

VERÔNICA SANTOS BENTO

ABORTO EUGÊNICO

**UniFMU / SÃO PAULO
2006**

VERÔNICA SANTOS BENTO

ABORTO EUGÊNICO

**Monografia apresentada à
Banca Examinadora do Centro
Universitário das Faculdades
Metropolitanas Unidas – UniFMU, como
exigência parcial para a obtenção do
grau de bacharel em Direito, sob a
orientação do Professor Edson Luz
Knippel.**

**UniFMU / SÃO PAULO
2006**

VERÔNICA SANTOS BENTO

ABORTO EUGÊNICO

Defendido e Aprovado em:

__/__/__

Banca Examinadora:

Prof (a).

Prof (a).

Prof (a).

Dedico este trabalho aos meus pais por acreditarem em mim e me proporcionarem a oportunidade de estudar, ao meu irmão pelo apoio prestado, ao meu grande amor por simplesmente existir e aos amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste.

Agradeço ao Professor Edson Luz Knippel, pela atenção, orientação e paciência, e especialmente a Deus, sem o qual nada seria possível.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	04
1.1 A Vida.....	04
1.1.1 O Início.....	04
1.1.1.1 Teoria da Concepção.....	05
1.1.1.2 Teoria da Nidação.....	05
1.1.2 O Direito Fundamental à Vida.....	06
1.2 A Gravidez.....	08
1.2.1 Os Métodos de Aborto.....	08
1.3 A Morte.....	10
1.3.1 A Morte Encefálica.....	11
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
2.1 O Aborto na Legislação Penal Brasileira.....	15
2.1.1 Ordenações Filipinas.....	15
2.1.2 Código Criminal do Império do Brasil (1830).....	15
2.1.3 Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890).....	17
2.1.4 Código Penal de 1940.....	18
3. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE O CRIME DE ABORTO.....	19
3.1 Conceito de Aborto.....	19
3.2 Objeto Jurídico.....	21
3.3 Objeto Material.....	21
3.4 Sujeitos.....	22
3.5 Tipo Objetivo.....	23
3.6 Tipo Subjetivo.....	24
3.7 Consumação e Tentativa.....	25
3.8 Espécies de Aborto.....	25
3.8.1 Auto-aborto e Aborto Consentido.....	26
3.8.2 Aborto Provocado por Terceiro.....	28
3.8.3 Aborto Consensual.....	28

3.8.4 Aborto Qualificado.....	29
3.8.5 Causas Excludentes de Ilicitude.....	30
3.8.5.1 Aborto Necessário.....	31
3.8.5.2 Aborto Sentimental.....	32
3.8.6 Aborto Eugênico.....	34
3.8.7 Aborto Social.....	34
3.8.8 Aborto <i>Honoris Causa</i>	35
3.9 Ação Penal.....	35
3.10 Competência – Tribunal do Júri.....	35
4. ABORTO EUGÊNICO.....	37
4.1 Eugenia.....	37
4.2 Aborto nos Casos de Anencefalia.....	40
4.2.1 O Anencéfalo Como Doador de Órgãos.....	40
4.3 O Aborto Eugênico no Brasil e sua Legalidade.....	42
4.3.1 O Anteprojeto do Código Penal.....	43
4.4 As Decisões Judiciais.....	45
4.4.1 Decisões Judiciais Favoráveis ao Aborto Eugênico.....	45
4.4.2 Decisões Judiciais Contrárias ao Aborto Eugênico.....	46
4.5 Os Principais Argumentos.....	48
4.5.1 Favoráveis ao Aborto Eugênico.....	48
4.5.2 Contrários ao Aborto Eugênico.....	49
4.6 A Influência de Outros Aspectos.....	50
4.6.1 A Medicina.....	51
4.6.2 A Igreja Católica.....	53
5. O ABORTO EUGÊNICO NO DIREITO COMPARADO.....	56
CONCLUSÃO.....	58
BIBLIOGRAFIA.....	62

INTRODUÇÃO

A eugenia é verificada desde a antiguidade, no entanto, o seu ápice foi registrado durante o período nazista com a morte de cerca de seis milhões de judeus, onde as pessoas presenciaram, além dos horrores da guerra, a crueldade oriunda da racionalidade humana.

O que parecia estar superado emerge por entre os anos de história e vem à tona novamente com a polêmica do aborto eugênico. Aquilo que antes era considerado como abominável e reprovável, atualmente é objeto de decisões judiciais e até mesmo de projetos de lei. Gostaríamos de acreditar que o esquecimento é o responsável, no entanto, nos parece que os anseios que motivaram Adolf Hitler a adotar tais medidas estão renascendo lentamente e sendo colocados em prática através de atos considerados pequenos, como o de preconizar o aborto eugênico.

A palavra eugenia deriva da expressão grega eugenes, que significa boa (eu) origem (genes), tendo sido criada e definida por Francis Galton como uma ciência que tem por função o aperfeiçoamento da raça humana através do cruzamento de indivíduos escolhidos. A etimologia da palavra aborto, por sua vez, deriva da expressão em latim abortus, onde ab significa privar, e ortus, nascer, podendo assim, ser definido como a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção.

Da junção dos dois vocábulos se obtém aborto eugênico (ou eugenésico) conceituado como a interrupção da gravidez quando há suspeita de que o feto possui anomalias graves em razão da herança genética a ele transmitido.

Durante a pesquisa previamente realizada percebeu-se que o tema, apesar de apaixonante e hipnotizante, era demasiadamente vasto para o trabalho que aqui se propôs desenvolver, razão pela qual se decidiu adotar como escopo apenas a análise do aborto eugênico nos casos de fetos anencéfalos, os quais apresentam uma anomalia congênita denominada anencefalia que é caracterizada pela carência de uma parte do sistema nervoso central, mais concretamente dos hemisférios cerebrais e de uma parte, maior ou menor, do tronco encefálico.

A dissertação, como ocorre em todo trabalho científico, inicia-se com o desenvolvimento de conceitos básicos, mas que são imprescindíveis ao entendimento do objeto principal, tais como a vida, a gravidez e a morte. Procurou-se também discorrer sobre o direito fundamental à vida e sua relação com o direito à igualdade e à dignidade humana.

Posteriormente é realizada uma compilação de dados históricos referentes ao aborto, bem como uma evolução da legislação penal pátria iniciando-se pelas Ordenações Filipinas, passando pelos Códigos de 1830, 1890 e terminando no atual Código de 1940.

Por motivos óbvios também é feita uma análise doutrinária do tipo penal do aborto e de todos os aspectos a ele relacionados, inclusive suas espécies com exceção do aborto eugênico tratado em capítulo à parte.

Buscou-se iniciar a abordagem do tema em epígrafe com a análise histórica e a conceituação da eugenia e em seguida discorre-se sobre a maioria dos argumentos utilizados pela doutrina e pelos aplicadores da lei, seja para defender a prática do aborto eugênico, seja para condená-la.

A fim de fortalecer os fundamentos apresentados por aquela última corrente, com a qual nos filiamos, adentramos na extensa discussão sobre a lei de transplante de órgãos e tecidos humanos, demonstrando que o anencéfalo, quando lhe é permitido nascer, pode ser um doador e salvar a vida de outros recém-nascidos, deixando transparecer a solidariedade humana.

Ainda relacionado ao aborto eugênico, pretendeu-se analisar o anteprojeto da parte especial do Código Penal e suas propostas de alteração para este tema, e também, em razão da ousadia acadêmica que nos é peculiar, arriscou-se criticá-lo e mostrar o quão contraditório é.

Ao optar pelo estudo desta espécie de aborto, não poderíamos nos atrelar única e exclusivamente ao seu caráter jurídico, vez que a influência da medicina e da religião católica sobre esta questão era gritante e impossível de ser ignorada. Desta forma,

procuramos analisar, ainda que sucintamente, os pensamentos e as normas de ambas as áreas.

Terminamos nossa explanação verificando brevemente como o aborto é tratado nas legislações estrangeiras.

Pretende-se demonstrar ao final que o aborto eugênico nos casos de anencefalia, ao invés de ser considerado como mais uma causa excludente de ilicitude, deve continuar sendo punido, e que as decisões judiciais que o autorizam, além de afrontarem diretamente a Constituição Federal, dão ensejo a um precedente para que outras vidas sejam eliminadas por motivos ainda mais ínfimos e escondem a verdadeira intenção de seus responsáveis: usurpar a função legislativa.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes da abordagem do crime de aborto propriamente dito, bem como de suas espécies, é necessária a análise de alguns aspectos relevantes, que serão tratados neste capítulo, dentre os quais se destacam a vida e o seu início, e ainda a determinação da morte.

1.1 A Vida

“A vida vem a ser o fundamento de todos os bens e a condição necessária de toda atividade humana. Entre os bens de que a pessoa é titular, a vida ocupa o primeiro lugar”⁰¹.

Pode-se dizer que a vida humana é o alicerce necessário de tudo que está relacionado ao indivíduo e à sociedade, sendo que todos os direitos estão interligados e dela dependem. Por ser este bem maior é que a vida é protegida constitucionalmente, bem como pela lei civil e penal.

1.1.1 O Início

A determinação do início da vida é de suma importância para que se possa caracterizar algumas condutas como lícitas ou ilícitas. No entanto, apesar de todos os avanços científicos, ainda não foi possível apontar com certeza quando este momento é verificado.

Muitas são as teorias acerca do início da vida, contudo, serão analisadas aqui apenas as principais.

1.1.1.1 Teoria da Concepção

⁰¹ Oswaldo Henrique Duek Marques. *A Pena Capital e o Direito à Vida*. p. 03.

Para a teoria da concepção (ou da fecundação) o início da vida ocorre no momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide, sendo irrelevante se este ocorreu *in vitro* ou no útero.

Compartilha também deste entendimento, Elio Sgreccia, o qual afirma que “no momento da fertilização, ou seja, da penetração do espermatozóide no óvulo, os dois gametas dos genitores formam *uma nova entidade* biológica, o zigoto, que carrega em si um novo *projeto-programa individualizado*, uma nova vida individual” (grifado no original)⁰².

Assim, para esta teoria, todo e qualquer tipo de contraceptivo cuja eficácia seja verificada após a fecundação será considerado meio abortivo. Apesar do entendimento jurídico em contrário, como será visto logo abaixo, acreditamos ser esta a teoria mais adequada quanto ao início da vida humana.

1.1.1.2 Teoria da Nidação

Para os adeptos da teoria da nidação o início da vida é verificado no momento em que o embrião é implantado na parede do útero, ou seja, de quatro a seis dias após a fecundação.

Esta teoria tem como principal argumento a formação de gêmeos monozigóticos, os quais se originam de um único óvulo fecundado, se dividindo somente após a sua fixação no útero, ou seja, só existiria vida após a nidação⁰³.

Sob esse aspecto, todas as técnicas praticadas antes da fase da nidação são consideradas contraceptivas e não abortivas.

Alexandre de Moraes apresenta um posicionamento peculiar em relação ao início da vida afirmando que “do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o

⁰² *Manual de Bioética*. v. 2. p. 342.

⁰³ Pedro-Juan Viladrich. *Aborto e Sociedade Permissiva*. p. 25.

demonstram os argumentos colhidos na Biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez”⁰⁴.

De certo não concordamos com a opinião do referido autor, pois nosso ordenamento jurídico protege a vida, sem, no entanto, fazer distinção quanto à sua viabilidade.

Juridicamente é adotada a teoria da nidação, pois métodos que acreditamos serem abortivos, como por exemplo, o DIU e a pílula do dia seguinte, são considerados contraceptivos e comercializados livremente.

1.1.2 O Direito Fundamental à Vida

O direito fundamental à vida se constitui em pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos e está previsto expressamente no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, o qual é apresentado com a seguinte redação:

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

O direito à vida, portanto, se desdobra de duas formas, quais sejam, o direito de continuar vivo e o direito de se ter vida digna quanto à subsistência, cabendo ao Estado o dever de assegurá-los⁰⁵. Vale ressaltar que a previsão constitucional dos direitos humanos fundamentais, dentre eles o direito à vida, garante a qualquer indivíduo a sua tutela perante o Poder Judiciário, no entanto, a aplicabilidade e o respeito àqueles não está adstrita à proteção judicial⁰⁶.

⁰⁴ *Direitos Humanos Fundamentais*. p. 88.

⁰⁵ Alexandre de Moraes. op. cit. p. 87.

⁰⁶ *Ibidem*, p. 21.

Quanto à questão do aborto, segundo José Afonso da Silva:

“Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, *desde a concepção*, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intrauterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento”.⁰⁷

Assim, a vida a que o legislador constituinte faz referência, abrange não só a vida extra-uterina como também a intrauterina⁰⁸, pois como se sabe, o produto da concepção não é uma parte da mãe; na verdade, todas as estruturas auxiliares (saco amniótico, cordão umbilical e placenta) não são desenvolvidas pelo corpo da gestante, e sim pelo feto a partir do seu zigoto original⁰⁹. Desta forma, “em termos biológicos e genéticos, não é a mãe que transforma as suas células em células do novo ser. É o embrião que empreende, com uma força vital irresistível, essa autoconstrução que se alberga no seio da mãe”¹⁰.

Para Alexandre de Moraes, a penalização do aborto nos casos da impossibilidade do feto nascer com vida e da inviabilidade de vida extra-uterina, seria uma flagrante inconstitucionalidade, pois feriria os direitos fundamentais da mulher, quais sejam, liberdade e dignidade humana¹¹.

Neste aspecto, discordamos plenamente do mencionado autor, vez que a vida, por disposição constitucional, é inviolável, e a dignidade humana não se sobrepõe àquela. Afirmar que a Constituição Federal garante a dignidade humana, significa dizer que todos, sem exceção, são dignos de existir, ou seja, não se pode atribuir valores diversos para a vida de cada indivíduo, inclusive porque o mesmo diploma legal prevê o direito fundamental à igualdade.

⁰⁷ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 202.

⁰⁸ *Ibidem*, p. 90.

⁰⁹ Pedro-Juan Viladrich. *Aborto e Sociedade Permissiva*. p. 27-28.

¹⁰ *Ibidem*, mesma página.

¹¹ *Direitos Humanos Fundamentais*. p. 91.

Flagrante inconstitucionalidade seria verificada ao se admitir que o direito fundamental à dignidade humana da gestante se sobrepõe ao do feto, pois se estaria violando o disposto no artigo 5º, inciso XLI:

“XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”

Nos filiamos à Maria Helena Diniz e fazemos nossas, suas indagações:

“Quem admitir o direito ao aborto deveria indicar o princípio jurídico do qual ele derivaria, ou seja, demonstrar científica e juridicamente qual princípio albergaria valor superior ao da vida humana, que permitiria sua retirada do primeiro lugar na escala dos valores? A vida extra-uterina teria um valor maior do que a intra-uterina?”¹².

Podemos concluir que o desrespeito ao direito à vida ocasionaria a ruptura do sistema jurídico, bem como a destruição de nossa Constituição Federal, vez que esta prevê a sua inviolabilidade. Assim, “seria inadmissível qualquer pressão no sentido de uma emenda constitucional relativa à vida humana, como, por exemplo, a referente à legalização do aborto, pois o art. 5º é cláusula pétrea.”¹³.

1.2 A Gravidez

Gravidez é um processo fisiológico durante o qual um ser humano se desenvolve dentro do útero de uma mulher, iniciando-se com a fecundação e terminando com o parto, ou seja, quando o feto deixa o interior do organismo da gestante.

1.2.1 Os Métodos de Aborto

A doutrina elenca alguns métodos utilizados para a prática abortiva.

¹² *O Estado Atual do Biodireito*. p. 26.

¹³ *Ibidem*, p. 23.

O chamado *Método Karman* consiste na aspiração do ovo através de pressão negativa. Inicialmente é inserido um espéculo no canal vaginal para a exposição do colo do útero, realizando-se uma desinfecção¹⁴. Em seguida dilata-se o colo do útero com velas seriadas de Hegar, introduzindo-se uma cânula conectada a um recipiente completamente vazio, no qual é adaptada uma seringa que fará o vácuo¹⁵. Pode-se também, sob anestesia, utilizar a aspiração elétrica de pressão regulada, por meio de uma bomba aspirante e um manômetro controlador¹⁶.

Outro método utilizado é a *curetagem*, sendo adotada até as 12 primeiras semanas de gravidez. É realizada uma raspagem na parede do útero a fim de deslocar o ovo e a placenta para o exterior. Inicia-se com a dilatação do colo do útero, que pode ser feita de forma lenta e sem dor por laminária, ou rapidamente por vela de Hegar, necessitando neste caso de anestesia¹⁷.

Na *indução* o aborto é realizado por meio de uma agulha de 1,5 a 2 mm de diâmetro interno, com a qual é feita uma punção da cavidade uterina extraindo o líquido amniótico. Em seguida injeta-se uma solução glicosada a 50% ou de cloreto de sódio a 20% no mesmo volume que foi retirado¹⁸.

O método do *parto parcial* é assim chamado em virtude do aborto ser realizado nos dois últimos meses de gestação, consistindo em puxar o feto pelos pés deixando apenas sua cabeça no ventre materno, e introduzindo, em seguida, um tubo em sua nuca que efetuará a sucção da massa cerebral, levando-o a morte¹⁹.

A *histerotomia* ou *microcesárea* é considerado o método mais complexo de abortamento, sendo realizado com a mesma técnica da cirurgia cesariana²⁰. É utilizado, em geral, no segundo trimestre de gestação, quando o feto já apresenta desenvolvimento avançado, impedindo-o de passar pelo canal cervical e colo do útero²¹.

¹⁴ Maria Tereza Verardo. *Aborto: Um Direito ou Um Crime?* p. 32.

¹⁵ Delton Croce e Delton Croce Júnior. *Manual de Medicina Legal*. p. 453.

¹⁶ *Ibidem*, mesma página.

¹⁷ Jorge de Rezende e Carlos Antonio Barbosa Montenegro. *Obstetrícia Fundamental*. p. 590.

¹⁸ Delton Croce e Delton Croce Júnior. *Manual de Medicina Legal*. p. 452.

¹⁹ Maria Helena Diniz. *O Estado Atual do Biodireito*. p. 115.

²⁰ Jorge de Rezende e Carlos Antonio Barbosa Montenegro. *Obstetrícia Fundamental*. p. 594.

O aborto também é realizado mediante o emprego de uma substância chamada prostaglandinas, as quais pertencem à classe dos lipóides e provocam contrações da musculatura lisa do segmento superior do miométrio, culminando na expulsão do feto²². Este método é conhecido como *farmacológico*, e a referida substância é administrada por via intravenosa, em períodos gestacionais e dosagens diferentes²³.

A *pílula do dia seguinte* age até quarenta e oito horas após a relação sexual, impedindo a fixação do óvulo fecundado na parede do útero. No entanto, é considerada por alguns, como um método contraceptivo.

Sem dúvida a *punção* é um dos métodos mais agressivos. Nela são utilizados objetos longos e pontiagudos (agulhas de tricô, pinças, pedaços de madeira e etc.), que são introduzidos no útero visando a punção das membranas do ovo²⁴. Não são raras as vezes em que tal método resulta na perfuração de órgãos da gestante levando-a a morte.

O *DIU* (dispositivo intra-uterino), a exemplo da pílula do dia seguinte, também é equivocadamente considerado por alguns, como um método contraceptivo. Tal método consiste em um pequeno objeto com alças que é colocado na cavidade uterina, impedindo que o embrião se fixe no endométrio²⁵.

1.3 A Morte

Para compreender os argumentos apresentados pelos defensores do aborto eugênico, principalmente nos casos de anencefalia e acrania, que são, por alguns, equiparadas à morte cerebral de uma pessoa, é necessário o estudo do fenômeno morte, bem como do exato momento de sua ocorrência.

²¹ Delton Croce e Delton Croce Júnior. *Manual de Medicina Legal*. p. 453.

²² *Ibidem*. p. 452.

²³ Maria Tereza Verardo. *Aborto: Um Direito ou Um Crime?* p. 34.

²⁴ Maria Helena Diniz. *O Estado Atual do Biodireito*. p. 39.

²⁵ *Ibidem*, mesma página.

Como bem ressalta Julio Fabbrini Mirabete, “não há um único sinal que se possa considerar como definitivo da ocorrência da morte”²⁶; sendo que a noção mais adotada é a verificação da parada cardíaca prolongada e a ausência de respiração²⁷.

Ante a dificuldade de se estabelecer um critério único, Delton Croce prefere descrever apenas as razões indubitáveis da morte, quais sejam, “a cessação dos fenômenos vitais, por parada das funções cerebral, respiratória e circulatória, e o surgimento dos fenômenos abióticos, lentos e progressivos, que lesam irreversivelmente os órgãos e tecidos”²⁸.

1.3.1 A Morte Encefálica

A definição de morte encefálica mostrou-se necessária com o advento da Lei 9434/97, que dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em que se exige prova incontestável da morte²⁹.

Para Maria Helena Diniz a morte encefálica “vem a ser a abolição total e definitiva das atividades do encéfalo, de que dependem, fundamentalmente, todas as demais funções orgânicas”, sendo que seu diagnóstico é extremamente difícil, e quando feito, deve ser preciso, para que não seja realizado o transplante erroneamente caracterizando assim, o crime de homicídio culposo³⁰.

O Conselho Federal de Medicina através da Resolução CFM nº. 1.480/97 diagnosticou a morte encefálica, devendo esta ser consequência de um processo irreversível e de causa reconhecida.

A citada resolução utiliza-se de dois critérios para a constatação da morte encefálica, os quais são previstos da seguinte forma:

²⁶ *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 65.

²⁷ Maria Helena Diniz. *O Estado Atual do Biodireito*. p. 275.

²⁸ *Manual de Medicina Legal*. p. 248.

²⁹ Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 65-66.

³⁰ *O Estado Atual do Biodireito*. p. 276.

“Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia”.

“Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação da morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

a. ausência de atividade elétrica cerebral ou;

b. ausência de atividade metabólica cerebral ou;

c. ausência de perfusão sanguínea cerebral”.

Vale ressaltar que não é nossa pretensão analisar profundamente a questão do transplante de órgãos e tecidos humanos, mas apenas discorrer sobre os seus aspectos principais, os quais serão relevantes em capítulo posterior, quando da abordagem do anencéfalo como possível doador.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Não podemos saber com certeza, como as civilizações sem escrita tratavam as questões relacionadas ao aborto. Acredita-se que o número de filhos era muito importante para a sobrevivência dos grupos, e por tal motivo, não se pensava em evitá-los. Por outro lado, existem relatos de que na Antiguidade o aborto era praticado com frequência. No entanto, faremos aqui apenas um breve estudo das principais civilizações.

Segundo Néelson Hungria, na Grécia era corrente a provocação do aborto:

“Licurgo e Sólon a proibiram, e Hipócrates, no seu famoso juramento, declarava: ‘A nenhuma mulher darei substância abortiva’; mas Aristóteles e Platão foram predecessores de Malthus: o primeiro aconselhava o aborto (desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma), para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, e o segundo preconizava o aborto em relação a toda a mulher que concebesse depois dos 40 anos. E o uso do aborto difundiu-se por todas as camadas sociais. Aetius transmitiu-nos a profusa lista das substâncias abortivas e anticoncepcionais indicadas por Aspásia, a célebre companheira e inspiradora de Péricles”³¹.

Aristóteles acreditava que o aborto poderia ser realizado desde que precedesse a animação do feto, ou seja, antes de o feto ter alma, o que ocorria aos 40 dias de gestação para o sexo masculino e aos 80 para o feminino. Mas, como bem assevera Paulo Lúcio Nogueira, não dispunham os estudiosos dos meios imprescindíveis à determinação do surgimento da vida, nem na Grécia antiga, nem na Idade Média e nem na Moderna³².

A mulher grega, em alguns momentos da história, era considerada como parte da menoridade, ou seja, não possuía autonomia e vivia sob a tutela do pai, do esposo ou do Estado. Segundo Maria Tereza Verardo, os filhos eram considerados propriedade do pai e

³¹ Néelson Hungria *apud* Paulo Lúcio Nogueira. *Em Defesa da Vida*. p. 03.

³² Aristóteles *apud* *Em Defesa da Vida*. p. 02-03.

este, por sua vez, tinha direito de vida e morte sobre eles. No caso de aborto sem o consentimento do esposo, a lei previa a pena de morte³³.

Na legislação espartana o aborto era proibido, mas o Estado podia decidir sobre o destino dos fetos nascidos com má formação, os quais geralmente eram eliminados. Tal procedimento é explicado através do envolvimento de Esparta com a defesa militar do território grego. O aumento populacional era importantíssimo para a formação de grandes exércitos.

O autor Heleno Cláudio Fragoso, em suas Lições de Direito Penal, explana que o aborto, no antigo Direito Romano, não era incriminado, em razão do feto ser considerado parte da mulher ou de suas víceras³⁴. Portanto, caso a mulher abortasse, nada mais fazia do que dispor de seu próprio corpo.

Num segundo momento da história de Roma, como ressalta Maria Tereza Verardo, o aborto voluntário ainda não era incriminado, mas passou a vincular-se à opinião do marido, o qual possuía também, direito de vida e de morte sobre sua família³⁵. Durante o século II d.C., no Império Romano, o aborto passa a ser considerado crime devido ao grande período de guerras, durante o qual era necessário aumentar o número de cidadãos para defender a cidade das invasões patrimoniais.

Já com o legislador Septímio Severo, o aborto passa a ser considerado um crime, o qual previa pena de trabalho forçado nas minas, no caso de ser cometido por pessoas do povo, ou exílio temporário com confisco de bens, se fosse cometido por aristocratas. Cícero justificou tais penas com base no argumento de que a mulher que praticava o aborto destruía a esperança de um pai, a memória de um nome, a garantia da raça, o herdeiro de uma família e um cidadão destinado ao Estado.

Na Mesopotâmia, por meio do Código de Hamurabi, 1700 a.C., previa-se o aborto como crime contra os interesses do pai e do marido e uma lesão contra a mulher. O marido era

³³ *Aborto: Um Direito Ou Um Crime?* p. 80.

³⁴ v. 1. p. 77.

³⁵ *Aborto: Um Direito ou Um Crime?* p. 81.

considerado prejudicado e ofendido economicamente. Importante ressaltar que referido diploma apenas considerava crime o aborto provocado por terceiros.

Por último, descreve José Flávio Braga Nascimento que “o Código Hiltita punia o aborto cometido por terceiros, estabelecendo a pena pecuniária de acordo com a idade do feto”, enquanto os hebreus, somente tempos depois da “Lei Mosaica” passaram a considerar ilícita a interrupção da gravidez³⁶.

2.1 O Aborto na Legislação Penal Brasileira

Faremos aqui uma análise sucinta da evolução histórica do crime de aborto em nossa legislação.

2.1.1 As Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas vigoraram até 1830 e em seu Livro V não trazia nenhuma disposição relacionada ao aborto, no entanto, no artigo 43 demonstrou-se interesse em proteger o produto da concepção ao afirmar: “Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ela será julgada, em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto”³⁷.

2.1.2 Código Criminal do Império do Brasil (1830)

O “Codigo Criminal do Império do Brazil” de 1830 incluía o aborto no capítulo dos crimes contra a segurança das pessoas e das vidas. Referido diploma legal não punia o aborto praticado pela própria gestante, ou seja, não criminalizava o aborto provocado, somente o aborto consentido e o aborto sofrido.

³⁶ *Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 183)*. p. 70.

³⁷ Maria Helena Diniz. *O Estado Atual do Biodireito*. p. 37.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, previa o citado código a pena de prisão com trabalho, por um a cinco anos quando o aborto era praticado com o consentimento da gestante, e essa pena era dobrada quando não havia o consentimento³⁸. O fornecimento de meios abortivos também era punido, ainda que o aborto não se concretizasse, incriminando, no caso, os atos preparatórios³⁹. Para referida prática o código previa em seus artigos 199 e 200, a pena de dois a seis anos de prisão com trabalho, sendo que poderia ser dobrada se o agente fosse médico, boticário, cirurgião ou praticante⁴⁰. *In verbis*⁴¹:

“Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente, com consentimento da mulher pejada.

Penas:

Maximo – 5 annos de prisão com trabalho.

Médio – 3 annos, idem.

Minimo – 1 anno, idem.”

“Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas:

Maximo – 10 annos de prisão com trabalho.

Médio – 6 annos, idem.

Minimo – 2 annos, idem.”

“Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas:

Maximo – 6 annos de prisão com trabalho.

Médio – 4 annos, idem.

Minimo – 2 annos, idem.”

“Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião ou praticante de taes artes.

³⁸ *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1, p. 78.

³⁹ Cézaro Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. p. 156.

⁴⁰ Heleno Cláudio Fragoso. op. cit. p. 78.

⁴¹ Antonio Luiz Ferreira Tinôco. *Código Criminal do Imperio do Brazil Annotado*. passim.

Penas:

Maximo – 12 annos de prisão com trabalho.

Médio – 8 annos, idem.

Minimo – 4 annos, idem.”

Vale ressaltar que tanto o crime do artigo 199 como o do artigo 200 eram punidos na forma tentada, bem como na cumplicidade. O citado código previa ainda para estes crimes (em todas as suas formas) um aumento das penas nos termos do artigo 49 (*in verbis*):

“Art. 49. Emquanto se não estabelecerem as prisões com as commodidades e arranjos necessarios para o trabalho dos réos, as penas de prisão com trabalho serão substituidas pela de prisão simples, acrescentando-se, em tal caso, a esta, mais a sexta parte do tempo por que aquellas deveriam impôr-se.”

2.1.3 Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890)

O Código de 1890 tratou do crime de aborto nos artigos 300, 301 e 302, sendo que no parágrafo único do artigo 301 era previsto um benefício legal, o qual estabelecia a redução da 3ª parte da pena para o aborto com anuência e acordo da gestante com a finalidade de ocultar a desonra própria⁴².

O mesmo diploma legal distinguia o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, sendo agravado se ocorresse a morte da gestante. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o referido código autorizava o aborto para salvar a vida da gestante, podendo, nesses casos, punir eventual imperícia médica ou da parteira, os quais agindo com culpa, viessem a causar a morte da parturiente⁴³.

Como bem resalta Flamínio Fávero, o código citado cogitava quase que só da proteção à mulher, referindo-se à “provocação do aborto, não houvesse ou houvesse a

⁴² Renato Flávio Marcão. *Reflexões Sobre o Crime de Aborto*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/caexcrim/artigos/anexos/aborto.doc>. Acesso em: 02 ago. 2005.

⁴³ *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. p. 156.

expulsão do fruto da concepção e à provocação do aborto e morte da mulher. Sendo de 06 meses a 01 ano a pena no primeiro caso, embora o embrião morresse, ficando retido até anos no útero, era de 02 a 06 anos no segundo caso, malgrado vivo e viável, e de 06 a 24 anos no último”⁴⁴.

2.1.4 Código Penal de 1940

O Código Penal vigente, decreto-lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940, tipifica três figuras de aborto: aborto provocado (artigo 124), aborto sofrido (artigo 125), e aborto consentido (artigo 126); e prevê ainda, no artigo 127, formas qualificadas em casos de superveniência de lesões graves ou morte da gestante.

O referido diploma legal aumentou o rol das causas de exclusão da punibilidade, estando estas previstas no artigo 128, o qual determina não ser punível o aborto praticado por médico quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é procedido do consentimento da gestante ou do representante legal, nos casos de incapaz.

⁴⁴ *Medicina Legal*. p. 750.

3. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE O CRIME DE ABORTO

A vida humana é tutelada pelo Direito desde o momento de seu surgimento até a sua extinção. No momento em que é gerado, o ser humano encontra-se protegido pelo Direito Civil, o qual põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção, bem como pelo Direito Penal, através da tipificação do aborto⁴⁵.

Quanto ao crime de aborto, como já dito anteriormente, é imprescindível a existência da gravidez, a qual é conceituada como sendo “o período fisiológico da mulher compreendido desde a fecundação do óvulo, ou dos óvulos, até a morte ou expulsão, espontânea ou propositada, do produto da concepção”⁴⁶. Esta é a definição aceita pela Medicina Legal, no entanto, como já dito anteriormente, há quem entenda que a fecundação não pode ser considerada como o início da gravidez, pois o embrião só se desenvolverá completamente após a fase da nidacão, ou seja, após a sua fixação na parede uterina.

Como bem pondera Oswaldo Henrique Duek Marques, a vida “deve ter a proteção do Direito, desde a formação do embrião até o instante da morte. Durante todo esse período, pode-se falar em vida, objeto da tutela jurídica”⁴⁷.

3.1 Conceito de Aborto

A etimologia da palavra aborto deriva da expressão em latim *abortus*, onde *ab* significa privar e *ortus*, nascer.

⁴⁵ Paulo Lúcio Nogueira. *Em Defesa da Vida*. p. 01.

⁴⁶ Delton Croce e Delton Croce Júnior. *Manual de Medicina Legal*. p. 406-407.

⁴⁷ *A Pena Capital e o Direito à Vida*. p. 03.

O dicionário Caldas Aulete define abortamento como “ação de abortar” e aborto como “todo indivíduo que nasceu com forma imprópria da sua espécie, ou que não chegou a adquirir o seu completo desenvolvimento”⁴⁸.

Desta forma, abortamento é o conjunto de manobras empregadas com a finalidade de interromper a gravidez, e aborto, por sua vez, é o produto morto da concepção⁴⁹.

Como bem esclarece Ivanildo Ferreira Alves, não obstante esta variação, o legislador adotou como *nomen juris* a expressão aborto, sendo utilizada em todos os códigos penais editados no Brasil, desde o Código Criminal do Império do Brasil⁵⁰.

Assim, utilizando-se das palavras de Julio Fabbrini Mirabete, aborto pode ser conceituado como “a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses), ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão”⁵¹.

Importante ressaltar que não deixará de haver aborto caso o produto da concepção não seja expulso, pois, segundo Magalhães Noronha, pode ocorrer a dissolução, reabsorção, mumificação e até mesmo a calcificação deste⁵².

Difere do conceito legal o ponto de vista da Obstetrícia, a qual considera como aborto a interrupção da gestação desde o momento da fecundação até a vigésima primeira semana desta; sendo que deste momento até a vigésima oitava semana fala-se em parto imaturo, e entre a vigésima nona e a trigésima sétima semana, em parto prematuro⁵³.

O Código Penal Brasileiro vigente prevê os crimes de auto-aborto e consentimento na prática de aborto por terceiro (artigo 124), aborto sem consentimento da gestante (artigo 125) e aborto com o consentimento da gestante (artigo 126).

⁴⁸ *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. v. 1. p. 26.

⁴⁹ Delton Croce e Delton Croce Júnior. *Manual de Medicina Legal*. p. 439.

⁵⁰ *Crimes contra a Vida*. p. 195.

⁵¹ *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 93.

⁵² *Direito Penal*. v. 2. p. 54.

⁵³ Delton Croce e Delton Croce Júnior. *op. cit.* p. 439.

3.2 Objeto Jurídico

Objeto jurídico do crime pode ser conceituado como o bem-interesse protegido pela lei penal. Esta definição é de grande relevância, fazendo, inclusive, parte do critério utilizado para a disposição dos títulos e capítulos da Parte Especial do Código Penal, que coloca em primeiro lugar os bens jurídicos mais importantes, quais sejam, a vida, a integridade corporal, a honra, o patrimônio e etc..

A objetividade jurídica do crime de aborto é a vida humana em formação, ainda que se trate apenas de uma *spes personae*, como bem ressalta Magalhães Noronha⁵⁴.

No caso do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, tutela-se, além da chamada vida intra-uterina, a vida e a integridade corporal da mulher.

O autor Heleno Cláudio Fragoso, em um paralelo traçado entre as legislações, ressalta que “se vários situam o aborto entre os crimes contra a vida (CP Argentina, Bolívia, Equador, Paraguai etc.), outros o incluem entre os crimes contra a vida e a saúde (Suíça, Islândia), ou contra a família (Chile), ou ainda, contra a ordem das famílias e a moralidade pública (Cód. belga)”⁵⁵.

O mesmo autor observa ainda que em função do regime fascista, o Código Italiano situava o aborto no título especial dos crimes contra a integridade e sanidade da estirpe, sendo que sua objetividade jurídica era atribuída ao interesse demográfico do Estado, ao passo que os projetos alemães de 1960 e 1962 incluíram corretamente o aborto como crime contra a vida em formação⁵⁶.

3.3 Objeto Material

⁵⁴ *Direito Penal*. v. 2. p. 55.

⁵⁵ *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1, p. 80.

⁵⁶ *Ibidem*, mesma página.

Objeto material do crime é conceituado por Mirabete como sendo “a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa, ou seja, aquilo que a ação delituosa atinge. Está ele direta ou indiretamente indicado na figura penal”⁵⁷.

No caso do aborto o objeto material é o produto da fecundação (ovo, embrião ou feto), e por ser um crime que sempre deixa vestígios, é obrigatória a realização de exame de corpo de delito (artigo 158 do Código de Processo Penal).

3.4 Sujeitos

Sujeito ativo do crime é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico.

No caso do crime de auto-aborto previsto no artigo 124 o sujeito ativo é a gestante, sendo que nos demais dispositivos (artigos 125 e 126) qualquer pessoa pode ser autor do delito⁵⁸.

Sujeito passivo do crime é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta delitiva.

Vale ressaltar que o sujeito passivo do crime de aborto não é o produto da concepção⁵⁹, vez que não é titular do bem jurídico tutelado, mas sim o Estado, vítima freqüente, a coletividade, ou ainda a mulher, quando o aborto é praticado sem o seu consentimento⁶⁰.

⁵⁷ *Manual de Direito Penal*. v. 1. p. 127

⁵⁸ Paulo José da Costa Júnior. *Direito Penal: Curso Completo*. p. 265.

⁵⁹ Cezar Roberto Bitencourt, em *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*, v. 2, p. 158-159, entende de forma diversa: “Sujeito passivo, no auto-aborto e no aborto consentido (art. 124), é o feto, ou, genericamente falando, o produto da concepção, que engloba óvulo, embrião e feto” e “A gestante é sujeito passivo no aborto provocado por terceiro sem seu consentimento. Nessa espécie de aborto, há dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante”. Também neste sentido: José Flávio Braga Nascimento. *Direito Penal: Parte Especial (arts 121 a 183)*. p. 77.

⁶⁰ Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 94.

Heleno Cláudio Fragoso, em suas Lições de Direito Penal, esclarece ainda que “no aborto consentido a mãe não é ao mesmo tempo sujeito ativo e sujeito passivo porque é logicamente impossível ser agente e vítima ao mesmo tempo. Não há crime na autolesão”⁶¹.

3.5 Tipo Objetivo

O tipo penal do aborto (artigos 124, 125 e 126) tem como núcleo o verbo provocar, no sentido de promover, produzir, dar causa, originar e etc., entretanto, o legislador não especificou a conduta do abortamento, sabendo-se somente que esta deve se dar antes do parto, pois após o início deste o crime será homicídio ou infanticídio⁶².

O crime de aborto, como já dito anteriormente, pressupõe gestação em curso e é imprescindível que o produto da concepção esteja vivo, ou seja, a sua morte deve, obrigatoriamente, ser resultado direto de manobras abortivas e pode ocorrer no útero ou fora dele, no caso de expulsão com vida.

A conduta do abortamento em geral é comissiva, podendo, no entanto, ser omissiva no caso do médico, parteira ou enfermeira que agindo com dolo deixa de tomar as medidas cabíveis a evitar o aborto espontâneo ou acidental, vez que têm o dever jurídico de impedir referido resultado⁶³.

Segundo Hilário Veiga de Carvalho, “os processos abortivos poderiam ser compendiados como segue:

1. Químicos:

- A) substâncias inorgânicas (arsênio, ferro, antimônio, cobre, certos sais e ácidos etc.);
- B) substâncias orgânicas:
 - a) de origem animal (cantáridas, pituitrina, hormônios femininos etc.);
 - b) de origem vegetal (apiol, sabina, arruda, sene, ruibarbo, quinica, estricnina, centeio espigado, álcool etc.);

⁶¹ v. 1. p. 80.

⁶² Edgard Magalhães Noronha. *Direito Penal*. v. 2. p. 56.

⁶³ Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 1. p. 95.

C) associação de várias substâncias.

2. Físicos:

A) mecânicos indiretos (fisioterapia inadequada, exercícios corporais pesados etc.);

B) mecânicos diretos:

a) através da parede abdominal (traumas);

b) sobre o colo uterino (pessários, dedos etc.);

c) sobre o ovo (curetagem, punção, injeções várias, insuflações etc.);

C) térmicos (bolsas de água quente ou de gelo etc.);

D) elétricos (choques elétricos).

3. Psíquicos: choques morais e similares.

4. Mistos: mecânico-químicos”⁶⁴.

Se o meio utilizado para o abortamento for inidôneo, apenas constituirá crime impossível.

Como já dito anteriormente, em sendo o aborto um crime que deixa vestígios, indispensável é a comprovação de sua existência material através de exame de corpo de delito, e quando este não for possível, será substituído pela prova testemunhal ou documental⁶⁵.

3.6 Tipo Subjetivo

“O crime de aborto somente é punível a título de dolo, que consiste na vontade livre e consciente de interromper a gravidez, matando o produto da concepção (dolo direto), ou na aceitação do risco de provocar esse resultado (dolo eventual)”⁶⁶.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, haverá concurso formal de delitos na hipótese em que o sujeito ativo, agindo com dolo eventual, agride mulher grávida, provocando-lhe o aborto⁶⁷.

⁶⁴ et al. *Compêndio de Medicina Legal*. p. 324-325.

⁶⁵ Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 95.

⁶⁶ Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1. p. 82.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 96.

Vale ressaltar que não há previsão legal do aborto na modalidade culposa, bem como a tentativa de suicídio de mulher grávida não configura tentativa de aborto⁶⁸.

No artigo 127 do Código Penal verifica-se ainda o crime de aborto na sua modalidade preterdolosa, ou seja, o sujeito ativo age com dolo no antecedente (aborto) e culpa no conseqüente (morte ou lesão corporal)⁶⁹.

3.7 Consumação e Tentativa

A consumação do crime de aborto é verificada com a interrupção da gravidez e a morte do produto da concepção, podendo esta se dar no interior do útero materno ou ser subsequente à expulsão prematura⁷⁰.

Considerar-se-á tentado o aborto quando as manobras abortivas adotadas não interromperem a gravidez ou apenas acelerarem o parto, resultando na sobrevivência do feto.

“Se o feto nasce vivo e viável, e vem a perecer, ulteriormente, em conseqüência das manobras abortivas, o crime de aborto se consuma; mas se a morte resultou de causa independente, existirá apenas tentativa de aborto”⁷¹.

Segundo o ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt, “podem ocorrer as hipóteses de desistência voluntária e arrependimento eficaz, mas nesse caso, o agente responderá pelos atos praticados que, em si mesmos constituírem crime, ressalvada, logicamente, a hipótese de auto-aborto”⁷².

3.8 Espécies de Aborto

⁶⁸ Paulo José da Costa Júnior. *Direito Penal: Curso Completo*. p. 266.

⁶⁹ Edgard Magalhães Noronha. *Direito Penal*. v. 2. p. 63.

⁷⁰ Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. p. 165.

⁷¹ Frederico Marques, *apud* Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 96.

⁷² *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. p. 167.

Como já dito anteriormente, o legislador previu duas modalidades de aborto ilícito, e duas de aborto lícito, as quais se encontram elencadas no Capítulo I do Título I da Parte Especial do Código Penal Brasileiro. Quanto ao aborto ilícito, temos o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento e o aborto provocado por terceiro, que pode ser com ou sem consentimento da gestante e que conta ainda, com uma forma qualificada. O aborto lícito por sua vez se subdivide em aborto necessário e aborto no caso da gravidez resultante de estupro.

Ainda no âmbito da legislação penal existem outras previsões relativas ao crime de aborto, como é o caso daquele proveniente de lesão corporal (artigo 129, § 2º, inciso V do Código Penal) e o efetuado para impedir nascimentos nos seios de grupos nacionais, raciais, étnicos ou religiosos (artigo 1º, alínea *a*), da Lei 2.889 de 1 de outubro de 1956, que trata do crime de genocídio).

Além das formas de aborto já citadas acima, a doutrina elenca outras espécies, entre elas o aborto eugênico, as quais também serão analisadas nos itens a seguir.

3.8.1 Auto-aborto e Aborto Consentido

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

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

A primeira parte do artigo 124 descreve o denominado auto-aborto, e a segunda parte traz o aborto consentido. Em ambos os casos apenas a gestante pode exercer a conduta descrita no núcleo do tipo, ou seja, praticar e consentir, impossibilitando assim, a hipótese de co-autoria.

Quanto à classificação dos crimes de auto-aborto e de aborto consentido, em próprio e de mão própria, surge uma divergência doutrinária. Para Cezar Roberto Bitencourt

tratam-se de crimes de mão própria⁷³, enquanto Julio Fabbrini Mirabete considera-os como delitos especiais (ou próprios)⁷⁴.

Os doutrinadores se dividem ainda em duas correntes ao abordarem o concurso de pessoas nos crimes de auto-aborto e aborto consentido em relação à conduta do partícipe. Como bem esclarece Paulo Lúcio Nogueira:

“Uma entende que quem concorre para o aborto provocado auxiliando a gestante será co-partícipe no crime previsto no art. 124, de auto-aborto, e não incide no art. 126 da lei penal⁷⁵. Outra corrente já reconhece que o participante responde pelo crime do art. 126, pois de qualquer forma ajuda o executor direto do crime, havendo inaplicação do art. 29 da lei penal no caso⁷⁶, pois a norma especial aplica-se somente à gestante, que é punida com menos severidade”⁷⁷.

Parece-nos que a primeira corrente apresenta a solução mais adequada neste caso.

Importante ressaltar que no aborto consentido não se aplica o disposto no *caput* do artigo 29 do Código Penal, ou seja, a gestante, ao consentir que outrem lhe provoque o aborto, estará incurso no artigo 124, como já visto anteriormente, enquanto aquele que lhe provoca materialmente o aborto estará incurso no artigo 126, denominado aborto consensual.

A não aplicação do artigo 29 constitui exceção à teoria monista (unitária ou igualitária) adotada pelo Código Penal Brasileiro de 1940, segundo a qual “o crime, ainda que tenha sido praticado em concurso de várias pessoas, permanece único e indivisível”⁷⁸. A citada teoria não faz distinção entre autor e partícipe, considerando todos como autores ou co-autores do crime.

Com o advento da Lei 7.209 de 11 de julho de 1984 continuou-se adotando a teoria monista, mas de forma não tão rigorosa. Na verdade, ao modificar a redação dos

⁷³ *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. p. 73. Neste sentido: Ivanildo Ferreira Alves. *Crimes Contra a Vida*. p. 205; Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1. p. 83.

⁷⁴ *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 96. Neste sentido: Paulo José da Costa Júnior. *Direito Penal: Curso Completo*. p. 265; Edgard Magalhães Noronha. *Direito Penal*. v. 2. p. 61.

⁷⁵ Neste sentido: Ivanildo Ferreira Alves. op. cit., p. 206; Heleno Cláudio Fragoso. op. cit., p. 83; Paulo José da Costa Júnior. op. cit., p. 267; Cezar Roberto Bitencourt. op. cit., p. 161;

⁷⁶ Neste sentido: RT 423/367, 449/367, 412/120.

⁷⁷ *Em Defesa da Vida*. p. 11.

⁷⁸ Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 1. p. 226.

parágrafos do artigo 29 do Código Penal, a lei procurou distinguir a atuação de autores e partícipes, dosando a pena conforme a efetiva participação, aproximando-se assim, da teoria dualista, ainda que de forma mitigada⁷⁹.

3.8.2 Aborto Provocado por Terceiro

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

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

O aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante é a forma mais grave do crime, e por tal razão o legislador estabeleceu pena superior às demais.

De acordo com os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt, a falta do consentimento por parte da gestante é elementar negativa do tipo, sendo que a tipicidade não deixa de existir se a gestante consentir o aborto, mas sim será deslocada para o artigo 126 do Código Penal⁸⁰.

O delito aqui tratado pode apresentar duas formas, quais sejam, a ausência de consentimento real e a ausência de consentimento presumido. A primeira é verificada quando o agente utiliza-se de violência, grave ameaça ou fraude para praticar o aborto⁸¹, enquanto a segunda ocorre quando a gestante não é maior de 14 anos, é alienada ou débil mental⁸².

3.8.3 Aborto Consensual

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

⁷⁹ Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. p. 162.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 163.

⁸¹ Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 97.

⁸² Art. 126, parágrafo único. *“Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”.*

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

O denominado aborto consensual pode ser classificado como crime de concurso necessário, ou, como preferem Heleno Cláudio Fragoso e Paulo José da Costa Júnior, crime plurissubjetivo, o qual, em decorrência da sua descrição típica, exige duas ou mais pessoas para a ocorrência da conduta criminosa⁸³.

Apesar do tipo penal estabelecer um concurso necessário entre a gestante que consente a prática do aborto e o agente que a realiza efetivamente, ambos responderão por crimes distintos, ou seja, ela pelo aborto consentido (artigo 124, segunda parte, do Código Penal) e ele pelo aborto consensual (artigo 126 do Código Penal). Referida hipótese é verificada, como já dito anteriormente, por se tratar de exceção à teoria monista.

O consentimento da gestante poderá ser expresso ou tácito, contudo, deverá persistir desde o início da conduta até a consumação da mesma, caso contrário o agente responderá pelo artigo 125 do Código Penal⁸⁴.

Como explicado no item anterior, o agente também responderá pelo artigo 125 do Código Penal nas hipóteses previstas no parágrafo único do artigo 126.

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

Em contrapartida, responderá pelo artigo 126 e não pelo artigo 125 o agente que, supondo justificadamente que há consentimento da gestante quando não há, caracterizando assim erro de tipo⁸⁵.

⁸³ *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1, p. 83; *Direito Penal: Curso Completo*. p. 267.

⁸⁴ Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 97.

⁸⁵ Julio Fabbrini Mirabete. op. cit., p. 98.

3.8.4 Aborto Qualificado

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

Esta hipótese do artigo 127 do Código Penal aplica-se tão somente aos agentes, que não a gestante, dos crimes previstos nos artigos 125 e 126.

Trata-se aqui de figura preterdolosa, onde o sujeito ativo age com dolo em relação ao aborto e com culpa quanto à morte ou lesões corporais de natureza grave. Obviamente que se o agente, além do aborto, pretender lesionar ou matar a gestante, responderá pelas lesões corporais ou homicídio em concurso com o aborto⁸⁶.

Julio Fabbrini Mirabete ensina que o partícipe do crime previsto no artigo 124 do Código Penal não responde pela qualificadora, pois não participou do ato de execução⁸⁷, no entanto, há entendimento diverso, segundo o qual aquele responderá por lesões corporais culposas ou homicídio culposo⁸⁸. Esse último entendimento, no entanto, demonstra-se inadequado a nosso ver, devendo o agente responder por aborto simples.

As lesões corporais a que se refere o artigo 127 não são aquelas decorrentes do próprio aborto, já que este sempre provoca lesões ao corpo da gestante. A qualificadora será verificada quando houver lesões extraordinárias, como por exemplo, septicemia e peritonite⁸⁹.

3.8.5 Causas Excludentes de Ilicitude

⁸⁶ Edgard Magalhães Noronha. *Direito Penal*. v. 2. p. 63.

⁸⁷ *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 98. Neste sentido: Edgard Magalhães Noronha. *Direito Penal*. v. 2. p. 63.

⁸⁸ Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1. p. 84.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 85.

As causas excludentes de ilicitude, ou de antijuridicidade, são assim chamadas por se tratarem de normas permissivas, as quais, ao permitirem a prática de um fato típico, excluem a sua antijuridicidade. O Código Penal Brasileiro contempla duas dessas causas em relação ao crime de aborto, que estão previstas no artigo 128.

“Art. 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.”

O inciso I refere-se ao denominado aborto necessário, enquanto o inciso II, ao aborto sentimental, e ambos serão estudados nos itens a seguir.

3.8.5.1 Aborto Necessário

O aborto necessário é também chamado de terapêutico, denominação esta, imprópria, segundo o entendimento de Delton Croce, vez que “a aniquilação de uma vida não é, e jamais será, sob pretexto algum, tratamento de qualquer moléstia”⁹⁰.

O inciso I do artigo 128 se traduz em um caso de estado de necessidade, contudo se difere daquele previsto no artigo 24 do Código Penal, pois não exige uma situação de perigo atual e é imprescindível que a ação seja praticada por um médico⁹¹. Obviamente que o médico poderá ser auxiliado por terceiros, sendo que nos casos em que o risco de vida para a mulher seja atual, poderá o aborto ser praticado por terceiro, o qual invocará o estado de necessidade (artigo 24 do Código Penal)⁹². Entre estes terceiros, destaca-se, por exemplo, a enfermeira.

⁹⁰ *Manual de Medicina Legal*. p. 446.

⁹¹ Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1. p. 85. Neste sentido: Flávio Augusto Monteiro de Barros. *Crimes Contra a Pessoa*. p. 79.

⁹² Edgard Magalhães Noronha. *Direito Penal*. v. 2. p. 65.

O aborto necessário exige a presença de dois requisitos, quais sejam, perigo à vida da gestante e a inexistência de outro meio para salvá-la. Assim, a causa excludente de ilicitude será cabível apenas quando o desenvolvimento da gravidez e o parto oferecerem grave risco de morte à gestante.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, “os casos mais freqüentes de aborto necessário são os de graves vômitos incoercíveis (toxemia gravídica), estado epiléptico, estenose mitral, coréia gravídica, insuficiência cardíaca e gravidez ectópica”⁹³.

Julio Fabbrini Mirabete ressalta que a constante evolução da medicina é capaz de superar referidos riscos e citando Raul Briquet, afirma “o aborto terapêutico provém da deficiência de conhecimentos médicos, ou da não-observância dos princípios da assistência pré-natal”⁹⁴. O mesmo autor, entretanto, reconhece que a previsão legal do aborto necessário é indispensável tendo em vista a precariedade do atendimento médico nas redes públicas e das condições de saúde e higiene do nosso país⁹⁵.

3.8.5.2 Aborto Sentimental

O aborto sentimental (ético ou humanitário) está previsto no inciso II do artigo 128 do Código Penal, e começou a ser fruto de discussões em decorrência do elevado número de casos de gravidez resultantes de estupro praticados pelos soldados durante a Primeira Grande Guerra Mundial (1914-1918).

Esta modalidade de aborto não é aceita de forma unânime. Delton Croce, em seu Manual de Medicina Legal revela-se contrário a ela e fundamenta dizendo que:

“Aprová-lo é garantir ao médico, como se fora ele senhor de barão e cutelo, o direito de atentar contra a inviolabilidade da vida humana, fundamento de todo o Direito. É praticar hediondo ato não contra o esturador, mas sobre um inocente que tem fundamentalmente direito à vida, consoante a Constituição Federal”⁹⁶.

⁹³ *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1. p. 86.

⁹⁴ *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 99.

⁹⁵ *Ibidem*, mesma página.

⁹⁶ p. 447-448.

Compartilha da mesma opinião Maria Helena Diniz, para a qual essa modalidade de aborto fere o princípio constitucional da individualização da pena, vez que impõe ao feto uma pena capital, não merecendo este ser atingido pelo ódio cultivado contra seu pai⁹⁷.

Em concordância com o Código Penal Brasileiro está grande parte dos doutrinadores, entre eles, Heleno Cláudio Fragoso, que utilizando as palavras de Manzini afirma que “seria inumano constranger uma mulher que já sofreu o dano da violência carnal, a suportar também o da gravidez, mesmo porque a ordem jurídica não pode opor-se à remoção das conseqüências imediatas e imanentes de um crime”⁹⁸.

Assim como no aborto necessário, apenas o médico poderá efetuar o aborto sentimental. Desta forma, consoante o texto de lei, são dois os requisitos para o aborto sentimental, quais sejam, a gravidez resultante de estupro e o consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando esta for incapaz.

Em relação ao consentimento, o médico deve se cercar de todas as cautelas, solicitando à gestante ou a seu representante legal o consentimento por escrito, ou dado perante testemunhas idôneas⁹⁹, e ainda, no caso de existir processo criminal, ouvir o juiz e o promotor de justiça¹⁰⁰. Se, no entanto, o médico for induzido a erro quanto à existência do estupro, quer pela gestante ou terceiro, restará caracterizado erro do tipo, excluindo o dolo e afastando a ilicitude¹⁰¹. Assim, o médico não responderá pelo crime de aborto, enquanto a gestante estará incurso no artigo 124, segunda parte do Código Penal.

Vale ressaltar que para a prática do aborto sentimental não é necessária autorização judicial, sentença condenatória ou mesmo processo criminal contra o autor do estupro, devendo o médico atentar apenas para as cautelas já descritas acima¹⁰².

⁹⁷ *O Estado Atual do Biodireito*. p. 62-63.

⁹⁸ Vincenzo Manzini *apud Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1. p. 87.

⁹⁹ Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. p. 170.

¹⁰⁰ Paulo José da Costa Júnior. *Direito Penal: Curso Completo*. p. 268.

¹⁰¹ Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 100.

¹⁰² Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. p. 170.

Outra questão a ser analisada é a possibilidade da aplicação, por analogia, do inciso II do artigo 128, quando a gravidez resultar de crime diverso do estupro. A doutrina majoritária admite o aborto sentimental nos casos de gravidez resultante de atentado violento ao pudor¹⁰³, no entanto, contrário a esse entendimento está Heleno Cláudio Fragoso, segundo o qual o aborto sentimental é norma excepcional, não comportando interpretação analógica¹⁰⁴.

3.8.6 Aborto Eugênico

O aborto eugênico (ou eugenésico), tema deste estudo, pode ser conceituado como a interrupção da gravidez quando há suspeita de que o feto possui anomalias graves em razão da herança genética a ele transmitido. É punido pela legislação penal, mas nos casos de anencefalia, existem decisões judiciais autorizando-o.

Esta modalidade de aborto será o objeto de análise do próximo capítulo.

3.8.7 Aborto Social

O Código Penal Brasileiro pune acertadamente o aborto social (ou econômico), o qual é praticado a fim de que a situação de penúria ou miséria da gestante não se agrave¹⁰⁵, e é verificado, na maioria das vezes, em famílias numerosas e que não possuem condições mínimas de sobrevivência.

Segundo Delton Croce:

“Andou bem a autoridade judicante penalizando o aborto social, pois não pode o Estado ameaçar a existência de alguém por motivos econômicos. Não será pela solução unilateral do aborto que se resolverá o desemprego, a pobreza, a miséria – a maior das violências – e outros problemas graves que de há muito assolam o País e só passíveis de solução pela remoção das causas reais que o determinam”¹⁰⁶.

¹⁰³ Neste sentido: Cezar Roberto Bitencourt. op. cit., p. 170; Julio Fabbrini Mirabete. op. cit., p. 100; Paulo José da Costa Júnior. op. cit., p. 268; Edgard Magalhães Noronha. *Direito Penal*. v. 2. p. 67.

¹⁰⁴ *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1. p. 87.

¹⁰⁵ Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 101.

¹⁰⁶ *Manual de Medicina Legal*. p. 450.

Assim, essa modalidade de aborto se torna a saída para uma parte da sociedade sem instrução e sem esperança de uma existência mais digna, que condena a vida de um inocente em razão da incompetência governamental.

3.8.8 Aborto *Honoris Causa*

O aborto *honoris causa* também é punido pela legislação penal vigente e é realizado a fim de ocultar a desonra da gestante em decorrência da gravidez *extramatrimonium*, ou de incesto¹⁰⁷.

Segundo Paulo José da Costa Júnior, tanto o aborto social, quanto o aborto *honoris causa* comportam a aplicação da atenuante genérica prevista no artigo 65, inciso III, alínea a)¹⁰⁸.

“Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III – ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;”

3.9 Ação Penal

Todas as modalidades de aborto previstas no Código Penal são crimes de ação penal pública incondicionada, ou seja, a ocorrência da conduta delitiva é suficiente para que seja instaurado inquérito policial e a conseqüente ação¹⁰⁹.

3.10 Competência – Tribunal do Júri

¹⁰⁷ Ivanildo Ferreira Alves. *Crimes Contra a Vida*. p. 375.

¹⁰⁸ *Direito Penal: Curso Completo*. p. 268.

¹⁰⁹ Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 1. p. 372.

Por ser o aborto um crime doloso contra a vida, será competente para julgá-lo o Tribunal do Júri, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*) da Constituição Federal.

Em regra, os crimes de competência do Tribunal do Júri são apenados com reclusão, no entanto, no caso do auto-aborto e aborto consentido (artigo 124 do Código Penal), a pena é de detenção. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, o procedimento será o mesmo do Júri, mas com algumas particularidades:

“*a*) havendo primariedade, mesmo não tendo bons antecedentes, é possível ao infrator prestar fiança e aguardar solto o julgamento, a teor do § 3º do art. 408; *b*) a intimação da sentença de pronúncia será feita nos termos do art. 415; *c*) o art. 415, § 1º, permite o julgamento à revelia; *d*) possível será a concessão do *sursis*, uma vez que a pena é diminuta; *e*) se houver condenação, nem sequer haverá necessidade de aguardar preso o resultado de eventual recurso; *f*) mesmo sendo reincidente, se a sentença for absolutória, não precisará aguardar preso o resultado de eventual recurso e, se condenatória, poderá prestar fiança”¹¹⁰.

Ainda quanto aos crimes dolosos contra a vida, vale ressaltar que em razão das chamadas competências especiais por prerrogativa de função, estes não serão julgados pelo Tribunal do Júri. Como explica Alexandre de Moraes, o Tribunal do Júri não possui competência absoluta, “afastando-a a própria Constituição Federal, no que prevê, em face da dignidade de certos cargos e da relevância destes para o Estado, a competência de Tribunais, conforme determinam os arts. 29, inciso X, 96, inciso III, 108, inciso I, alínea *a*, 105, inciso I, alínea *a*, e 102, inciso I, alíneas *b* e *c*”¹¹¹.

¹¹⁰ *Processo Penal*. v. 4. p. 210.

¹¹¹ *Direitos Humanos Fundamentais*. p. 218.

4. ABORTO EUGÊNICO

Como já conceituado anteriormente, o aborto eugênico é a “interrupção criminosa da gestação quando houver suspeita de que, provavelmente, o nascituro apresenta doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves, como microcefalia, retinite pigmentosa, sífilis, mongolismo, epilepsia genuína, demência precoce, idiotia amaurótica etc.”¹¹².

A doutrina elenca inúmeras anomalias que, equivocadamente, justificariam a prática do aborto eugênico, no entanto, este trabalho tem como escopo apenas a análise dos casos de anencefalia, a qual foi objeto de decisões judiciais proferidas recentemente.

4.1 Eugenia

A eugenia pode ser conceituada como a “ciência, que se ocupa do aperfeiçoamento da raça humana, por cruzamento entre indivíduos escolhidos”¹¹³, e sua prática é verificada desde a antiguidade.

Segundo Hélio Gomes, Licurgo foi o primeiro a colocar em prática a eugenia, procurando exterminar os débeis e inválidos e ensinando aos pais a deixarem a saúde como herança para seus filhos, ao invés da riqueza material¹¹⁴. Na Babilônia também era utilizada a referida prática, onde a rainha Semiramis determinava que os jovens defeituosos fossem castrados¹¹⁵.

¹¹² Maria Helena Diniz. *O Estado Atual do Biodireito*. p. 34.

¹¹³ Caldas Aulete – *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. v. 2. p. 1650.

¹¹⁴ *Medicina Legal*. p. 316.

¹¹⁵ Tereza Rodrigues Vieira (coord.). *Bioética e Sexualidade*. p. 13.

Os gregos, por sua vez, jogavam as crianças defeituosas no desfiladeiro¹¹⁶, e a eugenia também era aconselhada por Platão em sua obra *A República*, o qual pronunciava:

“Quanto aos corpos de constituição doentia, não lhes prolongava a vida e os sofrimentos com tratamentos e purgações regradas, que os poriam em condições de se reproduzirem em outros seres fadados certamente a serem iguais aos progenitores.”¹¹⁷.

“Por conseqüência, estabelecerás em nossa república uma medicina e uma jurisprudência, como acabamos de dizer, que se limitem ao cuidado dos que receberam da natureza corpo são e alma formosa; e, pelo que toca aos que receberam corpo mal organizado, deixá-los morrer e que sejam castigados com pena de morte os de alma incorrigível.”¹¹⁸.

“Os filhos bem nascidos serão levados ao berço comum e confiados a amas de leite que terão casas à parte em um bairro da cidade. Quanto às crianças doentes e às que sofrerem qualquer deformidade, serão levadas, como convém, a paradeiro desconhecido e secreto. É o meio eficaz de preservar a pureza da raça dos guerreiros.”¹¹⁹.

O surgimento da eugenia¹²⁰ como ciência, no entanto, deu-se com Francis Galton (1822-1911), através de sua obra *Hereditary talent and character*¹²¹. Foi Galton também o criador da expressão eugenia, a qual foi utilizada pela primeira vez em 1893 em sua obra *Inquires into Human Faculty and its development*¹²², onde estabeleceu duas espécies desta, a negativa e a positiva:

“A eugenia negativa tem por objetivo impedir os homens (julgados inferiores) de se reproduzir. Em termos de genética, isto implicaria reduzir a freqüência dos genes patológicos na população. Em relação à eugenia positiva, trata-se, segundo Galton, de encorajar os elementos “sãos” ou julgados superiores a se reproduzir. Em termos genéticos, a eugenia positiva teria por objetivo aumentar a freqüência das características genéticas “desejáveis” na população”¹²³.

¹¹⁶ Ibidem, mesma página.

¹¹⁷ P. 86.

¹¹⁸ P. 88.

¹¹⁹ P. 136.

¹²⁰ A etimologia da palavra eugenia deriva da expressão em grego *eugenes*, onde *eu* significa boa e *genes*, origem.

¹²¹ Nesta obra Galton é influenciado pelas idéias de seu primo Charles Darwin, e procura explicar que o talento e o caráter humano são produtos da herança – Stella Maris Martínez. *Manipulação Genética e Direito Penal*. p. 239.

¹²² Ibidem, mesma página.

¹²³ Tereza Rodrigues Vieira (coord.). *Bioética e Sexualidade*. p. 13.

O destaque da eugenia se dá através das teorias da hereditariedade de Galton, para as quais o mesmo utilizou como base a teoria da evolução elaborada por Darwin¹²⁴, concluindo que “alguns estão predestinados ao sucesso, enquanto outros, não, sempre na dependência direta da hereditariedade. Logo, é fundamental velar pelas uniões que asseguram a existência de homens de qualidade. É, pois, entre pessoas “bem-nascidas” que convém estabelecer uniões”¹²⁵.

O ideal eugenista baseou-se também no chamado malthusianismo, que foi criado por Thomas Robert Malthus (1766-1834), segundo o qual a multiplicação da população não seria acompanhada pelo aumento dos meios de subsistência e por isso seria necessário auxiliar a natureza em seus obstáculos repressivos de eliminação dos indivíduos através da limitação da natalidade. Tal limitação “se obteria pelo retardamento geral do matrimônio, pela dificuldade dos casamentos imprudentemente contraídos e pela abstenção procriadora de quem é incapaz de criar filhos sãos e de educá-los utilmente”¹²⁶. Segundo Delton Croce, apesar de sua teoria, Malthus, que era pastor protestante e moralista, nunca sugeriu nem aprovou o aborto¹²⁷.

A eugenia teve seu crescimento no início do século XX, sobretudo nos Estados Unidos¹²⁸, Europa e Inglaterra¹²⁹, alcançando seu ápice na Alemanha, onde foi aplicada por Adolf Hitler. Passaram-se a adotar leis que previam o aborto eugênico e a esterilização eugênica, sendo que esta última teve a sua aceitação, “primeiro, nos Estados Unidos, depois no Canadá, na Suíça, nos países escandinavos, no Japão, e na Alemanha nazista. De 1907 a 1940, trinta e três Estados norte-americanos tinham adotado, via legislação, medidas de esterilização”¹³⁰. Assim, com base nas práticas eugênicas, “finda a II Guerra Mundial, haviam sido mortos, na Europa ocupada, nos campos nazistas de extermínio, cerca de seis milhões de

¹²⁴ A teoria da evolução se baseia no princípio da luta pela vida, a qual é travada entre indivíduos de uma mesma espécie, sendo que sobrevivem apenas os mais adaptados, enquanto os demais desaparecem juntamente com suas características.

¹²⁵ Tereza Rodrigues Vieira (coord.). *Bioética e Sexualidade*. p. 14.

¹²⁶ *Dicionário Enciclopédico Ilustrado SAV (sexo, amor e vida)*. v. 3. p. 729.

¹²⁷ *Manual de Medicina Legal*. p. 439.

¹²⁸ A partir do 2º Congresso Internacional de Eugenia, em Nova York (1921), a sociedade norte-americana passa a pressionar os juristas para que fossem adotadas medidas eugênicas, as quais, inicialmente, consistiam na exclusão social de algumas pessoas e as relativas à procriação, e, posteriormente, na restrição da imigração e na eutanásia. – Tereza Rodrigues Vieira (coord.). *Bioética e Sexualidade*. p. 14.

¹²⁹ A Grã-Bretanha (1913) aprova uma lei que previa a internação dos deficientes mentais a fim de evitar a procriação e multiplicação dos degenerados. – *Ibidem*, mesma página.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 15.

judeus. Esta foi a solução encontrada por Hitler para o “problema” judeu e para a implantação da “nova ordem” no continente europeu”¹³¹.

4.2 Aborto nos Casos de Anencefalia

A anencefalia é uma anomalia congênita caracterizada pela ausência da normal fusão do tubo neural quando do desenvolvimento do embrião¹³², ou seja, este “carece de uma parte do sistema nervoso central, mais concretamente dos hemisférios cerebrais e de uma parte, maior ou menor, do tronco encefálico (bulbo raquidiano, situado acima da medula, e os dois segmentos seguintes: ponte e pedúnculos cerebrais)”¹³³.

O feto anencéfalo, segundo Herbert Praxedes, apresenta algumas atividades vitais como batimentos cardíacos, respiração, movimentação corporal e resposta a estímulos¹³⁴, podendo chegar até o final da gestação, bem como viver alguns dias ou meses após o parto¹³⁵.

4.2.1 O Anencéfalo Como Doador de Órgãos

Como já explicitado anteriormente, o transplante de órgãos e tecidos somente poderá ser feito quando constatada a morte encefálica nos termos da Resolução CFM nº. 1.480/97, editada pelo Conselho Federal de Medicina.

A dificuldade em encontrar órgãos compatíveis para o transplante em crianças deu ensejo à possibilidade do feto ou recém-nascido anencéfalo ser um doador¹³⁶. Através da Resolução CFM nº. 1752/04 foi regulamentada essa doação, considerando principalmente que os pais demonstram solidariedade ao darem continuidade à gravidez de um anencéfalo, ao invés de solicitarem a interrupção desta, doando seus órgãos e tecidos para outros recém-

¹³¹ *Enciclopédia Barsa*. v. 7. p. 359.

¹³² Jorge de Rezende e Carlos Antonio Barbosa Montenegro. *Obstetrícia Fundamental*. p. 499.

¹³³ Jaime Espinosa. *Questões de Bioética*. p. 50-51.

¹³⁴ *Vida: O Primeiro Direito da Cidadania*. p. 20.

¹³⁵ Dalton Paula Ramos et al. *Vida: O Primeiro Direito da Cidadania*. p. 19.

¹³⁶ Elio Sgreccia. *Manual de Bioética*. v. 2. p. 587.

nascidos que necessitam do transplante. Referida resolução prevê a regulamentação nos seguintes termos:

“Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento”.

“Art. 2º A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento”.

Uma importante observação a ser feita é a de que não se pode confundir a anencefalia com morte encefálica. Nesta última há a necessidade de paralisação de todas as funções cerebrais, incluindo o tronco encefálico, sendo que o anencéfalo, como visto no item anterior, possui algumas atividades vitais que são comandadas pelo tronco encefálico, que pode apresentar maior ou menor desenvolvimento. Assim, a criança portadora de anencefalia estará viva, com o tronco cerebral funcionando, enquanto respirar e o seu coração bater sem a ajuda de aparelhos. “Não se recomenda tentar mantê-la viva artificialmente, mas ninguém nega que abortá-la ou retirar seus órgãos para transplante após o parto, antes que pare espontaneamente de respirar, quer dizer matá-la.”¹³⁷.

Como qualquer ser humano, o anencéfalo deve ter a sua dignidade respeitada, portanto, é ilícito o aceleramento de seu parto com a finalidade exclusiva de utilizar seus órgãos em um transplante, pois ninguém tem o direito de antecipar a morte de outrem. Somente se pode falar em aceleração do parto, se esta for benéfica para o anencéfalo, bem como para a sua mãe. No entanto, os pais deverão consentir tal prática e o feto deve nascer com vida¹³⁸.

Para que seja feito o transplante dos órgãos do anencéfalo é necessária a autorização dos pais, bem como a constatação da sua morte encefálica, devendo-se ressaltar que, enquanto o mesmo estiver vivo, não poderá ser submetido a nenhum tratamento de terapia intensiva que impeça a deterioração de seus tecidos e órgãos, pois isso prolongaria seu

¹³⁷ Elizabeth Kipman Cerqueira et al. *Vida: O Primeiro Direito da Cidadania*. p. 20.

¹³⁸ Maria Helena Diniz. *O Estado Atual do Biodireito*. p. 291.

sofrimento¹³⁹. Referido tratamento, assim como no caso de qualquer pessoa, só seria autorizado depois de comprovada a morte encefálica, beneficiando aquele que receberá o órgão transplantado¹⁴⁰.

Assim, não nos parece ser o aborto eugênico a melhor solução para o feto anencéfalo. Os favoráveis a referida prática procuram fundamentar suas posições ressaltando sempre o sofrimento da gestante em dar continuidade à gravidez nestes casos, no entanto, acreditamos que tal comportamento revela um egoísmo incomensurável, vez que se ignora a possibilidade da doação de órgãos e conseqüentemente de salvar a vida de outro recém-nascido que tem grandes chances de sobreviver necessitando apenas de um transplante.

4.3 O Aborto Eugênico no Brasil e sua Legalidade

A atual legislação penal brasileira, acertadamente, não prevê o aborto eugênico como causa excludente de ilicitude. No entanto, inúmeras decisões contrárias à lei estão sendo proferidas, nos casos de anomalias que tornem inviável a vida extra-uterina.

Resta claro que o aborto, principalmente o eugênico, é um tema extremamente polêmico e conseqüentemente dá ensejo a diversas posições doutrinárias.

Dentre aqueles que são favoráveis ao aborto eugênico está Cezar Roberto Bitencourt, segundo o qual “o Código Penal, lamentavelmente, não legitima a realização do chamado aborto eugenésico, mesmo que seja provável que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável.”¹⁴¹.

Contrariando a prática do aborto eugênico está Edgard Magalhães Noronha, o qual afirma que a autorização para a cessação da gestação no caso de deformidade do produto

¹³⁹ Jaime Espinosa. *Questões de Bioética*. p. 52.

¹⁴⁰ *Ibidem*, mesma página.

¹⁴¹ *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. p. 170. Neste sentido: Paulo José da Costa Júnior. *Direito Penal: Curso Completo*. p. 268; Paulo Lúcio Nogueira. *Em Defesa da Vida*. p. 14-17; Hélio Gomes. *Medicina Legal*. p. 311-326; Alexandre de Moraes. *Direitos Humanos Fundamentais*. p. 91 e *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. p. 178-179.

da concepção seria arriscada, e ainda que “a admissibilidade se tornaria ampla e por isso mesmo perigosa: acabaria por degenerar, tornando a exceção regra.”¹⁴².

4.3.1 O Anteprojeto do Código Penal

Em 1984 foi publicado através da portaria n°. 304, o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, o qual previa o aborto eugênico (denominado “aborto piedoso”), como uma terceira hipótese de causa excludente de ilicitude, não sendo, no entanto, aprovada. Referida alteração era proposta da seguinte forma¹⁴³:

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

III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas e mentais”.

“§ 1.º Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro”.

“§ 2.º No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro”.

Posteriormente foi elaborado um novo Anteprojeto do Código Penal, o qual também apresenta o aborto eugênico, além do aborto necessário e do aborto na gravidez resultante de estupro, como causa excludente de ilicitude, nos seguintes termos¹⁴⁴:

¹⁴² *Direito Penal*. v. 2. p. 67-68. Neste sentido: Maria Helena Diniz. *O Estado Atual do Biodireito*. *passim*; Tereza Rodrigues Vieira (coord.). *Bioética e Sexualidade*. p. 11-26; Delton Croce e Delton Croce Júnior. *Manual de Medicina Legal*. p. 448-449; Stella Maris Martínez. *Manipulação Genética e Direito Penal*. p. 252-258.

¹⁴³ Disponível em: <<http://www.aasp.org.br/cpenal1.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2006.

¹⁴⁴ Luiz Flávio Borges D’Urso (org.). *Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal*. p. 25-26.

“Art. 127. Não constitui crime o aborto provocado por médico se:

III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.”

Parece-nos pertinente o comentário de Renato Flávio Marcão ao afirmar que:

*“A proposta da Comissão visa autorizar, definitivamente, a eugenesia, aqui relacionada à prática de aborto que pressupõe a existência de *feto viável*, no sentido de ser capaz de *nascer com vida*, porém, com fundada probabilidade de apresentar graves e irreversíveis anomalias (físicas ou mentais), que o tornem *inviável*, passível de perecimento em razão delas.”¹⁴⁵.*

O mesmo anteprojeto que pretende introduzir o aborto eugênico como mais uma causa excludente de ilicitude é contraditório ao apresentar no Título XV – Dos Crimes Contra a Cidadania e Comunidade Indígena, o crime de violação discriminatória de direito ou garantia, nos seguintes termos¹⁴⁶:

*“Art. 392. Negar, impedir ou dificultar, por motivo de discriminação ou preconceito de raça, etnia, cor, sexo ou orientação sexual, condição física ou social, religião ou origem, o livre exercício de direito ou garantia fundamental assegurados na Constituição:
Pena – reclusão, de um a quatro anos.”*

Ficaria então caracterizado esse crime nos casos de aborto de fetos anencefálos, pois se estaria impedindo o livre exercício de direitos ou garantias fundamentais assegurados na Constituição, quais sejam, o direito à vida, à igualdade e à dignidade humana, por motivo de discriminação quanto à condição física daqueles.

Se aprovado o anteprojeto, estes artigos deverão ser alterados, vez que se estaria incriminando, por via oblíqua, uma causa excludente de ilicitude.

¹⁴⁵ *Reflexões Sobre o Crime de Aborto.* Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/caexcrim/artigos/anexos/aborto.doc>. Acesso em: 02 ago. 2005.

¹⁴⁶ Luiz Flávio Borges D’Urso (org.). *Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal*. p. 93.

4.4 As Decisões Judiciais

Não temos a pretensão aqui de analisar todas as decisões proferidas nos casos de interrupção da gravidez de fetos anencefálos, e tão somente discorrer acerca dos fundamentos utilizados para o embasamento das mesmas, seja para o deferimento ou indeferimento.

4.4.1 Decisões Judiciais Favoráveis ao Aborto Eugênico

Diversas são as decisões judiciais deferindo os pedidos para a interrupção da gestação, sendo que uma das primeiras foi a sentença proferida em Londrina pelo juiz Dr. Miguel Kfoury Neto, em 19 de dezembro de 1992, o qual autorizou o aborto de um anencéfalo em uma gravidez de 20 semanas¹⁴⁷.

Grande parte das decisões neste sentido apresenta como fundamento à proteção ao direito fundamental da gestante de não ser submetida a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal)¹⁴⁸. Como é o caso da sentença proferida em Campinas pelo juiz José Henrique Rodrigues Torres:

“Aliás, de acordo com o disposto no art. 5º da Constituição Federal, ‘ninguém será submetido a tratamento desumano’. E, obviamente, exigir que a requerente leve a termo a sua gravidez, nas condições acima mencionadas, constitui, certamente, uma forma inquestionável de submetê-la a um inaceitável ‘tratamento desumano’, em flagrante violação aos direitos humanos e a dogma constitucional. Definitivamente, a interrupção da gravidez da requerente é de rigor e está a exigir urgência”¹⁴⁹.

Ligado ao fundamento supra citado está a proteção à integridade psíquica da gestante, que seria afetada pelo sofrimento causado pela continuidade da gravidez de um feto anencéfalo. Assim entendeu o juiz João Guilherme Chaves Rosas Filho, do Rio de Janeiro que, em sentença de Janeiro de 1996, afirmou que “o dano psicológico a uma gestante, que é

¹⁴⁷ Paulo Lúcio Nogueira. *Em Defesa da Vida*. p.16.

¹⁴⁸ Marcos Valentin Frigério et al. *Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil*. Disponível em: <http://www.jep.org.br/downloads/JEP/Artigos/aspectos_bioetico_juridico_abortamento_seletivo.htm>. Acesso em: 18 fev. 2006.

¹⁴⁹ Ivanildo Ferreira Alves. *Crimes Contra a Vida*. p. 232.

obrigada a esperar o término da gestação, mesmo sabendo que o filho não vai viver, será irreparável e certamente a vulnerará emocionalmente de modo a impedir que tente ser mãe novamente”¹⁵⁰.

Outro argumento utilizado é o da aplicação analógica *in bonam partem* do artigo 128, incisos I e II do Código Penal, pois “na visão jurídica, ao antecipar o sofrimento da mãe, permitindo-a realizar o aborto, não se estaria tirando a vida do feto; estar-se-ia, apenas, antecipando um fato já consumado”¹⁵¹.

Há ainda a tese da inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, ante a gestação de um feto anencéfalo não se poderia exigir outro comportamento dos pais senão o da realização do aborto eugênico, ou seletivo, como preferem os defensores desta prática. Esse também é o entendimento de José Henrique Rodrigues Torres:

“Há inexigibilidade de conduta diversa no que diz respeito ao comportamento da gestante e, obviamente, também no que concerne à intervenção do médico e de todos os profissionais que participarem do abortamento. Não há falar em censurabilidade de conduta da gestante, que não pode ser obrigada a suportar a gravidez nas condições em referência. E também, não há falar em reprovabilidade da conduta dos médicos e demais profissionais que praticarem o abortamento em tais circunstâncias, pois não se pode exigir que eles omitam auxílio e socorro à gestante”¹⁵².

Estes são os argumentos, equivocados a nosso ver, utilizados pelos juízes para tentarem justificar suas condutas, as quais constituem um ilícito penal e afrontam diretamente o texto constitucional. Assim entende Maria Helena Diniz ao afirmar “(...) daí a inconsistência jurídica do pedido de autorização judicial para o aborto eugênico, pois nenhum juiz está autorizado a permitir a prática de um delito, cabendo-lhe indeferir *in limine* o pedido, devido a sua impossibilidade jurídica, por falta de amparo legal”¹⁵³.

4.4.2 Decisões Judiciais Contrárias ao Aborto Eugênico

¹⁵⁰ Marcos Valentin Frigério et al. *Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil*. Disponível em: <http://www.jep.org.br/downloads/JEP/Artigos/aspectos_bioetico_juridico_abortamento_seletivo.htm>. Acesso em: 18 fev. 2006.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² Ivanildo Ferreira Alves. *Crimes Contra a Vida*. p. 231-232.

¹⁵³ *O Estado Atual do Biodireito*. p. 53.

As decisões judiciais indeferindo o pleito para o aborto eugênico estão, em sua maioria, fundamentadas na inexistência de amparo legal para a prática daquele, vez que a legislação penal pátria somente prevê como causas excludentes de ilicitude os chamados aborto necessário e aborto sentimental. Neste sentido, decidiram de forma unânime os Desembargadores da Primeira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao indeferirem o Mandado de Segurança impetrado contra a decisão do Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de São Caetano, que não autorizou o aborto eugênico¹⁵⁴:

“Como se vê, pelo acima exposto, somente nos casos mencionados no referido dispositivo legal é que o legislador permite a interrupção da gravidez. Logo, em nosso Direito Positivo, não existe a figura do aborto conhecido como eugenésico. Portanto, a autoridade impetrada não praticou qualquer ilegalidade ao indeferir a petição dos impetrantes. Conseqüentemente, estes não têm direito líquido e certo à sua pretensão”.

Outro fundamento utilizado é o de que a autorização para interromper a gravidez do feto anencéfalo traria de volta os ideais eugenistas profundamente propagados na era nazista. Assim entendeu o Desembargador Maurício da Silva Lintz da Sexta Câmara Criminal, relator do acórdão que concedeu a ordem para impedir a interrupção da gravidez, ao afirmar que “outrossim, entendo que se deva coibir qualquer tentativa de autorizar o aborto eugênico, sob pena de fazer renascer as experiências nazistas”¹⁵⁵.

Ao indeferirem o pleito para o aborto eugênico, os julgadores também se pautam pela inviolabilidade do direito à vida assegurada pela Constituição Federal, e conseqüentemente pela proteção jurídica oferecida por esta ao nascituro. É o caso do acórdão proferido de forma unânime pela Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “O direito à vida é garantido constitucionalmente como fundamental, base verdadeira para o exercício de todos os demais direitos; e, por isto, o nascituro, desde a concepção, merece a proteção jurídica”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ TJSP – MS n°. 427.246.3/7. Neste sentido: STJ – HC n°. 32.757 e STJ – HC n°. 32.159.

¹⁵⁵ TJRJ – HC n°. 1697/2000.

¹⁵⁶ TJRJ – MS n°. 57/2001.

Ademais, é ressaltado o aspecto de que somente o legislador tem como função alterar o texto da lei, não podendo o magistrado usurpá-la. Concordou com referido fundamento o Desembargador Maurício da Silva Lintz, ao mencionar o parecer emitido pela Procuradoria da Justiça¹⁵⁷:

“(…) Quando concede o direito à gestante de abortar, ignorando o artigo 128 do Código Penal, o Juiz está se substituindo ao legislador, o que não lhe é permitido. A gestante ao que tudo indica está querendo se livrar de uma gravidez incômoda (...) a lei penal quer que o feto venha a nascer, devendo morrer quando for seu destino (...)”.

Compartilhou também desse entendimento o Desembargador Estenio Cantarino Cardozo, o qual utilizou as palavras da juíza Maria Luiza de Oliveira Sigaud Daniel para fundamentar o acórdão de que foi relator¹⁵⁸:

“Ademais o Juiz não tem esse poder, isto é, o poder de determinar até quando alguém vai viver. Nosso, poder, graças a Deus, é limitado, pois também estamos submetidos a ordem jurídica em vigor. A impetrante tanto tem consciência de que sua pretensão não é acobertada pela Lei, que deseja ampará-la em uma autorização judicial, que irremediavelmente seria eivada pela ilicitude, pois apesar de emanar do órgão julgador, consiste em ilícito penal de extrema gravidade”.

Estes são os argumentos utilizados no indeferimento dos pedidos para a prática do aborto eugênico, com os quais concordamos plenamente.

4.5 Os Principais Argumentos

Pretendemos apresentar aqui os principais argumentos utilizados por aqueles que defendem a prática do aborto eugênico, e também por aqueles que, assim como nós, são contrários a esta.

4.5.1 Favoráveis ao Aborto Eugênico

¹⁵⁷ TJRJ – HC n°. 1697/2000.

¹⁵⁸ TJRJ – MS n°. 42/2000.

São diversos os argumentos apresentados em favor da interrupção da gravidez em razão de anomalias fetais, dentre eles, e com certeza o principal, está a incompatibilidade do feto com a vida extra-uterina¹⁵⁹, pois como visto anteriormente, as anomalias relacionadas ao não fechamento do tubo neural não permitem uma perspectiva de vida longa.

Esse é o entendimento de Alexandre de Moraes, o qual afirma que, em virtude da relatividade dos direitos fundamentais, deve o aborto ser despenalizado “nos casos de acrania ou total inviabilidade da vida extra-uterina, pois nessa última hipótese não haverá substrato constitucional – direito à vida – a ser protegido.”¹⁶⁰.

Outro argumento muito utilizado é o aumento da prática de abortamentos clandestinos que acabam sendo feitos sem o mínimo de condições e causando danos muitas vezes irreversíveis, os quais poderiam ser evitados se houvesse previsão legal autorizando-os.

Os favoráveis ao aborto eugênico defendem ainda que nos casos de anomalia fetal o aborto se justificaria em razão dos graves danos psicológicos que a gravidez causaria à gestante, e ainda que a escolha pela interrupção daquela deveria ser uma faculdade dos pais.

Por fim, outro ponto levantado pelos adeptos a este entendimento é o de que a anencefalia poderia ser comparada com a morte encefálica, não havendo necessidade da preservação do feto, vez que o mesmo não se manteria vivo após o parto.

4.5.2 Contrários ao Aborto Eugênico

Ao conceder a autorização para a prática do aborto eugênico nos casos de graves anomalias fetais como a anencefalia, estar-se-ia abrindo o leque de causas excludentes de ilicitude, vez que outros pedidos para a interrupção de gestações seriam feitos e talvez, não só naqueles casos. Assim, seria aberto espaço para que vidas fossem eliminadas por motivos ínfimos, como no caso de fetos com AIDS, síndrome de down, ou que simplesmente não sejam do sexo pretendido pelos pais. Enfim, seria criado um precedente para a eugenia, onde

¹⁵⁹ Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*. v. 2. p. 101.

¹⁶⁰ *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. p. 179.

apenas sobreviveriam aqueles que estivessem adequados aos padrões de normalidade e beleza impostos pela sociedade e a mídia.

Segue esse entendimento Maria Helena Diniz a qual afirma que “o aborto eugenésico é uma barbárie e um sintoma de desumanização, aliás, uma escalada para a instalação de câmaras de extermínio de recém-nascidos defeituosos, para a eutanásia de deficientes físicos e mentais e para a eliminação de velhos não produtivos” e ainda que “urge amparar, proteger e respeitar a vida intra ou extra-uterina.”¹⁶¹.

Outro ponto a ser ressaltado é que da mesma forma que os elevados números de abortos praticados no Brasil¹⁶² não justificam a sua legalização, os diversos pedidos de interrupção da gravidez nos casos de fetos anencéfalos não devem ensejar uma terceira causa excludente de ilicitude, como se tem pretendido através dos anteprojetos para a reforma da parte especial do Código Penal. Se a prática reiterada de um delito gerasse a sua despenalização, o que deveria ser feito a respeito do tráfico de entorpecentes, dos homicídios, do desvio de recursos públicos, por exemplo?¹⁶³

Compartilha deste entendimento Pedro-Juan Viladrich o qual, diante dos números mencionados, demonstra sua inquietação:

“Curiosamente, esta comprovação não suscita nenhum movimento expressivo em favor da vida, mas pelo contrário exaspera certos ânimos no sentido de que se despenalize essa prática clandestina. Ao mesmo tempo que se luta contra a mortalidade infantil, pede-se a legalização do aborto. A que se deve semelhante disparidade?”¹⁶⁴.

Vale esclarecer ainda que ao contrário do que alguns defensores do aborto afirmam¹⁶⁵, os países desenvolvidos estão se conscientizando cada vez mais do respeito devido à vida, e o Brasil, por sua vez, tende, com o seu pleito pela descriminalização do aborto, a continuar entre os chamados países de terceiro mundo¹⁶⁶.

¹⁶¹ O Estado Atual do Biodireito. p. 51. Neste sentido: Tereza Rodrigues Vieira (coord.). Bioética e Sexualidade. p. 11-26; Stella Maris Martínez. Manipulação Genética e Direito Penal. p. 252-258.

¹⁶² Mais de dois milhões, segundo estatísticas da OMS. Pedro-Juan Viladrich. *Aborto e Sociedade Permissiva*. p. 03.

¹⁶³ Maria Helena Diniz. *O Estado Atual do Biodireito*. p. 95-96.

¹⁶⁴ Ibidem, mesma página.

¹⁶⁵ Thomaz Rafael Gollop. *A liminar do STF sobre aborto em casos de anencefalia: onde estamos e para onde deveríamos ir?* Boletim IBCCRIM. v. 12. n. 141. p. 09-10.

¹⁶⁶ Maria Helena Diniz. *O Estado Atual do Biodireito*. p. 101.

4.6 A Influência de Outros Aspectos

Abordaremos neste item outros aspectos que exercem relevante influência na questão do aborto eugênico, como é o caso da medicina e da Igreja Católica.

4.6.1 A Medicina

O Código de Ética Médica de 11 de janeiro de 1965, nos termos do artigo 30 da Lei nº. 3268/57 previa expressamente uma norma que proibia o médico de provocar o aborto salvo nas hipóteses legais, quais sejam, as causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal vigente¹⁶⁷. Referida norma era apresentada nos seguintes termos:

“Artigo 54. O médico não deverá provocar o abortamento, salvo quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resultar de estupro, mas sempre depois do consentimento expresso da gestante ou de seu responsável legal.”

Ademais, o médico só poderia intervir (nas hipóteses legais) após obter, em conferência, o parecer de pelo menos dois colegas. Referido código, no entanto, foi revogado conforme o artigo 145 do atual Código de Ética Médica (Resolução CFM nº. 1246/88).

O novo código prevê alguns dispositivos relacionados ao aborto, dentre eles o artigo 6º, segundo o qual o médico deve respeitar a vida humana, nunca utilizando seus conhecimentos para o extermínio do ser humano ou permitir e acobertar ato atentatório contra a sua dignidade e integridade. E ainda, nos termos do artigo 55, o médico não poderá utilizar-se de sua profissão com a finalidade de cometer ou favorecer crime.

¹⁶⁷ Maria Tereza Verardo. *Aborto: Um Direito ou Um Crime?* p. 58-59.

Diante da verificação de apenas dois artigos já conseguimos visualizar a incongruência existente na conduta daqueles profissionais médicos que são adeptos ao aborto, contudo o código de ética vai mais além nos arts 42 e 43, vedando as seguintes práticas:

“Art. 42 – Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do país.”

“Art. 43 – Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.” (grifo nosso)

Ao defenderem e praticarem o aborto eugênico, os médicos estão afrontando não só a Constituição Federal e a legislação penal, mas também o próprio código de ética da categoria. Tal conduta é no mínimo reprovável, mas não tão grave quanto à dos juízes e desembargadores que concedem as autorizações nesse sentido, vez que estes têm a função precípua de aplicar a lei, e não de tentar burlá-la a fim de justificar seus atos e muito menos de modificá-la, a qual compete em regra aos legisladores.

Vale ressaltar, contudo, que diante de uma autorização judicial para praticar o aborto eugênico, ou mesmo nos casos das excludentes de ilicitude, o médico pode, por força do artigo 28 do citado Código de Ética, se recusar a realizá-lo.

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

Por último, mister mencionar a triste informação trazida por Paulo Lúcio Nogueira em sua obra, o qual utiliza-se das palavras do médico, defensor do aborto eugênico, Thomaz Rafael Gollop:

“Recente levantamento comparativo feito pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia mostra que, em 1970, cerca de 35% dos médicos eram favoráveis a uma lei que permitisse a interrupção da gravidez por anomalia fetal. Hoje, 90% dos obstetras pensam da mesma forma. Houve uma revolução do pensamento médico, ditada por todo tipo de informação e

pelos avanços tecnológicos, mas não acompanhadas pela lei penal nem por setores influentes da sociedade”¹⁶⁸.

Ante a nossa prévia exposição, preferimos nos calar a tecer qualquer comentário referente às palavras de citado profissional.

4.6.2 A Igreja Católica

A Bíblia já mencionava indiretamente o aborto no capítulo 21, versículos 22 a 25, do livro Êxodo, o qual dizia:

“Se dois homens brigarem um com outro, e um deles ferir uma mulher pejada, que veio a parir a sua criança morta, ficando ela viva; será condenado a pagar quanto o marido da mulher quiser, e quanto ordenarem os árbitros. Mas se a mãe morreu da ferida, dará vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, nódoa negra por nódoa negra”.

Foi, no entanto, com o Cristianismo que se passou a adotar que o aborto significava a morte de um ser humano e, portanto, deveria ser punido como homicídio, surgindo então com o Direito Canônico, a discussão acerca do momento em que a alma penetrava no organismo em formação, fazendo-se distinção entre o feto animado do inanimado para fins de punição¹⁶⁹. Assim, o feto masculino passava a ter alma 40 dias após a concepção, enquanto o feminino somente 80 dias depois daquela; esta distinção foi repudiada por São Basílio (374 d.C.), o qual condenava o aborto em qualquer estágio e circunstância¹⁷⁰.

Após inúmeras discussões em relação ao momento da animação do feto, em 12 de outubro de 1869, Pio IX, através da Constituição Apostólica Sedes, aboliu tal distinção e reafirmou a pena de ex-comunhão para o crime de aborto¹⁷¹.

Em 1902 surge outra discussão acerca da chamada gravidez ectópica, na qual a fecundação do óvulo e o desenvolvimento do embrião se dão nas trompas, não se deslocando

¹⁶⁸ *Em Defesa da Vida*. p. 15.

¹⁶⁹ Paulo Lúcio Nogueira. *Em Defesa da Vida*. p. 10.

¹⁷⁰ Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1. p. 77.

¹⁷¹ José Flávio Braga Nascimento. *Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 183)*. p. 71.

para o útero, podendo, em alguns, provocar a morte da gestante. O tribunal do Santo Ofício, diante dessa situação, proibiu a remoção cirúrgica do feto e da trompa, entretanto, essa decisão foi revista pela Igreja e pelo Papa Pio XII, ficando estabelecida a distinção entre “efeito direto” e “efeito indireto”, ou seja, a cirurgia no caso seria destinada a impedir a hemorragia e conseqüentemente a morte da gestante (efeito direto) e não a matar o feto (efeito indireto), não caracterizando assim, o aborto¹⁷².

A posição da Igreja Católica contra a prática de qualquer tipo de aborto vem sendo firmada através de inúmeras encíclicas papais, como por exemplo, a *Casti Canubii* de Pio XI (1930), a *Mater et Magistra* de João XXIII (1961) e *Humanae Vitae* de Paulo VI (1968)¹⁷³.

O Papa João Paulo II, em sua encíclica *Evangelium Vitae* (1995), reitera a posição da Igreja quanto ao valor da vida e quanto ao crime de aborto¹⁷⁴:

“Precisamente no caso do aborto, verifica-se a difusão de uma terminologia ambígua, como interrupção da gravidez, que tende a esconder a verdadeira natureza dele e a atenuar a sua gravidade na opinião pública. Talvez este fenômeno lingüístico seja já, em si mesmo, sintoma de um mal-estar das consciências. (...) Mas nenhuma palavra basta para alterar a realidade das coisas: o aborto provocado é *a morte deliberada e direta, independentemente da forma como venha realizada, de um ser humano na fase inicial da sua existência, que vai da concepção ao nascimento*” (grifado no original).

“Especial atenção há de ser reservada à avaliação moral das *técnicas de diagnose pré-natal*, que permitem individuar precocemente eventuais anomalias do nascituro. (...) Acontece bastante vezes que essas técnicas são postas ao serviço de uma mentalidade eugenista que aceita o aborto seletivo, para impedir o nascimento de crianças afetadas por tipos vários de anomalias”(grifado no original).

“A decisão deliberada de privar um ser humano inocente da sua vida é sempre má do ponto de vista moral, e nunca pode ser lícita nem como fim, nem como meio para um fim bom. (...) Nada e ninguém pode autorizar que se dê a morte a um ser humano inocente seja ele feto ou embrião, criança ou adulto, velho, doente incurável ou agonizante. (...) Diante da norma moral que proíbe a eliminação direta de um ser humano inocente, *não existem privilégios, nem exceções para ninguém*. Ser o dono do mundo ou o último “miserável” sobre a face da terra, não faz diferença alguma: perante as exigências morais, todos somos absolutamente iguais” (grifado no original).

¹⁷² Maria Tereza Verardo. *Aborto: Um Direito Ou Um Crime?* p. 48-49.

¹⁷³ Ivanildo Ferreira Alves. *Crimes Contra a Vida*. p. 195.

¹⁷⁴ Disponível em: < http://www.vatican.va/edocs/POR0062/_INDEX.HTM>. Acesso em: 18 fev. 2006.

Segundo Maria Tereza Verardo, a posição da Igreja Católica está consolidada através do Código de Direito Canônico, no qual são previstas penalidades nos casos de aborto (cânones 984(5) e 2350)¹⁷⁵:

“Os que cometerem homicídio voluntário ou procurarem o aborto de um feto humano, se se realizou o aborto, a mulher e todos os cooperadores são irregulares **ex delicto** (inaptos ao sacerdócio)” (grifado no original).

“Os que procurarem o aborto, inclusive a mãe, incorrem, se o aborto se verificar, em excomunhão **latae sententiae** (em sentido lato) reservada ao bispo da diocese” (grifado no original).

A mesma autora ressalta que no caso da tentativa de aborto os participantes incorrem somente em pecado grave¹⁷⁶.

¹⁷⁵ *Aborto: Um Direito ou Um Crime?* p. 51.

¹⁷⁶ *Ibidem*, mesma página.

5. O ABORTO NO DIREITO COMPARADO

Pretende-se neste capítulo discorrer de forma sucinta sobre o modo como o crime de aborto é abordado pelas legislações penais alienígenas.

As legislações que mais se aproximam do modelo adotado pelo nosso Código Penal são as da Argentina, Cuba, Equador, Grécia, México, Paraguai e Uruguai. Nestes admite-se o aborto somente quando houver perigo de vida para a gestante¹⁷⁷ e no caso de gravidez resultante de estupro¹⁷⁸. Nesta última hipótese as legislações paraguaia e argentina apresentam uma peculiaridade, sendo que na primeira é permitido o aborto somente nos três primeiros meses da gravidez¹⁷⁹, e na segunda só é possível se a vítima for “idiota” ou “demente”¹⁸⁰.

Percebe-se que há uma tendência européia em se admitir o aborto eugênico. É o caso de países como a Alemanha, onde após a aprovação de um projeto alternativo para o código penal¹⁸¹ foi despenalizado o aborto quando provável o nascimento do feto com grave defeito físico ou mental¹⁸².

Seguindo este mesmo modelo estão as legislações francesa, italiana e espanhola, sendo que esta última, desde 1985, permite o abortamento se houver risco de doença congênita para o feto¹⁸³, Portugal apresenta uma legislação penal ampla ao tratar do crime de aborto, e a exemplo da já citada tendência, também admite o aborto eugênico, nos casos em

¹⁷⁷ Edgard Magalhães Noronha. *Direito Penal*. v. 2. p. 64-68.

¹⁷⁸ Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1. p. 87.

¹⁷⁹ Ivanildo Ferreira Alves. *Crimes Contra a Vida*. p. 217.

¹⁸⁰ Maria Tereza Verardo. *Aborto: Um Direito ou Um Crime?* p. 25.

¹⁸¹ José Flávio Braga Nascimento. *Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 183)*. p. 72.

¹⁸² Heleno Cláudio Fragoso. *op. cit.* p. 79.

¹⁸³ Maria Helena Diniz. *O Estado Atual do Biodireito*. p. 99.

que se prever que o nascituro sofrerá de grave doença ou malformação incurável, devendo ser realizado nas primeiras 16 semanas¹⁸⁴.

Vale ressaltar que as legislações mais liberais em relação ao aborto são encontradas em países como a Hungria, o Japão, a Rússia e a Suécia, os quais atribuem à mulher o poder de decisão acerca do aborto e permitem ao médico resolver sobre a sua realização¹⁸⁵. Em consequência dessa liberalidade, na Hungria e no Japão já são verificadas as maiores taxas de abortos legais e também os menores índices de natalidade¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Ibidem, mesma página.

¹⁸⁵ Paulo José da Costa Júnior. *Direito Penal: Curso Completo*. p. 265.

¹⁸⁶ Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)*. v. 1. p. 79.

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa bibliográfica realizada, foram extraídas as seguintes conclusões:

1. A vida é a condição necessária de toda e qualquer atividade humana. Seu início é verificado desde o momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dando origem ao zigoto, possuidor de uma nova e única identidade biológica.

Desta forma, e ao contrário do que se pensa, o novo ser dá início ao desenvolvimento de todas as estruturas auxiliares, quais sejam, saco amniótico, placenta e cordão umbilical. O corpo da gestante não transforma suas células em células do feto, funcionando apenas como hospedeiro para sua autoconstrução.

2. Ao longo de toda a sua vida, intra e extra-uterina, o homem está suscetível a inúmeras patologias. O avanço da medicina atrelado à descoberta de novas tecnologias para a realização de exames pré-natais tem possibilitado que o diagnóstico dessas enfermidades seja feito desde o início da gestação.

É certo que os pais sempre têm a esperança de gerar um filho saudável e perfeito, mas em algumas situações este tem sua saúde debilitada por complicações, que dependendo do caso, não possuem cura. Assim, da mesma maneira que essas técnicas podem ser

utilizadas para a prevenção, também podem constatar que o produto da concepção não sobreviverá, como ocorre na anencefalia.

3. Na anencefalia, além da certeza da morte, que a todos é permitida, pode-se antever o seu acontecimento, o qual se dará inevitavelmente tempos após o parto. Essa incompatibilidade do anencéfalo com a vida extra-uterina é uma das justificativas mais utilizadas para a prática do aborto eugênico, no entanto, esquecem-se de que durante todo o período gestacional o feto é dotado de vida. Se assim não fosse, ele não conseguiria prosseguir com o seu desenvolvimento até o momento do parto.

A anencefalia é uma anomalia congênita caracterizada pela ausência do normal fechamento do tubo neural, ou seja, o feto carece de uma parte do sistema nervoso central, mais concretamente dos hemisférios cerebrais e de uma parte, maior ou menor, do tronco encefálico. Daí ser um erro afirmar que ele não possui cérebro, bem como comparar seu estado ao quadro constatado na morte encefálica, pois esta última, de acordo com a Resolução CFM nº. 1.480/97, somente é diagnosticada mediante a verificação de coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia, e ainda com a ausência, ou de atividade elétrica cerebral, ou de atividade metabólica cerebral, ou de perfusão sanguínea cerebral.

4. Por ser a vida o bem jurídico de maior relevância em nosso ordenamento jurídico, é que a sua inviolabilidade é assegurada na Constituição Federal. A exemplo do legislador constituinte, o Código Penal e o Código Civil também protegem a vida desde o seu início ao, respectivamente, prever o crime de aborto e ao salvaguardar os direitos do nascituro desde a sua concepção. Assim, não há nenhum fundamento que justifique a prática do aborto eugênico, o qual se traduz, do ponto de vista humano, em um ato egoísta, impiedoso e cruel, e no âmbito jurídico, em um crime e principalmente em uma flagrante inconstitucionalidade, pois atenta contra os direitos e garantias fundamentais que são cláusulas pétreas, impassíveis de emenda.

Nem o dano à higidez psíquica da mulher, nem a garantia à dignidade humana da gestante impedindo-a de ser submetida a um tratamento desumano e degradante se sobrepõem ou têm mais valor ante a vida do feto. Este também é digno de existir, e não se pode atribuir valor diverso à sua vida, principalmente em razão do direito fundamental à

igualdade, e também pelo fato de estar constitucionalmente prevista a proibição de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais.

5. A autorização para a prática do aborto eugênico, além de ensejar a ruptura do ordenamento jurídico e a extinção da Constituição Federal, também configura prática delituosa, vez que inexistente amparo legal para a referida conduta. Assim é incabível a analogia in bonam partem sustentada por alguns, pois as causas excludentes de ilicitude elencadas no artigo 128 do Código Penal são taxativas e não exemplificativas.

Neste sentido, ao proferir uma decisão favorável ao aborto eugênico, o julgador tenta criar um novo dispositivo legal, e o faz fora das funções que lhe são inerentes, acabando por invadir o âmbito legislativo.

6. A velha crença de que a descriminalização do aborto acabaria com a clandestinidade hoje verificada, também é inverídica. Aliás, os assustadores números de abortos clandestinos deveria impulsionar a busca por soluções, seja através de uma reprimenda mais rigorosa, seja através de campanhas conscientizadoras, mas nunca a sua legalização. A prática reiterada de um crime não pode ser utilizada como justificativa para a sua despenalização, pois se assim o fosse, condutas como roubar, matar e traficar substâncias entorpecentes, não poderiam ser punidas.

7. Na tentativa de fundamentar o posicionamento favorável ao aborto eugênico nos casos de anencefalia, faz-se menção à tese da inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, segundo esta concepção no mínimo equivocada, não se poderia exigir dos pais, diante da gravidez de um anencéfalo, outra conduta que não a eliminação prematura deste. Esquecem, no entanto, da possibilidade do transplante de órgãos e tecidos humanos, tendo como doador o recém-nascido portador de anencefalia.

Através da Resolução CFM nº. 1752/04 foi regulamentada essa doação, que pode ser feita mediante a autorização formal dos pais no mínimo 15 dias antes da data provável do parto. Assim, depois de constatada a morte encefálica do anencéfalo, nos termos da Resolução CFM nº. 1.480/97, pode se proceder à retirada dos órgãos e tecidos deste, beneficiando outros recém-nascidos que por alguma razão necessitam de um transplante.

Percebe-se que além de existir uma conduta alternativa para os pais do anencéfalo, esta consiste em um ato de solidariedade.

8. Admitir o aborto eugênico significaria seguir pelo caminho mais rápido e fácil, ou seja, ao invés de se preocupar em buscar uma solução, se resolveria o problema da forma mais prática e cômoda, descartando o que não convém.

É o que estão fazendo os ilustres julgadores, que ao proferirem deliberadamente suas decisões autorizando tal prática, parecem não temer o precedente que estão ensejando. Hoje permitem a eliminação dos fetos com anomalias congênitas graves e incuráveis. No futuro, viver só será permitido àqueles que obedecerem aos padrões de normalidade e beleza impostos e aceitos pela sociedade. O passado eugenista está diante de nossos olhos, e a sociedade atual, perseguidora dos ideais físicos de beleza, parece estar apta a revivê-lo.

9. Os meios de comunicação, ao invés de contribuírem para a concretização deste cenário, deveriam divulgar e apoiar as campanhas para a doação de órgãos e tecidos dos fetos anencéfalos, assim, seria dada a oportunidade de outras vidas serem salvas. Da mesma forma deveriam ser incentivadas pesquisas voltadas para a descoberta dos agentes causadores das anomalias congênitas, a fim de que estas no futuro pudessem ser prevenidas.

10. Através de seus posicionamentos, os apologistas do aborto eugênico vêm tentando, em vão, justificar o injustificável, tornar lícito um ilícito, transformar em aceitável o repudiável; se os mesmos esforços fossem concentrados em prol da vida, estaríamos diante não de uma sociedade ideal, mas com certeza, muito melhor, e para isso ninguém precisaria ter sido eliminado.

BIBLIOGRAFIA

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

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

Caldas Aulete: Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A., 1964. v. 1.

CARVALHO, Hilário Veiga de. et. al. *Compêndio de medicina legal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

CROCE, Delton.; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Dicionário enciclopédico ilustrado SAV (sexo, amor e vida). São Paulo: LISA – Livros Irradiantes S.A., 1971. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

D'URSO, Luiz Flávio Borges (org.). *Anteprojeto da parte especial do código penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

Enciclopédia Barsa. São Paulo: Encyclopaedia Britannica Editôres Ltda., 1972. v. 7.

ESPINOSA, Jaime. *Questões de bioética*. São Paulo: Quadrante, 1998. (Temas Cristãos).

FÁVERO, Flamínio. *Medicina legal*. 12. ed. Belo Horizonte: Villa Rica Editora, 1991.

FERREIRA, Alice Teixeira. et. al. *Vida: o primeiro direito da cidadania*. Goiânia: Gráfica e Editora Bandeirante Ltda., 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial (arts. 121 a 212)*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.

FRIGÉRIO, Marcos Valentin. et. al. *Aspectos bioéticos e jurídicos do abortamento seletivo no Brasil*. Disponível em: <http://www.jep.org.br/downloads/JEP/Artigos/aspectos_bioético_juridico_abortamento_seletivo.htm>. Acesso em: 18 fev. 2006.

GOLLOP, Thomaz Rafael. *A liminar do STF sobre o aborto em casos de anencefalia: onde estamos e para onde deveríamos ir?* Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 12, n. 141, p. 9-10, ago. 2004.

GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., [s.d.].

MARCÃO, Renato Flávio. *Reflexões sobre o crime de aborto*. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/caexcrim/artigos/anexos/aborto.documento>>. Acesso em: 02 ago. 2005.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A pena capital e o direito à vida*. 16. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. Trad. Fabrício Pinto Santos. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

_____. *Manual de direito penal*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. *Direito penal: parte especial (arts. 121 a 183)*. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida (...)*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

PESSINI, Leo.; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. rev. amp. São Paulo: Centro Universitário São Camilo – Edições Loyola, 2002.

PLATÃO. *A república*. Trad. Eduardo Menezes. São Paulo: Hemus – Livraria Editora Ltda., [s.d.].

REZENDE, Jorge de.; MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa. *Obstetrícia fundamental*. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 1996. v. 2.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código criminal do império do Brasil anotado*. ed. facsim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Coleção história do direito brasileiro).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 26. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

VERARDO, Maria Tereza. *Aborto: um direito ou um crime?* 4. ed. São Paulo: Editora Moderna, 1987. (Coleção Polêmica).

VIEIRA, Tereza Rodrigues (coord). *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira Ltda., 2004.

VILADRICH, Pedro-Juan. *Aborto e sociedade permissiva*. 2. ed. Trad. Gabriel Perissé. São Paulo: Quadrante, 1995. (Temas Cristãos).