

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO

ABORTO EUGÊNICO: ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICO-PENAIIS EM FACE DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL

PAULO HENRIQUE BURG CONTI

PORTO ALEGRE
2008

PAULO HENRIQUE BURG CONTI

ABORTO EUGÊNICO: ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICO-PENAIIS EM FACE DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Dissertação apresentada à banca examinadora do curso de Mestrado em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza.

PORTO ALEGRE
2008

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C762a Conti, Paulo Henrique Burg.
Aborto eugênico: aspectos éticos e jurídico-penais em face da Constituição Federal / Paulo Henrique Burg Conti. – Porto Alegre, 2008.
143 f.
Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUCRS.
Orientação: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza.
1. Aborto eugênico. 2. Bioética. 3. Direito Penal. 4. Constituição Federal.
I. Título.

CDD. 21ª ed. 341.55621

RESUMO

Este trabalho identifica-se com a linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, uma vez que objetiva caracterizar como violação de princípios e direitos fundamentais a prática eugênica em sua concepção discriminatória, bem como a criminalização do aborto, fixada pelo ordenamento jurídico-penal vigente, quando diagnosticado que o feto possua completa inviabilidade de vida extra-uterina. Assim, com o objetivo de constituir uma racionalidade ética que viabilize uma solução para o pernicioso conflito moral relativo à prática abortiva eugênica, vislumbra-se o estabelecimento de uma principiologia fundada na dignidade e na responsabilidade como nortes para tal finalidade. Em sentido análogo, tendo-se consciência da necessidade da existência de uma normatização jurídico-penal que regularize os casos de possibilidade e inviabilidade do aborto eugênico, busca-se a adoção do sistema de indicações, utilizando-se o instituto da excludente de ilicitude como meio apropriado para o seu alcance e efetivação.

Palavras-chave: Aborto. Eugenia. Bioética. Direitos Fundamentais. Direito Penal.

ABSTRACT

This paper is related to the research topic Contemporary Penal Law System since it aims to characterize the eugenic practice as violation of fundamental principles and rights due to its discriminatory variant, and the abortion criminalization, established by penal law system, when fetal-diagnosis denote the complete non-viability of the live newborn. Therefore in order to raise an ethical rationale that solves the implicit detrimental moral conflict of the practice of eugenic abortion is desirable to establish a principiology based on individual dignity and moral responsibility. Analogously the awareness of the necessity of a criminal law system to regulate the eugenic abortion leads this paper to try to establish criteria of illicitude eviction as an appropriate way to accomplish it.

Key-words: Abortion. Eugenics. Bioethics. Fundamental Rights. Penal Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O ABORTO EUGÊNICO FRENTE AOS AVANÇOS DA BIOTECNOLOGIA	
1.1. Aborto eugênico: conceito e características.....	14
1.2. Aborto em casos de anencefalia fetal	24
1.3. A prática abortiva quando diagnosticada anomalia genética	29
1.4. O aborto e a má formação fetal decorrente do abuso de drogas pela gestante	36
2. ABORTO EUGÊNICO: SOLUÇÃO ÉTICA?	
2.1. Os movimentos de eugenia: perspectiva histórica mundial e latino-americana	43
2.2. Eugenia e dignidade humana: existe compatibilidade?	51
2.3. A responsabilidade como princípio estrutural para um modelo racional de agir bioético.....	58
3. PROBLEMAS JURÍDICO-PENAIS DO ABORTO (EUGÊNICO)	
3.1. A titularidade de direitos do nascituro	69
3.2. Sistema de prazos ou sistema de indicações?	75
3.3. A exclusão de ilicitude como meio de resolução de conflitos.....	83
3.4. A exclusão da culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa	93
4. DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO: UM CAMINHO PARA A HARMONIZAÇÃO DE DIREITOS	
4.1. Bem jurídico penal: teorias e evolução conceitual	102
4.2. Entre a vida do nascituro e a liberdade procriativa da mulher	108
4.3. A proporcionalidade e a ponderação no conflito entre bens jurídicos.....	116
4.4. A paternidade responsável e o planejamento familiar como bases para a promoção da dignidade humana.....	125
CONCLUSÃO	131
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	136

INTRODUÇÃO

As profundas transformações geradas pelo desenvolvimento econômico e avanço tecnológico vêm alterando o *modus vivendi* das diferentes organizações sociais. A cultura contemporânea e o comportamento humano sofrem um processo de integração e ao mesmo tempo de indefinição quanto aos novos aspectos trazidos pela incidência desse fenômeno mutante.

Desde sempre, toda atividade pioneira, todo experimento científico e técnico foi obtido em razão de um sem número de danos corporais e materiais que não se encontravam descartados do âmbito da probabilidade de ocorrência. O surgimento de novas técnicas proveitosas no meio social, por exemplo, no campo da medicina, da produção industrial de mercadorias e na obtenção de energia, trazem consigo sérios perigos de danos a bens jurídicos de diversas classes, tais como a liberdade, a propriedade e, em especial a vida e a saúde.¹

Nesse contexto, inserem-se as inovações revolucionárias proferidas na área da biomedicina. Assim, como demonstrativo do formidável avanço desenvolvido em referida matéria, pode-se citar os trabalhos de engenharia genética, visando a aplicação de terapias de caráter gênico, bem como o aprimoramento dos métodos de reprodução assistida e o aperfeiçoamento das técnicas de diagnóstico pré-natal, possibilitando a descoberta, com considerável antecedência, da incidência de anomalias fetais.

¹ MAURACH, Reinhart. *Derecho penal – parte general*. 7ª edição. V. I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p. 188.

Todavia, conjuntamente com o aprimoramento de referidos mecanismos, são geradas dúvidas e questionamentos, de natureza ético-axiológica, quanto a possibilidade de exercício de certos procedimentos médicos, como o aborto eugênico. Tal fato gera angústia moral ao espírito, tanto do profissional que labora na área da saúde, como no corpo social.

Soma-se ao quadro fático exposto a não previsibilidade dos regramentos normativos em relação à matéria pertinente, o que contribui para a difusão da insegurança jurídica no meio social. Por isso, corroborando o pensamento de Aristóteles, citado por Villey², se a justiça exprime a moralidade e a conformidade da conduta de um indivíduo com a lei moral, parece ser uma necessidade que muitas dessas leis morais se tornem públicas, oficiais, deitadas por escrito, determinadas, aceitas de comum acordo, algumas acompanhadas de sanções. Assim, torna-se de inerente protesto a consolidação de uma compilação normativa que regule essa problemática existente.

No mesmo caminho, põe-se o dilema da regulamentação de tais metodologias biomédicas frente aos direitos humanos e aos princípios da dignidade e da responsabilidade, no presente mundo globalizado, uma vez que a atual conjuntura, além de mudar a nossa relação com o espaço e com o tempo, como afirma Bolzan de Moraes³, também muda nossa relação com a moral e com os valores.

Dessa maneira, apresenta-se a necessidade de adequação da nova realidade da biomedicina com o corpo que constitui o rol dos direitos humanos, assim como a convergência das inéditas situações fáticas da referida disciplina com os princípios e ditames que integram a carta constitucional pátria.

Nesse sentido, devido à atualidade da temática apresentada e a extrema dificuldade que a sociedade contemporânea vem demonstrando em

² VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 59.

³ BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Direitos humanos, Estado e globalização*. In RÚBIO, David Sánchez (org.); FLORES, Joaquín Herrera (org.); CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 125.

consolidar um posicionamento ético e jurídico para tais circunstâncias, a presente dissertação inspira o desenvolvimento de um estudo voltado para a tentativa de aglutinar coerentemente, uma perspectiva para tal controvérsia.

Com o referido intuito, partindo de uma estrutura consolidada em quatro capítulos, busca-se realizar, no capítulo inicial, uma análise do aborto eugênico. Dessa forma, é devidamente estudada a relação entre a prática abortiva, na atualidade, frente às inovadoras técnicas biotecnológicas. Além disso, ressaltam-se os elementos constituidores do tipo penal do aborto, conjuntamente com as características inerentes à medicina legal, finalizando o capítulo com a abordagem referente à incidência de anomalias fetais em espécie.

Seqüencialmente, reiterando o caráter transdisciplinar da temática, adentra-se na discussão axiológica e principiológica, no que diz respeito ao aborto eugênico. Assim, após ser exposto o panorama histórico dos movimentos de eugenia, tanto no plano mundial como no latino-americano, desenvolve-se uma análise sobre o princípio da dignidade humana e da responsabilidade, além dos bioéticos *stricto sensu*, no objetivo de constituir um modelo valorativo para o tema em apreço.

A seguir, no capítulo terceiro, relevam-se as questões eminentemente jurídicas relativas à prática abortiva de natureza eugênica. Nesse caminho, vislumbra-se a discussão sobre a titularidade de direitos do nascituro, bem como os mecanismos jurídicos apropriados para o efetivo regramento do aborto eugênico, quais sejam: a aplicabilidade de um sistema de prazos ou de indicações, a utilização dos institutos da excludente de ilicitude ou da excludente de culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa.

Por fim, em sua quarta etapa, a presente dissertação realiza uma aproximação entre o direito penal e a Constituição, no intuito de viabilizar a promoção dos direitos e garantias fundamentais que se encontram em tela na situação fática em questão. Por isso, busca, através da análise dos bens jurídicos em conflito, propor a utilização de instrumentos hermenêuticos e de políticas

públicas que auxiliem na real harmonização dos direitos em debate, tornando efetiva a dignidade humana.

CONCLUSÃO

Vivemos numa sociedade complexa, regida pela velocidade das relações sociais, dominada pela lógica do tempo curto. Nesse panorama, tudo entrou em fase de mudança acelerada e radical. Assiste-se ao advento de uma nova forma de sociedade que assume o significado de uma ruptura com um passado recente. Como consequência, emerge um choque antropológico brutal, devido, sobretudo, ao colapso anunciado dos instrumentos técnico-institucionais de segurança.

Presencia-se o desenvolvimento das ciências biológicas, em especial dos projetos de engenharia genética, bem como aperfeiçoam-se os métodos diagnósticos de medicina fetal. Em decorrência disso, abrem-se possibilidades reais de intervenção direta no ser por nascer. A temática do aborto retorna à discussão, incrementada, agora, pelo pensamento eugenista que difunde a idéia da busca pelo ser humano perfeito.

A prática do aborto eugênico torna-se realidade em inúmeros países, agasalhada ou não pela legislação vigente, tutelada ou não pelos Tribunais. Passa-se a questionar os fundamentos éticos e jurídicos que embasam a legitimidade para a realização da referida espécie abortiva, principalmente no que diz respeito aos direitos e bens jurídicos postos em conflito: a vida do nascituro e a liberdade procriativa da mulher.

No Brasil, tal discussão recebeu destaque a partir da incidência de requerimentos judiciais para a interrupção voluntária de gestações de fetos anencéfalos, questão inclusive que alcançou a esfera decisória do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a legislação infraconstitucional penal pátria ainda não possui dispositivo regulamentador da prática abortiva eugênica.

Nesse caminho, é salutar aprofundar o diálogo transdisciplinar no intuito de buscar alternativas resolutivas ao conflito ético-jurídico posto em destaque pelo aborto de natureza eugênica, de forma a salvaguardar ao máximo os interesses que se posicionam em dissonância.

Assim, deve-se frisar que o eugenismo na sua concepção discriminatória, tal qual preconizado nos séculos passados e intensificado de maneira desumana pelo nacional-socialismo alemão, não condiz com os parâmetros principiológicos e normativos consolidados pelas Cartas Constitucionais e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Além disso, o Estado Democrático contemporâneo consolidou o respeito pela diversidade como um de seus postulados básicos, devendo-se respeitar e efetivar a inclusão e participação social dos deficientes físicos e mentais, inclusive dos que se encontram por nascer. Por essa razão, acredita-se que a prática abortiva eugênica apenas poderá incidir nas situações em que o produto concebido apresenta completa inviabilidade de vida extra-uterina.

Tendo em vista que a inviolabilidade do direito à vida integra o rol dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, referindo-se tanto a vida humana independente como a vida humana em formação e que, de forma análoga, protege-se o direito a liberdade, sob o ângulo da autodeterminação da maternidade, torna-se necessário estabelecer um parâmetro, uma racionalidade ética e valorativa que atue como fundamento para as diretrizes porventura adotadas.

Nesse sentido, os princípios da dignidade e da responsabilidade configuram os postulados necessários para promover a garantia de tutela ao nascituro e à gestante. A dignidade da pessoa humana, caracterizado como princípio constitucional fundamental, cerne valorativo do ordenamento jurídico, deve ser entendida mediante a não utilização do ser humano como mero instrumento, não podendo esse ser objeto de nenhum tipo de discriminação, inclusive de origem genética ou de má-formação física e mental. As pessoas possuem o direito de não serem expostas a situações de indignidade, cabendo ao poder jurisdicional a manifestação interventiva para

solucionar os conflitos existentes. Já a responsabilidade estabelece um compromisso ético com as gerações futuras, ou seja, determina que as ações das pessoas não sejam destrutivas de modo a pôr em perigo as condições necessárias para a conservação da humanidade. Por isso, o ser humano, em virtude de sua liberdade lúcida, deve incorporar o sim a sua vontade e impor ao seu poder, o não ao não-ser.⁴

Entretanto, cabe ao ordenamento jurídico-penal incorporar tais ditames valorativos, regulando normativamente a situação fática da prática abortiva eugênica, fenômeno conseqüente do desenvolvimento da biotecnologia. Conforme Figueiredo Dias⁵, é admissível concluir que o advento da era da tecnologia genética não implica o abandono do modelo jurídico-penal tradicional, mas o seu aperfeiçoamento a novas realidades socialmente condicionadas da própria atividade médica.

Objetivando o citado aperfeiçoamento do modelo jurídico-penal, é primordial a consolidação de uma política criminal que procure viabilizar, efetivamente, a maximização da proteção aos bens da vida valorados pela sociedade. Entende-se, portanto, que para regular a prática do aborto eugênico, deve-se desenvolver o aprimoramento de uma política criminal de natureza extra-sistemática/legislativo-dogmática, ligada estritamente ao âmbito legislativo.⁶

Vislumbra-se, com essa finalidade, a manutenção do sistema de indicações como mecanismo apropriado para a regulação da prática abortiva, uma vez que a vida intra-uterina constitui um interesse

⁴ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade – Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora PUC - Rio, 2006. p. 152.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal da medicina?* In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 48. 2004. p. 71.

⁶ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinícius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31. O autor explica que baseando-se em considerações filosóficas, jurídicas, sociológicas e políticas, a política criminal legislativo-dogmática tem como objetivo constituir recomendações diretas ou propostas legislativas de *lege ferenda* para estabelecer metas racionais de criação do direito criminal no seu amplo sentido. Visa aprimorar a parte geral (teoria do delito) dos Códigos Penais, assim como construir novos tipos penais (ou suprimi-los e/ou substituí-los e/ou reformá-los) na parte especial dos Códigos Penais ou na legislação penal extravagante.

dominante em todo o processo de gravidez, um bem digno de proteção penal. Permanece como regra a criminalização do aborto e permite-se, em casos excepcionais, a sua realização, tendo em vista a ocorrência de algum fato excepcional que conceda maior relevância protetiva à liberdade e à dignidade da gestante. Acredita-se na necessidade de atuação do legislador em expandir as indicações concessivas a prática do aborto, excluindo a antijuridicidade em sua espécie eugênica, nos casos em que o nascituro possua inviabilidade total de vida extra-uterina, de forma a tutelar a dignidade da gestante, adequando o ordenamento jurídico às inovações biotecnológicas.

Assim, com a inserção da indicação eugênica (em sua perspectiva de inviabilidade de vida extra-uterina) no rol das excludentes de antijuridicidade, a conduta humana que, a princípio, se vincula a um tipo penal, torna-se lícita, não incidindo sobre o agente qualquer espécie de punibilidade e responsabilização penal pelo ato praticado. Promove-se, nesse aspecto, uma maior segurança jurídica, uma vez que a própria legislação estabelece taxativamente as indicações. Tal segurança não é visível quando da aplicação da excludente de culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa, pois o agente não possui um conhecimento prévio do enquadramento ou não de sua ação no âmbito da responsabilidade penal, restando dependente de um posicionamento jurisdicional sobre o ato realizado.

Não obstante o mencionado, pode-se afirmar que o constitucionalismo, atualmente, possui sua normatividade densificada por princípios e diretrizes dirigidas ao legislador, não mais se podendo conviver com uma concepção de Direito em que a vontade do legislador careça de limites. Emerge, nesse contexto, a utilização da proporcionalidade como alternativa hermenêutico-constitucional para a resolução de situações onde incida colisão de direitos fundamentais. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade pode representar um mecanismo importante para a efetiva harmonização e ponderação dos direitos fundamentais e bens jurídicos em colisão na temática do aborto eugênico.

Devido a isso, a proporcionalidade, princípio não-escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, representa um direito que protege a liberdade, ou seja, é uma garantia constitucional que relativiza os postulados do ordenamento jurídico, gerando uma dogmática fluida que possa conter os valores que fundamentam a ordem jurídica, mesmo que sejam heterogêneos, agrupando-os numa construção não rígida.

Por fim, ressalta-se a importância de que, aliado à construção de uma racionalidade ético-valorativa e de mecanismos jurídicos que possam regular a prática abortiva eugênica, o planejamento familiar e a paternidade responsável sejam alicerces de políticas públicas que visem a orientação e aconselhamento de todo cidadão. Assim, almeja-se que o exercício da função conjugal realize a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, promovendo o desenvolvimento das potencialidades de humanização, respeitando-se a integridade (em seus devidos limites) do nascituro e da gestante perante situações de prática abortiva de natureza eugênica.