

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ABORTO EUGÊNICO

ANA PAULA ARMELIN

Presidente Prudente - SP

2003

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ABORTO EUGÊNICO

ANA PAULA ARMELIN

Monografia apresentada como requisito parcial da
Conclusão do Curso de Direito para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do
Professor Dr. Mário Coimbra.

Presidente Prudente - SP

2003

ABORTO EUGÊNICO

Trabalho de conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Dr. Mário Coimbra

(Orientador)

Dra. Jaqueline Kuramoto

(Examinadora)

Dra. Letícia Yoshio

(Examinadora)

Presidente Prudente, 24 de novembro de 2003.

“A simulação e a dissimulação: o Príncipe é conhecedor das circunstâncias, é colaborador avisado da Providência, mas é também o que engana a sorte, grande amator da astúcia e grande adorador da força. A grandeza: o Príncipe está acima do comum. O que autoriza a escapar à moral é o fato de estar colocado acima da mediocridade ambiente. Situa-se para além do bem e do mal. Cupidez, capacidade, fraude, dolo, roubo, libertinagem, deboche, velhacaria, perfídia, traição, que importam, visto que tudo isto não deve ser julgado segundo a bitola comum que rege a vida privada, mas segundo o ideal de um Estado que se tem de constituir e de manter. Desde que o Príncipe alcance o resultado desejado, todos os meios são considerados honestos.”

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Luiz e Rose, que sempre me ensinaram a enfrentar os obstáculos da vida, com amor e carinho.

À minha irmã, Ana Carolina, pelo apoio incontestável, que sem o incentivo não conseguiria concluir este curso.

Ao meu namorado, Renato, pelo suporte e incentivo nos momentos de dificuldade.

Ao Professor Dr. Mário Coimbra, que muito me auxiliou neste trabalho, sempre compreendendo minhas dificuldades.

As minhas examinadoras, que tão prontamente se dispuseram a avaliar este estudo.

DEDICATÓRIA *IN MEMORIAN*

Prof Chammé,

Acima de tudo, na vida, temos necessidade de alguém que nos obrigue a realizar aquilo de que somos capazes. É este o papel da amizade. Obrigada pelo apoio.

RESUMO

O objeto da presente monografia, é analisar a viabilidade do aborto eugênico, dentro os já permitidos na legislação vigente, onde a lei brasileira permite apenas duas hipóteses de licitude: gravidez que coloca em risco a vida da gestante e gravidez resultante de estupro.

Dentre as alterações pretendidas pelo projeto de reforma do Código Penal, está à espera de aprovação, como excludente de ilicitude, a proposta de que a gestante possa interromper a gravidez, uma vez comprovada que a criança não teria possibilidade de sobrevivência.

A grande maioria das doutrinas, acolhe uma descriminalização parcial, no sentido de tornar legal o aborto apenas quando realizado sob específicas e determinadas situações.

Segundo estimativas extra- oficiais existe hoje no Brasil cerca de 400 alvarás judiciais autorizando a interrupção da gravidez em casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida extra – uterina.

A idéia central, portanto, consistiu na inclusão do aborto eugênico como mais uma cause de exclusão de ilicitude dentre aquelas já elencadas no artigo 128 do Código Penal Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto eugênico – alteração do Código Penal – Direito Penal

ABSTRACT

The objective of this monograph is to analyze the viability of the eugenic abortion to be included among the ones already allowed by the effective legislation, when Brazilian laws only allow abortion in two situations: when pregnancy causes risk to the woman's life, and when the woman is a victim of rape.

Among the intended changes of the Preliminary sketch of the Brazilian Penal Code Reformation, is waiting for approval, as an unlawful exclusion, the proposal that the pregnant woman may interrupt the pregnancy once it was proved that the child wouldn't have conditions to survive.

The great majority of the doctrine, receives a partial decriminalization, in the direction to become legal the abort when only carried through under specific and determined situations.

According to extra – official estimates, at the moment in Brazil there are about 400 judicial court orders allowing the interruption of the pregnancy in cases of fetal anomalies that incapable extra – uterus life.

Therefore, the main idea in this inclusion of the Eugenic Abortion as another cause of exclusion of the illegality beside those already stated in the article 128 of the Penal Code.

KEYWORDS: eugenic abort –reform of the Penal Code – Penal Code

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A – Parecer do CREMESP 01.....	77
ANEXO B – Parecer do CREMESP 02.....	80
ANEXO C – Processo: Petição Inicial/Alvará/Sentença.....	88

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
-------------------------	----

PRIMEIRA PARTE

1. Aborto	12
1.1 Histórico	12
1.2 Aspecto Religioso	14
1.3 Conceito	16
1.4 Espécies de aborto	18
1.5 Conceito médico de aborto	21
1.6 Espécies de aborto sob aspecto médico.....	22

SEGUNDA PARTE

2. Aborto em face ao Código Penal	29
2.1 Auto aborto – art. 124, primeira parte	31
2.2 Aborto provocado por terceiro – com o consentimento da gestante - Art. 124 segunda parte e art. 126.....	33
2.3 Aborto provocado por terceiro - sem o consentimento da gestante - art. 125 .	34
2.4 Aborto Qualificado – art. 127	35
2.5 Aborto necessário – art. 128, I.....	36
2.6 Aborto de gravidez resultante de estupro - art. 128 II.....	37

TERCEIRA PARTE

3. Embriogênese.....	40
3.1 Aborto eugênico.....	40
3.2 Conceito.....	41
3.3 Aspecto Religioso	43
3.4 Malformações Congênitas Humanas	44
• etiologia e patologia	44
• mutações genéticas	45
• aberrações cromossômicas numéricas	45
• aberrações da estrutura cromossômica	46
• causas das aberrações cromossômicas	47
• principais aberrações cromossômicas	47
3.5 Defeitos de fechamento do tubo neural. Anencefalia	48
• lesões da medula espinhal.....	48
3.6 Defeitos de fechamento da parede abdominal. Gastrosquise – onfalocele	50
3.7 Diagnóstico Pré- natal dos defeitos congênitos	51

QUARTA PARTE

4. Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal- aborto	54
4.1 Doutrina	56
4.2 Autorização judicial para prática de aborto eugênico (Alvarás)	58
4.3 Jurisprudência	68

CONCLUSÃO	71
------------------------	-----------

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	73
---------------------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

A pesquisa abordou em seu primeiro capítulo a formação histórica do aborto, sua evolução e as mudanças a ele incorporada no decorrer do tempo, ainda adentrou no aspecto religioso percorrendo o entendimento de vários dogmas religiosos e como cada um encara o aborto, definiu o conceito da palavra aborto e suas espécies incluindo-se ainda o conceito do mesmo sob o enfoque médico.

Na segunda parte, classificou o aborto em face ao Código Penal as hipóteses consideradas puníveis e as excludentes de ilicitude.

Na terceira parte adentrou-se na área médica percorrendo todo o caminho desde a embriogênese, o conceito de eugenia, aborto eugênico, o aspecto religioso do aborto eugenésico até os casos de malformações congênitas, de anencefalia, gastrosquise, entre outras concluindo-se pelo exame do diagnóstico pré – natal dos defeitos congênitos.

Na quarta e última parte, foi abordado sobre a reforma da parte especial do Código Penal incluindo-se para tanto doutrinas, jurisprudências e alvarás sobre o assunto.

O objetivo geral da pesquisa foi estudar e analisar o aborto eugenésico, sua conceituação, história e do quando o mesmo se faz necessário, ou seja, que deve a gestante ter a opção de realizar a interrupção da gravidez quando desde pronto sabe-se que o feto tem anomalia grave que o incompatibiliza com a vida extra uterina.

A autora apontará no decorrer da pesquisa legislações sobre o aborto, procurando demonstrar as tendências atuais da jurisprudência em face ao projeto, que incluirá um novo inciso no art. 128 do CP.

Em termos de abordagem, utilizou-se o método dedutivo.

Com relação à técnica desenvolvida, empregou-se a pesquisa bibliográfica de livros, códigos, folhetos, Internet, outras monografias escritas sobre o tema, bem como jurisprudência e doutrina com o fim de buscar atingir os objetivos propostos no trabalho.

PRIMEIRA PARTE

1 ABORTO

1.1 Histórico

São poucas e difíceis de comprovar as informações que regem o tema aborto nos povos mais primitivos, pois a prática deste varia de acordo com a religião, idéias filosóficas e das tendências do Estado da época, de acordo com tais variáveis advinha à permissão ou a punição do ato de abortar. Engelmann relata sobre práticas abortivas no Anan, na China, na Nova Caledônes com uso de crueldades inúmeras com traumas de abdome e vagina.

Nas Ilhas de Formosa era proibido a mulher parir antes dos 36 anos de idade; caso esta viesse a engravidar era submetida ao pisoteamento do ventre pelas sacerdotisas.

O aborto também era fato conhecido dos silvícolas brasileiros, em que era praticado caso a mulher engravidasse de sujeito estranho à tribo.

Houve épocas em que a prática do aborto detinha caráter de impunidade quando a prática deste não acarretasse risco à saúde da mulher.

Para os hebreus o aborto só detinha caráter ilícito se fosse causado mediante violência, caso em que o marido da vítima poderia multar o responsável conforme sua vontade, no caso de tal violência gerar a morte da mulher e do feto o agressor era punido com a vida.

A idéias de permitido e proibido, lícito e ilícito em relação ao aborto sofreram variações de acordo com o tempo e crenças que eram dominantes à época.

Na Grécia antiga era comum à prática do aborto. Para Malthus o aborto poderia ocorrer desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma, este defendia a tese de que as populações crescem em proporções geométricas enquanto os alimentos em proporção aritmética, então para ele o aborto não mais significava que um controle de natalidade. Deve-se destacar que as teorias defendidas por Malthus nunca foram comprovadas.

Para os romanos, a mulher tinha direito de dispor livremente do seu corpo, estes, consideravam o feto como parte do corpo da gestante e não como um ser independente, o que tornou a prática abortiva muito comum na época, não só pelas classes sociais mais baixas como pelas mais abastadas. Mais tarde começou-se a reformular tais pensamentos e a “abactio partus” passou a ser castigado com penas gravíssimas tanto ao terceiro que praticasse na gestante o aborto, quanto na própria gestante ou outrem que com estes colaborassem, isto porque se acreditava que o aborto se classificava em uma lesão ao direito do marido à prole. Para Cícero tais penas inclusive a pena capital não era em nada injusta, pois a gestante “ tinha destruído a esperança de um pai, a memória de um nome, a garantia de uma raça, o herdeiro de uma família e um cidadão destinado ao Estado”.¹

Em 1917 a antiga União Soviética tornou o aborto livre desde que fosse de vontade da mulher podendo qualquer pessoa realiza-lo. Daí, surgiu com o passar do tempo inúmeras complicações, pois, muitas vezes o aborto era praticado por pessoas que não tinham capacidade para fazê-lo e mediante condições de pouca ou nenhuma higiene. Em 1926 surgiu uma legislação visando solucionar tais problemas, nela esta expressa que a interrupção só poderia ser executada em condições técnicas adequadas, com essa norma visava o Estado não a vida do concepto, mas, proteger a vida e a saúde da gestante. Em 1936 com os contínuos acidentes o aborto tornou-se ilegal.

Consolidou o cristianismo a reprovação social do aborto, considerando este como forma de homicídio e conseqüentemente um desrespeito ao 5º mandamento da Igreja que é o de “Não Matarás” e somado a isso o fato de que o abortamento impediria o batismo e sendo assim afastaria a criatura de Deus ficando esta presa ao limbo.

Santo Agostinho baseando-se a doutrina de Aristóteles dizia que o aborto só era crime a partir do momento em que o feto era acrescido de alma o que para ele ocorria entre os 40 e 80 dias após a concepção, conforme fosse varão ou mulher. Contudo, não havia na época um consenso sobre a partir de quando o feto poderia ser considerado animado; para uns isso de dava no quadragésimo

¹ HUNRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. v 5. Rio de Janeiro; Revista Forense, 1942.

dia; para outros, no sexagésimo dia ou ainda no terceiro mês. Já para São Basílio o aborto era caracterizado sempre criminoso.

Para Carlos V, ao publicar as Leis Carolinas, declarou que seria punido com a morte pela espada aquele que fizesse uma mulher abortar, e punido com a morte por afogamento a mulher que praticasse o aborto em feto animado.

Muitos teólogos discutiram sobre o abortamento. A doutrina cristã decorre do Direito Canônico, para tal o que importa é a perda da alma, privada do batismo e assim do paraíso.

Na Alemanha, época dominada pela doutrina hitlerista, havia uma grande simpatia pelo aborto eugênico que de acordo com a teoria por eles adotada seria uma forma eficiente de criar uma raça superior evitando o nascimento de qualquer ser portador de anomalias ou malformações graves. De acordo com o objeto que permitir a sobrevivência apenas de seres puros eram severamente banidos todos os outros que não se enquadravam nesta classificação, assim favoráveis ao aborto todos os que eram portadores de epilepsia, psicopatia ou qualquer demência que afetasse a condição da raça ariana.

1.2 Aspecto Religioso

Cada religião encara o aborto de sua maneira, segundo seus próprios princípios e crenças, que muito se modificaram através do tempo, algumas delas demonstravam alguma “simpatia” pelo ato abortivo se estivesse de acordo com o que acreditavam na época.

O Catolicismo desde o século IV condena o aborto em qualquer estágio e em qualquer circunstância, permanecendo hoje como opinião e posição oficial da igreja católica.

Atualmente os católicos acreditam que a alma é infundida no novo ser no momento da fecundação; assim não apoia a prática abortiva, punido desde 1917 aqueles que o praticam e todos os que a ele se associem com a excomunhão, ou

seja, a estas pessoas seriam negadas todos os sacramentos e sua comunhão com a igreja o que geraria uma punição eterna no inferno.

A Igreja Católica ainda vai além. Com a encíclica “Matrimônio Cristão de Pio XI em 1930”, ficou determinado que o direito a vida do feto é igual ao da mulher, e toda medida anticoncepcional foi considerada um “crime contra as leis de Deus”, a única exceção seria a de abstinência sexual nos dias férteis.

Ainda, segundo o Papa João Paulo VI é proibido a mulher abortar o feto mesmo que seja para salvar sua própria vida. A justificativa para tal preceito é a de que:

- a) Deus é o autor da vida
- b) A vida se inicia no momento da concepção
- c) Ninguém tem o direito de tirar a vida humana inocente
- d) O aborto, em qualquer estágio de desenvolvimento fetal, significa tirar uma vida humana inocente.

Assim, para os católicos o conceito de licitude em volta do tema aborto se modificou muito, até chegar ao que crêem nos dias atuais.

Para as Igrejas Evangélicas, há um leque maior de atitudes em relação ao aborto. Estes encaram a questão de forma menos homogênea que os católicos, sendo de certo modo mais flexíveis.

A grande diferença entre católicos e a maioria dos evangélicos, esta no que diz respeito à vida da mãe. Ambos concordam que é no momento da concepção que se adquire todos os direitos pessoais e os direitos atinentes a maternidade, porém, ao mesmo tempo é preciso salientar que o médico tem o dever primordial com a mãe, assim, se uma escolha tiver de ser feita entre a vida da mãe e a do embrião, sendo impossível à sobrevivência de ambos, é sobre ela que recairá o direito a vida.

O judaísmo condena o aborto por considerar este uma ofensa a moral. É para eles aceitável a interrupção da gravidez quando esta decorre de necessidade médica ou de outro motivo de igual gravidade. No caso de haver incompatibilidade entre a vida da mãe e a do concepto, deve-se salvar a mãe e sacrificar a criança.

No livro sagrado dos judeus, Michna, a vida da mãe é mais sagrada que a do feto. Para os judeus, o feto só se transforma num ser humano quando nasce, e isso se deve a concepções teológicas diferentes em relação à alma e ao “pecado original”.

Para o espiritismo, a união entre a alma e o corpo começa na concepção, mas só é completa por ocasião do nascimento. Assim, acreditam os espíritas que o ser que se desenvolve no ventre materno, já é, desde a fecundação do óvulo, uma pessoa constituída de corpo e alma, isso significa que para os seguidores da doutrina espírita a interrupção da gravidez através do aborto é uma recusa aos desígnios de Deus. Porém quando em risco estiver a vida da mãe devido à gestação aceita-se que o conceito seja sacrificado em prol daquela. Quanto aos casos em que ocorre o estupro, segundo os espíritas, a mãe deve gerar a criança e deixa-la nascer, pois, pelo que acreditam o espírito reencarnante terá um compromisso passado com a genitora. No caso das malformações congênitas os espíritas crêem que o próprio espírito antes de reencarnar escolheu aquela forma, defeituosa, como oportunidade de aprendizado e resgates de erros cometidos no passado.

Segundo a doutrina kardecista, o espírito sempre existiu, desligando-se pela morte e reencarnando em outro corpo. Para eles, portanto, não há, no caso de um aborto a morte de um ser, e sim, a frustração de um espírito que tem o seu corpo abortado. Acreditam ainda que se este aborto ocorreu de maneira injustificável, os causadores deste ato terão naquele espírito abortado um inimigo perigoso.

1.3 Conceito

A palavra aborto é uma das mais carregadas de tabus e preconceitos nos dias de hoje.

Aborto vem do latim “ab”, que significa privação, e “ortus”, nascimento. Sob o ângulo etimológico, aborto significa privação do nascimento“.

Ainda, segundo Maria Helena Diniz², o termo aborto, originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído.

Em inglês, no “*Oxford Learner’s Dictionary*”³ de 1978 define aborto como: “Expulsão (legal) do feto durante as primeiras 28 semanas de gravidez”.

Nosso Código difere o conceito de aborto do Direito inglês e canadense, no qual constitui delito a simples manobra uterina na tentativa de fazer abortar sem preocupar-se com a presença ou não de uma gravidez.

No Direito Brasileiro o crime de aborto está classificado dentre os crimes contra a vida. A destruição de uma vida intra-uterina até os instantes que antecedem o parto são elementos suficientes para a caracterização da prática do crime de aborto.

A clássica definição de aborto é a de Tardieu, como sendo “a expulsão prematura e violenta provocada do produto da concepção, independentemente de todas as circunstâncias de idade, viabilidade e mesmo de formação regular.”⁴

Outra definição é a de Carrara, que foi modificada por Nelson Caparelli: “Aborto criminoso é a morte dolosa do ovo no útero materno, com ou sem expulsão, ou a sua expulsão violenta seguida de morte.”⁵

Também definem aborto Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Nelson Hungria e outros como sendo a interrupção da gestação, seguida ou não de expulsão do produto da concepção, antes de sua maturidade, abrangendo, assim, para sua configuração, o período que vai desde a concepção até o início do parto.⁶

² DINIZ. Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001

³ PRADO. Danda. 4.ed. **O que é aborto**. São Paulo: ed. Brasiliense, 1995

⁴ FRANÇA. Genival Veloso de. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001

⁵ FRANÇA. Genival Veloso de. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001

⁶ DINIZ. Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001

Assim, aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção).⁷

Para o lexicógrafo Aurélio, o significado da amblose é a “interrupção dolosa da gravidez, com expulsão do feto ou sem ela.”⁸

Da mesma forma dispõe o Professor Heleno Cláudio Fragoso⁹: “O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto”.

1.4 ESPÉCIES DE ABORTO

O aborto segundo a doutrina é classificado de várias maneiras¹⁰:

1) Quanto à causa:

a) Natural: quando ocorre a interrupção espontânea da gravidez, que pode acontecer por diversos fatores como doenças que surgiram no curso da gestação, condição precária da gestante preexistentes antes da fecundação ou por defeitos estruturais do ovo, embrião ou feto. O aborto espontâneo ocorre involuntariamente, por acidente, por anormalidades orgânicas da mulher ou por defeito do próprio ovo. Ocorre normalmente nos primeiros dias ou semanas de gravidez, com um sangramento quase igual ao fluxo menstrual, podendo muitas vezes confundir a mulher do que realmente esta acontecendo. Há dois tipos de aborto espontâneo: o iminente; que é uma ameaça de aborto, onde a mulher tem um leve sangramento seguido de dores nas costas e outras parecidas com cólicas menstruais e o inevitável; que é quando se tem uma dilatação no útero para expulsão do conteúdo seguido de fortes dores e hemorragia.

⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v.2. Editora Saraiva. São Paulo: 1991

⁸ HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª ed. Revista e ampliada. Ed. Nova Fronteira. São Paulo:1994 apud ZOCANTE, Aline Sapia. Monografia.pág 17,ano 2001.

⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 8ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro: 1986

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva,2001

b) Acidental: aquele que não decorre da vontade da gestante, esta modalidade de aborto simplesmente ocorre sem que a mãe dolosamente dê causa ao fato. Pode ser em consequência de um traumatismo, como uma queda, por exemplo, um susto, sem que haja qualquer ato culposos.

c) Criminoso: são aqueles previstos nos arts. 124 a 127 do CP. Esta modalidade de aborto é crime e como tal deve ser repudiado tanto pela medicina por ser contrário à consciência médica, como também ao comando descrito no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

d) Legal ou permitido: são aqueles previstos no art. 128 do CP

2) Quanto ao elemento subjetivo:

a) Sofrido: quando decorre a aversão da gestante.

b) Consentido: se provocado com a anuência da gestante.

c) Procurado: se a gestante for o agente principal.

3) Quanto à finalidade:

a) Terapêutico: é realizado por médico com o intuito de salvar a vida da gestante. Abrange duas modalidades: • o aborto necessário, que é aquele praticado por médico competente sob o prisma do art. 128 I do Código Penal que o permite realiza-lo até mesmo quando não há o consentimento da vítima, desde que não haja outra alternativa para salvar-lhe a vida. Independe de autorização policial ou judicial. Decorre de lei • aborto para evitar enfermidade grave, ou seja, aquele que decorre com o intuito de impedir grave e iminente perigo para a saúde da gestante.

b) Sentimental: é aquele aborto autorizado quando a gravidez é resultado do estupro e há o consentimento da gestante ou de seu representante legal, se comprovada a violência sexual independe de autorização judicial. Justifica-se a norma permissiva pelo fato de não ser justo obrigar a mulher a gerar e cuidar de uma criança que é resultado de um coito violento, que não foi por ela desejado e do qual só tem má recordação. A lei não se refere à necessidade de uma prova específica a respeito do estupro, porém, a boa ética manda que o médico antes de realizar o aborto, procure se certificar de que o delito sexual realmente ocorreu, baseando-se nos indícios que estiverem ao seu alcance, como por

exemplo, se há marcas de violência ou presença de espermatozóides na vagina, etc. No caso de haver dúvidas em relação à ocorrência ou não do coito violento, melhor será que o médico se abstenha. A legalidade do estupro sentimental vem expressamente descrita no art. 128 II do Código Penal.

c) Eugênico, ou piedoso: é aquele praticado quando houver provas de que a criança virá ao mundo com doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves, como microcefalia, retinite pigmentosa, sífilis, mongolismo, epilepsia genuína, demência precoce, idiota amaurótica, etc. Importante ressaltar que no Congresso Nacional, hoje, é aspecto dos mais polêmicos nos meios jurídicos e sociais o novo enfoque que se pretende dar aos casos de abortamento, sendo diversas as propostas que visam desde a legalização completa do aborto até o aumento do leque de permissivos legais.

d) Econômico: realizado para impedir que se agrave a situação de penúria ou miséria da gestante, ou do casal, que não detém de recursos financeiros suficientes para prover a criação, alimentação, educação deste filho.

e) Estético: é aquele em que a gestante deseja interromper a gravidez por não querer “estragar” seu corpo.

f) Honoris causa: aquele em que é realizado pela gestante com o intuito de esconder a gravidez da sociedade visando preservar sua honra, ou manter sua reputação social.

4) Quanto ao prisma da lei:

a) Legal: nos casos em que a lei expressamente o permite, ocorrendo a extinção da punibilidade. É representado pelo art. 128 CP e abrange o aborto necessário e o sentimental.

b) Criminoso: é aquela prática abortiva intencional, pouco se importando como período da evolução fetal e que é proibida pela nossa legislação, poderá ser de forma dolosa ou preterdolosa, ou ainda culposa, quando decorrer de negligência ou imperícia médica. Para que esta modalidade de aborto se concretize é necessário:

- Gravidez: período que abrange a fecundação do óvulo, com a constituição do ovo, até o começo do processo de parto, devendo ser sua

existência devidamente comprovada pelos meios legais admissíveis. (JTACrimSP, 69:207; RT, 505:32).

- dolo: ou seja, vontade livre e consciente de interromper a gravidez, provocando a morte do produto da concepção, ou de assumir o risco do resultado previsto.

- uso de técnicas abortivas: estas visam à morte do feto concebido, podem ser:

a) pela forma direta como dilatação do colo do útero, curetagem, ingestão de produtos químicos como o conhecido “cytotec”.

b) pela forma indireta que pode ser: b.1) por agentes físicos, sejam estes térmicos como por exemplo aplicação de bolsa de gelo no ventre ou elétricos, com a aplicação de choques térmicos por máquina estática na gestante. b.2) por agentes mecânicos; quedas propositais, compressões ou pancadas no abdômen b.3) por agentes psíquicos; choque moral, induzimento...etc...

- Morte do conceito: causado por meio de técnicas abortivas direitas ou indiretas.

1.5 Conceito Médico de Aborto

O dicionário médico também define aborto. Vejamos:

1. Expulsão do conceito antes da viabilidade fetal. Denomina-se **aborto** quando ocorre no primeiro trimestre; daí até a viabilidade é **parto imaturo** e, da viabilidade até o termo, **parto prematuro**. 2. Um feto expulso prematuramente. **acidental**. Terminação prematura e inesperada da gravidez por meios médicos ou mecânicos. **Criminoso**: interferência com a evolução da gestação não justificada pelas condições de saúde da mãe; aborto ilegal. **Habitual**: aborto acidental que recidiva em gestações sucessivas. **Incompleto**: expulsão parcial do conceito,

com retenção de parte das segundas no útero. **Inevitável:** o que progrediu até uma fase em que não mais se pode impedir a terminação da prenhez. **Aborto retido:** estado em que morreu o feto, mas o produto conceptual não é expulso dentro de duas semanas. **Parcial:** Expulsão prematura de um feto na gestação múltipla. **Psiquiátrico:** Aborto terapêutico indicado pelo agravamento ou instalação de doença mental durante a gravidez **espontânea.** Expulsão prematura inesperada do concepto quando não se empregou qualquer ocitócico. **Terapêutico:** Terminação de uma gestação que põe em risco a vida materna. **Iminente:** Ocorrência de sinais e sintomas de perda iminente do embrião. Pode ser evitado pelo tratamento ou progredir para o aborto inevitável. **Tubário:** Saída do produto conceptual através da abertura abdominal da trompa na cavidade peritoneal.

1.6 Espécies de aborto sob o aspecto médico

De acordo com a definição médica:

É abortamento, a expulsão do óvo antes da vitabilidade. A eliminação do feto vitável, sem ter sido alcançado o termo, denomina-se parto prematuro.¹¹

Mister se faz traçar os limites da vitabilidade e prematuridade. Várias classificações existem, todas com imperfeições. As mais aceitas relaciona idade gestacional e peso do concepto:

1) Interrupções da gravidez de concepto de 500g ou menos, ou antes, de 22 semanas completas e 428 cm ou menos - abortamento.

2) Interrupção da gravidez de concepto entre 501g e 2500 g ou da 23^o a 37^o semana completa da gravidez – parto prematuro.

¹¹ REZENDE. Jorge de. **obstetrícia**. Rio de Janeiro. Ed. Guanabara Koogan S.A., 1969

A conceituação médico-legal de abortamento difere daquelas adotadas em obstetrícia: “É a intervenção voluntária, capaz de interromper o curso normal de gravidez, causando a morte do produto, qualquer que seja sua idade. Não há, pois, distinção entre abortamento e parto prematuro, sendo condição *sine qua non* o dolo e a conseqüência letal.”¹²

Classificação:

1) Quanto à época da interrupção: antes da 22^o semana da gestação.

2) Quanto à etiologia:

a) espontâneo: também chamado de involuntário ou “falso parto”. Calcula-se que 25% das gestantes terminam em aborto espontâneo, $\frac{3}{4}$ ocorrem nos primeiros três meses. Em 70% dos casos os embriões são portadores de anomalias cromossômicas incompatíveis com a vida, sendo que o ovo primeiro morre e é expulso em seguida. Nos abortos mais tardios, o ovo é expulso por causas externas a ele como: incontinência do colo uterino, malformação uterina, insuficiência de desenvolvimento uterino, fibrona, infecções do embrião e de seus anexos.

b) provocado: Quando resultar de interferência intencional da gestante, do médico ou de terceiros. É, portanto, a interrupção deliberada da gravidez, pela extração do feto da cavidade uterina. Pode ser feito por:

- Sucção ou aspiração
- dilatação e curetagem
- dilatação e expulsão
- Injeção de soluções salinas

Estima-se que seja realizado mais de 40 milhões de aborto anualmente no mundo, sendo que a maioria deles em condições precárias, e com sérios riscos a saúde da mulher.

3) Quanto à classificação clínica:

a) ameaça de abortamento: quadro de hemorragia com feto ainda viável. Caracteriza-se por sangramento discreto e cólicas pouco acentuadas. O

¹² REZENDE. Jorge de. **Obstetrícia**. Rio de Janeiro. Ed. Guanabara Koogan S.A. 1969.

canal cervical esta fechado e a gravidez apenas ameaçada. Via de regra, a gravidez seguira normalmente após repouso.

b) Aborto iminente: O sangramento já é abundante e as cólicas iterinas intensas. O canal cervical já esta entreaberto.

c) abortamento inevitável: eliminação do concepto. Há impossibilidade de prosseguir a gravidez com ruptura das membranas e dilatação do canal cervical incompatível com o prosseguimento da gravidez. As cólicas e sangramento são abundantes.

d) aborto complicado: com a presença de infecção, hemorragia, etc...

e) aborto retido ou incompleto: ocorre com a retenção de restos embrionários e placentários que não são eliminados. Só uma parte da concepção é eliminada persistem sangramentos e cólicas uterinas, o canal cervical esta entreaberto e o útero em regressão. Nesses casos, freqüentemente sobrevem quadro infeccioso, o que também é comum nos abortos provocados. A infecção pode estar limitada à cavidade uterina ou pode atingir os anexos e a corrente sangüínea generalizando-se para todo o organismo, num processo de septicemia. Nesses casos, o índice letalidade do quadro é elevado, muitas vezes necessitando a remoção cirúrgica do útero e anexos.

f) Aborto completo: Quando todo o produto da concepção é eliminado. O útero regride e o sangramento é mínimo ou ausente. O canal cervical se fecha.

Incidência:

Aceita-se que 10% das gestações terminem em aborto espontâneo. Os provocados são de difícil verificação estatística.

Nos países onde o aborto é ilegal ocorre, em média, 100 mortes por 100.000 operações.

Nos legalizados 1,9 (antes dos três meses de gestação) e 12,5 (após três meses) mortes por 100.000 operações de aborto.

Países que não permitem aborto, exceto quando há risco para a mãe:

Brasil *	Afganistão
Líbia	Angola
Mauritânia	México *
Camboja	Moçambique
Chile	Nicarágua
Colômbia	Nigéria
Costa do Marfim	Paraguai
Filipinas	Quênia
Guatemala	República Dominicana
Haiti	Síria
Honduras	Somália
Iêmen	Sri Lanka
Indonésia	Sudão
Irã	Tanzânia
Irlanda	Venezuela
Laos	Zaire
Líbano	

* Brasil e México admitem aborto em caso de estupro.

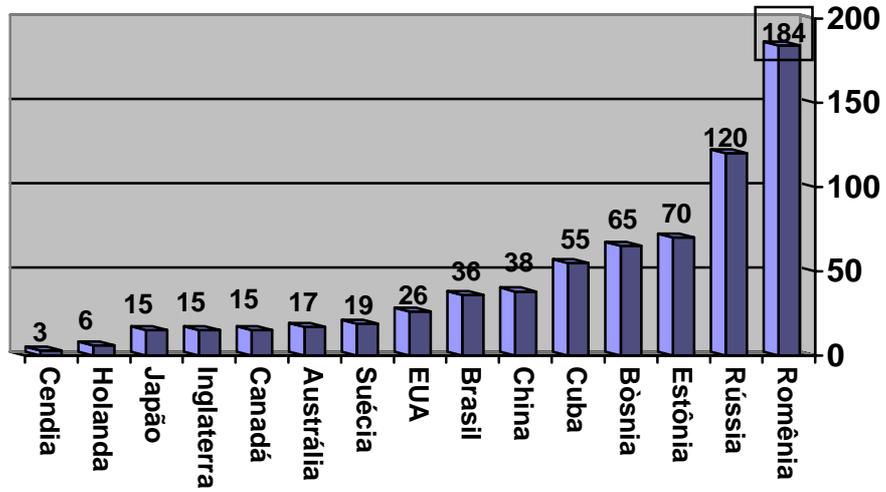
Países que permitem aborto com restrições:

Alemanha	Israel
Arábia Saudita	Jamaica
Argélia	Jordânia
Argentina	Bolívia
Malásia	Camarões
Marrocos	Congo
Panamá	Coréia do Sul
Paquistão	Costa Rica
Peru	Egito
Polônia	El Salvador
Portugal	Equador
Ruanda	Espanha
Suíça	Etiópia
Tailândia	Gana
Uganda	Grécia
Uruguai	Hong Kong
Zimbabwe	Iraque

Países que permitem o aborto

Albânia	Hungria
Austrália	Cerdia
Áustria	Inglaterra
Bangladesh	Itália
Bélgica	Iugoslávia
Bulgária	Japão
Canadá	Noruega
China	República Tcheca
Singapura	Romênia
Coréia do Norte	Rússia
Cuba	Suécia
Dinamarca	Taiwan
Eslováquia	Tunísia
Estados Unidos	Turquia
Finlândia	Vietnã
França	Zâmbia
África do Sul	Holanda

Número de Abortos por 1000 mulheres



Etiologia:

Mais da metade dos casos é por anormalidade do próprio ôvo. Fatores maternos tanto locais (uterinos), como de ordem geral (infecções, etc.), podem determinar o abortamento. A causa na maioria das vezes é de identificação impossível.

SEGUNDA PARTE

2. Aborto em face do Código Penal

Aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção).¹³

O direito a vida é o mais precioso bem jurídico existente, ocupa o mais alto lugar da hierarquia de valores, está acima de qualquer lei e é incólume a atos do Poder Público, devendo ser protegida contra quem quer que seja, até mesmo contra o seu próprio titular, pois é um direito indisponível, irrenunciável e inviolável, que prevalece sobre todas as coisas.

Assim, data vênua, o direito a vida sempre prevalecerá sobre qualquer outro, e em caso de conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante.

A Constituição Federal em seu art. 5º assegura a inviolabilidade do direito à vida sendo esta um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.¹⁴

Ainda, quanto à inviabilidade da vida, distinção nenhuma pode haver entre a vida da mãe e do feto, por serem ambas merecedoras da proteção legal, disposta no art. 5ª, da CF, assim, alvo dessa preservação constitucional encontrando-se tanto uma quanto a outra num mesmo patamar. Então, data vênua, absolutamente estrábico o enfoque da proteção exclusiva da vida da mãe, pelo desrespeito se assim o fosse ao princípio de igualdade entre humanos.

No Código Penal brasileiro, o crime de aborto esta classificado dentro do Título “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no Capítulo “Dos Crimes contra a Vida”.

¹³ JESUS. Damásio Evangelista de. **Direito Penal, parte especial. Vol.2.** 23ª edição. São Paulo, 2000.

¹⁴ DINIZ. Maria Helena. **O Estado atual do biodireito.** Ed. Saraiva.São Paulo,2001

Assim, mister se faz, que o objetivo da tutela penal brasileira é amparar a vida do feto. Não se cuida apenas da vida por si só, mas também visa à proteção do produto da concepção.

Nelson Hungria¹⁵, afirma que:

O feto é uma pessoa virtual, um cidadão em germe. É um homem *in sperm*.

De acordo com geneticista francês e autoridade mundial em biologia genética:

Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida.¹⁶

Segundo a concepção civilista natalista, o feto não é pessoa, mas *spes personae*, e possui uma expectativa de direito. O Código Civil resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, protege o direito à existência e impõe a responsabilidade civil do lesante em razão de dano moral e patrimonial por atentado à vida alheia.

Porém para o Direito Penal, o feto é considerado uma pessoa e assim merece a tutela jurisdicional do Estado a fim de proteger-lhe a vida.

O aborto é crime material, uma vez que as figuras típicas descrevem a conduta de provocar e o resultado, que é a morte do feto, exigindo a sua produção.

Tal crime se consuma com a interrupção da gravidez e a morte do feto, sendo desnecessária a existência da expulsão. Pode ocorrer casos de expulsão prematura do feto ainda com vida o que não desnatura o crime, pouco importando que a morte ocorra só após.

¹⁵ HUNGRIA Nelson apud SPOLIDORO Luís Cláudio Amerise. **O Aborto e sua antijuridicidade**. Ed. Lejus, São Paulo, 1997

¹⁶ LEJEUNE Jérôme apud DINIZ Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. Ed Saraiva, São Paulo, 2001

Vejamos:

Consumação do aborto: TJSP: O momento consumativo do crime de aborto é a interrupção da gravidez com a morte do feto. A expulsão deste é um fenômeno que pode deixar de ocorrer. (RT 454/376)

Morte do feto dentro ou fora do ventre materno- TJSP- Pouco importa, ensina José Frederico Marques, que a morte ocorra no ventre materno, ou fora dele. Irrelevante é, ainda, que o evento se dê com a expulsão do feto, ou sem que seja expelido das entranhas maternas (Tratado de Direito Penal, vol 4/157) (RJTJESP 28/368).

O delito admite a forma tentada, quando as manobras abortivas não interrompem a gravidez ou causam apenas a aceleração do parto.

É crime de dano, uma vez que se consuma com a morte do feto. Pode ser executado de forma livre, ou seja, por qualquer meio: ação ou omissão, físico, químico, mecânico, material ou moral.

Fundamentalmente, é destacar que o aborto só é punível a título de dolo, vontade de interromper a gravidez e de causar a morte do produto da concepção, não existe neste crime a modalidade culposa.

O dolo pode ser caracterizado em:

- Direto: quando há vontade livre e consciente de produzir a interrupção da gravidez e a morte do feto.
- Eventual: quando o sujeito, no mínimo, assume o risco de produzir o resultado.
- Preterdolo: quando há dolo no antecedente (aborto) e culpa no conseqüente (lesão grave ou morte). É o caso de aborto qualificado pelo resultado, disposto no art. 127 CP.

2.1 Auto-aborto – Art. 124, primeira parte

Art. 124 CP: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:
Pena: detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. (grifo nosso)

No caso em tela, a gestante, por intermédios de meios diretos ou indiretos, provoca em si mesma a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, é ela o sujeito ativo do crime.

Do outro lado, existe a figura do Estado, interessado no nascimento que é então o sujeito passivo do delito.

Aqui, a conduta típica é a de provocar aborto, por qualquer ato que possa ter como consequência o aborto, interrompendo a gravidez com a morte do produto da concepção, que pode ocorrer no útero ou fora dele.

O crime de auto aborto pode ocorrer através de ação ou omissão, e para configurar-se se exige a presença do dolo, ainda que eventual.

Consuma-se com a interrupção da gravidez e a morte do feto, não sendo necessária à ocorrência da expulsão.

No delito do auto-aborto, é possível a participação, quando terceiro induz, instiga ou até mesmo auxilia de maneira secundária a gestante a provocar o aborto em si mesma. No caso de ocorrer morte ou lesão corporal de natureza grave, este partícipe além de responder pelo delito supra mencionado terá também que responder por homicídio culposo ou lesão corporal de natureza culposa.¹⁷

Na hipótese de a gestante praticar em si mesma aborto necessário, previsto no art. 128, I, CP, não haverá crime, pois, no caso em tela ocorrerá à exclusão da antijuridicidade devido ao art. 24 do CP. Porém, se ela o praticar no caso do aborto sentimental, o delito subsistirá, pois, tal modalidade de aborto só poderia ter sido praticada por médico, art. 128 II CP.

2.2 Aborto provocado por terceiro - com o consentimento da gestante - Art. 124 segunda parte e Art. 126 do CP.

¹⁷ JESUS. Damásio Evangelista de. **Direito Penal, parte especial**. 23ªed. São Paulo.2000. 2 vol

Art. 124- Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos. (grifo nosso)

No caso supra mencionado, a gestante por vontade livre e consciente presta consentimento para que terceiro lhe provoque o aborto.

A conduta típica é a de consentir que terceiro lhe provoque o aborto. Aqui, o aborto é materialmente executado por terceiro, de quem a mulher é co-partícipe; no caso em tela a mulher responde pelo art. 124, porém o terceiro que lhe provocou o aborto responderá pelo art. 126. Vejamos:

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

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

Parágrafo único: Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Aqui sub-roga-se no papel de sujeito ativo, qualquer pessoa que pratica a conduta típica, isto é, a de causar, provocar a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção, exigindo-se a prova da gravidez, do resultado e do nexa causal, não a suprimindo a confissão da gestante. Nada impedem a participação de terceiro(s). A gestante, responderá pelo crime do art. 124 que tem pena menos gravosa. Vejamos:

Participação no crime do art. 126- TJSP: Aborto provocado por terceiro. Consentimento da gestante. Caracterização. Agente que contrata pessoa e fornece quantia em dinheiro para pagamento da prática abortiva. Inteligência do art. 126 do CP (...) Aquele que contrata terceiro e fornece quantia em dinheiro para pagamento do aborto pratica o crime previsto no art. 126 CP, uma vez que a conduta descrita no art. 124 do Estatuto Repressivo visa à incriminação da gestante (JTJ 750/609).

A norma penal aqui fala em consentimento, que é o mesmo que permissão, este consentimento pode ser verbal, expresso ou derivado das próprias atitudes da gestante devendo subsistir até a consumação do delito, é, pois elemento subjetivo do tipo. Porém, mister se faz, que o consentimento da gestante de

maneira alguma exclui o crime, visto que os objetos jurídicos envolvidos são indisponíveis, ou seja, a vida do feto e a da mãe.

No caso de a gestante ser menor de 14 anos, alienada (art. 26 *caput*), débil mental (art. 26 *caput*) ou ainda no caso de seu consentimento ser obtido através de fraude, grave ameaça ou violência, inválido será o consentimento, isto é, é como se não tivesse sido dado. Nesse caso, o fato em relação a gestante é atípico e em relação ao terceiro enquadrar-se-á ao art. 125 CP,

Se o terceiro pratica o delito, incidindo em erro sobre o consentimento, e sendo este justificável, a conduta deve reputar-se cometida com o consenso da gestante.

2.3 Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante - art. 125 CP

Art.125- Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

No caso em tela, configura-se no papel de sujeito ativo do delito, o terceiro que provoca o aborto sem o consentimento da gestante ou sem que a mesma conheça a condição de grávida. No pólo passivo esta a gestante, bem como o Estado, que tem interesse tanto na integridade corporal da mulher como no nascimento da criança.

A conduta típica é a de causar o aborto, provocando a morte do produto da concepção sem o consentimento da gestante. O crime pode ser praticado mediante ação ou omissão. A omissão configura-se quando o médico (a) ou a parteira tinha o dever jurídico de impedir o resultado e não o fez.

Trata-se de crime doloso, porém poderá o agente agir com dolo eventual, caso em que o mesmo tem conhecimento da gravidez e assume o risco de produzir o resultado.

Vejamos:

Provocação de aborto com dolo eventual – TJMG: O aborto não é punido a título de culpa, somente sendo punível a título de dolo. Ao eliminar com um tiro uma mulher, sabendo-a grávida, assumiu o agente o risco de sofrer a mesma um aborto, pelo que, ocorrendo a morte do feto, fica configurado tal delito, presente o dolo eventual (RT 646/315).

No mesmo sentido:

TJSP: Aborto provocado por terceiro. Delito caracterizado. Lesão corporal de natureza grave não caracterizada. Acusado que desferiu violento pontapé na vítima, achando-se ela no 9ª mês de gravidez, o que provocou a expulsão e morte do feto. Dolo eventual manifesto. Decisão condenatória mantida. Inteligência dos arts. 125 e 129 parágrafo 2º, V, CP (RT 578/305-6).

O dissentimento da ofendida pode ser: a) real, quando o sujeito emprega violência, fraude ou ameaça; b) presumido, quando a gestante, ora ofendida, for menor de 14 anos, alienada ou débil mental.

O delito cometido nos moldes do art. 125 é o mais grave, e por isso sua pena é a mais severa. Para que se configure não é necessária a negativa expressa da gestante, basta que o aborto tenha sido praticado de modo contrário a sua vontade ou mediante ignorância da gestante de seu estado de grávida.

2.4 Aborto Qualificado – art. 127

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 sobrevier a morte.

No caso vertente, as penas dos crimes de aborto provocado com ou sem o consentimento da gestante, são aumentados de um terço, se em consequência do fato ou dos meios empregados para a provocação, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevier a morte.

A forma qualificada da qual dispõe o art. 127 são aplicáveis exclusivamente nos crimes descritos nos arts. 125 e 126 do CP.

S.M.J. trata-se aqui de crime qualificado pelo resultado, que pode ser na modalidade de preterdolo ou preterintencional, punindo-se então, o aborto propriamente dito a título de dolo e o resultado deste que é a lesão corporal de natureza grave ou a morte a título de culpa.

Porém, se houver dolo, direito ou eventual, do agente com relação ao resultado, ou seja, a lesão ou à morte, haverá concurso de crimes.

Nota-se que o dispositivo supra mencionado, ao mencionar os meios empregados para provocar o aborto, inclui o aumento de pena ainda que não ocorra a consumação do aborto.

2.5 Aborto Necessário – Art. 128, I, CP

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

Também chamado de terapêutico. Já existia desde as épocas medievais, a Igreja da época se manifestou contra tal modalidade de aborto, dizendo que era preferível poupar a vida da criança à da mãe, pois acreditava-se que; se esta criança não fosse poupada iria morrer sem o batismo e conseqüentemente seria banida do Reino de Deus. Atualmente, com a encíclica *Casti Connubii*, de Pio XI a Igreja passou a tolerar o que se chama “aborto indireto”.

No aborto necessário, caracteriza-se o estado de necessidade, em que ocorre a eliminação da vida fetal em favor da vida da gestante, por entender que há impossibilidade de subsistirem ambas. É uma forma de proteger um bem maior, ou seja, a vida da mãe. Assim, se caracterizado perigo para a vida da gestante o aborto esta autorizado, independentemente da autorização da desta, pois há casos em que a intervenção não pode esperar.

Assim, ao médico é incumbida a responsabilidade de averiguar se ha incompatibilidade entre a moléstia em ato e o estado de gravidez, ou seja, se o feto persistir no ventre da mãe ocorrerá o evento morte então o aborto é legal. Também, na hipótese de surgir vícios pélvicos ou qualquer outro obstáculo no

conduto vaginal, é permitido o aborto, pois, em casos como esse é impossível realizar-se o parto sem por em risco a vida da mãe.

Data Vênia, deve-se observar o tempo de gravidez da gestante, pois, se o feto em maturidade suficiente de sobreviver fora do útero materno, o médico deve tentar salvar ambos e não só a mãe.

O disposto no art. 128 não dispõe de nenhuma causa de exclusão de culpabilidade, mas a rigor o que se nota é uma isenção de pena em que a lei afasta a punibilidade. Há quem diga que o art. 128 suporta uma carga de antijuridicidade por conter uma espécie de estado de necessidade ou legítima defesa. Porém, segundo Maria Helena Diniz¹⁸, a interpretação desse artigo não se ajusta aos caracteres das excludentes de antijuridicidade. Se é assim, no Brasil não há, nem poderia haver aborto “legal”, ante o princípio constitucional do direito ao respeito à vida, consagrado em cláusula pétrea (art. 5º CF). Assim, se no art. 128 do CP se estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante estaria eivado de inconstitucionalidade.

Nota-se que a descrição legal do *caput* do art. 128 diz: “Não se pune o aborto”. A ausência de punição não exclui o caráter delituoso do fato. Crime é uma coisa, pena é outra. No caso sub judice o Código Penal autorizou o órgão julgador à não punir o crime configurado nos moldes de art. 128 por eximir da sanção o médico que efetuar prática abortiva para salvar a vida da gestante. Suprimida esta a pena, porém, o crime subsiste.

2.6 Aborto de gravidez resultante de estupro – art. 128 II

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

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

Conhecido por aborto sentimental, piedoso ou moral. É o aborto autorizado por lei quando a gravidez resulta de estupro e há o consentimento da gestante ou de seu representante legal. Esta forma de aborto surgiu quando alguns países da Europa, durante a Primeira Guerra Mundial, tiveram suas mulheres violentadas pelos invasores o que resultou em um movimento patriótico contra essa maternidade gerada pela violência, sendo injusto para aquelas mulheres gerar o fruto de um ato violento e indesejado. A partir daí, em quase todas as legislações do mundo, a lei permite o aborto no caso de gravidez resultante de estupro. O Código argentino¹⁹ foi um dos primeiros a consagrar os princípios:

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible..... si el embarazo proviene de una violación

O nosso Código segue-lhe o exemplo. Em tais casos, invoca-se o estado de necessidade contra as conseqüências oriundas de um grave dano à pessoa. O legislador brasileiro ao formular tal artigo levou em conta as razões de ordem ética e emocional, evitando-se, a vergonha e a revolta da mulher violentada, que traria um filho à imagem de uma ofensa e de uma humilhação, testemunhada da sua desgraça e desonra.

É claro, que na prática para evitar abusos, o médico só deve agir mediante prova concludente do alegado estupro, salvo se o fato é notório ou se já existe sentença judicial condenatória do estupro. Para sua segurança, o médico deverá obter o consentimento da gestante ou de seu representante legal por escrito ou perante testemunhas idôneas.

No caso de menor de 14 anos, como a conjunção carnal, o estupro é presumido, bastando somente à prova da idade da gestante. Não há necessidade da concessão da autorização judicial para o aborto sentimental.

¹⁹ HUNGRIA, Nélsion. **Comentários ao Código Penal**. vol. V, 5ª ed. Rio de Janeiro, 1979.

TERCEIRA PARTE

3. Embriogênese

Um novo indivíduo começa quando uma célula, o espermatozóide vindo do testículo, encontra outra célula, o óvulo vindo do ovário. As células masculinas e femininas carregam cada uma 23 cromossomos, exatamente a metade do número de cromossomos de uma célula somática (46). Nestas, elas estão pareadas em 23 pares, sendo dois ditos sexuais: XX na mulher e XY no homem.

Assim, o encontro desses cromossomos ditará o sexo do novo organismo já na fecundação, que ocorre na trompa uterina e vai se implantar no útero.

Após a fusão do espermatozóide com o óvulo ocorre uma série de divisões celulares e em uma semana ocorre sua implacetação numa mucosa uterina já preparada para recebê-lo.

Durante a segunda semana de desenvolvimento as células penetram profundamente na mucosa uterina dando origem à futura placenta e passam a ser desenvolver dentro do útero dando origem ao embrião.

Entre a quarta e a oitava semana do desenvolvimento, chamado período embrionário, a forma do embrião se modifica e no fim do segundo mês apresenta as principais características externas reconhecíveis.

Durante o segundo mês o aspecto do embrião é influenciado pela formação dos membros, face, orelhas, nariz e olhos.

O período fetal inicia-se no terceiro mês estendendo-se até o fim da vida intra-uterina. Caracteriza-se pelo crescimento rápido do corpo.

3.1 Aborto Eugênico

Apesar de a incidência da eugenia já existir a muitos anos, não sendo, portanto nenhuma novidade, é ainda tratada pelos doutrinadores como foco

gerador de polêmica quanto à possibilidade ou não da autorização, mesmo levando-se em conta os recursos atuais que permitem o diagnóstico do feto anencéfalo e a certeza da mãe de que esta está carregando um feto que é incompatível com a vida extra-uterina a legislação atual nega o direito ao aborto.

No aborto eugênico, busca-se a interrupção da gravidez até a 24ª semana, por indicação médica, nas gestantes cujo produto da concepção seja portador de condições capazes de determinar alterações patológicas incompatíveis com a plenitude da vida como, por exemplo, o retardado mental de tal intensidade que acarrete uma dependência física e sócio-econômica do indivíduo, alterações do sistema nervoso e/ou osteomuscular por aberrações cromossômicas, anencefalia, desequilibradas entre outros.

3.2 Conceito

Logicamente, devido a grande polêmica sobre o assunto, as definições divergem segundo a opinião de um ou outro doutrinador.

Vejamos então alguns deles:

Segundo Damásio E. de Jesus²⁰:

Há o aborto eugenésico ou eugênico, permitido para impedir a continuação da gravidez quando há possibilidade de que a criança nasça com taras hereditárias.

Para Magalhães Noronha²¹:

Ocorre esta espécie quando há série e grave perigo para o filho, seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doença da mãe, durante a gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomada, durante esse

²⁰ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal Parte especial. 23ª ed. São Paulo; Saraiva. 2000. v2. p.115.

²¹ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal – Dos crimes contra a pessoa e Dos crimes contra o Patrimônio. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v2.

período, tudo podendo acarretar para aquele, enfermidades psíquicas, corporais, deformidades, etc. Não é o aborto eugenésico admitido por nossa lei. Há algum tempo foi ele largamente debatido na imprensa, devido ao uso da droga talidomide, pela mulher grávida que ocasionava o nascimento de crianças disforme (em regra sem membros inferiores e superiores). (...). Não se admite ela a cessação da gestação, no caso de possível deformidade da criatura que esta para nascer, e convenhamos que a autorização, nesse caso não deixaria de ser perigosa. Por identidade de razão, deveria ela ser estendida a outras hipóteses, como doença infecciosa da gestante, que podem produzir conseqüências danosas ao feto. A admissibilidade se tornaria ampla e por isso mesmo perigosa: acabaria por degenerar, tornando a exceção à regra. Cumpre notar igualmente a falibilidade do prognóstico: no caso concreto, não haverá fatalidade do efeito pernicioso do ente em formação: é mais uma razão para não se admitir sua morte antecipada. Caso contrário, aberta estaria também a porta para eutanásia ou homicídio compassivo, que é repellido pelas leis.

Diz Nelson Hungria²²:

O código não inclui entre os casos de aborto legal o chamado aborto eugênico, que, segundo o projeto dinamarquês de 1936, deve ser permitido quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia e incurável enfermidade corporal.

Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas trovailles dessa pretenciosa charlatanice que dá pelo nome de eugenia. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será fatalmente, um produto degenerado.

Ainda para Maria Tereza Verardo²³:

Aborto Eugênico é a interrupção da gravidez quando há suspeita de que o feto contraiu graves anomalias ou doenças transmitidas por um ou pelos dois genitores.

O aborto eugênico visa impedir que nasça uma criança que não terá a menor chance de sobrevivência fora do útero materno. A corrente norma penal ainda não autoriza esta espécie de aborto, porém, conhece-se sentenças

²² HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal – art. 121 a 136. v5. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942

²³ VERARDO, Maria Tereza. Aborto: Um direito ou um crime? São Paulo; Moderna. 1987 Coleção Polêmica, p. 25.

favoráveis ao abortamento de feto que sabe-se ser impossível sobreviver extra uterinamente.

3.3 Aspecto Religioso

É necessário destacar que a omissão bíblica quanto ao caso específico do feto portador dessa anomalia, ou seja, nascido sem cérebro, no todo ou em parte, decorre da ausência de conhecimento técnico-científico, na época, sobre tal situação.

A tradição judaica registrada no Antigo Testamento fala do aborto como algo não desejável (Êxodo 23:26), inclusive para os animais (Jó 21:10).

Interessante é a passagem em que Jó, personagem mítico do judaísmo tardio, amaldiçoa o seu nascimento, no Capítulo 3, momento em que fala do aborto como uma opção para os desgraçados (Jaó 3:16). No Salmo 58:8 a sorte dos ímpios é tomada como “o aborto de mulher”, ou seja, algo ruim e maldito.

Assim, o aborto é sempre visto como uma escolha nefasta, símbolo da negação da vida, sinônimo de maldição, um ato que proclama o triunfo das trevas, da antívida, do infortúnio (Eclesiastes 6:3-4).

As tradições católicas e protestantes, dentro de suas mais variadas vertentes ideológicas, são contra o aborto, na medida em que este implica na interferência no processo de geração da vida humana.

Sob o prisma jurídico, o aborto provocado em decorrência de brigas entre homens é particularmente contemplado no judaísmo vetero-testamentário. Foi lei em Israel, que na ocorrência deste caso, o marido da mulher “ferida” passa exigir indenização, a ser paga conforme determinação dos juizes. (Êxodo 21:22)

3.4 Malformações Congênitas Humanas

As anomalias estruturais dos embriões desempenham importante papel nos abortos do 1º (primeiro) trimestre de gestação. Porém, as anomalias estruturais leves podem ser compatíveis com a vida intra-uterina e muitos fetos

anormais chegam a termo. Ao nascer, o feto deve adaptar-se a grandes transformações fisiológicas do nascimento e muitos fetos anormais são incapazes de fazê-lo e morrem no período imediato pós – parto. Os que sobrevivem podem apresentar incapacidade permanente ou mostrar defeitos que podem ficar escondidos por anos.

As malformações congênitas são fatores que predispõem a outras doenças por ser um ponto de menor resistência a infecções e traumas. Nem sempre elas aparecem a olho nu, mas existem defeitos histológicos só vistos à microscopia dos tecidos.

ETIOLOGIA E PATOGENIA

No que diz respeito à etiologia podem ser por:

- Mutação Genética
- Aberrações Cromossômicas
- Fatores ambientais intra-uterinos adversos
- Combinação dos fatores anteriores

Aproximadamente 10 % das malformações ocorrem por mutações dos genes que são transmitidos pela Lei de Mendel.

Cerca de 1% das malformações presentes ao nascimento e 20% ou mais dos abortos espontâneos precoces ocorrem por constituições cromossômicas anormais.

Fatores ambientais como: Virose materna, toxoplasmose, inadiação, ingestão de drogas e medicamentos, má nutrição, podem levar a certo número de malformações.

A maioria das malformações, no entanto, decorrem de uma combinação de fatores genéticos e ambientais.

As doenças genéticas embora raras, se analisadas individualmente, tornam-se freqüentes se levarmos em conta a incidência dos quase 8000 traços

gênicos, as anomalias cromossômicas²⁴ e as doenças multifatoriais. Calcula-se que 5/1000 crianças morrem no primeiro ano de vida por doenças de causa genética. Na medida que diminuimos a mortalidade infantil por doenças infecciosas, as causas genéticas passam a ter grande importância e precisam ser reconhecidas.

O reconhecimento das malformações congênitas, ao nascimento pode ser feito pelo exame clínico acompanhado de história familiar, com estudo laboratorial dos cromossomos (cariótipo) e citogenética. Alguns testes, como o do pezinho, são realizados após o nascimento visando detectar anomalias congênitas que irão se manifestar no futuro.

No período gestacional, a melhor forma de detecção da malformação ainda é o ultra-som. Coleta do líquido amniótico também pode ser usada para estudo laboratorial.

Não é objeto dessa monografia aprofundar no estudo de um tema tão vasto da área médica, assim passaremos a descrever algumas malformações congênitas, incompatíveis com a vida ou que possam colocar em risco a vida da mãe e, portanto, quando reconhecidas e diagnosticadas passíveis de questionamento quanto ao aborto dito eugênico.

Antes, no entanto, devemos explicações acerca das primeiras causas das malformações congênitas.

MUTAÇÕES GENÉTICAS

São transformações dos genes, dando novas variações hereditárias, e o novo gene passa a ser um mutante. Embora por um lado, qualquer alteração no material genético possa ser visto como uma mutação, esta envolve a perda ou a mudanças no funcionamento de um gene²⁵. A grande maioria das mutações é prejudicial e muitas mutações são letais, levando à morte as pessoas que a recebem. Outros são sub-letais e compatíveis com a vida. Pelo menos 6% dos nascimentos têm algum defeito genético reconhecível.

²⁴ CROMOSSOMO: Corpúsculos isolados, de coloração acentuada em forma de “j” ou “v” e proveniente do núcleo, onde se encontra os genes.

²⁵ GEN: Todo fator hereditário; a menor unidade na transmissão de caracteres hereditários considerada como partículas ultramicroscópica, que ocupa um lugar definido no cromossomo.

As mutações além de espontâneas, podem ser induzidas por uma grande variedade de agentes: temperatura, drogas e radiações.

Portanto, as mutações genéticas de células germinativas são transmitidas aos descendentes, e as de células somáticas²⁶ não têm efeito sobre as gerações futuras, mas podem ser significativas para o indivíduo que a possui.

ABERRAÇÕES CROMOSSÔMICAS NUMÉRICAS

Em 1959, abriu-se uma nova era na genética médica, quando Lejeune e Turpin demonstraram que os mongolóides tinham 47 cromossomos e não 46 como normalmente. Sabe-se que as aberrações ocorrem em 0,3% a 0,5% dos nascimentos e que são causas significativas de defeitos físicos e mentais.

ABERRAÇÕES DA ESTRUTURA DOS CROMOSSOMOS

Deleção: É a perda de uma porção de um cromossomo. Isso pode ocorrer quando um cromossomo é fragmentado como pela radiação, substâncias químicas ou viroses.

Duplicação: É a presença de um pedaço extra de um cromossomo.

Inversão: Envolve a fragmentação de um cromossomo seguida de uma reconstituição, mas com um trecho do cromossomo invertido.

Translocação: É a transferência de material de um cromossomo para outro não homólogo. Isso pode ocorrer por fragmentação de cada um dos cromossomos, e reconstituição envolvendo a troca recíproca das partes quebradas.

Isocromossomos: Durante a divisão celular um cromossomo pode dividir-se de formas equivocada em um pedaço longo e um curto, ao invés de duas metades idênticas.

CAUSAS DAS ABERRAÇÕES CROMOSSÔMICAS

²⁶ SOMÁTICO: Relativo ao corpo, organismo.

- Idade materna avançada: é um dos fatores preponderantes no mongolismo.

- Doenças autoimunes
- Radiação
- Viroses

PRINCIPAIS ABERRAÇÕES CROMOSSOMICAS

- Podem ocorrer anomalias nos cromossomos sexuais²⁷ ocasionando as:
 - Síndrome de Turner
 - Síndrome de Klinefelter

Podem ocorrer anomalias dos cromossomos autossômicos ocasionando:

- Mongolismo ou trissomia do 21.
- Trissomia do 18
- Trissomia D

Essas são algumas considerações sobre as malformações congênitas no que se diz respeito a seu aspecto etiológico. A partir de agora nos preocuparemos com algumas malformações que quando detectadas na vida intra – uterina por ultra-som ou citogenética podem caracterizar a inviabilidade do recém nascido.

3.5 Defeitos de fechamento do tubo neural. Anencefalia.

Neste caso o tronco e os membros estão normalmente formados, mas o pescoço é curto, o número de vértebras cervicais está reduzido e a abóbada craniana falta em grande parte dos casos e com freqüência existe um defeito

²⁷ CROMOSSOMOS SEXUAIS: Tem relação com a determinação do sexo. O óvo fertilizado com XX se torna feminino e com XY torna-se masculino.

espinhal de grande tamanho. O cérebro está representado por uma massa vascular e o nervo ótico é atrófico. A hipófise falta ou é hipotrófica. O cerebelo, o pedículo cerebral e até a medula espinhal podem estar afetados.

A vida fora do útero é impossível.

Exemplos de Anencefalia:



Figura 01



Figura 02

LESÕES DA MEDULA ESPINHAL

Ocorre com maior frequência nas regiões lombosacra, mas pode ser cervical ou torácica. É a espinha bífida com mielomeningocele, em que um saco que contém a medula e raízes malformadas está coberta por uma delgada membrana vascular. O tronco e membros abaixo da deformidade estão paralisados e pouco desenvolvidos.

Esse saco pode romper-se durante o parto com grave risco para a mãe e levar ao óbito do recém nato.

O tubo neural é uma estrutura do embrião precursora do cérebro e medula espinhal. O fechamento desse tubo é necessário para a formação da calota craniana e da coluna vertebral, e ocorre entre 22 e 28 dias após a concepção. Uma particularidade interessante é o fato do fechamento do tubo neural ocorrer do centro para as extremidades.

Quando a extremidade superior do tubo não fecha, o feto apresenta malformação no cérebro e calota craniana. Essas malformações são conhecidas como anencefalia e encefalocele.

Exemplos de Encefalocele:



Figura 01



Figura 02

A anencefalia pode ser definida como a ausência completa da calota craniana acima do nível dos olhos. Já a encefalocele é caracterizada por defeitos na formação óssea da calota craniana, por onde podem herniar meninge, medula e até mesmo parte do cérebro. A anencefalia é letal em 100% dos casos.

A encefalocele tem sua gravidade dependente da extensão do defeito, sendo mais grave com a exteriorização de partes do cérebro.

O não fechamento da extremidade inferior do tubo neural produz malformações na coluna vertebral, como a espinha bífida, meningocele ou mielomeningocele geralmente localizadas na região lombar/sacral. Além da coluna, o defeito atinge os músculos e pele que recobre a coluna. O resultado é a exposição do conteúdo do canal medular ao líquido amniótico e lesões neurológicas em proporções elevadas de casos. O prognóstico intra – útero é difícil. As complicações e seqüelas variam em quantidades e gravidade incluindo o óbito.

Exemplos de Meningocele:

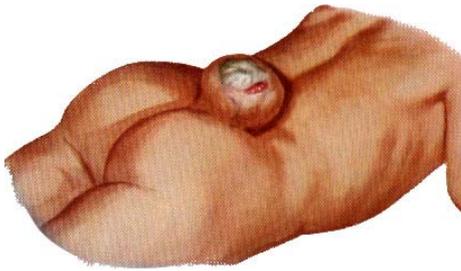


Figura 01



Figura 02

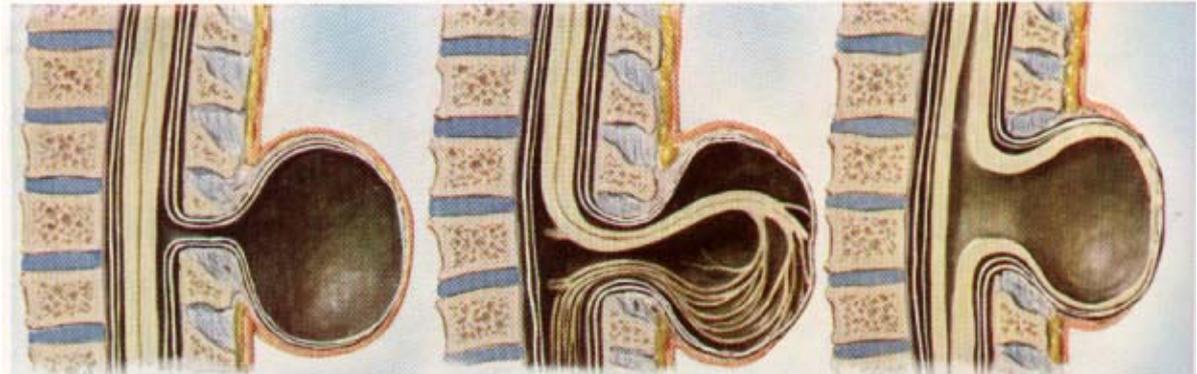


Figura 03

A incidência de defeitos no tubo neural varia conforme a região indo de um caso para cada mil nascimentos até 6/1000.

Acredita-se que a deficiência do ácido fólico (vitamina) esteja envolvida na gênese dos defeitos, combinada com mecanismos genéticos de predisposição.

Assim, é nossa opinião que toda mulher em idade reprodutiva deve tomar suplemento de ácido fólico por ser barato, sem riscos e eficaz.

3.6 Defeitos de fechamento da parede abdominal: Gastrosquise - onfalocele

Outro defeito congênito grave que pode ser incompatível com a vida é a gastrosquise e a onfalocele. Representam os mais graves defeitos congênitos da parede abdominal.

Exemplos de Onfalocele:



Figura 01



Figura 02

A gastrosquise é uma anormalidade congênita da parede abdominal anterior, paraumbelical direita, de quatro a seis centímetros de diâmetro, por onde se herniam as vísceras abdominais (estômago, intestino delgado, intestino grosso, bexiga) durante o período intra – uterino. A cavidade abdominal é pequena, não há membrana amniótica, nem saco peritoneal recobrimdo as vísceras herniadas, ficando essas em contato direto com o líquido amniótico. Este, com o pH =7, irrita as alças levando à peritonite química. Em 6% dos casos ocorre perfuração intestinal. Normalmente ocorrem outros defeitos congênitos associados. A cirurgia é a opção de tratamento, porém só é viável se o tamanho da cavidade abdominal for suficiente para acomodar as vísceras herniadas.

A onfalocele é o mesmo defeito, com as mesmas características, porém o saco herniário é protegido pela membrana peritoneal.

Desse modo, a chance de sobrevivência desse feto só ocorrerá se a cavidade abdominal for suficiente para receber as vísceras e se houver condições clínicas, hospitalares e médicas para uma cirurgia desse porte que termine com o sucesso.

3.7 Diagnóstico Pré-Natal dos defeitos congênitos

A principal utilidade do diagnóstico durante o período pré – natal é:

- Vigiar a evolução da gravidez
- Programar o parto

- Antever complicações no parto
- Descobrir condições dos pais que possam afetar a gravidez presente ou futura.

A freqüência desses defeitos é de três para cada 100 nascimentos e é responsável por um em cada quatro mortes fetais durante a gravidez ou primeira semana de vida.

As principais fases do diagnóstico são:

- Aconselhamento pré – natal, com avaliação de risco.
- Ecografia, com avaliação de idade gestacional, posição fetal, anatomia fetal, número de fetos, localização da placenta e quantidade de líquido amniótico. A observação da maioria dos órgãos internos e extremidades no sentido de detecção de anomalias ocorrem entre a 18^a e 22^a semanas.
- Estudo do líquido amniótico, sangue e vilosidade aoriônica.
- Rastreamento bioquímico.

Os principais exames de sangue são:

- a) Dosagem do hormônio BHC6 livre no sangue materno
- b) Dosagem de proteína plasmática associada à gravidez (PAPP - A) no sangue materno.

São rastreamentos feitos no 1º trimestre de gestação e se positivo não significa que foi feito diagnóstico de anomalia congênita. É um indício que deverá ser confirmado pelo ultra-som morfológico e amniocentese.

Outro teste feito no sangue materno entre 15^a e 20^a semana gestacional é o “tritester”, que promove rastreamento de 98% das gestantes com fetos portadores de defeitos do tubo neural e 60% dos fetos com defeitos de parede abdominal. Consiste em dosar do feto proteína, estradiol livre e BHC6 no sangue materno. Os defeitos do tubo neural ocorrem em 1 a dois de 1000 nascidos vivos, serve também para detectar aberrações cromossômicas e se positivo, deverá ter confirmação do ultra-som e amniocentese. Porém, se negativos a chance de existir um defeito congênito é pequena, mas não é impossível.

Assim, concluímos pela importância da consulta pré – natal e seus exames, e principalmente da necessidade do ultra-som morfológico confirmar os exames de rastreamento.

QUARTA PARTE

4. Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal – aborto

A reforma do Código Penal de 1940 iniciou-se em 1961, pela nomeação da primeira Comissão Revisora pelo então Presidente da República Jânio Quadros, esta Comissão era presidida pelo Ministro Nelson Hungria.

Em 1963 foi apresentado um anteprojeto, promulgado em lei em 1969, que passou a vigorar de 1970 a 1978, quando então, foi revogada. Em 1980, o Ministério da Justiça constituiu uma Comissão encarregada de rever a parte geral do Código, cujo trabalho resultou na lei nº. 7.209, de 11.7.84.

Mais tarde, tiveram inicio os trabalhos da Comissão de Revisão da Parte Especial do Código Penal, dentre um dos temas mais polêmicos esta o aborto.

Na legislação brasileira atual, o aborto é tipificado como crime contra a vida. No Código Penal brasileiro, esta classificado dentro do Título “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no Capítulo “Dos Crimes contra a Vida”.

Sob o aspecto legal é punível o aborto provocado. Entretanto, para resguardar determinadas situações, existem exceções à norma incriminadora; é o caso do aborto necessário e do aborto decorrente de estupro, conforme já exposto nesta monografia no Capítulo II.

No Congresso Nacional, hoje, vários são os projetos de lei que visam desde a legalização completa do aborto até o aumento do leque de permissivos legais.

Uma das discussões em nosso Poder Legislativo é em torno da supressão das duas excludentes de criminalidade apontadas. Parece-nos, contudo, ser esta uma posição equivocada, s.m.j, pois, em relação ao aborto necessário mesmo suprimida a excludente específica constante no tipo penal, a hipótese sub judice estaria acobertada pelo estado de necessidade, sendo neste caso a alteração legislativa de pouco impacto prático.

Data vênia, o mesmo não ocorre em relação ao aborto no caso de gravidez decorrente do crime de estupro, pois, aqui, sendo suprimida a norma existente vedado estaria o comportamento a não ser que viesse a inseri-lo na análise da exigibilidade da conduta conforme o dever, no âmbito da culpabilidade. De qualquer forma, inexistindo a aludida excludente de antijuridicidade, ocorreria certamente uma maior gravidade na situação das mulheres vítimas de estupro, que seriam forçadas a recorrer à clandestinidade.

Por outro lado, uma outra corrente procura ampliar o rol de excludentes de antijuridicidade no aborto. Segundo este posicionamento, além das duas excludentes já existentes, seria inserida a hipótese do aborto eugênico²⁸ ou eugenésico. Trata-se do chamado, aborto piedoso, praticado quando o feto é portador de anomalia grave ou incurável. Assim, busca-se a adição de um inciso no art. 128 do CP que objetiva conceder permissão à mulher para abortar até a 25ª semana de gestação desde que tenha sido diagnosticada a anomalia física ou mental do feto em formação.

Dentre os projetos que tanto tumultuam o Congresso Nacional este é o que merece maior atenção, pois, trata-se da regulamentação da interrupção seletiva da gravidez (ISG) insere-se nos que contam com maior simpatia dos congressistas, pois, já existem hoje grande quantidade de alvarás judiciais autorizando a ISG²⁹ sendo que o primeiro data de 1991 no Mato Grosso. Em sentenças mais recentes, diversos juizes vêm autorizando a pratica do aborto em casos de feto anencéfalo. Numa dessas sentenças, há o registro de que “não se esta admitindo por indicação eugênica com o propósito de melhorar a raça, ou evitar que o ser em gestação venha nascer cego, aleijado ou mentalmente débil. Busca-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só”.

4.1 Doutrina

²⁸ O termo eugenia foi na época da Segunda Guerra mundial em face da *erbggesundheitsgesetz*, lei para a purificação da raça alemã fortemente rejeitado.

²⁹ GOLLOP. Thomas. O descompasso entre o avanço da ciência e a lei. Revista USP 1995; (24): 54- 9

A interrupção seletiva da gravidez nada mais é do que um procedimento clínico de expulsão provocada do feto devido as suas limitações físicas e/ou mentais. Assim, fala-se da “incompatibilidade do feto com a vida extra uterina³⁰” como razões que fornecem as razoabilidades morais e técnicas ao procedimento.

Cediço, é, que as discussões morais e éticas em torno da matéria são gigantesca e, assim a disputa do aborto em torno da autonomia reprodutiva, o consenso ainda se encontra distante.

Além disso, uma grande preocupação existe em torno da regulação do procedimento, buscando estabelecer limites gestacionais a ISG como forma de conter possíveis passagens ao infanticídio.

Quanto às discussões filosóficas, estas são freqüentemente vistas acompanhando os alvarás.

Se de um lado com uma margem quase que esmagadora de certeza esta a classe médica que oferece o suporte científico ao aborto seletivo, baseando-se em exames fetais por meio da análise de células do feto, das células obtidas no líquido amniótico ou das células da placenta nas quais a margem de erro é de 1/1000, esta de outro lado o mundo jurídico, cumprindo seu papel através da difusão oficial de categorias morais usadas em prol das decisões.

Data Vênia, o saudoso Professor da Universidade de São Paulo Thomas Rafael Gollop³¹, comenta que muitos alvarás têm sido concedidos em favor do ISG, em casos de malformações graves de fetos incompatíveis com a vida. Em outras palavras: mediante prova científica irrefutável, que conduz ao grau de certeza, o feto não dispões de qualquer condição de sobrevivência.

Importante ressaltar que, por malformação do feto, não se pode entender para efeito de concessão da interrupção da gravidez, qualquer espécie de anomalia, consistente em defeito físico simplesmente ou, por exemplo, a falta de um membro ou a duplicidade de coração, pois nestes casos NÃO há o risco de o feto não nascer com vida e aí não se justifica a interrupção, senão, exclusivamente, aqueles casos que não há dúvida da inviabilização da vida.

³⁰ SUPLICY. Marta. Projeto de lei nº. 1956/96. Autoriza a interrupção da gravidez nos casos previstos na presente lei. Diário da Câmara dos Deputados 1996, junho 6: 17850

³¹ GOLLOP. Thomas. O descompasso entre o avanço da ciência e a lei. Revista USP 1995

Os exames que comprovem tais resultados devem ser feitos por uma junta médica e aí então submetido ao Poder Judiciário, juntamente com o laudo psicológico da gestante para que se for o caso seja autorizado.

Segundo o Professor Paulo José da Costa Jr.³², são fundamentações indispensáveis para que seja favorável uma decisão de ISG:

1. Não é qualquer anomalia do feto que dá ensejo à autorização judicial para abortamento. Somente as anomalias do feto que inviabilizem sua vida extra uterina poderão motivar tal autorização.
2. O diagnóstico da anomalia deverá ser inquestionável.
3. Ao lado da inviabilidade da vida extra uterina do feto, deve ser considerado o dano psicológico para a gestante, decorrente de uma gravidez, cujo feto não apresentará sobrevivência.

Bussamara Neme, Professora titular da clínica Obstetrícia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Emérito da Faculdade de Medicina de São Paulo e Professor Emérito da Faculdade de Ciências Médicas (UNICAMP), assevera o seguinte:

Ao tomarem conhecimento da referida situação, com freqüência, as gestantes apresentam evidentes perturbações da esfera psicógena, seguidas de atitudes inconstantes, como desorganização familiar, e por vezes, com risco de vida (suicídios).³³

Data Vênia, porque levar até ao final uma gestação que sem dúvida será frustrada, por que obrigar a mãe a gerar um feto que certamente não sobreviverá. É justo tanto sofrimento para essa mãe?

Aqueles que negam a gestante o direito de interromper a gravidez se valem do argumento de que isso seria cruel e desumano. Pergunta-se então quão desumano é obrigar uma mulher a gerar dentro de seu ventre um feto que nunca sobreviverá.

³² JUNIOR. Paulo José da Costa. Aborto eugênico ou necessário. Revista Jurídica. Nº. 229, p. 27 a 29

³³ citação extraída de profundo estudo sobre eugenia produzido em caso análogo ocorrido na Comarca de Campinas/SP, da lavra do magistrado **JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES**, publicada na íntegra pela **Revista brasileira de ciências Criminais**, ano 02, nº 08 outubro – dezembro de 1994, fls 239 a 246

Não buscamos aqui a legalização indiscriminada do aborto, mas sim a legalização no caso supra descrito, em que haja um diagnóstico de anomalia do feto que o incompatibiliza com a vida de modo definitivo.

A hipótese é de inexigibilidade de conduta conforme o dever, na atual legislação. Melhor fosse ela uma excludente da criminalidade, facilitando o acolhimento de pedidos de autorização para o aborto eugênico, formulado pelas gestantes. A tarefa incumbe ao legislador. É a ele que passamos a palavra.

4.2 Autorização judicial para prática de aborto eugênico (alvarás).

Começamos fazendo uma citação do artigo de **Simone Biehler Mateos e Cláudia Lago**, que asseveram: "O aborto é proibido, mas faz parte do cotidiano das brasileiras. Todas fizeram, vão fazer ou conhecem alguém que fez ou vai fazer; e a maioria considera a possibilidade quando se vê diante de uma gravidez indesejada. Mas não pode nem falar nisso. A proibição é uma das maiores causas da mortalidade materna, além de não coibir a prática (motivos outros levam ao descumprimento da lei). A brasileira faz sete vezes mais aborto do que a holandesa, que vive num país onde ele é legal. A grande hipocrisia nacional vem matando uma brasileira a cada quatro minutos (mais de 130 mil a cada ano)." (In, revista ATENÇÃO, ano 2, n 3, fev. 96, p. 9).³⁴.

Quando se descobre que o feto é portador de uma anomalia que o incompatibiliza com a vida extra – uterina, a primeira coisa a se fazer é buscar uma autorização via judicial buscando a interrupção desta gestação infrutífera.

Por se tratar de conduta típica, o aborto eugênico não encontra guarida na legislação penal vigente, e em razão disto, muitos pedidos são negados pela impossibilidade jurídica do pedido.

A jurisprudência vem se antecipando a legislação no sentido de conceder alvarás judiciais, em favor de atentado violento ao pudor, e malformação do feto.

³⁴ BIEHLER Simone apud ARAÚJO. Carlos Roberto de. Aborto uma questão de vida

Em São Paulo, 90% dos alvarás são deferidos em favor das mulheres que pedem o aborto em decorrência de malformação do feto. É uma questão da nova área biojurídica.

No âmbito processual o assunto pertence à competência das varas criminais. Não há lide, pois existe apenas um pólo na relação jurídica, não havendo partes existe apenas interessados. É caso de jurisdição voluntária.

Em se tratando dos documentos indispensáveis ao ajuizamento da inicial, são eles: três pareceres médicos, laudo da ultra-sonografia, laudo psicológico da gestante e seu consentimento. Importante ressaltar que nesses casos é sempre favorável que se junte jurisprudências a favor da causa.

Na causa de pedir da ação, temos de natureza material a inviabilidade da vida e o aspecto psicológico da gestante.

No caso de indeferimento do pedido, o recurso de praxe é a apelação, porém, muitas vezes sua demora poderá prejudicar a gestante sendo assim o meio mais eficaz será o mandado de segurança.

Segundo a Doutoranda em Antropologia Social pela Universidade de Brasília - UnB e Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília Débora Diniz:

“Os alvarás são fruto de um processo dialógico que tem início na relação médico-paciente (ou médico-casal). De posse da decisão familiar pela ISG, o médico recorre ao juiz em busca do veredicto oficial que, na maior parte dos casos, é consoante à solicitação clínica (pouquíssimos são os casos de quadro clínico fetal extremo em que há recusa judicial da ISG). Sob esse enfoque, os alvarás são a materialização de um processo argumentativo, no sentido habermasiano do conceito, onde se consideram vários pontos de vista concernentes à questão. É comum encontrar nos textos que acompanham as decisões legais tratados sobre a posição religiosa do juiz, sobre os limites eugênicos do procedimento, sobre a política de autonomia reprodutiva no país, etc. Como resultado, obtemos documentos que acreditam fundamentar moralmente a ilicitude do ato. Isto é possível, já que os alvarás correspondem ao instante da reflexão sobre a ação, ou seja, por ser um momento anterior à ação

os alvarás são a ponderação moral da ISG. E é desta forma que os considereirei para a presente análise.”

O que segue é uma espécie de taxinomia das categorias morais lançadas pelos alvarás. Começamos pela situação clínica mais comumente referida tanto pelos documentos judiciais quanto pela imprensa diária nacional: a anencefalia.

Primeiramente, a anencefalia sustenta seu reinado dentre as patologias por seu caráter clínico extremo: a ausência dos hemisférios cerebrais. Mas esta, no meu entender, não é a razão suficiente para fazer dos fetos portadores de anencefalia a metáfora do movimento em prol da legitimação do aborto seletivo. A ausência dos hemisférios cerebrais, ou no linguajar comum "a ausência de cérebro", torna o feto anencéfalo a representação do subumano por excelência. Os subumanos são aqueles que, segundo o sentido dicionarizado do termo, se encontram aquém do nível do humano. Ou, como prefere Jacquard, aqueles não aptos a compartilharem da "humanidade", a cultura dos seres humanos. Os fetos anencéfalos são, assim, alguns dentre os subumanos os que não atingiram o patamar mínimo de desenvolvimento biológico exigido para a entrada na humanidade _ aos quais a discussão da ISG vem ao encontro. Lembro, entretanto, que o conceito de subumanidade se encontra diluído nos alvarás pesquisados. É possível decodificá-lo a partir de passagens como as seguintes:

"...Não há razão para deixar de afirmar que, no caso da anencefalia, a vida que subsiste não é propriamente falando uma vida humana, a vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana... (*apud* Verspieren, 1989). Não se está admitindo a indicação eugênica com o propósito de melhorar a raça ou evitar que o ser em gestação venha a nascer cego, aleijado ou mentalmente débil. Busca-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só..." (alvará emitido pela Comarca de Londrina, 2ª Vara Criminal: 02 diagnósticos: anencefalia; em 1/12/1992).

"...Como, em verdade, exigir dos pais, que sabem que o seu filho provavelmente virá a ser um anormal, não venham a praticar o aborto, suportando, em caso contrário, a penosa carga de cuidarem de um excepcional toda uma existência?..." (alvará emitido pela Comarca de Rio Verde: 04 diagnósticos: anencefalia; em 19/5/1991).

Poderíamos refinar a discussão e adentrar em idéias citadas nos trechos acima selecionados, tais como de pessoa ou de anormalidade. Considero, no entanto, que para fins deste ensaio basta agrupá-las sob a égide da subumanidade. Os subumanos são aqueles para quem a vida é fadada ao "fracasso" _ como considera Dworkin, um jurista liberal norte-americano estudioso do aborto _ ou para quem, no mínimo, o conceito de vida não se adequa. Os subumanos são a alteridade humana extrema, aqueles não esperados pelo milagre da procriação. Nesse contexto, a situação clínica da anencefalia é esclarecedora: os anencéfalos são fetos que não possuem o órgão-sede que, por seu desenvolvimento evolutivo, diferencia os seres humanos de outros animais. É o cérebro que permite ou possibilita a personalização da humanidade, tarefa impossível para aqueles que não o possuem (sobre esta idéia de estar no cérebro a localização da humanidade, vale a pena conferir as palavras de Fernando Altemeyer Junior, vigário coadjutor da Comunicação da Arquidiocese de São Paulo, em artigo publicado no Jornal do Brasil, em 1 de abril de 1996, que dizia o seguinte sobre o aborto seletivo em casos de anencefalia: "...Muitos moralistas católicos de renome têm se posicionado em favor desta operação cirúrgica no caso específico da anencefalia, pois não são seres humanos os frutos desta gestação e, portanto não se poderia exigir desta mãe o sacrifício de uma gravidez que não pudesse oferecer vida humana a uma criança destinada a sobreviver..."). Assim, quando a mídia ou mesmo o projeto de lei da deputada Marta Suplicy se referem à gestante portadora de um feto anencéfalo como "caixão ambulante", a idéia de vida que nutre esta imagem não é apenas a que diz respeito à integridade biológica. Por trás desta, existe uma expectativa de vida muito mais ampla e é exatamente isto o que une um feto anencéfalo a um feto portador de trissomia do cromossomo vinte e um e até a fetos com ausências de membros distais como potenciais alvos da ISG. É uma idéia social de vida, respaldada, é claro, pela plenitude biológica, o que justifica grande parte das solicitações de aborto seletivo.

A construção da categoria "vida humana" ou mesmo "vida biológica" perpassa todos os alvarás. Os juízes, no desenvolvimento dos motivos que acreditam sustentar a ISG, recorrem à idéia de que os fetos em questão não possuem vida (ou, no mínimo, não serão capazes de dar continuidade à "pouca

vida" que possuem). Esta certeza da ausência de vida é sustentada pelos laudos médicos que acompanham o processo judicial, e tanto isto ocorre que, na maioria dos casos, os juízes fazem referências à literatura especializada ou às observações clínicas sugeridas pelos médicos responsáveis pelo processo. Este argumento da ausência de vida, associada à imagem de subhumanidade anteriormente apontada, compõe o cerne argumentativo que concede a validade moral ao ato. Para os juízes, é de extrema importância apontar a impossibilidade da vida extra-uterina ou mesmo o prejuízo humano de se continuar à gestação, pois, segundo eles, a legislação brasileira é proibitiva em relação ao aborto porque seu objetivo é preservar a vida humana. Assim, por uma circularidade do argumento, os juízes assentam a legitimidade do procedimento na ausência de vida dos fetos. Vale acompanhar uma dessas passagens:

"...Com efeito, infere-se que a requerente demonstrou, através de parecer médico, haver irregularidades na gravidez, sendo certo que tais problemas impedem a vida extra-uterina. Vale notar que o objeto jurídico do aborto consiste na preservação da vida humana que, na hipótese sob análise, não ficaria prejudicada pela interrupção da gravidez, ante o fato descrito..." (alvará emitido pela Comarca de São Paulo: 01 diagnóstico: sem a descrição do diagnóstico, em 5/3/1996).

Parte-se, então, de uma construção legal de positividade da vida _ toda vida humana deve ser defendida, daí a proibição com relação ao aborto, à eutanásia e a qualquer outra forma de encurtamento ou extermínio da vida _ para uma negatividade da vida em nome da subhumanidade do feto. O limite desta construção negativa da vida é a defesa da obrigatoriedade do aborto seletivo em casos de subhumanidade extrema, o oposto de uma positividade-limite em que qualquer forma de aborto seja proibida, como por exemplo, a citação de Bernardette Modell, presente em Gollop, que dizia: "...tem a mãe o direito de levar à frente uma gestação com uma criança seriamente afetada, quando isso representa uma carga financeira e social imensa para toda a sociedade?..."

Associada às idéias de subhumanidade e de vida humana, está a categoria "higidez psíquica da mãe". Apesar de presente em todos os alvarás pesquisados, a preocupação com a integridade psíquica materna é referida a título de complemento argumentativo, não ocupando em nenhum dos documentos o papel

principal. Isto é tanto verdade que comumente a entrada desta categoria se vê precedida por expressões frásicas que apenas reforçam seu caráter de adendo. Eis um exemplo:

"...Ademais, o prosseguimento da gravidez pode acarretar danos à higidez psíquica da requerente, situação que torna o aborto necessário..." (alvará emitido pela Comarca de São Paulo: 01; em 5/3/1996) [sem grifos no original].

Não me sinto segura o suficiente, a partir da leitura de oito alvarás, para apontar uma razão definitiva para esta pouca importância dada ao possível trauma que uma gestação fadada ao "fracasso" poderia vir a causar na mulher. Arriscaria, no entanto, duas hipóteses. A primeira, é que reforçar o caráter da saúde psíquica materna, talvez, provocasse uma mudança de rumos na luta política e moral que a ISG carrega. Enquanto a justificativa para o aborto seletivo mantiver seu cerne na qualidade de seres humanos (humanidade de alguns e subumanidade de outros), a luta é uma. Fala-se em nome de fetos. Caso se transfira esta discussão para a figura materna, a discussão, talvez, recaia no primeiro permissivo legal já previsto pela legislação brasileira: o risco de vida materno. Ou até mesmo no ainda limitado debate sobre a autonomia reprodutiva da mulher. A segunda hipótese, não tão provável quanto a primeira, é que remeter à "higidez psíquica da mãe" é referenciar um daqueles imponderáveis, de difícil comprovação clínica, ou ao menos não tão imediata quanto o é uma ultrasonografia ou uma amniocentese em que a alteração clínica é comprovada com grande segurança. O importante, no entanto, é entender qual o papel ocupado pela figura materna nos alvarás. Em geral, esta é uma figura que permanece à sombra do feto. Este sim é o alvo principal das discussões travadas até aqui. Esta idéia do feto como uma entidade separada da mãe e alvo de preocupações específicas foi apontada recentemente por Salem e Novaes no artigo "Recontextualizando o embrião", no qual diziam: "... De fato, diversos autores vêm insistindo em que técnicas mais ou menos recentes _ como a ultra-sonografia, a amniocentese e a cirurgia fetal _ estão incitando representações do feto e do embrião como individualizados e separados do corpo grávido materno de tal modo que, mesmo quando englobados por ele, esses seres já são medicamente percebidos como "segundos pacientes" para monitoração e eventualmente terapia..."

Além destes, outros argumentos compõem os textos jurídicos, porém assumem um papel esparso e de pouca representatividade argumentativa no corpo do processo. Citarei alguns apenas como complementação do quadro taxinômico proposto no início do ensaio. São eles:

- *coerência da lei*: para o juiz autor do alvará emitido pela Comarca de Rio Verde, Mato Grosso, não há diferenças significativas entre os dois excludentes de criminalidade previstos pela legislação brasileira _ risco de vida materno (aborto necessário) e gravidez por estupro (aborto sentimental) _ e o aborto seletivo, chamado por ele de aborto terapêutico, próximo ao que chama de aborto eugênico (aquele que não necessariamente implique impossibilidade de vida extra-uterina, implicando apenas uma redução significativa no patamar da capacidade de adquirir e compartilhar humanidade). Diz ele:

"...Todavia, na prática não há diferença entre estes dois casos autorizados, e qualquer outro aborto. Se nesses casos houver justificativas para a sua prática, sem dúvida haverá justificativas para os demais... mas se a lei permite o [aborto necessário], porque [*sic*] não permitir quando há impossibilidade de vida do concepto, fora do útero materno?..."

- *jurisprudência acumulada*: este é um argumento poderoso de convencimento, no entanto vem sendo utilizada com mais frequência pelos movimentos sociais na pressão pela mudança da legislação. O juiz, autor do alvará emitido pela Comarca de São Paulo, inicia sua justificativa afirmando:

"...E o pedido deve ser deferido, consoante inúmeras decisões proferidas em situações idênticas..."

- *autonomia reprodutiva*: muito rapidamente é citada por um dos juízes e num estilo *en passant*, que lhe protege de um confronto direto com a lei:

"...É bem verdade, sabido e ressabido por todos, que se pratica no Brasil e no mundo inteiro milhões de abortos pelos mais diversos motivos, justificáveis ou não. É sabido que muitos defendem o direito de cada um de decidir sobre a sua prole..." (alvará emitido pela Comarca de Rio Verde: 04; em 19/5/1991)".

TRECHOS SELECIONADOS DE ALVARÁS EMITIDOS.

“Justiça paulista autoriza dona-de-casa a abortar”.

Segunda, 20 de novembro de 2000, 15h52min.

A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou, por 3 votos a 0, a dona-de-casa M.N. a fazer um aborto, pois está gerando um feto sem cérebro e sem calota craniana, não tendo possibilidade de vida.

Para poder interromper a gravidez, M.N. foi obrigada a impetrar mandado de segurança contra a juíza da 2ª Vara Criminal de Osasco, Isabel Irlanda Castro Correia Araújo, que dia 15 de setembro último proferiu decisão proibindo o aborto.

A juíza argumentou que não se tratava de "aborto terapêutico", mas sim de "aborto eugênico, que foi apregoado pelo nazismo e aceito pela sociedade alemã da época".

A anomalia havia sido constatada por uma equipe médica do Hospital da Clínica, através de ultra-sonografia realizada em 6 de setembro, quando o feto estava na 15ª semana de gestação. Os desembargadores David Haddad, Raul Motta e Jarbas Mazzoni determinaram urgência na expedição de autorização judicial e demais documentos necessários.³⁵

“Com efeito, infere-se que a requerente demonstrou, através de parecer médico, haver irregularidades na gravidez, sendo certo que tais problemas impedem a vida extra – uterina. Vale notar que o objetivo jurídico do aborto consiste na preservação da vida humana que, na hipótese sob análise, não ficaria prejudicada pela interrupção da gravidez, ante o fato descrito...”³⁶

“...Não há razão para deixar de afirmar que, no caso de anencefalia, a vida que subsiste não é propriamente falando uma vida humana, a vida de um ser destinado a chegar a ser pessoa humana (apud Verspieren, 1989). Não se esta admitindo a indicação eugênica com o propósito de melhorar a raça ou evitar que

³⁵ disponível em <http://www.terra.com.br/brasil/2000/11/20/068/htm>

³⁶ Alvará emitido pela Comarca de São Paulo, 1 diagnóstico: 5/3/96 apud Mauro Célia Maria Boscoli. Monografia. Aborto eugênico. P53, 2001.

o ser em gestação venha a nascer cego, aleijado ou mentalmente débil. Busca-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só...”³⁷

MANDADO DE SEGURANÇA

“Aborto eugênico – anomalia fetal – Consentimento judicial para a interrupção cirúrgica da gravidez – expedição imediata da autorização e eventuais ofícios para que seja efetivada a pretensão inicial – Segurança concedida.

Mandado de segurança n. 329.564 – 3 – Osasco – Impetrantes: Marcia Milani e João Henrique da Silva – Impetrado: Juiz de Direito da 2º Vara Criminal de Osasco. (Voto n. 11.892)

ACÓRDÃO

ACORDAM, em Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, conceder a segurança, expedindo-se imediatamente a autorização e eventuais ofícios para que seja efetivada a pretensão inicial, de conformidade com o relatório e voto de Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Jarbas Mazzoni (Presidente) e Raul Motta.

São Paulo, 20 de novembro de 2000.

DAVID HADDAD, Relator.”

³⁷ Alvará emitido pela Comarca de Londrina, 2º Vara Criminal: 2 diagnósticos: anencefalia; 1/12/92. Apud Mauro. Célia Maria Boscoli. Monografia Aborto eugênico, p53, 2001

“Aborto – Eugênico – Indeferimento do pedido – feto portador da Síndrome de Edwards – Inexistência de direito líquido e certo dos pais sobre a vida de seus filhos – Segurança denegada – Vencedor e vencido”.

Mandado de Segurança n. 354.703 – 3 – São Paulo – Impetrantes: Regina Márcia Pavão da Silva e Ivan Gerson Scarpelini – Impetrado: M.M. Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo. – DIPO. (VOTOS n. 2.195, 13.947 e 3.753).

ACÓRDÃO

ACORDAM, em Terceira Câmara criminal de julho de 2001 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, denegar a segurança, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os desembargadores Segurados Braz (Presidente), vencedor e Donegá Morandini, vencido, ambos com declaração de votos.

São Paulo, 31 de julho de 2001.

MACHADO DE ANDRADE, Relator.

Ante todo o exposto, cumpre-se ressaltar que cada vez mais crescem os números de alvarás a favor a ISG.

Data Vênia, o fundamento utilizado pelos juízes ao autorizarem a realização dos abortos é:

a) Não é qualquer anomalia do feto que dá ensejo à autorização judicial para o abortamento. Somente as anomalias do feto que invibializam sua vida extra – uterina.

b) O diagnóstico da anomalia deverá ser inquestionável.

c) Ao lado da inviabilidade da vida extra – uterina do feto, deve ser considerado o dano psicológico para a gestante, decorrente de uma gravidez, cujo feto não apresentará sobrevida.

4.3 Jurisprudência

A jurisprudência vem se antecipando a legislação no sentido de conceder alvarás judiciais, em favor de atentado violento ao pudor, e malformação do feto. Vejamos algumas dessas decisões:

“ABORTO – Pedido de autorização judicial instruído com laudos médicos e psicológicos – feto portador de anencefalia – Admissibilidade da interrupção da gravidez eis que evidenciado risco à saúde da gestante, especialmente psicológica.

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

Ap 98.003566-0 – 2º Câmara – j. 05.05.1998 – rel. Des. Jorge Mussi.

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

ACORDAM, em 2ª Câm. Crim. Por v.u.; prover o recurso para conceder o alvará judicial para realização do aborto.

Florianópolis, cinco de maio de 1998.

JORGE MUSSI, Relator.

“ABORTO – solicitação de autorização judicial para interrupção da gravidez em decorrência de má formação congênita do feto comprovada cabalmente por laudos médicos – admissibilidade como forma de se evitar a amargura e o sofrimento psicológico da mãe que, de antemão, sabe que o filho não terá qualquer possibilidade de sobrevivida”.

Ementa da redação: Em se tratando de solicitação de aborto eugênico ou necessário, em decorrência de má formação congênita do feto comprovada cabalmente por laudos médicos, admite-se a autorização judicial para interrupção da gravidez, como forma de se evitar a amargura e o sofrimento psicológico da mãe que, de antemão, sabe que o filho não terá qualquer possibilidade de sobrevivida.(RT 781/581)

“AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – Interrupção da gravidez – Constatação da má formação congênita do feto com previsão de óbito intra – uterino ou no período neonatal – Admissibilidade da pretensão ainda que tal hipótese não se encontre entre as causas autorizadas de aborto, previstas no art. 128 do CP – voto vencido”.

Ementa oficial: Afigura-se admissível a postulação em juízo de pedido pretendendo a interrupção da gravidez no caso de se constatar a má formação do feto, diagnosticada a ausência de calota craniana ou acraniana fetal, com previsão de óbito intra-uterino ou no período neonatal. Apesar de não se achar prevista entre as causas autorizadas do aborto, disposta no art. 128 CP, a má formação congênita exige a situação anômala específica à adequação da lei ao avanço tecnológico da medicina que antecipa a situação do feto.

Ementa do voto vencido: O pedido de autorização judicial para interrupção da gravidez por indicação de acrania fetal esbarra em absoluta ausência de respaldo legal, uma vez que o preceito penal brasileiro somente autoriza o aborto sentimental e terapêutico, vedando o aborto eugênico.

Ap. n. 264.255 – 3 – 3ª Câ. –m j. 23.09.1998 – rel. Juiz Duarte de Paula – DOMG 22.12.1998.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv. 264.255-3, da Comarca de Belo Horizonte, sendo apelantes, B.G.P e outro, acorda, em Turma, a 3ª Câm. Civ. Do TAMG, dar provimento, vencido o juiz revisor.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 1998.

DUARTE DE PAULA, Relator.”

Assim, verifica-se nas decisões supra mencionadas algumas ordens de raciocínio:

1) O aborto eugênico não encontra guarida na nossa legislação, contudo deverá ser deferido diante da inviabilidade da vida extra uterina do feto, ressaltando-se ainda os danos psicológicos da gestante, portanto não se deve censurar tal comportamento, visto que a realização implica na inexigibilidade de conduta diversa;

2) Outra corrente sustenta que se houver dano psicológico a saúde da gestante, deverá ser realizado o aborto, mas na modalidade de aborto necessário.

3) Já as decisões denegatórias sustentam que o aborto eugênico não está previsto na nossa legislação e portanto há impossibilidade jurídica do pedido.

CONCLUSÃO

Na legislação brasileira atual, o aborto é tipificado como crime contra a vida. No Código Penal brasileiro, está classificado dentro do Título “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no Capítulo “Dos Crimes contra a Vida”.

Sob o aspecto legal é punível o aborto provocado. Entretanto, para resguardar determinadas situações, existem exceções a norma incriminadora; é o caso do aborto necessário e do aborto decorrente de estupro, conforme já exposto nesta monografia no Capítulo II.

Dentre os projetos que tanto tumultuam o Congresso Nacional, que buscam desde a legalização completa do aborto até o aumento do leque de permissivos legais, esta a corrente que visa a incorporação de além das duas excludentes já existentes, uma terceira que seria inserida na hipótese do aborto eugênico ou eugenésico. Trata-se do chamado, aborto piedoso, praticado quando o feto é portador de anomalia grave ou incurável. Assim, busca-se a adição de um inciso no art. 128 do CP que objetiva conceder permissão à mulher para abortar até a 25ª semana de gestação desde que tenha sido diagnosticada a anomalia física ou mental do feto em formação.

Por se tratar de conduta típica, o aborto eugênico não encontra guarida na legislação penal vigente, e em razão disto, muitos pedidos são negados pela impossibilidade jurídica do pedido.

A jurisprudência vem se antecipando a legislação no sentido de conceder alvarás judiciais, em favor de atentado violento ao pudor, e malformação do feto. Sabe-se do deferimento de muitos alvarás em favor da interrupção seletiva da gravidez, em casos de malformações graves de fetos incompatíveis com a vida. Em outras palavras: mediante prova científica irrefutável, que conduz ao grau de certeza, o feto não dispões de qualquer condição de sobrevivência. Casos como este não serão de modo algum constatados de maneira irresponsável, mas sim por meio de uma junta médica e aí então submetido ao Poder Judiciário, juntamente com o laudo psicológico da gestante para que se for o caso seja autorizado.

Data Vênia, existe hoje um imenso confronto entre a prova irrefutável de que aquele feto não é compatível com a vida extra uterina sendo racionalmente aprovado o aborto e a lei que por ter sido sacramentada em 1940, data em que não se detinha a tecnologia que temos hoje freia a possibilidade do aborto eugênico sendo este para o Código Penal de 1940, ilícito. Há aqui uma clara divergência entre história X ciência.

Ocorre que o intuito desta autora não é, de forma alguma buscar a licitude para todo e qualquer tipo de aborto, nem mesmo para fetos portadores de qualquer anomalia, mas sim a licitude para que ocorra o abortamento nos casos em que o feto é portador de anomalia que o torna incompatível com a vida extra – uterina, tendo sido constatado por prova irrefutável.

Ex positis, não há dúvidas na opinião da autora, ante a pesquisa realizada que deve ser incluso no art. 128 do Código Penal um novo inciso, que incluirá o aborto eugênico, objetivando-se a procedência da ciência, tecnologia, certeza e acima de tudo a lúdima justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal - Artigos 121 a 136.** Vol. 5. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

REZENDE, Jorge de. **Obstetrícia.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1969.

KARDEC, Allan. **O Livro dos espíritos.** Trad. Salvador Gentile. 87. Ed. Araras: 1994.

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

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

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

SPOLIDORO, Luis Cláudio Amerise. **O Aborto e sua antijuridicidade.** São Paulo: Editora Lejus, 1997.

COOK, Rebecca J. **Leis e Políticas sobre o aborto; desafios e oportunidades.** São Paulo: Conselho Estadual da Condição Feminina, 1991.

KENTISH, Michael Litchfield e KENTISH. Susan. **Bebês para queimar; a indústria do aborto na Inglaterra.** 4ª ed. São Paulo: Ed Paulinas, 1977.

MILANESI, Maria Lucila. **O Aborto Provocado**. São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1968.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 1ª ed. São Paulo: Atlas,1999.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 2º vol; parte especial. 23ª ed. São Paulo, 2000.

PRADO, Danda. **O que é aborto**.4ª ed. São Paulo: Brasiliense,1995.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto: um direito ou um crime?**. 8ª ed. São Paulo: Moderna, 1997.

GOLLOP, Thomas Rafael. **O descompasso entre o avanço da ciência e a lei**. Revista USP 1995; (24):54 – 9

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Aborto eugênico ou necessário?** Publicada na RJ nº. 229 – Nov 96.

SUPLICY, Marta. Projeto de lei nº. 1956. Autoriza a interrupção da gravidez nos casos previstos na presente lei. Diário da Câmara dos Deputados 1996, junho 6: 17.850. Disponível em <<http://www.uol.com.br/noticias/projetomarta>> acessado em 1º de abril de 2003.

TORRI, Nathalia Pereira. O aborto, seus tipos e sua repercussão no mundo jurídico brasileiro e nas religiões. Disponível em <<http://www.direito.com.br>> acesso e 5 de julho de 2003.

Disponível em <<http://www.mj.gov.br>> acesso e 5 de julho de 2003.

Disponível em <<http://www.jus.com.br/pesquisa/cpenal.html>> acesso em 5 de julho de 2003.

Disponível em <<http://www.advogadocriminalista.com.br/home/artigos/0014.html>> acesso em 5 de agosto de 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. Aborto Eugênico - considerações ético – legais. Disponível em <<http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo.htm>> acesso em 5 de agosto de 2003.

Disponível em <www.ambitojuridico.com.br> site consultado em 6 de agosto de 2003.

Disponível em www.factum.com.br site consultado em 6 de agosto de 2003.

JUNIOR, Paulo José da Costa. **Aborto: Eugênico ou necessário?**. Disponível em <<http://www.direito.com.br>> site consultado em 6 de agosto 2003.

FILHO, Afonso P. Branco. Aborto eugênico: afinal, quais os casos onde o aborto deve mesmo ser permitido?. Disponível em <<http://www.direito.com.br>> site consultado em 6 de agosto de 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. Aborto – breves reflexões sobre o direito de viver. Disponível em <<http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo1.htm>> site consultado em 6/08/2003.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A velha e sempre nova polêmica do aborto. Disponível em <<http://www.usp.br/jorusp/arquivo/1997>> site consultado em 6 de agosto de 2003.

Disponível em <<http://www.cremesp.com.br>> site consultado em 13 de agosto de 2003.

CARVALHO, Daltro Oliveira de. Laboratório de assessoria administrativa e jurídica. Franca - SP, 1999. Disponível em <<http://www.unifran.br/daltro/site/juridico>> site consultado em 13 de agosto de 2003.

Disponível em <<http://www.tex.pro.br>> site consultado em 13 de agosto de 2003.

ARAÚJO, Carlos Roberto de. Aborto uma questão de vida. Disponível em <<http://www.uj.com.br/publicações/doutrinas>> site consultado em 13 de agosto de 2003.

PRETTI, Gleibe. **Biodireito**: Aspectos do aborto por malformações embrionárias. Disponível em <http://www.direito.com.br> site consultado em 22 de agosto 2003.

Disponível em <www.webciencia.com/01_aborto.htm> acesso em 14/04/03

RELAÇÃO DE ANEXOS

Anexo A

Consulta nº 8.905/98

Assunto: Solicita parecer sobre caso de gestação, onde foi constatado diagnóstico de anencefalia e sobre a dúvida em interromper a gravidez ou dar continuidade e doar os órgãos

Relator: Conselheiro Marco Segre

Ementa: A vontade do casal - de doar os órgãos de seu filho anencéfalo, após o nascimento, para transplante - esse desejo merece todo respeito e acolhida possíveis.

A consulente Sra. M.I.T.A.C., solicita parecer do CREMESP sobre caso de gestação, onde foi constatado diagnóstico de anencefalia e sobre a dúvida em interromper a gravidez ou dar continuidade e doar os órgãos.

Parecer:

O diagnóstico de anencefalia fetal pré-anuncia uma situação de impossibilidade de vida prolongada, após o nascimento.

A ciência ainda não oferece recursos para a correção dessa anomalia, até mesmo para o prolongamento da vida de um anencéfalo: muito menos, ao que se sabe, para atenuar os danos no seu neuro-psiquismo.

É tão séria, essa síndrome - anencefalia - que vários Juízes de nosso País já emitiram decisões autorizando o aborto nesses casos, quando os pais assim o desejassem. Decisões corajosas, uma vez que o nosso anacrônico Código Penal

ainda exclui essas situações que se enquadrariam no assim chamado aborto eugênico daquelas em que o aborto praticado por médicos não é apenado.

Artigo 128 do Código Penal.

Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto Necessário.

- 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.

A presente consulta, dirigida a este Conselho pela Sra. M.I.T.A.C., traz a tona situação nova, que merece acurado enfoque ético.

O desejo dela, mãe de um feto de pouco mais de três meses, comprovadamente anencéfalo (dois resultados de ultra-sonografia obstétrica são absolutamente decisivos nesse sentido), de levar a gravidez a termo, sequer pode ser questionado. É, plenamente, um seu direito.

A vontade do casal - de doar os órgãos de seu filho anencéfalo, após o nascimento, para transplante - esse desejo merece todo respeito e acolhida possíveis. Serão irrelevantes, para essa acolhida, as razões do casal (benemerência, realização pessoal, etc), razões essas com as quais cada um de nós poderá, ou não, concordar.

O que deve valer, "data vênica", é que a essa criança, uma vez nascida, sejam asseguradas condições de "sobrevivência" cardio-respiratória, com respeito e a dignidade devidos a todo ser humano, para que se possa manter a vitalidade dos órgãos passíveis de serem transplantados (fígado, rins, córneas, etc) em outro recém-nascido.

Até aí este Conselho poderá caminhar, ao lado dos pais do feto anencéfalo, auxiliando-os, mediante a resposta a esta consulta, a obter o suporte para o recém-nascido do qual serão retirados os órgãos.

Em termos científicos, não existe qualquer perspectiva de vida do anencéfalo.

O que este Conselho não pode garantir é a real, futura utilização desses órgãos: comunicação tempestiva à Central de Transplantes de Órgãos deverá ser realizada pelos pais, devendo-se então proceder todas as provas de avaliação desses órgãos, quanto a ser indicado, ou não, o seu transplante.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Conselheiro Marco Segre

Aprovado na 2.071ª Reunião Plenária, realizada em 10.02.98.

Anexo B

Consulta nº 21.326/97

Assunto: Interrupção da gravidez nos casos previstos por lei ou aborto legal

Relator: Conselheiro Cristiano Fernando Rosas

Ementa: O médico exerce a medicina de forma ética, quando respeita a lei e os direitos reprodutivos de seu paciente, sendo de seu direito recusar-se à realização de atos médicos que embora permitidos por lei sejam contrários aos ditames de sua consciência.

O consulente Dr. M.C.F., solicita parecer do CREMESP sobre interrupção de gravidez nos casos previstos por lei ou aborto legal.

Parecer:

O presente parecer tem origem na documentação protocolada neste Regional pelo Dr. M.C.F. Presidente da Comissão de Ética Médica de Santa Casa de Misericórdia do interior de São Paulo. Tais documentos, referem-se a Alvará Judicial, assinado pelo Dr. F.L.R.C., MM. Juiz de Direito Titular e Corregedor da Câmara de Mogi das Cruzes. Tal decisão "autoriza as necessárias cautelas para salvaguardar a vida e a saúde da gestante, seja, por médico, junto ao, interrompida a gravidez, de V.A.S; que assentiu assistida pela mãe, na manobra abortiva, em hospital aparelhado". A referida gestação, apresentava anomalia fetal grave, mais especificamente anencefalia, consistente em malformação congênita, por defeito do fechamento do tubo neural, caracterizada pela falta total ou parcial do encéfalo.

Aborto, palavra derivada de ab - ortus, tem o significado de privação do nascimento.

Primeiramente, há de se fazer a diferenciação entre o conceito de aborto do ponto de vista jurídico e médico.

Do ponto de vista jurídico, a lei não estabelece limites para a idade gestacional, isto é: aborto é a interrupção de gravidez com intuito de morte do concepto, não fazendo alusão à idade gestacional.

Do ponto de vista médico, aborto é a interrupção de gravidez até a 20^a ou 22^a semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou ainda quando o feto mede até a 16,5 cm. Este conceito foi formulado baseado na viabilidade fetal extra-uterina e é mundialmente aceito pela literatura médica. Entendemos aborto legal, baseado neste conceito médico, lembrando estudos que recomendam o limite de 12 (doze) semanas para a realização do procedimento, devido a dificuldades técnicas e aos riscos aumentados após esse período. Isto não significa que com boa técnica e recursos ou diante de algumas indicações médicas, este limite não possa ser alargado até 20 semanas.

A questão do aborto, reverte-se de aspectos sociais, médicos, éticos e legais. É assunto por demais controverso, e tema ainda hoje tratado com extremo preconceito em nossa sociedade, e devemos entendê-lo como um fenômeno bio-psico-social. Em razão deste e de aspectos culturais peculiares à nossa sociedade, ainda hoje, passados mais de meio século, o Código Penal de 1940 causa dúvidas e incertezas e não se aplica na quase totalidade dos serviços médicos. Conhecidos de todos são as discussões e debates pró e contra aborto. Não será o nosso intuito com este parecer o de discutir e aprofundar os aspectos filosóficos do tema, nem defender um ou outro lado. Apenas trazer alguns dados históricos e aspectos legais e éticos que julgamos relevantes para reflexão sobre o tema.

Quando se inicia a vida humana ? Bem sabemos, que o elemento crítico no debate sobre o aborto é a questão da personificação. Quando o feto torna-se uma pessoa ? A partir de quando ? Certamente, que a resposta que damos a estas questões, nos afeta e dirige nossa atitude em relação ao aborto. Como diz Sueli Dallari, "estamos diante portanto de um caso típico onde as posições quanto ao fundamento ético são inconciliáveis. Para alguns trata-se do direito à vida, para

outros envolve o direito da mulher ao seu próprio corpo e há, ainda, os que estão convencidos de que a malformação grave deve ser eliminada a qualquer preço porque a sociedade tem o direito de ser constituída por indivíduos capazes". (Bioética: 1994, 2: 37-41)

O tema sempre foi foco de polêmicas na história da humanidade, e as considerações variam de acordo com a época e cultura analisada. Os antigos gregos acreditavam que os fetos não possuíam alma, portanto não os consideravam como seres vivos, sendo inclusive recomendado por Platão, o aborto nos casos de gestação decorrente de relação incestuosa.

A própria Igreja Católica, que modernamente defende que a pessoa existe desde a concepção, (hominização imediata implícita), já ensinou o assunto de maneira diferente, havendo posições divergentes quanto ao momento da Hominização ou infusão da alma. Como muitos teólogos, Santo Agostinho, estava de acordo que a hominização acontecia quarenta dias depois da concepção, nos homens e oitenta dias nas mulheres, não considerando homicídio a interrupção da gravidez. Todavia a Igreja, sempre se posicionou contrariamente ao aborto como prova de um pecado sexual, pois era considerado pecaminoso, qualquer ato cuja intenção, fosse de separar a união sexual da procriação.

Outras religiões aceitaram um prazo mais elástico após a fecundação antes de falar em crime contra o ser humano: 40 dias no judaísmo, 120 dias no islamismo; e o budismo sequer cita o assunto. Esta diversidade, mostra que numa sociedade pluralista como a contemporânea, os princípios éticos e/ou morais podem ser mutáveis ou mesmo variáveis de região para região, posto que nossos valores são mediados social e culturalmente.

Com razão, que a Legislação Brasileira sobre o aborto vem sofrendo pressões para modificação de grupos organizados da sociedade civil, no sentido de sua ampliação quanto às possibilidades de interrupção legal de gravidez. Cada vez mais, há o entendimento que a questão é de foro íntimo da mulher diante de uma gravidez indesejada, portanto uma questão mais filosófica e menos legal.

Vivemos, portanto, num momento em que há flagrante defasagem entre o que dispõe a lei e a média do pensamento social, mormente no aspecto da legalização do aborto considerado "eugênico", nos fetos acometidos de graves e irreversíveis anomalias físicas e mentais. Saliente-se como prova desta assertiva o anteprojeto do Código Penal, que prevê um adendo ao artigo 128 que trata da exclusão de ilicitude nos casos de interrupção da gravidez, inserindo o título de "aborto piedoso", nos casos do feto apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas e mentais.

Após estas considerações iniciais, passo a transcrever o disposto no Código Penal Brasileiro, e abordo outros aspectos de interesse, para maior esclarecimento do assunto.

O Código Penal, no artigo 128 dispõe dos casos de aborto legal, quando ocorrem circunstâncias que tornam lícita a prática do fato.

Artigo 128: "Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

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

Aborto Terapêutico

No inciso I, está previsto o aborto terapêutico ou necessário, quando caracterizado o estado de necessidade, ou seja, quando há o perigo de vida iminente, ou a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante. Há controvérsias quanto à necessidade do consentimento da gestante, pois alguns juristas entendem que não se está praticando uma intervenção cirúrgica qualquer, embora, entendo que o médico deve procurar sempre obter o consentimento informado da gestante para essa prática porém, "in extremis" deve o médico decidir sobre a necessidade do aborto a fim de ser preservado o bem jurídico que a lei considera mais importante (a vida da mãe) em prejuízo do bem menor (a vida intra-uterina).

Aborto Sentimental

O inciso II do aludido artigo, autoriza o aborto sentimental, ou ético, ou humanitário, isto é, se a gravidez é resultante de estupro. Tal entendimento, remonta historicamente, à Primeira Guerra Mundial, quando grande número de mulheres ficaram grávidas, em decorrência de violências sexuais praticadas pelos exércitos invasores. Tal sentimento de revolta e inconformismo levou a se inserir na imensa maioria dos países, este dispositivo, pois também se considerava um estado de necessidade, abortar o produto de um crime hediondo, ou não se deveria exigir da mulher tamanho sacrifício, o de carregar no ventre o fruto da desonra e humilhação, além do que, o autor do estupro seria pessoa degenerada, anormal, podendo ocorrer problemas ligados à hereditariedade. Ainda hoje, infelizmente dispomos de pouco mais de uma dezena de serviços de saúde públicos no Brasil que se dispõem a dar este tipo de atendimento à mulher vitimada sexualmente e gestante decorrente de um estupro.

Tal situação, coloca principalmente as mulheres das camadas mais pobres da população no banco dos réus, expondo-as a situações de risco à saúde, no enfrentamento de um "aborto clandestino", aumentando ainda mais, os deploráveis números de mortes maternas.

Definitivamente, conforme a experiência já praticada no país, não há necessidade de sentença condenatória contra o autor do estupro e nem mesmo de autorização judicial. Este desconhecimento, tem procrastinado o procedimento da interrupção da gravidez, em busca de Alvará Judicial colocando em situação de maior risco a gestante, pois após 12 (doze) semanas de gestação ocorrem dificuldades técnicas e os riscos são aumentados para a interrupção. Deve o médico ser o árbitro nesta situação, e valer-se dos elementos a respeito do estupro (declaração da mulher vitimada, anamnese e exame físicos, atestados, boletim de ocorrência e laudo do IML se houver, laudo ultrassonográfico comparativo com a data de ocorrência, etc). Em razão da natureza da ocorrência, é boa norma que esta paciente seja atendida por equipe multiprofissional dando-lhe apoio social, psicológico e jurídico.

Recentemente, o Ministério de Saúde normatizou tal procedimento, inclusive com relação aos aspectos da prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e da contracepção de emergência e dos aspectos técnicos da interrupção. Nunca é demais enfatizar a importância do preenchimento completo dos prontuários e fichas de atendimento destes casos. Saliente-se a obrigatoriedade da assinatura por parte da paciente, ou quando menor ou incapaz, de seu representante legal, de termo de autorização solicitando a interrupção onde também constem os riscos e todas as informações relativas ao procedimento e suas conseqüências, garantindo assim, o consentimento plenamente informado.

Deve ficar também esclarecido que se houver erro por parte do médico, induzido ao engano pela gestante ou terceiros, não responderá pelo crime (erro de tipo).

Aborto Seletivo

Como pode se verificar pela leitura dos incisos do artigo 128 do Código Penal, não há excludente de criminalidade do chamado aborto eugênico, ou piedoso ou seletivo, isto é, aquele praticado ante a suspeita de que haja anomalia ou deformação. O arsenal de técnicas e procedimentos diagnósticos ante-natais, principalmente o desenvolvimento da medicina fetal, permitem nos dias atuais, identificar os fetos comprometidos por afecções graves. Tal situação, tem colocado casais diante da perspectiva de verem seus filhos com limitações graves e nulas possibilidades de integração social.

A partir de 1992, centenas de alvarás judiciais foram concedidos, sob o diagnóstico intra-útero de várias outras síndromes graves irreversíveis e incompatíveis com a vida, além da anencefalia.

Portanto, diante de grave anomalia fetal, o médico somente poderá proceder à interrupção, após autorização através de Alvará Judicial.

Transcrevo alguns artigos do Código de Ética Médica, que julgo relevantes para finalizar este parecer.

CAPÍTULO I

Art. 2º - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

Art. 7º - O médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente.

CAPÍTULO II

Direitos do Médico

É direito do médico:

Art. 21 - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País.

Art. 28 - Recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

CAPÍTULO III

Responsabilidade Profissional

É vedado ao médico:

Art. 42 - Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País.

Art. 43 - Descumprir legislação específica nos casos de transplante de órgão ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.

CAPÍTULO IV

Direitos Humanos

É vedado ao médico:

Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida.

CAPÍTULO V

Relação com Pacientes e Familiares

É vedado ao médico:

Art. 61 - Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º - Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou seu responsável legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º - Salvo por justa causa, comunicada ao paciente ou a seus familiares, o médico não pode abandonar o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável, mas deve continuar a assisti-lo ainda que apenas para mitigar o sofrimento físico ou psíquico.

Assim sendo, considero que exerce a medicina de forma ética, o médico que em respeito à lei, atende a este direito reprodutivo, que há 58 anos está

inscrito no Código Penal Brasileiro, seguindo as orientações normatizadas pelo Ministério da Saúde. Também entendo ser um direito do médico, conforme estipulado no artigo 28 do nosso diploma legal, recusar-se à realização de atos médicos, que embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Todavia, isto não o exime da responsabilidade de aconselhamento, informação, orientação e o devido encaminhamento a serviço que dê este tipo de atendimento, se este for o interesse da paciente.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Conselheiro Cristiano Fernando Rosas

Aprovado na 2.237ª Reunião Plenária, realizada em 16.03.99