

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ABORTO E ANENCEFALIA**

Daniel Candido Rodrigues

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ABORTO E ANENCEFALIA**

Daniel Candido Rodrigues

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcus Vinícius Feltrin Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2011

# ABORTO E ANENCEFALIA

Trabalho de Conclusão de Curso  
aprovado como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

---

Marcus Vinícius Feltrin Aquotti  
Orientador

---

Rodrigo Lemos Arteiro  
Examinador

---

Cláudio José Palma Sanchez  
Examinador

Presidente Prudente/SP, 18 de novembro de 2011

Esforça-te e tem bom ânimo; não temas nem te espantes; porque o Senhor teu Deus é contigo, por onde quer que andares. Josué: 1:9.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar agradeço a Deus por me conceder forças não só para a realização deste trabalho, como também para trilhar o curso de Direito.

Agradeço a meus pais, David e Elaine, a minha irmã, Ellen e seu marido Jeferson, e meu irmão, Felipe, por terem me apoiado para a realização deste trabalho, por seu carinho e afeto que tem por mim.

A minha namorada, Ana Paula, que tem sido compreensiva, amorosa e companheira.

Também agradeço ao meu orientador, o professor Marcus Vinícius Feltrin Aquotti, que me auxiliou para a realização deste trabalho.

Por derradeiro, não poderia deixar de lembrar dos meus amigos do “Busão” de Rosana, pois passamos uma parte de nossas vidas juntos, lutando para alcançar um de nossos objetivos.

## RESUMO

Esta pesquisa tem por escopo tratar das controvérsias existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade ou não da interrupção da gestação em casos de fetos anencéfalos. Num primeiro momento foram tecidas breves notas sobre o direito a vida, bem como a discussão de algumas das teses existentes acerca do momento em que a vida inicia, tendo em vista a inexistência de regulamentação legal. Tratou brevemente da história do aborto desde a antiguidade até a atualidade; apresentou o conceito de aborto consagrado pela doutrina pátria e por outros estudiosos; esmiuçou os elementos do tipo penal do delito de aborto, bem como trouxe algumas espécies de aborto, permitidas ou não pelo Código Penal. Em outro momento discorreu acerca da anencefalia, que se trata de uma malformação fetal incompatível com a vida, e diante da omissão legal da possibilidade de interrupção ou não da gestação, foram trazidas e discutidas algumas teses que permitem a realização do aborto em caso de anencefalia, bem como o entendimento daqueles que são contrários ao aborto de fetos anencéfalos. Por conseguinte, a finalidade precípua deste trabalho é demonstrar a possibilidade de antecipar ou não a gestação de fetos anencéfalos sob a ótica do ordenamento jurídico vigente.

**Palavras-chaves:** Aborto. Anencefalia. Acefalia. Interrupção da gestação. Aborto de fetos anencéfalos.

## ABSTRACT

This research has the purpose to address the controversies in the doctrine and case law on whether there is a possibility or not to interrupt pregnancy in cases of anencephalic fetuses. At first glance, it was put together brief notes on the right to life, as well as the discussion of some of the existing theories about when life begins, bearing in mind the lack of legal regulation. The history of abortion was briefly treated from ancient times up until this moment; the concept of abortion enshrined by the national doctrine and by other scholars was put forward; penal-type elements of the crime of abortion were thoroughly investigated, and certain types of abortion was set forth, permitted or not by the Criminal Code. At another point, it was talked about anencephaly, which is a fetal malformation incompatible with life, and in opposition to the legal omission of the possibility to interrupt pregnancy or not, it was presented and discussed some theories that allow the abortion in cases of anencephaly, as well as understanding those who oppose the abortion of anencephalic fetuses. Therefore, the main purpose of this work is to demonstrate the ability to anticipate or not, the gestation period of anencephalic fetuses from the viewpoint of current legislation.

**Keywords:** Abortion. Anencephaly. Acephaly. Termination of pregnancy. Abortion of anencephalic fetuses.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 DIREITO À VIDA.....</b>	<b>11</b>
2.1 Teoria Concepcionista.....	12
2.2 Teoria Natalista .....	14
2.3 Teoria da Organização do Sistema Nervoso Central .....	15
2.4 Teoria da Configuração dos Órgãos .....	15
2.5 Teoria da Viabilidade.....	15
2.6 Teoria da Nidação .....	16
<b>3 A HISTÓRIA DO ABORTO.....</b>	<b>18</b>
3.1 Da Antiguidade até o Contexto Greco-romano.....	18
3.2 Judaísmo.....	20
3.3 Do Cristianismo à Idade Moderna .....	20
<b>4 ABORTO NO BRASIL .....</b>	<b>22</b>
4.1 Código Criminal do Império e Código Penal de 1890.....	22
4.2 Aborto e o Código Penal Atual .....	24
4.2.1 Conceito .....	24
4.2.2 Objeto jurídico .....	26
4.2.3 Sujeito ativo .....	29
4.2.4 Sujeito passivo .....	29
4.2.5 Tipo objetivo .....	30
4.2.6 Tipo subjetivo .....	31
4.2.7 Consumação .....	32
4.2.8 Tentativa.....	34
<b>5 ESPÉCIES DE ABORTO .....</b>	<b>36</b>
5.1 Autoaborto e Aborto Consentido .....	36
5.2 Aborto Provocado com o Consentimento da Gestante .....	37
5.3 Aborto Provocado sem o Consentimento da Gestante .....	37
5.4 Aborto Qualificado.....	38
5.5 Aborto Necessário.....	39
5.6 Aborto Sentimental.....	40
5.7 Aborto Natural e Aborto Acidental .....	41
5.8 Aborto Eugénésico .....	41
5.9 Aborto Econômico .....	42
5.10 Aborto Honoris Causa .....	42
<b>6 INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS.....</b>	<b>43</b>
6.1 Considerações Iniciais.....	43
6.2 Conceito .....	43
<b>7 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS .....</b>	<b>45</b>
7.1 Critério Adotado para Constatar a Morte.....	45

7.2 Conflito de Direitos Fundamentais .....	46
7.3 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade .....	48
7.3.1 Interrupção da Gestação de Feto Anencéfalo como Exercício Regular de um Direito .....	50
7.4 Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.� 54-8 .....	51
7.5 Inexigibilidade de Conduta Diversa: Ausência de Fundamento para Censura Social .....	52
7.6 Teoria da Imputação Objetiva e Aborto de Anencéfalo: Atipicidade Material do Fato .....	54
<b>8 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS .....</b>	<b>57</b>
<b>9 JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>60</b>
<b>10 CONCLUSÃO .....</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>70</b>

# 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratou de uma pesquisa referente ao tema “Aborto e Anencefalia”, tem o escopo de apresentar a discussão da possibilidade ou não de interromper a gestação em caso de fetos anencéfalos.

Num primeiro momento, foram feitas, de maneira sintética algumas considerações do direito à vida, tendo em vista a omissão legal do momento que inicia a vida, foi necessária a demonstração de alguma das teorias apresentadas e discutidas não só pela doutrina, mas também pelas ciências médicas sobre quando a vida começa.

Posteriormente, trouxe à tona algumas considerações atinentes à história do aborto, desde a antiguidade, onde o feto era considerado mero anexo do corpo da gestante, discorrendo desde a Grécia Antiga e Roma, o aborto era aceito, por fim o Judaísmo e o Cristianismo que modificaram o entendimento sobre a licitude do aborto.

Em outro momento traçou considerações da evolução legislativa brasileira sobre o delito de aborto, desde o Código Criminal do Império, passando pelo Código Penal 1890 até o Código Penal de 1940.

Logo em seguida apresentou o conceito de aborto trazido pela doutrina pátria, por estudiosos e pela medicina, em continuidade foram estudados minuciosamente os elementos conformadores do tipo penal do crime de aborto.

Trouxe a conceituação de anencefalia, demonstrou o critério adotado pela legislação pátria para constatar a morte, e no tocante aos argumentos favoráveis a prática de aborto de fetos anencéfalos discutiu as teses da aplicação do princípio da proporcionalidade, fez-se breves comentários da ADPF nº 54, trouxe a teoria que se pauta na inexigibilidade de conduta diversa e da atipicidade da conduta, posteriormente tratou de alguns argumentos daqueles que se posicionam contra a interrupção da gestação de fetos anencéfalos.

Por derradeiro, foram colacionados alguns julgados oriundos dos tribunais pátrios, os quais trataram do assunto sob as mais variadas fundamentações.

Utilizou-se o método comparativo e dedutivo, com pesquisa teórica, bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

O presente trabalho, portanto, visa apresentar os argumentos existentes da possibilidade ou não da interrupção da gestação de fetos com anencefalia.

## 2 DIREITO À VIDA

O direito a vida é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, esta preconiza em seu art. 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida [...]”

Neste sentido leciona Pedro Lenza (2009, p. 678):

O direito à vida, previsto de forma genérica no art.5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.

Da mesma forma ensina Maria Helena Diniz (2007, p. 20):

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

Luiz Regis Prado (2011, p. 118) entende que:

O direito à vida, constitucionalmente assegurado (art.5º, *caput*, CF), é inviolável, e todos, sem distinção, são titulares. Logo é evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido em sua plenitude, abarca não somente a vida humana independente, mas também a vida humana dependente (intrauterina).

Depreende-se do exposto que, todo ser humano detém o direito a vida, de modo que ninguém pode dela ser privado de maneira arbitrária. Trata-se de cláusula *pétrea*, portanto, imodificável, por não se poder nem ao menos propor emenda tendente a aboli-la.

Também há entendimento no sentido de que se inexistisse proteção constitucional ao direito à vida, ainda assim seria um direito absoluto, pois deriva do direito natural, sendo da própria natureza do ser humano. (Maria Helena Diniz, 2007, p. 20-21).

A vida é de suma importância para o ser humano. Caso não seja alcançada, não há que se falar na possibilidade do homem contemplar todos seus direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Vale dizer, “somente a partir da existência da vida é que o indivíduo passa a ser titular de todos os outros direitos, uma vez que a vida é a fonte primária para a titularidade de direitos”, conforme ensina a doutora Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 35).

A Carta Magna não estabelece distinções à tutela da vida humana, pois protege qualquer forma de manifestação, mesmo que potencial, da possibilidade de existência de uma futura vida.

Partindo-se desta premissa, surgem então, as questões atinentes ao início da vida e a partir de que momento o ordenamento jurídico dispensa sua proteção ao indivíduo.

A legislação vigente carece de regulamentação no tocante ao momento inicial da vida, o que motivou a proliferação de diversas teorias a respeito do assunto.

Destarte, é pertinente tratar de algumas das teorias existentes acerca de quando se considera o início da vida.

## **2.1 Teoria Concepcionista**

Sob a ótica da teoria concepcionista, o embrião humano pode ser considerado sujeito a partir do momento da concepção, tendo em vista que a fecundação do óvulo humano aponta o começo de existência da vida, totalmente diversa de seus genitores, pois o embrião possui um código genético próprio que permitirá seu total desenvolvimento. Nas palavras de Eduardo Leite (1995, p. 385) apud Jussara Maria Leal de Meireles (2000, p. 91):

Admite o ser embrião, desde a fecundação, algo distinto da mãe e com uma autonomia genético-biológica que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta (salvo os óbvios atributos de tamanho e função).

Cabe ressaltar, embora existam divergências, o Código Civil em seu artigo 2º, adota a teoria concepcionista, estatui este: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Neste sentido leciona Silmara J.Chinellato (2008, p. 08):

Considerando a não-taxatividade do art.2º, a previsão expressa de direitos e *status* ao nascituro, bem como o conceito de personalidade, sustento que o Código Civil filia-se à corrente concepcionista que os reconhece, desde a concepção, como já ocorria no Direito romano. Não me parece adotar a corrente natalista, prevista apenas na primeira parte do artigo e que não se sustenta em interpretação sistemática. Nem é correto afirmar que se adota a corrente da personalidade jurídica condicional, pois os direitos patrimoniais, incluindo os direitos da personalidade, não dependem do nascimento com vida, e, antes, a ele visam [...].

Damásio E. de Jesus (2009, p. 13) adepto da teoria concepcionista, defende a seguinte ideia: “o legislador protege a pessoa humana desde a sua formação. Assim, a tutela penal ocorre mesmo antes do nascimento, por intermédio da descrição legal do crime de aborto”. Sustenta não ser relevante o estágio de desenvolvimento do feto para a prática do aborto, pois a proteção legal se dá desde a concepção até o início do parto, leva em conta a inexistência de distinção trazida pela lei entre óvulo fecundado, embrião ou feto (2009, p. 122).

No mesmo sentido se posiciona E. Magalhães Noronha (2003, p. 55), segundo o qual, malgrado “sob ponto de vista médico, gravidez seja mais propriamente o período que decorre entre a terceira e a quinta fases, sob o aspecto jurídico ela vai desde a *fecundação* até o início do parto”.

Nesta toada, preleciona Cezar Roberto Bitencourt que a lei penal tutela a vida intrauterina desde a concepção até o parto. (2010, p. 160).

Digno de nota é o entendimento do mestre Genival Veloso de França, para o qual a vida inicia-se com a fecundação, deste modo faz severas críticas sobre os dispositivos intra-uterinos (DIU), sua ação é a de impedir a nidação de um óvulo já fecundado, portanto este método pode ser considerado abortivo. (França, 2001, p. 253-254).

Dessarte, o embrião humano a partir do instante da concepção, segundo a teoria concepcionista, pode ser considerado sujeito detentor de direitos, inclusive à vida.

## 2.2 Teoria Natalista

De acordo com a teoria natalista o nascituro é considerado mera expectativa de pessoa, e somente será considerado como tal após o nascimento com vida. Contudo, seus direitos são resguardados desde a concepção, por se tratar de uma pessoa em potencial. Nesse sentido leciona Pablo Stolze Gagliano (2004, p. 91-92):

Ora, adotada a *teoria natalista*, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, é razoável o entendimento no sentido de que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera *expectativa de direito*.

Deste modo, percebe-se não ser pacífica a questão na doutrina.

Sob a ótica da teoria natalista, o nascituro, não possui vida autônoma e depende da mãe para se desenvolver. Digno de nota a lição do ilustre Roberto de Ruggiero (1934, p. 341-342) apud Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 42):

Antes do nascimento o produto do corpo humano não é ainda pessoa, mas uma parte das vísceras maternas'. No entanto, com esperança que nasça, o direito tem-no em consideração, dando-lhe uma proteção particular, reservando-lhe os seus direitos e fazendo retroagir a sua existência, se nascer ao momento da concepção. A equiparação do concebido ao nascido (*conceptus pro iam nato habetur*) é feita pelo direito só no seu interesse, pelo que não aproveita a terceiros e exerce-se por um lado, com o instituto do curador ao ventre, com o fim de vigiar os direitos que competirão ao nascituro.

Por fim, nos termos desta teoria, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem proteção legal de todos os seus direitos desde a concepção, que são taxativamente elencados na lei, deste modo se justifica a existência o delito de aborto, que visa tutelar aquele que está por nascer.

### **2.3 Teoria da Organização do Sistema Nervoso Central**

Os adeptos desta teoria consideram que somente a partir do 14º dia de gestação o produto da concepção pode ser considerado como pessoa, justificando ser este o momento inicial da organização do sistema nervoso central e o plano construtivo do embrião. (MEIRELLES, 2000, p. 121-122).

Nesta esteira a lei de transplantes estabelece que a vida se extingue quando cessam as atividades cerebrais, deste modo a contrario *sensu* a vida inicia a partir do momento em que há o início de atividade cerebral.

Entretanto este critério é condenado por alguns, pois há divergências no tocante a certeza do momento em que é iniciado o desenvolvimento da atividade cerebral, desta maneira, pode-se dizer que se trata de momento arbitrário adotado por alguns. (MEIRELLES, 2000, p. 123).

### **2.4 Teoria da Configuração dos Órgãos**

Para seus defensores o feto pode ser considerado pessoa apenas quando contemplar forma, isto é, quando seus órgãos se apresentam plenamente formados a vida é iniciada. Contudo este entendimento é falho, tendo em vista mesmo o recém-nascido não possuir total desenvolvimento de seus órgãos. (MEIRELLES, 2000, p. 127).

### **2.5 Teoria da Viabilidade**

Preconiza a referida teoria, que o ente concebido pode ser considerado sujeito se atingir amadurecimento a ponto de conseguir viver fora do útero. Este critério é dotado de tamanha imprecisão, pois não é possível antever como o feto irá se desenvolver fora do útero, além do que cada um possui características peculiares. (MEIRELLES, 2000, p. 130-131).

## 2.6 Teoria da Nidação

A nidação é a implantação do embrião no útero, esta teoria é utilizada pela medicina. Maria de Fátima Freire de Sá (2002, p. 339) justifica sua adoção no sentido de “[...] o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero da mulher”.

Neste íterim, cita-se o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 63):

[...]. Segundo a doutrina, a vida intra-uterina se inicia com a fecundação ou constituição do ovo, ou seja, a concepção. Já se tem apontado, porém, como início da gravidez a implantação do óvulo no útero materno (nidação). Considerando que é permitida no País a venda do DIU e de pílulas anticoncepcionais [...] forçoso é concluir-se que se deve aceitar a segunda posição, tendo em vista a lei penal. Caso contrário, dever-se-á incriminar como aborto o resultado da ação das pílulas e dos dispositivos intra uterinos que atuam após a fecundação.

Rogério Greco (2009, p. 240), adepto da teoria da nidação, diferencia o momento do início da vida do momento que a lei penal a protege, assim:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozóide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a *nidação*, no que diz respeito à *implantação do óvulo já fecundado no útero materno*, o que ocorre 14 dias após a fecundação.

Compartilha do mesmo posicionamento o doutrinador Luiz Regis Prado (2011, p. 120), assevera, pois, que:

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

Conclui dizendo que:

[...] O aborto tem como limite mínimo necessário para sua existência a *nidação*, que ocorre cerca de quatorze dias após a concepção. O termo final é o início do parto [...]. (Prado, 2011, p. 120).

Portanto, para os adeptos desta teoria a vida inicia desde a concepção, entretanto é do momento em que ocorre a nidação que recai sobre o feto a tutela penal, a doutrina se vale desta teoria para considerar o início da vida, tendo em vista determinados métodos contraceptivos, que atuam antes do momento da nidação, e são tolerados pelo ordenamento jurídico.

## 3 A HISTÓRIA DO ABORTO

### 3.1 Da Antiguidade até o Contexto Greco-romano

Desde a Antiguidade até o século XVIII, o feto era considerado um mero adendo do corpo da gestante. Esta opinião emergiu em um determinado contexto histórico e sofria grande influência do senso comum, foi utilizada durante grande lapso temporal pelos estudiosos da época, que, no entanto, não se embasavam em critérios científicos para justificar o entendimento adotado. (GALEOTTI, 2007, p.25).

Deste modo, a gravidez era considerada uma fase que estava unicamente ligada à mulher, tanto é que a função reprodutora era o que caracterizava o seu papel perante a sociedade. Assim a gestação era considerada interesse privativo da gestante, em decorrência disso, os homens, digam-se médicos, não interferiam no processo de gravidez, exceto quando o feto nascia morto. (GALEOTTI, 2007, p.26-29).

Era a mulher quem deveria constatar se estava em processo de gestação, assim ao perceber tal fenômeno, incumbia a ela transmitir a informação para que a gestação fosse socialmente conhecida, assim não poderia ser acusada se fizesse o aborto antes de comunicar que estava gestante. (GALEOTTI, 2007, p.30).

Na Grécia Antiga o aborto era considerado lícito e aceito pela sociedade, ainda existia a ideia de que o produto da concepção era apenas um anexo ao corpo materno, acreditavam que o feto seria animado após o nascimento, sendo que animação era a junção entre o corpo e a alma. (GALEOTTI, 2007, p.35).

Hipócrates era um dos poucos estudiosos contrários a práticas abortivas, comprometendo-se em seu juramento a não conceder a mulheres grávidas substâncias abortivas, bem como defendia o entendimento de que o

feto se desenvolvia no útero materno, opinião esta contrária a predominante na época. (GALEOTTI, 2007, p.37).

Sócrates, coevo de Hipócrates, defendia o aborto voluntário e seu discípulo Platão entendia que as mulheres com mais de quarenta anos deveriam abortar compulsoriamente, justificando a prática abortiva para o controle do aumento populacional. (PRADO, 2007, p. 47).

Aristóteles também compartilhava do mesmo posicionamento, entretanto, o aborto deveria ser realizado antes da “animação” do feto, período este de sessenta dias após a concepção. (PRADO, 2007, p. 47).

Em Roma a primeira alusão indireta ao aborto despontou com o Código de Hamurábi, no qual o aborto era tido como um crime que afronta o interesse do pai ou do marido, bem como um dano contra a mulher. (PRADO, 2007, p. 45).

Inicialmente o aborto voluntário não era tido por um crime, pois o estoicismo, bastante difundido em Roma, teve forte influência sobre o direito romano, arraigando a noção de que o feto não era visto como um ser humano e sim apenas um adendo ao corpo materno. (GALEOTTI, 2007, p.37).

O homem detinha o direito da vida ou morte dos filhos, desta forma poderia se desfazer do feto, no entanto a deliberação de abortar pertencia apenas as mulheres, deve-se levar em conta as prostitutas, pois não se submetiam a decisão do homem, de outro lado, para as mulheres casadas a realização do aborto poderia acarretar separação do casal. (GALEOTTI, 2007, p.40).

A primeira pena no mundo romano para a prática do aborto foi um reescrito que condenava a exílio temporário as mulheres casadas ou divorciadas, apenando com trabalhos forçados nas minas e exílio aqueles que aplicassem substâncias abortivas. (GALEOTTI, 2007, p.40).

Desta maneira a prática do aborto passou de cunho privado para assunto consignado pela lei, todavia, ainda prevalecia a ideia de o feto não ser considerado pessoa. (GALEOTTI, 2007, p.43).

### 3.2 Judaísmo

Diferentemente dos gregos e romanos no judaísmo a prática do aborto era condenada, ao contrário dos primeiros, acreditavam no início da vida a partir da animação, sob a ótica hebraica a vida teria início antes mesmo da concepção e se desenvolvia em etapas sucessivas, todavia o feto se tornaria pessoa apenas com a realização parto. Embora o aborto fosse considerado ato ilícito, existindo risco para a vida da mãe a gravidez poderia ser interrompida. (GALEOTTI, 2007, p. 45-50).

### 3.3 Do Cristianismo à Idade Moderna

Como no judaísmo, o cristianismo é contra o aborto, no entanto, o aborto é considerado como homicídio, a discussão existente era a definição do instante em poderia ter o feto como ser humano, logo a vida humana se daria a partir da animação. Existiam entendimentos de que a animação era imediata, bem como em um momento posterior, o que implicava na punição, pois no judaísmo o aborto era condenado desde a concepção. (GALEOTTI, 2007, p. 51).

Diferentemente dos romanos, os quais acreditavam ser o feto um mero apêndice, os cristãos sustentavam ser o conceito uma entidade autônoma, justificando a não extensão do batismo da mãe ao nascituro. Assim o aborto seria um pecado por se destruir uma criatura de Deus (GALEOTTI, 2007, p. 53).

Surge uma nova mudança de paradigma com Agostinho, pois este apresentou a ideia de que a animação seria realizada posteriormente à concepção, justificando na criação do homem, desta forma seria necessário primeiro a formação do corpo para que posteriormente fosse nele infundida a alma. Neste sentido, não poderia ser o aborto considerado homicídio se realizado antes da animação, embora a prática abortiva ainda fosse condenada pelos cristãos. (GALEOTTI, 2007, p. 54-55).

A discussão acerca do momento em que se dá a animação se estendeu ao longo de séculos, variando desde a concepção até períodos posteriores.

No início do século IV, o aborto passou a ser alvo de decisões conciliares da igreja, dentre estas foram de grande repercussão o Concílio de Elvira (300-303) e o de Ancira (314), aquele foi o primeiro a trazer regras sobre o aborto e condenava a mulher que realizasse o aborto à eliminação da sociedade cristã, já o segundo trazia uma pena menos severa: expulsão de dez anos e castigos públicos. (GALEOTTI, 2007, p. 56-57).

O Concílio de Lérida (546) previa pena de expulsão de sete anos aquela que tivesse abortado filho ilegítimo, posteriormente o aborto é considerado homicídio pelo Concílio de Trullano (692). (GALEOTTI, 2007, p.59).

Num momento posterior (675) os cânones irlandeses se valem da distinção entre feto animado e não animado. Em seguida no ano de 800 é apresentada uma diferenciação que possui três etapas: período inicial, formação da carne e infusão da alma, cada uma com suas respectivas penas, caso seja feito o aborto. (GALEOTTI, 2007, p. 60).

Desta maneira, durante o passar dos séculos existiram punições e entendimentos diversos com relação aqueles abortassem, e somente no século XIV, com a união do direito civil e o direito canônico, Bartolo da Sassoferrato um jurista italiano de grande renome apresenta a ideia de que o momento da animação deveria ser instituído pela ciência, posicionamento este predomina até a atualidade. (GALEOTTI, 2007, p. 70).

## 4 ABORTO NO BRASIL

### 4.1 Código Criminal do Império e Código Penal de 1890

O Código Criminal do Império vedava a prática do aborto, o artigo 199 (1830, s.p.) apud Luiz Regis Prado (2011, p. 116) possuía a seguinte dicção:

Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada. Penas – de prisão com trabalho por um a cinco annos [...]. Se este crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada. Penas – dobradas.

A crítica feita pela doutrina era a de inexistir punição para a mulher que tivesse praticado aborto em si, deste modo punia apenas terceiros que realizassem aborto na gestante. (PRADO, 2011, p. 115).

Destaca-se a não incidência de aumento de pena se a gestante viesse a óbito em razão das manobras abortivas.

Outra falha, de grande relevância, apontada pela doutrina, era a inexistência de uma norma que isentasse o médico de pena caso interrompesse a gestação nas situações em que há risco para a vida da mãe.

O mesmo Código punia quem fornecia substancias abortivas, e a punição persistia mesmo se não ocorresse o aborto, o artigo 200 apud Luiz Regis Prado (2011, p. 116) trazia a seguinte redação:

Fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Penas – de prisão com trabalho por dous a seis annos [...]. Se este crime for commettido por medico, boticário, cirurgião ou praticante de taes artes. Penas – dobradas.

Como se nota pelo acima descrito, havia punição dobrada para médicos e outros envolvidos na área se fornecessem substância capaz de interromper a gravidez.

O Código Penal de 1980 (1980, s.p.) apud Hélio Gomes (2003, p. 415) trouxe algumas inovações, estabelecia que:

Art. 300 – Provocar aborto haja ou não a expulsão do fruto da concepção:

No primeiro caso – pena de prisão celular por 2 a 6 anos;

No segundo caso – pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano.

§1º - Se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir-se a morte da mulher:

Pena – Prisão celular de 6 a 24 anos.

§2º - Se o aborto for praticado por médico, ou parteira habilitada legalmente para o exercício da medicina:

Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação.

Art.301 – provocar aborto com anuência e acordo da gestante:

Pena – prisão celular por 1 a 5 anos.

§ único – em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente empregando para esse fim os meios, e com redução da terça parte, se o crime for cometido para ocultar desonra própria.

Art. 302 – se o médico ou parteira, praticando o aborto legal ou necessário, para salvar a gestante de morte inevitável, ocasionar-lhe a morte por imperícia ou negligência:

Pena – Prisão celular de 2 meses a 2 anos e privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação.

É digno de nota a distinção feita entre aborto em que havia a expulsão do produto da concepção e aborto sem a expulsão do feto, sendo que na primeira situação a pena era mais grave, esta diferenciação é criticada por Hélio Gomes (2003, p. 415), segundo o ilustre doutrinador: [...] “a aplicação de penas diferentes, conforme o conceito fosse expulso ou não, era uma incongruência, pois que o bem tutelado era a vida do feto”. Outra mudança importante foi a presença de agravante se em decorrência do aborto ocorresse a morte da gestante.

Neste sentido, tipificou o autoaborto voluntário, bem como estabeleceu diminuição de pena se a mulher interrompesse a gestação para ocultar desonra própria. (2003, p. 415)

Destarte, estatuiu o aborto legal em virtude de perigo para a vida da gestante, todavia o médico não poderia cometer equívocos, uma vez que, no caso de morte seria punido por imperícia ou negligência. (2003, p. 416).

## 4.2 Aborto e o Código Penal Atual

Segundo a doutrina o Código Penal de 1940 especifica três espécies de aborto, quais sejam, aborto provocado, aborto sofrido e aborto consentido, na primeira situação a gestante dá causa a interrupção da gestação, na segunda é realizado por terceiro sem seu consentimento, e, por fim, na última hipótese existe a anuência da mulher. (Capez, 2010, p. 144).

### 4.2.1 Conceito

Para melhor compreensão do assunto, é de bom alvitre trazer à tona definições da palavra aborto apresentada por estudiosos, na doutrina e pela medicina.

Segundo o mini Aurélio (2000, p. 05) abortar significa “eliminar prematuramente do útero o produto da concepção”.

Neste íterim, a doutrina pátria apresenta definições semelhantes, desta forma segundo José Henrique Pierangeli (2007, p. 62):

A palavra aborto procede do latim, *ab-ortus*, que significa privação do nascimento, nascimento antecipado, aquele que nasce antes do tempo, ou, num conceito melhor estruturado, aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É, portanto, a morte do *ovo* (fruto da concepção até três semanas de gestação), do *embrião* (de três semanas a três meses) ou do *feto* (após os três meses), com ou sem a sua expulsão. Esta classificação vem destacada nos compêndios de Medicina Legal, mas entre os juristas a palavra *feto* é usada indistintamente para todas as fases da gestação.

Adotando o conceito apresentado em Medicina Legal, o ilustre doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 62) conceitua aborto como:

[...] interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da

mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Para Damásio E. de Jesus (2009, p. 119) “aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto”.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 160):

Aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina.

E. Magalhães Noronha (2003, p. 54) de maneira sucinta conceitua aborto como “[...] interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo, embrião ou feto”.

Entre a obstetrícia e a lei penal, Hélio Gomes (2003, p. 410) apresenta a diferença da definição de aborto:

Os obstetras chamam de aborto ao produto eliminado pelo trabalho de abortamento. Para eles, há aborto quando a interrupção da gravidez se dá antes da viabilidade fetal, o que ocorre ao fim da 28ª semana. Perante a lei, aborto é a interrupção dolosa da gravidez, à qual se segue a morte do concepto, independentemente da duração da gestação. Enquanto a obstetrícia preocupa-se com a capacidade de sobrevivência do novo ser fora do útero, a legislação volta-se para a causa jurídica, não importando a época em que se realize a intervenção. [...].

Para a ciência médica aborto, consoante o Dicionário de Termos Técnicos de Saúde (s.d., p. 02) pode ser conceituado como:

Expulsão espontânea ou provocada do embrião ou feto de menos de 500g de peso ou até 20 semanas de idade gestacional, quando tem pouca ou nenhuma chance de sobrevivência fora do organismo materno. A expulsão do feto após essa idade gestacional é considerada internacionalmente como parto prematuro.

Alguns preferem utilizar a expressão abortamento ao invés de aborto, justificando que aquela é empregada nos meios médicos, seria, portanto, dotada de maior precisão, desta maneira leciona Danda Prado (2007, p. 16):

Abortamento é o termo correto, empregado nos meios médicos. Aborto é uma corruptela da palavra, de uso corrente, e a definição

obstétrica do abortamento é: a perda de uma gravidez antes que o embrião e o posterior feto (até a 8ª semana diz-se embrião, a partir da 9ª semana, feto) seja potencialmente capaz de vida independente da mãe. Esta, aliás, é a definição mais objetiva.

Entretanto a doutrina pátria entende que ambas as palavras podem ser usadas para se referir ao aborto. Deste modo, ensina José Henrique Pierangeli (2007, p. 62) “podem-se usar indiferentemente as palavras *aborto* e *abortamento*; a primeira liga-se mais ao produto da concepção e a segunda ao ato de abortar”, compartilha de mesmo entendimento Julio Fabbrini Mirabbete (2006, p.62) trazendo a ideia de que “preferem alguns o termo *abortamento* para a designação do ato de abortar, uma vez que a palavra *aborto* se referia apenas ao produto da interrupção da gravidez”.

No mesmo sentido leciona Damásio E. de Jesus (2009, p. 119):

A palavra *abortamento* tem maior significado técnico que *aborto*. Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar que a expressão *aborto* é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das disposições incriminadoras.

Feitas estas considerações passa-se a analisar os elementos do o tipo penal do crime de aborto sob a ótica da atual doutrina pátria.

#### **4.2.2 Objeto jurídico**

Consagra a doutrina que objeto jurídico dos tipos penais nada mais é do que o interesse protegido pela norma penal, preleciona Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 115-116):

Objeto jurídico do crime é o bem-interesse protegido pela lei penal, [...]. Conceituam-se *bem* como tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade humana. Inclusive as de natureza moral, espiritual etc., e *interesse* como o liame psicológico em torno desse bem, ou seja, o valor que tem para seu titular.

E ainda acrescenta:

São bem jurídicos a vida (protegida nas tipificações de homicídio, infanticídio, etc.), a integridade física (lesões corporais), a honra (calúnia, difamação e injúria), o patrimônio (furto, roubo, estelionato), a paz pública, etc. a disposição os títulos e capítulos da Parte Especial do Código Penal obedece a um critério que leva em consideração o objeto jurídico do crime, colocando-se em primeiro lugar os bens jurídicos mais importantes: a vida, integridade corporal, honra, patrimônio etc. (MIRABETE, 2008, p.116).

O delito ora em questão está situado no capítulo referente aos crimes contra a vida, nesse ínterim preleciona o ilustre doutrinador Fernando Capez, (2010, p. 145) que o objeto jurídico do delito do aborto é vida do ser em desenvolvimento, isto é, a norma penal visa preservar a vida humana intrauterina, e nas situações em que é praticado por terceiro além de assegurar o direito à vida do feto, resguarda não somente o direito à vida da mãe, mas também o seu direito a integridade física e psicológica.

Para Rogério Greco Filho (2009, p. 244) o tipo penal visa proteger primordialmente a vida do feto:

O delito de aborto encontra-se no Capítulo I do Título I do Código Penal, correspondente aos crimes contra a vida, razão pela qual, de acordo com a sua própria situação topográfica, o bem juridicamente protegido de forma precípua, por meio dos três tipos penais incriminadores é a *vida humana em desenvolvimento*.

Para Cezar Roberto Bitencourt o objeto jurídico protegido é a vida do produto da concepção, entretanto não considera o feto como pessoa, nas palavras do autor:

*O bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante.* (BITENCOURT, 2010, p. 159).

Desta maneira, não é a vida humana que é preservada e sim a possibilidade de desenvolver-se, que se inicia desde a concepção até o início do parto (BITENCOURT, 2010, p. 159).

De maneira diversa Damásio E. Jesus assevera que o objeto jurídico é a vida do feto, bem como o considera pessoa humana, assim a norma penal tutela a vida humana (JESUS, 2010, p. 152).

No mesmo sentido leciona E. Magalhães Noronha:

Claro é que não se trata de vida autônoma, mas não há negar que durante a gestação já existe *vida*. Em qualquer momento, o produto da concepção está *vivo*, pois cresce e se aperfeiçoa, assimila as substâncias que lhe são fornecidas pelo corpo materno e elimina os produtos de recusa; executa assim funções típicas de vida. De qualquer modo é uma vida em formação ou elaboração. Chame-se vida intra uterina, biológica, fetal, feto-placentar etc., a verdade é que ali existe uma *vida humana em germe*. (NORONHA, p. 55).

Cabe ressaltar que quando o aborto é praticado por terceiro tem-se como objeto jurídico a vida do feto e da gestante. Na lição de E. Magalhães Noronha (2003, p. 56): “cumpre, entretanto, observar que, além desse objeto jurídico – a vida do produto da concepção – tutela-se igualmente a da mulher e sua própria integridade física, como se vê do art. 127.”

Destarte, não se pode olvidar que os tipos penais possuem o objeto material, que segundo Julio Fabbrini Mirabete (2008, p.116) é “[...] a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa, ou seja, aquilo que a ação delituosa atinge”.

Neste sentido, o delito de aborto tem por objeto material o próprio feto, independentemente do estágio em que a gestação se encontrar, na lição de Rogério Greco Filho (2009, p. 245):

O objeto material do delito de aborto pode ser o óvulo fecundado, o embrião ou o feto, razão pela qual o aborto poderá ser considerado *ovular* (se cometido até os dois primeiros meses de gravidez), *embrionário* (praticado no terceiro ou quarto mês de gravidez) e, por último, *fetal* (quando o produto da concepção já atingiu os cinco meses de vida intra-uterina e daí em diante). (GRECO, 2009, p. 245).

Enfim, o crime de aborto é um dos delitos mais controvertidos e que causam polêmicas, deste modo nota-se que existem entendimentos divergentes na doutrina acerca do bem jurídico protegido.

### 4.2.3 Sujeito ativo

Trata-se da pessoa que praticou o crime, segundo Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 110) “é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico. Só o homem, isoladamente ou associado a outros (co-autoria e participação pode ser sujeito ativo do crime [...])”.

É pacífico na doutrina que no autoaborto e no aborto consentido o sujeito ativo é a própria mãe, por se tratar de delito de mão própria, já no aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, por se tratar de crime comum, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo.

### 4.2.4 Sujeito passivo

De maneira geral é a vítima do delito, na lição de Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 114) “sujeito passivo do crime é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa”.

É uníssono o entendimento na doutrina de que na situação em que há o autoaborto e o aborto consentido, tutela-se o produto da concepção, ensina Luiz Regis Prado (2011, p.119):

Sujeito passivo é o ser humano em formação (óvulo fecundado/embrião/feto), titular do bem jurídico vida. Resguarda-se a vida intrauterina, de modo que o produto da concepção é protegido nas várias etapas de seu desenvolvimento.

Destarte, quando o aborto é provocado sem o consentimento da gestante por um terceiro, diz a doutrina que há dupla subjetividade passiva, isto é, são violados tanto os direitos do feto quanto os da gestante (BITENCOURT, 2010, p. 160).

#### 4.2.5 Tipo objetivo

O tipo objetivo consiste em condutas descritas pela lei e que são consideradas contrárias ao ordenamento jurídico se praticadas por um agente, assim ministra Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 87):

O *tipo objetivo* (descrição abstrata de um comportamento) compreende a ação delituosa descrita com todas suas características descritivas e, às vezes, de elementos normativos e subjetivos. Compõem o tipo, assim, o verbo, o objeto material, o resultado, circunstâncias de tempo, lugar, modo e meios executivos, finalidade da ação etc. [...].

Neste sentido o verbo do núcleo do tipo trazido pelo Código Penal no delito de aborto é “provocar o aborto”, todavia não há definição legal do que se trata o termo aborto (PRADO, 2011, p. 119), o que acaba gerando dúvidas acerca da expressão, nas palavras do ilustre doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 160):

Os Códigos penais não definem em que consiste o *aborto*, dando origem à dúvida sobre se é suficiente a expulsão do feto ou se é necessária a ocorrência da morte para caracterizá-lo. Nosso atual Código Penal também não o define, limitando-se a adotar a fórmula neutra e indeterminada “*provocar aborto*” algo semelhante a, somente para exemplificar, “*provocar homicídio*”, em vez de “*matar alguém*”.

Desta maneira entende-se que “[...] trata-se de elemento normativo extrajurídico do tipo. Sua correta definição exige um juízo de valor empírico-cultural, feito sobretudo pelas ciências médicas e biológicas”. (PRADO, 2011, p. 119).

Portanto a definição de aborto deve ser extraída de outras áreas do conhecimento, em especial a medicina, e para que caracterize o delito é necessária que seja realizada a conduta descrita no verbo do tipo.

#### 4.2.6 Tipo subjetivo

Os tipos penais exigem, além do tipo objetivo, que esteja caracterizado outro elemento para a configuração do delito, qual seja o tipo subjetivo, que “compreende necessariamente o *dolo*, como elemento intencional e genérico, e eventualmente, outros elementos subjetivos especiais da conduta, chamados de elementos subjetivos do tipo (injusto)”. (MIRABETE, 2008, p. 87).

O crime de aborto, segundo a doutrina, somente pode ser cometido na modalidade dolosa, isto é, quando há a intenção de praticá-lo, portanto está excluída a hipótese de quando o agente realiza o delito culposamente.

É neste sentido a lição do mestre Fernando Capez (2010, p. 150):

É o dolo, direito ou eventual. Na primeira hipótese, é a vontade livre e consciente de interromper a gravidez, causando a morte do produto da concepção. Na segunda hipótese, há apenas a assunção do risco do resultado. Não se admite a modalidade culposa. A conduta do terceiro que culposamente, dá causa ao aborto, dirá com o delito de lesão corporal culposa em que a vítima será a gestante. Finalmente a conduta descuidada da mulher que provoca a morte do feto é fato atípico, pois não se pune a autolesão.

Da mesma posição compartilha o ilustre doutrinador Luiz Regis Prado (2011, p. 123):

O *tipo subjetivo* é constituído pelo dolo – consciência e vontade de produzir a morte do feto. Admite-se dolo direito – quando a vontade do agente é diretamente conduzida à interrupção da gravidez e, de conseguinte, à provocação da morte do produto da concepção – e também o dolo eventual – se o sujeito ativo, embora não queira o resultado morte do feto como fim específico de sua conduta, o aceita como possível ou provável.

Neste diapasão é a lição do mestre Damásio E. Jesus (2010, p. 155), segundo ele o “aborto só é punível a título de dolo, vontade de interromper a gravidez e de causar a morte do produto da concepção. Não existe aborto culposo”. Da mesma forma ensina E. Magalhães Noronha (2003,

p. 60): “aborto é crime doloso. Só existe quando o agente *quis* a morte do feto ou *assumiu o risco* de produzi-la”.

Destarte, nota-se que se trata de questão pacífica na doutrina o entendimento de que o delito de aborto admite somente ser praticado de maneira dolosa, sendo, portanto, atípico se cometido de forma culposa.

#### 4.2.7 Consumação

Segundo o artigo 14, inciso I do Código Penal o crime será considerado consumado “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”, sobre o assunto o mestre Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 147) apresenta a seguinte lição:

Está consumado o crime quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato descrito na lei penal. Preenchidos todos os elementos do tipo objetivo pelo fato natural, ocorreu a consumação.

O delito em questão, tema incontroverso na doutrina, consuma-se “com a *morte do feto*, resultante da interrupção da gravidez, pode ocorrer dentro do útero materno como ser subsequente à expulsão prematura”. (NORONHA, 2003, p. 57).

Destarte, a expulsão do feto não é necessariamente o momento consumativo do delito, ensina E. Magalhães Noronha (2003, p. 57):

Pode haver expulsão sem existir aborto, quando, *no parto acelerado*, o feto continua a viver, embora com a vida precária ou deficiente; pode ser expulso, já tendo, entretanto, sido morto no ventre materno; pode ser morto aí e não se dar a expulsão, e pode ser morto juntamente com a mãe, sem ser expulso. Em todas essas hipóteses, é a *morte do feto* que caracteriza o momento consumativo.

Nesta esteira ministra Fernando Capez (2010, p. 148): “ressalte-se que a expulsão do feto é irrelevante para a consumação do crime, pois a medicina aponta diversos casos em que o feto morto não é expelido das entranhas maternas, mantendo-se no organismo da gestante”.

É imprescindível a constatação da existência de vida uterina, trata-se de requisito de materialidade do delito, bem como é necessário uma gestação em andamento (BITENCOURT, 2010, p. 165).

Neste passo, digna de nota a lição de Rogério Greco (2009, p. 247):

Fundamental é a prova de que o feto estava vivo no momento da ação ou da omissão do agente, dirigida no sentido de causar-lhe a morte, pois, caso contrário, já estando morto o feto no momento da prática da conduta pelo agente o caso será o de crime impossível, em virtude da absoluta impropriedade do objeto.

Ressalta Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 165):

[...]. Finda a gravidez, não se poderá praticar aborto, já que a morte do feto tem de ser resultado das manobras abortivas ou da imaturidade do feto para viver fora do ventre materno, em decorrência dessas manobras. Em outros termos é indispensável comprovar que o feto ou embrião, isto é, o *ser em formação*, estava vivo quando a ação abortiva foi praticada e que esta lhe produziu a morte, ou seja, é necessária uma *relação de causa e efeito* entre a ação e o resultado produzido.

Conclui dizendo “[...], o emprego de meios abortivos, por si só, é insuficiente para concluir, com certeza a produção do crime de aborto. É indispensável que se prove que o aborto é conseqüência do meio abortivo utilizado”. (BITENCOURT, 2010, p. 165).

A doutrina também aponta que não há necessidade de viabilidade do feto para caracterizar o delito, assim “existindo vida intra-uterina, pouco importa a capacidade de o feto atingir a maturação; ele é protegido por ser um *embrião de vida humana*” (NORONHA, 2003, p. 57).

Enfim, por se tratar de delito material, vislumbra-se que o crime estará consumado com a constatação da morte do feto, durante a gestação, em decorrência da prática de manobras abortivas, pouco importando se houve ou não sua expulsão.

#### 4.2.8 Tentativa

Estatui o Código Penal em seu artigo 14, inciso II, que o crime será tentado “[...], quando iniciada a execução não se consuma por circunstâncias alheias a vontade do agente”.

A doutrina aponta que, para a prática de um delito é necessário percorrer um determinado caminho desde a cogitação até o momento da consumação, é o chamado *inter criminis*. (MIRABETE, 2008, p. 148).

De maneira sintética, o caminho do crime é composto por três fazes: cogitação, que se traduz na ideia, intenção de praticar o delito, o que não é punido pela lei penal; a segunda é a preparação, isto é, o sujeito pratica atos que visam a por em prática o delito, também não é punido, salvo exceções que constituem delito autônomo; por fim a execução é o momento da prática do ilícito penal, é a partir daqui que a conduta do sujeito passa a ter relevância para o Direito Penal. (MIRABETE, 2008, p. 148-149).

Para Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 149):

A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. Na tentativa há prática de ato de execução, mas não chega o sujeito à consumação por circunstâncias independentes de sua vontade.

Finaliza dizendo:

A tipicidade da tentativa decorre da conjugação do tipo penal (arts. 121, 122 etc.) com o dispositivo que a define e prevê sua punição (art. 14, inc. II e parágrafo único). Há uma regra geral, a forma incriminadora principal (tipo penal) e a secundária (dispositivo sobre a tentativa). (MIRABETE, 2008, p. 150).

Desta maneira, haverá tentativa se iniciado a prática um fato típico e que haja interrupção da conduta do agente por circunstâncias independentes de sua vontade.

O delito em questão é passível de tentativa, uma vez que se trata de crime material, segundo a lição de E. Magalhães Noronha (2003, p. 57-58):

Delito material que é, compreende-se a possibilidade de tentativa. Ocorrerá esta sempre que a morte do feto não se verificar, por circunstâncias alheias à vontade do agente, como se se empregam meios *idôneos* e a interrupção da gravidez, mesmo assim, não sobrevém, no caso em que, apesar da expulsão, não se verifica a morte do feto etc.

No mesmo sentido leciona Damásio E. Jesus (2010, p. 155): “é admissível a tentativa quando provocada a interrupção da gravidez o feto não morre por circunstâncias alheias à vontade do sujeito”.

Por derradeiro, é perfeitamente possível ser praticado na modalidade tentada, em que pese posicionamento minoritário acerca da possibilidade de não punir a tentativa nas modalidades de autoaborto e aborto consentido, não prevaleceu tal entendimento, pois o Código Penal não previu esta possibilidade. (CAPEZ, 2010, p. 149).

## 5 ESPÉCIES DE ABORTO

É pertinente trazer a tona as diversas modalidades de aborto apresentadas pela doutrina, dentre elas nem todas são acatadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Cabe ressaltar que não se pretende esgotar o assunto, mas apenas apresentar algumas das espécies de aborto consagradas pela doutrina.

### 5.1 Autoaborto e Aborto Consentido

O autoaborto está previsto no artigo 124, *caput*, 1ª parte do Código Penal, nesta hipótese é a gestante quem pratica o delito, isto é, “ela própria emprega os meios ou manobras abortivas em si mesma”. (CAPEZ, 2010, p. 152).

Já no aborto praticado com o consentimento da gestante, ela permite que um terceiro pratique os atos necessários para interromper a gestação, desta maneira a gestante responde pelo delito previsto no artigo 124, *caput*, 2ª parte, e o terceiro na forma do artigo 126, *caput*, ambos do Código Penal. Cabe ressaltar que é necessário o consentimento da gestante para que caracterize o delito de aborto consentido. (PRADO, 2011, p. 125).

Trata-se, em verdade de exceção a teoria monística adotada pelo Código Penal, não se aplicando a figura do artigo 29, *caput*, do Código Penal nestas situações. (BITENCOURT, 2010 p. 162).

Não se pode olvidar que se tratam crimes de mão própria, assim somente a gestante pode praticá-lo, entretanto, é possível a participação de terceiros se houver induzimento, instigação ou auxílio para que mulher pratique o aborto em si ou consinta que alguém o faça, desta maneira o terceiro que auxilia sem praticar os atos executórios responderá na forma do artigo 124, *caput*, do Código Penal. (BITENCOURT, 2010, p. 161-162).

## 5.2 Aborto Provocado com o Consentimento da Gestante

Caracteriza-se esta figura delitiva quando um terceiro pratica o aborto com a anuência da mulher. Como já anteriormente demonstrado, trata-se de exceção à teoria monista, tendo em vista que o terceiro será responsabilizado pelo delito previsto no artigo 126, *caput*, do Código Penal e a gestante pelo artigo 124, 2ª parte, do mesmo diploma legal. (PRADO, 2011, p. 125-126).

Convém salientar que os delitos supracitados são crimes de concurso necessário, isto é, “exigem a participação de duas pessoas, a gestante e o terceiro realizador do aborto, e a despeito da necessária participação de duas pessoas, cada um responde, excepcionalmente, por um crime distinto”. (BITECOURT, 2010, p. 164).

É importante ressaltar que o consentimento da gestante somente será válido se for maior de 14 anos e capaz. Assim ensina Damásio E. Jesus (2011, p. 158): “se a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, o sujeito responde por aborto cometido sem o seu consentimento”.

Destarte, se houver o emprego de fraude, violência ou grave ameaça tem-se por aborto praticado sem o consentimento da gestante, desta forma nas situações descritas, o agente responde pelas penas do artigo 125, *caput*, do Código Penal. (PRADO, 2011, p. 126).

## 5.3 Aborto Provocado sem o Consentimento da Gestante

O Código Penal apresenta expressamente esta modalidade em seu artigo 125, *caput*, sobre o assunto é pertinente a lição de Fernando Capez (2010, p. 153):

Trata-se de forma mais gravosa do delito de aborto (pena – reclusão 3 a 10 anos). Ao contrário da figura típica do art. 126, não há o consentimento da gestante no emprego dos meios ou manobras abortivas por terceiro. Aliás, a ausência de consentimento constitui elementar do tipo penal.

Continua dizendo:

Contudo, presente o seu consentimento, o fato não será atípico, apenas será enquadrado em outro dispositivo penal (aborto com o consentimento da gestante – art.126). Não é preciso que haja dissenso expresso da gestante, basta o emprego de meios abortivos por terceiro sem o seu conhecimento. [...]. (CAPEZ, 2010, p. 153).

Desta maneira, se a gestante não consentir com o aborto, o terceiro responde pelo artigo 125 do Código Penal, que possui pena mais grave, todavia se houver o consentimento da gestante o fato não será atípico, e sim caracterizará o aborto consentido da gestante, que possui tipo penal autônomo. (BITENCOURT, 2010, p. 163).

O legislador estabeleceu que quando a gestante for menor de 14 anos, ou possuir doença mental, bem como se o consentimento for admitido mediante fraude, violência ou grave ameaça, o terceiro responderá na forma do artigo 125, *caput*, do Código Penal, isto é, aborto provocado sem o consentimento da gestante, a doutrina nessas hipóteses dá o nome de “dissentimento presumido”.

#### **5.4 Aborto Qualificado**

O artigo 127 do Código Penal estabelece que as penas presentes nos artigos 125 e 126 serão aumentadas em um terço se, em decorrência do aborto ou dos meios empregados, a mulher sofrer lesão corporal grave, e serão duplicadas se a gestante vier a óbito. (PRADO, 2011, p.126).

Segundo a doutrina, trata-se de crime preterdoloso, em que há dolo para a realização do aborto e culpa para o resultado lesão corporal grave ou morte.

Neste sentido é a lição de Fernando Capez (2010, p. 156):

As majorantes aqui previstas são exclusivamente preterdolosas. Há um crime doloso (aborto) ligado a um resultado não querido (lesão corporal grave ou morte), nem mesmo eventualmente, mas imputável

ao agente a título de culpa (se eram conseqüências previsíveis do aborto que se quis realizar e, por conseguinte, evitáveis). Trata-se, portanto, de resultados que sobrevêm preterdolosos; no caso o dolo do agente vai até a causação do aborto, mas não abrange a superveniente morte da gestante nem a lesão grave que nela sobrevenha.

Destarte, aponta a doutrina, que se a lesão corporal for leve, esta fica absorvida pelo aborto. (CAPEZ, 2010, p. 157).

## 5.5 Aborto Necessário

A lei trata do aborto necessário no artigo 128, inciso I do Código Penal, Fernando Capez (2010, p. 158) o define como “[...] a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la”.

Também é chamado pela doutrina de aborto terapêutico e se trata de verdadeiro estado de necessidade, Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 168) aponta os requisitos necessários, ressaltando que devem ser configurados ao mesmo tempo:

*a) Perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante. [...].*

Nesta situação os bens jurídicos em perigo são a vida do feto e da gestante, desta forma o legislador optou por preservar a vida da mãe. (CAPEZ, 2010, p. 159).

No mesmo sentido é a lição do mestre Luiz Regis Prado (2011, p. 128):

Fundamenta-se o estado de necessidade porque a conduta do médico visa afastar de perigo atual – ou mesmo iminente – bem jurídico alheio (vida da gestante), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não é razoável exigir-se. O mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe).

Em sentido contrario leciona Júlio Fabbrini Mirabete (2009, p. 62):

Para evitar qualquer dificuldade, deixou o legislador consignada expressamente a possibilidade de o *médico* provocar o aborto se verificar ser esse o único meio de salvar a vida da gestante. No caso, não é necessário que o perigo seja atual, basta a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante.

Neste contexto, a justificativa não seria o estado de necessidade, mas sim verdadeira “excludente da criminalidade” do fato, todavia se for praticado por alguém que não é médico poderá ser utilizada a justificativa do estado de necessidade (artigo 24 do Código Penal), caso exista perigo de vida atual para a gestante (MIRABETE, 2009, p. 62-63).

Por derradeiro, no tocante à autorização da gestante, a doutrina aponta sua prescindibilidade, pois a lei não traz previsão expressa, portanto, seria possível praticar o aborto mesmo sem o consentimento da gestante. (BITENCOURT, 2010, p. 168).

## 5.6 Aborto Sentimental

Esta modalidade de aborto está estampada no artigo 128, inciso II, do Código Penal, pode ser definido como “aborto praticado no caso de gravidez resultante de estupro, precedido aquele de consentimento da gestante ou, quando incapaz de seu representante legal”. (PRADO, 2011, p. 129).

Segundo Luiz Regis Prado (2011, p. 130) a justificativa de o legislador ter permitido a interrupção da gestação em caso de estupro é a seguinte:

O mal causado é maior do que aquele que se pretende evitar. De conformidade com a teoria diferenciadora em matéria de estado de necessidade – que faz distinção entre os bens em confronto -, há 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.

Seria muito traumático para a mulher vítima de estupro ter de levar a termo a gravidez sem a possibilidade de abortar.

Insta salientar a desnecessidade de autorização judicial processo ou sentença condenatória contra o sujeito ativo do delito para interromper a gestação neste caso, basta prova cabal da violência sexual. (CAPEZ, 2010, p. 160).

### **5.7 Aborto Natural e Aborto Acidental**

A primeira hipótese consiste na interrupção da gravidez independentemente da vontade humana, isto é, ocorre o aborto em decorrência de uma causa natural. Já o aborto acidental pode originar-se de traumatismos ou acidentes não provocados intencionalmente, em ambas as situações não há ilícito penal. (CAPEZ, 2010, p. 161).

### **5.8 Aborto Eugenésico**

Esta espécie não é amparada pela legislação atual, segundo Luiz Regis Prado (2011, p. 130), consiste na realização do aborto “quando existam riscos fundados de que o embrião ou feto sejam portadores de graves anomalias genéticas de qualquer natureza ou de outros defeitos físicos ou psíquicos decorrentes da gravidez”.

Todavia, a doutrina aponta a possibilidade de interromper a gestação se houver prova de que o feto não possui condições para viver (CAPEZ, 2010, p. 161).

### **5.9 Aborto Econômico**

Caracteriza-se quando a família não possui condições financeiras para cuidar de um filho, e então decidem interromper a gestação. Esta prática é tida como crime na legislação atual. (GRECO, 2009, p. 263).

### **5.10 Aborto Honoris Causa**

Trata-se de modalidade de aborto em que há a interrupção da gestação para preservar a honra da mulher, isto é, quando a gravidez é concebida fora do matrimônio, o que para algumas pessoas poderia ser considerada vexatória, contudo esta prática é vedada pelo ordenamento jurídico atual. (MIRABETE, 2009, p. 64).

## **6 INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS**

### **6.1 Considerações Iniciais**

No ano de 2004 foi proposta uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde no Supremo Tribunal Federal, com o fito de que seja declarada inconstitucional, sob a ótica de uma interpretação conforme a Lei Maior, dos artigos referentes ao delito de aborto, para viabilizar a realização da interrupção da gestação nos casos em que o feto é acometido de anencefalia. (BAROSO, 2009, p. 67-89).

Desta maneira, serão abordados alguns dos entendimentos apresentados na doutrina, deixando de lado as questões de cunho religioso, acerca da possibilidade ou não da realização de aborto em gestantes que trazem consigo um feto anencéfalo.

### **6.2 Conceito**

A ilustre doutrinadora Carolina Alves de Souza Lima demonstra em sua obra que a anencefalia consiste em uma das malformações do encéfalo, este segundo o Dicionário Aurélio apud Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 75) é “parte do sistema nervoso central, contida na cavidade do crânio, e que abrange o cérebro, o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano”.

Assim, o feto anencéfalo não possui determinadas das partes do sistema nervoso central, contudo, mantém o tronco encefálico, ou parte dele, o que permite manter algumas funções essenciais para que viva (LIMA, 2010, p. 76).

Luís Roberto Barroso (2009, p. 21) preleciona que:

Fetos anencefálicos são aqueles que não possuem os hemisférios cerebrais, e conseqüentemente, sem nenhuma viabilidade de vida extra-uterina. Esse quadro é irreversível, sendo normalmente detectado nos três primeiros meses de gravidez.

O Dicionário de Termos Técnicos de Saúde (s.d., p. 02) ao tratar assunto remete para o termo acefalia que se trata de “anomalia congênita que consiste na ausência da cabeça”.

Para Carlos Miguel Castex Aidar (2009, p. 57) a anencefalia consiste numa “doença que afeta os bebês ainda em sua formação, ocasionando a falta ou a existência de pequenos vestígios do cérebro”.

No mesmo sentido é o entendimento de Eudes Quintino de Oliveira Júnior (2009, p.63), segundo ele o “anencéfalo vem a ser malformação fetal, que consiste na ausência da caixa craniana e dos hemisférios cerebrais, que determinam a morte do feto antes do parto ou logo após”.

Nesta toada, leciona Tereza Rodrigues Vieira (2006, p. 42): “*não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contêm globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado.*”

O ilustre mestre Luiz Regis Prado (2011, p. 132) citando Franco (s.d., p. 107-108) em sua obra, define anencefalia da seguinte maneira:

[...] Quando o embrião ou o feto apresentam um processo patológico de caráter embriológico que se manifesta pela falta de estruturas cerebrais (hemisférios cerebrais e córtex), o que impede o desenvolvimento das funções superiores do sistema nervoso central.

Apesar de tudo a medicina entende que o feto anencéfalo trata-se de um ser humano com vida, não obstante, seja uma malformação mortal, a vida extrauterina é na maioria das vezes, dotada de curto lapso temporal. (LIMA, 2010, p. 77).

## 7 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

### 7.1 Critério Adotado para Constatar a Morte

A Lei nº 9434, de 04.02.1997, dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento médico. Segundo a referida lei os transplantes de órgãos somente poderão ser realizados após diagnóstico de morte encefálica, que é definida pela Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, o qual estabelece que a morte encefálica dá-se com a parada total e irreversível das funções encefálicas.

Desta forma, existe o entendimento no sentido de que o anencéfalo pode ser considerado um natimorto.

Neste passo, insta destacar o pensamento do insigne doutrinador Luiz Regis Prado (2011, p. 132):

Em situações como essa, o feto não pode ser considerado tecnicamente vivo, o que significa que não existe vida humana intrauterina a ser tutelada. [...] Em outros termos: é justamente a inexistência de vida o que permite fundamentar a falta de dolo ou culpa, bem como a conseqüente falta de um resultado típico.

No mesmo sentido leciona José Henrique Pierangeli (2007, p. 70):

[...] Normalmente, os juízes, diante de uma prova irrefutável de um feto com ausência de cérebro, tem autorizado o aborto, sob fundamento de ausência de culpabilidade (conduta da gestante não passível de censura). [...]. Realmente, com a falta do cérebro, o feto não pode nascer com vida e, se isso vier a ocorrer, a vida será apenas efêmera, pelo que seria desumano obrigar uma mulher arrastar por nove meses uma gestação da qual não poderá resultar uma vida. A nosso ver, pelo menos num primeiro momento, parece-nos inexistir em tal situação um bem jurídico a proteger, o que torna a conduta atípica, máxime se pudermos considerar o Estado e a comunidade nacional como sujeitos passivos do crime, e não o feto [...].

Nesta esteira, para corroborar com este posicionamento o Conselho Federal de Medicina editou a resolução 1.752/04 que tem por natimorto cerebral o feto anencéfalo.

Entretanto, existe posicionamento em sentido contrário, defendendo a ideia de que não se poderia ter como justificativa a inexistência de vida, segundo Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 88):

O argumento da inexistência de vida humana é, no nosso entendimento, equivocado, pois [...] o anencéfalo tem vida, segundo demonstram as ciências médicas. Ademais, a relevância da discussão quanto à permissão legal para interromper-se a gestação do anencéfalo só existe e faz-se essencial porque se trata de ser humano vivo. Caso ele fosse um ser morto, não caberia indagar se houve ou não crime de aborto e não haveria nenhuma questão ética a ser levantada. Segundo nossa legislação, nenhuma mulher é obrigada a permanecer com um concepto morto em seu ventre.

Assim, para a referida autora, conforme o entendimento predominante na medicina, a vida se inicia com a concepção, portanto desde a fecundação há um ser humano, não se podendo cogitar em inexistência de vida humana. Ademais, a anencefalia somente é perceptível por volta do 25º dia após a fecundação. (LIMA, 2010, p. 89).

Também apresenta críticas a resolução do Conselho Federal de Medicina, pois afronta os fundamentos da medicina com relação à ideia de vida humana, uma vez que a anencefalia é uma malformação fetal letal, entretanto, o anencéfalo possui vida, embora que breve, e não pode ser comparado ao natimorto. (LIMA, 2010, p. 90).

Portanto, o fundamento de que inexistente vida não pode ser levado em consideração, uma vez que o anencéfalo possui vida, embora precária, além do que se alguém tentar causar sua morte, logo após o parto, estará caracterizado o delito de infanticídio ou de homicídio.

## **7.2 Conflito de Direitos Fundamentais**

A doutora Carolina Alves de Souza Lima, partindo da premissa de que o nascituro é titular de direitos desde a concepção e que não se trata de um feto natimorto, apresenta em sua obra a utilização da teoria da proporcionalidade para estruturar a aplicação de direitos fundamentais em

colisão, quais sejam, o direito à vida do nascituro confrontado com os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher.

Desta forma, embora a anencefalia se trate de uma situação irreversível, o feto é um ser humano, apesar de sua vida ser breve, quando a gestação é levada a termo e há o nascimento com vida ele será detentor de todos os direitos, como qualquer outro que nasça em perfeitas condições.

Todavia, da mesma maneira que o produto da concepção possui direitos, aquela que o abriga e dá condições para que se desenvolva, também é detentora de direitos assegurados pela Constituição Federal.

Neste sentido, a mulher possui o direito à saúde, que engloba a saúde física, psíquica e social, que podem se mostrar prejudicadas diante de uma gravidez em que o feto é anencéfalo.

A Lei Maior tutela o direito à liberdade, assim o homem é livre para fazer o que lhe seja conveniente, desde que não exceda os limites legais, desta maneira no tocante a possibilidade de interromper a gestação caberia a gestante optar entre a retirada do feto ou a manutenção da gestação.

Assim leciona Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 124):

Diante da ampla proteção dada pela Constituição Federal ao direito à liberdade, a decisão de manter ou interromper a gestação, nos casos de anencefalia, deve ser resultado de processo de escolha livre e autônoma da mulher. O direito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, no caso de gravidez de anencéfalo, deve ser baseado nas necessidades específicas e individuais de cada mulher e, desse modo, a decisão deve ser sempre da mulher, porquanto se trata de questão de foro íntimo.

Destarte, considerar o aborto uma atitude criminosa nestas situações, haveria desrespeito aos direitos fundamentais da gestante, pois não é lícito que o Estado trate com desdém a mulher.

### 7.3 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade

A doutrina consagra que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é utilizado para viabilizar a interpretação Constitucional quando outros princípios entram em choque.

Segundo Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 154):

Os princípios são normas que ordenam a realização de algo na sua melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São comandos de otimização e podem ser cumpridos em diferentes escalas.

Continua asseverando que:

O imperativo da proporcionalidade não é um princípio, uma vez que não pode ser compreendido como comando de otimização, ou seja, como norma que pode ser cumprida em diferentes escalas. A proporcionalidade consubstancia uma forma de interpretar o ordenamento jurídico nas situações de conflito de direitos fundamentais". (LIMA, 2010, p.154)

Neste ponto, é digno de nota trazer a lição de Pedro Lenza (2009, p. 97) apud Karl Larenz (1989, p. 585-586):

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na *concessão* de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Nesta esteira entende Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 127):

[...]. O princípio da proporcionalidade é, na verdade, um instrumento, um critério – portanto sem ‘conteúdo’ material – ou, melhor, um *método objetivo* de interpretação, uma receita de bolo pronta, que se destina a solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade, portanto, é utilizado quando há conflito de direitos fundamentais, na situação em tela estão em conflito o direito a vida e os direitos a saúde e a liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. A doutrina aponta que, para aplicar o referido princípio é necessário se valer de três elementos ou subprincípios, quais sejam, o da necessidade, adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Num primeiro momento deve-se verificar o preenchimento do subprincípio da necessidade. Segundo Pedro Lenza (2009, p. 97) a “adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa.”

Na situação em tela para preservar o direito à saúde e a liberdade de escolha da mulher a única medida restritiva seria o aborto, assim entende Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 157): “[...] O único meio idôneo, para atingir o fim visado, é a realização do aborto. Por isso, ele é também necessário, porque a medida restritiva – o aborto – é indispensável para preservar os direitos da mulher”.

Num segundo momento tem-se o subprincípio da adequação, que como leciona Pedro Lenza (2009, p. 97) “quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido”.

Neste sentido preleciona Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 156) que:

[...] há um único meio idôneo – aborto – para poder-se atingir o fim visado: preservar a saúde e a liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. Ou se permite o aborto nos casos de anencefalia, com a restrição do direito à vida intra-uterina do anencéfalo, ou não há como preservar os direitos à saúde e à liberdade de escolha da mulher, quando ela opta pela interrupção da gravidez.

É necessário o preenchimento do último elemento, qual seja, proporcionalidade em sentido estrito, que conforme Pedro Lenza (2009, p. 97):

Em sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.

Desta forma, os direitos a saúde e a liberdade de autonomia reprodutiva da mulher prevalecem frente ao direito à vida intrauterina, uma vez que se procura preservar os direitos da mulher. Assim, Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 160) apresenta a ideia de que:

Segundo o princípio da proporcionalidade, a restrição ao direito à vida intra-uterina do anencéfalo somente encontra-se em consonância com a Constituição de 1988 quando se legitima a restrição em decorrência da relevância da preservação dos direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. O grau de afetação do direito à vida intra-uterina do anencéfalo é total, uma vez que se legitima o aborto. No entanto, para legitimar-se o aborto, é preciso demonstrar a importância da realização dos direitos da mulher. Por isso o intérprete avalia se a finalidade perseguida – preservação dos referidos direitos da mulher – legitima o aborto do anencéfalo.

Outrossim, assevera a referida autora:

[...] Ao Estado cabe exclusivamente garantir que a mulher faça livremente sua escolha, sem qualquer forma de interferência, coação ou violência contra ela. Caso contrário, os prejuízos que o Estado pode causar à mulher são manifestos, porquanto a criminalização do aborto nos casos de anencefalia ofende os direitos à saúde e a liberdade de autonomia da mulher [...]. (LIMA, 2010, p. 162)

Por derradeiro, considerar um delito a interrupção da gestação nos casos de anencefalia, caracteriza ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que o feto anencéfalo não possui condição alguma de vida e não seria razoável que a mulher suportasse tamanho sofrimento. Desta forma valendo-se do referido princípio surge à regra de que a mulher tem o direito constitucional de realizar aborto nos casos de comprovada anencefalia.

### **7.3.1 Interrupção da Gestação de Feto Anencéfalo como Exercício Regular de um Direito**

A possibilidade de realizar aborto nas situações em que o feto é anencéfalo, se consentida pela mãe, pode ser considerada uma hipótese de exercício regular de direito.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 186), com relação ao exercício regular de direito:

Não há também crime quando ocorre o fato no “exercício regular de direito” (art.23, inc. III, segunda parte). Qualquer pessoa pode exercitar um direito subjetivo ou faculdade previsto na lei (penal ou extrapenal). É disposição constitucional que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art.5º, inciso II, da CF), excluindo-se a antijuridicidade nas hipóteses em que o sujeito está autorizado a esse comportamento.

Desse modo para Carolina Alves de Souza Lima (2010, p. 166):

[...] com a aplicação do princípio da proporcionalidade, conclui-se pela prevalência dos direitos da mulher, é porque a realização do aborto nos casos comprovados de anencefalia – e desde que haja consentimento da mulher – configura conduta lícita perante o ordenamento jurídico brasileiro. Por ser conduta lícita, a mulher encontra-se diante de uma realidade que configura exercício regular de um direito, acobertado pela exclusão da ilicitude.

A prática do aborto nestas situações é amparada pela Carta Magna, em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, que conforme já analisado, permite que os direitos da mãe prevaleçam frente ao do feto, portanto a interrupção da gestação pode ser considerada uma conduta lícita.

#### **7.4 Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54-8**

No ano de 2004 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) no Supremo Tribunal Federal a ADPF nº54 com a finalidade de que a Suprema Corte autorizasse a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia.

O pedido principal trazido na ADPF tinha a finalidade de que a Corte Constitucional declarasse que os tipos penais previstos para o delito de aborto, não fossem aplicados a gestante ou aos médicos quando feita a antecipação do parto nos casos de feto com anencefalia, e, como

consequência as gestantes não necessitariam de ordem judicial ou outra autorização. (BARROSO, 2009, p. 16)

Os fundamentos basicamente apresentados são:

1. Viola a dignidade da pessoa humana submeter a gestante ao enorme e inútil sofrimento de levar a termo uma gravidez inviável, que afeta sua integridade física e psicológica (CF, art.1º, IV);
2. Viola o direito de liberdade da gestante – “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – aplicar a ela a vedação do Código Penal relativa ao aborto, quando de aborto não se tratava, à vista da falta de potencialidade de vida do feto (CF, art. 5º, II);
3. Viola o direito à saúde da gestante obrigá-la a levar a termo uma gravidez inviável, quando há procedimento médico adequado para minimizar seu sofrimento físico e psicológico, sendo certo que em relação ao feto nada se pode fazer (CF, arts. 6º e 196). (BARROSO, 2009, p. 16-17).

A ação possuía pedido liminar que foi julgada monocraticamente e concedida pelo Ministro Marco Aurélio no mesmo ano, todavia depois de alguns dias a medida foi revogada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, deste modo está pendente o julgamento do mérito da referida ação.

## **7.5 Inexigibilidade de Conduta Diversa: Ausência de Fundamento para Censura Social**

Trata-se de tese apresentada pelo ilustre doutrinador Cesar Roberto Bitencourt, para o qual é necessário num primeiro momento, na situação de antecipação do parto de fetos anencéfalos, analisar o bem jurídico e o sujeito ativo deste delito (2010, p. 172).

Neste sentido, o bem jurídico tutelado é a vida do produto da concepção, e na situação em que um terceiro provoca o aborto, a gestante também recebe tutela da lei penal. Todavia, tratando-se de fetos anencéfalos não há afronta a estes bens jurídicos, pois inexiste viabilidade da vida intrauterina. (2010, p. 172).

Em suas palavras: “[...] falta o suporte fático-jurídico, qual seja, a potencial vida humana a ser protegida, esvaziando-se o conteúdo material que fundamentaria a existência de norma protetiva”. (BITENCOURT, 2010, p. 172).

Em outra ponta, no tocante à mulher, a gestação de feto anencéfalo acarreta riscos a sua vida e a saúde, bem como ao estado psicológico da gestante. (BITENCOURT, 2010, p.172).

No que tange o sujeito passivo, nos caso de anencefalia, não seria o feto alcançado pela tutela da norma penal, por “faltarem-lhe as condições fisiológicas que permitam tornar-se um dia pessoa, não passando de um produto patológico sem qualquer possibilidade de vida” (BITENCOURT, 2010, p. 172), assim, em decorrência da inexistência de vida, o produto da concepção não poderia ser considerado sujeito passivo do crime de aborto, uma vez que este protege a vida intrauterina em formação.

Não se pode olvidar que a atual legislação penal foi introduzida no ordenamento jurídico em uma época em que o contexto era diferente, principalmente no tocante a ciência e tecnologia, desta maneira, a lei penal se encontra em descompasso com as evoluções atingidas até então. (BITENCOURT, 2010, p. 173).

Destarte, o Código Penal de 1940 autorizou, em situações excepcionais, a licitude de se praticar o aborto, assim, é possível deduzir que se existisse o conhecimento médico e tecnológico contemporâneos, seria provável que o legislador autorizaria a interrupção da gestação em caso de feto anencéfalo. (BITENCOURT, 2010, p. 174).

Para corroborar com seu posicionamento, existe a Lei n. 9.434/97 (“Lei de transplantes de órgãos), que define que a vida termina com a morte cerebral, desta forma, tendo em vista a inexistência de vida do feto, não seria possível caracterizar o delito de aborto nos casos de anencefalia. (BITENCOURT, 2010, p. 177-178).

Nas palavras do referido autor:

Com efeito, na hipótese da *anencefalia*, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre de manobras abortivas. Diante desta constatação, na nossa ótica, essa *interrupção de gravidez* revela-se absolutamente *atípica*, e, portanto, nem sequer pode ser tachada como *aborto*, criminoso ou não. (BITENCOURT, p. 178).

Neste sentido, para Bitencourt a prática de aborto nos casos de anencefalia estaria justificada pela inexigibilidade de conduta diversa, em sua lição:

Não se pode falar em *reprovabilidade social* nem em *censurabilidade da conduta* de quem interrompe uma gravidez ante a inviabilidade de um feto anencéfalo, que a ciência médica assegura, com cem por cento de certeza, a absoluta impossibilidade de vida extrauterina. É desumano exigir-se de uma gestante que suporte a gravidez até o fim, com todas as conseqüências e riscos, para que ao invés de comemorar o nascimento de um filho, pranteie um enterro de um feto disforme, acrescido do dissabor de ser obrigada a registrar o nascimento de um natimorto. (2010, p. 180).

Por conseguinte, nesta situação deveria ter-se como justificativa, isto é, causa excludente da culpabilidade a inexigibilidade de conduta diversa, enfim, não é possível censurar o aborto de feto anencéfalo, pois não se pode requerer outra conduta da gestante. (BITENCOURT, 2010, p. 180).

## **7.6 Teoria da Imputação Objetiva e Aborto de Anencéfalo: Atipicidade Material do Fato**

Para o mestre Luiz Flávio Gomes o aborto de anencéfalos não se caracterizaria como crime, para justificar este posicionamento se vale da aplicação da teoria da imputação objetiva, nesta “quem cria risco permitido não responde pelo fato praticado, o risco permitido exclui a imputação objetiva. Logo a tipicidade”. (GOMES, s.d., s.p.).

Neste sentido, é importante ressaltar que na teoria da imputação objetiva deve o sujeito criar um risco proibido, deste modo, o aborto seria um fato dotado de atipicidade material. (GOMES, s.d., s.p.)

Fundamenta seu posicionamento partindo da análise dos elementos do tipo penal, assim para Luiz Flavio Gomes (s.d., s.p.):

[...] O aborto anencefálico não é um fato materialmente típico. Mas isso só pode ser compreendido quando se tem presente a verdadeira e atual dimensão do tipo penal, que hoje abrange (a) o tipo formal-

objetivo (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); (b) o tipo material-normativo (imputação objetiva da conduta, resultado jurídico relevante e imputação objetiva desse resultado) e (c) o tipo subjetivo (nos crimes dolosos).

Desta maneira, o “aborto anenfálico elimina a dimensão material-normativa do tipo, porque a morte nesse caso, não se dá num contexto de risco proibido (sim, permitido)”. (GOMES, s.d., s.p.).

Neste sentido, para saber se o risco é permitido ou proibido deve-se levar em consideração, de acordo com cada situação concreta, a proteção dada aos bens jurídicos, em que há tutela para evitar condutas atentatórias a esses bens jurídicos que sejam relevantes, e o “interesse geral de liberdade”, nada mais é do que a possibilidade de praticar qualquer ato sem a proibição estatal. (GOMES, s.d., s.p.).

Assim, na interrupção da gestação de fetos anencéfalos não há a criação de um risco não permitido. Na lição do mestre Luiz Flávio Gomes (s.d., s.p.):

No aborto anencefálico parece não haver dúvida que o risco criado (contra o bem jurídico vida do feto) não é desaprovado juridicamente. Todas as normas e princípios constitucionais invocados na ação de descumprimento de preceito fundamental (artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana -; 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade -; 6º, *caput*, e 196 – direito à saúde -, todos da CF) conduzem à conclusão de que não se trata de uma morte (ou antecipação dela) desarrazoada.

Da mesma forma leciona Luiz Regis Prado (2011, p. 133):

[...] a interrupção da gravidez ou a antecipação do parto em casos de anencefalia *não típica*, assim, o delito de aborto, visto que se constata unicamente a presença de um *desvalor de situação* ou de *estado* que ingressa no âmbito do *risco permitido*, atuando como excludente o *desvalor da ação*.

Neste ínterim, a Constituição Federal em seu artigo 5º garante o direito à vida, todavia, inexistente direito absoluto, assim, existindo situação excepcional que permite a violação deste direito, não se pode dizer que foi criado risco proibido, nesta situação o comportamento cria um risco permitido, portanto, não há materialidade típica, por carecer de elemento da imputação objetiva. (GOMES, s.d., s.p.).

Por conseguinte, a antecipação da gestação de feto anencéfalo visa tutelar os direitos da mãe, que nesta situação prevalecem sobre os do feto, desta feita, “o fato é atípico justamente porque o risco criado não é desarrazoado”, há que se ressaltar a existência de constatação da inviabilidade fetal, pois caso contrário não se deve permitir a antecipação do parto. (GOMES, s.d., s.p.).

## 8 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS

Roberto Vidal da Silva Martins, contrário à autorização de práticas abortivas, demonstra em sua obra que foram criadas outras expressões, pela mídia, com a finalidade de esconder a real questão do aborto. Em suas palavras:

O delito de matar um inocente no ventre materno torna-se “direito da mulher sobre o próprio corpo”, “direito reprodutivo”, “direito de interromper uma gravidez indesejada”, “direito a antecipar terapeuticamente o parto” e tantas outras expressões que pululam nos artigos de jornais e no mundo televisivo, tentando encobrir a realidade do aborto, com vocábulos que escondem a verdade de que o aborto é um crime covarde de suprimir a vida do ser humano que não tem nenhuma chance de defesa. (MARTINS, 2008, p. 14)

Desta forma, diante da expressa vedação trazida pelo Código Penal da possibilidade de interrupção da gestação em casos de anomalias fetais, autorizar esta prática seria afrontar a lei, neste sentido observa o referido autor que:

É interessante notar que, no Brasil, por trás das autorizações judiciais que algumas gestantes obtêm para abortar em caso de má formação fetal, há clara e frontal agressão à lei penal porque o aborto só não é punido no nosso país “se a gravidez for oriunda de estupro” e “se não houver outro meio de salvar a vida da gestante”, e mesmo nestes casos, o crime continua, mas só a pena é suprimida. A lei penal também não pune o furto famélico, mas nem por isso o autoriza. (MARTINS, 2008, p. 20).

Ainda, apresenta o argumento de que quando inexitem outros meios para salvar a vida da gestante, em decorrência do estágio atual da medicina não há que se falar em impossibilidade de salvar a gestante e o feto, desta forma para Roberto Vidal da Silva Martins (2008, p. 22):

A lei penal brasileira não pune o aborto quando praticado “se não há outro meio de salvar a vida da gestante”. A expressão “risco de vida” é muito mentos restritiva. Muitos abortos podem ser feitos em nome do “risco de vida”. No entanto, na realidade, a situação em que “não há outro meio de salvar a vida da gestante” já não existe mais. A medicina evoluiu a tal ponto que consegue salvar as duas vidas. [...]. O que acontece é que muitos médicos favoráveis ao aborto encontram em qualquer patologia dentro de uma gravidez, um motivo

para dizer que a mulher corre “risco de vida” e, portanto, está autorizada a abortar.

No mesmo sentido, absolutamente contrário as práticas abortivas é o ilustre mestre Ives Granda da Silva Martins, justificando, inicialmente, a proibição do aborto no artigo 2º do Código Civil de 2002.

Ademais, critica os artigos 124 e 128 do Código Penal, aduzindo que estas modalidades de aborto não foram recepcionadas pela Carta Manga, em suas palavras:

Entendo que a Constituição Federal não admitiu a hipótese do aborto sentimental, porque, pela primeira vez, faz menção à “inviolabilidade do direito à vida” e não mais, como nos textos passados, ao respeito aos “direitos concernentes à vida”. O discurso atual é direto e claríssimo, ao determinar que a inviolabilidade é o **direito à vida** e não apenas do respeito a **direitos concernentes à vida**. (MARTINS, 2008, p. 101).

Continua asseverando que:

Mais do que isto, o constituinte declarou que os tratados internacionais sobre direitos fundamentais ingressariam no ordenamento jurídico nacional como cláusulas invioláveis. Defendo eu a tese de que todos os tratados internacionais sobre direitos fundamentais, por força do §2º do art. 5º, são cláusulas pétreas estabelecidas por Constituinte originário [...]. (MARTINS, 2008, p.101).

Nesta toada, argumenta que o Brasil ratificou o Pacto de São José, então foi incorporado no ordenamento jurídico como emenda constitucional, portanto se trata de norma constitucional, assim o referido tratado também protege o feto desde a concepção, e por se tratar de lei deve ser respeitada. (MARTINS, 2008, p. 104).

Neste sentido estatui o artigo 4º do Pacto de São José “toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção”

Desta maneira, a correta interpretação do supracitado dispositivo é a de que:

1) toda pessoa humana **tem** (presente do indicativo) direito a que se respeite sua vida;

2) a lei **protegerá** (futuro) o direito a partir do momento da concepção, podendo fazê-lo de forma expressa (é o mais comum e o geral das vezes), mas, poderá omitir-se a expressa menção;  
3) a vida do ser humano (nascido ou nascituro) **não pode ser** (presente do indicativo) **eliminada arbitrariamente**. (MARTINS, 2008, p. 105).

Assim, a vida humana deve ser respeitada e ninguém poderá dela ser privado de maneira arbitrária, tendo em vista que o Pacto de São José pode ser considerado como lei brasileira. (MARTINS, 2008, p. 105).

Não se pode olvidar que a lei brasileira veda a pena de morte, excepcionando somente nos casos de guerra declarada, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a” da Constituição Federal.

Cabe lembrar que os defensores do aborto, sabem que o feto sofre ao ser extraído do útero, tanto é que nos Estados Unidos, aplicavam anestesia nos conceptos para reduzir seu sofrimento durante o procedimento abortivo (MARTINS, 2008, p. 111).

Outro fator que não se pode deixar de lado é o de que “[...] os seres humanos são jogados, ainda vivos, para morrerem entre detritos”, assim há uma verdadeira “[...] transformação do feto em lixo hospitalar humano”, fato este, amparado por aqueles que defendem a possibilidade da liberação do aborto. (MARTINS, 2008, p. 111).

Neste sentido, salienta que:

[...] Os anencéfalos não são destituídos de cérebro, mas têm apenas deficiência no tubo neural, de tal maneira que o nome adequado é “microcefalia”. Tanto é assim que eles exercitam todas as demais funções, inclusive, se nascerem com vida, a de se alimentarem naturalmente. (MARTINS, 2008, p. 111).

Destarte, para Ives Granda a real intenção é a de generalizar as práticas abortivas, de modo que sejam desrespeitados a Carta Magna e os Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, dos quais o Brasil faz parte. (MARTINS, 2008, p. 112).

Por fim, para aqueles que são contrários a interrupção da gestação, mesmo em caso de anencefalia, inexistente a possibilidade alguma de legalizar o aborto, tendo em vista que a Constituição, o Pacto de São José e o Código Civil protegem a vida do nascituro desde a concepção.

## 9 JURISPRUDÊNCIA

Os tribunais brasileiros divergem na questão atinente à possibilidade ou não da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, desta maneira é pertinente apresentar alguns julgados da jurisprudência pátria.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Habeas Corpus, por sua quinta turma, já tem proferido decisões vedando o aborto em casos de anencefalia, é neste sentido o julgado do *Habeas Corpus* nº 32159/RJ:

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.

Nº 32159/RJ. Relator: Ministra Laurita Vaz. Data do julgamento: 17/02/2004.

Observa-se na ementa transcrita acima, a conclusão pela impossibilidade do aborto de feto anencéfalo sob a justificativa de não haver previsão legal para tanto.

Neste contexto, perceptível, ante os apontamentos feitos neste trabalho, a existência de divergência não só na doutrina, mas também na jurisprudência pátria, valendo-se os tribunais dos mais diversos fundamentos para justificar ou não a autorização do aborto de fetos anencéfalos.

De outro lado, no julgado do mandado de segurança nº 0011516-37.2011.8.26.0000, transcrito adiante, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu pela aplicação da analogia para permitir a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. O emprego do dito meio de integração foi feito em relação ao artigo 128, inciso II, do Código Penal, o qual trata do aborto de feto saudável no caso de gravidez resultante de estupro, entendendo-se, na hipótese, que, maior razão haveria para o aborto naquela situação peculiar:

Mandado de segurança. Aborto de indicação eugênica. Feto anencefálico. Interrupção da gravidez requerida pelos pais. Aplicação analógica, nos termos do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, do art. 128, II, do Código Penal (que, dizendo respeito a feto saudável, claramente se aplica, com ainda maior razão, ao caso). Ordem concedida. (TJ/SP - Mandado de Segurança nº 0011516-37.2011.8.26.0000 - Relator: Desembargador Francisco Bruno - Comarca: São José do Rio Preto - Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 24/03/2011 - Data de registro: 25/03/2011).

Na ementa abaixo, após ser mencionada a contradição existente ao aborto de anencéfalo, a qual não apresentou aspectos jurídicos, simplesmente concedeu-se a ordem de segurança levando-se em consideração angústia e a dor ocasionada à família pela gestação de um feto na referida condição. Confirma-se o julgamento do mandado de segurança nº 0381000-03.2010.8.26.0000, realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Mandado de Segurança - Ordem concedida. Embora não se desconheça que a questão da interrupção da gravidez é contraditória e muito tormentosa, não se pode deixar de observar que os impetrantes vivem a angústia de suportar no âmbito familiar, a dor trazida pela gestação de um feto acometido de anencefalia, motivo

pelo qual, concede-se a segurança. (TJ/SP - Mandado de segurança nº 0381000-03.2010.8.26.0000 - Julgamento: 19/11/2010.

Outrossim, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento do alvará judicial nº 1.0297.07.006271-8/001(1), tratou da questão como antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, abordando-a sob o enfoque do princípio da dignidade humana. No caso, ressaltou-se a impossibilidade da vida em face da inexistência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, concluindo-se constituir desrespeito ao aludido princípio constitucional impedir a mulher de antecipar o parto, haja vista ser a gestação, na hipótese, sofrimento grave e desnecessário, *in verbis*:

ALVARÁ JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO. FETO ANENCEFÁLICO. Configura clara afronta ao princípio da dignidade humana submeter a gestante a sofrimento grave e desnecessário de levar em seu ventre um filho, que não poderá sobreviver. No caso de anencefalia, dada a ausência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, é impossível se cogitar em vida, na medida em que o seu contraponto, a morte, está configurado. NEGARAM PROVIMENTO. (TJ/MG - Número do processo: 1.0297.07.006271-8/001(1) Relator: Desembargador MOTA E SILVA - Data do Julgamento: 17/01/2008 - Data da Publicação: 22/01/2008.

No julgado transcrito a seguir, apelação nº 1.0079.07.343179 7/001(1), para a concessão de alvará judicial, o qual objetivava a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, sustentou-se a necessidade da adaptação do ordenamento jurídico às técnicas medicinais surgidas com a evolução do tempo, pois, no caso, há constatação da certeza da impossibilidade da vida extrauterina daquele feto durante tempo razoável; o reconhecimento do dinamismo do direito, ciência essencialmente evolutiva; os fundamentos vários para a interrupção terapêutica do parto; o respeito à integridade física e psíquica da mulher, que, além de sofrer gravemente com a gestação, conforme estudos científicos, fica à mercê de suportar danos físicos, tudo sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, e, por fim, mencionou-se o critério da morte encefálica como o definidor da morte:

APELAÇÃO CÍVEL. ALVARÁ JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO. FETO ANENCEFÁLICO. EXAMES MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. VIABILIDADE DO PLEITO. Não se pode lançar mão dos avanços médicos, mormente, em casos de anencefalia cabalmente comprovada, cujo grau de certeza é absoluto

acerca da impossibilidade de continuidade de vida extra-uterina do feto anencefálico por tempo razoável. Para haver a mais límpida e verdadeira promoção da justiça, é de fundamental importância realizar a adaptação do ordenamento jurídico às técnicas medicinais advindas com a evolução do tempo. Vale dizer, o direito não é algo estático, inerte, mas sim uma ciência evolutiva, a qual deve se adequar à realidade. Seja pela inexigibilidade de conduta diversa, causa supra legal de exclusão da culpabilidade, seja pela própria interpretação da lei penal, a interrupção terapêutica do parto revela-se possível à luz do vetusto Código Penal de 1940. Considerando a previsão expressa neste diploma legal para a preservação de outros bens jurídicos em detrimento do direito à vida, não se pode compreender por qual razão se deve inviabilizar a interrupção do parto no caso do feto anencefálico, se, da mesma maneira, há risco para a vida da gestante, com patente violação da sua integridade física e psíquica, e, ainda, inexistência de possibilidade de vida extra-uterina. Dentre os consectários naturais do princípio da dignidade da pessoa humana deflui o respeito à integridade física e psíquica das pessoas. Evidente que configura clara afronta a tal princípio submeter a gestante a sofrimento grave e desnecessário de levar em seu ventre um filho, que não poderá sobreviver. Não bastasse a gravíssima repercussão de ordem psicológica, a gestação de feto anencefálico, conforme atestam estudos científicos, gera também danos à integridade física, colocando em risco a própria vida da gestante. Ademais, com o advento da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, adotou-se o critério de morte encefálica como definidor da morte. Nessa linha, no caso de anencefalia, dada a ausência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, é impossível se cogitar em vida, na medida em que o seu contraponto, a morte, está configurado. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO A VOGAL. (TJ/MG - Número do processo: 1.0079.07.343179 7/001(1) - Relator: Desembargadora CLÁUDIA MAIA - Data do Julgamento: 31/05/2007 - Data da Publicação: 10/08/2007.

É cediço inexistir direito fundamental absoluto, sendo certo que eventual conflito, deve ser analisado de forma a se concluir qual norma prevalecerá, mediante juízo de ponderação, pautando-se nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com base nessa premissa decidiu-se, em sede julgamento da apelação nº 1.0686.09.235524-3/001(1) feita pelo Tribunal de Minas Gerais, sob a relatoria do Desembargador Pedro Bernardes, que não seria razoável a manutenção da gestação em se tratando de feto anencéfalo, pois, merece prevalecer o respeito à dignidade da gestante, *in verbis*:

APELAÇÃO - PRETENSÃO FUNDADA EM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO NO CASO VERTENTE - LIMITAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL - INIDONEIDADE PARA CARACTERIZAR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO - SENTENÇA - EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO - POSSIBILIDADE DE PERDA DE OBJETO DA AÇÃO - JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO PELO TRIBUNAL -

POSSIBILIDADE - DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO - INEXISTÊNCIA - CONFLITO - MÉTODO DE SOLUÇÃO - FETO - INVIABILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA - DIGNIDADE DA GESTANTE E SUA AUTONOMIA - PREPONDERÂNCIA - AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. 1 - Fundada a pretensão em princípios constitucionais cuja concretização no caso vertente é inequívoca, a existência de impeditivos infraconstitucionais não são oponíveis, asseverada a supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico, o que impede a caracterização da impossibilidade jurídica do pedido formulado, devendo ser conhecido e solucionado o conflito normativo existente. 2 - Tendo sido proferida sentença em que se extinguiu o processo sem resolução do mérito, pode o Tribunal apreciar desde logo o mérito da ação, desde que a causa esteja em condições de imediato julgamento, mormente na hipótese em que se constata que o retorno dos autos à origem pode ensejar a perda de objeto da ação, comprometendo irremediavelmente a efetividade do processo. 3 - Nenhum direito fundamental é absoluto, devendo o conflito de princípios constitucionais ser resolvido mediante juízo de ponderação no qual se avalia, no caso concreto, a preponderância de uma norma sobre a outra, segundo os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. 4 - Comprovado no caso concreto a incompatibilidade do feto com a vida extra-uterina, torna-se desproporcional e desarrazoada a imposição de manutenção da gravidez que ocasiona incomensuráveis abalos psíquicos a gestante, sacrificando injustificadamente a dignidade desta, o que enseja seu direito à interrupção da gravidez, cessando o prolongamento do sofrimento por ela experimentado. DERAM PROVIMENTO. (TJ/MG - Número do processo: 1.0686.09.235524-3/001(1) - Relator: Desembargador PEDRO BERNARDES - Data do Julgamento: 09/06/2009.

Posição absolutamente oposta foi adotada pelo tribunal supracitado, quando do julgamento do alvará judicial nº 2316387-25.2010.8.13.0024, que, com pedido de antecipação de tutela, pleiteou a autorização para o aborto de anencéfalo, haja vista ter sido asseverado o não preenchimento do requisito referente à verossimilhança do direito alegado, sob pena de se criar por via transversa uma terceira modalidade de aborto, não elencada pelo artigo 128 do Código Penal, e, por consequência, a afronta ao direito à vida da criança e aos direitos do nascituro. Vale conferir o julgado antes explicitado:

ALVARÁ JUDICIAL - AUTORIZAÇÃO PARA ABORTO - ANENCÉFALO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. Para o acolhimento da antecipação de tutela pretendida, necessário o preenchimento dos requisitos constantes do artigo 273 do mesmo diploma legal, quais sejam, a verossimilhança do direito alegado e a possibilidade de ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação. No caso em análise, muito embora sejam patentes os danos irreparáveis e de difícil reparação que serão impostos à apelante com sua gestação e futuro nascimento

de seu filho, não se verifica a presença da verossimilhança do direito alegado, eis que pretende a criação por via transversa de terceira hipótese de aborto, ainda não prevista pelo artigo 128 do Código Penal, ferindo o direito à vida da criança e os direitos do nascituro estabelecidos pelo atual Código Civil. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. Nº 2316387-25.2010.8.13.0024 (TJ/MG - Relator: Desembargador OTÁVIO PORTES - Data do Julgamento: 10/11/2010 - Data da Publicação: 28/01/2011).

No julgado do primeiro mandado de segurança nº 0040126-59.2001.8.19.0000, transcrito a seguir, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pronunciou-se pela inexistência de direito líquido e certo, em razão de se considerar ilícito o aborto praticado fora das hipóteses permissivas previstas no Código Penal, não sendo dado ao magistrado conceder a autorização para a realização de aborto de feto anencéfalo, ao passo que no segundo, mandado de segurança nº 0039701-66.2000.8.19.0000, argumentou-se que a permissão deste procedimento equivaleria à prática da eutanásia:

Mandado de Segurança. Aborto. Feto portador de anencefalia. A legislação brasileira não prevê possa o Juiz autorizar quem quer que seja a submeter-se à prática de aborto nem a praticá-lo. O aborto só é permitido em duas hipóteses legais: quando necessário para salvar a vida da gestante, situação especial do estado de necessidade, ou quando a gravidez resultar de crime de estupro. Em ambas as situações a prática do aborto é lícita e independe de outorga judicial. Fora daí, como a lei protege, desde a concepção, os direitos do nascituro, o aborto é ilícito e nesta situação não pode ser autorizado por nenhum Juiz, o que determina a falta de direito líquido e certo para a concessão da ordem. (TJ/RJ - Mandado de segurança nº 0040126-59.2001.8.19.0000 (2001.078.00057) - Relator: Desembargador GAMA MALCHER - Julgamento: 13/03/2002.

Mandado de segurança. Competência da Seção Criminal. Aborto eugênico. Liminar satisfativa, se deferida impediria o conhecimento da causa por parte do Orgão competente. Relevância do pedido. Há situações em que tal exame se torna imprescindível, sob pena de inviabilizar a tutela jurisdicional. Anencefalia, anomalia fetal consistente na ausência da calota craniana, não é permissiva para se autorizar o aborto, como se infere do art. 128, I e II do Código Penal. A lei não prevê a isenção de pena para o abortamento eugenésico, isto é, com a eliminação de fetos doentes ou defeituosos. O magistrado não tem o poder de autorizá-lo, nem será o médico jungido a fazê-lo, porque ofenderia, por certo, sua consciência e ética profissional. O feto, nesses casos, é dotado de vida intrauterina ou biológica e é, por isso, protegido pelas normas constitucionais e pelo direito natural. O direito civil tutela o nascituro porque há possibilidade de vida (art. 4.º do Código Civil), daí advindo uma série de consequências, principalmente de ordem sucessória. Permitir o aborto equivaleria a prática da eutanásia, só que praticada contra um ser em formação, dotado de todas as funções. Não se trata de um ser sem vida. Haveria a distanásia. A Lei 9434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante, só permite fazê-lo "post mortem" e o transplante deve ser

precedido de minucioso exame feito por uma equipe medica cirúrgica que comprove, sem sombra de duvida, a morte encefálica. Não se argumente com essa lei, porque se trata de caso diverso. Não e' o caso dos autos, pois o feto esta' com vida. A Lei não deu ao magistrado o poder divino de determinar o termino da vida. Os apologistas do aborto eugênico nasceram, estão todos vivos. Denegada, por maioria, a ordem. (JRC) Vencidos os Des. Azeredo da Silveira, Eduardo Mayr e Luiz Carlos Pecanha. (TJ/RJ - Mandado de segurança nº 0039701-66.2000.8.19.0000 (2000.078.00042) - Desembargador ESTENIO CANTARINO CARDOZO - Julgamento: 21/06/2000 - SECAO CRIMINAL - Data de Julgamento: 21/06/2000.

Diante do exposto, seja autorizando ou não o procedimento abortivo em questão, notável o esforço dos tribunais no sentido de decidir a respeito de tema tão polêmico, o que se tem feito por intermédio de diversos fundamentos e técnicas de interpretação.

## 10 CONCLUSÃO

Durante a antiguidade o feto não possuía proteção jurídica, tendo em vista que era considerado pela sociedade apenas um anexo do corpo da mãe, desta forma abortar naquela época não era considerado uma conduta ilícita.

Por muito tempo foi discutido a partir de que momento a vida humana teria início, na Grécia Antiga acreditavam que a vida começava com a “animação”, desta maneira antes desse momento seria possível seguramente antecipar a gestação, pois ainda não existia vida.

Posteriormente, em Roma entendeu-se que o aborto era crime, não contra a vida do feto, mas sim aos interesses paternos, de outro lado, no judaísmo as práticas abortivas eram condenadas.

Com o cristianismo o aborto passou a ser considerado homicídio, pois o momento da “animação” era imediato, todavia com Agostinho surge o entendimento de que seria necessário que o corpo estivesse completo para que nele se adentrasse a alma.

Durante anos este debate se estendeu, a Igreja editou diversos Concílios prescrevendo penas a mulheres que abortassem.

Tempos depois, por volta do século XIV o célebre jurista italiano Bartolo da Sassoferrato, nesta época o direito civil e canônico estavam unificados, trouxe a tese de que o momento da “animação” deveria ser definido pela ciência.

Com o desenvolvimento da ciência, foi possível a criação de diversas teorias, segundo no nosso entender, a que se melhor coaduna com o ordenamento jurídico atual, é aquela que considera iniciada a vida desde o momento da concepção, tendo em vista que a constituição consagra como direito fundamental a vida, não excepcionando um momento em específico, neste sentido é o atual Código Civil, que assegura direitos ao nascituro.

Desta forma, praticar aborto em qualquer situação que não seja uma daquelas trazidas pela lei como excepcional caracterizaria delito de aborto, entretanto, há que se ressaltar que a lei possui omissões, como ocorre

no caso dos anencéfalos, deve-se levar em conta que ao editar a lei, o legislador vivenciava um contexto diferente, uma vez que naquela época a ciência e a tecnologia não estavam tão desenvolvidas quanto hoje.

Deste modo, a discussão que existe em torno da possibilidade da interrupção de fetos anencéfalos é a existência ou não da vida, de um lado os defensores da vida, condenam as práticas abortivas, alegando que o feto anencéfalo possui vida, mesmo que efêmera, de outro lado seria possível interromper a gestação, tendo em vista que o anencéfalo é um natimorto cerebral.

Contudo, levando em conta que a vida se dá com a concepção, o mais correto seria considerar que o feto anencéfalo é um ser humano com vida, mesmo porque, segue todo o ciclo de desenvolvimento como qualquer outro feto, porém, ao nascer resiste apenas por um curto período de tempo e vem a óbito.

É neste momento que entram em cena os direitos da mãe, daquela que tem o conhecimento de que está gerando um filho que irá falecer após seu nascimento, visto que a anencefalia é uma malformação totalmente incompatível com a vida.

Desta feita, a Lei Maior também assegura direitos para a gestante, tendo em vista que a sua saúde está em risco, não somente a saúde física como também a psicológica, não seria razoável carregar um filho em suas entranhas sabendo que ele nascerá para morrer.

Assim, em que pese o direito à vida assegurado constitucionalmente ao feto, nesta situação nada mais justo seria que os direitos da gestante prevalecessem.

Nesse passo, o mais correto seria a permissão de interromper a gestação em casos de anencefalia e como fundamento jurídico, aplicar a teoria da proporcionalidade, sopesando os bens jurídicos que estão em conflito, quais sejam, a vida do feto e o direito de autonomia reprodutiva da mulher bem como o seu direito à saúde, e deste modo considerando que os direitos da mãe, nesta situação em concreto, possam prevalecer, e, por conseguinte, a interrupção da gestação possa ser considerada um verdadeiro exercício regular de um direito.

De qualquer forma, considerando a divergência existente nos tribunais, aguardamos o pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal, e, esperamos que, independentemente da teoria adotada, assegure à gestante o direito de interromper o período gestacional nas ditas condições, pacificando de todo a presente discussão.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROSO, Luís Roberto; MARTINS, Ives Gandra da Silva; GOMES, Luiz Flávio; MELARÉ, Márcia Regina Machado; HASSELMANN, Gustavo; AIDAR, Carlos Miguel Castex; PETERNELLI NETO, Robertho Setastião; OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. **Anencefalia nos tribunais**. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 32159/RJ. Penal. Pedido de autorização para a prática de aborto. Relator: Ministra Laurita Vaz. Data do julgamento: 17/02/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=aborto+anencefalia&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 04. set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação nº 1.0686.09.235524-3/001(1). Relator: Desembargador Pedro Bernardes. Minas Gerais: 09/06/2009. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=686&ano=9&txt\\_processo=235524&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=aborto%20anencefalia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=686&ano=9&txt_processo=235524&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=aborto%20anencefalia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical)>. Acesso em: 04 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 1.0079.07.343179-7/001(1). Alvará judicial. Antecipação terapêutica do parto. feto anencefálico. Exames médicos comprobatórios. Viabilidade do pleito. Deram provimento ao recurso, vencido a vogal. Relator: Desembargadora Cláudia Maia. Minas Gerais: 10/08/2007. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=79&ano=7&txt\\_processo=343179&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=aborto%20anencefalia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=79&ano=7&txt_processo=343179&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=aborto%20anencefalia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical)> Acesso em: 04 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de justiça do Estado de Minas Gerais. Alvará judicial Nº 1.0297.07.006271-8/001(1). Relator: Desembargador Mota e Silva. Minas Gerais: 22/01/2008. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=97&ano=7&txt\\_processo=6271&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=aborto%20anencefalia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=97&ano=7&txt_processo=6271&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=aborto%20anencefalia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)>. Acesso em 04 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Alvará judicial nº 2316387-25.2010.8.13.0024. Autorização para aborto - anencéfalo - antecipação de tutela - requisitos não preenchidos. Relator: Desembargador Otávio Portes. Minas Gerais: 11/11/2010. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=10&txt\\_processo=231638&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=aborto%20anencefalia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=10&txt_processo=231638&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=aborto%20anencefalia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)>. Acesso em: 04 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de segurança nº 0039701-66.2000.8.19.0000 (2000.078.00042). Relator: Desembargador Estenio Cantarino Cardozo. Rio de Janeiro: 21/06/2000. Disponível em: <<http://webserver2.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200007800042>>. Acesso em: 04 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança nº 0040126-59.2001.8.19.0000 (2001.078.00057). Relator: Desembargador GAMA MALCHER. Rio de Janeiro: 13/03/2002. Disponível em: <<http://webserver2.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200107800057>>. Acesso em: 04 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 0011516-37.2011.8.26.0000. 9ª Câmara de Direito Criminal. Aborto de indicação eugênica. Feto anencefálico. Interrupção da gravidez requerida pelos pais. Relator: Desembargador Francisco Bruno. São Paulo, 25/03/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5020495>> Acesso em: 04 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 0381000-03.2010.8.26.0000. Relator: Desembargador Wilson Barreira. São Paulo, 19/11/2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5020495>>. Acesso em: 04 set. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 10ª E.d. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4ª E.d. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à Crítica: Princípio da Proporcionalidade. Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI**. 4ª E.d. revista e ampliada Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Palplona. **Novo curso de Direito Civil**, parte geral. 5ª E.d, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 33ª E.d. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

GOMES, Luis Flávio. **Teoria da Imputação Objetiva e Aborto Anencefálico: Atipicidade Material do Fato**. Disponível: <[http://www.lfg.com.br/artigos/art\\_aborto\\_lfg.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/art_aborto_lfg.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, V. II. 6ª E.d. revista, ampliada e atualizada. Niterói: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, V II. 29ª E.d. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13ª E.d. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. 1ª E.d. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador); CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coordenadora). **Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. São Paulo: Manole, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. **A Questão do Aborto: Aspectos Jurídicos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito Penal**, V II. 24ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**, VII. 26ª Ed. Ver e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, V. II. 33ª E.d. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal Brasileiro**, V II. 2ª Ed. revista e atualizada São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Danda. **O que é aborto**. 2ª Ed. revisada e atualizada. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, V. II. 9ª E.d. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: Aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2ª Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA, Daniel Rubio de; PATO, Thaís Rodrigues; LOGULLO, Patrícia revisores. **Dicionário termos técnicos de saúde**. 1ª E.d. Editora Conexão (s.d.).

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética: Temas atuais e seus aspectos jurídicos**. Brasília: Editora Consulex, 2006.