

DIREITOS DO NASCITURO X ABORTO EUGÊNICO

OLIVEIRA, Renata Guedes de.

ÍNDICE

Resumo; 1- Introdução; 2- Considerações iniciais; 3- Teorias; 3.1-Natalista; 3.2- *Personalio condicional*; 3.3- Concepcionista; 4- Direitos de Personalidade do Nascituro; 4.1 - O Nascituro; 4.2- Pessoa; 4.2.1- O nascituro como pessoa; 4.3- Da Personalidade Jurídica do Nascituro; 5- Direitos Extra patrimoniais do Nascituro; 5.1- Proteção do Nascituro até o nascimento; 6.1- Direitos humanos da gestante X nascituro; 6.2- Violação de Direitos e Garantias Fundamentais; 7- A problemática existente nos abortos eugênicos; 7.1- Análises do ato no âmbito Penal; 7.2- Aberturas de precedentes; 8- Conclusão; 9- Referências Bibliográficas.

RESUMO

Vivemos em uma sociedade onde a Constituição Federal assegura a seus cidadãos direitos e garantias fundamentais, tendo o nascituro todos eles. Desta forma, mesmo ao feto de fisiologia imperfeita são assegurados estes direitos tutelados pelo Estado.

O aborto eugênico, nos casos de fisiologia defeituosa, transgride princípios fundamentais assegurados pela Constituição de 1988, em desrespeito ao direito a vida. Para a maioria dos doutrinadores, o início da vida se dá no momento da concepção. Este entendimento é reconhecido no artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, Pacto de San José da Costa Rica. Pacto aderido pelo Brasil.

Fundamentado em legislações, jurisprudências e pesquisas, o presente estudo tem como objetivo demonstrar que, a prática de aborto eugênico além de violar princípios constitucionais causa nas gestantes consequências das mais diversas.

Palavras chaves: Aborto. Vida. Princípios Fundamentais. Gestantes. Nascituro.

1- INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva demonstrar que o nascituro é pessoa jurídica tutelada pelo Estado, gozando do direito de nascer.

Nos episódios de anomalias genéticas, tais como anencefalia, não compete à gestante ou Estado decidir sob a conveniência do nascimento deste. Nestes casos podem existir conflitos de princípios constitucionais, porém o objetivo é resguardar os direitos do nascituro. Por isonomia é igualado à gestante.

Resta comprovado que não existe hierarquia, o feto defeituoso não é inferior a sua mãe, sua condição genética e física não o afasta seus direitos e garantias fundamentais. É preciso tratar o nascituro com ser humano que é. Não como algo que não deu certo e pode ser desprezado e descartado.

O início da personalidade jurídica no Brasil vem sendo debatido através de três teorias; a natalista, *personalio* condicional e concepionalista. Estas serão definidas e comentadas ao longo do trabalho, demonstrando a teoria há ser adotada de acordo com a lei.

O presente trabalho busca evidenciar os direitos de personalidade do nascituro, conferindo a titularidade desses direitos por meio de leis, tratados, jurisprudências e doutrinas, onde são reconhecidos como “sujeito de direito extrapatrimoniais”. Merecendo proteção até seu nascimento.

Através de debates, têm-se tentado pacificar o conflito existente entre a lei, costumes, religião e a ciência. É importante preservar a integridade física e psicológica da gestante, mas não a qualquer custo. Seria o aborto eugênico a solução? O que assegura que a prática deste realmente preserva a dignidade da mulher?

Os efeitos psicológicos e fisiológicos do aborto eugênico além de atingir diretamente a gestante causam reflexos em seus familiares e na sociedade em geral.

O aqui analisado e relatado baseou-se em doutrinas, artigos, jurisprudências, dispositivos legais tais como Código Penal, Constituição Federal, Código Civil e em publicações disponibilizadas por diversos meios, defendendo que os nascituros são respaldados em

garantias e direitos fundamentais constantes na Carta Maior, desta forma tutelados pelo Estado.

2- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em um Estado Democrático de Direito, o que se pleiteia, é o exercício pleno das garantias fundamentais. Vivemos em uma sociedade, regulamentada por mecanismos capazes de proporcionar um convívio social apropriado. Neste sentido, Adel El Tasse remete a Enrique Bacigalupo, que afirma:

Há necessidade da existência de contornos claros e precisos quanto às hipóteses sobre as quais pode intervir o Estado, proibindo determinadas condutas do cidadão ou determinando a obrigatória necessidade da prática de outras, cominando sanções para aqueles que descamparem tais comandos normativos. (TASSE *apud* BACIGALUPO, 2004, P.28)

Em continuidade, afirmamos que são fundamentais os institutos normativos constitucionais que protejam a vida, a liberdade, a igualdade entre outros, como regulamenta o artigo 5º da Carta Maior. Dispositivo este que é claro em seus dizeres. O nascituro é possuidor dos direitos e garantias fundamentais e as ocorrências de anomalias não extinguem esses.

O princípio da legalidade, onde é possível fazer ou deixar de fazer algo em virtude da lei, é claro e indispensável. Deste modo, o aborto eugênico nos casos de anomalias genéticas, constitui sim em crime contra a vida, vez que não está elencado no rol taxativo do artigo 128º do Código Penal Brasileiro.

Vale lembrar que o artigo 2º do Código Civil confere ao nascituro personalidade jurídica: "Art. 2º CC - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". (BRASIL, 2010, pg. 145)

O sonho de uma gestação tranqüila e perfeita pertence a todos os pais, fator esse que pode ser abalado diante da notícia de que o filho tão almejado possui anomalia.

Até mesmo o reputado pediatra *Jorge Biscaia*, então Diretor dos Serviços de Neonatologia da Maternidade Bissaya Barreto, em Coimbra, manifestou a mesma convicção ao afirmar que "não se deve esquecer que a revelação de que a criança, o filho, sofre duma anomalia ou

mesmo duma doença, provoca a quebra do sonho do filho perfeito que toda a gravidez desejada ou aceite transporta consigo” (BISCAIA, 2002, PG. 280)

Mesmo assim ele entende que o aborto nesses casos não é a melhor solução e que a prática deste é a mais absurda forma de matar, perpetrando assim crimes tipificados nos artigos 124 a 127 do Código Penal, violando ainda princípios e garantias constitucionais. Neste sentido também Júlio Mirabete afirma: “tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intra-uterina”. (MIRABETE, 2003, pg 93)

O Art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, assegura que:

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. (BRASIL, 2010, PG.07)

O texto constitucional é claro, não fazendo qualquer distinção entre os indivíduos, assegurando que o direito a vida é inviolável.

A não realização de aborto, nos casos de nascituros portadores de anomalias, além de respeitar os direitos e garantias fundamentais destes, bem como o direito a vida, preserva o psicológico dos pais e a fisiologia da mulher.

3- TEORIAS

O início da personalidade jurídica, no ordenamento jurídico Brasileiro é debatido por meio de três teorias sendo elas a Natalista, *Personalio* Condicional e Concepcionalista. Estas definem o momento em que o indivíduo passa a ser sujeito de direitos.

3.1-Natalista

Esta é defendida por alguns doutrinadores como Ferrara, Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira, Venosa. César Fiúza a define argumentando que “o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida.” (FIÚZA, 2004, p. 117) Este grupo afirma que o nascituro possui apenas expectativa de direito, ou seja, não existe personalidade deste antes do nascimento, fazendo jus à esta somente se nascer com vida.

Neste mesmo sentido José Carlos Moreira Alves, se posiciona da seguinte forma:

(...) não há, nunca houve, direito do nascituro, mas, simples, puramente, expectativas de direito, que se lhe protegem, se lhe garantem, num efeito preliminar, provisório, numa *Vorwirkung*, porque essa garantia, essa proteção é inerente e é essencial à expectativa do direito. (MOREIRA ALVES, 1997, p. 237)

Todavia, é válido lembrar o disposto do artigo 2º do Código Civil em sua 2ª parte, “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2010, pg.145), esta se refere à proteção dos direitos deste desde a concepção, que estariam suspensos ou em condição potencial ou imaginário. Se nascer com vida, logo sua existência legal deverá retroagir ao tempo da concepção.

De acordo com a Doutrinadora Maria Helena Diniz, esses direitos a serem protegidos em nome do nascituro, devem ser tracejados pelo direito à vida, já previsto na Carta Magna de 1988; à integridade física; à filiação; alimentos, a uma adequada assistência pré-natal, recebendo ainda reforço do Estatuto da Criança e do adolescente; ao reconhecimento ou legitimidade para investigação de paternidade. (DINIZ, 1993, pg. 192)

3.2- *Personalio* condicional

Trata-se de uma teoria com idéias inovadoras, esta forja uma personalidade virtual do nascituro, onde o mesmo possui personalidade, mas sob a condição de nascer com vida. Esta “defende a tese de que o nascituro possuía direitos sob condição suspensiva, apesar de não ser uma pessoa completamente formada, porém mesmo assim já teria direitos sob uma condição suspensiva que seria o nascimento.” (GALAVOTTI, 2007). Segue nomes de alguns doutrinadores que são filiados esta teoria: Washington de Barros, Miguel Maria de Serpa Lopes e Walter Moraes.

O jurista Fábio Ulhoa Coelho argumenta que: “desde o momento em que o espermatozóide fecundar o óvulo, seja *in vitro* ou *in útero* estariam preenchidos todas as condições para se considerar existente um novo ser.” (COELHO, 2003, pg.148)

Como já foi dito a legislação Brasileira resguarda, desde o momento da concepção, os direitos do nascituro. Este tem seus direitos assegurados, todavia, não detém os direitos patrimoniais. Somente os ostentará quando nascer com vida, ainda que esta seja breve.

3.3- Conceptionista

Esta corrente afirma que o início da personalidade se dá antes do nascimento, no momento da concepção, logo, o nascituro é considerado pessoa e conseqüentemente sujeito de direitos, onde estes devem ser resguardados.

Ressalta-se que, mesmo nesta corrente, o nascituro é titular somente do direito pessoalíssimo e os de personalidade, onde os de conteúdo patrimonial irão aguardar o seu nascimento com vida. Neste sentido Fiúza declara que “a personalidade começa desde a concepção da vida no útero materno.” (FIÚZA, 2004, p.117).

Alguns Juristas renomados com Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua, Limongi França, Francisco Amaral Santos, Maria Helena Diniz, Silmara Chinelato e Almeida defendem esta teoria.

Após a Constituição Federal de 1988, a corrente conceptionista é a que melhor consegue garantir ao nascituro, sujeito de direitos personalíssimos. Direitos principiologicos assegurados na Carta Maior em seu artigo. 5º.

Recentemente houve aumento de adeptos desta teoria, o que pode ser observado com a edição da Lei 11.804/2008, versada como Lei de Alimentos Gravídicos. Além de julgados de alguns tribunais. Segue julgado do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (STJ, 4ª T., REsp 399028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/02/2002, p. DJ 15/04/2002). (TEIXEIRA, 2002)

Em breve análise do julgado acima, é possível visualizar que o nascituro teve seus direitos de personalidade resguardados e foi devidamente indenizado. Maria Helena Diniz em mesmo pensamento conclui que:

(...) parece-nos que a razão está com a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda desde a concepção os direitos do nascituro e, além disso, no art. 1597, IV, presume concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embrião excedente, decorrente de concepção artificial homóloga. Com isso, protegidos estão os direitos da personalidade do embrião, fertilizado *in vitro*, e do nascituro. (DINIZ, 1993, pg. 36.)

Nelson Rosenthal afirma que:

(...) o direito de personalidade não é mágoa, eu posso tê-lo sem sentir nada. A curatela do nascituro está no artigo 1779. Mesmo que não tenha nascido com vida, os direitos da personalidade existem. Direito à sepultura, ao nome... Ver o Enunciado nº 1 da CJF. (ROSENTHAL, 2005)

É possível observar que juristas modernos adotam esta teoria, a fim de que sejam resguardados a todos, direitos e garantias constitucionais fundamentais sem qualquer distinção. Vale ressaltar, que os dispositivos legais Brasileiros tais com a Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente adotaram princípios da corrente concepcionista, vez que tutelam os direitos do nascituro e o confere personalidade jurídica. Lembrando ainda, que o Pacto São José da Costa Rica é claro ao falar que, o início da vida se dá no momento da concepção, tratado este ratificado pelo nosso Estado Democrático de Direito.

4- DIREITOS DE PERSONALIDADE DO NASCITURO

A personalidade do nascituro é assunto polêmico, tornando indispensável comentar e conceituar o que possa ser nascituro, pessoa, personalidade, entre outros. A fim de fundamentar o tema central.

4.1 - O Nascituro

Entende-se por nascituro aquele que está por nascer, que já foi concebido, porém não nascido. Expressão que vem do latim "*nasciturus*."

(...) todos os textos de Embriologia Humana consultados, nas suas últimas edições, afirmarem que o desenvolvimento humano se inicia quando o ovócito é fertilizado pelo espermatozóide. Todos afirmam que o desenvolvimento humano é a expressão do fluxo irreversível de eventos biológicos ao longo do tempo, que só pára com a morte. (COIMBRA, 2006)

Nesta mesma concepção segue manifestação do douto Lúcio Freitas:

Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético [...] Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. (FREITAS, 2001)

Pode-se concluir que nascituro é ser humano que se acha temporalmente entre o momento da concepção e o nascimento.

4.2 - Pessoa

Neste momento será de interesse a concepção de pessoa segundo o olhar jurídico. De acordo com “Maria Helena Diniz, ‘pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direito e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito.’ Porém o Ministro do STF César Peluso afirma que; ‘Pessoa é o ente que pode ser sujeito de relações jurídicas’.” (FREITAS, 2001)

4.2.1- O nascituro como pessoa

A própria legislação brasileira prevê situações em que o nascituro é sujeito susceptível de relações jurídicas, a exemplo:

1-O artigo 552 do Código Civil regulamenta que, “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. (BRASIL, 2010, pg. 187). Assim o nascituro pode receber uma doação.

2-O artigo 1.779 do Código Civil, afirma que, “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”. (BRASIL, 2010, pg. 291) Ou seja, o nascituro pode ser curatelado.

3-Conforme o artigo 1.609, Parágrafo Único, do Código Civil, “O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: O reconhecimento pode preceder o

nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”. (BRASIL, 2010, pg. 277). Neste caso o nascituro pode ser herdeiro e receber por testamento. De acordo com o apresentado, não existe dúvidas ao asseverar que o nascituro é pessoa.

4.3 - Da Personalidade Jurídica do Nascituro

A personalidade jurídica esta ligada a pessoa, conforme já demonstrado, não resta dúvida que o nascituro é indivíduo de direitos. Vale ressaltar que personalidade jurídica não deve ser confundida com capacidade civil, do contrário todas as crianças e os portadores de transtornos psicológicos, ou seja os incapazes não seriam aptos para adquirir direitos.

Entendimento acerca do assunto, tendo como fonte o site de pesquisa Wikipedia é de que a “Idéia ligada à de pessoa, é reconhecida atualmente a todo ser humano e independe da consciência ou vontade do indivíduo: recém-nascidos, loucos e doentes inconscientes possuem, todos, personalidade jurídica.” (Wikipédia, 2009)

A Doutrinadora Silmara apresenta o tema sob uma ótica prática, afirma que:

A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a. (ALMEIDA, 2000, p.81)

A Personalidade esta ligada ao simples fato de existir. “O nascituro já tem direito pleno da personalidade. A personalidade é um valor: ninguém pode ser meio pessoa.” (ROSENVALLD, 2005)

Maria Helena Diniz, com relação ao nascituro, aduz que:

“Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida” (DINIZ: 1998: p. 334).

Como demonstrado o nascituro é titular de direitos e garantias que devem ser tutelados pelo Estado. Não se pode confundir com direitos patrimoniais, neste caso é necessário que este venha a nascer com vida.

Segue parte do voto do Desembargador Duarte Paula:

Número do processo 1.0024.04.377309-2/001(1)
 Inicialmente, define-se a ação investigatória como a que cabe aos filhos contra os pais ou seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento de filiação. Trata-se de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Os direitos personalíssimos são os que pertencem ao homem e são também chamados de direitos inatos, absolutos, originários, naturais, imprescritíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, direitos essenciais da pessoa. Apesar de os direitos essenciais serem intransmissíveis, vislumbram-se situações em que podem ser repassados, sem que haja interferência nas suas características intrínsecas. Um exemplo é o direito à imagem, cujo autor pode licenciar outrem a explorá-la, não descaracterizando o direito, ou seja, este continua sendo um direito personalíssimo, só podendo a outra parte explorá-lo com a autorização de seu titular, competindo somente a este e aos seus herdeiros, quando da morte de seu titular, tal anuência. Da mesma forma entendo poder ser vista a situação em análise, em que se transmite à mãe gestante a legitimidade para pleitear direitos essenciais do **NASCITURO**. A propósito, dissertando sobre a legitimidade para a propositura da ação investigatória, afirma SILVIO DE SALVO VENOSA: "São legitimados ativamente para essa ação o investigador, geralmente menor, e o Ministério Público. O NASCITURO também pode demandar a paternidade, como autoriza o art. 1.609, parágrafo único (art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, repetindo disposição semelhante do parágrafo único do art. 357 do Código Civil de 1.916." (Direito Civil, Direito de Família, 4ª ed., Ed. Atlas S/A, p. 317) E especificamente a respeito dos alimentos ao **NASCITURO**, vale trazer à baila valioso ensinamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: "Se a lei põe a salvo os direitos do **NASCITURO** desde a concepção, é de se considerar que o seu principal direito consiste no direito à própria vida e estar seria comprometida se à mão necessitada fossem recusados os recursos primários à sobrevivência do ente em formação em seu ventre. Neste sentido Pontes de Miranda comenta que 'a obrigação alimentar pode começar antes de nascer, pois existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior se acaso se recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências da pediatria'. Silmara J. A. Chinelato e Almeida reconhece que são devidos ao **NASCITURO** os alimentos em sentido lato - alimentos civis - pra que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida. (...) Têm os nossos Tribunais reconhecido a legitimidade processual do **NASCITURO**, representado pela mãe, tendo decisão pioneira da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 14.09.1993 (Ap. Cível n. 193648-1), atribuído legitimidade 'ad causam' ao **NASCITURO**, representado pela mãe gestante, para propor ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Concluiu o relator - Des. Renan Lotufo - reportando-se à decisão pioneira no mesmo sentido do Tribunal do Rio Grande do Sul (RJTJRS 104/418) que 'ao **NASCITURO** assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte como autor ou réu. Representado o **NASCITURO**, pode a mãe propor ação de investigatória e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então uma expectativa resguardada.' Na hipótese de reconhecimento anterior ao nascimento autorizada pelo parágrafo único do art. 1.609 do Código Civil, não se pode excluir a legitimidade do **NASCITURO** para a ação de alimentos." (Instituições do Direito Civil, Direito de Família, 14ª ed., Ed. Forense, p. 517/519) Diante de tais ensinamentos, dúvidas não restam de que a tendência atual é se reconhecer à mãe gestante legitimidade para a propositura de ações em benefício do **NASCITURO**. (PAULA, 2005)

Nesse sentido já se manifestou este egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

"DIREITO DE **NASCITURO** - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA DA MÃE - NASCIMENTO SUPERVENIENTE -

SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO - PROVIMENTO DO RECURSO." (Apelação Cível n. 1.0000.00.220849-4/001, Rel. Des. Aluizio Quintão, 5ª Câmara Cível, j. 11/10/01) (QUINTÃO, 2001)

E, ainda, a jurisprudência pátria, verbis:

"**NASCITURO**. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. A genitora, como representante do **NASCITURO**, tem legitimidade para propor ação investigatória de paternidade. Apelo provido". (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70000134635, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 17.11.99). (DIAS, 1999)

"INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. **NASCITURO**. CAPACIDADE PARA SER PARTE. Ao **NASCITURO** assiste, no plano do direito processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o **NASCITURO**, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. Ação personalíssima, a investigatória somente pode ser proposta pelo próprio investigador, representado ou assistido, se for o caso; mas, uma vez iniciada, falecendo o autor, seus sucessores têm direito de, habilitando-se, prosseguir na demanda. Inaplicabilidade da regra do art. 1621 do Código Civil". (TJRS, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 583052204, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. 24.04.84). (CAMEIRO, 1984)

"PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR. NATUREZA. **NASCITURO**. GESTANTE. 1. (...) 2. (...) 3. O ordenamento positivo assegura proteção de alguns direitos de que, ao nascer com vida e adquirir a personalidade civil, a pessoa provavelmente será titular (art. 4 do CC). E, diante da ausência de personalidade civil, impede o **NASCITURO** de estar em Juízo, atribui-se à gestante a legitimidade para, em nome próprio, perseguir a defesa desses direitos." (Agravo de Instrumento, processo n.º 1999.002.12142, julgado pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 22/02/00, relator Des. Milton Fernandes de Souza). (SOUZA, 2000)

Nesta ótica o Estado respalda os nascituros no que tange ao direito à curatela, a herança, reconhecimento de paternidade e o de donatário, mas no que se alude ao direito indisponível que é a vida este é violado pelos representantes do próprio Estado. Fator este redundante, vez que os direitos e garantias fundamentais Constitucionais, foram devidamente discutidos e formulados pelo Poder Constituinte Originário, este representando a vontade do povo zelou pela indisponibilidade da vida.

5- DIREITOS EXTRAS PATRIMONIAS DO NASCITURO

É sabido que os direitos patrimoniais não são aferíveis pecuniariamente, não são passíveis de medição e não são palpáveis. Dentre outros direitos que ao nascituro é conferido, o de maior valia é o direito de nascer. Este que vem sendo violado de forma absurda e inconstitucional.

O Tratado Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592 de 06/07/1992, em seu artigo 6º regulamenta que, “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.” (PGE, 1966) Conforme regulamenta o artigo citado, o direito a vida deve ser protegido por lei, porém este vem sendo cerceado pelo próprio Estado, ao se tratar de fetos com determinadas anomalias, como por exemplo anencefalia.

De fato, há necessidade de zelar pelo direito de nascer desses fetos, seria incoerente assegurar qualquer outro tipo direito, vez que os demais somente irão existir se protegida for sua vida.

O mais importante direito do nascituro é o direito à vida, pois todos os demais direitos inexistirão sem garantia da preservação de sua vida. Esse artigo do atual Código Civil tem o mesmo teor do art. 4º, do Código Civil anterior de 1916, o que representa a consolidação do reconhecimento do direito à vida do nascituro, desde a concepção, diante da Constituição de 1988, que erigiu como princípio mestre do Direito, a dignidade da pessoa humana. (COIMBRA, 2006)

O direito a vida é irrenunciável e não tem como valorá-lo, pelo tal, não pode ser decidido pela gestante e nem pelo poder judiciário.

Um detalhe, de qualquer sorte, parece incontroverso: a lei Civil (art. 2º CC) resguarda, expressamente, os direitos do nascituro, servindo para afastar peremptoriamente, a tese natalista, por pregar que somente seria possível reconhecer direitos do nascituro depois de nascer vivo. (CHAVES, 2008, pg. 202)

Não resta dúvida que, o nascituro seja sujeito de direitos personalíssimos como já foi visto. Este tem o direito de nascer, independente de sua formação fetal, vez que o maior bem jurídico tutelado é a vida. Ives Gandra adverte que o Pacto São José da Costa Rica é lei e vigora no Brasil, em seu artigo 4º regulamenta que: “Toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção”. (MARTINS, 2008, pg. 104).

5.1-Proteção do Nascituro até o nascimento

Como fora comentando, o nascituro tem seus direitos e garantias respaldados pela Constituição Federal, Código Civil e legislação internacional. O artigo 5º da Carta Magna

considera inviolável o direito à vida, assim como o artigo 2º do Código Civil vem colocar a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, e por fim o artigo 4º do Pacto São José da Costa Rica, este ratificado pelo Brasil, declara que a vida começa na concepção.

Neste sentido Alexandre Moraes afirma que:

A Constituição Federal, ao prever como direito fundamental a proteção à vida, abrange não só a vida extra-uterina, mas também a intra-uterina, pois qualifica-se com verdadeira expectativa de vida exterior. Sem o resguardo legal do direito à vida intra-uterina, a garantia constitucional não seria ampla e plena, pois a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial, logo após a concepção. (MORAES, 2000, pg. 61)

Não resta dúvida que o direito a vida do nascituro deve ser tutelado pelo Estado, neste sentido Tessaro define que “embora não possua referência expressa no texto constitucional, entende-se que a vida do nascituro é um bem que está protegido pela constituição”. (TESSARO, 2008, pg.50)

Aduz, neste ponto, Bitencourt “O direito protege a vida [humana] desde a sua formação embrionária, resultante da junção dos elementos genéticos [...] a sua eliminação tipifica o crime de aborto.” (BITENCOURT, 2007, p. 391)

Chaves (2008) afirma que o nascituro tem seu nascimento tutelado por dispositivos legais, vez que o Código Civil de 2002 confere ao nascituro personalidade jurídica não condicionando esta a seu nascimento com vida. O artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente impõe a proteção o nascimento deste ao versar sobre a gestante ser obrigada a fazer pré-natal.

O ser humano - como evocou a instrução «*Donum vitae*» e como reconfirmou a Encíclica «*Evangelium vitae*» - «deve ser respeitado e tratado como uma pessoa desde a sua concepção e, por isso, desde esse mesmo momento, devem-lhe ser reconhecidos os direitos da pessoa e primeiro de todos, o direito inviolável de cada ser inocente à vida» (*Carta Encíclica, Evangelium vitae*, n. 60: AM 87 (1995), 469; cf. Instrução *Donum vitae*, 1: AAS 80 [1988], 79). (ALFRADEIQUE, 2008)

Ives Gandra (2008) adverte que não é somente a vida humana saudável e consciente passível de defesa, resta afirmado que o nascituro tem o direito de nascer, este que é tutelado pelo Estado por meio de legislação nacional (ex: código civil, penal e outros) e internacional (ex: Pacto São José da Costa Rica). Portanto deve ser respeitado como ser humano que é e possuidor de personalidade jurídica consequentemente de direitos e garantias fundamentais.

Matar não é tão grave como impedir que alguém nasça tirar a sua única oportunidade de ser. O aborto é o mais horrendo e abjeto dos crimes. Nada mais terrível do que não ter nascido!
Fernando Sabino

6- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme ALEXY, “princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.” (OLIVEIRA apud ALEXY, 2009, pg.29).

Em uma dada Sociedade é necessário que o Estado faça intervenções a fim de manter a paz social, todavia este não tem o direito de decidir quem irá nascer ou não.

Luiz Roberto Barroso afirma que:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se tanto com a liberdade e valores de espírito quanto às condições materiais de subsistência. (BARROSO, 2009, P.80)

Este princípio esta ligado diretamente com a liberdade do ser humano, porém se faz necessário compreender esse direito, Pinto Ferreira remete ao artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos pela lei. (FERREIRA, 1989.p.61).

Resta claro que o direito de liberdade deve ser ponderado, José Afonso da Silva, ora comentado por Carvalho afirma que “a liberdade consiste na possibilidade de coordenação dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. (CARVALHO apud da SILVA, 2005, p.425). Todavia, para atingir esse grau de felicidade pessoal o respeito pela vida é primordial, como afirma Marcel Bridel citado por Ferreira “a liberdade é que se presume, pois a coletividade a *priori* não tem mais valor do que a pessoa”. (FERREIRA apud Bridel, 1989, p.61).

Diante dos fatos, pode-se afirmar que o direito a liberdade, este protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser aplicado observando o princípio da igualdade, do contrário irá acontecer o que descreve José Luiz Quadros “a liberdade sem igualdade vai sempre constituir um direito de poucos privilegiados, inclusive de maneira grave no Estado Liberal” (MAGALHÃES, 2002, p.89).

Desprivilegio que acontece na tentativa de tutelar a gestante invocando o princípio da dignidade e o aplicando sem atentar ao princípio da igualdade. Neste caso o nascituro tem seus direitos e garantias fundamentais violados por uma decisão em desacordo com a Constituição Federal, Tratados Internacionais e Legislação Especial (Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil). O Poder delegado pelo Estado que deveria zelar pela vida na prática adota postura diversa quando autoriza o aborto eugênico.

Pode-se concluir que este princípio está ligado às condições mínimas de vida do ser humano, onde reconhece a liberdade e necessidade do homem, cabe ao Estado proporcionar e assegurar esses meios e não decidi-los.

A ciência é poderoso auxiliar para que a vida do homem seja cada vez mais digna de ser vivida. Logo, nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível. Realmente, de Hipócrates à época atual, com as Ordens de Médicos e os Conselhos de Medicina, consagrou-se a concepção válida para toda ciência: o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade. Urge, portanto, a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se estiver atento à dignidade humana. 40 (DINIZ, 2008, p. 17.)

De fato, muitas vezes a ciência confronta os bons costumes e a moral, onde, se faz necessário impor limites a esta, a fim de garantir uma convivência ética e digna de uma dada sociedade.

6.1- Direitos humanos da gestante X nascituro

O estado de gestante, não atribui à mulher uma posição hierarquicamente superior ao nascituro, tendo este os mesmos direitos e garantias fundamentais assegurados. O fato de este manifestar alguma alteração genética não atribui à mãe o direito de decidir sob sua vida.

O artigo 3º, I,IV da Constituição Federal, afirma que o Estado objetiva a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem qualquer forma de discriminação. Princípio que vem sendo violado pelo judiciário ao conceder liminares deferindo a prática de aborto eugênico.

As decisões deferindo esses pedidos invocam o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como esta a seguir:

Número do processo: 1.0079.07.343179-7/001(1)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ALVARÁ JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO. FETO ANENCEFÁLICO. EXAMES MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. VIABILIDADE DO PLEITO. Não se pode lançar mão dos avanços médicos, mormente, em casos de anencefalia cabalmente comprovada, cujo grau de certeza é absoluto acerca da impossibilidade de continuidade de vida extra-uterina do feto anencefálico por tempo razoável. Para haver a mais límpida e verdadeira promoção da justiça, é de fundamental importância realizar a adaptação do ordenamento jurídico às técnicas medicinais advindas com a evolução do tempo. Vale dizer, o direito não é algo estático, inerte, mas sim uma ciência evolutiva, a qual deve se adequar à realidade. Seja pela inexigibilidade de conduta diversa, causa supra legal de exclusão da culpabilidade, seja pela própria interpretação da lei penal, a interrupção terapêutica do parto revela-se possível à luz do vetusto Código Penal de 1940. Considerando a previsão expressa neste diploma legal para a preservação de outros bens jurídicos em detrimento do direito à vida, não se pode compreender por qual razão se deve inviabilizar a interrupção do parto no caso do feto anencefálico, se, da mesma maneira, há risco para a vida da gestante, com patente violação da sua integridade física e psíquica, e, ainda, inexistente possibilidade de vida extra-uterina. Dentre os consectários naturais do princípio da dignidade da pessoa humana deflui o respeito à integridade física e psíquica das pessoas. Evidente que configura clara afronta a tal princípio submeter a gestante a sofrimento grave e desnecessário de levar em seu ventre um filho, que não poderá sobreviver. Não bastasse a gravíssima repercussão de ordem psicológica, a gestação de feto anencefálico, conforme atestam estudos científicos, gera também danos à integridade física, colocando em risco a própria vida da gestante. Relator: Cláudia Maia. (MAIA, 2007)

O assunto de fato é controverso, mas se faz necessário avaliar aqui os dois lados, o da gestante e do nascituro. O princípio é evocado a fim de resguardar a gestante, arguindo que esta não pode ser submetida ao sofrimento de gerar um feto sem prováveis perspectivas de vida, a fim de preservar sua saúde mental e física. Todavia o nascituro tem seu futuro decidido pelo poder judiciário que determina sua morte, logo o princípio fundamental do direito a vida é ignorado e violado.

Porém, o princípio da dignidade humana é aplicado de forma equivocada, vez que, de fato a prática do aborto acarreta a gestante uma série de outros problemas, sejam eles de ordem psicológica e até mesmo fisiológica, portanto fica a pergunta, qual dignidade foi preservada? Como esta foi tutelada? Sabe-se ainda que o direito de nascer do nascituro é pleno, vez que está inserido nas Cláusulas Pétreas, ou seja, não pode sofrer modificações que venham restringir este.

Vale comentar ainda que, o princípio da dignidade deve ser apostado ao nascituro, lembrando que sua aplicação é associada ao direito de liberdade ponderado pelo princípio da igualdade, portanto este não pode ter seu nascimento condicionado à decisão de sua gestante.

Alexandre Morais adverte que “a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio estado e de suas autoridades constituídas e consagração dos princípios da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.” (MORAES, 2000, p.19). É lastimável quando o Estado que deve de zelar pela vida é quem a destrói, descumprindo ainda preceitos fundamentais frutos da vontade popular.

Pode-se concluir que, infelizmente, o princípio da dignidade da pessoa humana invocado nas autorizações dos abortos eugênicos, além de ser aplicado de forma equivocada o mesmo é violado, vez que a conduta praticada pela gestante é condenatória por sua própria consciência, mais adiante observaremos as conseqüências geradas em função deste ato.

6.2 - Violação de Direitos e Garantias Fundamentais

Procura-se demonstrar que o aborto transgride garantias e direitos fundamentais Constitucionais, logo desrespeitando o direito a vida.

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELO, 1994, P.230)

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, que prima em assegurar suas garantias e direitos fundamentais. Os cidadãos são assistidos por princípios tidos como constitucionais tais quais: o da legalidade, dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, direito a vida, devido processo legal e do contraditório.

A ação de requerimento para a “antecipação terapêutica do parto” decorrente da má formação fetal congênita, que na verdade se trata de aborto eugênico é totalmente inconstitucional, vejamos:

1. Esta hipótese de aborto não está elencada no rol taxativo do artigo 128 do Código Penal, portanto não há que se falar em atipicidade, mas sim em violação do direito a vida;
2. O nascituro mesmo portador de má formação tem o direito de ter sua evolução natural, sem qualquer interrupção alheia, sendo este livre para nascer. O maior sonho do ser humano é a igualdade, o fato de ser deficiente não o torna sujeito de direitos restritos, onde somente os convenientes a terceiros são garantidos;
3. Em uma ação, a fim de conseguir tutela jurisdicional para a prática do aborto eugênico, o nascituro é tratado como coisa e não pessoa. Se de fato analisarmos de forma processual, este teria que ter um representante no processo defendendo seus interesses, como é feito nas ações de reconhecimento de paternidade nos moldes do artigo 1609, § único do Código Civil, nos casos de doação conforme previsto no artigo 542 do mesmo diploma legal, entre outros. Aqui o nascituro tem cerceado totalmente seu direito de defesa e o devido processo legal também é transgredido, tornando o processo nulo.

As garantias constitucionais apresentadas como *Cláusulas Pétreas* que não devem ser restringidas, ao se tratar de garanti-las aos nascituros são todas grosseiramente violadas pelo poder que tem o dever de assegurar sua aplicação.

7- A PROBLEMÁTICA EXISTENTE NOS ABORTOS EUGÊNICOS

A constatação de que a gestante gera um feto com anomalias genéticas não é mais danosa que a prática do aborto. De acordo com um estudo feito em Londres, as conseqüências deste ato são graves para as mulheres que quase sempre por conseqüência passam a se envolver com drogas, álcool além do inevitável quadro de depressão.

Reportagem publicada em 05 set 2011(RV) – pela revista científica inglesa *British Journal of Psychiatry* em sua primeira edição de setembro:

Sem conotação religiosa, o artigo intitulado “Aborto e Saúde Mental” foi elaborado com base em uma pesquisa com 877 mil mulheres, das quais 163 mil haviam passado pela experiência do aborto. Segundo o estudo, mulheres que fizeram abortos têm quase o dobro de risco de desenvolver problemas mentais em comparação com as demais pessoas. A pesquisa mostra que o aborto afeta a saúde mental e pode causar ansiedade, depressão, alcoolismo, abuso de drogas e suicídio. A pesquisa

concluiu que o aborto estava relacionado a 34% de aumento de chances de transtornos de ansiedade, 37% de depressão, 110% de aumento de risco do abuso do álcool, 220% do uso de maconha e 155% mais chances de suicídio. A pesquisa foi conduzida pela Doutora Priscilla Coleman, da Bowling Green State University de Ohio (EUA), docente de Desenvolvimento Humano e da Família. Para ela, os riscos associados ao aborto “devem ser compartilhados com a opinião pública e levados ao conhecimento das mulheres antes que se submetam a tal procedimento. (FAMILIA, 2011)

Esses dados são reais assim como as consequências ali descritas.

O documentário “Quanto Eu Te Amo Poderia ter Dito em 15 minutos”, relata a história de três mulheres, uma que seguiu o conselho do seu médico e por meio de tutela judicial abortou seu “filho” aos cinco meses de gestação, outra que não concordou em interromper a gestação, vez que o fato de gerar uma criança portadora de deficiência não colocaria sua vida em risco e a mãe da criança Marcela, esta portadora de anencefalia.

Conforme o documentário apresenta, a primeira gestante ainda sofre com sua decisão, esta demonstra imenso arrependimento e se autodenomina assassina de seu filho. A segunda que decidiu levar adiante sua gestação, seu filho nasceu e viveu minutos e após morre, mas esta tem em sua consciência que fez tudo o que era possível, o que não trouxe a ela sofrimento perpétuo. A mãe de Marcela relatou que permitir a filha nascer e conviver com ela, foi a melhor coisa que fez, mesmo falecendo com um ano e oito meses, foi motivo de muita felicidade.

Além dos problemas causados as gestantes, recentemente, estudos e pesquisas concluíram que a prática do aborto pode causar dor aos fetos.

O aborto pode causar dor em fetos ainda pouco desenvolvidos, acreditam pesquisadores do Hospital Chelsea, em Londres. Segundo a responsável pela pesquisa, Vivette Glover, fetos podem ser capazes de sentir dor já a partir da décima-sétima semana de gestação. Por isso, diz ela, médicos britânicos estão estudando a possibilidade de anestésiar o feto durante intervenções para interrupção da gravidez. Fonte de pesquisa: http://www.webciencia.com/01_aborto.htm acessado em 28/12/2010

Feto com 14 semanas



O procedimento em si é bastante agressivo, causa transtornos psicológicos aos pais por muito tempo, segue depoimento de Juddy Mamaou, a Americana realizou um aborto por sucção declara: “O som da máquina de vácuo ainda me persegue. Não consigo utilizar uma aspiradora sem que me lembre do meu aborto”. (ANAEL, 2006)

Segue parte de um artigo que trata das conseqüências psicológicas e físicas das mulheres que já praticaram o aborto:

Atualmente, a síndrome pós-aborto - considerada como sendo um tipo de desordem de stress pós-traumático - é internacionalmente reconhecida. A associação do aborto induzido com o aparecimento de diversas doenças mentais - entre as quais ansiedade, depressão, irritabilidade, explosões de agressividade, incapacidade de manutenção de relações conjugais, dificuldade de relacionamento com outros filhos que vêm a seguir, comportamentos neuróticos, esquizofrenia, doença bipolar - é uma realidade para a maioria das mulheres que praticam um aborto. É como se o filho, em vez de se desenvolver no útero, passasse a viver, para sempre, no cérebro... Mas as conseqüências do aborto também se fazem sentir a nível físico. Hoje sabe-se que o aborto induzido aumenta em 30 por cento o risco de cancro da mama, quando se comparam mulheres que fizeram um aborto com mulheres que nunca o praticaram ou que sofreram um aborto espontâneo. A explicação científica é simples: no desenvolvimento fisiológico da gravidez ocorrem picos hormonais de estrogênios, que, se forem bruscamente interrompidos -como acontece num aborto induzido -, vão desencadear alterações no material genético das células que, facilmente, poderão degenerar em cancro. O risco de parto prematuro em gravidezes subsequentes também é duas vezes maior, quando se comparam mulheres que fizeram um aborto com mulheres que nunca o praticaram; se, em vez de um, a mulher tiver praticado dois ou três abortos, esse risco aumenta entre 6 a 12 vezes. Atualmente estima-se que 1/3 dos partos prematuros ocorra em mulheres com história prévia de abortamento. (ABORTO, 2009)

Como demonstrado à prática do aborto causa sérios danos as gestantes e seus familiares. Se suas conseqüências são maléficas este não serve como solução.

Embora atualmente a orientação de abortar os fetos com anomalias venha da parte dos médicos, sem qualquer amparo legal não é o propósito da profissão, que é o de curar, tratar, consolar, diminuir as dores.

Conforme trecho do juramento escrito por Hipócrates, este referente à medicina:

Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. (...) Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça. Fonte (WIKIPEDIA, 2011)

“O apelo ao chamado “aborto terapêutico” como meio de salvar a vida da gestante não constitui recurso científico, sobretudo nos dias actuais, em face das modernas conquistas da Medicina”. (ALVES, BRANDÃO, COSTA E BRAGANÇA, 1976, P.21-28.)

O médico possui a função de medicar e não de opinar e orientar a por fim na vida humana somente por não ser perfeita.

7.1- Análises do ato no âmbito Penal

Antes de adentrar na análise penal, é preciso compreender alguns termos tais como: aborto, antecipação terapêutica do parto e aborto eugênico.

Mirabete afirmam que o aborto é

(...) a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção, que pode ser ovo, embrião ou o feto, conforme a fase de sua evolução. Pode ser espontânea, natural ou provocado, sendo nesse último caso criminoso, exceto se praticado em uma das formas do art. 128. (MIRABETE, 1999, pg. 685)

Neste mesmo sentido o professor Hélio Gomes “conceitua aborto como sendo a interrupção ilícita da prenhez com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu período evolutivo: da concepção até as proximidades do parto.” (LEITE, 2008)

A antecipação terapêutica do parto são as interrupções das gestações tipificadas no artigo 128 do Código Penal. O Aborto eugênico visa interrupção de gestação nos casos de má formação congênita dos fetos.

A antecipação terapêutica do parto será sempre provocada, onde sua finalidade é salvar a vida da gestante quando há risco iminente. Todavia esse termo é adotado de forma errônea, vejamos uma das definições deste encontrada no site de pesquisa Wikipedia “para dar fim a uma gestação que resultaria numa criança com problemas congênitos que seriam fatais ou associados com enfermidades graves”. (WIKIPEDIA, 2007)

Como demonstrado não é um tratamento mas sim uma forma seletiva de indivíduos por possuírem deficiências, na realidade trata-se de aborto eugênico.

O Código Penal é taxativo, os artigos compreendidos entre o 124 a 128 são referentes a pratica de aborto, vejamos:

Art. 124 - Provocar Aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

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

Art. 125 - Provocar Aborto, sem o consentimento da gestante:

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

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

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

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. (BRASIL, 2010, pg. 524)

De acordo com Mirabete (2003) o bem tutelado é a vida intra-uterina, que está em desenvolvimento, protegendo ainda a integridade corporal da gestante, no que tange ao aborto provocado por terceiro. Nestes casos não há nenhuma dúvida de que o ato é crime. Todavia o artigo 128 que trata das exceções regulamenta que:

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. (BRASIL, 2010, pg. 524)

A redação do artigo acima é muito clara e não incorpora o aborto eugênico em suas exceções. Este já trata da excludente de ilicitude no que se refere ao perigo à vida da gestante. Se de fato, a gestação do feto portador de anomalia congênita, colocasse a vida da gestante em risco, esta não precisaria ter a decisão de aborto tutelada pelo Estado.

Neste sentido, Fernando Capez afirma que “tem-se entendido que não há excludente de ilicitude de criminalidade no chamado aborto eugenésico (ou eugênico) que é o executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança dos pais”. (CAPEZ, 2005, pg. 126)

Se analisarmos passo a passo, observaremos que a prática do ato resulta na morte do nascituro, satisfazendo assim o objetivo inicial que é cercear a vida deste, portanto estão presentes a conduta, resultado e nexos de causalidade, ou seja, tem-se constituído crime de fato.

O aborto necessário conforme explica Bitencourt remetido por Tasse é:

(...) aborto necessário compreende-se aquele que é cometido quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. O aborto necessário também é nominado como terapêutico e “se constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante”. (TASSE *apud* BITENCOURT, 2004, pg. 34)

O aborto eugenésico e antecipação terapêutica do parto são dois institutos diferentes, vez que o objetivo é totalmente distinto, onde o primeiro busca selecionar indivíduos e o segundo é aplicado nos casos emergenciais (estado de necessidade).

Tasse que o classifica como ético e descreve que:

(...) aquele praticado quando a gravidez resulta de estupro. Fundamental que haja consentimento da gestante para sua realização, dispensável no aborto terapêutico, eis que neste pode se encontrar a parturiente em estado que não tenha como colher sua manifestação de vontade, ante o próprio quadro clínico em que se encontra. (TASSE, 2004, pg. 34).

Já o segundo inciso do artigo 128 do Código Penal, se refere a saúde mental da gestante, que também viola princípios constitucionais, vez que novamente não trata com igualdade a gestante e o nascituro, porém por estar inserida no diploma penal como exceção é que está sendo comentada, não quer dizer que acordada, todavia não é o tema a ser tratado no presente artigo. Ressalta-se que a execução deste tem que atender dois requisitos “que seja realizado por médico; que haja consentimento da gestante ou pelo menos de seu representante legal se for incapaz.” (LEITE, 2008)

Segue a parte da decisão do Ministro Marco Aurélio referente ao pedido de autorização para a prática de aborto eugenésico em sede de liminar:

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA

RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro. 2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal. 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

(...) Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria argüição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

(...) Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de

fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. Brasília, 1º de julho de 2004, às 13 horas. Ministro MARCO AURÉLIO Relato. Grifo nosso. (AURÉLIO, 2004)

Restou claro que o aborto eugênico é uma forma absurda de crime contra a vida, preenchendo todos os quesitos qualificadores do ato ilícito tipificado no artigo 124 do Código Penal que deve ser punido e não tutelado judicialmente.

“É "de esquerda" ser a favor do aborto e contra a pena de morte, enquanto direitistas defendem o direito do feto à vida, porque é sagrada, e o direito do Estado de matá-lo se ele der errado.” Luis Fernando Veríssimo

7.2 - Abertura de precedentes

Os argumentos que fundamentaram as decisões favoráveis a concessão de aborto eugênico, além de analisados de forma equivocada, poderão servir de precedentes até a uma seleção racial. O simples fato de uma má formação congênita não coloca em risco a vida da gestante, mesmo em se tratando de saúde psicológica como já foi abordado.

O princípio da dignidade da pessoa humana é subjetivo apesar de fundamental, o conceito de moral e digno é divergente ao ser humano, não há como pontuá-lo, este é de acordo com a realidade do indivíduo e o meio que vive.

Conforme o dicionário da língua portuguesa, eugenia é o “estudo que visa ao aprimoramento das características da raça humana, especialmente pela seleção dos indivíduos.” (XIMENES, 2001, 381).

Conclui-se que, o maior problema são os precedentes abertos para interrupção das gestações nos casos de fetos portadores de Síndrome de Down ou até com deficiências insignificantes. Lembrando que nesses casos, a mulher também goza de autonomia de decisão sobre seu corpo e deve ter sua dignidade preservada.



“A vida de um feto na barriga da mãe, é o maior laço da concepção do mundo natural, atrofiar a sua expulsão com legalidade, é convalidar outras espécies de crimes.” Erasmo Shallkyyton

8- CONCLUSÃO

A sociedade na qual vivemos, reconhece como sujeito de direitos aqueles que possuem personalidade jurídica. De fato existem três teorias usadas como base para debates no que tange ao início desta, todavia em um olhar maduro é abalizado nos preceitos fundamentais, a teoria concepcionista é a que se destaca.

Porque ao nascituro é conferida personalidade jurídica e deve ter seus direitos e garantias fundamentais afiançados pelo Estado, sendo sua maior necessidade a proteção de sua vida, vez que todos seus demais direitos dependem da tutela deste.

Percebe-se que o Estado tem o dever de garantir e proporcionar meios ao nascimento dos nascituros, e isto independe se deficientes ou não, pois a Constituição Federal impõe a este a obrigação de zelar pela vida viabilizando meios para a manutenção desta. Aplicando os princípios da igualdade, legalidade e ainda o da dignidade da pessoa humana.

Observa-se ainda, que o estado de gestante não concede a esta maior status, tornando-a mais importante, onde seus direitos e garantias constitucionais são de uma aplicabilidade maior do que os do nascituro. O direito da mulher se refere somente a si, não oportuniza a esta decidir sobre outro ser, ainda que seja seu filho.

Nesta ótica o judiciário vem agindo arbitrariamente exercendo função que não lhe foi conferida desta forma não compete, violando direitos e garantias fundamentais.

Conclui-se que o aborto eugênico é um crime praticado contra a vida e passível de punição, por não está inserido no rol taxativo do artigo 128 do Código Penal. Não há que se falar em atipicidade, vez que todos os quesitos para a construção do crime estão presentes.

O aborto eugênico não é a solução para os casos de anomalias, por acarretar uma série de problemas aos familiares e a própria gestante. Como já comentado a incidência de transtornos psicológicos é absurda e assustadora. Ressalta-se ainda a problemática de abertura de precedentes para deficiências insignificantes. A ciência permite fazer uso dos avanços tecnológicos e dos conhecimentos da medicina para o bem e não para o mal.

”O mundo que Deus nos deu é mais do que suficiente, segundo os cientistas e pesquisadores, para todos; existe riqueza mais que de sobra para todos. É só uma questão de reparti-la bem, sem egoísmo. O aborto pode ser combatido mediante a adoção. Quem não quiser as crianças que vão nascer, que as dê a mim. Não rejeitarei uma só delas. Encontrarei uns pais para elas. Ninguém tem o direito de matar um ser humano que vai nascer: nem o pai, nem a mãe, nem o estado, nem o médico. Ninguém. Nunca, jamais, em nenhum caso. Se todo o dinheiro que se gasta para matar fosse gasto em fazer que as pessoas vivessem, todos os seres humanos vivos e os que vêm ao mundo viveriam muito bem e muito felizes. Um país que permite o aborto é um país muito pobre, porque tem medo de uma criança, e o medo é sempre uma grande pobreza.”
(Madre Teresa de Calcutá)

9- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABORTO, aborto- Abortar? Porque? -2009. Disponível em <http://www.asaudeeoaborto.blogspot.com/> Acessado 27/10/2012.

ALFRADIQUE, Eliane. Natureza jurídica do embrião -vida - dignidade e proteção - vida e valor absoluto. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 57, 30/09/2008 [Internet]. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5151. Acesso em 23/11/2011

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, João Evangelista; BRANDÃO, Dernival; COSTA, Carlos Tortilly Rodrigues; BRAGANÇA, Waldenir de, “Considerações em torno do problema da gravidez com intercorrência de enfermidade grave na gestante e o chamado abortamento terapêutico”, Revista da Associação Médica Brasileira, vol 22, n1, Janeiro de 1976, p.21-28.

ANAEL, Centro Gnóstico. O Aborto: Métodos e consequências, 2006. Disponível em <http://www.anael.org/portugues/aborto/index.htm>- Acessado 27/10/2011

AURÉLIO, Marco. Íntegra da liminar do Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2004. Disponível em http://www.ghente.org/doc_juridicos/liminar_anencefalia.htm - Acesso em 28/09/2011

BARROSO, Luiz Roberto; MARTINS, Ivens Granda da Silva; GOMES, Luiz Flávio; MELARÉ, Márcia regina Machado; HASSELMANN, Gustavo; AIDAR, Carlos Miguel Castex; PETERNELLI NETO, Roberto Sebatião; OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. Anencefalia nos Tribunais. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial, volume 2. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 380-391.

BISCAIA, Jorge – Problemas éticos do período perinatal. In NEVES, Mª do Céu Patrão, coord. – Comissões de ética. Das bases teóricas à actividade quotidiana, 2ª ed. Revista e aumentada. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 273-290.

BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. In: VADE MECUM. 3ª.ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Penal (1940). Código Civil. In: VADE MECUM. 3ª.ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Código Civil. In: VADE MECUM. 3ª.ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. Direito Penal: parte especial. – 5ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, V 2.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 11ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CHAVES Cristiano; ROSENVALD. Nelson. Direito Civil- Teoria Geral. 7º edição. Roja: Lumen juris. 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. V.1.

COIMBRA, Celso Galli. A inconstitucionalidade da tramitação de legislação legalizadora do aborto no Brasil, 2006. Disponível em <http://www.biodireito-medicina.com.br/website/internas/anencefalia.asp> Acessado em 12/10/2011.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3, 1998.

DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do Biodireito. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOCUMENTÁRIO. Quantos eu te amo poderia ter dito em 15 minutos. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=TDDSSVLlgQE&feature=gv> – Acessado em 20/09/2010

FAMILIA, Portal. Novo estudo alerta sobre riscos do aborto à saúde mental da mulher, 2011. Disponível em <http://www.portaldafamilia.org/scnews/news136.shtml> Acesso em 22/09/2011

FERREIRA, Pinto. Comentários a Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989.

FIUZA, César: Direito Civil: curso complemento. 8. Ed. Ver., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREITAS, Lúcio R. O. A personalidade jurídica do nascituro. DireitoNet (online). A personalidade jurídica do nascituro, 2001. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidade-juridica-do-nascituro> Acessado 11/10/2012

GALAVOTTI, Naira. Direitos de personalidade, 2007. Disponível em <http://dadospessoais.net/c-civil/direitos-de-personalidade-a-questao-do-nascituro/2007-03/>. Acesso em 12/10/2011 publicou em 9/03/2007

LEITE, Gisele. Aborto um crime polêmico, 2008. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5151. Acesso em 01/12/2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional. 2ª edição. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARTINS, Ivens Granda da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ivens Granda da Silva. A Questão do Aborto: Aspectos Jurídicos Fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos do Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código penal interpretado. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: parte especial. -20ª. Ed – São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. – 16ª. Ed – São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, comentários aos arts. 10. A 50. Da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 6ª ed., 2005 (Coleção Temas Jurídicos).

MOREIRA ALVES, José Carlos. Posse. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 237.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Descriminalização do Aborto, uma visão jurídica. Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano XIII, nº.293, p.28-31, mar. 2009.

PGE, tratado internacional. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966). Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/pacto.htm> Acesso em 17/10/2011

ROSENVALD, Nelson. Aula Nelson-módulo especial- Parte Geral do Direito Civil, 2005. Disponível em <http://bibliohop.tripod.com/aulanelson-moduloespecial.htm> Acesso 12/10/2011.

TASSE, Adel El. Aborto de Feto com Anencefalia: Ausência de Crime por Atipicidade. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, nº 27, p.29-40, 2004.

TESSARO, Anelise. O Debate sobre a descriminalização do aborto: aspectos penais e constitucionais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, nº 74, p. 34-82, 2008.

XIMENES, Sérgio. Dicionário da língua portuguesa. 3. ed. São Paulo: Ediouro, 2001.

<http://dadospessoais.net/c-civil/direitos-de-personalidade-a-questao-do-nascituro/2007-03/>
Acessado em 12/10/2011

<http://jus.com.br/revista/texto/5622/aborto-eugenico-alguns-aspectos-juridicos> Acessado em 12/10/2011

http://pensador.uol.com.br/frases_de_aborto acesso em 01/11/2012

<http://www.juriversia.com/.../principal.aspx?...%22NASCITURO...> – Colômbia /Acesso em 12/10/2011

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca;jsessionid=57DC00FD1F1C5B33EFBCCEBC42CE1F7A?q=MORTE+DO+PAI+DO+NASCITURO&s=jurisprudencia> acessado em 12/10/2011

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=4&txt_processo=377309&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=nascituro&expressao=&qualquer=&sem=&radical= Acessado 26/11/2011

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=79&ano=7&txt_processo=343179&complemento=1 cogitar em vida, na medida em que o seu contraponto, a morte, está configurado. Acessado 26/11/2011

http://www.webciencia.com/01_aborto.htm /Acessado em 28/12/2010

http://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_terap%C3%Aautico, Acessado em 18/10/2011

http://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento_de_Hip%C3%B3crates, Acessado em 18/10/2011

http://pt.wikipedia.org/wiki/Personalidade_jur%C3%ADdica - Acessado em 18/10/2011