



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**  
**HELOISA SOUZA ROCHA**

**DIREITO DE A GESTANTE INTERROMPER A GRAVIDEZ DE FETO  
ANENCÉFALO, DIANTE DE GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Tubarão

2009

**HELOISA SOUZA ROCHA**

**DIREITO DE A GESTANTE INTERROMPER A GRAVIDEZ DE FETO  
ANENCÉFALO, DIANTE DE GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Msc. Maria Nilta Ricken Tenfen

Tubarão

2009

**HELOISA SOUZA ROCHA**

**DIREITO DE A GESTANTE INTERROMPER A GRAVIDEZ DE FETO  
ANENCÉFALO, DIANTE DE GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 23 de junho de 2009.

---

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Maria Nilta Ricken Tenfen, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof<sup>ª</sup>. Sandra Nunes Ângelo de Mendonça, Espec.

Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof<sup>ª</sup>. Márcia Castro Holthausen

Universidade do Sul de Santa Catarina

Aos meus pais, Wanda e Emir (*in memoriam*),  
pelo exemplo de vida e dedicação. Devo-lhes  
admiração e amor eterno.

Aos meus filhos, Murilo, Gustavo e Isabela,  
provas de um amor incondicional.

Ao meu marido e companheiro, Gecy, pelo  
estímulo, amor e carinho constantes.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por me guiar e orientar.

À minha mãe, Wanda, pelo carinho e apoio durante toda a minha vida.

Ao meu marido, Gecy, e aos meus filhos, Murilo, Gustavo e Isabela, pelo respeito, carinho, amor e compreensão dispensados no decorrer desta trajetória.

Aos meus irmãos, Jeanne, Emir, Norberto, Cristina e Ricardo, pelo apoio e incentivo.

À minha secretária, Ana Lúcia, pela dedicação e carinho.

À professora e orientadora Maria Nilta, pela atenção e dedicação prestadas.

Aos meus colegas de faculdade, em especial a Jerusa e Lidiane, pela amizade, carinho e companheirismo conferidos no decorrer desses cinco anos e meio de jornada acadêmica.

A todos que, de uma forma ou de outra, colaboraram para a conclusão deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito de a gestante interromper a gestação de feto anencéfalo, sem que tal conduta implique a caracterização do crime de aborto. Para a realização desse estudo, fez-se necessário descrever a conceituação de feto anencéfalo e a sua impossibilidade de vida extra-uterina, expor a incompatibilidade da lei penal com os dias atuais e demonstrar como a obrigação de levar adiante uma gestação de feto anencéfalo configura clara violação aos princípios constitucionais. Metodologicamente, adota-se o sistema de pesquisa bibliográfica e o procedimento monográfico. Como conclusão, tem-se o entendimento da necessidade urgente na reformulação do ordenamento jurídico penal, para decidir com uniformização tal conduta, tendo em vista a lacuna existente. Entende-se, também, que o feto comprovadamente inviável não possui vida, não existindo, assim, bem jurídico a ser tutelado pelo Estado. Portanto, vê-se claro o direito de a gestante interromper a gravidez de feto anencéfalo, com base em princípios e garantias constitucionais como a liberdade, a saúde e, notadamente, a dignidade de pessoa humana.

Palavras-chave: Anencefalia. Aborto. Princípios constitucionais.

## **ABSTRACT**

The present work has as objective to analyze the right of the pregnant to interrupt the pregnancy of a fetus with anencephaly, without such behavior implies in the characterization of the abortion crime. For the realizations of the work, became necessary to describe the conceptualization of a fetus with anencephaly and its impossibility of extra-uterine life, to display the incompatibility of the criminal law with the current days and to demonstrate how the obligation to take ahead a pregnancy of a fetus with anencephaly configures a clear breaking to the constitutional principles. As methodology adopts the system of bibliographical research and the method of monographic procedure. As conclusion it brings the agreement of the urgent necessity in the reformularization of the criminal system, to decide with uniformity the behavior, in view of the existing gap. It is also understood that the fetus certainly unfeasible doesn't possess life, not existing, thus, juridical object to be tutored by the State. Therefore, is clear that the right of the pregnant to interrupt the pregnancy of a fetus with anencephaly on the basis of the principles and constitutional guarantees as the freedom, the health and mainly the dignity of the human being.

**Keywords:** Anencephaly. Abortion. Constitutional principles.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 ABORTO .....</b>	<b>11</b>
2.1 CONCEITO .....	11
2.2 A EVOLUÇÃO DO ABORTO NA HISTÓRIA .....	13
2.3 O ABORTO NO BRASIL .....	17
2.4 TIPOS DE ABORTO NO BRASIL.....	18
<b>2.4.1 Auto-aborto ou aborto consentido.....</b>	<b>19</b>
<b>2.4.2 Aborto provocado sem o consentimento da gestante .....</b>	<b>20</b>
<b>2.4.3 Aborto provocado com o consentimento da gestante.....</b>	<b>20</b>
<b>2.4.4 Aborto qualificado .....</b>	<b>21</b>
<b>2.4.5 Aborto legal.....</b>	<b>21</b>
<b>2.4.6 Aborto eugênico ou eugenésico .....</b>	<b>25</b>
<b>3 ANENCEFALIA .....</b>	<b>27</b>
3.1 CONCEITO .....	27
3.2 MORTE ENCEFÁLICA.....	30
3.3 CRIME.....	33
<b>3.3.1 Tipicidade .....</b>	<b>36</b>
<b>3.3.2 Antijuridicidade ou ilicitude .....</b>	<b>37</b>
<b>3.3.3 Culpabilidade .....</b>	<b>38</b>
3.4 RELEVÂNCIA SOCIAL.....	38
3.5 BEM JURÍDICO.....	39
<b>4 DIREITO DE A GESTANTE INTERROMPER A GRAVIDEZ DE FETO ANENCÈFALO, DIANTE DE GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>43</b>
4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....	43
4.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	44
4.3 LEGALIDADE, AUTONOMIA DA VONTADE E LIBERDADE.....	47
4.4 DIREITO À SAÚDE .....	49
4.5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEGISLAÇÃO PENAL VIGENTE.....	50
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>62</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O tema antecipação do parto de feto anencéfalo é amplamente controverso na seara jurídica brasileira e tem, em tempos recente, levantado discussões as mais acirradas, seja no âmbito jurídico, seja entre a população de modo em geral.

Com a evolução das ciências médicas, aprimoraram-se notadamente as técnicas de diagnóstico pré-natal, fazendo com que seja possível verificar com alto grau de precisão através de ultra-sonografia, malformações fetais incompatíveis com a vida, ainda no ventre materno, no caso em tela, a anencefalia.

No entanto, detectada uma malformação fetal sem perspectiva de vida, pela lei penal vigente, não é permitido interromper a gestação, sendo tal conduta caracterizada como crime de aborto. A norma legal menciona duas excludentes de ilicitude com relação ao aborto, quando oferece risco de vida para à gestante, ou quando é decorrente de estupro.

A lei que regulamenta o aborto data de 1940, ou seja, época em que os conhecimentos médicos eram muito precários, fazendo com que hoje se tenha uma inadequação entre os avanços da medicina e a lei penal. Atualmente, para que a gestante possa antecipar o parto de feto anencéfalo, depende-se de autorização judicial, pois inexistente norma específica para tratar tal conduta. Este fato faz com que as decisões sejam proferidas de forma diversa, causando conflitos entre o judiciário e a sociedade.

Desta forma, urge uma adequação da norma penal aos conhecimentos técnicos contemporâneos, permitindo que a questão da interrupção da gestação de feto anencéfalo seja uma decisão exclusiva da gestante, de prosseguir ou não com a gravidez.

Para este trabalho, quanto à metodologia, o método de procedimento empregado foi o monográfico, e o método de abordagem o dedutivo, partindo do estudo das formas de aborto previstas na legislação penal, chegando à análise dos elementos essenciais à problemática em estudo, ou seja, a antecipação do parto de feto anencéfalo.

Para a elaboração e confecção da monografia, foram efetuadas investigações fundamentalmente embasadas em conceitos doutrinários, legislações, jurisprudências, artigos de revistas especializadas, bem como revistas publicadas em meio eletrônico.

Assim, o presente trabalho apresenta como tema o direito de a gestante interromper a gravidez de feto anencéfalo, em respeito a garantias e princípios constitucionais. Diante de decisões antagônicas dentro do próprio judiciário, surgiu então o interesse pela

pesquisa com relação à liberdade da mulher em poder decidir se quer ou não prosseguir com uma gestação de feto com anencefalia.

Deste modo, o trabalho tem como objetivo descrever a conceituação de feto anencéfalo e a sua impossibilidade de vida extra-uterina, expor a incompatibilidade da lei penal com os dias atuais, demonstrar como a obrigação de levar adiante uma gestação de feto anencéfalo configura clara violação aos princípios constitucionais.

A presente pesquisa orientar-se-á pelo seguinte plano de desenvolvimento de assunto:

Em um capítulo inicial, discorrer-se-á sobre a definição de aborto, tanto no aspecto da ciência médica, quanto da ciência do direito, dividindo-se em: a evolução do aborto na história e os tipos de aborto no Brasil; o aborto legal, ou seja, as causas de excludente de ilicitude, e o aborto eugênico, como sendo uma expressão inadequada para designar a interrupção de gestação de feto anencéfalo.

No capítulo seguinte, dar-se-á a definição de anencefalia, expondo suas consequências e características, bem como se descreverá o conceito de morte encefálica, constatando-se os seus requisitos através de critérios médicos e aceitos pelo legislador. Também neste capítulo se falará sobre o crime: a tipicidade, ilicitude e a culpabilidade, tendo em vista verificar se a conduta praticada pela gestante pode ser considerada crime. Para tanto se discorrerá também sobre relevância social e o bem jurídico.

Num último capítulo, procurar-se-á explicar os direitos de a gestante interromper a gravidez de feto anencefálico. Para tanto, discorrer-se-á sobre as garantias e princípios constitucionais, como a liberdade, a saúde, a autonomia de vontade e a dignidade da pessoa humana. Por fim as considerações acerca da legislação penal vigente, e sua adequação às necessidades atuais.

## 2 ABORTO

Para a compreensão do presente estudo, faz-se necessário, em um primeiro momento, tecer breve comentário sobre o desenvolvimento embrionário humano. Trata-se, pois, de um processo contínuo que inicia quando um ovócito (ovo) é fertilizado por um espermatozóide, que transforma uma única célula, o zigoto (ovo fertilizado), em um ser humano.<sup>1</sup>

Todo esse processo passa pela fase embrionária, que é o início do seu desenvolvimento, onde as principais estruturas estão começando a se formar, período que vai até a oitava semana. Após esta fase, o ser humano em formação passa a ser denominado feto, que acontece da nona semana ao nascimento.<sup>2</sup>

O processo de gestação tem no período fetal seu último estágio de vida intra-uterina. A partir de então, pode-se configurar o surgimento de um ser.<sup>3</sup>

### 2.1 CONCEITO

Conceituar o aborto é fundamental para uma melhor compreensão deste estudo que se inicia a seguir.

A palavra aborto transmite a idéia de interrupção da gravidez com a morte do feto. No sentido etimológico, aborto advém de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento, ou seja, privação do nascimento.<sup>4</sup>

Para o Ministério da Saúde, "considera-se abortamento a interrupção da gravidez até 22 semanas ou, se a idade gestacional for desconhecida, com o produto da concepção pesando menos de 500 gramas ou medindo menos de 16 centímetros".<sup>5</sup>

A Organização Mundial da Saúde define o aborto como a interrupção da gestação com o concepto pesando menos de 500 gramas ou com idade gestacional inferior a 22

---

<sup>1</sup> MOORE, Keith L. **Embriologia básica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000. p. 2.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2. p. 119.

<sup>5</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

semanas completas (154 dias). Pode-se classificá-lo quanto à expulsão do ovo em induzido ou espontâneo.<sup>6</sup>

Moore conceitua o aborto como: “[...] uma interrupção prematura do desenvolvimento e refere-se ao nascimento de um embrião ou feto antes de se tornarem viáveis suficientemente amadurecidos para sobreviverem fora do útero”.<sup>7</sup>

No âmbito jurídico, segundo Jesus, aborto “é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)”.<sup>8</sup>

Bruno preleciona:

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto. Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou com a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo.<sup>9</sup>

No mesmo sentido, afirma Mirabete:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão (sic). Não deixará de haver, no caso, o aborto.<sup>10</sup>

No dizer de Hungria, aborto: “[...] é a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intra-uterina”.<sup>11</sup>

O Código Penal Brasileiro não contempla uma definição exata do termo aborto, limitando-se a definir o crime de aborto na forma neutra e vaga de “praticar aborto”, não fazendo distinção entre zigoto, embrião e feto, conforme dispõe o artigo 124 *in verbis*: “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”.<sup>12</sup>

Neste sentido, assevera Bitencourt:

O Direito Penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é

<sup>6</sup> CHAVES NETTO, Hermógenes; SÁ, Renato Augusto Moreira de. **Obstetrícia básica**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2007. p.183.

<sup>7</sup> MOORE, 2000, p.3.

<sup>8</sup> JESUS, 2007, p. 119.

<sup>9</sup> BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 160.

<sup>10</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual do direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2. p. 62.

<sup>11</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: arts. 121 a 136. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 5. p. 287.

<sup>12</sup> PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade mecum**. 3. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 560.

gerado. A destruição dessa vida até o início do parto configura o aborto, que pode ou não ser criminoso. Após iniciado o parto, a supressão da vida constitui homicídio, salvo se ocorrerem as especiais circunstâncias que caracterizam o infanticídio, que é uma figura privilegiada do homicídio.<sup>13</sup>

Sendo assim, sempre acontecerá o aborto, a partir do momento que o desenvolvimento intra-uterino for interrompido, ou melhor, sempre que ocorrer intencionalmente a morte do feto ou a sua expulsão violenta, seguida de morte.

## 2.2 A EVOLUÇÃO DO ABORTO NA HISTÓRIA

A questão do aborto vem sendo debatida ao longo dos tempos. No entanto, é sempre polêmica, atual, complexa e envolve aspectos da mais alta indagação, já que a discussão engloba campos distintos, tais como a ética, a medicina, o direito, a moral, a religião e os costumes.

Desde os povos da Antiguidade a prática de métodos abortivos já era difundida na maioria das culturas. As mais antigas anotações de que se têm notícias de práticas abortivas foram descobertas na China, no século XXVIII antes de Cristo.<sup>14</sup>

A prática do aborto era usual na Grécia antiga. Aristóteles preconizava o aborto para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência. Platão aconselhava o aborto para todas as mulheres que concebesssem depois dos quarenta anos.<sup>15</sup> Sócrates também admitia o aborto, sem outra justificativa que não a própria liberdade de opção pela interrupção da gravidez. No entanto, Hipócrates, o grande gênio da medicina, estudou todo o quadro clínico do aborto, estendendo ainda suas preocupações ao tratamento e aos métodos para induzi-lo.<sup>16</sup>

O aborto sempre foi praticado em todo o mundo, porém recriminado pela grande maioria das civilizações. Em determinadas épocas foi aceito com o pretexto de servir para controlar o crescimento da população. Essa situação, na época, preocupava diversos

---

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 4 v. p. 129.

<sup>14</sup> PACHECO, Eliana Descovi. O aborto e sua evolução histórica. Disponível em: <[www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764)>. Acesso em: 26 mar. 2009.

<sup>15</sup> HUNGRIA, 1981, p. 270.

<sup>16</sup> PACHECO, op. cit.

estudiosos que pretendiam proteger não somente o ser em formação, mas também a gestante e a própria sociedade em virtude do direito que lhe assiste de ter novos cidadãos.<sup>17</sup>

No início da civilização romana, o aborto não era considerado crime, já que o poder familiar, expressão que designava o pai como o chefe da família, tinha o poder absoluto sobre os filhos, inclusive daqueles que estavam por nascer. Caso a esposa abortasse sem a permissão do esposo, este poderia puni-la até mesmo com a morte.<sup>18</sup>

Em Roma, as XII Tábuas e as Leis da República não cuidavam do aborto, considerando-o produto da concepção como parte do corpo da gestante, e não como um ser autônomo. Deste modo, a mulher que abortava nada mais fazia do que dispor de seu próprio corpo.<sup>19</sup>

Sobre o assunto, ensina Prado: “Em Roma, nos primeiros tempos, não era sancionada a morte dada ao feto. O produto da concepção, longe de ser vislumbrado como titular do direito à vida, era tido como parte do corpo da gestante que, a seu turno, poderia dele livremente dispor”.<sup>20</sup>

Em um determinado período da República Romana, a prática do aborto era imoral, tendo em vista a grande utilização entre as mulheres, principalmente entre aquelas que se preocupavam com a aparência física, o que nessa fase histórica possuía uma grande importância no meio social. Sendo assim, houve um aumento assustador do número de abortos, fazendo com que os legisladores passassem a considerá-lo um ato criminoso.<sup>21</sup>

Necessitava também o Egito uma solução com relação ao aborto. Com o Código de Manu, aplicado também na Índia, a prática do aborto foi considerada um ato ilícito, sendo que o responsável seria submetido a penas corporais que poderiam levar à morte.<sup>22</sup>

Na Pérsia, caso uma jovem, por vergonha do mundo, destruísse seu gérmen, pai e mãe seriam culpados, ambos partilhariam do delito e punidos com morte infamante. Exceção à regra, que predominava somente castigos às mulheres que praticassem manobras abortivas, a fim de tirar a vida do nascituro, ou a quem a auxiliasse.<sup>23</sup>

O aborto praticado em mulheres que ainda não tivessem tido filhos era punido com a pena de morte pelos Assírios. Puniam também as mulheres que se submetessem a tais

---

<sup>17</sup> PACHECO, 2009, loc. cit.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> HUNGRIA, 1981, p. 270.

<sup>20</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 91

<sup>21</sup> PACHECO, op. cit.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ibid.

práticas sem o consentimento de seus esposos, o que se constituía na empalação.<sup>24</sup>

Na Bíblia, o livro do Êxodo, capítulo XXI, versículo 22 e 25, elenca punições a quem praticar ou for complacente com a prática de manobras abortivas.

Se alguns homens renhirem, e um deles ferir mulher grávida, e por causa de que aborte, mas ficando ela com vida, será obrigado a ressarcir o dano segundo o que pedir o marido da mulher, e os árbitros julgarem. Mas, se o desfecho desta situação for a morte dela, dará vida por vida. Olho por olho, dente por dente, pé por pé. Queimadura por queimadura, ferida por ferida, pisadura por pisadura.

Essas palavras, encontradas no texto da Bíblia, são reflexos estabelecidos no código de Hamurabi, considerado um dos mais antigos diplomas jurídicos. Este código já previa indenizações em caso de aborto provocado, cujo valor variava conforme as consequências geradas por ele. Sendo assim, existia um ponto de ligação entre as duas legislações, tanto na Bíblia como no código de Hamurabi. Na Antiguidade, a preocupação não era o aborto propriamente dito, mais sim o ressarcimento ou a compensação do dano por este causado.<sup>25</sup>

Com o surgimento do Cristianismo, a visão que existia até então a respeito do aborto foi rapidamente modificada, isso porque juntamente com o nascimento do cristianismo vieram à tona diversos pontos de vista com relação à conceituação do aborto, dentre elas a crença de que o homem possuía uma alma, e que esta era imortal. Além do mais, o homem, sendo criado à imagem e semelhança de Deus, não deveria ter o poder de vida e morte sobre os demais, atributo que caberia somente a Deus.<sup>26</sup>

O que se discutia, no entanto, era a questão de o feto possuir ou não alma dada por Deus. Havia duas correntes distintas: a primeira afirmava que o feto somente adquiria alma no momento em que se separasse completamente do corpo materno, isto é, após o parto, ou seja, no momento que respirasse, pois a alma entraria em seu corpo, no exato momento. A outra corrente afirmava que o nascituro recebia proteção divina desde o momento da concepção, sendo assim contrária às leis permissivas do aborto.<sup>27</sup>

No final da Idade Média, São Tomás de Aquino, baseado em conceitos biológicos da época, sustentou a tese de que a animação se dava para o homem em apenas quarenta dias

---

<sup>24</sup> PACHECO, 2009, loc. cit.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

após a concepção, e para a mulher em oitenta dias. Baseado nessa teoria, o aborto passou a ser permitido, nestas condições, visto que o feto não seria ainda um ser humano.<sup>28</sup>

Segundo Santo Agostinho, “o aborto só seria delito em se tratando de feto animado, o que ocorria quarenta ou oitenta dias após a concepção, conforme fosse o sexo masculino ou feminino”.<sup>29</sup>

O Direito Canônico, no entanto, era contra o aborto pela perda da alma do nascituro, que morria sem que fosse batizado.<sup>30</sup>

Até meados do século XIX, esta teoria predominou. A partir de então, começou a ser aceita a teoria do homúnculo, a qual pregava a existência do ser humano desde a sua concepção, proibindo-se terminantemente o aborto. Dentro deste contexto, quando a gestante corria risco de vida, dava-se preferência ao feto, pois se baseavam no argumento que a mãe já havia recebido o sacramento do batismo e poderia, assim, alcançar o Reino dos Céus.<sup>31</sup>

No início do século XX, aconteceram na Europa, principalmente França e Inglaterra, movimentos feministas pregando a anticoncepção e defendendo o direito da mulher ao aborto. No entanto, a partir da década de 20, nos países socialistas, houve maior flexibilidade na legislação. Na Rússia, com a Revolução de 1917, o aborto deixou de ser considerado crime, influenciando os demais países socialistas nos anos 50.<sup>32</sup>

Nos países ocidentais, as leis mais liberais datam das décadas de 60 e de 70, quando o aborto era uma questão política, popularizando as opiniões, com partidos conservadores e democratas cristãos se opondo nos parlamentos e partidos socialistas, social-democratas e comunistas, a favor. Tais manifestações foram significativas, tendo em vista que conseguiram mudar a legislação da Itália sobre o aborto, local onde se encontra o representante máximo da igreja católica. Essa luta política é consequência da evolução dos costumes sexuais do novo papel que as mulheres vieram adquirindo a partir dos anos 60 na sociedade. Desde então, passaram a ter uma participação mais ampla e a brigar por seus direitos, dentre eles o de controle sobre o próprio corpo.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> PACHECO, 2009, loc. cit.

<sup>29</sup> PRADO, 2002, p. 92.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid.



### 2.3 O ABORTO NO BRASIL

Durante longo tempo, a prática do aborto não era prevista como delito. O Direito, em face do aborto, era totalmente indiferente, pois considerava o feto parte integrante do organismo materno, deixando para a gestante decidir se prosseguiria ou não com a gravidez.<sup>34</sup>

O aborto foi contemplado, pela primeira vez, em legislação específica no Brasil, em 1830, com a promulgação do Código Criminal do Império.<sup>35</sup> O capítulo referente aos crimes contra a segurança da pessoa e da vida previa:

Art. 199 - Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas de prisão com trabalho por um a cinco annos. [...] Se este crime for commetido sem consentimento da mulher pejada. Penas-dobradas.<sup>36</sup>

Art. 200 - Fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Penas – de prisão com trabalhos por dous ou seis annos. [...] Se este crime fôr commetido por médico, boticario, cirurgião ou praticante de taes artes. Penas – dobradas.<sup>37</sup>

O Código da época não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante, somente punindo o realizado por terceiros, com ou sem o consentimento da gestante. Era também punido o fornecimento de meios abortivos, mesmo que não houvesse a consumação do aborto.<sup>38</sup>

Barros, em sua obra, assevera:

No Brasil, o Código Criminal de 1830 não punia o auto-aborto. Incriminava apenas o aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, cominando a pena de prisão com trabalho. Outrossim, definia como crime o fornecimento de meios abortivos, ainda que o aborto não ocorresse.<sup>39</sup>

O Código Penal de 1890 trouxe algumas modificações com relação ao aborto. Criminalizava o auto-aborto, no entanto, atenuava consideravelmente o crime, se este tivesse como finalidade ocultar a própria honra. Houve ainda a distinção entre o crime de aborto com ou sem a expulsão do feto, cominando àquele pena maior; caso ocorresse a morte da gestante, a pena era aumentada.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> PRADO, 2002, p. 91.

<sup>35</sup> BITENCOURT, 2007, p. 126..

<sup>36</sup> PRADO, loc. cit.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> BITENCOURT, loc. cit.

<sup>39</sup> BARROS. Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 61

<sup>40</sup> BITENCOURT, 2007, p. 127.

Neste sentido, leciona Barros: “Com o código de 1890 o auto-aborto passou também a ser punido, juntamente com o aborto provocado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante. Atenuava-se, porém, a pena do auto-aborto, se o crime fosse cometido para ocultar a desonra própria”.<sup>41</sup>

A atual legislação foi publicada em 1940. Seguiu, no entanto, os hábitos, a cultura e os costumes dominantes da década de 30. Não apresentou grandes modificações ao sistema anterior, destacando apenas duas hipóteses permissivas de aborto: na situação em que houver risco de vida para a gestante ou quando a gravidez for decorrente de estupro.<sup>42</sup>

Sendo assim, a atual legislação penal deve observar e acompanhar os movimentos e os anseios da sociedade na sua totalidade, sob pena de não ser eficaz e levar o sistema ao descrédito.

## 2.4 TIPOS DE ABORTO NO BRASIL

A prática abortiva é juridicamente disciplinada pelo Código Penal, norma que visa regular todos os aspectos legais do aborto.

O aborto pode ser natural, criminoso ou provocado, legal ou permitido. O aborto natural não constitui crime, visto que há a interrupção espontânea da gravidez, seja por má formação do ovo ou por acidente, sem intervenção de qualquer natureza. No entanto, quando resulta de interferência intencional da gestante ou de qualquer outra pessoa, com emprego de técnicas abortivas, é denominado aborto criminoso ou provocado.<sup>43</sup>

Segundo Paula, existem várias formas e/ou técnicas de induzir um aborto:

Aborto Medicamentoso: consiste na utilização de drogas uterotônicas (que provocam a contração uterina) e a conseqüente expulsão do conteúdo no útero contido.

Aborto por Sucção: o interventor introduz uma cânula (tubo) de plástico no útero. Este tubo é conectado a um aspirador com poder de aspiração vinte e nove vezes maior do que um aspirador de pó caseiro. O embrião ou feto é dilacerado e aspirado.

Aborto por Sonda e outros Objetos Pontiagudos: comumente praticado por “aborteiras”, consiste na introdução de uma sonda, ou qualquer outro objeto pontiagudo no útero, provocando dilatação cervical (do colo uterino), contração uterina e a conseqüente expulsão do conteúdo do útero contido.

---

<sup>41</sup> BARROS, 1997, p. 61

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> PAULA, Wilson Kraemer de. **Aborto: tradições e contradições**. Florianópolis: Papa-Livro, 1996. p. 53.

Aborto por Curetagem: o interventor introduz uma cureta (instrumento metálico) no útero e faz uma “raspagem” do mesmo, extraindo partes do embrião ou feto, até o esvaziamento total do útero.

Abortamento por Envenenamento Salino: o interventor insere uma agulha dentro do abdômen da mãe, perfurando a bolsa d’água e injetando uma solução salina hipertônica. O feto, que já respira e engole líquido a partir da 11ª semana, fica envenenado.

Aborto por Cesariana: feito, geralmente entre a 8ª e 24ª semana de gestação, consiste na extração do feto, através de uma incisão (corte) no útero, feita via abdominal. Como normalmente o feto é imaturo, portanto inviável, ele não recebe a devida assistência e morre.<sup>44</sup>

O Código Penal somente permite duas formas de aborto legal. Uma dessas formas é o denominado aborto necessário ou terapêutico, hipótese em que, quando for praticado por médico, não é punido, desde que não haja outro meio de salvar a vida da gestante. A outra forma é o chamado aborto sentimental ou humanitário, que não é punido quando a gravidez resulta de estupro.<sup>45</sup>

Vale ressaltar que o crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo, bem como a morte dele deve ser resultado direto das manobras abortivas.<sup>46</sup>

Como forma de garantir a vida do feto, a Lei Penal elenca as seguintes formas como passíveis de aplicabilidade de pena, tendo em vista que o aborto não é permitido no Brasil.<sup>47</sup>

#### **2.4.1 Auto-aborto ou aborto consentido**

O Código Penal, em seu artigo 124,<sup>48</sup> tipifica duas condutas, sendo que na primeira a gestante interrompe a gravidez, provocando a morte do feto. Na segunda, consente que terceiros provoquem o aborto. Neste caso, o aborto é provocado pela própria gestante, sendo considerado crime próprio, porque só ela pode ser sujeito ativo. O aborto consentido não admite co-autoria entre terceiros e a gestante. Sendo assim, a segunda parte do artigo

---

<sup>44</sup> PAULA, 1996, p.53-54.

<sup>45</sup> BITENCOURT, 2007, p.136.

<sup>46</sup> PRADO, 2002, p. 96.

<sup>47</sup> BITENCOURT, loc. cit, p.129.

<sup>48</sup> VADE MECUM p. 560

citado encerra dois crimes: um para a gestante que consente (art. 124), outro para o sujeito que provoca o aborto (art. 126).<sup>49</sup>

### **2.4.2 Aborto provocado sem o consentimento da gestante**

No Código Penal, no artigo 125<sup>50</sup>, é a modalidade de aborto que acontece quando a interrupção da gestação ocorre contra a vontade da gestante, no caso também vítima do crime. A não concordância da gestante pode ser real, quando há emprego de violência, fraude ou grave ameaça, ou ainda presumida quando a grávida for menor de quatorze anos de idade, alienada ou débil mental.<sup>51</sup>

### **2.4.3 Aborto provocado com o consentimento da gestante**

Aduz o art.126<sup>52</sup> do Código Penal:

Art. 126 Provocar aborto com o consentimento da gestante:

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

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.<sup>53</sup>

Afirma este artigo acerca do aborto provocado por um terceiro, mas com o consentimento da gestante. Neste caso, cada um responderá por um crime distinto: a gestante responderá pelo artigo 124 do Código Penal; e o terceiro, que praticou a conduta típica, responderá pelo artigo 126.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> MIRABETE, 2006, p. 65.

<sup>50</sup> PINTO; WINDT; CÉSPEDES, 2007, p. 560.

<sup>51</sup> PRADO, 2002, p. 103.

<sup>52</sup> PINTO; WINDT; CÉSPEDES, op. cit., p. 560

<sup>53</sup> BITENCOURT, 2007, p. 126.

<sup>54</sup> PRADO, op. cit., p. 103.

#### 2.4.4 Aborto qualificado

O Código Penal estabelece no artigo 127<sup>55</sup> as formas qualificadoras para os crimes descritos nos artigos 125 e 126, que serão aplicadas da seguinte forma: aumentadas de um terço, se, em consequência do meio empregado para o aborto, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave, e duplicada, se a gestante falecer. No caso do artigo 124, as referidas causas de aumento citadas não serão aplicadas, tendo em vista a legislação não punir a auto-lesão.<sup>56</sup>

Cabe ressaltar que, nos casos acima citados, deve-se considerar que o produto da concepção obtenha vida, caso contrário não se poderia falar em crime de aborto.

Acerca dessa discussão, assevera Mirabete: “Já se decidiu que não importa ter havido prática tipicamente abortiva se o laudo pericial concluiu que a gravidez não era viável por se tratar de uma concepção frustrada que gerou embrião degenerado, inapto para produzir uma nova vida”.<sup>57</sup>

#### 2.4.5 Aborto legal

O aborto legal é previsto pelo artigo 128 do Código Penal, que assim dispõe:

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.”<sup>58</sup>

Verifica-se que o Código Penal exclui a ilicitude de duas espécies de aborto: um, por estado de necessidade; o outro, por razões sentimentais.<sup>59</sup>

No inciso I, tem-se o caso do aborto necessário ou terapêutico. Para que ocorra tal modalidade, importa que a gestante esteja correndo risco de vida e que não exista outra maneira de salvá-la, a não ser a prática do aborto.

A esse respeito afirma Prado:

---

<sup>55</sup> PINTO; WINDT; CÉSPEDES, 2007, p. 560

<sup>56</sup> PRADO, 2002, p. 103-104.

<sup>57</sup> MIRABETE, 2001, p. 94.

<sup>58</sup> BITENCOURT, 2004, p. 429.

<sup>59</sup> MIRABETE, op. cit., p. 68.

O aborto necessário (ou terapêutico) consiste na intervenção cirúrgica realizada com o propósito de salvar a vida da gestante. Baseia-se no estado de necessidade, excludente da ilicitude da conduta, quando não houver outro meio apto a afastar o risco de vida.<sup>60</sup>

Vale ressaltar que a prática do aborto deve ser realizada por médico e, tendo em vista esta conduta afastar de perigo atual ou iminente a vida da gestante, não necessita aquele do consentimento desta.<sup>61</sup>

No dizer de Noronha, “é ao médico que cabe a enorme responsabilidade de dizer se deve ou não sacrificar a *spes personae*. A ele incumbe pronunciar-se acerca da necessidade e do momento da intervenção.<sup>62</sup> Portanto, a intervenção pode ocorrer ainda que a gestante ou o seu representante legal se oponham ao aborto.

Bitencourt assim se posiciona:

A intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto nos arts. 128 I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, parágrafo 3º (intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida). Ademais, tomando as cautelas devidas, agirá no estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, 1º parte), pois, na condição de garantidor, não pode deixar parecer a vida da gestante.<sup>63</sup>

Se o aborto for praticado por outra pessoa que não seja legalmente habilitada, a exclusão da ilicitude também ocorre, justificando-se no estado de necessidade (arts. 23 e 24 do CP)<sup>64</sup>, sendo necessária, obviamente, a existência de perigo atual para a vida da gestante.<sup>65</sup>

De acordo com Mirabete: “Caso o aborto seja praticado por pessoa não habilitada legalmente (a lei refere-se apenas ao médico), poder-se-á alegar estado de necessidade, nos termos do art. 24, se tratar da existência de perigo atual para a vida da mulher”.<sup>66</sup>

Verifica-se que o legislador penal, no inciso I do artigo 128, não pune a prática de aborto somente quando a gestante corre risco de vida. No caso de lesão, mesmo que seja grave, quem o fizer responderá pelo que prevê o artigo 125 do Código Penal, ou seja, aborto praticado por terceiro.<sup>67</sup>

---

<sup>60</sup> PRADO, 2002, p. 106.

<sup>61</sup> MIRABETE, 2006, p. 68.

<sup>62</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal:** dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. 28. ed. São Paulo; Saraiva, 1996. v. 2. p. 64.

<sup>63</sup> BITENCOURT, 2007, p.137.

<sup>64</sup> PINTO; WINDT; CÉSPEDES, 2007, p. 549.

<sup>65</sup> PRADO, 2002, p. 106.

MIRABETE, 2006, p. 69.

<sup>67</sup> PRADO, 2002, p. 106.

A outra hipótese que autoriza o aborto está no inciso II, denominado aborto sentimental, ético ou humanitário. Trata-se do aborto praticado no caso de gravidez resultante de estupro.<sup>68</sup>

Entende-se como estupro, nos dizeres de Pedroso, “a conjunção carnal obtida com mulher através do emprego de violência ou grave ameaça. E o coito vagínico violento”.<sup>69</sup>

Quanto a essa tipologia, leciona Bitencourt: “O aborto humanitário, também denominado ético ou sentimental, é autorizado quando a gravidez é consequência do crime de estupro e a gestante consente na sua realização”.<sup>70</sup>

No dizer de Campos, a justificativa para essa possibilidade de aborto seria a de que “a mulher não pode ser obrigada a cuidar de filho oriundo de coito vagínico violento e, portanto, jamais querido”.<sup>71</sup>

O aborto sentimental somente é permitido com o consentimento da gestante ou do seu representante legal, exigência esta indispensável para que a conduta do médico, neste caso, não seja considerada ilícita.<sup>72</sup>

Verifica-se que, diante dos abalos morais e psicológicos sofridos pela gestante em decorrência do estupro, não tem ela outra alternativa senão interromper a gestação. Eis uma conduta esta amparada pela lei, tendo em vista que obrigar a gestante a criar um filho indesejado seria violentá-la novamente.

Conforme Prado:

O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente as cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento.<sup>73</sup>

No mesmo sentido, deve-se conduzir o raciocínio a fim de permitir o emprego da analogia na hipótese de gravidez resultante de atentado violento ao pudor. A gravidez, neste caso, seria em decorrência da prática de um ato libidinoso, diverso da conjunção carnal. As mesmas motivações psicológicas que justificam a realização do aborto, no caso de estupro, também estão presentes na hipótese de atentado violento ao pudor.<sup>74</sup>

---

<sup>68</sup> MIRABETE, 2006, p. 69.

<sup>69</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação e suicídio, infanticídio e aborto:** crimes contra a vida. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 293.

<sup>70</sup> BITENCOURT, 2007, p.137.

<sup>71</sup> CAMPOS, Pedro Franco de. **Direito Penal aplicado.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

<sup>72</sup> PRADO, 2002, p. 107.

<sup>73</sup> Ibid., p. 107-108.

<sup>74</sup> MIRABETE, 2006, p. 70.

Assim preceitua Gonçalves:

O Código Penal só permite expressamente o aborto nos casos de estupro, mas é pacífico o entendimento de que pode ser aplicada a chamada analogia *in bonam partem*, uma vez que presentes os seus requisitos, ou seja, semelhança entre os crimes (ambos contra a liberdade sexual e cometidos com emprego de violência ou grave ameaça) e ocorrência de omissão involuntária do legislador, que esqueceu da possibilidade de a gravidez ocorrer sem a efetiva introdução do pênis na vagina.<sup>75</sup> (grifo do autor).

Dessa forma, o recurso à analogia *in bonnam partem* é perfeitamente admissível, podendo a gestante se submeter ao aborto.

Assevera Bitencourt:

Atualmente, doutrina e jurisprudência admitem, por analogia, o aborto sentimental quando a gravidez resulta de atentado violento, que é tão indigno e repugnante quanto o crime de estupro. Embora tecnicamente distintos, a semelhança de situações e de gravidade do resultado justifica essa orientação. Com efeito, em razão das situações em que esses horrendos crimes ocorrem, a da semelhança tanto nas conseqüências pessoais quanto nas morais, seria profundamente injusto punir o médico pelo crime de aborto ou simplesmente desautorizá-lo por puro prurido técnico-dogmático.<sup>76</sup>

Para que possa ocorrer o aborto sentimental, não há a necessidade de sentença condenatória contra o autor do estupro, nem mesmo autorização judicial. Deve o médico ter como prova elementos sérios a respeito da ocorrência do estupro, como boletim de ocorrência, declarações, atestados etc.<sup>77</sup>

Aduz Jesus sobre o tema:

O médico deve valer-se dos meios a sua disposição para a comprovação do estupro ou atentado violento ao pudor (inquérito policial, processo criminal, peças de informação etc.) Inexistindo esses meios, ele mesmo deve procurar certificar-se da ocorrência do delito sexual. Não é exigida autorização judicial pela norma não incriminadora.<sup>78</sup>

Cabe ressaltar que, “se o médico for induzido a erro inevitável por parte da gestante ou de terceiro sobre a ocorrência do estupro, que não se verificou, não responderá pelo crime de aborto”.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal:** dos crimes contra a pessoa. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.8. p. 58.

<sup>76</sup> BITENCOURT, 2007, p.138.

<sup>77</sup> PRADO, 2002, p. 108.

<sup>78</sup> JESUS, 2007, p. 129.

<sup>79</sup> MIRABETE, 2006, p. 69.



Fica claro que, para o médico realizar o aborto-cirúrgico, deve ele ter o consentimento da gestante ou representante legal, bem como a certeza da ocorrência do estupro.

#### 2.4.6 Aborto eugênico ou eugenésico

A palavra “eugenia” (ou qualquer outra expressão a ela relacionada) carrega um forte sentimento de reprovação moral, visto que remete inconscientemente às atrocidades nazistas, que buscava a melhoria da saúde humana visando à purificação da raça, durante a Segunda Guerra Mundial.<sup>80</sup>

Sobre o aborto eugenésico declara Noronha:

Ocorre esta espécie quando há sério e grave perigo para o filho, seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doença da mãe, durante a gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomadas, durante esse período, tudo podendo acarretar para aquele enfermidades psíquicas, corporais, deformidades etc.<sup>81</sup>

No entanto, verifica-se pela etimologia que a interrupção da gestação de feto portador de anomalia incompatível com a vida extra uterina nada tem a ver com o significado desta terminologia.<sup>82</sup> Segundo o dicionário Houaiss, a palavra “eugenia” quer dizer: “teoria que busca o aperfeiçoamento da espécie humana, pela seleção genética e controle da reprodução”.<sup>83</sup> Logo, associar a denominação aborto eugênico a aborto por malformação fetal inviável vem a ser um grande erro, uma vez que, em nenhum momento, se busca uma melhoria da saúde humana e tampouco impedir que fetos com algum tipo de deficiência ou malformação compatível com a vida sejam abortados.<sup>84</sup>

O que se pretende buscar com tal procedimento é evitar um sofrimento desnecessário para a gestante e para as pessoas envolvidas no problema, cuja solução não é imposta, e sim consiste numa escolha livre e consciente da gestante, tendo em vista a impossibilidade de vida extra-uterina do feto.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.44.

<sup>81</sup> NORONHA, 1996, p. 66.

<sup>82</sup> TESSARO, op. cit, p. 44.

<sup>83</sup> HOUAISS, Antônio. **Dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 320.

<sup>84</sup> TESSARO, op. cit., p. 48.

<sup>85</sup> Ibid., p. 48.

Na sequência, o estudo passa a estabelecer conceitos relativos às malformações fetais, em especial a anencefalia.

### 3 ANENCEFALIA

Para a melhor compreensão do conceito de anencefalia, apresenta-se uma diferenciação entre feto malformado e feto inviável, tendo em vista se tratar de situações essencialmente diversas.<sup>1</sup>

As malformações fetais, dependendo da gravidade, não provocam a morte do feto ao nascer, porém muitas vezes a sua qualidade de vida apresentará algumas limitações. Em alguns casos, tratamentos clínicos ou cirúrgicos podem diminuir ou até curar os efeitos desta malformação. A fenda labial é um exemplo de anomalia fetal compatível com a vida.<sup>2</sup>

No entanto, esta malformação pode ser tão grave que torna o feto inviável, ou seja, o prognóstico morte é certo e irreversível.<sup>3</sup>

Para Tassaró:

[...] evidente é a distinção entre feto malformado e inviável, pois, apesar das anomalias, é possível que o feto malformado se mantenha vivo. Ao passo que, nos fetos inviáveis, a anomalia é incompatível com a vida extra-uterina, a criança não viverá nem bem ou mal, vindo a falecer logo após o parto.<sup>4</sup>

Dentre as anomalias fetais incompatíveis com a vida, destaca-se a anencefalia, uma malformação não relacionada com eugenia, que, como já foi dito, visa ao aperfeiçoamento da raça humana.

#### 3.1 CONCEITO

A anencefalia é uma malformação fetal grave do encéfalo, resultante de uma falha no fechamento do tubo neural, que é responsável pela formação dos componentes do sistema nervoso central, quais sejam: cérebro e medula espinhal. Caracteriza-se pela ausência dos ossos do crânio, exceto pelo osso frontal, e inexistência dos hemisférios cerebrais, havendo apenas uma parcela do tronco encefálico. Ocorre durante a quarta semana do seu desenvolvimento. Os fatores causadores desta anomalia são de natureza genética, nutricional

---

<sup>1</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 24.

<sup>2</sup> Ibid., p. 24.

<sup>3</sup> Ibid., p. 25.

<sup>4</sup> Ibid., p. 26.

e/ou ambiental, ou ainda uma combinação dos três.<sup>5</sup>

Entende Cha e Zugaib:

Anencefalia consiste na falha de fechamento da porção mais cranial do tubo neural, não havendo a formação de ossos frontais, parietais e occipitais. O tecido neural exposto consiste de uma massa hemorrágica fibrótica e degenerada sem estruturação definida.<sup>6</sup>

Para Santos: "A anencefalia é um defeito congênito decorrente de mau fechamento do tubo neural, que ocorre entre o 23º e o 28º dia de gestação, durante a fase inicial da embriogênese, sendo causado por interações complexas entre fatores genéticos e ambientais".<sup>7</sup>

Quando constatado que o feto é portador de anencefalia, não existe controvérsias quanto à fatalidade numa proporção de 100% dos casos, tendo em vista não haver tratamento e nem reversão do quadro.<sup>8</sup>

Assevera Diniz:

O anencéfalo pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.<sup>9</sup>

O Conselho Regional de Medicina, através da Resolução 1.452 de 8 de setembro de 2004, conceitua o anencéfalo como natimorto cerebral, pois não possui os hemisférios cerebrais e, apesar de nascer respirando, possui poucas horas de vida, em decorrência de parada cardiorespiratória.<sup>10</sup>

Como afirma a Anis, "a anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais por um defeito do fechamento do tubo neural".<sup>11</sup> Esta anomalia é bastante frequente, ocorrendo pelo

<sup>5</sup> MOORE, Keith L. **Embriologia básica**. 6.ed. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 366.

<sup>6</sup> CHA, Sang; ZUGAIB, Marcelo. **Medicina fetal**. São Paulo: Atheneu, 1993. p. 128.

<sup>7</sup> SANTOS, Marília Andrade dos. A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 982, 10 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>.. Acesso em: 27 abr. 2009.

<sup>8</sup> LANGMAN, T. W. Sadler. **Embriologia médica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Koogan, 2001. p. 107.

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.281.

<sup>10</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1752/04**. Disponível em: <[http://www.portal.medico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752\\_2004.htm](http://www.portal.medico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2009.

<sup>11</sup> DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília: Anis, 2004. p. 85.

menos um em cada 1.000 nascimentos.<sup>12</sup>

Entendem Chaves Netto e Sá:

A anencefalia é a ausência completa ou parcial da calota craniana, meninges ou crânio, provocada por defeito no fechamento do tubo neural anterior, o qual deve ocorrer entre 20 e 28 dias após a concepção. O tecido neural fica exposto e ocasionalmente há rupturas secundárias da brida amniótica.<sup>13</sup>

Sabe-se que o tronco cerebral se localiza na parte posterior do encéfalo, está em contato com a medula espinhal e é responsável pelas funções básicas do corpo humano, ou seja, respiração, batimentos cardíacos e pressão arterial. O cérebro, no entanto, ocupa quase toda a cavidade craniana, sendo por isso confundido com o encéfalo. O cérebro divide-se em dois hemisférios, direito e esquerdo, que têm como funções básicas coordenar os movimentos, os sentidos, o raciocínio, as emoções e a aprendizagem.<sup>14</sup>

Cabe ressaltar que as funções que fazem do indivíduo um ser consciente, desenvolvem-se no córtex cerebral (localizado na parte externa do cérebro). Os fetos anencefálicos não possuem os hemisférios cerebrais bem como o córtex cerebral, sendo assim, incapazes de ter qualquer sensação.<sup>15</sup>

Neste sentido, afirma Penna que o feto portador de anencefalia não tem nem um segundo de consciência, é um feto morto, portanto, não irá sentir dor, ouvir, ver, enfim, não poderá experimentar sensações.<sup>16</sup>

Rezende explica, em sua obra, que a anencefalia é uma anomalia do sistema nervoso central que se caracteriza, de forma genérica, pela falta da abóbada craniana, massa encefálica reduzida a vestígios da substância cerebral. Uma vez ocorrido o parto de um feto anencéfalo, separado o corpo incompleto dessa criança de suas ligações ao organismo materno, ele expira em poucas horas, porque não possui estruturas completas de comando cerebral para os mínimos atos fisiológicos que se traduzam em vitalidade.<sup>17</sup>

Estudos científicos têm demonstrado que a falta de ácido fólico materno está associada com o aumento de casos de anencefalia. Evidências recentes indicam que o ácido fólico reduz a incidência em até 70% quando 400mg são ingeridos diariamente, começando

---

<sup>12</sup> MOORE, Keith L. **Embriologia básica**. 6.ed. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 367.

<sup>13</sup> CHAVES NETTO, Hermógenes; SÁ, Renato Augusto Moreira de. **Obstetrícia básica**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2007. p. 635.

<sup>14</sup> MAHON, Larissa de Alencar Samarcos. Aborto de fetos anencéfalos: Uma questão de proteção a dignidade da gestante. **Consulex: Revista jurídica**, ano XII, n. 277, p. 37, jul. 2008.

<sup>15</sup> Ibid, p. 37.

<sup>16</sup> PENNA, Maria Lúcia Fernandes. **Anencefalia e morte cerebral (neuroológica)**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v15n1/v15n1a06.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2009.

<sup>17</sup> REZENDE, 1974, p. 805-807.

dois meses antes da concepção e durante toda a gestação.<sup>18</sup> Desde 1992, o serviço de saúde pública dos Estados Unidos tem recomendado o consumo de ácido fólico para todas as mulheres na fase de reprodução, no sentido de prevenir a anomalia.<sup>19</sup>

Segundo Cheves Netto e Sá, o aspecto ultra-sonográfico da anencefalia é evidente, pois o desenvolvimento do crânio, que deve completar-se por volta da 10ª primeira semana, jamais ocorre. O tecido cerebral é gradualmente eliminado pelo contato com o líquido amniótico e desaparece totalmente na 17ª semana, restando somente as veias intracranianas.<sup>20</sup>

O diagnóstico da anencefalia é possível a partir da 12ª semana de gestação. Pode ser feito por meio de exame de ultrassonografia ou através da análise dos níveis de alfa-fetoproteína (proteína dominante no plasma fetal, que em gestações de anencéfalos é aumentada) no sangue da gestante, sendo absolutamente nula a possibilidade de erro neste caso.<sup>21</sup>

Diante de tais considerações, conclui-se que no caso de anencefalia, por se tratar de condição necessariamente letal, a interrupção da gravidez pode ser considerada legítima.<sup>22</sup>

Após a conceituação de feto portador de anencefalia e demonstrada a sua incapacidade de vida extra-uterina, passa-se à análise de morte encefálica, intimamente ligada ao caso de anencefalia.

### 3.2 MORTE ENCEFÁLICA

O Código Civil, em seu artigo 6º, primeira parte, preceitua que a pessoa natural deixa de existir, enquanto sujeito de direito, com a morte. Contudo, o Código Civil não conceitua o exato momento da morte.<sup>23</sup>

Cabe, portanto, aos operadores do Direito valerem-se do conceito das ciências médicas para melhor compreender o que vem a ser o evento morte.

Lisboa conceitua morte encefálica como sendo “a morte real ou autêntica com a

---

<sup>18</sup> LANGMAN, 2001, p. 276..

<sup>19</sup> Ibid., p. 130.

<sup>20</sup> CHAVES NETTO; SÁ, 2007, p. 635.

<sup>21</sup> CHA; ZUGAIB, 1993, p. 128-129.

<sup>22</sup> CHAVES NETTO; SÁ, op. cit., 635.

<sup>23</sup> QUEIROZ, Victor Santos. Reflexões acerca da equiparação da anencefalia à morte encefálica como justificativa para a interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7111>>. Acesso em: 5 de maio de 2009.

paralisação das atividades cerebrais, cardíacas e respiratórias em caráter definitivo, que faz com que o corpo (matéria) adquira estado de rigidez cadavérica”.<sup>24</sup>

A definição de morte como a cessação das atividades respiratórias, cardíacas e cerebrais está fundamentada na Resolução nº 1.480/1997 do Conselho Regional de Medicina. Esta Resolução afirma que “a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte”.<sup>25</sup>

Segundo o artigo 4º desta mesma Resolução, os critérios que definem a morte encefálica são: “coma aperceptivo com ausência da atividade motora supra-espinal e apnéia.”<sup>26</sup> O artigo 3º da Resolução determina que somente pode ser verificada “a morte encefálica quando for consequência de processo irreversível e de causa conhecida”.<sup>27</sup>

De acordo com o Conselho Federal de Medicina, a morte não representa um evento, mas um processo. O conceito de morte é uma convenção que considera um determinado ponto desse processo. Para que ocorra a morte encefálica, pressupõe-se nascimento com vida, que ocorre na separação do feto com vida do corpo da mãe, com subsequente respiração.<sup>28</sup>

A denominação morte encefálica surgiu para fins de transplantes *pos mortem* de órgãos e tecidos. Quando não havia transplantes, a morte se caracterizava pela parada cardiorespiratória. Com o advento dos transplantes, o diagnóstico clínico convencional tornou-se menos importante, passando-se, então, a adotar os critérios de morte encefálica. Contudo, isso não significa que não haja vida, mesmo que mínima. A morte encefálica atesta a total impossibilidade de perspectiva de vida.<sup>29</sup>

Importante esclarecer que, de acordo com o artigo 2º da Resolução nº 1.480/1997, a morte encefálica somente pode ser atestada por profissionais da área médica. Os dados clínicos e complementares deverão ser registrados em documento denominado Termo de Declaração de Morte Encefálica, a qual somente pode ser emitida após os devidos exames clínicos pertinentes.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 225.

<sup>25</sup> CREMESP: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao\\_impressao.php?id=3004](http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=3004)>. Acesso em: 5 maio 2009.

<sup>26</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>27</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>28</sup> QUEIROZ, 2009, loc. cit.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> CREMESP, 2009, loc. cit.

Nos fetos anencefálicos não se pode aplicar os critérios dos exames complementares de diagnósticos de morte encefálica, quais sejam a ausência de atividade elétrica cerebral, ou ausência de atividade metabólica cerebral, ou ausência de perfusão sanguínea cerebral, tendo em vista não apresentarem o neocórtex, anormalidade vascular cerebral e ausência da calota craniana. Somente restam os parâmetros clínico da morte encefálica (coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia), respeitando-se a idade mínima de sete dias (artigos 4º e 5º da Resolução). Sendo assim, de acordo com o Conselho Federal de Medicina, verifica-se total inadequação para morte encefálica, ou seja, o feto com anencefalia morre clinicamente durante a primeira semana de vida, sendo inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica.<sup>31</sup>

A morte neurológica é a perda definitiva e total da consciência, enquanto a presença do tronco cerebral é apenas um critério a ser usado nos casos de lesão encefálica em encéfalos antes perfeitos. O conceito de morte cerebral se aplica completamente à ausência de córtex dos anencéfalos, o que, sem dúvida permite sua retirada do útero materno.<sup>32</sup>

Cabe destacar que a morte encefálica não deve ser equiparada à anencefalia. A morte encefálica pressupõe um processo de paralisação de toda a atividade cerebral, incluindo, obviamente, o tronco cerebral. Já a anencefalia é uma anomalia fetal na qual o conceito possui o tronco cerebral e não possui o cérebro.

Percebe-se, no entanto, que o feto com anencefalia não demonstra nenhuma perspectiva de vida. Ausentes os hemisférios cerebrais e o córtex, a ciência médica não oferece recursos para a correção dessa anomalia. Sendo assim, por não possuir a parte vital do cérebro, é considerado desde o útero um feto morto cerebral.<sup>33</sup>

Destarte, após ter-se demonstrado o que seja a anencefalia, bem como o que seria a morte encefálica, urge estabelecer o conceito relativo ao crime, tendo em vista poder definir, no caso da malformação acima citada, qual o bem jurídico penal a ser tutelado.

---

<sup>31</sup> QUEIROZ, 2009, loc. cit.

<sup>32</sup> PENNA, 2009, loc. cit.

<sup>33</sup> MAHON, 2008, p. 37.



### 3.3 CRIME

O Código Penal vigente não contém uma definição de crime, somente afirma, em sua Lei de Introdução, que para o crime é reservada uma pena de detenção ou reclusão, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.<sup>34</sup>

A Lei de Introdução ao Código Penal somente trouxe um critério para que, analisando o tipo penal incriminador, se pudesse diferenciar crime e contravenção. Preleciona o artigo 1º da Lei *in verbis*:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.<sup>35</sup>

Diante da ausência de uma definição de crime pelo legislador, coube à doutrina suprir tal lacuna. O delito pode ser conceituado sob os aspectos formal, material, analítico e constitucional.

Sob o aspecto formal, crime é toda conduta que atente contra a lei penal ditada pelo Estado, ou seja, ocorre um crime sempre que um fato humano for contrário à lei.<sup>36</sup>

Nas palavras de Fragoso, “crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”.<sup>37</sup>

Neste mesmo sentido afirma Capez: “O conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo”.<sup>38</sup>

Contudo, percebe-se que o conceito formal não leva em conta a essência do crime, bem como não considera a lesividade material, ou seja, cometer uma conduta descrita em lei será considerado crime e, portanto, punível.<sup>39</sup>

O crime material, ao contrário do formal, busca estabelecer a essência do conceito crime, ou seja, o motivo para determinado fato ser considerado crime, e outro não.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 139.

<sup>35</sup> PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade mecum**. 3. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p.525

<sup>36</sup> GRECO, 2007, p. 140.

<sup>37</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 148.

<sup>38</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113.

<sup>39</sup> MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas. 2004. p. 91.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 91.

A respeito do assunto, Noronha preceitua que “crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”.<sup>41</sup>

De acordo com o conceito acima citado, o aspecto material do crime visa proteger um bem jurídico penal e, para tanto, é necessário valorar os bens ou interesses individuais ou coletivos, protegendo-se através da lei penal aqueles que mais são atingidos quando do não cumprimento desta. Tal proteção é efetuada através da aplicação da pena, passando esses bens a serem tutelados pela lei penal.<sup>42</sup>

Afirma Fragoso que “crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através da sanção penal”.<sup>43</sup>

Com relação ao aspecto material, o crime se apresenta como um ato de âmbito relevante e não desejado pela sociedade, ou seja, constitui a vontade do legislador de reprimir determinado fato que é contrário aos interesses da sociedade. O crime material tem a ver com relevância jurídica dos crimes cometidos.<sup>44</sup>

No conceito analítico, para que se possa falar em crime, é preciso que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável.<sup>45</sup>

O aspecto analítico busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do delito. Pretende, com essa decomposição dos elementos estruturais do crime, propiciar a mais clara e justa decisão sobre a infração penal e seu autor, sem que com isso vá se fragmentar o crime, pois é ele unitário e indivisível.<sup>46</sup> Sob o aspecto analítico, o crime é conceituado em duas teorias: a bipartida e tripartida.<sup>47</sup>

Na teoria bipartida, a culpabilidade não integra o conceito de crime, sendo assim, estando presentes os requisitos tipicidade e ilicitude, já se configura o crime.<sup>48</sup> Quanto à teoria tripartida, que tem mais aceitação nacional, verifica-se o crime quando forem configuradas a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Assim, a diferença entre as duas teorias está na existência ou não de culpabilidade para então caracterizar o crime.<sup>49</sup>

---

<sup>41</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 15. ed. São Paulo: 1978, p. 105.

<sup>42</sup> MIRABETE, 2004, p. 92.

<sup>43</sup> FRAGOSO, 1980, p. 149.

<sup>44</sup> GRECO, 2007, p. 141.

<sup>45</sup> Ibid., p. 142.

<sup>46</sup> CAPEZ, 2008. P.113.

<sup>47</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 299.

<sup>48</sup> CAPEZ, op. cit., p. 113.

<sup>49</sup> DOTTI, op. cit., p. 299.

Por fim, o conceito constitucional do delito, que vem sendo seguido por grande parte da doutrina moderna, a qual analisa o crime no âmbito constitucional, ou seja, com base fundamental do ordenamento jurídico.<sup>50</sup>

Segundo Gomes, a premissa básica da teoria constitucionalista do delito é a seguinte: “afetação concreta (não presumida), transcendental (ofensa a terceiros), grave (ofensa com significado jurídico relevante) e intolerável (insuportável) de um bem jurídico relevante (digno de proteção) é, portanto, condição *sine qua non do jus poenale do jus libertatis* (do Direito Penal centrado na sanção privativa da liberdade), ou seja, é sua *ratio essendi*”.<sup>51</sup>

Diante de uma visão doutrinária moderna, não há delito sem que haja uma afetação concreta a um bem jurídico significativo de terceiro.

Preceitua Gomes:

De acordo com nosso ponto de vista, a concepção de delito que encontra hoje maior ressonância constitucional e maior afinidade com o tipo de Estado democraticamente consagrado que adotamos é a que o considera como uma ofensa (intolerável) ao bem jurídico protegido pela norma penal. De todas, essa é a concepção de delito que reputamos mais adequada, mais garantista e mais equilibrada (a mais razoável, em suma).<sup>52</sup>

Desta maneira, tem-se o direito penal como um instrumento de tutela de um bem jurídico de grande relevância para as pessoas, justificando-se somente a intervenção do Estado quando esse mesmo bem jurídico se converter em um objeto de ofensa intolerável.

O delito, portanto, não pode ser uma mera violação do aspecto imperativo da norma, mas uma ação ou omissão penalmente relevante que cause uma ofensa (lesão ou perigo) ao bem jurídico. Assim, necessário se faz um resultado jurídico que realmente cause uma perturbação intolerável do bem tutelado. Revela-se como fundamental uma nova interpretação do fato típico, agora sob a ótica constitucional, sendo imprescindível indagar sobre o bem jurídico e sua necessária afetação.<sup>53</sup>

No pensamento de Gomes:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária recai sobre condutas ou

---

<sup>50</sup> GOMES, Luiz Flavio. Teoria constitucionalista do delito. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7931>> Acesso em 12 de maio de 2009.

<sup>51</sup> GOMES, 2009, loc. cit.

<sup>52</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: teoria constitucionalista do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3. p. 26.

<sup>53</sup> GOMES, op. cit.

ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade).<sup>54</sup>

Assim, dentro da visão constitucionalista, não haverá crime quando a conduta não oferecer perigo concreto, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico.

Por fim, diante do exposto, verifica-se que para caracterizar uma conduta como sendo criminosa, faz-se necessário estar presente a tipicidade, a ilicitude ou antijuridicidade e a culpabilidade, sendo que o bem jurídico atingido ou ameaçado deverá ter relevância para que possa merecer a tutela do Estado.<sup>55</sup>

### 3.3.1 Tipicidade

O fato típico é composto pela conduta do agente, que pode ser dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva, dirigida a uma finalidade; pelo resultado, que seria a modificação no mundo exterior, provocada pela conduta, bem como pelo nexo de causalidade, que seria o elo entre a conduta do agente e o resultado.<sup>56</sup>

Para que se caracterize a conduta como sendo crime, ressalte-se que esta se enquadre a um modelo abstrato previsto em lei, ou seja, o tipo.<sup>57</sup>

No dizer de Bittencourt, “tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal, [...] tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido”.<sup>58</sup>

A tipicidade é, pois, um dos elementos necessários para a caracterização do crime.<sup>59</sup>

No entendimento de Noronha, para a ação ser considerada crime:

É mister ser típica a ação, isto é, deve a atuação do sujeito ativo do delito ter tipicidade. Atuar tipicamente é agir de acordo com o tipo. Esta é a descrição da conduta humana feita pela lei e correspondente ao crime. Na sua integralidade compõe-se do núcleo designado por um verbo(matar, subtrair, seduzir, etc.).<sup>60</sup> ( grifo do autor).

<sup>54</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**: série as ciências criminais no século XXI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6. p. 89.

<sup>55</sup> BITENCOURT, 2007, p. 291.

<sup>56</sup> GRECO, 2007, p. 156.

<sup>57</sup> Ibid., p. 156.

<sup>58</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 258.

<sup>59</sup> Ibid., p. 258.

<sup>60</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa; dos crimes contra o patrimônio. 34. ed..São Paulo: Saraiva, 1999. p. 97.

Ainda a tipicidade, agora no dizer de Greco, “é a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador”.<sup>61</sup>

Desta forma, para que haja a tipicidade, faz-se necessário que o fato concreto reproduza sua definição, ajustando-se à imagem traçada pela lei.

### 3.3.2 Antijuridicidade ou ilicitude

Para que ocorra a existência do ilícito penal, considera-se que a conduta típica seja também antijurídica.<sup>62</sup>

Mirabette assim se manifesta: “A antijuridicidade é a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico”.<sup>63</sup>

Sendo assim, para que haja a antijuridicidade, é preciso que exista uma contrariedade entre a conduta do agente e o que está escrito na lei.

Desta forma, ocorre ilicitude quando o agente contraria a norma; caso contrário, por mais que esteja cometendo uma conduta anti-social, não poderá ser considerada ilícita, uma vez que não estaria ofendendo o ordenamento jurídico penal.<sup>64</sup>

No dizer de Pedroso, “a antijuridicidade estampa a contrariedade e a oposição do comportamento humano com os princípios e postulados da ordem jurídica. [...] Consiste, pois, a ilicitude no antagonismo ou conflitância do ato com o Direito”.<sup>65</sup>

Portanto, a antijuridicidade representa o fato que desarmoniza as relações sociais, dentro do ideal de vida em sociedade.

### 3.3.3 Culpabilidade

---

<sup>61</sup> GRECO, o, p. 156.

<sup>62</sup> MIRABETTE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 169.

<sup>63</sup> Ibid., p. 169.

<sup>64</sup> GRECO, 2007, p. 313.

Por fim, tem-se a culpabilidade, o terceiro elemento a caracterizar o crime.<sup>66</sup>

Com relação ao conceito de culpabilidade, entende Silva:

[...] possui o sentido de indicar, em acepção estrita, o estado da falta ou violação considerada como condição para a imputabilidade penal ou civil. Mostra, assim, a evidência da culpa argüida contra o agente, em virtude da violação por ele praticada. Em sentido mais amplo, significa a mera possibilidade de ser imputável ao agente a autoria de um delito, penal ou civil, pelo que lhe será sancionada a responsabilidade escrita na lei respectiva, que foi transgredida.<sup>67</sup>

No dizer de Greco, “a culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”.<sup>68</sup>

Assim, a culpabilidade é imputar ao agente a autoria de uma conduta ilícita, descrita na lei.

### 3.4 RELEVÂNCIA SOCIAL

Uma das finalidades do Direito Penal é garantir a convivência harmoniosa entre os indivíduos, tendo como objetivo a paz social. No entanto, muitas vezes, certas condutas voltadas para lesão de determinado bem jurídico não alcançam o seu propósito, tendo em vista o pouco potencial ofensivo. Neste caso, a violação do bem jurídico é tão insignificante que foge do âmbito de atuação do Direito Penal, por gerar atipicidade do fato como crime.<sup>69</sup>

Diante desse quadro, entende-se por relevância social os bens jurídicos que realmente merecem proteção por meio da via penal. Isso significa dizer que nem todas as condutas atentatórias ao bem jurídico poderão ser criminalizadas. Há, então, necessidade de se verificar a conduta que se está criminalizando, se a mesma é efetivamente danosa para a

---

<sup>65</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal: estrutura do crime**. 2. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1997. p. 299.

<sup>66</sup> BITTENCOURT, 2007, p. 291.

<sup>67</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 404.

<sup>68</sup> GRECO, 2007. p. 381.

<sup>69</sup> ALMEIDA, Bruno Rotta. A discussão sobre a tutela penal de valores supraindividuais. Ponderações a partir da teoria do bem jurídico-penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2135, 6 maio 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12753>>. Acesso em: 12 maio 2009.

sociedade.<sup>70</sup> Como exemplo, tem-se o Código Penal que criminaliza o aborto, porém, em seu artigo 128, inciso I e II, tal conduta não é punível, tendo em vista o risco de vida da gestante, bem como, no segundo inciso, o abalo sentimental.

Bianchini faz suas considerações:

Não é objeto de direito penal todos os fatos ilícitos, mas tão somente, aqueles que resistirem a uma complexa averiguação: a) que estejam envolvidos bens mais fundamentais; b) que a conduta criminalizada provoque considerável abalo social; c) que não se encontrem disponíveis outros meios menos onerosos para o indivíduo; d) que os meios selecionados sejam adequados e eficazes. O direito penal, assim, é chamado a participar em condições extraordinárias.<sup>71</sup>

Como se pode perceber, nem todas as condutas que geram ofensa a um bem jurídico podem ser criminalizadas, mas somente aquelas ações que efetivamente tiverem relevância para a sociedade.

De grande valia para o desenvolvimento deste trabalho, será discorrer sobre o bem jurídico penal, visando entender qual bem jurídico deve ser protegido, no caso de gestação de feto com anencefalia.

### 3.5 BEM JURÍDICO

O conceito de bem jurídico penal sofreu diversas variações históricas, tendo em vista cada época possuir valores jurídicos diferentes, fazendo com que o Estado viesse a punir somente o que em determinado período fosse lesivo à sociedade.<sup>72</sup>

Em épocas remotas, num contexto teológico, o ilícito penal era visto como uma ofensa grave contra Deus, um pecado – desobediência à vontade divina, portanto punível com a eliminação ou expulsão dos agressores da sociedade, sacrifício este para se desculpar com Deus.<sup>73</sup>

O Iluminismo trouxe uma visão diferente da sociedade, logo também da problemática penal. Tinha como objetivo propagar o uso da razão para dirigir o progresso da

---

<sup>70</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**: série as ciências criminais no século XXI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6. p. 58.

<sup>71</sup> BIANCHINI, 2002, p. 53.

<sup>72</sup> Ibid., p. 39.

<sup>73</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 27-28.

vida, sendo que o direito penal passou a ser entendido como um instrumento de controle social. Tinha uma ideia de secularização, queria desvincular o direito penal do poder religioso. O delito era tido como uma violação ao contrato social, e a pena era concebida somente como forma de prevenção.<sup>74</sup>

No dizer de Prado: “Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva”.<sup>75</sup>

Assim, havendo o crime, caberia ao Estado a legitimidade para punir o indivíduo, tendo em vista o restabelecimento do contrato social.<sup>76</sup>

Em um momento posterior, já no Positivismo, Birnbaum foi o primeiro autor que introduziu no Direito Penal o conceito de bem jurídico material como objeto de tutela penal. O que marcou a concepção de Birnbaum foram as novas referências da ilicitude penal, o novo sentido de danosidade social, não sendo mais a ofensa um direito subjetivo com fundamento da punição.<sup>77</sup> Assim, leciona Lopes citado por Pelerin: “Birnbaum deu um passo definitivo, objetivador e superador do individualismo anterior, compreendendo o conceito de bem jurídico como objeto da tutela penal”.<sup>78</sup>

O bem jurídico surge como um instrumento restaurador do Estado, que tem a possibilidade de incriminar toda a conduta que julgue perturbar a estabilidade social.<sup>79</sup>

Em decorrência da introdução do bem jurídico ao estudo do crime, surgem técnicas de ensino, dentre elas a de Binding, que parte da atmosfera legal para definir os bens jurídicos, ou seja, tem o bem jurídico como criação exclusiva do legislador, o que for importante para a ordem jurídica. Uma outra técnica que surge é a de Von Lizst, que define no campo social o critério orientador do legislador. Vê uma relação entre bem jurídico e sociedade, e para ele o interesse transformado em bem jurídico está na sociedade.<sup>80</sup>

---

<sup>74</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal:** normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5. p. 28.

<sup>75</sup> PRADO, 2003, p. 28.

<sup>76</sup> COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico penal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 31.

<sup>77</sup> GOMES, 2002, p.75.

<sup>78</sup> LOPES apud PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal:** um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 55.

<sup>79</sup> GOMES, op. cit., p.75.

<sup>80</sup> PELARIM, op. cit., p. 69.



Em tese, as duas teorias têm o mesmo objetivo, proteger os interesses do homem, pois, sendo a norma o meio pelo qual se julga ser um bem merecedor de tutela, tem no Estado o regulador da conduta dos indivíduos.<sup>81</sup>

Na segunda metade do século XX, a noção de bem jurídico foi modificada, agora não mais a essência do conceito de delito, e sim uma mera violação à norma. Segundo Gomes, “o núcleo do delito se afasta do conceito de bem jurídico e passa a ser constituído (a) pela violação de um dever, ou (b) pelo desvalor de uma intenção interior, ou (c) pelo rompimento da fidelidade do sujeito ou, ainda, (d) pela violação de um valor cultural”.<sup>82</sup>

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o conceito de bem jurídico foi novamente sendo inserido como visão não exclusivamente normativa. A partir dos anos 60 e 70, tem-se como base as teorias constitucionais, introduzido-se o bem jurídico na problemática penal.<sup>83</sup>

Grande parte da doutrina utiliza a Constituição Federal como referencial mais adequado para que a noção de bem jurídico venha cumprir a função de limitador do poder punitivo do Estado. A Constituição foca na pessoa e nos seus direitos fundamentais a base de toda realidade jurídico-política do Estado.<sup>84</sup>

De acordo com Prado, citado por Coelho, “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”.<sup>85</sup>

Esses juízos positivos de valor são norteados por princípios considerados fundamentais à manutenção do Estado, que são o princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana.<sup>86</sup>

No pensamento de Roxin: “[...] somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada”.<sup>87</sup> Portanto, “[...] o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas de bens jurídicos.”<sup>88</sup>

Desta maneira, entende-se que nem todos os bens jurídicos podem ser protegidos penalmente, mas somente os tidos como essenciais para uma vida comum em sociedade.

Corroborar Gomes sobre o assunto:

---

<sup>81</sup> GOMES, op. cit., p. 78.

<sup>82</sup> PRADO, 2003, p.38.

<sup>83</sup> PELARIM, 2002, p. 86.

<sup>84</sup> GOMES, 200., p. 86-87.

<sup>85</sup> PRADO, apud COELHO, 2003. p. 126.

<sup>86</sup> Ibid, p. 126.

<sup>87</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa (Portugal): Veja, 1998. p. 28.

<sup>88</sup> Ibid., p. 29.

Somente quando a conduta dotada de periculosidade (criadora de riscos) alcança o núcleo de garantia e proteção da norma, que expressa um bem ou interesse jurídico, é que se pode falar em um fato penalmente relevante (mesmo porque, sob o signo do Direito Penal da ofensividade, não há crime – ou não deve haver crime – sem uma concreta ofensa ao bem jurídico protegido – *nullum crimen sine iniuria*). (grifo do autor)

Diante do exposto, a lesividade ao bem jurídico é condição fundamental para a aplicação da pena à conduta do autor, visto que subsiste o crime quando o fato, apesar de se ajustar a determinado tipo penal, é inofensivo ao bem jurídico tutelado.<sup>89</sup> Assim, somente se justifica a intervenção do Estado, no caso o Direito Penal, quando uma concreta ofensa, ou seja, lesão a um bem jurídico for de relevante interesse para a sociedade.<sup>90</sup> Desta forma, não tendo vida o feto portador de anencefalia, pois lhe falta o cérebro, órgão fundamental para que possibilite uma vida extra-uterina, não justifica a intervenção do Estado, visto não haver bem jurídico a ser tutelado.

No próximo capítulo, buscar-se-á, para uma análise mais concreta, discorrer sobre os direitos violados da gestante que pretende interromper a gravidez de feto com anencefalia.

---

<sup>89</sup> COELHO, 2003, p. 122.

<sup>90</sup> GOMES, 2002, p. 15.

## 4 DIREITO DE A GESTANTE INTERROMPER A GRAVIDEZ DE FETO ANENCÈFALO, DIANTE DE GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Nos princípios constitucionais que serão analisados a seguir, estão contempladas as garantias asseguradas a todos os indivíduos. No caso em tela, tem-se a mulher, com seus direitos violados pelo Estado, frente a uma exigência na qual são tolhidos, dentre outros, a sua liberdade, autonomia da vontade, o direito à saúde, enfim, o desrespeito a sua dignidade como pessoa.

### 4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são considerados o ponto mais importante do sistema normativo, pois eles é que dão estrutura e força ao sistema jurídico. Tem uma relevante função, uma vez que orientam, iluminam e condicionam a interpretação das normas jurídicas em geral.<sup>1</sup>

Neste sentido, ensina Ataliba, citado por Nunes:

[...] Princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumores a serem seguidos por toda sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição.<sup>2</sup>

Assim, tem-se o princípio como um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua abrangência, ocupa posição superior nos horizontes do sistema jurídico, vinculando de modo inexorável o entendimento e a aplicação das normas que com ele se conectam.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002. p.36.

<sup>2</sup> ATALIBA apud Ibid., p.38.  
NUNES, 2002, p. 37.

## 4.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade humana é considerado, por grande parte dos doutrinadores, como sendo o mais importante princípio constitucional, visto ser ele quem dá a diretriz para a harmonização dos demais princípios.<sup>4</sup>

A respeito da dignidade humana, leciona Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todos as pessoas enquanto seres humanos.<sup>5</sup>

O princípio da dignidade revela-se um dos fundamentos mais importantes para sustentar a possibilidade da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo.<sup>6</sup> Este princípio está disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e estabelece:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;<sup>7</sup>

Com relação ao artigo acima, Teodoro pontua:

A dignidade humana é mais do que um simples direito positivado, antecedendo ao próprio Direito. E inerente ao ser humano, é a própria auto-aceitação do homem como um ser especial, privilegiado, é o reconhecimento de sua importância para si mesmo e para os seus, admitindo-se como o único fim de todas as suas buscas, lutas e conquistas.<sup>8</sup>

Tem-se como dignidade o respeito que se deve dar a todos os indivíduos, em relação à vida, às liberdades e à integridade física e psicológica<sup>9</sup>. Fica claro, então, que obrigar uma gestante levar a termo uma gravidez de feto anencéfalo sem possibilidade de sobrevivida,

---

<sup>4</sup> NUNES, 2002, p. 55.

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 48.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 85

<sup>7</sup> PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade mecum**. 3. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7

<sup>8</sup> TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto eugênico**: delito qualificado pelo preconceito e discriminação. Curitiba: Juruá, 2007. v 1. p.159.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 159.

pois inexistente o cérebro, viola indiscutivelmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao prosseguir com esse tipo de gestação, resultariam à gestante danos à sua integridade moral e psicológica, bem como riscos físicos, reconhecidos pela medicina.<sup>10</sup>

Para Silva, a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”<sup>11</sup> Assim, pressupõe-se uma vida digna, com educação, alimentação, saúde etc., pois só com esses direitos terá o homem condições de existência.<sup>12</sup>

Cabe destacar, no entanto, que na antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, ao se preservar a integridade e saúde da gestante, não se estaria tirando a vida do feto, mas sim antecipando um fato já consumado, privando desta forma sofrimento maior para a gestante.<sup>13</sup>

Neste sentido, assevera Sarlet:

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicado, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.<sup>14</sup>

Sabe-se que o diagnóstico de anomalia fetal incompatível com a vida causa à gestante um enorme sofrimento, um verdadeiro desequilíbrio emocional, visto que sabe ela ter em seu ventre um feto que padece de mal irreversível, e que a ciência médica não possui cura para ele, sendo inevitável o prognóstico morte.<sup>15</sup>

Diante disso, exigir que a gestação seja levada a termo é submetê-la a um tratamento desumano comparado a processo de tortura, contrariando frontalmente o disposto no artigo 5º, inciso III da Constituição Federal, que estabelece: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento degradante.<sup>16</sup>

Cabe esclarecer que, no caso em tela, o que se discute não é a interrupção de gestação de um feto malformado, o qual, mesmo possuindo determinadas limitações físicas,

---

<sup>10</sup> MAHON, Larissa de Alencar Samarcos. Aborto de fetos anencéfalos: Uma questão de proteção a dignidade da gestante. **Consulex: Revista jurídica**, ano XII, n. 277, p. 37, jul. 2008., p. 38.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da Silva. Curso de direito Constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 105.

<sup>12</sup> Ibid., p.105

<sup>13</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 75.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

<sup>15</sup> TESSARO, op. cit., p. 56.

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 148-149.

terá chance de sobrevivida. Trata-se, sim, de um procedimento terapêutico que diminua o sofrimento da gestante, comprovadamente atestada a impossibilidade de perspectiva de vida extra-uterina do filho.<sup>17</sup>

Convém salientar que o direito da gestante de antecipar o parto não significa obrigá-la a interromper sua gestação, negando-lhe o direito de prosseguir com a gravidez até o final, mas simplesmente garantir a ela a liberdade de decidir pela antecipação ou não do parto.

18

Nas considerações de Bitencourt, tem-se:

A gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será “condenada” a abrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocionalmente e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, regozijando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser “condenada” – além da perda irreparável – continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida.<sup>19</sup>

Assim, como já se pontuou, fica claro que, exigir da gestante que leve a termo uma gravidez de feto inviável, é submetê-la, bem como a sua família, a uma angústia, a um sofrimento permanente, que com certeza poderia ser evitado, se lhe fosse dado o direito de escolher em prosseguir ou não a gestação.

É oportuno ressaltar parte do parecer da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com relação à discussão do tema da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54:

10. Em primeiro lugar, é de se perguntar: a interrupção da gravidez de um feto anencefálico pode ser considerada prática abortiva? A resposta, a nosso sentir, é negativa.

11. Nosso Código Penal não conceituou aborto. Menciona-o, tipificando condutas, porém, sem afirmar o que, efetivamente, seja. Isso foi deixado para a doutrina e à jurisprudência. E, por esse ângulo, constata-se que só pode haver aborto se há possibilidade de vida e de sobrevivida. Não é aceitável que se saiba, previamente, que o feto não possui qualquer condição de sobrevivida e, ainda assim, se tenha como aborto a interrupção da gravidez, que pressupõe a existência de outro ser que tenha possibilidade de vida própria. O feto anencefálico é uma patologia.

12. A asserção do clássico Néelson Hungria, a respeito da gravidez extra-uterina e da gravidez molar, pode, perfeitamente, ser aplicada à hipótese do feto anencefálico:

---

<sup>17</sup> TESSARO, 2008, p.47.

<sup>18</sup> TAGLIAFERRO, Kleber. **Aborto ou terapêutica:** vida e dignidade: um conflito de direitos humanos fundamentais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>>. Acesso em: 23 maio 2009.

<sup>19</sup> BITENCOURT, 2007, p. 140.

“O feto expulso (para que se caracterize aborto) deve ser produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto” (Comentários ao código penal, Forense, 1958, vol. V, p. 207/208).

13. Do ponto de vista médico, o feto anencefálico é uma patologia e como patologia deve ser tratada. Como diz a professora Débora Diniz, pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília, “A ausência dos hemisférios cerebrais, ou no linguajar comum “a ausência de cérebro”, torna o feto anencéfalo a representação do subumano por excelência. Os subumanos são aqueles que, segundo o sentido dicionarizado do termo, se encontram aquém do nível humano. Ou, como prefere Jacquard, aqueles não aptos a compartilharem da ‘humanidade’ a cultura dos seres humanos.” (Aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais).

14. A Justiça não pode olvidar essa realidade. Não se trata de interrupção de gravidez em razão de eugenia, seletividade ou de sentimentalismo, mas, sim, de circunstância indiscutível de que o feto não terá sobrevivência, porque o feto é subumano ou inumano. Não se deve olvidar das palavras de Giovanni Berlinguer: “O aborto é o desfecho trágico de um conflito em que estão envolvidos de um lado um ser em formação, do outro as aspirações e necessidades de uma mulher” (Bioética cotidiana, Editora UNB, tradução de Lavínia Porciúncula, 2004, p. 47). Ora, se não há, em realidade, ser em formação, de um lado, e aspirações e necessidades de uma mulher, de outro lado, não há desfecho trágico, não há, portanto, aborto. Expele-se um ser malformado. Expele-se uma patologia.<sup>20</sup>

Assim, com relação ao parecer exposto acima, observa-se o posicionamento favorável à antecipação do parto de feto anencéfalo. Segundo o texto, deve a justiça acompanhar o desenvolvimento das ciências médicas, sob pena de não estar atendendo às aspirações e necessidades da mulher, desrespeitando os seus direitos constitucionais.

#### 4.3 LEGALIDADE, AUTONOMIA DA VONTADE E LIBERDADE

O Estado não pode exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, ou mandar proibir nada aos cidadãos, senão em razão da lei. É desta forma que o princípio da legalidade está inserido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, quando estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.<sup>21</sup>

Neste sentido, ressaltam Bastos e Martins citados, por Moraes:

O princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela especificamente, um bem da vida, mas

<sup>20</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. OAB: interrupção de gestação de anencefálico não é aborto. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=2528&arg=anencefalia>>. Acesso em: 23 maio 2009.

<sup>21</sup> SILVA, 2007, p. 420.

assegura a um particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a lei.<sup>22</sup>

Assim, diante da gestação de feto com anencefalia, não tem o Estado o direito de punir a gestante pelo procedimento de interrupção. A lei penal não prevê, especificamente em seu ordenamento jurídico, a proibição desta conduta, provavelmente porque, na época da promulgação do Código Penal, o conhecimento sobre esta área da medicina era pouco e não se poderia legislar a respeito de matéria da qual não se tinha conhecimento.<sup>23</sup>

Logo, exigir da gestante que permaneça em seu ventre um feto que sabe com certeza não sobreviverá, estaria o Estado infringindo o princípio da legalidade, pois “apenas a lei em sentido formal pode impor às pessoas um dever de abstenção ou de prestação”.<sup>24</sup>

Assevera Moraes:

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas (CF, art. 59) devidamente elaboradas, conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral.

No mesmo sentido, quando o legislador pune a mulher que pratica tal conduta, está desrespeitando a autonomia e a liberdade desta. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio de Mello, citadas por Rezende: “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante [...] cerceio à liberdade e autonomia da vontade”.<sup>25</sup>

Ao punir a gestante, não lhe dando o direito de decidir, de acordo com suas convicções, se quer levar a termo ou não a gestação, está o Estado privando a mulher de dispor de sua autonomia e liberdade, as quais são garantidas pela Constituição. No dizer de Rivero, citado por Silva, “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”.<sup>26</sup>

#### 4.4 DIREITO À SAÚDE

---

<sup>22</sup> BASTOS; Martins apud MORAES, 2006, p. 100.

<sup>23</sup> BARBATO JR, Roberto. Aborto de fetos anencefálos: O direito e a realidade atual. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11319>>. Acesso em: 20 maio 2009.

<sup>24</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 67.

<sup>25</sup> MELLO apud REZENDE, Poliana Guimarães. Anencefalia: estudo sobre a legalização do aborto e a doação de órgãos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12651>>. Acesso em: 25 maio 2009.

<sup>26</sup> RIVERO apud SILVA, 2007, p. 233.



O direito da gestante de poder interromper uma gravidez de feto com anencefalia vem atender a uma existência de vida digna, ou seja, longe de aflições, angústias, desequilíbrios psíquicos, que tal estado coloca a mulher.<sup>27</sup>

O direito à saúde está previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, que estabelecem respectivamente:

Art. 6 – São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>28</sup>

O legislador, ao se pronunciar no texto Constitucional, coloca a saúde como um bem-estar físico e mental.<sup>29</sup> Sabe-se que o período de gestação traz várias alterações físicas e comportamentais para a mulher, assim, uma gravidez de feto inviável faz com que estas alterações se potencializem, tornando a mulher mais vulnerável a desenvolver transtornos psicológicos. Não há, portanto, motivo para prolongar o sofrimento da mulher nos casos de diagnóstico precoce de gestação de feto anencéfalo.<sup>30</sup>

Sobre o tema, acrescenta Becker, citado por Bitencourt: "certamente a manutenção da gravidez indesejada de um anencéfalo acarretará graves distúrbios psicológicos na gestante em decorrência da tortura sofrida e de um tratamento degradante".<sup>31</sup>

Convém salientar, que, com a não permissão para antecipação terapêutica do parto, muitas gestantes sentem-se obrigadas a submeter-se a abortos clandestinos. Sabe-se, no entanto, que gestantes de condições socioeconômicas privilegiadas buscam clínicas, ainda que clandestinas, porém são atendidas por profissionais capacitados.<sup>32</sup>

No entanto, as gestantes menos favorecidas economicamente sujeitam-se a parteiras ou mesmo a clínicas clandestinas sem condições de higiene alguma, submetendo-se a procedimentos que colocam suas vidas em risco. Com isso, muitas gestantes padecem e veem

---

<sup>27</sup>CUTRIM, Raimundo. Temas polêmicos do judiciário na ótica do presidente do tribunal de justiça do Maranhão. **Consulex: Revista Jurídica**, ano XII, n. 282, p. 7, out. 2008.

<sup>28</sup>PINTO; WINDT; CÉSPEDES, 2007, p. 61.

<sup>29</sup>CHIMENTI, 2008, p. 530.

<sup>30</sup>MAHON, 2008, p. 38.

<sup>31</sup>BECKER apud BITENCOURT, 2007, p. 144.

<sup>32</sup>TESSARO, 2008, p. 66, CUTRIM, 2008, p. 7.

sua saúde física e psíquica “destruídas”, sujeitas a estado depressivo, cujas consequências podem levar ao suicídio.<sup>33</sup>

No dizer de Chimenti, “o Estado cumpre socorrer todos os que se encontrem em situação de ameaça de dano ou de dano consumado à sua saúde.”<sup>34</sup> Assim, verifica-se que, no caso de gestação anencefálica, a antecipação do parto aparece como a única solução possível para que se possa preservar o bem-estar físico e mental da gestante, já que não é possível ignorar toda a angústia e dor de uma gravidez frustrada, na qual não haverá vida.<sup>35</sup>

Um dos pontos a merecer atenção na discussão da permissão ou não da antecipação do parto de feto anencéfalo é a incompatibilidade do teor da legislação penal com os tempos atuais. O Código vigente tipifica como crime de aborto a conduta de interromper a gestação quando o feto for portador de anomalia incompatível com a vida (anencefalia), pois a hipótese não está prevista nos casos de aborto legal.<sup>36</sup>

#### 4.5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEGISLAÇÃO PENAL VIGENTE

O Código Penal foi sancionado em 1940, quando ainda não se dispunha da tecnologia médica para detectar com precisão e eficácia malformações fetais, como no caso da anencefalia. Diante dessa incapacidade científica, entende-se porque, na época, o aborto de feto anencéfalo sequer ter sido cogitado pelo legislador.<sup>37</sup> Sobre este assunto Gollop assinala:

No Brasil, a lei que regulamenta o aborto está contida no Código Penal, sancionado em dezembro de 1940. É evidente que esse Código é anacrônico. Também é indiscutível que em 1940 era inexistente qualquer meio de avaliação da saúde fetal. Felizmente a medicina evoluiu muito, e a Medicina Fetal em particular desenvolveu técnicas de diagnóstico e, quando possível, de tratamento fetal. Tornou-se urgente a revisão do Código Penal e uma discussão da sociedade brasileira relativa à opção da gestante de interromper uma gravidez diante de uma anomalia grave e incurável.<sup>38</sup>

Cabe enfatizar que o mesmo Código Penal que incrimina a interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida, prevê duas excludentes de ilicitude para

---

<sup>33</sup> TESSARO, 2008, p. 66, CUTRIM, 2008, p. 7.

<sup>34</sup> CHIMENTI, 2008, p. 530

<sup>35</sup> MAHON, 2008, p. 38.

<sup>36</sup> CHIMENTI, op. cit., p. 61.

<sup>37</sup> BARBATO JR, 2009, loc. cit.

<sup>38</sup> GOLLOP, Thomas Rafael. Aborto por anomalia fetal. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v2/abortano.html>>. Acesso em: 22 maio 2009.

o crime de aborto, como nos casos de estupro e para salvar a vida da gestante. Nessas duas situações, não está o legislador considerando o direito à vida do feto, que, no caso, é o mais relevante argumento para impedir a referida interrupção da gestação.

Assim, percebe-se que o legislador penal não considerou a vida do feto como um bem absoluto, permitindo-lhe, com o aborto necessário e o aborto sentimental, a interrupção da gestação independentemente das condições de saúde do feto. Contudo, mesmo com a certeza de que o feto anencéfalo não possui vida extra-uterina, e estando a gestante correndo risco de vida, englobando saúde física e psicológica, a anomalia fetal incompatível com a vida não está prevista como excludente de ilicitude.<sup>39</sup> Com relação ao acima exposto, Gomes tece o seguinte comentário:

Os que sustentam (ainda que com muita boa-fé) o respeito à vida do feto devem atentar para o seguinte: em jogo está a vida ou a qualidade de vida de todas as pessoas envolvidas com o feto malformado. Se até em caso de estupro, em que o feto está bem formado, nosso Direito autoriza o aborto, nada justifica que idêntica regra não seja estendida para o aborto anencefálico.<sup>40</sup>

Conforme ainda Gomes, referindo-se à situação de o aborto sentimental (estupro) ser permitido, o legislador considerou o sentimento de repulsa da gestante em ter um filho indesejado, como sendo mais relevante do que a vida do nascituro, independente de ser este saudável ou não. Desta forma, fica claro que o intuito do texto legal é humanitário, observando -se, então, que a interrupção da gravidez por anomalia fetal incompatível com a vida é lícita, tendo em vista os fins humanitários considerados pelo legislador.<sup>41</sup>

O entendimento doutrinário também caminha no sentido de que, no caso da gestação de feto anencéfalo, não existe conflito entre bens igualmente tutelados, ou seja, a vida da mãe contra a vida do feto. Para o legislador, seguindo a evolução médico- científica, não há dúvida de que a “morte cerebral” põe fim à vida humana. Portanto, o feto anencéfalo, comprovadamente pelos médicos, não possui cérebro, não existindo assim vida. Como já dito, entende o legislador que a “morte cerebral” ou “ morte encefálica” põe termo à vida e, sendo assim, não há que se punir a gestante que interrompe a gravidez de feto anencéfalo, tendo em vista não haver o bem jurídico vida do feto para ser tutelado.<sup>42</sup>

Desta maneira, verifica-se que a interrupção da gravidez de feto com anomalia fetal incompatível com a vida (anencefalia) não caracteriza crime de aborto, visto que, para

---

<sup>39</sup> TESSARO, 2008, p. 73.

<sup>40</sup> GOMES, Luiz Flávio. Nem todo aborto é criminoso. **Consulex: Revista Jurídica**, ano VIII, n. 191, p. 37, dez. 2004.

<sup>41</sup> TESSARO, op. cit., p. 74.

ocorrer tal crime, pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo, bem como a sua morte deve ocorrer de manobras abortivas. Somente é consumado o aborto com a morte do feto, que, segundo as ciências médicas, nos casos de anencéfalos acontece antes. O Código Penal, ao incriminar o aborto, tem como objetivo proteger a vida do nascituro, ou seja, o bem tutelado é a vida, que no caso em tela não há. Diante desta constatação, pressupõe-se não existir o crime de aborto no procedimento de interrupção da gestação de feto anencéfalo.<sup>43</sup>

Assim afirma Ribeiro, citado por Tessaro:

Não bastasse, há uma confusão entre a interrupção da gravidez com o malfalado aborto. A interrupção da gravidez de feto inviável constitui aceleração de parto de feto inviável, ou aceleração de parto, como denomina o Código Penal. O aborto tem como pressuposto fático a interrupção da gravidez de um feto viável. Nos casos de anencéfalos, acrânicos, hidroanencéfalos e semelhantes, a discussão do conceito de vida é ainda mais específica. Atualmente o conceito de morte encefálica já está definido clínica e tecnicamente como diagnóstico de morte, de forma não se poder atribuir o conceito de vida a quem não tem e não terá encéfalo. A mãe nestes casos é o suporte artificial que mantém algumas atividades fisiológicas de um feto com diagnóstico morte.<sup>44</sup>

Verifica-se, no entanto, que, se na época em que o Código Penal foi elaborado fosse possível diagnosticar malformações fetais incompatíveis com vida, muito provável a interrupção da gestação de fetos anencéfalos já estaria prevista como condição não punível.<sup>45</sup>

Assim, o Código publicado em 1940 deve adaptar-se à realidade, não podendo ficar alheio ao desenvolvimento da ciência, bem como aos anseios da sociedade. Ademais, como se viu, situações antes inusitadas reclamam a aplicação das leis penais.<sup>46</sup> Nestes casos, têm-se os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil para reparar tais lacunas:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.<sup>47</sup>

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.<sup>48</sup>

Os avanços das ciências médicas e tecnológicas têm identificado precocemente anomalias fetais incompatíveis com a vida. Tal fato faz com que o aplicador do direito diante da ausência de tipificação legal para analisar a hipótese e certo da impossibilidade de vida extra-uterina do feto, utilize-se de premissas diversas para achar soluções que garantam um

---

<sup>42</sup> BITENCOURT, 2007, p. 145; TESSARO, 2008, p. 74.

<sup>43</sup> BITENCOURT, 2007, p. 145; TESSARO, 2008, p. 76 .

<sup>44</sup> RIBEIRO apud TESSARO, 2008, p. 86.

<sup>45</sup> LOPES, Adriana Dias. Pelo fim da hipocrisia. **Veja**, ano 41, n. 35, p. 74., set. 2008.

<sup>46</sup> BITENCOURT, 2007, p. 140 – 141.

<sup>47</sup> PINTO; WINDT; CÉSPEDES, 2007, p. 63.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 63.

mesmo tratamento para toda a sociedade.<sup>49</sup>

Com um breve comentário, convém destacar pontos importantes de decisões para antecipação terapêutica do parto. Dentre outros, foram selecionados acórdãos dos tribunais do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Minas Gerais.

Observa-se que, no julgado a seguir, o magistrado, ao decidir pela permissão da interrupção, demonstrou a diferença entre feto inviável e eugenia, esta, independentemente das condições do feto, compatível com a vida. Deixa claro também, para a exclusão da ilicitude, a inexigibilidade de conduta diversa por parte da gestante, tendo em vista caracterizar-se um tratamento desumano exigir que esta prossiga com a gestação.

**EMENTA:** APELAÇÃO - ABORTO DE **FETO ANENCEFÁLICO** - INDEFERIMENTO - INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRA LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA - ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA. PROVIDO. O "aborto eugênico" decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade. O **feto anencefálico**, rigorosamente, não se inclui entre os eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto. Embora não incluída a interrupção da gravidez, neste caso, nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, tem embasamento na causa suprallegal autônoma de exclusão da culpabilidade, de inexigibilidade de outra conduta. Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a "vida" e não a "falsa vida", legitimada a pretensão da mulher de interromper a gravidez. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno, não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe. Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade de natureza suprallegal que dispensa a lei expressa vigente, cabe ao judiciário autorizar o procedimento.<sup>50</sup>

Da mesma forma pensa Cláudia Maia, do Tribunal de Minas Gerais, e ainda acrescenta que a justiça deve acompanhar a evolução das ciências médicas, sob a hipótese de não ser eficiente para atender às necessidades atuais da sociedade. Fundamenta também com clareza o risco de vida da gestante ao continuar com uma gestação indesejada, que pode causar-lhe danos tanto físicos como psicológicos.

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

<sup>49</sup> SILVA, 2007, p. 105.

<sup>50</sup> RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação crime nº 70011400355**. Relator: Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgado 14.maio 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

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, inexistência de possibilidade de vida extra-uterina. Dentre os consectários naturais do princípio da dignidade da pessoa humana defluiu 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. Ademais, com o advento da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, adotou-se o critério de morte encefálica como definidor da morte. Nessa linha, no caso de anencefalia, dada a ausência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, é impossível se cogitar em vida, na medida em que o seu contraponto, a morte, está configurado.<sup>51</sup>

No entanto, analisa sob outra ótica o Tribunal de Santa Catarina no entendimento de Marques Torres, fundamentando a sua decisão sob o argumento de que a antecipação da gestação de feto anencefalo não configura crime de aborto, sob a alegação de não existir vida a ser tutelada, portanto, configura-se uma conduta atípica.

APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ DE **FETO** ANENCEFÁLICO DEFERIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PRETENDENDO A REFORMA DA DECISÃO. LEI N. 9.434/97 QUE ESTABELECEU O CONCEITO DE MORTE A PARTIR DA PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES DO ENCÉFALO. DEFORMIDADE QUE EXCLUI O CONCEITO JURÍDICO DE VIDA. CESSAÇÃO DA GESTAÇÃO QUE NÃO CONFIGURA CRIME DE **ABORTO** ANTE A AUSÊNCIA DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA INCRIMINADORA. DECISUM MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO. EXPEDIÇÃO INCONTINENTI DE ALVARÁ JUDICIAL AUTORIZANDO A INTERVENÇÃO TERAPÊUTICA DE GRAVIDEZ.<sup>52</sup>

Diante da constatação de feto com anomalia comprovadamente incompatível com a vida (anencefalia), Fernando Caldeira Brant fundamenta sua decisão considerando que o direito à autonomia da vontade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana devem ser respeitados, devido a tanto sofrimento e angústia, cabendo somente à mulher e seus familiares decidirem ou não pela antecipação do parto.

ALVARÁ JUDICIAL - ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO - or-  
DISPLASIA TANATOFÓRICA - EXAMES MÉDICOS COMPROBATÓRIOS -

<sup>51</sup> MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação civil nº 1.0079.07.343179-7/001**. Relator: Des. Cláudia Maia, julgado 31 mai 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

<sup>52</sup> SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação criminal nº 2008.021736-2**. Relator: Des. Marques Torres, julgado 18 jun 2008. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

PONDERAÇÃO DE VALORES - CONCESSÃO - VOTO VENCIDO PARCIALMENTE. A constatação segura do desenvolvimento de gravidez de feto com anomalia congênita incompatível com a vida põe em confronto muitos valores consagrados por nossa Constituição Federal, sendo a vida o bem mais precioso, seguido da liberdade, autonomia da vontade e dignidade humana. Tendo poucas probabilidades de sobrevivência ao nascimento, atestado pelo médico que assiste a requerente, bem assim, corroborado com parecer do perito médico judicial, assiste a requerente o direito de exercer a liberdade e autonomia de vontade, realizando o aborto e abreviando os sérios problemas clínicos e emocionais que a estão acometendo, ao pai e a todos os familiares. Diante da certeza médica de que o feto será natimorto, protegendo-se a liberdade, a autonomia de vontade e a dignidade da gestante, deve a ela ser permitida a interrupção da gravidez.<sup>53</sup>

Porém, considerando a não permissão para a antecipação do parto, fundamenta Nilo Lacerda que o feto tem resguardado o direito à vida desde a sua concepção, não sendo possível usar a analogia para justificar tal conduta, a qual é desprovida de qualquer fundamento legal.

ALVARÁ JUDICIAL - ANENCEFALIA - PEDIDO DE INTERRUÇÃO TERAPÊUTICA DA GESTAÇÃO - DIREITO A VIDA. IMPOSSÍVEL DECRETAR OU MESMO ANTECIPAR A MORTE, MESMO DIANTE DA SITUAÇÃO APRESENTADA NOS AUTOS, POIS O FETO É INCONTROVERSO PODE NASCER COM VIDA, NÃO SENDO POSSÍVEL UTILIZAR A ANALOGIA E/OU PRINCÍPIOS GENÉRICOS PARA FUNDAMENTAR SUPOSIÇÕES E ILAÇÕES DESPROVIDAS DE QUALQUER FUNDAMENTO LEGAL.

[...]

Colhi na literatura consultada que, anencefalia significa ausência do encéfalo. Essa definição é falha, uma vez que o encéfalo compreende, além do cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral. Os bebês anencéfalos, embora não tenham cérebro, ou boa parte dele, têm o tronco cerebral funcionando. O tronco cerebral é constituído principalmente pelo bulbo, que é um alongamento da medula espinhal. Controla importantes funções do nosso organismo, entre elas: a respiração, o ritmo dos batimentos cardíacos e certos atos reflexos (como a deglutição, o vômito, a tosse e o piscar dos olhos).

[...]

Diante deste quadro, a questão jurídica da tensão entre dois direitos humanos fundamentais deve ser solucionada. De um lado, o direito à vida a todos assegurado após a concepção, tal como tradicional e cientificamente aceitos; e, de outro, o direito à dignidade, expressamente consagrado na Constituição e que busca por a vida humana à salvo de todo tipo de dor e injustiça. Não basta viver, é necessário viver com dignidade. Direitos que naturalmente se completam, agora se conflitam, reclamando conciliação por parte do intérprete e operador do Direito para preservar seus núcleos mínimos de existência. Deve prevalecer o direito do **FETO** acéfalo de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto.

[...]

A condição em que se encontra o ser humano não importa: se ele está doente, se está em fim de vida, se gostamos dele, se sua existência nos faz sofrer, tudo isso é secundário em relação ao direito primário a vida.

[...]

<sup>53</sup> MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação cível nº. 1.0027.08.157422-3/001**. Relator: Des. Fernando Caldeira Brant, julgado 25 jun 2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

Considero impossível decretar ou mesmo antecipar a morte, mesmo diante da situação apresentada nos autos, pois o **FETO** é incontroverso pode nascer com vida, não sendo possível utilizar a analogia e/ou princípios genéricos para fundamentar suposições e ilações desprovidas de qualquer fundamento legal.<sup>54</sup>

Percebe-se, no entanto, que, apesar de serem obtidas algumas autorizações judiciais permitindo a interrupção da gestação de feto anencéfalo, não há um consenso perante o judiciário, vez que inúmeros pedidos de alvarás são negados. Diante dessa diversidade de entendimento, foi ajuizada em 17 de junho de 2004, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), de nº 54 (ADPF)<sup>55</sup> pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com assessoria técnica da ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, através do advogado Luís Roberto Barroso, perante o Supremo Tribunal Federal. Esta (ADPF) tem como objetivo a uniformização acerca do tema, com a alegação de que a obrigação de levar a termo uma gestação de feto anencéfalo constitui violação a preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.<sup>56</sup>

Momento oportuno para destacar parte do voto do Ministro Joaquim Barbosa diante da negativa judicial para antecipação de gravidez feto anencéfalo, *habeas corpus* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim se manifestou:

[...] busca-se, no presente *habeas corpus*, a tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extra-uterina é absolutamente inviável.

Portanto, é importante frisar, não se discute nos presentes autos, a ampla possibilidade de se interromper a gravidez. A questão aqui é bem diferente, pois se refere à interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto.

Segundo a literatura médica especializada, o bebê não viverá mais do que alguns dias porque é portador de uma anomalia gravíssima: a anencefalia ou ausência de cérebro. Não é preciso ser um especialista no assunto para entender que sem o órgão vital que comanda as funções básicas do corpo humano e também os sentimentos e as emoções, é absolutamente impossível a vida extra-uterina independente.

[...]

Neste momento, a tarefa desta Corte é justamente esta: é preciso fornecer uma resposta rápida e precisa para essa mãe, a fim de que, a par de todo seu sofrimento pessoal, não tenha ela de se preocupar com a possível criminalidade de sua conduta.

[...]

Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e

<sup>54</sup> MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação cível nº 1.0024.06.199818-3/001**. Relator: Des. Nilo Lacerda, julgado 08 nov.2006. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>> Acesso em: 25 maio 2009.

<sup>55</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 20 maio 2009.

<sup>56</sup> BARBATO JR, 2009, loc. cit. TESSARO, 2008, p. 83.



psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.

[...]

Isso porque, em casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extra-uterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extra-uterina está **obrigada a manter a gestação**.

[...].

Seria um contra-senso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica. Há, na verdade, a legítima pretensão da mulher em ver respeitada a sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher.

[...]

Limitando-me ao problema concreto, ou seja, de feto que, por ser portador de anencefalia, não irá sobreviver muito tempo após o parto, devemos nos ater a qual é o objeto jurídico tutelado pelos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal.

Creio que seja, de um lado, a preservação de uma vida potencial e, por outro, a incolumidade da gestação.

Daí por que há de se separar a situação em que o feto se encontra em desenvolvimento das situações em que ele está biologicamente morto e, ainda, da situação em que ele está biologicamente vivo, mas juridicamente morto.

Apenas a primeira hipótese é abraçada pelo Direito Penal, uma vez que não se visa a proteger situações moralmente controversas, mas apenas aquelas em que exista algum obstáculo durante a gestação a impedir a transformação de vida potencial em um novo ser humano.

Por essa razão, o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), não tem proteção jurídica.

[...]

A própria lei de transplante de órgãos (Lei 9.434/1997), ao fixar como momento da morte do ser humano o da morte encefálica (5), reforça esse argumento.

Concluo. O feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor de tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou a sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal.

Por fim, com relação ao argumento de que o aborto eugênico não se encontra incluído no rol de excludentes de ilicitude previsto no art. 128 do Código Penal, tenho que, sendo o comportamento atípico, a questão fica prejudicada.

De fato, se a conduta não é típica, sequer há de se cogitar de ilícito penal.

No entanto, importante frisar que há uma razão histórica para o aborto eugênico não ser considerado lícito. Quando da promulgação do Código Penal, em 1940, não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto. (6)

Nesse aspecto, é importante lembrar que os estudos referentes à medicina fetal e à terapia neonatal datam da década de 1950, somente vindo a alcançar a sofisticação

hoje conhecida há pouco mais de dez anos. Explica-se, assim, a lacuna do Código Penal. [...].

Observa-se que, no voto do Ministro Joaquim Barbosa, fica clara a preocupação em esclarecer que o feto, enquanto não constatada a inviabilidade de vida extra-uterina era merecedor da proteção do Estado, porém a partir do diagnóstico de vida inviável, comprovadamente diagnosticada, deixou de ter a tutela penal. Para o magistrado, no caso, deve prevalecer o direito de escolha da mulher, em respeito a sua liberdade e dignidade de pessoa humana.

Assim, em 1º de junho de 2004, o Ministro Marco Aurélio de Mello, presidente do Supremo Tribunal Federal, com base no pedido realizado pela CNTS, concedeu liminar que autorizava a interrupção de gestação de feto comprovadamente anencéfalo, tendo como foco a integridade moral, psicológica e física da gestante. Assevera Mello, citado por Barbato Jr: “[...]: Para qualquer pessoa nessa situação, ficar à mercê da permissão do Estado para livrar-se de semelhante sofrimento resulta, para dizer no mínimo, em clara violência às vertentes da dignidade humana – física, moral e psicológica”.<sup>57</sup>

Pouco tempo depois, em 20 de outubro do mesmo ano, sob a alegação de que não teria o referido Ministro legitimidade para sozinho proferir tal liminar, esta foi cassada.<sup>58</sup>

Em 27 de abril de 2005, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela admissibilidade da ADPF nº 54, tendo em vista estarem presentes os requisitos formais e materiais para sua propositura. Cabe ressaltar que a ADPF é uma das formas de controle de constitucionalidade. É regulada pela Lei nº 9.882/99<sup>59</sup>, que objetiva evitar lesões a preceitos fundamentais da Constituição, resultante de atos do poder público federal, estadual e municipal, modalidade somente é possível em situações em que não são cabíveis as demais ações de controle de constitucionalidade.<sup>60</sup>

Assim, a ADPF nº 54, que trata de permissão do procedimento de aborto em fetos com diagnóstico de anencefalia, foi objeto de debate em quatro audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos meses de agosto e setembro de 2008. Foram quatro dias de argumentos, palestras, opiniões e dados científicos, quando foram ouvidos representantes de vinte e cinco diferentes instituições, sendo elas religiosas, científicas, médicas e da sociedade

---

<sup>57</sup> BARBATO JR, 2009, loc. cit.  
Ibid.

<sup>59</sup> BRASIL, 2009, loc. cit.

<sup>60</sup> FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. O aborto anencefálico e a tutela da dignidade humana na Constituição de 1988. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, MG, v. 9, n. 10, p. 153-160, mai. 2006. Disponível em: <[http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus\\_10.pdf](http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_10.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2009.

civil. O julgamento ainda não tem data definida, no entanto, segundo o Ministro Marco Aurélio de Mello, o Supremo Tribunal Federal visará à preservação da saúde física e psicológica da mulher.<sup>61</sup>

Frente a tantas divergências a respeito da possibilidade de interrupção de gestação de feto com anencefalia, sente-se na sociedade a necessidade de uma reformulação no ordenamento penal, tendo em vista a lacuna existente para a uniformização das decisões. Ademais, a solução desta questão, sem dúvida alguma, protegeria e privaria a gestante de sofrimentos desmedidos, bem como garantiria às mães a realização da antecipação do parto de feto comprovadamente anencéfalo, constituindo-se um modo pelo qual a gestante dispõe para garantir seus direitos constitucionais da liberdade e dignidade da pessoa humana.

---

<sup>61</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Chega ao fim audiência pública sobre interrupção de gravidez por anencefalia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=96101&caixaBusca=N>>. Acesso em: 23 maio 2009.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou o direito de a gestante interromper a gravidez de feto anencéfalo, diante de garantias e princípios constitucionais.

A anencefalia, segundo a literatura, é uma malformação fetal grave, que ocorre no início do desenvolvimento embrionário, decorrente de uma falha de fechamento do tubo neural. Entretanto, com o avanço tecnológico incorporado à medicina, é possível realizar o diagnóstico dessa anomalia ainda na fase intra-uterina. E, de acordo com as ciências médicas, o quadro de feto com anencefalia é irreversível, sendo considerado um feto natimorto, sem perspectiva alguma de vida extra-uterina.

Diante de tal realidade, muitas gestantes têm tentado minimizar a sua dor através de pedidos para antecipar o parto. Dessa forma, verificou-se que se está diante de um ordenamento jurídico ultrapassado, datado de 1940, quando os conhecimentos médicos ainda eram precários, fazendo com que a lei que permite o aborto não mencione sequer esta anomalia.

Ficou evidente o cunho humanitário das duas excludentes de ilicitude existentes no art. 128 do Código Penal, o que leva a pensar que, se fosse possível o diagnóstico de feto com anencefalia na época da promulgação do referido código, muito provável a interrupção de gestação de anencéfalo já estaria prevista no ordenamento Penal. No mesmo sentido, visando ao lado humanitário, não há como não permitir à gestante, diante do sofrimento, da angústia da dor permanente de ter no ventre um feto sem vida, a antecipação do parto.

Ademais, verificou-se também que, para o legislador, a morte cerebral põe fim à vida humana e, sendo assim, o feto anencéfalo não possuindo cérebro, não possui vida, portanto, não há que se punir a gestante, tendo em vista não haver o bem jurídico (a vida do feto) a ser tutelado. Frente a esse entendimento, conclui-se que não há que se falar em crime de aborto, visto que, para ocorrer tal crime, importa que o feto esteja vivo, o que culmina numa conduta atípica, não alcançada pelo tipo penal aborto.

Concluiu-se, então, que, para um consenso diante do tema, conforme posições doutrinárias e jurídicas diversas há necessidade urgente de uma alteração na legislação penal, amparada em princípios e garantias constitucionais. Ademais, esta alteração corresponde aos anseios de uma sociedade que não concebe exigir da gestante que leve a termo uma gravidez de feto que sabe inviável, vendo violados os seus preceitos fundamentais, notadamente a

dignidade humana, o direito à saúde e à liberdade. Pretende a gestante, portanto, diante de um diagnóstico comprovadamente de feto incompatível com a vida, ter o direito de decidir levar a termo ou não a gestação.

Por fim, cabe salientar que permitir a antecipação do parto não caracteriza um procedimento imposto pelo Estado, mas sim uma decisão exclusiva da mulher, reservando-se a ela o livre arbítrio de optar por prosseguir ou não com a gravidez, garantindo-se tão somente o direito de não ser punida por tal conduta.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Rotta. A discussão sobre a tutela penal de valores supraindividuais. Ponderações a partir da teoria do bem jurídico-penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2135, 6 maio 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12753>>. Acesso em: 12 maio 2009.

BARBATO JR, Roberto. Aborto de fetos anencéfalos: O direito e a realidade atual. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11319>>. Acesso em: 20 maio 2009.

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

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**: série as ciências criminais no século XXI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Parto, aborto e puerpério**: assistência humanizada à mulher. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 20 maio 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual penal. Habeas-corpus. Constrangimento ilegal. **Habeas corpus nº 84.025-6**, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/24423,2>>. Acesso em: 20 maio 2009.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CAMPOS, Pedro Franco de. **Direito Penal aplicado**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHA, Sang; ZUGAIB, Marcelo. **Medicina fetal**. São Paulo: Atheneu, 1993.

CHAVES NETTO, Hermógenes; SÁ, Renato Augusto Moreira de. **Obstetrícia básica**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1752/04**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752\\_2004.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2009.

CREMESP: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao\\_impressao.php?id=3004](http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=3004)>. Acesso em: 5 maio 2009.

CUTRIM, Raimundo. Temas polêmicos do judiciário na ótica do presidente do tribunal de justiça do Maranhão. **Consulex: Revista Jurídica**, ano XII, n. 282, p. 7, out. 2008.

DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia**: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: Anis, 2004.

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

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. O aborto anencefálico e a tutela da dignidade humana na Constituição de 1988. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, MG, v. 9, n. 10, p. 153-160, mai. 2006. Disponível em: <[http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus\\_10.pdf](http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_10.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GOLLOP, Thomas Rafael. Aborto por anomalia fetal. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v2/abortano.html>>. Acesso em: 22 maio 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3.

\_\_\_\_\_. Nem todo aborto é criminoso. **Consulex: Revista Jurídica**, ano VIII, n. 191, p. 37, dez. 2004.

\_\_\_\_\_. **Princípio da ofensividade no direito penal: série as ciências criminais no século XXI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6.

\_\_\_\_\_. Teoria constitucionalista do delito. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7931>> Acesso em 12 de maio de 2009.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: dos crimes contra a pessoa**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal: arts. 121 a 136**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 5.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte especial**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

LANGMAN, T. W. Sadler. **Embriologia médica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Koogan, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, Adriana Dias. Pelo fim da hipocrisia. **Veja**, ano 41, n. 35, p. 74, set. 2008.

MAHON, Larissa de Alencar Samarcos. Aborto de fetos anencéfalos: Uma questão de proteção a dignidade da gestante. **Consulex: Revista jurídica**, ano XII, n. 277, p. 37, jul. 2008.



MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação cível nº 1.0024.06.199818-3/001.** Relator: Des. Nilo Lacerda, julgado 08 nov.2006. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>> Acesso em: 25 maio 2009.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação cível nº 1.0027.08.157422-3/001.** Relator: Des. Fernando Caldeira Brant, julgado 25 jun 2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação civil nº 1.0079.07.343179-7/001.** Relator: Des. Cláudia Maia, julgado 31 mai 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal.** São Paulo: Atlas. 2004.

\_\_\_\_\_. **Manual do direito penal.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOORE, Keith L. **Embriologia básica.** 5.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal:** dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. 28. ed. São Paulo; Saraiva, 1996. v. 2.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **OAB:** interrupção de gestação de anencefálico não é aborto. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=2528&arg=anencefalia>>. Acesso em: 23 maio 2009.

PACHECO, Eliana Descovi. O aborto e sua evolução histórica. Disponível em: <[www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764)>. Acesso em: 26 mar. 2009.

PAULA, Wilson Kraemer de. **Aborto: tradições e contradições**. Florianópolis: Papa-Livro, 1996.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal: estrutura do crime**. 2. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1997.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002,

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (Neurológica). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v15n1/v15n1a06.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2009.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade mecum**. 3. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

QUEIROZ, Victor Santos. Reflexões acerca da equiparação da anencefalia à morte encefálica como justificativa para a interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7111>>. Acesso em: 5 de maio de 2009.

REZENDE, Jorge de. **Obstetrícia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Koogan, 1974.

REZENDE, Poliana Guimarães. Anencefalia: estudo sobre a legalização do aborto e a doação de órgãos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12651>>. Acesso em: 25 maio 2009.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação crime nº 70011400355**. Relator: Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgado 14.maio 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa (Portugal): Veja, 1998.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação criminal nº 2008.021736-2**. Relator: Des. Marques Torres, julgado 18 jun 2008. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

SANTOS, Marília Andrade dos. A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 982, 10 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>.. Acesso em: 27 abr. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da Silva. Curso de direito Constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Chega ao fim audiência pública sobre interrupção de gravidez por anencefalia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=96101&caixaBusca=N>>. Acesso em: 23 maio 2009.

TAGLIAFERRO, Kleber. **Aborto ou terapêutica: vida e dignidade: um conflito de direitos humanos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>>. Acesso em: 23 maio 2009.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito e discriminação**. Curitiba: Juruá, 2007.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.