a dificuldade de uma gestante gerar um feto por nove meses em seu ventre, com laudo médico que comprove a total impossibilidade de vida extra-uterina do feto, causada por anomalia grave, há magistrados, inclusive com decisões recentes, que entendem que a parturiente não tem o direito de interromper tal gestação, tendo em vista a proteção da vida do feto. Mas aí surge a questão, e a dignidade da vida da mãe?

Na grande maioria das vezes, os alvarás de autorização de interrupção de gravidez inviável são concedidos para abortos em casos de anencefalia (ausência de cérebro), síndrome de Patau, agenesia renal (ausência de rins), cardiopatia grave, acrania, entre outras graves anomalias fetais, muito bem estudadas pela medicina que, atualmente, passa por uma evolução quase que inquestionável.

Com esta evolução da medicina e com o desenvolvimento de tecnologias que auxiliam a área médica, torna-se possível o diagnóstico mais confiável de algumas anomalias que o feto possui e possa vir a desenvolver futuramente.

O diagnóstico pré-natal deve ser mais uma arma a ser utilizada para corrigir problemas genéticos e dar uma melhor qualidade de vida ao ser humano. No caso de quem defende o aborto eugênico, torna-se imprescindível a certeza absoluta de que o feto não terá sobrevida após o parto, e caso a tenha, esta será de apenas algumas horas ou dias.

Importante frisar que, as autorizações de aborto eugênico levam em conta também, na maioria das vezes, os danos psicológicos que uma gestação desse tipo pode causar à gestante.

Assim, torna-se imprescindível uma legislação que possa dar respaldo às decisões permissivas de aborto eugênico, tendo em vista a seriedade de deixar apenas em mãos de juristas decisões como a de se é ou não possível à gestante interromper sua gestação em casos de anomalias graves e irreversíveis.

No Anteprojeto do CP, elaborado pela Comissão que estuda reformas na Parte Especial do CP, mantêm-se as figuras típicas que já estão no atual Código, todavia com alterações consideráveis no que tange às penas, reduzindo-se as mesmas, no caso de aborto praticado pela gestante ou com seu consentimento, os quais passam a ser considerados apenas uma infração de pequeno potencial ofensivo, nos termos da Lei 9.099/95.

Além do acima exposto, verificam-se sérias alterações também no que tange às excludentes de ilicitude, contidas no art. 128 do atual CP.

Assim, com o Anteprojeto, no inciso I do referido artigo, constata-se, além da possibilidade do aborto quando houver perigo de vida à gestante, a possibilidade de aborto para preservar a saúde da gestante. Trata-se de uma possibilidade muito extensa, vaga, tendo em vista que deixa ao arbítrio de médicos e juristas decidir quais casos se adequariam em tal hipótese.

Já no inciso II, do artigo 128 do Anteprojeto, além da hipótese de aborto em caso de estupro, tem-se o aborto em caso de violação da liberdade sexual ou ainda, do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida.

Por fim, o inciso III, do mesmo artigo, autoriza o aborto quando há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. Veja a transcrição de referido anteprojeto:

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.(grifo da autora)

Ocorre que, para àqueles que são contrários à legalização da prática abortiva, tal possibilidade de aborto transforma-se em nítido interesse de permissão para hipóteses arbitrárias de aborto, além do que, reascende a polêmica de séculos passados, quando se usava a eugenia com a finalidade de proceder-se a uma seleção de raças, cuja finalidade era uma verdadeira “higiene racial”.

Buscando afastar essa visão racista da nova modalidade de aborto, os juristas preferiram adotar, ao elaborar o Anteprojeto, o termo **aborto piedoso**, ao invés de chamá-lo de aborto eugênico, levando em consideração o sofrimento da gestante em tais casos. É necessário sopesar os princípios e direitos que possui a gestante, tais como a dignidade, a saúde física, mental e a liberdade de escolha, com os direitos do nascituro, qual seja, o direito à vida. Sobre o assunto, explica Sarmento (2007, p. 6):

Sem embargo, é certo que, do outro lado da balança, existe uma justa e legítima preocupação com a vida do nascituro. Embora haja discordância sobre como qualificar a situação jurídica e moral do nascituro, é indiscutível que não se deve desconsiderar este importantíssimo elemento no equacionamento do tratamento legal a ser dado para o caso [...] o entendimento que vem prevalecendo nos Tribunais Constitucionais de todo o mundo é o de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, embora não com a mesma intensidade com que se tutela o direito à vida das pessoas humanas que já nascidas.

Portanto, ao menos do ponto de vista jurídico, deve haver uma ponderação ou harmonização dos valores e princípios constitucionais garantidos à gestante e ao feto, a fim de se atingir um equilíbrio, com o mínimo de sacrifício possível dos bens jurídicos tutelados.

Logicamente, nos dias atuais, tendo as Constituições da grande maioria dos países, dentre eles a do Brasil, ressaltado princípios fundamentais como a vida e a dignidade da pessoa humana, não há mais como aceitar a eugenia como uma forma de fazer uma verdadeira “higiene pessoal”, ou melhor, uma seleção da raça humana. Entretanto, não se pode dizer que o aborto eugênico não é mais questão a ser discutida, pelo contrário, ainda é tema que gera muita polêmica.

É passível de discussão, e até mesmo inaceitável, a forma como o legislador legalizou o aborto sentimental, constante no artigo 128, inciso II, do CP, em casos de estupro, sendo que o feto nessa situação encontra-se plenamente perfeito, vindo a deixar uma lacuna em relação à hipótese de malformação irreversível, cujo feto não terá expectativa alguma de vida pós-parto. Lembra-se que o argumento para a não legalização ou não aceitação, pelos Tribunais, do aborto eugênico nessas hipóteses de feto inviável, é o respeito à vida do feto. Assim, como pode o legislador ter legalizado o aborto sentimental (em caso de estupro), se o bem da vida é violentamente destruído? Percebe-se como o legislador é contraditório em seus argumentos.

Caso seja legalizado o aborto eugênico, é importante que ele se restrinja somente aos casos em que há má-formação irreversível, e, que cause, por esse motivo, a inviabilidade de vida extra-útero. Entretanto, torna-se imprescindível também, que as mulheres que desejam pôr termo à gravidez passem a ter acesso a um aconselhamento prévio, devendo ser prestadas as devidas informações a respeito das condições de vida do feto que carrega consigo, para que, de acordo com suas convicções morais, religiosas e éticas, ela possa decidir por si só se quer persistir com a gestação ou não.

Ainda, o legislador deverá assumir seriamente o compromisso de regulamentar e fiscalizar com imenso rigor sua liberalidade, a fim de se evitar o uso indiscriminado de tal prática, para que não sejam tiradas vidas de deficientes que possuem total direito de viver, apesar de possível má qualidade de vida que possam vir a ter; deverá ainda, regulamentar, impreterivelmente, a possibilidade de uma doença que hoje é irreversível, mas que com o avanço rápido da ciência, amanhã poderá ser passível de cura.

Portanto, a discussão acerca da possibilidade de legalização do aborto eugênico passa por inúmeras questões, às quais deve ser dada uma atenção especial para que o legislador não venha a permitir o aborto eugênico de acordo com a doutrina clássica, indo totalmente de encontro ao direito à vida do feto, consagrado constitucionalmente; tampouco deixe de legislar, e nesse caso, é a gestante quem ficaria ao arbítrio do judiciário, sendo que seu direito a liberdade, a dignidade, a autonomia e até mesmo sua saúde estarão à mercê de abusos e possíveis arbitrariedades dos magistrados.

Ora, torna-se extremamente delicada a situação do ordenamento jurídico brasileiro se o Poder Legislativo continuar negligenciando normas imprescindíveis e urgentes acerca do aborto, mas precisamente, nos casos em que a vida do feto está comprovadamente fadada a durar tão somente por minutos após o parto. A dignidade da gestante, nesses casos, cai por terra, pois, manter uma gestação durante meses em tais condições é mais que desumano, é inconstitucional, sendo difícil falar até mesmo em ponderação de princípios, como o direito à vida do feto natimorto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática abortiva data de épocas muito remotas, é importante esclarecer que o aborto sempre foi tratado de maneira própria em cada momento da história da humanidade, e, até mesmo, de maneira diferente pelas diversas culturas e crenças existentes em cada um desses momentos.

No Brasil, da mesma forma, o tema sempre causou polêmica, e, ainda nos dias de hoje, é extremamente difícil qualquer avanço a respeito do assunto, tendo em vista, as diferentes formas de pensar acerca do assunto e até mesmo de aceitar a ponderação de princípios que envolvem o tema.

Com o Código Criminal do Império, o auto-aborto não era punido. Já com Código Criminal da República, o auto-aborto passa a ser severamente punido, reduzindo-se a pena quando o aborto era praticado por motivo de desonra, e passando a legalizar o aborto necessário.

Já com o Código Penal de 1940, ainda em vigência, pune-se o auto-aborto e o aborto consentido; da mesma forma, é punido o aborto praticado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante. Ressalta-se, todavia, que há apenas duas formas permissivas de aborto no ordenamento jurídico, trata-se do aborto necessário e do aborto sentimental.

Ressalta-se que o aborto eugênico não está previsto no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, o Anteprojeto do Código Penal, que tramita no legislativo, por sua vez, prevê uma possibilidade de legalização dessa prática abortiva. O aborto eugênico consiste na interrupção da gravidez quando o feto, comprovadamente, apresentar anomalias graves e incompatíveis com a vida extra-uterina.

Não obstante a falta de respaldo legal, a prática do aborto eugênico tem sido autorizada através de pedidos feitos pelos pais em Juízo. Comprova-se, através de laudos médicos, a inviabilidade de sobrevivência do feto fora do útero materno devido a anomalias irreversíveis para a medicina, e então, o magistrado decide se autoriza ou não a prática do aborto.

Ora, há décadas que a lei penal está defasada em relação aos acontecimentos sociais. Enquanto abortos acontecem, até mesmo na clandestinidade, alguns juízes já se antecipam ao processo de reformulação do Código Penal e autorizam abortos em casos específicos de anomalias fetais graves e incuráveis. Ocorre que, alguns magistrados não entendem cabível autorizar o aborto nesses casos, e então, surge um sério problema, pois, decisões sérias como as que envolvem o aborto eugênico são deixadas nas mãos de magistrados.

Portanto, destaca-se a imperiosa necessidade de modificação da legislação em relação ao aborto, precipuamente ao aborto eugênico, isso porque, é extremamente perigoso e subjetivo deixar a decisão sobre a prática do aborto eugênico nas mãos de magistrados, tendo em vista, possíveis arbitrariedades que possam ser cometidas diante da decisão de interrupção da gravidez nesses casos.

Mais de setenta anos se passaram após a entrada em vigor do Código Penal brasileiro, a medicina, atualmente, é capaz de diagnosticar, com total segurança, se o feto é portador de uma anomalia, dando ciência inclusive se esta anomalia é incompatível com a vida extra-uterina.

Trata-se de uma discussão tão importante que deve ir além de ditames morais ou religiosos. Fala-se da dignidade de uma gestante que, tem plena consciência de que seu filho não sobreviverá e, mesmo assim, deve levar a gestação até o seu fim. Não se está, de forma alguma, menosprezando o direito do feto à vida, busca-se sim, uma ponderação de princípios e de direitos.

Por fim, importa esclarecer que não restam dúvidas da urgência de adequar a lei à realidade social. A mudança da legislação pátria para a inclusão do aborto eugênico como mais uma das formas permissivas de aborto legal é possível e necessária, todavia cabe ao legislador esta importante tarefa.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Augusta T. de. SCHOR, Néia. O aborto: um resgate histórico e outros dados. FSP USP. Disponível em: <<http://www.fsp.usp.br/SCHOR.HTM>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*. Belém: Unama, 1999.

ANDRADE, Ricardo Luís Sant' Anna de. Aborto e direito à vida. Disponível em: <http://www.pgj.ce.gov.br/artigos/artigo_22.htm> Acesso em: 15 ago. 2010.

ANGHER, Anne Joyce. *Mini vade mecum* de direito. São Paulo: Rideel, 2008.

COELHO, Andre Oliveira de Andrade. Natureza jurídica do aborto eugênico. Portal Jurídico Investidura. ago. 2009. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/35-direitopenal/4266-natureza-juridica-do-aborto-eugenico.html>. Acesso em: 15 ago. 2010.

COSTA, Ive Seidel de Souza. A legalidade do aborto eugênico em casos de anencefalia. Panóptica, jun. 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org/maio_junto2007/N.8_007_Costa.p.169-189.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1.

GALEOTTI, Giulia. *História do aborto*. Lisboa: Coimbra, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 1.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

MENDONÇA, Hugo José Lucena de. É admissível o aborto eugênico? *Busca Legis*, nov. 2001. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/13011/12575>>. Acesso em: 3 set. 2010.

MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos. *Jus Navigandi*, jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5622>> Acesso em: 15 ago. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SÁ, Elida. *Biodireito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.