ABORTAMENTO EUGÊNICO OU EUGENÉSICO

Fernando Braga Viggiano*

Resumo

A discussão acerca do abortamento no Brasil sempre gerou sérias controvérsias, mormente no que concerne à sua legalidade; por sua vez, os projetos de lei que abordam a questão permanecem em tramitação no Congresso Nacional, sem que haja uma efetiva solução. O artigo discute a questão da descriminalização total ou moderada do abortamento, analisando o crescimento dos índices de mortalidade materna e a proliferação de clínicas clandestinas, e destaca ainda a desnecessidade de obter autorização judicial para a prática do abortamento.

Palavras-chave: Abortamento eugênico – Direito Penal; Malformação congênita – Autorização judicial; Aborto Eugênico – Código Penal – Anteprojeto de lei.

INTRODUÇÃO

O tema ora proposto sempre despertou paixões e interesses das mais variadas índoles, assim como discussões em todos os níveis sociais. O abortamento é ou não um direito da gestante? Devem os legisladores decidir pela descriminalização total ou apenas pela moderada?

Infelizmente, a hipocrisia social reinante no Brasil acerca do tema tem levado ao entravamento de significativas propostas legislativas para modificar o ordenamento jurídico vigente. O Código Penal em vigor,

*Especialista em Direito Penal, Direito Constitucional e Administrativo e mestrando em Ciências Penais pela Universidade Federal de Goiás.

editado em 1940, não acompanhou o progresso da medicina, já que naquela época não se podia acreditar na elaboração de um diagnóstico preciso, durante a gestação, sobre certas deformações genéticas com a atual exatidão científica, utilizando-se células do feto, da placenta ou obtidas no líquido amniótico, assim como a ultra-sonografia.

Enquanto isso, crescem as estatísticas de mortalidade materna em decorrência de abortamentos malsucedidos. Os locais onde funcionam clínicas clandestinas são notórios, proliferam-se a cada dia, e os abortamentos são praticados muitas vezes sem cuidados básicos de higiene ou assepsia. Se possui rendas, a gestante facilmente conseguirá pagar o preço cobrado por uma clínica especializada, com tecnologia mais avançada. Entretanto, quanto mais desfavorecida economicamente for, pior será o local que ela procurará para realizar o ato, em regra praticado por um "curioso", denominação atribuída a uma pessoa sem nenhum conhecimento técnico.

Outro dado a ser ressaltado é que, ao surgirem complicações, as mulheres têm medo de buscar auxílio em hospitais e ser processadas criminalmente, motivo pelo qual insistem em ser tratadas por pessoas não habilitadas. E, num último momento, se procurarem os hospitais da rede pública, seu estado de saúde já estará tão debilitado que nada poderá ser feito para salvar a sua vida.

De outro lado, ainda que o aborto seja proibido pela legislação penal em vigor, a intimidação não tem surtido seu efeito, em razão de motivos mais fortes que conduzem à prática da conduta. O abortamento no Brasil é uma realidade fática. Sobre esse assunto, faz-se importante a transcrição do artigo de Mateos & Lago (1996, p. 9):

> O aborto é proibido, mas faz parte do cotidiano das brasileiras. Todas fizeram, vão fazer ou conhecem alguém que fez ou vai fazer; e a maioria considera a possibilidade quando se vê diante de uma gravidez indesejada. Mas pode nem falar nisso. A proibição é uma das maiores causas da mortalidade materna, além de não coibir a prática (motivos outros levam ao descumprimento da lei). A brasileira faz sete vezes mais aborto do que a holandesa, que vive num país onde ele é legal. A grande hipocrisia nacional vem matando uma brasileira a cada quatro minutos (mais de 130 mil a cada ano).

CONCEITO E ESPÉCIES DE ABORTAMENTO PREVISTOS NO CÓDIGO PENAL

Etmologicamente, aborto quer dizer privação do nascimento. Advém do latim *abortus*, em que *ab* significa privação e *ortus*, nascimento. Abortamento é a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção: ovo, embrião ou feto.

Pode ser classificado como espontâneo, natural, ou provocado, sendo nesse último caso considerado criminoso, exceto se praticado numa das formas do artigo 128, do *Código Penal*, hipótese em que o aborto é considerado lícito. O primeiro caso diz respeito ao aborto necessário ou terapêutico, que ocorre quando há perigo para a vida da gestante (inciso I). O segundo, por sua vez, é o aborto sentimental, ético ou humanitário, autorizado quando a gravidez resulta de estupro e há o consentimento da gestante ou de seu representante legal, caso ela seja incapaz (inciso II).

ABORTAMENTO EUGÊNICO OU SELETIVO

Na consagrada lição do jurista Silva Franco (1991, p. 20), o abortamento eugênico, eugenésico ou seletivo significa "aquele que trata de impedir o nascimento de seres infelizes marcados por uma carga degenerativa". Hungria (1942, p. 275) assim o conceitua: "quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal".

O abortamento eugênico, portanto, é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do concepto, praticada quando há sério e grave perigo para este. Ou seja, quando se evidencia a inviabilidade da vida extra-uterina, em virtude de predisposição hereditária ou de drogas tomadas pela gestante durante o período da gravidez, acarretando para o feto enfermidades psíquicas, corporais, deformidades etc.

Cumpre aqui, de início, afastar o raciocínio de que a prática do abortamento eugênico traria de volta o ideal nazista, vale dizer, impedir a propagação de qualquer tipo de "degenerados", não desejados na sociedade ariana. Naquela época, segundo o pensamento nazista, o Estado

tinha a obrigação de impedir o nascimento de pessoas com qualquer tipo de desvio genético, a reprodução entre pessoas de raças "inferiores", bem como de promover a esterilização dessas raças para evitar que "infectassem" as massas. Esse argumento é absolutamente equivocado, já que não se pretende a evolução genética ou a perfeição moral, física ou intelectual de ninguém. O que se postula é a possibilidade de a mãe, ciente de que seu filho está sendo gerado com malformação congênita grave, irreversível, inevitável e incompatível com a vida extra-uterina, praticar o ato de cessar a gestação.

O insigne professor Costa Junior (1996, p. 9) assevera:

> Quanto ao aborto eugênico, é do senso comum a sua admissibilidade. Por que levar adiante uma gravidez cujo feto seguramente não sobreviverá? Por que impor um sofrimento psicológico tão intenso e inútil à gestante? Direito é bom senso. Direito é balanceamento de bens, cotejando-se, em cada situação, os seus valores. Diante de diagnóstico de anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida de modo definitivo, a melhor solução é o aborto.

Contudo, para a interrupção da gestação, não se pode entender como anomalias, de quaisquer espécies, senão, exclusivamente, as que tornam a vida inviável, como, por exemplo, as que dizem respeito a malformações encefálicas e cardíacas.

Destarte, quando a malformação congênita do feto consistir num defeito físico, como a falta ou deformidade de membro, ou a deformidade mental, a exemplo da síndrome de Down, não há de se falar no risco de o feto não nascer com vida ou de quase impossível sobrevida. Permitir a interrupção da gravidez nessas hipóteses traria um inegável retrocesso e elevaria a carga discriminatória contra aqueles que possuem tais deformações. É certo que essas crianças enfrentarão sérios problemas e limitações durante a vida, inclusive a irresponsável omissão estatal. Mas privá-las do direito à vida se traduziria na forma mais adequada de resolver o problema? Obviamente, não.

O diagnóstico de anencefalia fetal traz uma certeza para a gestante: a impossibilidade de vida após o nascimento. Em que pesem os avanços da tecnologia da medicina, essa ciência ainda não oferece recursos

para a correção da referida anomalia ou o prolongamento da vida de um ser nascente.

Ao ser consultado sobre um caso de gestação (Consulta n.° 8.905/1998) em que foi constatado diagnóstico de anencefalia, o conselheiro Marco Segre, durante a 2.071ª reunião plenária do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, realizada em 10 de fevereiro de 1998, atestou com muita propriedade que, "em termos científicos, não existe qualquer perspectiva de vida do anencéfalo".

Surge, então, a indagação feita anteriormente: será correto exigir da paciente que prossiga a gestação, mesmo sabendo que durante a gravidez ou logo após o parto a criança falecerá? Será lícito obrigá-la a permanecer suportando transtornos psicológicos e físicos durante esse período, predispondo-a a uma maior incidência de pré-eclâmpsia, ao deslocamento prematuro da placenta, a hemorragias pós-parto e a disfunções uterinas?

A Constituição Federal, em seu artigo 1.°, inciso III, estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, assim como ninguém deverá ser submetido a tratamento desumano ou degradante, segundo o artigo 5.°, inciso III. Impedir o abortamento não afrontaria os dispositivos constitucionais citados?

Argumentos contrários ao abortamento sustentam que o *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei n.° 8.069/1990) veda a prática abortiva, ao dispor em seu artigo 7.° que

> a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Inquestionavelmente, o nosso ordenamento jurídico defende a vida, mas que tipo de "vida" existe em um feto sem cérebro, a não ser uma "vida" acessória no interior do útero materno e, se conseguir sobreviver por alguns minutos, vegetativa após o parto? O nascimento será sadio?

Se o objetivo da lei é assegurar o direito a uma gestação completa para proteger a vida do ser humano em formação, no abortamento eugênico a vida não florescerá por uma decorrência natural, biológica.

Assim, não se pode falar nesse último caso em expectativa de vida. Pelos motivos expostos, conclui-se que é justa a legalização do abortamento eugênico.

Atualmente, tramitam no Congresso Nacional vários anteprojetos de lei visando desde a legalização completa do abortamento (descriminalização total) até o aumento das hipóteses de permissivos legais (descriminalização moderada). Entre eles, é importante ressaltar o que visa regular o abortamento eugênico. O anteprojeto de reforma da parte especial do *Código Penal* traz a seguinte redação sobre o tema:

> Art. 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico se:
> I – não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante;
> II – a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;
> III – há fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.
> § 1° 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° No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não-oposição justificada do cônjuge ou do companheiro.

Especificamente quanto à legalização do abortamento eugênico, acreditamos que ela encerrará de uma vez por todas discussões travadas na doutrina e na jurisprudência sobre a necessidade de autorização judicial para a prática do abortamento. O ato de exigir apenas o prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal extirpa qualquer indagação a respeito dessa necessidade, devendo o médico realizar o abortamento quando for diagnosticada anomalia grave e irreversível no nascituro por outros dois médicos.

Permanecerá a indagação a respeito de quais anomalias poderão ou não ser consideradas graves e irreversíveis. Ainda que o inciso III esteja inserido no título dos crimes contra a vida, estamos convencidos de que sua redação deveria ser alterada a fim de que não houvesse interpretações divergentes para abarcar outras anomalias (*v.g.*, a síndrome de

Down, os soropositivos etc.), deixando clara a impossibilidade de vida do feto após o parto, ou a limitação da vida a poucos dias.

No que tange ao parágrafo 2.°, defendemos a sua supressão. De fato, o pai, cônjuge ou companheiro, tem direitos inerentes à pessoa que se desenvolve. Todavia, a gestante é quem sofre física e psicologicamente as seqüelas de uma gravidez infrutífera, acompanhando minuto a minuto o desenvolvimento de um filho natimorto. Imaginemos, então, quando o cônjuge ou companheiro é religioso e não se admite abortamento em sua doutrina, ou quando, por motivos outros, como vingança, decide propor em juízo medida cautelar inominada impedindo que a sua companheira ou cônjuge pratique o abortamento. O litígio então seria decidido em juízo e, inúmeras vezes, diante da exigüidade do tempo, a medida liminar seria praticamente satisfatória, tendo em vista que o caso não seria julgado oportunamente, e sim quando o parto já se tivesse realizado. Será que esse cônjuge ou companheiro prestaria a assistência devida ao filho enquanto vivesse ou, como é comum ocorrer, engrossaria a enorme lista de executados judicialmente que devem até mesmo a pensão alimentícia aos filhos, abandonando-os à própria sorte? Por essas razões, insistimos em que a supressão desse artigo é medida imperiosa.

DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A REALIZAÇÃO DO ABORTAMENTO

Caminhando a passos largos em relação aos poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário tem sido questionado freqüentemente acerca de pedidos de autorização judicial para a realização do abortamento. Inúmeros são os casos que estão sendo analisados e, em regra, são acolhidos. Todavia, a autorização judicial é desnecessária.

Pela análise do artigo 128 e seus incisos I e II, do *Código Penal*, verifica-se que a autorização judicial é figura estranha ao ordenamento jurídico em vigor. A validade da conduta abortiva reside exclusivamente no consentimento da gestante ou de seu representante legal, se ela for ou estiver incapacitada para fazê-lo. Verificando a situação através de diagnóstico preciso, compete ao médico decidir sobre a realização ou não do abortamento.

Ao abordar o tema "Aborto eugenésico ou eugênico e autorização judicial", leciona o Dr. Geraldo Batista de Siqueira:

> Quem poderá emitir a autorização para a intervenção cirúrgica para livrar a gestante, libertando-a desse tipo de gravidez, assaz incômodo? Marido, pais, médico, juiz? A resposta, única a nosso ver, está em trabalho que apresentamos em Congresso Nacional do Ministério Público, aprovado por unanimidade: *Aborto Humanitário – Autorização Judicial.* [E prossegue:] Configurada a excludente de culpabilidade, na espécie de aborto, em estudo, só a gestante ou, se incapaz, por qualquer circunstância, alguém que a represente, posto que a fonte normativa que pode dar resposta à indagação restringe-se ao art. 128, I, II, CP. Inocorre, na hipótese, a figura da autorização e, muito menos, a autorização judicial. O pressuposto de validade da prática abortiva está, com exclusividade, no consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando a mesma for ou estiver incapacitada para fazê-lo.

Preceitua o artigo 3.º do *Código de Processo Civil*, que "para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade". Assim, para que a gestante pleiteie perante o Poder Judiciário tal autorização, é imprescindível que tenha interesse processual e legitimidade. Faltando uma das condições da ação, a parte é carecedora desse direito, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito" (comando normativo do artigo 267, inciso VI, do *Código de Processo Civil*).

A respeito da matéria em comento, orientam Nery Júnior & Nery (1997, p. 249) que "o interesse processual se consubstancia na necessidade de o autor vir a juízo e na utilidade que o provimento jurisdicional poderá lhe proporcionar". O interesse processual existe quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida. E, como a legislação penal não exige tal autorização, é desnecessário buscar a prestação jurisdicional.

Situação diversa ocorreria se os médicos da cidade se negassem a realizar o abortamento por outros motivos (*v.g.*, excusa de consciência por motivos religiosos). Ora, o alvará expedido para autorizar a prática do abortamento não poderia compelir o médico a realizá-lo, por não se tratar de ação cujo pedido ele tenha a obrigação de satisfazer. Nesse caso, somente vemos uma solução: a gestante deveria, em tese, impetrar mandado de segurança em desfavor do secretário de Saúde Municipal/Estadual, instruindo o pedido com laudos que diagnosticassem a anomalia,

o seu consentimento para a prática do abortamento e a comprovação da recusa dos médicos da comunidade em que vive. Se o Poder Judiciário entender que a recusa não é legítima, ordenará que o secretário ou os médicos que atendam na rede pública pratiquem a intervenção cirúrgica, sob pena de crime de desobediência.

Em síntese, quando a gestante dirige-se a um hospital, munida dos laudos que atestam que o feto não possuirá vida extra-uterina útil ou provável e que a interrupção da gestação reduziria os transtornos possivelmente ocasionados com a permanência do estado de gravidez, a equipe médica deve tomar as providências cabíveis, não sendo correto negar o pedido dessa gestante. Ou seja, comprovada a malformação, a equipe médica deve proceder à interrupção, sem que haja qualquer autorização por parte do Poder Judiciário.

Observa-se, entretanto, que grande parte dos médicos tende a solicitar à gestante que providencie o alvará. Esse pedido é formulado com o intuito exclusivo de respaldar a conduta da equipe médica, que, ao realizar o aborto, eventualmente poderia sofrer punições nas esferas criminal e administrativa. A prudência da classe médica deve ser elogiada, mas não há necessidade de autorizar judicialmente tal conduta.

A interrupção da gravidez nos casos de malformação genética não é punida, por se tratar de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa. No caso concreto, é inconcebível exigir da pessoa comportamento diferente, ou seja, que ela leve a termo uma gestação infrutífera cujo feto não terá sobrevida, mediante prova científica irrefutável. Assim, nenhuma sanção penal poderá ter incidência sobre o responsável pela prática abortiva, em face da ausência de culpabilidade. O eventual oferecimento de denúncia por parte de um representante do Ministério Público em desfavor da equipe médica ou da gestante estaria fadado ao insucesso, desde o início, podendo inclusive ser trancada a ação penal pela impetração de *habeas-corpus*.

Para dirimir as dúvidas da classe médica, os conselhos regionais, em conjunto com membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, deveriam realizar palestras a fim de orientá-la quanto à desnecessidade de obter essa autorização judicial para a prática do abortamento. Evitar-se-ia com isso um atraso maior na conduta, que, dependendo do tempo para se conseguir um alvará judicial, poderia causar sérios transtornos

físicos e psicológicos à gestante. Daí por que submeter a gestante a essa espera é penalizá-la ao extremo.

CONCLUSÕES

Enquanto a hipocrisia nacional impede a discussão do tema na esfera política, inegavelmente o abortamento está sendo utilizado como método contraceptivo, seja pela falta de esclarecimento, pela ausência de recursos para a adoção de práticas preventivas ou, até mesmo, pela inexistência de um programa efetivo de planejamento familiar. Mais uma vez o Estado peca por não cumprir seu dever de levar informação à população, objetivando, no caso em tela, a prevenção da gravidez.

As normas penais que regem o abortamento em diversos países estão sendo contestadas. Há movimentos que defendem que ele seja autorizado, dentro de certas condições e circunstâncias. A Suíça, recentemente, fez uma consulta popular (referendo) para verificar a opinião dos cidadãos a respeito de nova lei aprovada pelo Poder Legislativo permitindo a interrupção da gravidez nas primeiras doze semanas. Segundo pesquisas de opinião pública, 64% da população apoiava a nova legislação, enquanto 24% era contrária. O Brasil, da mesma forma, deveria seguir o exemplo. Caberia ao Congresso Nacional convocar um plebiscito (consulta prévia) ou um referendo (consulta posterior), para que os brasileiros pudessem verdadeiramente exercer a soberania popular assegurada na Carta Magna (artigo 14), já que entre os legisladores a matéria ainda não foi votada.

As clínicas clandestinas têm proliferado por nosso país, em virtude de ser rentável o investimento nessa área. Além disso, em regra, os elevados índices de mortalidade e lesões decorrentes de intervenções malsucedidas permanecem impunes, uma vez que a intimidação imposta pelo *Código Penal* não tem surtido o efeito almejado. Ainda que as mulheres tenham conhecimento acerca da ilicitude da conduta, um número cada vez maior delas pratica abortamento.

Quanto mais pobre for a gestante, maiores são as probabilidades de mortalidade, em face das condições precárias das clínicas clandestinas e do pouco conhecimento técnico daqueles que realizam tais condutas ("curiosos").

Pela análise do anteprojeto de lei que objetiva a reforma da parte especial do *Código Penal*, observa-se que a comissão amplia as hipóteses de abortamento legal, tornando a lei mais humanitária e em consonância com a vontade popular – mormente dos movimentos feministas e da comunidade científica – e com a legislação de outros países. O anteprojeto acolhe o abortamento eugênico quando houver fundada probabilidade, atestada por outros dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. Ainda que algumas modificações devam ser feitas no anteprojeto, este deve ser considerado um avanço da nossa legislação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Centro Gráfico, 1998.

COSTA JUNIOR, Paulo José. Aborto: eugênico ou necessário? *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 3, n. 19, p. 9, abr. 1996.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 5.

JESUS, Damásio Evangelista de . *Direito Penal.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

MATEOS, Simone Biehler; LAGO, Cláudia. *Revista Atenção*, v. 2, n. 3, p. 9, fev. 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA FRANCO, Alberto. Aborto por indicação eugênica. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v. 132, p. 20-21, 1991.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de. *Aborto humanitário:* autorização judicial. RT 675/299 e ss.

_____. *Conclusões do 1° encontro de juízes do júri de São Paulo.* São Paulo, 6 nov. 1998.