UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A LUTA PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

GRAZIELA PONTES ORTEGA MARTINEZ

RIO DE JANEIRO
2008

GRAZIELA PONTES ORTEGA MARTINEZ

A LUTA PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Profª. Fernanda Lara Tórtima

RIO DE JANEIRO

2008

Martinez, Graziela P. Ortega.
A luta pela descriminalização do aborto de feto anencéfalo / Graziela Pontes Ortega Martinez – 2008.
77 f.

Orientadora: Fernanda Lara Tórtima
Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 74-77.

1. Aborto - Monografias. 2. Inexigibilidade de conduta diversa. I. Tórtima, Fernanda Lara. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.55621

GRAZIELA PONTES ORTEGA MARTINEZ

A LUTA PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ _____

Banca Examinadora:

_____

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora
Profª. + titulação+ instituição a que pertence – Orientador(a)

_____

Nome completo do 2º Examinador
Prof. + titulação + instituição a que pertence

_____

Nome completo do 3º Examinador
Prof. + titulação + instituição a que pertence

RESUMO

MARTINEZ, Graziela P. Ortega. *A luta pela descriminalização do aborto de feto anencéfalo*. 2008. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisam-se as questões penais relevantes envolvendo a prática do aborto quando for diagnosticado que o feto é portador de anencefalia. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise histórica sobre a previsão do aborto nas sociedades primitivas e no Direito comparado, bem como nas primeiras ordenações de nosso país. Na segunda estuda-se a previsão do aborto em nossa atual legislação, atentando-se principalmente para as hipóteses de aborto legal. A terceira parte dedica-se a análise da anencefalia, apresentando-se suas características e os possíveis efeitos que essa gestação implica sobre a mulher. Já a quarta parte dedica-se ao estudo da inexigibilidade de conduta diversa. Assim, será abordada a posição de que no aborto de feto anencefálico existiria uma excludente de culpabilidade ante a impossibilidade de conduta diversa. Em seguida, estudam-se argumentos favoráveis para a descriminalização do aborto de feto anencéfalo. Por fim, apresenta-se a posição do Supremo Tribunal Federal sobre esta questão.

Palavras-Chave: Aborto; Anencefalia; Inexigibilidade

ABSTRACT

Martinez, Graziela P. Ortega. *A luta pela descriminalização do aborto de feto anencéfalo.* 2008. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

It examines the relevant criminal matters involving the practice of abortion when the fetus is diagnosed as bearer of anencephaly. For better understanding of the subject, the first part back to the historical analysis on the estimates of abortion in primitive societies and the law compared, and the first ordinations of our country. In the second study is the prediction of abortion in our current legislation, are mainly looking for the chance of a legal abortion. The third part is dedicated to analysis of anencephaly, giving up its characteristics and the possible effects that this implies pregnancy on women. Already the fourth part is dedicated to the study of diverse unclaimable of conduct. So, will be addressed in the position that abortion of a anencephalic fetus exist exclusive of guilt before the impossibility of conduct diverse. Then study up to the arguments in favour of decriminalization of abortion anenceplhalic fetus. Finally, it presents the position of the Federal Supreme Court on this issue.

Keywords: Abortion; Anencephaly; Unclaimable

SUMÁRIO

1 **INTRODUÇÃO** 8
2 **CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES** 11
2.1 **Aborto nas sociedades primitivas** 11
2.2 **Aborto e direito comparado** 14
2.2.1 Estados Unidos 15
2.2.2 França 15
2.2.3 Itália 16
2.2.4 Alemanha 17
2.2.5 Portugal 18
2.2.6 Espanha 19
2.2.7 Canadá 19
2.3 Aborto nas legislações brasileiras 20
2.3.1 Código Criminal do Império de 1830 20
2.3.2 Código Penal de 1890 21
3 **ABORTO E A LEGISLAÇÃO ATUAL (DECRETO-LEI Nº. 2.848, DE 7 DEZEMBRO DE 1940)** 22
3.1 **Previsão legal** 22
3.2 **Conceito** 22
3.3 **Bem jurídico tutelado** 25
3.4 **Sujeitos do delito** 26
3.4.1 Sujeito Ativo 26
3.4.2 Sujeito Passivo 27
3.5 **Tipicidade objetiva e subjetiva** 27
3.6 **Modalidades de aborto** 30
3.6.1 Aborto natural 30
3.6.2 Aborto provocado 30
3.6.2.1 *Criminoso* 31
3.6.2.1.1 Auto-aborto e aborto consentido 31
3.6.2.1.2 Aborto provocado por terceiro 32
3.6.2.2 *Legal* 33
3.6.2.2.1 Aborto necessário 33
3.6.2.2.2 Aborto sentimental 38
3.7 **Consumação e tentativa** 41

3.8 **Aborto qualificado pelo resultado** 42
4 **ANENCEFALIA** 44
4.1 **Conceitos e características** 44
4.2 **Efeitos na gestante** 46
4.3 **A anencefalia e o bem jurídico penalmente tutelado: vida do feto** 48
5 **INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA** 50
5.1 **Evolução histórica da culpabilidade** 50
5.2 **Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade** 53
5.3 **Anencefalia e a inexigibilidade de conduta diversa** 57
6 **DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO** 60
7 **ANENCEFALIA E ADPF Nº. 54** 64
8 **CONSIDERAÇÕES FINAIS** 72
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 74

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico versa sobre o aborto, mais especificamente, sobre o aborto de feto anencéfalo e sua inconcebível criminalização pelo Código Penal brasileiro nos dias atuais.

Debates inflamados surgem na sociedade quando o tema é o aborto, argumentos de todas as espécies são lançados, éticos, morais e, principalmente religiosos. Todavia, não nos focaremos aos discursos religiosos e sim, à ciência e aos debates jurídicos sobre o referido assunto, uma vez que a Constituição da República de 1988 em seu artigo 5º, VI c/c 19, I assegurou o principio da laicidade do nosso Estado.

> No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo publico em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. [1]

A discussão sobre tal problemática ressurgiu com o ajuizamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº. 54), proposta pelo Conselho Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), tendo como patrono da causa, o advogado Luís Roberto Barroso.

Na referida ação pleiteia-se a descriminalização da antecipação terapêutica do parto de fetos portadores de anencefalia, a qual os levará a morte durante a gestação ou logo após o parto. Pretende também, que as gestantes não necessitem mais de autorização do judiciário para interromper a gravidez quando ficar comprovado por exames específicos que a vida extra-uterina é inviável.

A anencefalia é uma anomalia fetal grave conhecida, vulgarmente, como a "ausência de cérebro". Tecnicamente fala-se em má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, existindo apenas o resíduo do tronco encefálico, sendo fatal em 100% dos casos.

Assim, diante desta doença fetal incurável, é desumano que se force uma mãe a carregar em seu ventre, por nove meses, um ser que nunca chegará sequer a experimentar a

---

[1] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdades religiosas numa Comunidade Constitucional Inclusiva.* Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 347 in: CAVALCANTE, Alcilene e XAVIER, Dulce (organizadoras). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos.* São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 138.

vida. Importante lembrar que não há um caso registrado de sobrevivência de feto portador de anencefalia.

Atestada a mortalidade absoluta nos casos de anencefalia, não parece justo que a gestante seja tolhida do direito de optar por levar sua gestação até o final ou interrompê-la. Hoje, é necessário que a gestante ingresse com uma ação requerendo a autorização para a prática do aborto.

Entretanto, a necessidade de recorrer ao Judiciário torna esta medida totalmente ineficaz, pois muitas vezes a autorização legal é concedida tardiamente tendo a gestante passado por todo o sofrimento que poderia ter sido evitado, caso a prática de aborto de feto anencefálico fosse abarcada pela nossa legislação penal.

Ressalta-se que o Código Penal de 1940 condena a prática do aborto, com exceção de duas hipóteses: aborto necessário, no qual se privilegia a vida mãe em detrimento da vida do feto e aborto sentimental que é aquele decorrente de estupro, onde o direito individual da gestante sobrepõe-se ao direito à vida do ser humano em formação (aborto sentimental decorrente de estupro).

Nessa linha, não há razoabilidade pensar-se que o legislador autorizou o aborto sentimental, no qual o feto é humanamente viável e saudável, preferindo os direitos fundamentais da mulher à vida do produto da concepção e, em contrapartida, incriminou o aborto de feto anencéfalo privilegiando o direito à vida de um feto completamente inviável em detrimento dos direitos à integridade física e psíquica da gestante.

Conclui-se diante do exposto acima que o legislador não abarcou a anencefalia como uma hipótese de exclusão penal porque à época da edição da parte especial do Código Penal de 1940 não existia a tecnologia empregada nos dias atuais. Hoje, com o avanço técnico - científico é possível diagnosticar-se com precisão anomalias fetais incuráveis e irreversíveis, como a anencefalia.

Dessa forma, não há necessidade de expormos a gestante a um mal previamente diagnosticado e irremediável. Seria justo obrigar esta mulher conviver com essa situação durante longos nove meses, uma vez que nossa legislação não prevê expressamente a realização da interrupção dessa gravidez? Caso a gestante opte por interromper essa gravidez, objetivando reduzir o sofrimento que padecerá sobre a mesma caso a prolongue, estaria cometendo o crime de aborto?

A resposta para estas perguntas decorrerá do estudo pormenorizado do crime de aborto, principalmente nas causas legais para sua realização, buscando-se analisar se, no caso

de feto portador de anencefalia, existe no ordenamento jurídico algum fato que permitiria a sua realização, sem que com isso, a mãe e o médico que o venham a sofrer sanções penais.

Observa-se que a situação é extremamente delicada e envolve diversos fatores. Procuraremos discutir neste trabalho a possibilidade da mulher ter o direito de opção sobre a realização ou não da interrupção dessa gravidez, sem que com isso esteja violando uma norma penal.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de adentrarmos mais profundamente nos aspectos penais da realização do aborto de feto anencefálico, faz-se mister a realização de um estudo histórico sobre o aborto. Assim, apresentaremos uma síntese de fatos históricos sobre algumas previsões do aborto nas sociedades mais primitivas e no direito comparado, bem como da previsão do aborto nas legislações brasileiras que antecederam nosso Código Penal de 1940.

2.1 Aborto nas Sociedades Primitivas

Inicialmente, sem penetrarmos nas divergentes conceituações apresentadas por nossos doutrinadores a respeito da definição de aborto, divergência esta que ocorre, por ter nosso legislador optado no Código Penal de 1940 não conceituá-lo, poderíamos definí-lo como a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto, não sendo exigido que se proceda a sua expulsão.

Sendo assim, inúmeros são os registros históricos que apontam para a existência de práticas abortivas em tempos mais distantes da história humana. Não podemos descaracterizá-las simplesmente pelo fato das técnicas empregadas serem infinitamente rudimentares às técnicas hoje empreendidas.

No entanto, muitas das vezes, elas apresentavam-se aptas a consecução do objetivo desejado. Como veremos mais adiante, da mesma forma que as técnicas empregadas eram diferentes das atuais, sua punição não apresentava fundamentos completamente diversos dos atuais, dependendo muito de influências históricas, filosóficas e culturais exercidas sobre a sociedade.

Conforme afirma Celso Cezar Papaleo, aspectos relacionados à concepção de vida, como sua extensão, proteção, disposição, acabam sofrendo grandes influências de fatores históricos, culturais, religiosos, e conseqüentemente, sobre a admissibilidade ou não do aborto.

> As sucessivas sociedades, vistas em termos históricos e geográficos, conforme condicionamentos vinculados a realidades econômicas ou demográficas, assim também influências sócio-culturais, políticas e religiosas, sempre foram atuantes em relação à vida e sua respeitabilidade,

> aspiração do poder e de expansão: - castigavam, estimulavam ou impunham o aborto.[2]

Em Roma, inicialmente o aborto não era visto como crime. A sua prática era um indiferente para o direito. O feto era considerado como parte integrante do corpo da mulher, e como tal a ela pertenceria. Com isso, a mulher poderia livremente dispor dele, podendo optar pela manutenção ou não da gravidez.

No Código de Hamurabi, editado por Hamurabi, rei da Babilônia entre 1730-1685 A.C., previa-se que, caso houvesse o aborto, seria pago pena pecuniária ao pai da gestante.

Segundo relatos, a primeira aplicação de sanção penal na prática do aborto, juntamente com a reparação civil ocorreu na Asséria. A Asséria estabelecia-se no norte da Mesopotâmia no século XIX A.C. Aquele que fizesse mulher grávida abortar seria punido com o pagamento de multa, além de sanção física e, ainda, cumpriria um mês de senso real. [3]

A lei mosaica não dispunha claramente sobre a punição do aborto criminoso, apesar de tratar de maneira expressa o aborto ocorrido de maneira acidental.

> Se homens querelam e um deles golpeia uma mulher grávida e ela pare, se não o caso de morte, o culpado será condenado à multa que o marido lhe imponha e ele a pagará segundo o determinem os juízes. Mas se não houver acidente, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, pisadura por pisadura.[4]

Em Roma, "com o reinado do imperador Septimuis Severeus (193-211 d.C.), o aborto passou a ser considerado como uma lesão ao direito de paternidade e sujeito às penas cominadas ao venefício" [5]. Sua incriminação passou a ter como fundamento uma lesão ao direito de paternidade. O feto era considerado um elemento de propriedade do pai e, com a sua destruição, lesaria gravemente as prerrogativas que são inerentes à paternidade. Seria uma frustração na expectativa de paternidade.

Assim, o *pater famílias* tinha um direito sobre sua prole. Esse poder era manifestado tanto antes do nascimento, através da possibilidade de aborto, quanto após o nascimento do bebê, quando ele poderia decidir sobre a venda ou até mesmo a morte do filho.

Somente a partir do advento dos ideais e concepções do cristianismo que o feto passou a ser considerado um ser humano. Migrou-se da antiga concepção de que o feto era uma coisa

---

[2] PAPALEO, Celso Cezar. *Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18.
[3] Ibid. p. 23
[4] Loc. cit.
[5] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts. 121 a 249 – 7ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 103.

pertencente ao seu genitor, para a concepção que temos nos dias atuais, de que ele é uma vida humana. Tal mudança pode ser claramente percebida no direito formulado pelos imperadores Adriano, Constantino e Teodósio, no qual o aborto era equiparado ao delito de homicídio.

Assim, pode-se considerar o cristianismo como um marco para a proteção do feto. Pela primeira vez, ele passou a ser protegido por ser considerado uma vida humana. Sua proteção era tão ampla que passou a ser apenado com a pena respectiva do homicídio.

"As leis se fariam cada vez mais severas, como se registra ao tempo de Sétimo Severo, em cujo palácio o crime de aborto era comumente cometido, apenado com rigor idêntico ao aplicado ao homicídio.". [6]

Já na Idade Média, houve divergência sobre a incriminação de práticas abortivas. Essa divergência decorreu de concepções ideológicas diferentes que conflitavam sobre a necessidade de animação ou inanimação do feto. De um lado posicionava-se o teólogo Santo Agostinho, que só admitia como fato criminoso o aborto caso o feto fosse animado. A animação só ocorreria quarenta e oito horas após a concepção. De forma contrária se posicionava São Basílio, que não admitia qualquer distinção entre o aborto de feto animado e inanimado. Ambos seriam considerados criminosos.

No entanto, as penas continuavam altamente cruéis. Permanecia-se punindo com a pena de morte:

> Na Idade Média, autores do abortamento e seus cúmplices eram condenados à morte e padeciam o confisco de seus bens e valores. A tortura do culpado antes do enforcamento era imposição das leis dos juízes, irredutíveis em seu dogmático rigor, que tinha de ser para exemplificação dos demais... isso antes das leis carolinas, que "cristãmente" apenariam o aborto com o afogamento suplicial do condenado... Ressalvava-se, entretanto:
>
> "Se o feto não estiver animado, os juízes devem pedir orientação a jurisconsultos ou a outros, quanto à pena a ser pronunciada". [7]

A divergência entre a animação e inanimação pode ser percebida na determinação elaborada pelo Papa Sixto V, em 1588, na qual as penas de homicídio deveriam ser também aplicadas ao aborto, independentemente do período de existência deste. A animação era indiferente para a incriminação do aborto. Já em 1591, o Papa Gregório XIX determinou o retorno da distinção entre feto animado e feto inanimado, sendo punido apenas o aborto cometido em feto animado.

---

[6] PAPALEO, Celso Cezar. Op. cit. p. 25.
[7] Ibid. p. 26

Somente em 1869, houve a definitiva abolição de tal distinção, passando a incriminá-lo independentemente da animação do feto.

> Se é verdade, todavia, que somente a partir de 1869 o Direito Canônico, espelhando decisões conciliares, diria da presença da alma desde o primeiro instante da concepção, derrogando, após dois milênios, o conceito aristotélico-estóico da animação, referendado por São Tomás, já o direito leigo então se fizera, a despeito disso, severo em relação ao aborto: relembremos que o Ancien Regime dos reis históricos da França, acima de indagações filosóficas mais refinadas, condenava à morte os réus de aborto, fosse qual fosse a altura da gravidez em que o cometessem.[8]

Com a propagação dos ideais iluministas, houve grande crítica a equiparação entre o homicídio e o aborto. "Com o Iluminismo, a equiparação entre os delitos de aborto e homicídio é abandonada.". [9] Defendeu-se a idéia da abolição da pena de morte para esse crime, considerando extremamente exagerada a imposição de tal penalidade. Continuou-se defendo sua incriminação, mas com a atenuação de sua pena. Importante lembrarmos que o Iluminismo teve grande influência sobre as legislações atuais que tratam do aborto.

2.2 Aborto e Direito Comparado

É inegável que o aborto é palco para controvérsias e debates intermináveis, independentemente do país, da religião e cultura que adotem, sempre será um tema polêmico. Dessa forma, temos países que optaram pela legalização do aborto, por entenderem que é uma escolha da mãe levar ou não sua gravidez adiante. Todavia, nos deparamos com países que punem o aborto, uns de forma mais radical que outros.

Pode-se dizer que a partir da década de 60 foi desencadeada uma forte tendência à liberalização do aborto nos diversos ordenamentos jurídicos em virtude do processo de emancipação da mulher e o avanço na laicidade dos Estados. As mudanças variam de país para país, bem como as soluções normativas adotadas.

Diante do exposto, realizaremos um estudo sucinto sobre a controvertida legalização do aborto em diversos países com a finalidade de demonstrar a inclinação em liberar este procedimento médico com base nos direitos fundamentais da gestante. Vejamos:

2.2.1 Estados Unidos

[8] Ibid. p. 29
[9] PRADO, Luiz Regis. Op. cit. Vol. II. p. 104.

Esse país foi o palco do mais famoso caso que discutiu o tema aborto. O caso Roe v. Wade, no qual a Suprema Corte Americana entendeu que o direito à privacidade abarcaria o direito da gestante optar sobre a manutenção ou não de sua gravidez. Neste julgamento, a Suprema Corte traçou os requisitos que deveriam ser obedecidos por todos os Estados Norte-Americanos quando fossem legislar sobre o instituto do aborto. [10]

O aborto foi totalmente legalizado sem nenhuma restrição até o primeiro trimestre de gestação por faculdade da gestante devidamente aconselhada por seu médico. Já no segundo semestre, o aborto continuou a ser permitido, porém, determinou a Suprema Corte, que este direito poderia vir a ser restringido visando-se exclusivamente à proteção da saúde da gestante. A proibição poderia vir a ser estipulada por lei somente a partir do terceiro trimestre de gestação, período que há viabilidade fetal extra-uterina, onde a proteção da vida do ser humano em formação poderia ser preferida à opção da gestante, exceto quando a gravidez trouxesse risco de vida para a gestante.

Assim, nota-se que a Suprema Corte Americana privilegiou o direito fundamental da gestante na medida em que legalizou a prática do aborto. Este posicionamento mostra-se claro através de um trecho proferido em decisão da Suprema Corte:

> "Leis contra o aborto violam o direito constitucional à privacidade, que a interrupção da gestação no primeiro trimestre apresenta poucos riscos à saúde materna e que a palavra 'pessoa' no texto constitucional não se refere ao 'não nascido'.". [11]

2.2.2 <u>França</u>

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, a discussão sobre a legalização do aborto na França partiu do legislador e não do poder judiciário.

Em 1975, foi aprovada uma lei temporária que vigeria por 5 anos autorizando a prática do aborto, por médico, até as dez primeiras semanas de gestação a pedido da gestante, quando a gravidez lhe causasse angústia ou, a qualquer tempo, se comprovado o risco de morte ou à saúde da grávida ou em casos de anomalia fetal grave, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico.

---

[10] CAVALCANTE, Alcilene e XAVIER, Dulce. Op. cit. p. 116.
[11] Ibid. p. 201.

Assim, neste mesmo ano, a lei foi declarada constitucional e em 1979 tornou-se definitiva passando a viger plenamente na França.

No entanto, insta observar que a dinâmica na legislação em prol da prática da interrupção da gravidez voluntária não se encerrou com a legalização do aborto nos casos já analisados. Ela perdurou por mais alguns anos.

> Posteriormente, em 1982, foi editada outra lei prevendo a obrigação da Seguridade Social francesa de arcar com 70% dos gastos médicos e hospitalares decorrentes da interrupção voluntária da gravidez.
>
> E, mais recentemente, em 2001, foi promulgada a Lei 2001-588, que voltou a tratar do aborto e, dentre as suas principais inovações, ampliou o prazo geral de possibilidade de interrupção da gravidez de 10 para 12 semanas e tornou facultativa para as mulheres adultas a consulta prévia em estabelecimentos e instituições de aconselhamento e informação, que antes era obrigatória. [12]

2.2.3 Itália

A Itália adota uma política mais liberal em relação ao aborto. Neste país, em 1978, foi editada uma lei que tratou de regulamentar o aborto. Esta lei autorizou a interrupção da gravidez voluntária até os noventa dias de gestação, quando a gravidez trouxer risco de vida ou à saude da gestante, por razões sociais (incluindo as condições familiares e/ou as circunstâncias em que se realizou a concepção), e, ainda, econômicas. Autorizou, ainda, o aborto, em qualquer momento, em caso de risco de vida da gestante ou risco de malformação do feto. [13]

Ressalta-se que, Na Itália, há uma política social que prevê uma entrevista da gestante com as autoridades sanitárias e socias, onde serão discutidas possíveis soluções para o problema enfrentado pela mulher que busquem evitar a interrupção da gravidez.

2.2.4 Alemanha

[12] Ibid. p. 120-121.
[13] Ibid. p. 121-122.

A legislação alemã sofreu várias alterações no decorrer dos anos até que fosse definido qual seria a postura acerca da realização do aborto.

A discussão sobre o a aborto iniciou-se em 1974 com a edição de uma lei que descriminalizava a interrupção voluntária da gestação, praticada por médico até as doze primeiras semanas de gestação. Em virtude disso, foi chamado a se manifestar o Tribunal Constitucional Federal, que no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, decidiu pela inconstitucionalidade desta lei. [14]

A descriminalização do aborto foi afastada privilegiando-se o direito à vida do feto em prol do direito à privacidade da mulher grávida. No entanto, algumas hipóteses foram excepcionadas, autorizando-se a realização do aborto. São elas: gestação que ofereça risco à vida ou à saúde da gestante, má-formação fetal, situação social drmatica da familia e gravidez resultante de violencia sexual. Logo, via de regra, a vida do feto era o bem jurídico que deveria ser protegido em detrimento de qualquer outro.

Posteriormente, adveio com a unificação alemã nova legislação acerca do aborto. Isso, porque na Alemanha Oriental tal conduta era livre no primeiro trimestre da gestação que, conforme já mencionado, conflitava com o posicionamento adotado na Alemanha Ocidental sobre este tema.

Nessa linha, foi editada nova lei, promulgada em 1992 que trazia em seu bojo a autorização da prática do aborto até o primeiro trimestre de gravidez. No entanto, como na Itália, foi adotada uma politica social de assistência à gestante que tinha por objetivo demovê-la da idéia de interromper a gravidez.

Posteriormente, em virtude da lei mencionada ter sido constestada, a Corte Constitucional emitiu nova decisão declarando a inconstitucionalidade da lei que legalizava o aborto no primeiro trimestre da gestação, salvo se esta oferecesse risco para a gestante. Entretanto, esta decisão inovou quando descartou a proteção garantida ao feto exclusivamente pelo direito penal, podendo esta ser alcançada através de medidas de caráter assistencial e administrativo.

Por fim, foi editado um novo diploma legal que descriminalizou o aborto provocado nas três primeiras semanas de gestação, além daquelas outras hipóteses, já mencionadas, que são consideradas legais pelo ordenamento juridico alemão. Entretanto, foi mantida a politica

[14] Ibid. p. 123-125.

assistencialista que presta serviço de aconselhamento à gestante que deseja interromper sua gravidez. [15]

2.2.4 Portugal

A criminalização do aborto em Portugal decorreu da vontade do legislador que foi de encontro à posição do Tribunal que entende que a vida do nascituro não pode ter a mesma importância que a vida de um ser já nascido[16]. Portanto, para o Tribunal, poderia haver a ponderação de interesses entre os direitos constitucionais da mulher (como a sua integridade física e psíquica) e o direito à vida do ser humano em formação.

O Tribunal de Portugal (enfrentando controle preventivo de constitucionalidade de uma proposta de referendo que versava sobre a despenalização geral do abortamento por vontade da gestante realizado até as dez primeiras semanas de gestação) se posicionou no sentindo de ser uma opção da mulher grávida decidir ou não pela interrupção da gravidez em sua fase inicial.

No entanto, o povo, chamado a se manifestar mediante referendo, votou pela manutenção da incriminação do aborto. Seguindo esta consulta popular, porém sem vinculo a mesma, o legislador optou por proteger a vida do feto em prol dos direito fundamentais das mulheres.

Posteriormente, em fevereiro de 2007, realizou-se um segundo referendo sobre a Despenalização da Interrupção Voluntária da Gravidez, no qual o povo votou pela liberalização do aborto até as dez primeiras semanas de gravidez.

Ante o exposto, foi criada a lei 16/2007 que autoriza a prática do aborto, por opção da mulher, até as dez primeiras semanas de gestação, desde que realizado em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido. [17]

2.2.5 Espanha

---

[15] Ibid. p. 127.
[16] Loc. Cit.
[17]WIKIPÉDIA. *Aborto em Portugal.* Net. 9 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_em_Portugal> Acesso em 14 de junho de 2008.

O debate sobre a legalização do aborto neste país surgiu com a aprovação de um projeto de lei, em 1985, que alterou a legislação penal espanhola.[18] Este projeto passava a permitir a interrupção da gravidez, por médico, quando ela oferecesse risco grave para sua vida ou saúde física ou psíquica, a qualquer momento; em caso de gravidez decorrente de violência sexual no primeiro trimestre da gestação; e em hipótese de má-formação fetal nas primeiras vinte e duas semanas.

A Corte, no mesmo ano, decidiu que este projeto de lei era inconstitucional, pois para fins de realização do aborto eugênico ou terapêutico, faltou a exigência de um diagnostico feito por médico diverso daquele incumbido de realizar o aborto. Adotaram, também, o mesmo entendimento de Portugal de que a vida do nascituro, embora protegida pela Constituição, não teria o mesmo grau de importância do que a vida humana já nascida.

Assim, um novo diploma legal foi criado para sanar as falhas do antigo projeto de lei. Permaneceram as mesmas possibilidades para a interrupção da gravidez voluntária anteriormente mencionadas, ressaltando-se que prevalece na Espanha um conceito muito amplo de risco à saúde psíquica da mulher o que ocasiona um aumento nas possibilidades de aborto legal.[19]

2.2.6 Canadá

Neste país, adota-se uma política livre de aborto, onde a interrupção voluntária da gestação é considerada um direito fundamental da mulher. Esta decisão deu-se em 1988, no julgamento do caso Morgentaler Smoling and Scott v. The Queen.[20]

A Suprema Corte canadense entende que a incriminação do aborto acarreta violação da segurança pessoal da mulher, uma vez que a mulher grávida será forçada a levar sua gestação até o final por meio de imposição legal, bem como aumenta o risco para saúde da gestante que se arriscava muitas vezes em clínicas clandestinas.

Por fim, ainda há países onde o aborto é terminantemente proíbido em qualquer circunstância, mesmo que acarrete perigo de morte para a gestante. É o caso do Chile e da

[18] Ibid. p. 130.
[19] Ibid. p. 131.
[20] Ibid. p. 131.

Nicarágua, por exemplo. O aborto nestes países é ilegal e proibido durante todo o período da gestação e em quaisquer hipóteses.

2.3 Aborto nas Legislações Brasileiras

Após o estudo acerca da pratica do aborto e sua aceitação ou não nas sociedades primitivas e no direito comparado, adentraremos em um estudo mais específico sobre esta conduta nas legislações brasileiras. Relembraremos como o instituto do aborto era tratado desde o Código do Império de 1830 até o Código Penal de 1940 vigente hoje no país.

2.3.1 Código Criminal do Império de 1830

No Brasil, a primeira previsão do aborto numa legislação ocorreu no Código Criminal do Império de 1830. Nele encontramos algumas peculiaridades. De forma alguma haveria punição do aborto provocado pela própria gestante, ou seja, o auto-aborto não era considerado crime. [21]

O aborto era considerado crime apenas quando realizado por terceiro. Mais grave, ainda, seria quando não houvesse o consentimento da gestante, caso em que ocorreria a duplicação da pena. O aborto praticado por terceiro que contasse com o consentimento da gestante era sancionado com pena de prisão com trabalho por um a cinco anos.

O fornecimento de meios abortivos também era punido. E mesmo que o aborto não fosse praticado havia a responsabilização, punindo-se de certa forma os atos preparatórios. No entanto, se o sujeito ativo deste delito fosse médico ou similar, a pena era agravada. [22]

2.3.2 Código Penal de 1890

[21] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal.* 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II. p. 126.
[22] Ibid p. 126-127.

Diversamente do Código Criminal Imperial de 1830, o Código Penal de 1890 criminalizou a prática do auto-aborto, ou seja, aquele em que a gestante pratica o abortamento em si mesma. Entretanto, teria sua pena atenuada caso realizasse esse aborto com a finalidade de ocultar desonra própria.

Essa ordenação distinguia o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do ser em formação. No caso da manobra abortiva ocasionar a expulsão do feto, a pena seria mais grave. Da mesma forma, seria agravada a pena caso resultasse na morte da gestante.

Uma outra peculiaridade trazida por esse código foi a possibilidade de realização do aborto necessário. Quando fosse diagnosticado que a manutenção da gravidez implicaria em grave risco para a vida da gestante, isto é, que sua morte seria inevitável, autorizava-se a interrupção da gravidez. Esta legislação admitia, então, a realização do aborto para salvar a vida da gestante.

No entanto, caso o médico e/ou a parteira agissem com imperícia e, culposamente, causassem a morte da gestante, seriam punidos com prisão celular por dois meses até dois anos, além da privação do exercício da profissão por igual tempo ao da condenação.

3 ABORTO E A LEGISLAÇÃO ATUAL (DECRETO-LEI Nº. 2.848, DE 7 DEZEMBRO DE 1940)

3.1 Previsão Legal

O crime de aborto encontra-se descrito na parte especial do Código Penal, mais precisamente no rol que elenca todos os crimes praticados contra a vida, *in verbis:*

> **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**
>
> Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
>
> Pena – Detenção, de um a três anos.
>
> **Aborto provocado por terceiro**
>
> Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
>
> Pena – Reclusão, de três a dez anos.
>
> Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:
>
> Pena – Reclusão de um a quatro anos.
>
> Parágrafo Único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.
>
> **Forma qualificada**
>
> Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se. Em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.
>
> Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
>
> **Aborto necessário**
>
> I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
>
> **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**
>
> II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

3.2 Conceito

Nosso diploma legal não traz em seu bojo o conceito da palavra aborto. Restringiu-se a adotar a expressão "provocar aborto", tipificando tal conduta e imputando-lhe a devida sanção penal. Com isso, coube à doutrina definir tal expressão.

Segundo Julio Fabbrini 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 na sua expulsão. [23]

Preleciona, ainda, Fernando Capez: "considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto.". [24]

Corroborando este entendimento temos Cezar Roberto Bitencourt:

> Aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o inicio do parto, que é o marco final da vida intra-uterina [...] Para se configurar o crime de aborto é insuficiente a simples expulsão prematura do feto ou mera interrupção do processo de gestação, mas é indispensável que ocorram as duas coisas, acrescidas da morte do feto, pois somente com a ocorrência desta o crime se consuma. [25]

Portanto, não é suficiente para que se tenha configurado o crime de aborto a simples expulsão do feto, bem como a mera interrupção da gravidez, uma vez que estas duas condutas isoladas não necessariamente acarretariam a morte do feto. É imprescindível em quaisquer dos casos a o perecimento do produto da concepção.

Vejamos a hipótese da interrupção da gestação com a conseqüente expulsão do feto. Neste caso, a configuração do crime de aborto seria incerta, tendo em vista que estas duas condutas, mesmo que combinadas, não seriam fundamentais para provocar a morte do feto, pois este teria chances de sobreviver.

Da mesma forma poderia haver a prática do aborto sem a conseqüente expulsão do feto do ventre materno derivada de alguma manobra abortiva que cause a reabsorção pelo organismo do feto destruído. Logo, se pensássemos que a expulsão do feto é imprescindível para a configuração do aborto, não teríamos nesta hipótese a pratica de tal crime.

Então, de acordo com este entendimento, aborto criminoso preleciona Cezar Roberto Bitencourt citando em sua obra as palavras de Hélio Gomes acerca da definição do aborto

---

[23] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Vol. 2 - parte especial: Arts. 121 a 234 do CP.18ª ed. – São Paulo : Atlas S.A., 2001. p. 93.

[24] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Vol. 2 : parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts.121 a 212) - 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2004. p.108.

[25] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. Vol. 2. p. 129.

criminoso: "é a interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu estado evolutivo, desde a concepção até momentos antes do parto.". [26]

Compartilha deste posicionamento Nélson Hungria: "O aborto, em face do Código, é crime de dano (ou material): é necessário, para sua consumação, que se opere, efetivamente, a oscisão do feto *intra uterum* ou a interrupção da gravidez e conseqüente morte do feto [...].".[27]

É indispensável para a configuração do delito que a mulher esteja grávida e seu feto com vida, advindo a morte deste através de praticas abortivas, ou seja, deve haver uma ligação entre as manobras abortivas praticadas pelo agente com a finalidade de interromper a gravidez (conduta) e a morte do feto (resultado).

Entretanto, não é pacifico na doutrina o termo inicial da gravidez. Para alguns doutrinadores, como Marrey Adriano, a vida intra-uterina tem inicio desde a concepção, ou seja, a partir do momento que houvesse a fecundação do óvulo pelo espermatozóide já seria possível a prática do crime de aborto. [28]

Contudo, compartilhamos do entendimento adotado por Luis Régis Prado:

> O termo inicial para a prática do delito em exame é, portanto, o começo da gravidez. Do ponto de vista biológico, o inicio da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem inicio com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno (nidação). [29]

Assim, entendemos que a vida intra-uterina só passaria a ter relevância jurídica e, portanto, passível de proteção pelo direito penal, a partir da nidação, isto é, quando o óvulo já fecundado se implantasse no útero materno, o que ocorre quatorze dias após a fecundação. Antes deste estágio, não haveria o crime de aborto, afastando assim, a discussão sobre o uso de contraceptivos que impedem justamente o fenômeno da nidação.

Portanto, só haveria proteção à vida humana em formação e conseqüente crime de aborto tipificado no Código Penal, a partir da nidação até o início do parto, que ocorre no parto natural com a ruptura da membrana amniótica e, na cesariana, com o início das incisões abdominais.

Frise-se que se as manobras abortivas forem praticadas após o início do parto, dependendo do sujeito ativo, passaremos a ter outra tipificação legal. Será crime de infanticídio quando provocado pela mãe em estado puerperal logo após o parto ou crime de

---

[26] Loc. Cit.
[27] HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. V. p. 288.
[28] MARREY, Adriano. O crime de aborto. RT 329/10 *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. Vol. 2. Op. Cit. p. 94.
[29] PRADO, Luis Regis. Op. cit. Vol. 2. p. 107.

homicídio quando provocado por terceiro, ambos sancionados com penas mais graves, constatando-se que a vida de alguém já nascida é protegida com maior intensidade do que a vida intra-uterina.

> Se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, iguala-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar homem, e que a simbiose com o corpo da mãe faz surgir colisões de interesses que terão de ser resolvidas através de ponderações. [30]

Entendemos que para a consumação do aborto não é necessária a prova de viabilidade do feto.

> Para a existência do aborto, não é necessária a prova da vitalidade do feto. Conforme adverte HAFTER, pouco importa se o feto era ou não vital, desde que o objeto da proteção penal é, aqui, antes de tudo, a vida do feto, a vida humana em germe. [31]

Por fim, após todas estas análises poderíamos dizer que aborto seria a interrupção da gravidez através de práticas abortivas que causassem a morte do feto, não havendo necessidade de sua expulsão, desde a implantação do óvulo fecundado no útero materno (nidação) até o início do parto.

3.3 Bem Jurídico Tutelado

O bem jurídico tutelado no crime de aborto é a vida intra-uterina do ser humano. Aliás, tal delito encontra-se topograficamente localizado no Capítulo do Título I do Código Penal denominado dos crimes contra a vida. Numa legislação garantista como a nossa, adotou-se uma proteção ampla ao direito á vida. Tutela-se não apenas a vida extra-uterina, mas também a vida intra-uterina.

No entanto, Luis Régis Prado entende que o bem jurídico tutelado quando o a aborto é realizado por terceiro é, além do feto, a integridade física e psíquica da gestante:

> [...] no aborto provocado por terceiro (com ou sem o consentimento da gestante) tutelam-se também – ao lado da vida humana dependente (do embrião ou feto) – a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher grávida. Todavia, apenas é possível vislumbrar a liberdade ou a integridade

[30] ROXIN, Claus. "A proteção da Vida Humana do Direito Penal". Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível na Internet: http:// www. Mundojuridico.adv.br. *apud* CAVALCANTE, Alcilene e XAVIER, Dulce. Op. Cit. p. 147.

[31] HUNGRIA, Nélson. Op. cit. p. 300-301.

> de pessoal como bens jurídicos secundariamente protegidos em se tratando de aborto não consentido (art. 125, CP) ou qualificado pelo resultado (art. 127, CP). [32]

O objeto material do crime de aborto é o produto da concepção, que, como já visto, para ser passível de proteção jurídica pelo direito penal ocorre 14 dias após a fecundação do óvulo pelo espermatozóide com a implementação deste no útero materno. Este é o fenômeno da nidação.

Vale lembrar que o objeto material do crime de aborto pode ser o óvulo fecundado, o embrião ou o feto. Assim, temos o aborto ovular (se cometido até os dois primeiros meses de gestação), embrionário (se cometido no terceiro ou quarto mês de gravidez) e fetal (se cometido a partir do quinto mês de gravidez). [33]

3.4 Sujeitos do Delito

3.4.1 Sujeito Ativo

Como há três tipificações distintas para o crime de aborto (arts. 124, 125 e 126 do Código Penal), delas dependerá a precisa indicação do sujeito ativo.

No crime de auto-aborto ou aborto praticado pela gestante, tipificado no art. 124 do Código Penal, o sujeito ativo é a própria gestante, pois somente ela pode provocar aborto em si mesma ou permitir que outrem lho provoque. Trata-se, portanto, de um crime de mão própria.

Tanto o artigo 125 como o art. 126 do Código Penal dizem respeito ao terceiro que provoca aborto na gestante. Em ambos os casos qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo.

3.4.2 Sujeito Passivo

[32] PRADO, Luis Regis. Op. cit. Vol. 2. p. 105-106.
[33] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado.* Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 414.

No crime de auto-aborto ou com seu consentimento (art. 124 do Código Penal) o sujeito passivo será o feto. Nesta modalidade, a gestante não figura como sujeito passivo, uma vez que a autolesão não é tipificada como crime no nosso ordenamento jurídico.

Já, no art. 125 do Código Penal, temos o crime de aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante. Neste caso, tanto o feto, de forma precípua, como a gestante, esta de forma secundária figurarão como sujeitos passivos. Adota este entendimento Cezar Roberto Bitencourt, "nessa espécie de aborto, há dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante.". [34]

Por último, temos o crime de aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante (art.126 do Código Penal), no qual o sujeito passivo será somente o produto da concepção.

> Quanto ao sujeito passivo, entendemos que somente o fruto da concepção (óvulo fecundado, embrião ou feto) é que poderão gozar desse *status,* pois que se a gestante permitir que com ela sejam praticadas as manobras abortivas, as lesões de natureza leve, porventura sofridas não a conduzirão a também assumir o *status* de sujeito passivo, dado o seu consentimento. Contudo sendo graves as lesões ou ocorrendo a morte da gestante, esta também figurará como sujeito passivo, mesmo que secundariamente, haja vista a invalidade de seu consentimento, em decorrência da gravidade dos resultado. [35]

3.5 Tipicidade Objetiva e Subjetiva

A conduta tipificada objetivamente no Código Penal consiste em "provocar aborto" (dar causa; originar).

Sabe-se, no entanto, que não há um conceito definidor da expressão aborto e, por isso, deixamos a cargo da doutrina fazê-lo. Assim, entendemos por aborto a interrupção da gravidez mediante manobras abortivas direcionadas a causar a morte do feto, não sendo necessária sua expulsão do ventre materno para que o crime se reste consumado.

Como já visto anteriormente, o objeto jurídico do delito de aborto é o ser humano em formação, isto é, para que reste configurado este crime é necessário que a mulher esteja grávida e o feto vivo, ou seja, a morte deste deve decorrer diretamente das manobras

[34] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. Vol. 2. p. 129.
[35] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado.* Op. cit. 413

abortivas. Caso seja comprovado que a mulher não estava grávida ou o feto já estava morto antes da provocação, não haverá crime diante da absoluta impropriedade do objeto.

Nesse sentido, preleciona o doutrinador argentino Sebastian Soler: "Claro está que siendo el aborto un delito contra la vida, no se dará la figura cuando la muerte del feto sea anterior a la maniobra expulsiva. Provocar la expulsion de un feto muerto noe es delito.".[36]

Seguindo a doutrina majoritária, só haverá crime de aborto a partir da nidação, que ocorre com a implantação do óvulo fecundado no útero materno, até o início do parto, seja pelas incisões abdominais na cesariana ou pela ruptura do saco amniótico no parto normal. A partir do início do parto, o crime será de homicídio (provocado por terceiro) ou infanticídio (provocado pela mãe).

Ressalta-se que a gravidez deve ser normal, e não patológica, como se dá na gravidez extra-uterina (quando o óvulo não se desenvolve no útero) ou na gravidez molar (consiste em uma particular formação neoplástica, derivada principalmente das membranas fetais, sem que necessariamente haja a presença de um embrião). Nestes casos, a interrupção da gestação não configuraria delito de aborto. [37]

Ressalta-se que para que se tenha configurado o crime de aborto deve-se analisar o momento em que a conduta delitiva foi praticada, em consonância com a teoria da atividade adotada pelo nosso Código Penal em seu art. 4º, *in verbis*: "Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.".

Portanto, não importa que o feto venha a morrer após sua expulsão do ventre materno, basta para que tenhamos o crime de aborto consumado, que conduta criminosa que originou a morte do feto tenha se verificado no período compreendido entre a nidação e o inicio do parto.

Como se trata de crime de forma livre são variados os meios empregados para provocação do aborto, porém estes mecanismos para causar o abortamento devem ser capazes de atingir o resultado pretendido pelo agente, a morte do feto. Estão divididos em três grupos, como bem os exemplifica Luis Régis Prado:

> 1) químicos ou bioquímicos: são meios internos, ou seja, introduzidos no organismo da gestante estimulam as contrações dirigidas à expulsão do produto da concepção. As substâncias químicas empregadas podem ser inorgânicas (v.g., ácidos minerais, compostos de sódio, potássio, ferro ou

[36] SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino.* Tercera reimpresion – tomo III. Argentina – Buenos Aires: Tipografi8ca Editora Argentina, 1956. p. 113. Tradução livre: É evidente que o aborto é um crime contra a vida, não figurando crime quando a morte do feto ocorra antes da manobra abortiva. Provocar a expulsão de um feto morto não configura delito.

[37] HUNGRIA, Nélson. Op. cit. p. 296.

> mercúrio, sais de cobre, chumbo ou prata etc.) ou orgânicos, de origem animal (v.g., cantárida, extrato de hipófise ou pituitária etc.) ou vegetal (v.g., alcalóides, ácidos orgânicos, venenos hemáticos, amargos ou purgativos, plantas aromáticas etc.).
>
> 2) físicos: podem ser mecânicos, térmicos ou elétricos. Os meios mecânicos se dividem em diretos (atuam diretamente sobre o aparelho genital – como a curetagem e a sucção uterina, punção, a microcesária etc.) ou indiretos (operam à distância do aparelho genital – esforço físico, quedas etc.). os meios térmicos compreendem, por exemplo, a aplicação de gelo ou compressas quentes. Já os meios elétricos consistem sobretudo na atuação da corrente galvânica ou farádica (choque elétrico por máquina estática etc.)
>
> 3) psíquicos: consistem em sustos, sugestões, choques morais, provocação de terror etc. pagina. [38]

É importante salientar que o crime de aborto pode ser tanto comissivo como omissivo. A omissão se vê presente naqueles casos em que o médico, a enfermeira ou a parteira, por exemplo, tem o dever de impedir o aborto espontâneo ou acidental e, dolosamente, nada fazem para evitar tal resultado.

Não houve previsão da modalidade culposa no crime de aborto, portanto, este delito só será punível a título de dolo, ou seja, deve haver consciência e vontade para produzir a morte do feto. Nessa linha, o agente deve ter consciência de que a mulher está grávida e dirigir sua vontade para causar a morte do feto.

Frise-se que são admitidos tanto o dolo direto, no qual o agente age com vontade livre e consciente de interromper a gravidez, gerando a morte do produto da concepção, como o dolo eventual, no qual o sujeito ativo com seu comportamento aceita como possível a produção do aborto.

Dessa forma, como não há previsão legal para a forma culposa, uma gestante que origina um aborto por não observa seu dever de cuidado não será punida. Da mesma forma, se um terceiro, culposamente, causa um abortamento não responderá pelo crime de aborto e, sim, somente pelas lesões corporais culposas causadas com a expulsão do feto.

3.6 Modalidades de Aborto

O aborto pode decorrer tanto de um processo natural, como da atividade humana, como se verá a seguir.

---

[38] PRADO, Luis Regis. Op. cit. Vol. 2. p. 109.

3.6.1 Aborto Natural

É aquele que ocorre por circunstâncias alheias à vontade humana. Ocorre devido a um processo natural decorrente de inúmeros fatores, mas que não está relacionado a nenhuma causa humana.

Nosso Código Penal não tipifica nem incrimina este tipo de aborto, visto que se consuma independentemente da vontade humana, trata-se simplesmente de um fenômeno natural. Assim para se ter caracterizado um infração penal é necessário que o aborto seja provocado.

> Para fins de aplicação da lei penal, não nos interessa o chamado aborto natural ou espontâneo, haja vista que o próprio organismo, de acordo com um critério natural, se encarrega de levar a efeito a seleção dos óvulos fecundados que terão chance de vingar. [39]

3.6.2 Aborto Provocado

É aquele que decorre de uma atividade humana. Decorre de circunstâncias produzidas pela própria gestante ou por terceiros que, dolosamente, acabam levando a interrupção da gestação. Como já analisado não existe tipificação para o aborto culposo ou acidental.

Veremos a seguir que o aborto provocado pode ser tanto criminoso como legal e, neste caso, o fato será atípico e seu agente não será responsabilizado pelo delito, conforme prevê a legislação penal.

3.6.2.1 *Aborto Criminoso*

São as ditas espécies dolosas dispostas nos artigos 124 (auto-aborto ou aborto provocado com consentimento da gestante), 125 (aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante) e 126 (aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante).

---

[39] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal.* v. II – parte especial: arts. 121 a 154 do CP. 3ª ed. revista ampliada e atualizada art. 1º de Janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 243.

Nesse contexto, preleciona Cezar Roberto Bitencourt que "o crime de aborto exige as seguintes condições jurídicas: dolo, gravidez, manobras abortivas e a morte do feto, embrião ou óvulo.". [40]

Passemos para uma análise mais específica de cada uma dessas três modalidades:

3.6.2.1.1 Auto-Aborto e Aborto Consentido

O artigo 124 do Código Penal elenca duas possibilidades: o auto-aborto e o aborto consentido.

Na primeira parte do art. 124 do mesmo diploma legal temos o auto-aborto: "provocar aborto em si mesma". Nesta hipótese a própria gestante provoca o abortamento, ela mesma interrompe sua gestação. Trata-se, portanto, de crime de mão própria, somente a gestante pode figurar como sujeito ativo.

Entretanto, não se admite a co-autoria, mas é possível a participação e, neste caso, adotamos a posição de que o partícipe será responsabilizado penalmente de acordo com a sua conduta. Assim, se o mesmo atuar instigando, auxiliando ou induzindo, responderá pelo delito do art. 124. Todavia, se o terceiro intervier nos atos executórios responderá pelo art. 126 CP como autor do crime e não mero partícipe. [41]

Já, na segunda parte do artigo é definido o aborto consentido, ou seja, a gestante consente que outrem lhe provoque o aborto. No entanto, não é a mulher grávida que provoca o aborto em si mesma e, sim, um terceiro que ocasiona o aborto com consentimento da gestante. Cumpre frisar que o consentimento da gestante deve ser válido.

Ressalta-se que a mulher responderá pela infração cominada no art. 124, segunda parte e o terceiro que provocou o aborto pela sanção cominada no art. 126, onde a pena é mais severa. Como já mencionado, este crime não admite a co-autoria, constituindo exceção à teoria monista consagrada pelo nosso Código Penal.

> Essa exceção à teoria monística, no crime de aborto consensual, fundamenta-se no desnível do grau de reprovabilidade que a conduta da gestante que consente no aborto apresenta em relação à daquele que efetivamente pratica o aborto consentido. Com efeito, a censura da conduta da gestante que consente, na ótica do legislador, é consideravelmente inferior à conduta do

[40] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. Vol. 2. p. 130
[41] MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. Vol 2. p. 96-97.

> terceiro que realiza as manobras abortivas consentidas. O desvalor do consentimento da gestante é menos que o desvalor da ação abortiva do terceiro que, concretamente, age, isto é, realiza a atividade de provocar o aborto. [42]

3.6.2.1.2 Aborto Provocado por Terceiro

Nesta modalidade temos o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (artigo 125) e o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante ou aborto consensual (artigo 126).

No que concerne ao aborto provocado sem o consentimento da gestante pode se dar através de duas formas, por ausência de consentimento real e por ausência de consentimento presumido.

No primeiro caso, a gestante deve desconhecer que o aborto está sendo praticado ou este pode ocorrer mediante fraude, ameaça ou violência (Parágrafo único, segunda parte do artigo 126 CP). Já no segundo caso, presumir-se-á a falta de consentimento nos casos em que a gestante possuir menos de quatorze anos ou for débil mental ou alienada (art. 126, parágrafo único, 1ª parte c/c art. 224 do CP).

Por outro lado, em se tratando de aborto consensual, o agente incidirá no crime definido pelo artigo 126 e a gestante que consentir responderá pelo crime tipificado no artigo 124, 2ª parte. Insta observar que o consentimento deve ser válido e existir desde o início da conduta até a consumação do aborto, sob pena de o terceiro responder pelo crime do art. 125, onde a sanção penal é mais grave.

3.6.2.2 *Legal*

O bem jurídico tutelado no crime de aborto é o maior de todos, a vida. Por isso, a regra é a criminalização de práticas que ocasionem o aborto, como ocorre no auto-aborto, no aborto consentido e no aborto provocado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante.

No entanto, esta proteção não é absoluta. Diante de circunstâncias especiais este bem poderá ser sacrificado e o aborto poderá ser realizado sem que a gestante e o médico que o

[42] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. Vol. II. p. 133.

realize sofram qualquer tipo de penalização. Nestas duas hipóteses que serão analisadas a seguir, prefere-se a integridade física e psíquica da mulher à vida do ser humano em formação.

Assim, a nossa legislação penal prevê no seu artigo 128 somente duas exceções: o aborto necessário e o aborto sentimental, *in verbis*:

> Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
>
> **Aborto necessário**
>
> I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
>
> **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**
>
> II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

3.6.2.2.1. Aborto Necessário

A primeira hipótese de aborto legal previsto em nossa legislação encontra-se no inciso I do artigo 128 do Código Penal. Estabelece que será possível a realização do aborto quando não houver outra forma de salvar a vida da gestante. Permite-se o aborto quando a intervenção cirúrgica que promova a interrupção da gravidez seja a única forma de salvar a vida da gestante.

Aqui, encontra-se uma verdadeira hipótese de estado de necessidade, que promove a exclusão da ilicitude da conduta. O delito é conceituado como "toda *ação ou omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável*". [43]

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico público interno responsável pela proteção de bens especialmente relevantes para o convívio social. Os bens jurídicos representam valores sociais que precisam de proteção jurídica. A proteção e o respeito desses bens constituem uma necessidade social, já que somente assim há viabilidade da vida em sociedade.

No entanto, não são todos os bens e todas as modalidades de agressões que estão amparados pela tutela penal. O direito penal tem uma atuação subsidiária, isto é, somente será autorizada sua intervenção na defesa de bens imprescindíveis para o convívio em sociedade,

[43] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral: arts.1º a 120 – 3. ed. rev. , atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.289.

aqueles que quando violados precisam ser apenados de maneira mais gravosa, pois, caso contrário levaria a um verdadeiro caos e insegurança na sociedade. Esta atuação ocorre de forma subsidiária, pois sua forma de intervenção é extremamente coercitiva, é a forma mais grave de intervenção na liberdade individual.

Nessa linha, Luiz Regis Prado ensina:

> O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo , a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio.*[44]

Nesse contexto, para tutelar tais bens o direito penal lança mão dos tipos penais. O tipo penal pode ser compreendido como uma descrição abstrata de uma conduta que é proibida. É o modelo de comportamento proibido previsto na lei penal. Em regra, o tipo penal descreve uma ação ou omissão que é proibida pelo ordenamento jurídico justamente por causar uma lesão ou perigo de lesão muito significante ao bem tutelado. Assim, ocorrendo a subsunção da conduta praticada ao modelo legal previsto no tipo, estará presente a tipicidade.

A previsão desses tipos penais é importante para os agentes porque torna certos os bens socialmente valiosos que reclamam proteção penal. Além disso, representa uma garantia para os mesmos perante o Estado, uma vez que limita o poder de punição do mesmo. Somente nos casos previstos na legislação penal poderá o indivíduo sofrer punição pelo Estado.

O segundo elemento que compõe o conceito de delito é a ilicitude ou antijuridicidade. A ilicitude pode ser compreendida como "a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico". [45] Em regra, quando se pratica uma conduta típica ela estará contrariando o ordenamento jurídico como um todo. Mas, excepcionalmente pode ocorrer de uma conduta se subsumir a um tipo penal, mas não contrariar o ordenamento jurídico. Nesse caso, estará presente uma das causas excludentes de ilicitude. Por isso, não se pode dizer que quando uma conduta se apresenta típica também é ilícita. Na verdade, há apenas indícios de que também seja ilícita, como afirma doutrina dominante

As causas legais de exclusão da ilicitude encontram-se previstas no artigo 23 do Código Penal, são elas: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do

---

[44] Ibid. p.119.

[45] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal.* Vol. 1. Parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 23ª. ed. – São Paulo : Atlas, 2005. p.172.

dever legal e o exercício regular do direito. Presente uma dessas causas, o fato continuará sendo típico, mas estará excluída sua ilicitude.

Por fim, encontra-se a culpabilidade. Entende-se como culpabilidade "a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita" [46]. Na culpabilidade realiza-se um censura sobre o agente, se ele pode ser reprovado por ter praticado aquele ato típico e ilícito. Faz-se um reprovabilidade sobre o injusto ao autor, uma reprovação pessoal por ter atuado de maneira contrária ao ordenamento, isto desde que pudesse agir em conformidade com o estabelecido em lei.

A culpabilidade é composta por três elementos: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade é caracterizada como a capacidade que o agente tem de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Já o potencial conhecimento da ilicitude representa o poder que o agente tem para saber que o ato praticado é juridicamente proibido. Não se exige o conhecimento real dessa contrariedade, basta que exista possibilidade desse conhecimento. E por último, encontra-se a exigibilidade de conduta diversa, que representa a possibilidade que o agente tinha de atuar de acordo com o direito diante das circunstâncias concretas em que o fato criminoso ocorreu. O agente poderia ter agido de outra maneira, atuando em consonância com a lei.

Apresentada essa breve explanação sobre o conceito de crime e dos elementos que o compõe, pode-se afirmar que no inciso I do artigo 128 do Código Penal que autoriza a realização do aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, está presente o estado de necessidade, que exclui a ilicitude da conduta.

O estado de necessidade caracteriza-se pelo conflito de bens protegidos pela lei penal, em que somente um bem poderá ser salvo, ocorrendo necessariamente o sacrifício do outro. Celso Delmanto o define como "situação de perigo atual, não provocado voluntariamente pelo agente, em que este lesa bem de outrem, para não sacrificar direito seu ou alheio, cujo sacrifício não podia ser razoavelmente exigido.". [47]

O nosso Código Penal adotou em relação ao estado de necessidade a teoria unitária em seu artigo 24. "O estado de necessidade é sempre uma causa de justificação, independentemente da ponderação de bens em confronto.".[48]

---

[46] PRADO, Luiz Regis. Op. cit Vol. 1. p. 342.
[47] DELMANTO, Celso. Código penal comentado– 6. ed. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47.
[48] PRADO, Luiz Regis. Op. cit. Vol. 1. p.319.

São requisitos elencados na lei para que haja o estado de necessidade: perigo atual, inevitável, não seja razoável o sacrifício de direito próprio ou alheio, não provocação pela vontade do agente e conhecimento e vontade de atuar de acordo com uma situação justificadora.

O primeiro requisito refere-se à existência de um perigo atual. Deve ser entendido como um perigo que esteja acontecendo, uma situação concreta. É uma situação presente, e não aquela futura, na qual existe uma simples possibilidade de existir. Além disso, este perigo tem que ser inevitável, isto é, não ser evitável por outro modo a lesão ao bem jurídico de terceiro.

Ademais, não se exige que o direito preservado seja próprio. Quando presentes os requisitos autorizadores do estado de necessidade, o agente poderá agir para salvaguardar bens de terceiros. E, para aferir se não era razoável exigir o sacrifício do bem preservado deve-se lançar mão de uma ponderação dos bens e interesses tutelados. E nessa ponderação, o bem sacrificado deve ser inferior ao preservado. O mal causado deve ser menor do que o evitado.

O agente que age em legítima defesa não pode ter causado a situação de perigo dolosamente. Aquele que promoveu a situação de perigo de maneira intencional está impedido de argüir estado de necessidade. Mas não há nenhum impedimento para o agente que a tenha provocado de forma culposa.

Por fim, exige-se a presença de um elemento subjetivo que é o conhecimento da situação de perigo e a vontade de agir para salvar o bem jurídico. Não basta que exista no caso concreto a presença dos requisitos objetivos se o agente não os percebeu nem agiu com vontade de empreender o salvamento.

Nesse contexto, o inciso I do artigo 128 do Código Penal abarca a hipótese em que existe o conflito entre dois bens juridicamente tutelados: vida do feto e a vida da gestante. A manutenção da gravidez representa um perigo para a vida da gestante, perigo que se concretiza com a perda dessa vida. Nesta hipótese, impossível conciliar a preservação da vida da gestante e a manutenção da gravidez. A preservação de um bem implicará necessariamente na agressão ao outro.

Assim, o legislador ao realizar uma ponderação dos bens e interesses em confronto, entendeu que no presente caso, a vida da gestante seria a de maior valor. Percebeu que neste caso não seria razoável exigir-se o sacrifício da vida da gestante. Como não é possível manter

uma vida sem sacrificar a outra, entendeu que com a morte do feto estaria causando um mal menor do que aquele evitado.

Nesse sentido, afirma Luiz Regis Prado que essa preponderância da vida da gestante em face da vida do feto decorre da própria valoração feita pelo código penal quando confere pena maior ao homicídio que ao aborto, conferindo maior valor ao ser humano vivo independente.

> [...] O mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe). E essa assertiva resulta da própria valoração feita pelo Código Penal brasileiro, que confere maior valor à vida humana extra-uterina que à intra-uterina: a pena do homicídio simples é de reclusão, de seis a vinte anos (art. 121, caput, CP), enquanto a pena do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da mulher é de reclusão, de três a dez anos (art. 125, CP). Não há, portanto, conflito entre bens iguais. [49]

Essa modalidade de aborto exige, então, que a intervenção cirúrgica seja a única maneira de proteger a vida da gestante. Não basta que haja risco para a saúde da mesma. Para tornar lícita a conduta é preciso que haja risco à vida, e não apenas para a saúde da gestante. "Observe-se que não se trata tão-somente de risco para a saúde da gestante; ao médico caberá avaliar se a doença detectada acarretará ou não risco de vida para a mulher grávida.". [50]

Em relação a presença desse perigo para a vida da gestante, entende-se que não precisa ser atual, basta que seja iminente, isto é, que a manutenção da gravidez resulte na morte da gestante. "O requisito básico e fundamental é o *iminente perigo à vida da gestante,* sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave.". [51]

Essa forma de intervenção não precisa contar com o consentimento da gestante ou de seu representante legal. Basta que o médico diagnostique um perigo iminente para a vida da gestante, sendo esta intervenção a única forma de preservar a sua vida.

Dito isto, percebe-se uma verdadeira exclusão da ilicitude pela existência de um estado de necessidade, uma vez que quando da gravidez decorrer perigo para a vida da gestante, torna-se o aborto a única forma de preservar a mesma, optando-se por causar um mal menor que é a morte do feto, com a preservação de um bem maior, a vida da gestante.

---

[49]PRADO, Luiz Regis. Op. cit. Vol. 2. p.115.
[50] CAPEZ, Fernando. Op. cit. Vol. 2. p.121.
[51]BITENCOURT,Cezar Roberto. Op. cit. Vol. 2. p.137.

3.6.2.2.2 Aborto Sentimental

Nosso Código Penal prevê uma outra hipótese de aborto legal, encontrando-se no inciso II do artigo 128. Conhecido como aborto sentimental, humanitário ou ético, autoriza a sua realização quando a gravidez resultar de um estupro. Então, o aborto é autorizado quando o feto é originado a partir de uma violência contra a liberdade sexual da mulher. A gestante foi obrigada mediante violência ou grave ameaça a permitir que com ela se realizasse ato sexual.

Assim, justifica-se a autorização desse aborto uma vez que não se poderia obrigar a mulher que sofre uma violência tão grave em sua liberdade sexual a manter uma maternidade que lhe traga constantes lembranças dos momentos terríveis a que foi constrangida. Estará em convívio com um ser que lhe trará lembranças da violência vivida, podendo lhe acarretar grande sofrimento. Normalmente a mulher que sofre este tipo de violência precisa de um auxílio psicológico para retomar sua vida normal e superar o trauma que tal conduta lhe ocasiona. Maior ainda seria a dificuldade quando dessa violência sobreviesse uma gravidez, que possivelmente lhe trará lembranças do fato ocorrido.

Desse modo, no conflito de bens jurídicos apresentado, vida do feto e a honra, sofrimento da mulher, nosso legislador entendeu melhor conceder a mulher a opção de interromper a gravidez. Não se deve radicalizar e entender que a mulher que sofre tal violência nunca superará o drama sofrido e que jamais desenvolverá um sentimento maternal sobre aquele ser. Muitas vezes a mulher consegue superar essas adversidades apresentadas e desenvolver um relacionamento materno igual ao existente quando a gravidez ocorre em circunstâncias normais. Somente no caso concreto será possível aferir a existência ou não dessas circunstâncias, cabendo a própria gestante perceber o sentimento que ela desenvolve e se deve ou não interromper a gravidez.

Divergência surge quanto à natureza jurídica dessa causa de justificação. Fernando Capez entende que "o art. 128, II, do CP não faz qualquer distinção entre o estupro com violência real ou presumida (CP, art.224), donde se conclui que este último está abrangido pela excludente da ilicitude em estudo". [52]

Nesse sentido também se posiciona Cezar Roberto Bitencourt:

---

[52] CAPEZ, Fernando. Op. cit. Vol. 2. p.122.

> É uma forma diferente e especial de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que "não há crime", como faz no art. 23 do mesmo diploma legal. Em outros termos, O Código Penal, quando diz que "não se pune o aborto", está afirmando que o aborto é lícito naquelas duas hipóteses que excepciona no dispositivo em exame. [53]

Apesar dos ilustres autores acima mencionados entenderem que há exclusão da ilicitude no presente caso, eles não apontam que motivo fundamentaria a exclusão da mesma, se haveria estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de um dever legal ou exercício regular de direito.

Assim, diante dessa falta de clareza dos argumentos que determinariam a causa de exclusão da ilicitude que estaria presente nesta hipótese, na doutrina comumente cogita-se da possibilidade de apenas 2 dessas causas: estado de necessidade e exercício regular de um direito.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado adotando a teoria diferenciadora, entende existir um estado de necessidade exculpante, que promoveria a exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa. A teoria diferenciadora faz uma distinção entre os bens em confronto, apresentando uma divisão entre o estado de necessidade justificante e o estado de necessidade exculpante. No estado de necessidade justificante haveria um conflito de bens de valores diferentes, sendo sacrificado o bem de menor valor. Daí haveria uma exclusão da ilicitude. Já no estado de necessidade exculpante, haveria um conflito de bens de igual valor ou de maior valor, com o sacrifício deste, existindo uma excludente da culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta.

> No aborto sentimental ou humanitário o mal causado é maior do que aquele que se pretende evitar. De conformidade com a teoria diferenciadora em matéria de estado de necessidade – faz distinção entre os bens em confronto -, haverá a exclusão da culpabilidade da conduta pela inexigibilidade de conduta diversa. 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. [54]

Apesar de na hipótese apresentada realmente existir uma inexigibilidade de conduta diversa, o artigo 24 do nosso Código Penal não adotou a teoria diferenciadora, não admitindo o estado de necessidade exculpante. Então, não seria possível afastar a exigência de outro comportamento por parte da gestante fundamentando-se no estado de necessidade exculpante.

---

[53] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. Vol. 2. p.136.
[54] PRADO, Luiz Regis. Op. cit. Vol. 2. p.116-117.

Além disso, mesmo que adotássemos a teoria unitária, acolhida pelo nosso Código Penal, segundo a qual "não importa se o bem protegido pelo agente é de valor superior ou igual àquele que está sofrendo a ofensa, uma vez que em ambas as situações o fato será tratado sob a ótica da excludente de ilicitude" [55] , faltaria um dos elementos objetivos previstos no artigo 24 do CP necessários a configuração do estado de necessidade. Aqui, não há que se falar na existência de um perigo atual para o bem jurídico que será salvaguardado.

O perigo atual se caracteriza como "perigo concreto, presente, imediato, com real probabilidade de dano (insuficiente com a mera possibilidade, e que ainda seja dotado de certeza e objetividade)" [56]. Existe apenas a possibilidade de a gravidez causar algum sofrimento para a gestante. E mesmo que esse sofrimento causasse algum perigo para a gestante, não haveria como se entender que esse sofrimento causado fosse tão intenso que levaria a um perigo real à vida da gestante, e que assim fosse razoável o sacrifício da vida a qual se desenvolve em seu útero.

Então, mesmo que esse sofrimento traga um perigo para a saúde mental da gestante, realizando uma ponderação de interesses em confronto (vida do feto e sofrimento da gestante), não seria razoável exigir-se o sacrifício do bem de maior valor, a vida do feto.

Já a outra causa de exclusão da ilicitude que normalmente é suscitada diante desta hipótese é o exercício regular de um direito. Mas esta causa somente poderá abranger a conduta do médico que realiza a intervenção cirúrgica. Somente a conduta do médico está justificada pelo artigo 128. Não houve está previsão para a gestante. Quando ela autoriza a realização do aborto não estaria no exercício de um direito.

Desta forma, melhor entendimento encontra-se defendido por Rogério Greco, que entende existir no caso uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Essas circunstâncias particulares e excepcionais em que a gravidez ocorre justificariam a não exigência de uma outra conduta, isto é, que agisse conforme o direito. Essas circunstâncias excepcionais permitiriam que ela realizasse o aborto.

> Entendemos, com a devida vênia das posições em contrário, que, no inciso II do artigo 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável. [57]

---

[55] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 9ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p.321-322.
[56] PRADO, Luiz Regis. Op. cit. Vol. 1. p.319.
[57]GRECO, Rogério. Op. cit. Vol. II. p. 255.

Não se pode esperar da mulher que sofreu uma violência tão monstruosa que aceite uma maternidade odiosa, que lhe trará constantes lembranças da violência que sofreu. Ao praticar o aborto estará cometendo um ato típico, ilícito, mas que não pode ser culpável. Nestas circunstâncias em que a gravidez ocorreu não se pode obrigar que ela aja de acordo com o direito e não pratique o aborto. Haverá sim, uma inexigibilidade de conduta diversa que se justifica pela excepcionalidade da situação.

3.7 Consumação e Tentativa

Por tratar-se o crime de aborto de um crime material, o resultado é imprescindível para sua consumação. Assim, diz-se consumado este crime com a interrupção da gravidez e a conseqüente morte do feto em virtude das praticas abortivas, sendo desnecessária a expulsão do feto do ventre materno.

Conforme visto, é imprescindível que o ser em formação esteja vivo no momento da conduta do agente e que a sua morte decorra das manobras abortivas. Deve haver nexo causal entre a conduta e o resultado almejado pelo agente que será comprovado por exame de corpo de delito, uma vez que este crime é instantâneo (deixa vestígios).

> Há crime impossível, por exemplo, nas manobras abortivas em mulher que não está grávida ou no caso de o feto já estar morto antes da praticas dos atos abortivos, por absoluta impropriedade do objeto; ou, ainda, por inadequação absoluta do meio, quando for inteiramente inidôneo para produzir o resultado, como rezas, feitiçarias ou a administração de substancias absolutamente inócuas. [58]

Aduz, ainda, Julio Fabbrini Mirabete que "não há necessidade, para se compor o delito, que haja prova da viabilidade fetal.". [59]

Como todo crime material, admite o instituto da tentativa, ou seja, se o agente já tiver dado inicio a sua execução e por condições alheias à sua vontade não conseguir consumar o delito será responsabilizado pelo crime de aborto tentado, bem como àquele que esgotadas todas as manobras abortivas necessárias para a expulsão do feto, este consegue sobreviver. [60]

Por fim, não há punição para tentativa do auto-aborto, uma vez que nossa legislação penal não pune a autolesão.

---

[58] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. Vol. 2. p. 135.
[59] MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. Vol. 2. p. 96
[60] GRECO, Rogério. Op. cit. Vol. 2. p. 247.

3.8 Aborto Qualificado pelo Resultado

O artigo 127 do Código Penal prevê duas causas especiais de aumento de pena no crime de aborto. Elas terão cabimento quando dele decorrer lesão grave ou a morte da gestante. Na primeira hipótese, a pena é aumentada de um terço. Já na segunda a pena é duplicada.

Estas causas de aumento de pena somente serão aplicadas nas hipóteses de aborto provocado por terceiro, independentemente do consentimento ou não da gestante. No caso de auto-aborto ou do consentimento da gestante, ocorrendo algum desses resultados que implicam em aumento da pena, elas não incidirão. Isto ocorre, pois o sujeito ativo nesses casos é a própria gestante, sendo ela a vítima da lesão. E como o nosso código não pune a autolesão, à gestante não se aplicará esta causa específica de aumento de pena.

Importante ressaltarmos, que os resultados previstos no artigo 127 do Código Penal somente podem ser produzidos de forma culposa. Essas majorantes são espécies preterdolosas. O agente age com vontade tão somente de realizar o aborto, mas a título de culpa acaba produzindo lesão grave ou a morte da gestante.

Nosso código prevê ainda uma causa de mudança da pena quando o aborto é praticado com o consentimento da gestante, mas sendo ela menor de quatorze anos, alienada ou débil mental, ou ainda quando o consentimento foi obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Nestes casos são punidos com a pena do aborto realizado sem o consentimento da gestante, pois nas três primeiras hipóteses a gestante possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Nas demais, quando há o emprego de fraude, violência ou grave ameaça, existe uma não-concordância real, pois só foi obtida devido ao emprego desses artifícios.

4 A ANENCEFALIA

4.1 Conceitos e Características

Antes de discutirmos se quando diagnosticado que o feto é portador de anencefalia existiria alguma causa de justificação que tornaria possível a interrupção da gravidez sem que a gestante e o médico que a realiza sofram respostas penais, torna-se necessário expormos qual o significado desta anomalia.

"A anencefalia caracteriza-se como má-formação fetal congênita por defeito no fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.". [61]

Em outras palavras, "é definida pela ausência dos hemisférios cerebrais do crânio. Podendo ou não ser acompanhada por espinha bífida e polidrâmnio. Não se formam as partes anterior e central do cérebro.". [62]

Debora Diniz, antropóloga, diretora da organização não-governamental ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, tem se dedicado ao tema há muitos anos. Ela traz em uma de suas obras a seguinte definição de anencefalia:

> Conhecida vulgarmente com "ausência de cérebro", a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. [63]

É uma patologia que pode ser diagnosticada inequivocamente a partir do terceiro mês de gestação por um simples exame de ecografia. Apresenta-se como extremamente grave e incurável, não existindo, na ciência médica, qualquer tratamento que viabilize a vida do feto após o nascimento. Apesar dos enormes avanços tecnológicos que a medicina utiliza, ainda não dispõe de qualquer aparato que possa ao menos tornar viável a vida extra-uterina.

---

[61] Richard E. Behman, Robert M. Kliegman e Hal B. Jenson, Nelson/ Tratado de Pediatria, Ed. GuanabaraKoogan, 2002, p.177.

[62] PEDREIRA, Denise Araújo Lapa. Malformações do Sistema Nervoso Central. In: CHA, Sang, ZUGAIB, Marcelo. Medicina Fetal. São Paulo: Atheneu, 1993. p.262-272.*apud* TESSARO, Anelise. Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea.1º ed. (ano 2002), 4ª tir./Curitiva: Juruá, 2006.p.27.

[63] DINIZ, Débora. Antecipação Terapêutica do Parto. In: DINIZ, Débora e RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por Anencefalia Fetal.* Brasília: Letras Livres, 2003, p.101.

Então, estamos diante de um caso de completa incompatibilidade com a vida extra-uterina. Não se trata apenas de um feto malformado, mas sim de um feto inviável. Aquele possui totais condições de ter uma vida extra-uterina completamente viável. Algumas vezes, essa malformação lhe acarretará apenas seqüelas, mas de maneira alguma a tornam incompatíveis com a vida. Já, no caso da anencefalia há total impossibilidade de vida fora do útero materno.

"Aproximadamente 75% dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 horas e o resto dentro da primeira semana.". [64]

O que se verifica é que um grande percentual dos fetos anencéfalos não sobrevive ao período da gestação, morrendo ainda no útero da mãe. A maior parte dos que sobrevive até o parto morre logo nas primeiras horas e todos fatalmente acabam falecendo nos primeiros dias seguintes.

> Então, a anencefalia importa em inexistência de expectativa de vida para este feto, que é incapaz de sobreviver desvinculado do metabolismo da mãe. O feto anencefálico trata-se de um feto inviável.
>
> Portanto, evidente é a distinção entre o 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. [65]

Por mais delicada que seja esta situação, a única conclusão que podemos chegar é a que de acordo com a literatura médica este feto não possui qualquer possibilidade de vida fora do útero da mãe. Mesmo que não faleça no parto, em poucas horas ou dias isto certamente ocorrerá, já que não há nenhum método para evitar essa situação.

Portanto, não é função do Judiciário insistir que uma mulher nesta situação mantenha esta gestação, na qual ela carrega em seu ventre um ser destituído de potencialidade de vida. Não se pode obrigar esta mulher a fingir que está diante de uma gravidez normal. Seria extremamente desumano e cruel.

Uma vez conceituada a anencefalia e constatada a sua impossibilidade de vida extra-uterina deste feto, e não apenas um caso de malformação cerebral, devemos agora analisar os reais efeitos de tal constatação em relação à gestante.

---

[64] PONTES, Manuel Sabino. A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>. Acesso em: 17 maio. 2007, p. 1.

[65] TESSARO, Anelise. *Op. cit*. p. 28.

4.2 Efeitos na Gestante

Analisa-se aqui a situação da mulher, que ao ficar grávida, vibra com a possibilidade de ser mãe e de viver todas as maravilhas da maternidade. Esta mulher ao fazer seu pré-natal acaba descobrindo que carrega em seu ventre um feto portador de anencefalia.

Como comprovam estudos científicos, a gravidez provoca uma série de transformações na gestante. Transformações não apenas de natureza física, mas principalmente de natureza psicológica. Assim, ela passa a conviver com aquele ser em desenvolvimento durante nove meses, criando laços afetivos, emocionais intensos. Permanece durante esse período numa enorme expectativa até o dia que ocorrerá o nascimento deste filho.

Mas, pode ocorrer que uma malformação do feto o incompatibilize com a vida, não havendo nenhuma possibilidade de sobrevida, como no caso da anencefalia. Cabe ressaltar que a anencefalia pode ser diagnosticada a partir do terceiro mês de gestação, através de um exame feito no pré-natal chamado ecografia, utilizado justamente para detectar as possíveis anomalias resultantes de malformação fetal.

Ao longo dos anos, pode-se afirmar que a medicina foi beneficiada por inúmeros avanços tecnológicos. E esses avanços tão significativos foram percebidos em todos os campos da medicina. Novas técnicas de diagnósticos pré-natais permitem detectar com precisão anomalias fetais.

Constatada uma malformação fetal após a realização do exame pré-natal, a mulher apresenta-se surpresa, de certa forma frustrada, mas ainda confiante na possibilidade de ser mãe. Ela procura se informar com especialistas sobre esta anomalia e descobre que não existe qualquer possibilidade de vida para o feto que traz no ventre. Pode-se imaginar o sofrimento que padecerá sobre essa mulher, que além de ter frustrado o seu desejo de ser mãe, terá que conviver durante nove meses com aquele ser que jamais chegará à vida.

Por mais que a gestante saiba que aquele feto não tem a menor possibilidade de vida, acaba naturalmente desenvolvendo sentimentos por ele. Acaba criando uma falsa expectativa de que aquele quadro poderá mudar, e seu filho poderá sobreviver. Mantém essa esperança durante nove meses.

Anelise Tessaro demonstra bem parte desse abalo psicológico sofrido pela gestante:

> Se pensarmos nos aspectos psicológicos anteriormente citados, devemos ressaltar a ambivalência afetiva, tão presente nas grávidas, encontra-se exacerbada nesse grupo. À gratificação pelo poder de gestar mescla-se com a frustração do produto conceptual malformado; o desejo de cuidar de seu filho é incompatível com as exigências que este normalmente necessitará; a dúvida entre interromper ou não a gestação é intensa.
>
> (...)
>
> A gestante portadora de um feto malformado normalmente sente-se marginalizada, não tendo possibilidade de trocar suas experiências com outras grávidas. Embora estejam vivendo o mesmo processo, sentem-se diferentes destas, o que as leva normalmente a um isolamento progressivo. [66]

Nesse sentido, temos uma valiosa lição da Prof.ª Débora Diniz:

> Os fundamentos éticos da antecipação terapêutica do parto são basicamente dois. Por um lado, a promoção e o respeito à autonomia reprodutiva das mulheres. A antecipação terapêutica do parto irá fortalecer as mulheres em suas escolhas reprodutivas, mas também permitirá diferentes expressões da autonomia. A possibilidade de antecipar o parto em casos de inviabilidade fetal será uma alternativa para as mulheres que considerem insuportável o sofrimento provocado pelo diagnóstico. Por outro lado, o princípio da dignidade humana deve ser considerado fundamental para a ética da antecipação terapêutica. O diagnóstico da má-formação fetal incompatível com a vida é uma situação de extremo sofrimento para as mulheres e os futuros pais. São situações em que todos os recursos científicos disponíveis para reverter o quadro de má-formação são nulos.
> Nestes casos, não há alternativas para salvar a vida do feto e, o mais importante, a antecipação terapêutica do parto não provoca danos ao feto. Parte-se da certeza do diagnóstico da má-formação incompatível com a vida, e diante da inexistência de qualquer terapia capaz de reverter o quadro clínico, a antecipação terapêutica é a alternativa mais digna para aliviar o sofrimento dos futuros pais. [67]

Com o avanço tecnológico atual é certo que podemos diagnosticar de forma segura a anencefalia, assim como temos consciência de que nada se pode fazer em relação ao feto anômalo. O que se pode fazer é tentar amenizar a dolorosa condição da gestante, pois sabemos que além da dor moral e da angústia constante, a permanência do feto no útero da mãe pode também causar danos a sua saúde física.

Cabe neste ponto específico, mais um esclarecimento:

> O risco pode não ser eminente, mas existe um risco flagrante para a mãe. O risco da eclampsia em gestação de anencéfalo é muito mais alto do que nas gestações comuns. O risco que a mãe enfrenta, física e psiquicamente, é indescritível. Então, a questão não se discutir se há conflitos de interesses, se há vida ou não há vida. Neste caso, temos um conflito evidente entre a saúde

[66] BORTOLETTI, FF. et alii. Atuação do psicólogo em serviço de medicina fetal. In; MORON, Antonio F., CHA, Sang C., ISFER, Eduardo V. Abordagem Multiprofissional em Medicina Fetal. São Paulo: escritório Editorial, 1996, p. 12. apud TESSARO, Anelise. Op. cit. p.62.
[67] DINIZ, Débora. Op. cit. p. 80-81.

> da mãe, a saúde física, a saúde psíquica e uma forma humana, sem dúvida porque é da espécie humana, mas uma forma inviável de vida. [68]

O fato de saber que carrega um feto que não goza de qualquer possibilidade de sobrevida já é responsável por profundo sofrimento para estas gestantes. A proibição da interrupção da gestação nestas circunstâncias específicas prolonga de forma desumana esta dor, pois existe a certeza de que este feto morrerá.

Impor a mulher o dever de dar continuidade a tal gestação, significa obrigar esta mulher a conviver durante vários meses com o sofrimento e a decepção de estar gerando um ser incapaz de aproveitar a vida humana. Esta dor prolongada pode causar a mulher, diversos transtornos a sua saúde mental, sem falar nos riscos a saúde física.

Como podemos observar a condição da mulher que se encontra envolvida neste drama é extremamente delicada. Não cabendo ao Judiciário obrigá-la a suportar, de forma desnecessária e por todo período de gestação, os riscos e o sofrimento, de uma gestação, cujo fruto não carrega qualquer possibilidade de vida.

4.3 A anencefalia e o bem jurídico penalmente tutelado: vida do feto

Conforme observamos, uma vez diagnosticado que o feto é portador de anencefalia não há na ciência médica qualquer tratamento capaz de viabilizar a vida deste ser humano em formação. Assim, não poderíamos pensar em uma potencial lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado nos crimes de aborto, tal qual a vida intra-uterina.

Dessa forma, concluímos ser desnecessária a intervenção do Direito Penal e o movimento de todo maquinário judiciário quando a gestante, que carrega em seu ventre um feto anencefálico, opte pela interrupção da gravidez, uma vez que esta anomalia inviabiliza por completo o fruto da concepção. Não havendo vida em potencial a ser protegida, realizando-se uma ponderação de interesses não há como se chegar a outra solução a não ser optarmos pela integridade física e psíquica da gestante.

---

[68] MEDICINA, Conselho Regional de. *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal.* Brasília: Letras Livres, 2004, p. 63.

5 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Conforme detalhadamente analisado acima, observou-se que a prática do aborto foi tipificada como crime em nossa legislação, exceto quando essa gravidez implicar em um perigo para a vida da gestante ou quando a gravidez decorrer de um estupro.

No caso da interrupção da gravidez quando existente um feto anencefálico, realizando-se a intervenção cirúrgica objetivando dolosamente interrompê-la, estaria tipificado o crime de aborto.

No entanto, diante da anormalidade em que essa gravidez se desenvolve, já que não há possibilidade de sobrevida do feto, a gestante e o médico estaria impedido de agir conforme o direito. Assim, como será demonstrado a seguir, existirá uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

5.1 Evolução Histórica da Culpabilidade

Atualmente a culpabilidade é compreendida como o juízo de reprovação pessoal que recaí sobre o agente por ter praticado um fato típico e ilícito, seguindo as orientações da teoria finalista. Mas, para que possamos compreender melhor este conceito, se faz necessário uma análise da sua evolução ao longo dos tempos.

No decorrer da teoria causal-naturalista da ação, que a definia como o movimento humano voluntário, que causava uma mudança no mundo exterior [69], foi desenvolvido a Teoria Psicológica da Culpabilidade. Segundo esta teoria, o conceito de delito era dividido em duas partes, de um lado encontram-se elementos objetivos, no outro, elementos subjetivos. Os elementos objetivos eram compreendidos pela ação típica e ilícita. Já o subjetivo era compreendido apenas pela culpabilidade.

Segundo esta teoria, a culpabilidade era o local apropriado para a análise dos elementos subjetivos, que seriam o dolo e culpa. Na verdade, o dolo e a culpa não eram elementos que compunham a culpabilidade, mas sim, espécies da mesma. Era a própria culpabilidade, já que esta se esgotava naqueles.

---

[69] Greco, Rogério. Op. cit. vol. 1. p. 384.

A culpabilidade era vista como uma ligação psicológica entre o autor e o resultado praticado. "Culpabilidade, em suma, significava o vínculo psicológico que ligava o agente ao fato ilícito por ele cometido, razão pela qual essa teoria passou a ser conhecida com uma teoria psicológica da culpabilidade". [70] Era entendida como um elemento naturalístico, bastando existir nexo psicológico entre o agente e o resultado.

Já a imputabilidade não era um elemento da culpabilidade, apresentava-se como um pressuposto para se aferi-la. Antes de questionar se havia dolo ou culpa, era preciso observar se ele tinha capacidade para ser culpável.

Inúmeras críticas foram dirigidas a essa teoria, já que diante de muitos fatos criminosos ela se apresentou insatisfatória. A partir dessas críticas promoveu-se uma mudança na estrutura da culpabilidade. Tal mudança deveu-se principalmente a Reinhard Von Frank, que em 1907 introduziu na culpabilidade o elemento normativo exigibilidade de conduta diversa. Este elemento exigia que para o agente que realizasse um fato típico e ilícito sofresse punição não bastaria a presença dos elementos subjetivos, era necessário aferir se no caso concreto poderia ter agido conforme o direito. [71]

"Esta teoria visou estabelecer na culpabilidade um juízo de reprovação, valorando o comportamento individualizado e, com base nesse parâmetro, graduando a pena de acordo com a censurabilidade e exigibilidade do ato, compreendido no contexto realizado". [72]

Assim, a culpabilidade deixa de ser uma simples ligação psicológica entre o agente e o fato ilícito, tornando-se um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta. Mesmo presente os elementos objetivos e subjetivos, numa análise do caso concreto poderia ser emitido um juízo de não reprovabilidade. Era exigida a reprovabilidade do ato praticado diante da normalidade das circunstâncias ou motivação. Esta teoria ficou conhecida como Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade.

A imputabilidade deixou de ser apenas um pressuposto, tornando-se um elemento da culpabilidade. Da mesma forma, dolo e culpa deixam de ser espécies de culpabilidade, se tornando elementos desta, sendo inserido no dolo a consciência da ilicitude. O agente deveria querer o fato típico sabendo ser antijurídico. Esse dolo foi denominado de *dolus malus.* [73]

---

[70] Ibid. p. 386.
[71] Loc cit. Ibid. p. 387
[72] NAHUM, Marco Antonio R. *Inexigibilidade de conduta diversa : causa supralegal : excludente de culpabilidade* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.49.
[73] GRECO, Rogério. Op cit. P. 389

O advento da teoria finalista da ação elaborada por Welzel implicou em mudanças essenciais na culpabilidade. Passou-se a entender que a ação humana sempre traz dentro de si uma finalidade. Ela é sempre dirigida a um fim. Assim, o dolo não poderia mais permanecer na culpabilidade, deveria ser analisado logo na conduta omissiva ou comissiva. Desta forma, foi transferido juntamente com a culpa para o fato típico, mais precisamente para a conduta do agente. [74]

No entanto, o dolo deixou de ser normativo, sendo conhecido como dolo natural, uma vez que não transfere consigo o conhecimento da ilicitude. Este por sua vez, permanece na culpabilidade, sendo compreendido agora como potencial conhecimento da ilicitude.

Assim, surgiu a Teoria Normativa da Culpabilidade, uma vez que ela passou a ser constituída apenas por elementos normativos que permitem um juízo de valoração por parte do julgador. É uma censurabilidade do injusto praticado pelo agente. Passou a ter como elementos a imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

> Se o agente é inimputável, ou por circunstâncias extremamente especiais não tenha conhecimento da ilicitude do fato, ou, ainda também por circunstâncias extremamente excepcionais esteja impossibilitado de reacionar conforme a motivação do sistema jurídico, não se pode fazer um juízo de reprovabilidade sobre o agente. [75]

A culpabilidade apresenta-se como o fundamento e o limite do direito de punir. Por meio dela irá se individualizar a conduta ilícita. Analisando o fato concreto estabelece-se se a conduta é reprovável, isto é, se o sujeito capaz tem conhecimento do injusto, tendo este sido praticado em circunstâncias normais.

Os elementos que passaram a compor – imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa - permitem ao julgador fazer uma reprovabilidade da conduta praticada pelo agente. Permite realizar uma reprovação individual, limitando a pena que será imposta ou a sua não aplicação. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos:

> O conceito de culpabilidade como juízo de valor negativo ou reprovação do autor pela realização não-justificada de um crime, fundado na **imputabilidade** como na capacidade penal geral do autor, na **consciência da antijuridicidade** como conhecimento real ou possível do injusto concreto do fato e na **exigibilidade de conduta diversa** determinada pela normalidade das circunstâncias do fato, parece constituir a expressão contemporânea do conceito *normativo* de culpabilidade [...]. [76]

---

[74] Ibid. p. 390.
[75] Ibid. p. 53-54.
[76] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal,* parte geral. 2ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris ICPC, 2007. p. 276.

Assim, a sanção imposta ao agente que comete um fato típico e ilícito só pode ser aplicada desde que presentes os elementos da culpabilidade e na medida da mesma. Caberá ao julgador fazer uma análise desses elementos e realizar a sua individualização, graduando a culpabilidade.

5.2 Inexigibilidade de Conduta Diversa como Causa Supralegal de Exclusão da Culpabilidade

Apresentada essa evolução histórica da culpabilidade, demonstrando-se que ela "é sempre o fundamento e o limite da pena" [77], tem enorme relevância uma análise mais detalhada do elemento exigibilidade de conduta diversa, justamente por que este será o fundamento para afastar a culpabilidade no caso de aborto de feto anencefálico.

Confirmando-se que o agente no momento que praticou o fato típico e ilícito era imputável e havia potencial conhecimento da ilicitude, ainda assim, não se poderá fazer um juízo de censura da culpabilidade. Será necessário aferir se o autor poderia dirigir sua vontade de acordo com o ordenamento jurídico. Esta aferição será feita justamente por meio da exigibilidade de conduta diversa.

A exigibilidade de conduta diversa pode ser definida como "[...] a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão agir de acordo com o direito, considerando a sua particular condição de pessoa humana.". [78]

Essa possibilidade que tinha o agente de agir de acordo com o direito não pode ser analisada a partir de um modelo de conduta pré-estabelecido. Deverão ser levadas em consideração as particularidades da situação e a pessoa que atua naquela hipótese. Somente diante do caso concreto será realizado esse juízo de reprovação.

Desta forma, para que o agente seja culpável não basta que tenha realizado o fato tendo capacidade de conhecer o seu caráter ilícito e com vontade de realizá-lo. Exigi-se que o tenha praticado dentro de circunstâncias normais que o permitiria optar por agir na conformidade com o direito, e não cometendo o crime. Nessa linha, corrobora nosso entendimento o doutrinador Francisco Muñoz Conde:

[77] CEREZO MIR, José. O conceito de culpabilidade. Revista de Ciências Jurídicas,2. p.4 e ss.; El delito como acción culpable. *Anuário de Derecho y Ciências Penales*, XLIX, p. 31 e ss. apud PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 348

[78] GRECO, Rogério. Op. cit. p. 416.

> El derecho no puede exigir comportamientos heróicos o, em todo caso, no puede imponer uma pena cuando em situaciones extremas alguien prefiere, por ejemplo, realizar um hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su prorpia vida o su integridad física. En este caso, la no exigibilidad de um comportamiento distinto em esas situaciones no excluye la antijuridicidad (el hecho no es justificado por el Ordenamiento), sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable) [79]

Assim, em situações particulares, excepcionais que acabam determinando que se pratique o crime, o agente não poderá ser culpado. Circunstâncias anormais aferíveis no caso concreto e que retiram a possibilidade de agir conforme estabelecido pelo direito, determinando que o agente realize o injusto, impedem que se faça um juízo de reprovação sobre o mesmo.

Diante dessas hipóteses, a conduta do agente não pode ser reprovada, eis que a única alternativa apresentada foi a de realizar a conduta prevista como crime. Desse modo, será excluída a culpabilidade ante a inexigibilidade de conduta diversa.

"Assim, para que ocorra a inexigibilidade, como excludente da culpabilidade, o agente, imputável, deve praticar uma ação típica e antijurídica, sem que tenha condições de optar entre o cumprir o dever ou não cumprir o dever de agir conforme a norma.". [80]

Nosso Código Penal prevê duas causas legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. São elas: obediência hierárquica e coação moral irresistível. Elas encontram-se previstas no seu artigo 22.

No entanto, a inexigibilidade de conduta diversa pode ser suscitada também como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Rogério Greco define bem as causas supralegais como "aquelas que, embora não estejam previstas expressamente em algum texto legal, são aplicadas em virtude dos princípios informadores do ordenamento jurídico". [81]

Entender que a inexigibilidade de conduta diversa somente pode ser suscitada como excludente nos casos expressamente previstos pelo legislador contraria a própria natureza da culpabilidade, já que ela funciona como uma reprovação pessoal sobre o injusto. Não se pode

---

[79] CONDE, Francisco Muñoz e ÁRAN, Mercedes García. *Derecho Penal.* Parte general. 4ª edición, revisada y puesta al dia. Valencia: Trant lo blanch, 2000. p. 447-448. Tradução livre: O Direito não pode exigir comportamentos heróicos, ou, em qualquer caso, não pode impor uma pena, em situações extremas alguém opta, por exemplo, realizar um fato proibido pela lei penal, em vez de sacrificar sua própria vida ou integridade física. Neste caso, a não exigibilidade de um comportamento diferente em tais situações não exclui a antijuridicidade (a conduta não é justificada pelo Ordenamento), e sim, a culpabilidade (a conduta segue sendo antijurídica, porém o ator não será culpado).

[80] NAHUM, Marco Antonio R. Op. cit. p.72.

[81] GRECO, Rogério. Op. cit. p. 421.

exigir que o legislador anteveja todas as circunstâncias que surgirão, elencando todas as causas de inexigibilidade de conduta diversa.

Quando o ordenamento jurídico exige um determinado comportamento de um indivíduo que se apresenta imputável atuando de acordo com o conhecimento da ilicitude que possui, espera-se que isso ocorra dentro da normalidade fática em razão da qual a norma foi elaborada. Ocorre que, diante de circunstâncias excepcionais, situações que muitas vezes não foram antevistas pelo legislador, o agente fica impedido de atuar conforme o direito. Nestes casos, não se pode exigir que o agente tenha uma conduta diferente da que realizou, mesmo que não haja tal previsão no ordenamento.

Diante de determinadas e específicas situações, torna-se compreensível que o agente atue em desconformidade com o ordenamento. Isto ocorre, pois a excepcionalidade em que a conduta é realizada retira a possibilidade de atuar de acordo com o direito. Circunstâncias anormais acabam determinando que se pratique o injusto. Nestes casos, o comportamento não será reprovável, já que não há possibilidade de agir de outra forma.

Importante ressaltar que a verificação da existência dessa possibilidade de atuar de outra forma deve ser verificada no caso concreto. Somente quando verificado a normalidade da situação fática poderá se fazer uma reprovação sobre o agente, verificando se era culpável, se naquela hipótese foi retirado o seu poder de agir de acordo com o ordenamento.

Assim, a inexigibilidade de outra conduta não pode ficar restrita as hipóteses tipificadas no texto legal. Em consonância com o ordenamento jurídico, ela deva funcionar como um princípio geral de exclusão da culpabilidade, não se tornando necessária a existência de normas expressas sobre ela. Permite-se assim, uma individualização da reprovação. Verificado que a eventualidade da situação concreta determinou a vontade do agente, impedindo-o de atuar de uma outra forma, não será reprovável a conduta do agente ante essa inexigibilidade de conduta diversa.

Assim leciona Marco Antonio R. Nahum :

> Portanto, no Brasil, reconhecida taxativamente a lacuna do sistema jurídico quanto às hipóteses de inexigibilidade, há que se admiti-la como causa supralegal e excludente de culpabilidade, sob pena de não se poder reconhecer um pleno direito penal da culpa. [82]

[82] NAHUM, Marco Antonio R. Op. cit. p. 98.

Nesse sentido, os seguintes julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça admitindo a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade:

> PROCESSO PENAL E PENAL – HOMICÍDIO – JÚRI – **INEXIGIBILIDADE** DE **CONDUTA DIVERSA** – TESE DA DEFESA – POSSIBILIDADE.
> - POR OCASIÃO DO JULGAMENTO PELO JÚRI, TENDO A DEFESA FORMULADO A TESE DE **INEXIGIBILIDADE** DE **CONDUTA DIVERSA,** O QUESITO CORRESPONDENTE DEVE SER FORMULADO AOS JURADOS, MESMO QUE INEXISTA EXPRESSA PREVISÃO LEGAL SOBRE TAL TESE NOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO PENAL.
> -PRECEDENTES.
> -ORDEM CONCEDIDA PARA QUE SE POSSIBILITE A FORMULAÇÃO DE QUESITO ACERCA DA **CAUSA SUPRALEGAL** DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE (**INEXIGIBILIDADE** DE **CONDUTA DIVERSA**) (HC 12917, RELATOR MINISTRO JORGESCARTEZZINI, DJ 10.06.2002).

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA. CAUSA LEGAL E SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE, CUJA ADMISSIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO JA NÃO PODE SER NEGADA. - JURI. HOMICIDIO. DEFESA ALTERNATIVA BASEADA NA ALEGAÇÃO DE NÃO-EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. POSSIBILIDADE, EM TESE, DESDE QUE SE APRESENTEM AO JURI QUESITOS SOBRE FATOS E CIRCUNSTANCIAS, NÃO SOBRE MERO CONCEITO JURIDICO. QUESITOS. COMO DEVEM SER FORMULADOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 484, III, DO CPP, A LUZ DA REFORMA PENAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA EXTIRPAR-SE DO ACORDÃO A PROIBIÇÃO DE, EM NOVO JULGAMENTO, QUESTIONAR-SE O JURI SOBRE A CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE EM FOCO." (REsp 2.492, RELATOR MINISTRO ASSIS TOLEDO, DJ 06/08/90).

5.3 Anencefalia e a Inexigibilidade de Conduta Diversa

Analisada a admissão da inexigibilidade de conduta diversa como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, sendo caracterizada como a anormalidade das

circunstâncias que acaba determinando que se pratique o injusto, sendo retirada a possibilidade de agir conforme estabelecido pelo direito, percebe-se que caso se interrompa a gravidez de feto anencefálico, existirá uma exclusão da culpabilidade justamente pela inexigibilidade de conduta diversa.

Conforme foi observado, diagnosticada a anencefalia não existe qualquer possibilidade de vida para o feto fora do útero materno. Nessa hipótese, enorme será o sofrimento suportado por essa mulher, que além de ter frustrado o seu desejo de ser mãe, supõe a hipótese de carregar em seu ventre durante nove meses um ser que jamais chegará à vida.

Assim, não se pode esperar que essa genitora, diante da notícia de que carrega um feto inviável, suporte manter essa gravidez durante todo o período de gestação. Não é razoável exigir que ignore o sofrimento que essa gravidez lhe acarretará, que não desenvolva nenhum sentimento mesmo sabendo da inviabilidade da vida, e opte por manter essa gestação.

Da mesma forma, não se pode exigir que o médico não promova uma conduta que interrompa esse sofrimento, evitando maiores danos psicológicos para a gestante. Ambos estarão diante de uma inexigibilidade de conduta diversa.

Esse é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

> Algumas decisões de juizes têm autorizado abortos de fetos que tenham graves anomalias, inviabilizando, segundo a medicina atual, a sua vida futura. Seriam crianças que fatalmente morreriam logo ao nascer ou pouco tempo depois. Assim, baseando-se no fato de que algumas mães, descobrindo tal fato, não se conformam com a gestação de um ser completamente inviável, abrevia-se o sofrimento e autoriza-se o aborto. O juiz invoca, por vezes, a tese da inexigibilidade de conduta diversa, por vezes a própria interpretação da norma penal que protege a 'a vida humana' e na a falsa existência, pois o feto só está vivo' por conta do organismo materno que o sustenta. A tese da inexigibilidade, nesse caso, teria dois enfoques: o da mãe, não suportando gerar e carregar no ventre uma criança de vida inviável; o médico, julgando salvar a genitora do forte abalo psicológico que vem sofrendo. A medicina, por ter meios atualmente de detectar tais anomalias gravíssimas, propicia uma avaliação judicial antes impossível. Até este ponto, cremos ser razoável a invocação da tese de ser inexigível a mulher carregar por meses um ser que, logo ao nascer, perecerá. [83]

Nesse diapasão, Fernando Capez:

> Tecnicamente considerando, o aborto eugenésico dirá com a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, tanto por parte da gestante, considerando o dano psicológico a ela causado, em razão de uma

[83] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 554-555.

> gravidez cujo feto sabidamente não sobreviverá, como por parte do médico, que não pode ser compelido a prolongar o sofrimento da mulher. [84]

Desta forma, entendemos que tanto a gestante como o médico que realiza a interrupção da gestação quando o feto é portador de anencefalia, apesar de realizar um fato típico e ilícito, não será culpável. Impossível exigir-se uma conduta diversa da realizada, não se podendo realizar um juízo de reprovação sobre eles.

As condições em que o aborto de feto anencefálico ocorre são completamente anormais, impedindo que ambos tenham um comportamento diferente do realizado. Desta forma, impossível fazer um juízo de censura sobre as partes envolvidas. Tanto a gestante quanto o médico, adotando o conceito tripartido de crime, não cometeriam crime de aborto.

> [...] o aborto se justifica moralmente, não obstante, por uma série de razões importantes. Justifica-se não apenas para salvar a vida da mãe e nos casos de estupro ou incesto, mas também nos casos em que se diagnosticou uma grave anomalia fetal – [...]. Em alguns casos, de fato, quando a anomalia é muito grave e a vida potencial estiver fadada a uma deformidade cruel e à brevidade, a concepção liberal paradigmática sustenta que o aborto não só é moralmente permissível como pode ser uma necessidade moral, uma vez que seria um erro trazer ao mundo, conscientemente, uma criança em tais condições. [85]

Ademais, o próprio legislador penal não atribuiu à vida do feto um valor absoluto, permitindo a realização do aborto nos casos de gravidez resultante de estupro, também chamado de aborto sentimental ou humanitário.

Com efeito, se diante da potencialidade de vida do feto e do direito da mulher violada, optou o legislador por dar maior valor ao direito da mulher, podemos, sem embargo, supor que ele não seria contrário á interrupção da gestação nos casos de anencefalia, pois nestes casos não há qualquer possibilidade de vida extra-uterina para o feto, para se contrapor ao direito de liberdade de escolha da gestante.

É fundamental destacar que nosso Código Penal Brasileiro foi promulgado em 1940, quando a tecnologia da época tornava inviável a realização de um diagnóstico preciso em relação a esta anomalia.

No entanto, conforme observado, hoje em dia este diagnóstico pode ser realizado com toda segurança, permitindo aos pais saberem com antecedência se o feto é portador de anencefalia ou de quaisquer outras anomalias irreversíveis.

---

[84] CAPEZ, Fernando, Op. cit. Vol. 2. p. 124.

[85] DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdade individuais.* Tradução: Jéferson Luiz Camargo – Revisão da tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 45.

Portanto, diagnosticada a anencefalia, não há como se exigir da gestante e do médico comportamento conforme o direito. Estarão diante de uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

6 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

Atualmente, enfrentamos grande dificuldade quando o assunto é a descriminalização de condutas tipificadas como crime pelo nosso ordenamento jurídico. Encontramos muita resistência tanto na seara social, como na política e até mesmo na legislativa em virtude dos mais variados fatores. [86]

No entanto, o estudo aqui apresentado versa única e exclusivamente sobre o aborto de feto anencéfalo e sua descriminalização. Nesse sentido serão expostos todos os motivos pelos quais entendemos não ser cabível a responsabilidade dos sujeitos ativos nesta modalidade de aborto. Alguns dos motivos, inclusive já se tornaram claros ao longo do presente trabalho, vejamos:

O primeiro argumento a ser exposto diz respeito ao crescente número de abortos clandestinos realizados no país. Trata-se de um efeito colateral decorrente da criminalização do aborto de uma forma geral e, não, exclusivamente, da incriminação do aborto de feto anencéfalo que, como conseqüência ocasiona a morte de inúmeras mulheres.

No entanto, a referida questão merece especial atenção tendo em vista que a procura por clinicas clandestinas de abortamento aumenta a cada dia. Dessa forma, entendemos ser ineficaz, tão somente, a repressão criminal como forma de proteger a vida intra-uterina. Ao contrário do almejado pela Constituição Federal de 1988, se acaba por expor a vida de milhares de gestantes a riscos graves e desnecessários, principalmente àquelas menos abastadas.

> [...] um sistema tão repressivo como o nosso dá lugar a um número enorme de abortos clandestinos que põem em risco a vida e a saúde da mulher, sem proteger, na prática, o interesse contraposto na manutenção da vida pré-natal. Assim, não só a Constituição, mas também a moral e a racionalidade nos indicam que é preciso reformar a lei, tornando-a mais compatível com o ideário de um Estado laico e pluralista que, sem negligenciar da proteção da vida dos nascituros, leve também a sério os direitos das mulheres, porque, afinal de contas, são eles também direitos humanos. E é preciso fazê-lo logo, para evitar mais mortes e traumas desnecessários. [87]

A intenção não é banalizar a prática do aborto em quaisquer hipóteses ou torná-la livre e, sim, buscar métodos eficazes, como a ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual, objetivando a diminuição do abortamento e dando eficácia à

---

[86] CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização.* 2ª edição revista da tradução de Luis Flávio Gomes. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 93.
[87] CAVALCANTE, Alcilene e XAVIER, Dulce. Op. cit. p. 168.

legislação penal. Nas palavras de Daniel Sarmento: "é certo que a interrupção voluntária da gravidez não deve ser tratada como método anticoncepcional.". [88]

No que tange à anencefalia é inconcebível permitir que uma mulher tenha que se sujeitar a uma clinica clandestina, já não bastasse a o sofrimento pelo qual está passando, ainda terá que deparar-se com um dilema: transgredir a lei penal e incorrer em um crime ou ver sua barriga crescer na espera do julgamento de uma ação que irá conceder-lhe o direito de realizar o aborto.

Outro fundamento, não menos importante, é o notável avanço tecno-científico eclodido no país. Dessa forma, é incoerente, exigir-se que o ordenamento jurídico seja cumprido, uma vez que se encontra em absoluta contradição com a realidade fática vivida por nós nos dia de hoje.

Antigamente, à época da edição da parte especial do Código Penal brasileiro que foi publicado em 1940, não existiam as técnicas atuais para a realização de constatações de anomalias fetais graves e incuráveis, como a anencefalia. Por esta razão, concluímos que o legislador da época não abarcou esta espécie de aborto no artigo 128 do Código Penal como excludente de punibilidade ao lado do aborto sentimental e do aborto necessário.

> Examinando-se nosso Código Penal de 1940, constata-se que o legislador de então, ao criminalizar o aborto, não foi radical, pois admitiu como licito, ainda que excepcionalmente, o aborto necessário e o aborto sentimental (art.128). Isso permite concluir que, se, na época, houvesse o arsenal de conhecimento e tecnologia de hoje, provavelmente também teria admitido o denominado aborto anencefálico, diante da absoluta certeza da inexistência da vida, como ocorre na atualidade. [89]

Entendemos que de igual maneira, no caso da anencefalia, devem prevalecer os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da integridade física e psíquica da mulher em detrimento da vida do feto, que corre o risco de morrer no ventre materno. E, caso, a gestante consiga levar a gravidez até o final, este bebê terá nada mais que alguns minutos, quiçá, horas de vida.

> Nos casos em que as deformidades físicas de uma criança forem tão dolorosas ou incapacitantes que nos leve a crer que, em nome de seus interesses fundamentais, seria melhor, deixa-la morrer, podemos dizer que o aborto também atenderia aos interesses fundamentais da criança. [90]

---

[88] SARMENTO, Daniel in: CAVALCANTE, Alcilene e XAVIER, Dulce (organizadoras) Op. cit. p. 168.
[89] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. vol. II. p. 141.
[90] DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 47.

Nesse diapasão, ainda vislumbramos um último fundamento tomando por base o aborto sentimental ou ético, no qual se protege a honra, a integridade psíquica da mulher em detrimento da vida humana em formação. Este feto é absolutamente viável, caso não aconteça nenhuma fatalidade, se tornará um ser humano perfeito. No entanto, levou-se em consideração o sofrimento com o qual a mulher teria que conviver o resto de sua vida, já que seu filho nascera de um ato repulsivo como o estupro.

Assim, se não com maior razão, entendemos que o aborto de feto portador de anencefalia não deve ser punido pela nossa legislação da mesma forma que o aborto sentimental. Neste caso, o feto é viável e saudável e, mesmo assim, optou-se por sacrificá-lo. Já, naquele caso, onde o fruto da concepção é desejado, mas devido a uma anomalia fetal grave, completamente inviável, deve ser levado até o final.

Diante de tal discrepância, é que concluímos que se naquela época houvesse o conhecimento e a tecnologia moderna, o crime de aborto de feto anencéfalo seria excepcionado pelo Código Penal e, por conseguinte, descriminalizado.

Portanto, acreditamos que a os dispositivos que cuidam das espécies de aborto legal devem sofrer uma reinterpretação para conformá-los com a nossa Constituição Federal de 1988 que resguarda em seu bojo os direitos fundamentais tanto do nascituro como da mulher. É inconcebível frearmos a evolução da interpretação e a finalidade almejada pela norma em prol de um positivismo exacerbado.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt:

> O Código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30. Passaram mais de sessenta anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência medica. No atual estagio, a Medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, consequentemente, a inviabilidade de vida extra-uterina. Nessas condições, é perfeitamente defensável a orientação do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto, quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso. [91]

.

Ante o exposto, tem-se discutido e se admitido nos tribunais, como veremos a seguir, a prática do aborto eugênico quando diagnosticada a anencefalia fetal, buscando-se evitar o

[91] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. Vol. II. p. 127

nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só.

7 ANENCEFALIA E ADPF Nº. 54

Esta realidade cruel de quem convive com casos de anencefalia tem feito parte de nosso ordenamento jurídico há alguns anos. Alguns casos já chegaram ao Supremo Tribunal Federal, tendo este se manifestado em diversos *habeas corpus* impetrados em defesa da liberdade da gestante portadora de feto.

Um caso que teve grande repercussão nacional foi o drama vivido pela gestante Gabriela Oliveira Cordeiro, uma jovem com 18 anos de idade, que descobriu estar grávida de um feto portador de anencefalia. Uma vez caracterizada a total inviabilidade do feto que carregava em seu ventre, Gabriela recorreu ao judiciário, assim como tantas outras gestantes, com o objetivo de conseguir um alvará judicial que autorizasse a antecipação terapêutica do parto.

O pedido feito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, foi liminarmente indeferido, por falta de previsão legal.

Recorrendo ao Tribunal de Justiça do Estado, obteve a autorização para realização da operação. Posteriormente, este alvará foi casado pelo Superior Tribunal de Justiça, que concedeu *habeas corpus*, impetrado por terceiro em favor da vida do feto.

Em face desta decisão teve que recorrer ao Supremo Tribunal Federal, em novo *habeas corpus*, desta vez, impetrado em defesa da liberdade da gestante.

Durante esta longa briga judicial, Gabriela viu seu ventre crescer e seu corpo se transformar, sintomas próprios da maternidade. Mas esta não era sua realidade, não estava vivendo uma gestação normal, finda qual, teria em seus braços um filho tão desejado. Por todo este período ela teve que conviver com a dura e cruel realidade de que no seu ventre crescido não se encontrava qualquer possibilidade de vida.

Quando o Supremo, por fim, deferiu seu pedido, já era tarde demais para seu caso. Ela já havia tido o feto, que de forma inevitável veio a falecer poucas horas depois do parto.

Como podemos observar, a decisão final neste caso, embora favorável em nada contribuiu para diminuir a dor e o sofrimento desta mulher que, por força judicial teve que permanecer neste estado prolongado de angústia, sem nenhum sentido maior, pois como era certo o feto não sobreviveria fora de seu útero.

Em função da enormidade de casos que acabam sem solução, uma vez que a autorização vem após a realização do parto, quando não é possível mais interromper o sofrimento da gestante, a Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde ingressou no Supremo Tribunal Federal com uma Ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Esta ação indica como violados os artigos 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana), artigo 5º, inciso II (princípios da liberdade, legalidade e autonomia da vontade), artigo 6º, caput e artigo 196, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, requerendo também a interpretação do Código Penal Brasileiro conforme nossa Carta Magna, não tipificando desta forma como aborto, a antecipação terapêutica do parto em casos de fetos anencéfalos. [92] Requerido o provimento liminar para permitir a antecipação terapêutica destes partos, devido a grande dinâmica da vida, que torna urgente tal providência.

Em 1º de julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio proferiu a seguinte decisão, que teve efeito vinculante, (disponível no site do Supremo Tribunal Federal em: http://www.stf.gov.br/noticias/imp? CODIGO=96961&tip=UN), passando a vigorar imediatamente:

> Decisão
> ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR – ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº. 9.882/99. LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SAÚDE -GRAVIDEZ - INTERRUPÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO.
>
> 1.Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº. 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula

[92] BARROSO, Luís Roberto. *Inicial da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54.* Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/adpf_anencefalia.pdf. Acesso em 20 de maio de 2008.

com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevida de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal - artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.

Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no Habeas Corpus nº. 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS - Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como amicus curiae, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei nº. 9.868/99.

Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo à aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº. 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente.

A argüente protesta pela juntada, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. À peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato - procuração - de folha 26, anexaram-se os documentos de folha 27 a 148.

O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004(folha 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato.

No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão:

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE.

1.Eis as informações prestadas pela Assessoria:

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como amicus curiae, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.

2.O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº. 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº. 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.

3.Indefiro o pedido.

4.Publique-se.

A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da lei nº. 9.882/99, diante do perigo de grave lesão.

2.Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS

como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº. 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal.

Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº. 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no Habeas Corpus nº. 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A via-crúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou: A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero.

O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado habeas corpus, o Superior Tribunal

de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando:

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1.A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.

2.Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3.A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.

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

5.Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.

Daí o habeas impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos.

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à

uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.

Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº. 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo.

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria argüição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente

> de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.
>
> 3.Ao Plenário para o crivo pertinente.
>
> 4.Publique-se.
>
> Brasília, 1º de julho de 2004, às 13 horas.".

Como podemos verificar, o ministro resumiu de forma bem concisa a situação destas gestantes, lamentando sua dor e infortúnio e reconhecendo seu direito a antecipar o parto nestes casos específicos, deferindo assim a liminar requerida, trazendo um pouco de conforto para as mulheres que se encontravam em meio a este drama, garantindo a mulher o direito de realizar tal procedimento quando se encontrar diante de um caso de anencefalia.

Diversos setores da sociedade se pronunciaram a respeito da ação e da decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio. Um dos pronunciamentos mais relevantes foi o do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Em seu parecer, ratificou a posição de que deve ser concedida a gestante a opção de interromper essa gravidez. Ademais, não estaria cometendo o crime de aborto, pois previamente sabe-se que o feto não possui qualquer possibilidade de sobrevida. O aborto pressupõe a possibilidade de vida própria, podendo ser diagnosticada previamente essa anomalia.

Apesar dos diversos posicionamentos a favor da antecipação dos partos nestes casos, em 18 de agosto de 2004, o Procurador Geral da República elaborou parecer defendendo tese contrária ao pedido requerido pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, sendo contrário a liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio.

Defende o Procurador Geral da República que a antecipação terapêutica deve ser considerada como o crime de aborto tipificado no nosso Código Penal, alegando que tal situação não encontra refúgio nas excludentes de punibilidade, pois não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas de forma expressa em lei, quais sejam, o aborto terapêutico em caso de risco para a mãe e o aborto sentimental, quando a gravidez resultar de estupro.

Aduz, ainda, que uma vez permitida a operação de antecipação estaria o Judiciário sacrificando o direito à vida, uma vez que se há o processo normal de gestação é porque vida intra-uterina existe. Afirma que mesmo comprovada a fatalidade da morte nos anencéfalos logo após o nascimento, não cabe ao Judiciário valorar o tempo de duração de vida da existência humana.

Em 27 de setembro de 2004, o Procurador Geral requereu a submissão do processo ao Plenário, em questão de ordem, para decidir-se, preliminarmente, a adequação da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

No dia 20 de outubro do mesmo ano, o Plenário se reuniu para discutir a questão de ordem requerida pelo Procurador Geral, mas quando se discutia apenas a conveniência ou não da ação como meio processual adequado ao pedido formulado pela CNTS, os ministros discordantes ao Ministro Marco Aurélio cassaram sua liminar.

O entendimento dos Ministros foi de que a liminar era "contra a vida" e de que "ofenderia um valor jurídico tutelado, que é a vida intra-uterina". Para alguns, a liminar foi precipitada, uma vez que o assunto é extremamente controvertido, devendo ser analisado o mérito com calma e perante uma profunda análise. Argumentou, ainda, a maioria do STF que não deve o Judiciário fazer às vezes de Legislador, criando uma terceira categoria de aborto legal.

Pelo Ministro Marco Aurélio, foi requerida a realização de uma Audiência Pública, com a presença de diversos setores da sociedade para uma maior reflexão sobre a antecipação terapêutica do parto em fetos anencefálicos.

As gestantes que se encontram nesta situação devem agora, aguardar o resultado de tal audiência, que mesmo após três anos da impetração da mencionada ADPF ainda não foi marcada, e o posterior julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvida de que a interrupção da gestação quando o feto é portador de anencefalia é um assunto extremamente polêmico. Além disso, inúmeras são as conseqüências que sua prática pode resultar, já que nossa legislação prevê como crime a prática do aborto.

No entanto, apresenta-se como um fato novo, uma vez que somente a partir de recentes avanços tecnológicos tornou-se possível diagnosticar essa malformação, bem como determinar os reais efeitos que acarreta para o feto.

Ela é caracterizada como má-formação fetal congênita por defeito no fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex. Conforme apresentado, o feto anencefálico não possui qualquer possibilidade de sobrevida, falecendo durante a gravidez ou logo após o parto.

Diante deste caso, surge um grande conflito. A gestante ao saber que carrega em seu ventre um feto sem possibilidade de vida, passa por momentos de profunda dor e decepção. Diante dessa situação excepcional, estaria ela obrigada a manter essa gestação, mesmo com todo sofrimento que esta poderá causá-la, sob pena de cometer o crime de aborto?

Entendemos que a anormalidade em que o aborto ocorre retira a possibilidade tanto da gestante quanto do médico de agir de acordo com o estabelecido pela nossa legislação. Constatada a anencefalia não há possibilidade de sobrevida para o feto. Inevitavelmente este não sobreviverá fora do útero materno. A manutenção dessa gravidez implicará em um grande sofrimento para a gestante, que mesmo ciente da impossibilidade de sobrevida desse feto, acaba desenvolvendo um sentimento pelo mesmo, mas que certamente acabará por falecer logo após o parto.

Assim, não se pode exigir da mulher que mantenha essa gravidez. Caso ela realize o aborto, não poderá ser punida por esse crime, uma vez que não se pode exigir dela conduta diversa. A anormalidade da situação não exige que ela tenha outra conduta que não a de interromper essa gestação e evitar que seu sofrimento se prolongue. Da mesma forma, não se pode exigir do médico que não interrompa esse sofrimento caso haja o consentimento da gestante. Estaria, portanto, excluída a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

Não se pretende aqui, uma legalização do crime de aborto, tornando-o possível diante de qualquer circunstância em que se apresente, sendo uma simples opção da gestante. Ocorre que neste caso específico, a possibilidade de sobrevida não existe. Pretende-se que a gestante tenha a opção de reduzir esse sofrimento que poderia consumi-la caso mantivesse a gravidez, e sem que com isso sofra algum tipo de sanção pelo direito penal.

Ademais, nosso legislador ao elaborar o Código Penal Brasileiro, optou pela exclusão da punibilidade do aborto em casos de aborto terapêutico, quando a mãe correr risco de vida e em casos de aborto sentimental, quando a gravidez resultar de estupro.

Se nestes casos de aborto sentimental, nos quais existe a potencialidade de vida do feto, ele, ainda assim preferiu privilegiar o direito da mulher, que teve sua liberdade coagida, podemos supor que diante de um caso de feto anencefálico, onde não há qualquer possibilidade de vida extra-uterina, ele iria considerar legítimo o direito da gestante em antecipar o parto nestas condições específicas.

Porém, como sabemos na época da elaboração de nosso Código, ele ainda não possuía tais certezas científicas, que só surgiram com os avanços tecnológicos. Estes avanços tornaram possível se detectar diversas anomalias ainda dentro de ventre materno.

Não pode o Judiciário, por força do anacronismo de nossa legislação, proibir estas mulheres de abreviarem seu sofrimento, pois é neste estado de dor e angústia que elas viverão durante todo o período de gravidez, pela certeza de estarem carregando um ser que não poderá usufruir a vida em sua magnitude. Mesmo não havendo está previsão, há de se reconhecer a excludente de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

O assunto ainda causará polêmica por muito tempo, mas agora cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir de forma definitiva se esta interrupção da gestação configura o crime de aborto descrito no Código Penal Brasileiro, devendo a gestante e o médico que a realiza sofrer sanção do direito penal. Ou então, conforme aqui defendido, apesar de configurar um fato típico e ilícito, estaria excluída a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

9 REFERÊNCIAS

BARBATO JR, Roberto. O aborto de fetos anencéfalos. O direito e a realidade atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1792, 28 maio 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11319>. Acesso em: 05 maio 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Inicial da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54.* Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/adpf_anencefalia.pdf. Acesso em 20 de maio de 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial. Volume 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei n° 9.455, de 7 de abril de 1997. *RT Mini Códigos. Constituição Federal – Código de Processo Penal – Código Penal.* Organizador Luiz Flávio Gomes. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 2 : parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts.121 a 212). 3ª ed. Ver. E atual. de acordo com as Leis n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo : Saraiva, 2004.

CAVALCANTE, Alcilene e XAVIER, Dulce. *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos.* São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização.* 2ª edição revista da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*– 6. ed. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Revisão da tradução por Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CORDEIRO, Letícia Gomes. *A antecipação terapêutica no parto em caso de gravidez de feto anencefálico.* Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1412, 14 de maio de 2007. Disponível em <http://jus2. uol. com.br/doutrina/texto.asp?id=9875> Acesso em: 20 de abril 2008.

CONSULTOR JURÍDICO. Quinta-feira, 3 de maio de 2008, disponível em: http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=96961&tip=UN

CONSULTOR JURÍDICO . Quarta-feira, 23 de maio de 2008, disponível em: http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199000024870&data=06/08/1990

CONSULTOR JURÍDICO. Quarta-feira, 23 de maio de 2008, disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000368407&dt_publicacao=10/06/2002

DINIZ, Débora e RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anencefalia fetal.* Brasília: Letras Livres, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

_____. *Direito Penal*: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa – Niterói, RJ: Impetus,2005.

_____. *Código Penal Comentado.* Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Vol. V, arts. 121 a 136. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal.* Parte Geral. 1º volume. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEDICINA, Conselho Regional de. *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal.* Brasília: Letras Livres, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. v.1. Parte Geral: Arts. 1º a 120 do CP, conforme Lei nº. 7.290, de 11-07-84. 23ª. ed. São Paulo : Atlas, 2005.

_____ . _____ : v.2. Parte especial. Arts. 121 a 234 do CP. 18ª. ed. São Paulo : Atlas, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal.* Parte general. 4ª ed. Valencia: Triant to Blanch, 2000.

_____ . _____. Parte especial. 15ª ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant to blanch, 2004.

NAHUM, Marco Antonio R. *Inexigibilidade de conduta diversa* : *causa supralegal* : *excludente de culpabilidade* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*. 6ª ed., Revista, Atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

PAPALEO, Celso Cezar. *Aborto e contracepção*: *atualidade e complexidade da questão*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

PONTES, Manuel Sabino. *A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005 Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>. Acesso em: 17 maio. 2008. p. 1.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 3ª ed. rev. , atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____._____. Volume 2. Parte especial, arts.121 a 183. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Eduardo Gomes de. *Abortamento de feto anencefálico e a inexigibilidade de conduta diversa. A influência das circunstâncias concomitantes no comportamento humano.* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 943, 1 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7770>. Acesso em: 16 maio. 2008.

REIS, Adriana Tenorio Antunes. *Descriminalização do abortamento nos casos de fetos portadores de anencefalia* . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10492>. Acesso em: 29 abril 2008.

RICHARD E. Behman, Robert M. Kliegman e Hal B. Jenson, Nelson/ *Tratado de Pediatria*, Ed. GuanabaraKoogan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal,* parte geral. 2ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris ICPC, 2007.

SOLER. Sebastian. *Derecho Penal Argentino.* Tercera reimpresion. Tomo III. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 354 (ADPF- 54). *Anencefalia e Aborto.*

TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*: *descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea*.1º ed. (ano 2002), 4ª tir./Curitiba: Juruá, 2006.

WIKIPÉDIA. *Aborto em Portugal.* Net. 9 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_em_Portugal> Acesso em 14 de junho de 2008.