



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

JOSÉ ROBERTO CAVALCANTE ALVES

**ABORTO ANENCEFÁLICO: ATIPICIDADE E A DIGNIDADE
HUMANA DA GESTANTE**

**SOUSA - PB
2011**

JOSÉ ROBERTO CAVALCANTE ALVES

**ABORTO ANENCEFÁLICO: ATIPICIDADE E A DIGNIDADE
HUMANA DA GESTANTE**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Flávio Lins de Albuquerque e Souto.

**SOUSA - PB
2011**



A474a Alves, José Roberto Cavalcante.
Aborto anencefálico: atipicidade e a dignidade humana da gestante. / José Roberto Cavalcante Alves. - Sousa- PB: [s.n], 2011.

53 f.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Flávio Lins de Albuquerque e Souto.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Aborto anencefálico. 2. Mulheres gestantes - dignidade. 3. Dignidade da pessoa humana. 4. Anencefalia - aborto. 5. Atipicidade a aborto. I. Souto, Márcio Flávio Lins de Albuquerque e. II. Título.

CDU: 343.621(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

JOSÉ ROBERTO CAVALCANTE ALVES

ABORTO ANENCEFÁLICO: ATIPICIDADE E A DIGNIDADE HUMANA DA
GESTANTE

Trabalho de conclusão apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador Professor: Márcio Flávio Lins Souto

BANCA EXAMINADORA:

Data de Aprovação: _____

Orientador: Prof. MSc. Márcio Flávio Lins Souto

Examinador Interno

Examinador Externo

A minha Mãe dona Maria Cavalcante, por todo amor, carinho, afeto, incentivo e confiança, e por ter acreditado em mim quando as circunstâncias eram totalmente desfavoráveis. Todo esse amor jamais poderei retribuir na mesma intensidade

AGRADECIMENTOS

Agradeço...

Ao Deus todo poderoso que meu deu esse espírito de coragem e a ousadia de tentar ir mais longe sempre e nunca temer os desafios.

A minha Mãe que tanto se esforçou para que eu pudesse estudar, e que dentro de suas humildes possibilidades fez o impossível para que eu chegasse até aqui.

A meus irmãos Clésia, Isabela e Orlando que sempre dispensaram sob mim todo apoio que precisei nesses anos longe de casa.

Aos meus mais que amados sobrinhos Douglas, Lucas, Tiago e Natalia que pelo simples fato de existirem tornaram minha vida mais especial, vocês são razão de grande orgulho.

A minha mais sincera amiga, confidente e companheira, a pessoa mais especial que conheci nada vida, a namorada mais linda que poderia ter, a pessoa com quem quero viver todos os meus dias, A você Princesa Ellen Dayene muito obrigado por existir, por fazer parte da minha vida e por estar comigo durante a feitura deste trabalho.

Aos meus cunhados Ciê e Antonia Neta por toda consideração e carinho

Aos meus amigos de infância que hoje são meus irmãos Alex, Samuel, Agnelo, Hugo. É muito especial saber que vocês estiverem sempre ali em todos os momentos.

A igreja Assembléia de Deus em Pau Dos Ferros na Pessoa do Pastor Alfredo Luiz de Melo, as orações desta igreja foi o que sustentou a minha vida. Sem ela não estaria aqui.

A mais nobre de todas as pessoas jurídicas do mundo a quem devo tudo a minha eterna Casa Do Estudante Do Rio Grande Do Norte deixo essa mensagem: Ôh! Minha querida casa do estudante; nela residi 3 valorosos anos de minha vida. Sofri, vivi e aprendi. Junto a tudo isso veio o amadurecimento e a explicação para diversas coisas do mundo e da vida. Ali conquistei amizades inesquecíveis, como também conquistas pessoais e coletivas, aprendi no companheirismo um significado especial e importante que se remete á todo ser humano, sem distinção de cor, raça ou classe social. Lá, venci barreiras físicas e sociais, do ódio, da inveja, do preconceito, da discórdia e porque não dizer do conhecimento... Ôh minha eterna casa, por tudo isso

e muito mais, hoje lhes sou muito grato... Sim, grato por me oferecer a oportunidade de me tornar grande parte do homem que hoje sou como também do homem que ainda posso ser! Obrigado! Obrigado! Obrigado!

Aos meus grandes amigos que conheci na casa do Estudante, conhecer vocês mudou o rumo da minha vida, muito obrigado: Fernando, Rodrigo, Renato, Reniclebson, Vinicius, Junior Monga, Toinho, Damião, André, Rômulo, Ná, Carroça, Tóbias, Joel, Luiz Mamão, Boquilha, Marcos, Reginaldo, Lucas, Bebê, Raul Santo, Ramom, Fabiano Modelo, e tantos outros que não caberia aqui destacar.

Aos meus Professores lá em Natal, Carlinhos, Fred, Lazaro, Holanda, Rosemberg, Silvio, Ana Cláudia, e tantos outros que contribuíram substancialmente para que pudesse chegar aos bancos da universidade Federal de Campina Grande.

A igreja Assembléia de Deus em Sousa, na pessoa na Irmã Margarida Nogueira, por ter me recebido de maneira tão carinhosa me fazendo sentir-se em casa. Que Deus abençoe grandemente essa igreja.

Aos Meus Amigos da Faculdade e do Grupo azul ao lado de vocês vivi momentos incríveis.

Em especial aos meus grandes irmãos que fiz dentro da faculdade, mas que levarei para toda vida Yankel Tangará, Negão Vicelmo, Glauco Boqueira, Adriano Bolacha, George Bom Bom, Jardson Sardinha, Regina Maga, Álvaro Jurú, Orlandinho obrigado por tudo. Vocês foram minha família em Sousa.

A turma 2007.1 noite na qual ingressei, com vocês aprendi muita coisa e apesar de não me formar com vocês, serão sempre a minha turma. Mabely, Rodrigo, Manel, Maiara, Iram, Igor, Hugo, Chibinha, Murilo, Marcelo, Paulo, Leandro, Sidclei, Sóstenes, Otávio, Charles, Tales, Railma, Wyama Dejane, Fabio e Jansem, grato.

Aos condôminos da residência universitária, guerreiros obrigado por terem me suportado, seremos sempre uma grande família, Bibi, Tiago, Léo de malta, Wander, Enio, Dr. Walter Rego, Eduardo Tangará, Carlinhos, Ueno Poeta, Jamison do Pandeiro, Caio X, Giuliano, Laiw, Carlos André, Fabrício, Marcelo Bruno, aprendi muito com cada um de vocês obrigado.

A minha Tia Cecília pela ajuda com o português, bem como ao meu amigo João Vitor pela tradução de resumo.

Aos mestres do curso de Direito que tanto me ensinaram e orientaram nesses cinco anos, em especial: Anrafel, Jaciara, Iana Melo, Jardel, Admilson, Jonábio, Graziela, Rémedios, Olindina e finalmente ao meu Ilustre Orientador neste trabalho Mestre

Márcio Flávio Lins Souto pessoa do melhor quilate muito grato pelos ensinamentos e pela amizade.

Aos Advogados do Escritório Veloso de França pela oportunidade de ter aprendido muito do que é ser advogado, a Defensoria Pública do Rio Grande do Norte por ter me dado a oportunidade de ajudar tantas pessoas carentes através do estágio que lá fiz.

Aos que hoje posso chamar de colegas advogados e que me deram o prazer de conviver e aprender tanto com eles, Dr. George Moreira, Dr. Carlos André, Dr. Diego Nunes, Dr. Laurindo Segundo e Dr. Paulo Abrantes o Rico.

Enfim, a todos que de forma direta e indireta contribuíram para essa tão sonhada conquista se tornasse realidade.

Teremos presente que nossa conclusão não representará uma obrigação, que constrange, humilha e deprime a gestante, mas, pelo contrário, será apenas uma faculdade que, se desejar, não precisará usá-la, sem, ademais, ficar submetida aos rigores próprios da norma jurídico-penal. Com suas drásticas conseqüências punitivas. Apenas, se preferir, a gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será “condenada” a obrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocional e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, regozijando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a além da perda irreparável, continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida.

Cesar Roberto Bitencourt
Advogado, Doutrinador e
Professor de Direito Penal

RESUMO

O trabalho monográfico em tela trata da possibilidade de antecipação do parto do feto anencéfalo com arrimo no direito constitucional pátrio, bem como também em relação ao direito penal tratou de demonstrar a atipicidade da conduta. Tema por demais polêmico e que produz acalorados debates. Objetivou-se, neste trabalho, a feitura de uma análise dos argumentos jurídico-constitucionais que justificariam a autorização da interrupção da gestação de feto portador anencefalia quais sejam: o direito à vida, o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e a vedação da prática de tortura, sem que tal conduta seja imputada a gestante como crime de aborto. Procurou-se demonstrar, desde logo, que a anencefalia é uma patologia fetal-letal, ou seja, o feto portador dessa má-formação congênita não tem qualquer possibilidade de vida extra-uterina, bem como se demonstrou os riscos de ordem física e psíquica que a gestante fica submetida no caso ser obrigada a manter a gestação até o fim. Foi realizado um estudo sucinto sobre a tipicidade penal trazendo a baila suas principais particularidades, como também uma visão geral dos crimes de aborto elencados pelo código penal brasileiro. Para adentrar no tema da atipicidade da conduta foi analisado, o texto da Lei n. 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e a sua aplicação nos casos de portadores de anencefalia. Após a apresentação de desse panorama adentrou-se no mérito da discussão sobre a atipicidade da conduta de se interromper a gestação quando do diagnóstico clínico de anencefalia do feto, concluiu-se que o crime de aborto em relação à tipicidade pressupõe a existência de gestação em curso, morte do feto e que essa morte seja decorrência de manobras abortivas, sendo assim como é feto anencéfalo não tem vida nem mesmo potencial, não pode ocorrer o crime de aborto, pois falta elemento essencial do tipo.

Palavras chave: Aborto. Anencefalia. Dignidade da pessoa humana. Atipicidade

ABSTRACT

This monograph deals with the possibility of anticipation of anencephalic parturition supported by our constitutional right, as well as in relation to criminal law that demonstrated the atypical nature of the conduct. Theme very polemic and that produces heated debates. The objective of this work is the making of an analysis of legal and constitutional arguments that would justify the authorization of the interruption of pregnancy fetal anencephaly holder which are: the right to life, the principle of human dignity, the right to health and sealing of torture, without such conduct is imputed to pregnant women as a crime of abortion. Tried to demonstrate, from the beginning, that anencephaly is a lethal fetal pathology, in other words, the fetus that has congenital malformations has no possibility of extrauterine life, likewise it was demonstrated the physical and mental risks that the pregnant woman shall be submitted in the case she should be required to maintain the pregnancy until the end. A brief study around the criminal typicality was conducted bringing to the fore its main peculiarities, as well as an overview of the crimes of abortion listed by the Brazilian penal code. To enter the subject of the atypicality of the conduct was analyzed, the text of the Law n. 9.434/97, which provides for the removal of organs, tissues and body parts for transplanted and treatment, and its application in cases of people with anencephaly. After presenting this scenery the atypical nature of the conduct of interrupting a pregnancy when there is the clinical diagnosis of anencephaly of the fetus was discussed, resulting in the conclusion that the crime of abortion in relation to typicality assumes the existence of current pregnancy, fetal death and that death is due to abortive maneuvers, so as anencephalic fetus has no life or even potential, can not occur crime of abortion, since it lacks an essential element of the type.

Keywords: Abortion. Anencephaly. Human dignity. Atypicality

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA ANENCEFALIA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS FÍSICAS E PSICOLÓGICAS PARA AS GESTANTES	13
2.1 DAS CAUSAS QUE LEVAM A MÁ FORMAÇÃO DO FETO	13
2.2 DAS CONSEQÜÊNCIAS FÍSICAS E PSICOLÓGICAS	15
3 DOS DIREITOS, GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE GARANTEM A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO NOS CASOS DE ANENCEFALIA	21
3.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA GESTANTE	21
3.2 DA PROIBIÇÃO AO TRATAMENTO CRUEL OU DEGRADANTE	23
3.3 DO DIREITO À SAÚDE DA MULHER	25
4 ASPECTOS DA TIPICIDADE PENAL E O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	30
4.1 TIPICIDADE PENAL OU FATO TÍPICO	30
4.2 O ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	35
4.2.1 Tipos de aborto no código penal brasileiro	37
4.2.1.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento	37
4.2.1.2 Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante	38
4.2.1.3 Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante	39
4.2.1.4 Aborto qualificado	40
5 O TERMO DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO E A ATIPICIDADE DA CONDOTA DE INTERROMPER A GESTAÇÃO NOS CASOS DE ANENCEFALIA	43
5.1 O TERMO DA VIDA NO BRASIL E A LEI 9.034 DE 1997	43
5.2 A ATIPICIDADE DA CONDOTA DE INTERROMPER A GESTAÇÃO NOS CASOS DE ANENCEFALIA	46
6 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em tela leva o tema: Aborto anencefálico: Atipicidade e a dignidade humana da gestante. Deste modo, visou-se demonstrar a possibilidade de interromper uma gestação onde exista a constatação clínica do quadro de anencefalia do feto. Possibilidade essa traduzida através de princípios constitucionais que garantem esse direito as gestantes, bem como, pelo fato de que essa conduta, não poder ser enquadrada como crime por falta do elemento da tipicidade.

Em relação à metodologia do trabalho fez-se uso basicamente, dentre os métodos de abordagem, o dedutivo, pela visão das garantias constitucionais e pela constatação da atipicidade da conduta de interromper a gestação, chegando assim a idéia de que o aborto de feto anencéfalo não pode ser considerado crime. Pela técnica de pesquisa, fez-se uso do método de pesquisa bibliográfica, com base em material já elaborado e buscado nas fontes do Direito penal, Constitucional, da bioética e das ciências médicas, Constituído principalmente de livros e artigos publicados na internet.

O capítulo inicial visa demonstrar o que é a anencefalia, como surgiu, quais são as causas do seu desenvolvimento, trazendo o conceito médico em que a anencefalia trata-se de uma patologia que gera uma má-formação fetal e que não há qualquer possibilidade de reversão do quadro, como também se demonstrou as drásticas conseqüências físicas e psicológicas que podem advir na mulher gestante em que o fruto de sua concepção foi acometido do diagnóstico de anencefalia.

Em continuação o capítulo segundo teve como enfoque os direitos, garantias e princípios constitucionais que sustentam a interrupção da gestação nos casos de anencefalia. Neste capítulo tentou-se aduzir que, diante de determinadas garantias constitucionais não pode o Estado, querer sob pena de responsabilidade criminal, obrigar a gestante a manter até o fim uma gestação cravada com o terrível ônus da anencefalia, pois agindo assim o Estado afronta sua Lex maior, o que não se pode vislumbrar num estado democrático de direito.

O capítulo terceiro apenas como forma de contextualizar e dar sustentação ao tema abordado, tratou de dissertar sobre a tipicidade penal de forma geral, elencando suas principais nuances, como o nexa causal o resultado e a

conduta. Foi também neste capítulo que se fez uma abordagem sobre todos os tipos de aborto dispostos no código penal brasileiro, trazendo sobre cada um dos tipos suas características mais relevantes.

Por fim o último capítulo, ápice do trabalho, foi mostrado um novo enfoque em relação ao crime de aborto quando nos casos do feto ser portador de anencefalia. Foi trazida à baila o entendimento dos órgãos superiores da classe médica como o CFM (conselho federal de medicina) que admite, inclusive através de portaria própria que o médico interrompa a gestação a pedido da mãe quando restar clinicamente comprovado o quadro de má-formação fetal irreversível. Pois a medicina considera atualmente o feto anencéfalo como natimorto cerebral, o mesmo se pode dizer do ordenamento jurídico pátrio diante do que tem dito boa parte da doutrina sobre a lei de transplantes de órgãos e tecidos. Finalmente foi demonstrada a atipicidade da conduta do aborto anencefálico, pois como é pacífico na doutrina para que ocorra um aborto dentre outras condições é preciso que o feto esteja vivo e que sua morte decorra das manobras abortivas, e como foi visto não há ocorrência de ambos quando o feto é anencéfalo.

2 DA ANENCEFALIA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS FÍSICAS E PSICOLÓGICAS PARA AS GESTANTES

Iniciando o trabalho este primeiro capítulo demonstrará o que é e como surge essa patologia denomina anencefalia, como também trará uma abordagem dos danos físicos e psicológicos a que esta sujeita a gestante.

2.1 DAS CAUSAS QUE LEVAM A MÁ FORMAÇÃO DO FETO.

A anencefalia é uma patologia que causa a má formação fetal sendo caracterizada segundo (Pierangeli 2008 p. 384) pela:

Ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria de cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência de hemisférios cerebrais e pela exposição exterior do tecido nervoso hemorrágico e fribiótico [...] falta do hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, com estruturas faciais alteradas, que dão ao anencéfalo uma aparência grotesca e anormalidades nas vértebras cervicais. Os olhos [...] podem parecer, de um modo geral, normais, mas o nervo ótico, se existente, não se estende até o cérebro. Por tal razão, já se disse que o feto anencéfalo possui a aparência de uma rã, na medida em que é totalmente falto da calota craniana e da cobertura das demais estruturas neurológicas.

Diante do acima exposto, fica a percepção de que o feto portador dessa doença não tem possibilidade de dispor das funções superiores do sistema nervoso, por falta das estruturas cerebrais referidas. Desta forma ao nascer esse feto não demonstrará nenhuma reação às funções ligadas, por exemplo, a existência da consciência e cognição, da comunicação, da afetividade e da emotividade.

Segundo o Deputado Federal e professor titular de ginecologia da USP José Aristodemo Pinotti (2004 p. 5):

A anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante

o primeiro mês de embriogênese. O reconhecimento de concepto com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Hoje, com os equipamentos modernos de ultra-som, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula.

Segundo Carolina Alves De Souza Lima (2011. p. 75) é devido à complexidade do desenvolvimento embriológico humano, não é incomum que haja anormalidades no sistema nervoso central. Visto que, aí estão concentradas todas as funções vitais que tem caráter sensitivo, intelectual e vegetativo, e conseqüentemente onde ocorrem várias doenças tais como a anencefalia configurada pela má formação do encéfalo.

Tal qual equivale dizer que essas são causas que levam a ocorrência dessa mazela que tanto aflige as gestantes no dias atuais. Portanto, Estão de acordo com estudos epidemiológicos relacionados, como demonstra De Souza Lima (2011. p. 76) "a vários fatores de natureza genética e/ou ambiental, tais como localização geográfica, sexo, etnia, raça, época do ano, classe social e histórico familiar".

Soma-se ao mesmo paradigma a revista Neuro ciências numa de suas edições do ano 2010, publicou artigo a qual indicando as principais causas da má formação congênita, acrescentando ainda que dentre os vários fatores que podem causar a anencefalia estão:

Radiações, vírus, administrações de determinadas drogas durante o período gestacional, contato direto com produtos tóxicos, sendo o fator de risco mais importante, a ausência de ácido fólico no metabolismo das mães gestantes; o qual provavelmente é ocasionado pela não absorção deste elemento pelo organismo ou até pelo alto índice de desnutrição dos países subdesenvolvidos.

Conforme relato de citações recorrentes percebe-se que a patologia em análise, não é privilegio de nenhuma classe social especifica, podendo ocorrer em qualquer das camadas sociais. Uma vez que tem origem em diversos fatores tanto físicos quanto sociais e até mesmo a hereditariedade é causa que pode desencadear a anencefalia.

Perante tamanha gravidade do problema que é uma gravidez onde exista no feto a constatação clínica desse terrível diagnóstico, é que não pode o Estado exigir que a gestante leve um feto anencefálico em seu ventre por nove meses sob pena de responder pelo crime de aborto.

2.2 DAS CONSEQÜÊNCIAS FÍSICAS E PSICOLÓGICAS

As conseqüências advindas de uma gravidez cujo feto é anencéfalo podem ser drásticas para a mulher que for obrigada a suportá-la, tanto do ponto de vista físico quanto mental.

Na realidade a saúde física, psíquica e social da mulher pode ser profundamente abalada durante a gestação de um feto portador de anencefalia. A notícia do diagnóstico da doença usurpa da gestante e de sua família a oportunidade de uma vivência repleta de emoções intensas e específicas relacionadas à gestação e à maternidade, pois é retirada tanto da mãe como dos familiares qualquer expectativa em relação ao feto que seria um novo membro da família.

O convívio social torna-se extremamente doloroso, eis que a sociedade não está preparada para acolher a gestante em um momento tão delicado da sua vida, o que geralmente desencadeia na mulher a depressão (DE SOUZA LIMA, 2008, p. 109).

Creemos não ser justo, que uma mãe sabendo que o feto que traz em seu ventre não terá nenhuma oportunidade de vida extra-uterina, e mesmo assim tenha que esperar nove meses para assistir angustiadamente sua morte.

A medicina tem hoje subsídio para comprovar sem nenhuma dúvida casos de anencefalia, e mais ainda, é plenamente provado que o feto portador dessa mazela não possui capacidade cerebral para que o corpo tenha possibilidade de vida extra-uterina.

A doutrina penalista em parte, já não aceita que o Estado baseado numa legislação ultrapassada e que se diga: não acompanhou a evolução médico-cultural, continue a tentar impedir que as gestantes que tem a infelicidade de terem seus filhos acometidos pela anencefalia interrompam a gestação. Isto constitui-se de fato,

um verdadeiro atentado a dignidade humana, pois já não existe razão para tal absurdo.

Imagine que ficar grávida e conseqüentemente dar a luz a um filho saudável, é pois, o sonho maior de toda gestante. É o momento de maior regozijo de sua alma, e o de maior alegria, por isso prepara cada momento para ser inesquecível. Convida as pessoas mais próximas os melhores amigos a participar dessa ocasião singular, esse é o contexto normal de uma gravidez.

Agora pensemos em todos esses argumentos a cerca de um a gestação, cujo feto é portador de anencefalia? Diante de tais circunstâncias pode-se ter uma pequena noção da dor por que passa a mãe e sua família, todos vítimas dessa situação.

Seria então o mais viável e pertinente, de todos os pontos de vista, que essa gravidez fosse interrompida o quanto antes. A fim de preservar a saúde física da mulher, pois tamanhas são as complicações que podem advir caso prossiga com a gestação, dentre as quais podemos citar a provável ocorrência da morte do feto, que não sendo expelido pela gestante, pode causar infecções graves. Por outro lado quanto mais longe for essa gravidez maior será o dano psicológico da mulher que assistira a cada dia as mudanças e deformações do seu corpo e sentirá os sintomas da gravidez, mas no seu intimo sabe que a única coisa que pode esperar é o sepultamento de seu filho.

Com relação aos danos físicos a que se expõe a mulher durante a gravidez na qual é constatada a anencefalia do feto Thomaz Gollop (2004, p. 27-28) diz o seguinte:

Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. Sem dúvida, e sobre isso há alguns dados levantados que são muito interessantes. Em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâmnio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de deslocamento prematuro de placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencefálicos, por não terem o pólo cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distócia do ombro, porque nesses fetos, com freqüência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão do no parto do ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grandes do ponto de vista obstétrico. Assim sendo, há inúmeras complicações em uma gestação cujo

resultado é um feto sem nenhuma perspectiva de sobrevivência. A distócia de ombro acontece em 5% dos casos, o excesso de líquido em 50% dos casos e a atonia de útero pode ocorrer em 10% a 15% dos casos.

Ainda em foco no assunto se faz mister as palavras do emérito professor Bitencourt (2009, p. 149-150) pela imensa sapiência das mesmas:

Teremos presente que nossa conclusão não representará uma obrigação, que constrange, humilha e deprime a gestante, mas, pelo contrário, será apenas uma faculdade que, se desejar, não precisará usá-la, sem, ademais, ficar submetida aos rigores próprios da norma jurídico-penal com suas drásticas conseqüências punitivas. Apenas, se preferir, a gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será "condenada" a obrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocional e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, regozijando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a além da perda irreparável, continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida.

Em artigo publicado na revista PRÁTICA JURÍDICA da editora Consulex, número 36, páginas 41 e 42, de 31/03/2005, Flávia Piovesan e Silvia Pimentel *Apud* Gustavo Lima Campos Doutoradas em Direito pela PUC/SP, membros de Comitês Latino-Americanos para Defesa dos Direitos da Mulher e também de Comitê da ONU sobre assunto correlato, citam Valéry Giscard D'Estaing, ex-presidente de França, em livro de sua lavra, relatando diálogo que manteve com sua Eminência o (saudoso) Papa João Paulo II: "eu sou católico, mas também sou presidente de uma República cujo o Estado é laico (...) Compreendo perfeitamente o ponto de vista da Igreja Católica e, como cristão, o compartilho. Julgo legítimo que a Igreja peça aos que praticam sua fé o respeito a certas proibições, mas não corresponde à lei civil impô-las com sanções penais ao conjunto do corpo social" (grifos nossos). Palavras de um verdadeiro Estadista.

Diante de tão sensato comentário não resta dúvida que a moral, a religião seja qual for ou qualquer regra de trato social, não pode ser capaz de submeter à mulher a sanção tão drástica. É certo que a vida é obra do criador e o homem não

pode manipular a seu bel prazer, mas em ocorrendo o diagnóstico que ora se analisa, onde não mas se pode falar em vida diante da comprovada falta de atividade cerebral, deve ser respeitado o livre arbítrio para que a gestante não seja submetida a um tratamento cruel e nem seja discriminada no seio da religião que professa.

As autoras Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel seguem no artigo citado acima trazendo o seguinte comentário:

(...) Os Comitês da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), em 2003, recomendaram ao Estado brasileiro a adoção de medidas que garantam o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. Ambos enfatizaram a necessidade da revisão de legislação punitiva com relação ao aborto, a fim de que o mesmo seja enfrentado como grave problema de saúde pública" e citam estatísticas que referem haver no Brasil aproximadamente dois abortos clandestinos por minuto, havendo no Congresso Nacional 33 propostas de alteração da legislação sobre o aborto. E concluem dizendo que "apesar do avanço global dos fundamentalismos religiosos que têm, inclusive, caracterizado os conflitos mundiais contemporâneos, estamos certas que o Estado brasileiro – nas esferas dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo – louvará o seu papel histórico de Estado laico, assegurando vida, saúde, respeito e dignidade às mulheres brasileiras. A ILEGALIDADE DO ABORTO ADOECE, CONDENA E ROUBA-LHES A VIDA

Nesse sentido acrescenta o médico e secretário do Conselho Federal de Medicina Marcos Antonio Becker *Apud* Bitencourt (2009, p. 154) "certamente, a manutenção da gravidez indesejada de um anencéfalo acarretará graves distúrbios psicológicos na gestante, em decorrência da tortura sofrida e de um tratamento degradante, vedado pelo art. 5º, inciso III, da Constituição Federal".

Merece destaque como de praxe os sábios ensinamentos do Emérito Professor Bitencourt (2009, p. 154) que assim expõe:

Partimos do princípio de que uma mulher quer abortar, pois não desconhecemos que o aborto é uma agressão violenta, não apenas contra o feto, mas também contra a mulher, física, moral e psicologicamente, e que, naturalmente, a expõe a enormes e imprevisíveis riscos relativos à sua saúde e à sua própria vida. Quando a mulher opta pelo abortamento, não se pode ignorar que ela tomou uma decisão grave, com sérios riscos que podem produzir conseqüências irreversíveis sobre sua vida, seu corpo, sua psique e seu futuro.

Não resta qualquer sequela, é fato incontroverso justamente porque a continuação da gestação nos casos de anencefalia agride consideravelmente direitos básicos da mulher, visto que além de aumentar potencialmente os riscos a vida e a saúde da gestante, a submete a tratamento cruel e degradante vedado pelo ordenamento jurídico constitucional, posto que seja incomensuravelmente cruel, obrigar uma mulher sob pena de responsabilização criminal a esperar por nove meses para poder dar a luz a um natimorto, e ainda correndo tamanhos riscos a que esse tipo de gravidez expõe à gestante.

A situação é bastante complicada, pois a gestação envolve vários fatores e pessoas, não são somente as expectativas da gestante que estão em jogo, mas de toda a família e até mesmo do grupo social a qual a gestante esta inserida. A Doutora e Mestra Carolina Alves de Souza Lima (2011 p. 101-102) faz comentário interessante sobre o tema. Vejamos:

Quando a mulher vive a realidade de uma gestação de anencéfalo, ela se encontra diante de duas possibilidades: continuar a gestação ou interrompê-la. Tanto uma situação como a outra revelam uma realidade muito difícil de ser enfrentada, fundamentalmente por ela, mas também por toda a família. Cabe lembrar que a gestação é um processo fisiológico de modificação do organismo feminino, no qual ocorrem inúmeras mudanças e transformações necessárias para que a gravidez tenha êxito. As transformações não são só físicas, mas também emocionais, familiares e sociais. A gestação transforma o corpo da mulher, mas fundamentalmente sua vida, seu papel social e sua estrutura familiar. Em algumas gestações, no entanto, além dos aspectos habituais a serem compreendidos pelo casal, há um outro desafio que contraria as expectativas comuns a uma gestação: a descoberta de uma malformação fetal letal. A anencefalia é uma dessas malformações.

Deve haver uma ponderação, inclusive da classe médica nesses casos, haja vista o risco de que um procedimento equivocado crie ainda mais traumas psicológicos nas gestantes, tornando evidente que diante da problemática já abordada, a gestante que se encontra frente a um quadro de anencefalia em sua prole, está por demais debilitada, e precisa de toda compreensão e atenção tanto médica como familiar.

Não difere do pensamento da ilustre Doutora e Mestra da PUC/SP Carolina Alves de Souza Lima (2011 p. 103) que assim se expressa:

A realização do tratamento ou da intervenção médica deve sempre buscar o bem-estar do paciente e evitar, na medida do possível, a ocorrência de danos. Por isso, uma vez feita a opção por interromper a gestação, a mulher deve receber todo o suporte para o seu bem-estar físico e psíquico e também para sua plena recuperação.

Finalmente, ficam demonstradas quais as causas que desencadeiam a má formação fetal, desta patologia denominada anencefalia que tira do feto qualquer possibilidade de vida extra-uterina, e pode causar inúmeros transtornos a gestante.

Transtornos esses, tanto de ordem física como algumas doenças e infecções, bem como toda sorte de distúrbios emocionais tais como: depressão, dificuldade de convívio social ou sentimento de culpa excessivo.

Deixando bem claro que não é objeto específico deste trabalho levar esse tema a minúcias, primando consideravelmente por não ser a monografia em tela voltada às questões das ciências médicas ou biológicas, ao contrário, ter por escopo explorar questões de mérito jurídico em que esse capítulo servirá apenas de base para argumentações que serão tecidas em momentos posteriores.

3 DOS DIREITOS, GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE GARANTEM A INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO NOS CASOS DE ANENCEFALIA

Ocupar-se-á o capítulo em tela, a verificar na orbita constitucional, os institutos que fundamentam o direito da gestante, de interromper uma gravidez quando o feto é portador de anencefalia.

3.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA GESTANTE

Dentre todos os direitos e garantias que um Estado democrático de direito deve proporcionar aos cidadãos, a dignidade é sem dúvida a mais essencial dentre estes. O direito de autodeterminação, ou seja, de escolher livre e conscientemente a respeito de tudo que é importante e primordial na vida de cada ser humano, por isso, não pode de forma alguma, sofrer sem justificativa plausível, qualquer limitação por parte do Estado. Pois é da natureza do homem gozar dessa graça tão necessária para afirmação de sua condição de humano.

No dizer de Kildare Gonçalves Carvalho (2005 p.384):

A dignidade da pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para obtenção de algum resultado. A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita [...] não sendo algo que poderia servir de meio, o que limita, conseqüentemente, o seu livre arbítrio.

Assim sendo, em respeito a esse primado constitucional, não se há de conceber que uma gestante carregue por nove meses em seu ventre um feto vítima de anencefalia, pois é de uma brutalidade fora do comum exigir tal comportamento da gestante, e principalmente pelas próprias condições em que se encontra. É como se não bastasse à gravidez que já muda toda a estrutura física e psicológica da mulher, conviver com o trauma de saber que seu possível filho não viverá de forma alguma, fato que só agrava essa situação.

Deste modo é de garantir que a gestante tenha o direito de decidir sobre a interrupção da gravidez, jamais alguém pode mensurar o sofrimento de uma mãe que vive a experiência de saber que o fruto da sua gestação não passa de um ser acometido de uma patologia que lhe tira qualquer expectativa de vida extra-uterina.

Veja que, quis o constituinte de 1988 dá ao princípio da dignidade da pessoa humana, um destaque especial, basta perceber que ele foi elencado no primeiro artigo de nossa lei maior como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Motivo pelo qual não pode um valor tão estimado e indispensável à vida de qualquer brasileiro ser suprimido em face da arcaica legislação penal.

É de se notar ainda que a constituição é hierarquicamente superior ao código penal, que tem na verdade status de lei ordinária, daí ,mais uma razão para que não se dê aplicabilidade ao artigo 124 do código penal em face da dignidade da pessoa humana constitucionalmente garantida. Pois não pode ser digno que o Estado exija de um ser humano um sacrifício de tamanha magnitude.

Alexandre de Morais (2008, p. 22) assim define o instituto em análise:

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

Segundo Carolina Alves de Souza Lima, o princípio da dignidade da pessoa humana não é instituto que se possa conceituar de forma fechada e concreta, pois segundo a ilustre Doutora (2011 p. 98):

Trata-se de conceito que se encontra na categoria axiológica aberta, o que não permite que ele seja fechado. Ao contrário para estar em consonância com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, é preciso que esse conceito esteja em constante processo de construção, desenvolvimento e aperfeiçoamento. A dignidade, em si, é qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e, por isso, irrenunciável e inalienável. A dignidade pertence à condição humana e, por isso, deve ser respeitada e protegida.

Constitui elemento que qualifica o ser humano com tal e dele não pode ser separada. Não é algo concebido à pessoa humana por que já lhe pertence de forma inata. Assim, não se concebe sua retirada ou concessão.

Deste modo percebe-se evidentemente que diante de tão nobre garantia constitucional, não há espaço no ordenamento jurídico pátrio, para a criminalização do aborto quando da constatação médica do diagnóstico da anencefalia. Pois obrigar a gestante a dar continuidade à gravidez nesses casos é gigantesca afronta a CF/88.

Não se pode nos dias atuais permitir que mulheres sejam obrigadas a carregarem natimortos em seus ventres, pelo simples fato de ser o legislador inerte em acompanhar os avanços sociais e principalmente médicos.

É certo que hoje a medicina tem hoje subsídio para comprovar sem nenhuma dúvida casos de anencefalia, e mais ainda, é plenamente provado que o feto portador dessa mazela não possui capacidade cerebral para que o corpo tenha possibilidade de vida extra-uterina.

A doutrina penalista em parte, já não aceita que o Estado baseado numa legislação ultrapassada, ignore a evolução médico-cultural, e continue a tentar impedir que essas mães infortunadamente acometidas por este mal, possam interromper a gestação. Constituindo-se, portanto um verdadeiro atentado a dignidade humana, pois não existe razão para tanto.

3.2 DA PROIBIÇÃO AO TRATAMENTO CRUEL OU DEGRADANTE

Deve ser lembrando que, é vedada pela constituição de 1988 art. 5º inciso III, a prática da tortura ou tratamento desumano e degradante. Não há dúvida que, obrigar a mulher a manter em seu ventre um feto que jamais se tornará um ser vivo, bem como fazê-la conviver diuturnamente com as angústias e sofrimentos que essa gestação lhe acarretará, e tendo pleno conhecimento dos comprovados riscos a que se submeterá, tanto de ordem física como psicológica, podendo ser comparado sem nenhum exagero à tortura psicológica, expressamente vedada na ordem jurídica pátria.

Os ilustres De Plácido e Silva (2005, p. 1411) definem tortura, aduzindo que:

Do latim tortura, é tido na mesma significação de tormento. É o sofrimento, ou a dor, provocada por maus-tratos físicos ou morais [...] É o ato desumano, que não se coaduna com as idéias da era presente, sendo atentatório à dignidade humana [...] Ribeiro Pontes definindo tortura assim bem afirma: 'tortura significa sofrimento profundo, angústia, dor. Torturar a vítima é produzir-lhe um sofrimento desnecessário. É tornar mais angustioso o sofrimento.

Consideremos que, forçar uma mulher a manter-se grávida de um feto que nunca poderá tornar-se um ser vivo, bem como forçá-la conviver diuturnamente com tais angústias frustrações e sofrimentos em decorrência dessa gestação que só lhe acarreta problemas, pode ser comparado à tortura psicológica, expressamente vedada pela Constituição Federal.

Consultando-se o sítio digital do NEEP-DH Núcleo de estudos de políticas públicas em direitos humanos, vinculado a UFRJ, encontra-se a declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1975. Vejamos alguns dispositivos:

Artigo 2º Todo ato de tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante constitui uma ofensa à dignidade humana e será condenado como violação dos propósitos da Carta das Nações Unidas e dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos. Artigo 3º Nenhum Estado poderá tolerar a tortura ou tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não poderão ser invocadas circunstâncias excepcionais tais como estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificativa da tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Assim percebe-se que tanto na ordem nacional, como na orbita do direito internacional, não existe lugar para esse tipo de prática que deprime, subjuga e tortura psicologicamente qualquer mulher que passe pelo trauma que é uma gravidez cujo o feto é acometido da anencefalia.

3.3 DO DIREITO À SAÚDE DA MULHER

Não resta dúvida, que a saúde é um direito constitucionalmente tutelado, bem como que, a legislação infraconstitucional (lei 8.080 de 19.9.90) também dá sustentação a esse direito. Contudo não será objeto deste trabalho abordar a problemática que se expõe dentro da legislação ordinária, limitando-se apenas a dar sustentação ao tema com arrimo no texto constitucional.

O artigo sexto da magna carta pátria elenca a saúde como um direito social vejamos:

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

Dentro do título VIII "Da Ordem social" a saúde tem destaque na seção II do Capítulo II, especialmente nos artigos 196 e 197:

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

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Grifos nossos

Esclarecendo esses dispositivos constitucionais assim expõe De Souza Lima (2011 p. 108)

O direito à saúde é tutelado pela Constituição Federal como um direito social. A definição de saúde, pelas ciências médicas e pela psicologia, é ampla e abrangente, porque elas entendem que o ser humano deve ser compreendido na dimensão holística, ou seja, em sua totalidade. Seguindo uma visão contemporânea, a Organização mundial da saúde conceitua saúde como o completo bem-estar físico, psíquico e social. De acordo com essa organização, a saúde é concebida de forma abrangente e sua constatação depende de

análise de vários aspectos de bem-estar do ser humano, não se limitando à ausência de doença.

Abstrai-se tanto do texto constitucional, como do comentário acima destacado que, pode-se notar, quis o legislador de 1988, dar a saúde um status de **garantia**, criando mecanismos dentro da CF/88 para combater qualquer ação Estatal ou não que macule o direito a saúde, que com vimos é bastante amplo e complexo, não significando em hipótese alguma a mera falta de doença.

Como bem destaca o texto constitucional, as ações que visam garantir a saúde são de relevância pública. Não poderia ser diferente, mediante abordagem que se busca fazer, pois é extremamente relevante que se dê sustentação por todos os meios, a essas mulheres que tem em seus ventres fetos acometidos de anencefalia.

Não equidistante é o pensamento da Doutora Carolina Alves de Souza Lima (2011 p. 108).

A garantia do direito à saúde envolve tanto a proteção do direito em si, pelo ordenamento jurídico, quanto à prestação de determinados serviços pelo Estado, para que o direito seja resguardado. Quanto ao direito de realizar o aborto do anencéfalo, o direito à saúde não pode materializar-se sem políticas públicas que permitam a realização desse procedimento nos hospitais públicos e privados, com todo atendimento médico e psicológico necessário ao restabelecimento da mulher. Por isso, o referido direito precisa ser regulamentado pela legislação infraconstitucional, sob pena de não pode ser exercido plenamente. **Compreender o aborto do anencéfalo, quando há consentimento da gestante, como conduta criminosa, configura lesão ao direito à saúde da mulher, uma vez que a gravidez, nessas circunstâncias, põe em risco a sua saúde** (grifo nosso).

No tocante ao que se afirma sobre o tema em questão, resta que seja cediço, inclusive como foi satisfatoriamente analisado no primeiro capítulo desta obra, os graves danos físicos e psicológicos que pode sofrer a mulher vítima de gravidez de anencéfalo. Por ser um drama de magnitude elevada, não sendo fácil o tratamento dessas mulheres, decorre que não pode a política criminal do Estado, menosprezar totalmente a saúde física e psicológica da gestante, em detrimento da aplicação fria da lei penal.

Neste diapasão, percebendo a disparidade e o abismo que existe na legislação nacional, o ministro Marco Aurélio de Mello em voto proferido acerca do

pleito liminar constante da ADPF 61 nº 54 se manifesta da seguinte forma, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/petocaoinicial/verPeticaoinicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54> acesso em 19.09.2011:

Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade.

Alberto Silva Franco (2005) também discorre sobre o problema, confirmando o sofrimento psíquico da gestante:

[...] Ora, é inquestionável, na hipótese da anencefalia, que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos. O diagnóstico da anencefalia já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e a seu núcleo familiar. São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável. Esta morte certa, que não se permite abreviar no tempo, constitui a condenação imerecida da mulher grávida e a abolição do exercício de sua autonomia de vontade. Obrigá-la a carregar, em seu ventre, um ser morto, porque deixará de existir se dela desconectado, constitui ainda uma ofensa à sua dignidade de mulher, de mãe, enfim, de pessoa humana.

A partir do instante no qual a gestante é privada da sua liberdade de escolha, os problemas psicológicos e físicos podem ser agravados ainda mais. A única maneira de solucioná-los seria antecipando o parto do feto anencefálico, mas o grande entrave é que a essa conduta, é imposta a sanção penal como crime de aborto.

Entretanto, deve ser levado em consideração não apenas a gestação anencefálica, mas os graves transtornos físicos, psíquicos e sociais que ocasionam a mulher, configurando total desrespeito aos seus direitos fundamentais, dentre eles, o direito à saúde, previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal.

Ainda não havia chegado ao Brasil sequer a tecnologia do ultrassom, quando o legislador determinou as hipóteses legais e ilegais de aborto no código penal brasileiro (Decreto Lei 2848/40) legislação até hoje mantida intacta, mesmo sob o sofrimento físico e psicológico de inúmeras mulheres que passam por essa situação de total desrespeito ao direito à saúde, de ter que esperar nove meses e correrem todos os riscos, para só então poder sepultar o que seria seu maior sonho.

É certo que hoje, e a medicina pode atestar indubitavelmente, tanto a ocorrência da anencefalia, como que o feto portador dessa má formação não tem qualquer expectativa de viver, pois não dispõe das principais funções cerebrais e vindo a nascer não apresentará qualquer função vital, mas apenas funções vegetativas e isso por um curto espaço de tempo.

Sobre o diagnóstico de anencefalia se faz oportuno os dizeres de Walter Pinto Júnior (2000):

O avanço técnico dos aparelhos de ultrassonografia fornece hoje uma resolução extremamente refinada para o diagnóstico de anomalias fetais. Essa resolução permite que as medidas anatômicas fetais sejam determinadas a cada semana de gestação e, conseqüentemente, que se estime a idade fetal e se pesquise a presença de todas as estruturas anatômicas. Qualquer desarmonia de crescimento de órgãos, regiões fetais ou mesmo atraso no seu desenvolvimento é facilmente visualizado. As malformações fetais passaram a ter os seus sinais específicos e, em menos de uma década a ultrassonografia fetal ficou minuciosa e passou a demandar do médico que a executa uma sistemática extremamente rigorosa. [...] Exames ultrassonográficos bem feitos são capazes de diagnosticar grande parte das malformações e por esse motivo, não é de estranhar que os programas de monitorização de malformações congênitas devam assinalar nos próximos anos decréscimo acentuado de nascimento de fetos com malformações múltiplas. Isto porque é a ultrassonografia que mais diagnostica malformações congênitas. Crianças com anomalias graves como a anencefalia, grandes mielomeningoceles e alterações sérias da anatomia fetal não chegarão, pois, a nascer porque gestações com essas alterações serão interrompidas eticamente em fases precoces.

A Doutora Carolina Alves de Souza Lima (2011, p. 93), sobre o diagnóstico do anencéfalo, aduz ainda que:

A anencefalia pode ser diagnosticada no início da gestação, por meio dos exames pré-natais, particularmente pelos exames de ultrassonografia. Caso não diagnosticada no início da gestação, ou

caso haja alguma dúvida quanto ao diagnóstico, este pode ser feito com absoluta certeza, entre o período da vigésima semana à vigésima segunda semana, por meio dos atuais aparelhos de ultrassonografia. Por isso o argumento de que poderia haver erro de diagnóstico é muito pouco provável, diante dos avanços da ciência médica e da tecnologia a ela relacionada, ainda não há recursos médicos para reverter determinados quadros clínicos, como nos casos da anencefalia. Nestes, a medicina não possui nenhum procedimento ou tratamento que possa reverter tal situação. O anencéfalo está fadado a uma vida vegetativa por breve período de tempo até a morte.

Desta forma, resta ao aplicador do direito acompanhar as mutações sociais, posto que, não se pode de nenhum modo analisar o tema em foco levando-se em conta a legislação em voga, a qual se encontra prestes a completar setenta anos de promulgação. É obvio que a evolução dos usos e costumes, as mudanças nas formas de comportamentos éticos e culturais da sociedade trazem um turbilhão de mudanças para as quais o cientista deve estar preparado para adaptá-las ao contexto atual.

Sustenta com a sapiência que lhe é peculiar a Doutora Carolina Alves de Souza Lima (2011 p. 115) que:

A única forma de atenuar o sofrimento da gestante, com respeito aos seus direitos fundamentais básicos, é garantindo-lhe legalmente que interromper a gestação nos casos de anencefalia é resultado de decisão livre e autônoma da mulher. O respeito aos seus direitos é imprescindível ao restabelecimento da sua saúde. As mulheres que vivenciam essa realidade e desejam interromper a gestação manifestam o sentimento de que a interrupção da gestação é a única forma de conseguir manter o equilíbrio emocional.

Para reforçar tudo que foi postulado, fecha-se esta discussão, citando, ainda segundo De Souza Lima (2011 p. 119) de forma a concluir que é certo que a gestação do anencéfalo compromete a saúde da mulher, e que ainda pode impor sob pena de responsabilização criminal essa gravidez, lesa efetivamente a sua saúde física, psíquica e social, configurando total afronta aos direitos fundamentais, o que não se pode conceber no Estado Democrático de Direito a que se propõe ser a República Federativa do Brasil. Neste sentido criminalizar a gravidez onde é constatado clinicamente o diagnóstico de anencefalia não permitindo a sua interrupção ocasiona ofensa e total desrespeito à saúde da mulher.

4 ASPECTOS DA TIPICIDADE PENAL E O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Para que se possa chegar a uma análise robusta, de que a conduta de interromper a gestação quando o feto é acometido do diagnóstico de anencefalia, constitui-se em fato atípico, este capítulo se dedicará a fazer um breve esboço sobre tipicidade penal destacando os pontos-chaves e que interessam ao objeto da pesquisa e sobre o tipo penal do aborto na legislação brasileira.

4.1 TIPICIDADE PENAL OU FATO TÍPICO

Do conceito analítico de crime abstrai-se que é crime um fato típico, além de antijurídico e culpável. Conforme a doutrina de Rogério Greco (2010 p. 151)

Por imposição do princípio do *nullum crimen sine lege*, o legislador, quando quer impor ou proibir condutas sob a ameaça de sanção, deve, obrigatoriamente, valer-se de uma lei. Quando a lei em sentido estrito descreve a conduta (Comissiva ou omissiva) com o fim de proteger determinado bem cuja tutela mostrou-se insuficiente pelos demais ramos do direito, surge o chamado tipo penal.

Deste modo, entende-se que tipo surge para ser um padrão ou um modelo de conduta, que o Estado exige de seus cidadãos, valendo-se sempre da lei e visando impedir que determinada prática omissiva ou comissiva ocorra na sociedade, sob pena de sanção penal. Logicamente apenas as condutas a qual os outros ramos do direito não foram capazes de tutelar ou sua tutela mostrou-se insuficiente (Grego 2010 p. 151).

Segundo Capez (2005, p. 109) fato típico é o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal.

De forma mais completa assim conceitua tipicidade Capez (2005, p. 181).

É a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao

modelo descritivo constante da lei (tipo penal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real e, do outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos.

Sendo mais clássico Bitencourt (2009 p. 269) fala sobre a evolução da teoria do tipo ao longo do tempo:

Em fins do século XVIII, a doutrina alemã cunhou a expressão *Tatbestand*, equivalente à latina *corpus delicti*, concebendo o delito com todos os seus elementos e pressupostos de punibilidade. A moderna compreensão do tipo, no entanto foi criada por Beling, em 1906, libertando-o daquela esdrúxula compreensão anterior. A elaboração do conceito de tipo proposto por Beling revolucionou completamente o Direito Penal, constituindo um marco a partir do qual se reelaborou todo o conceito analítico de crime. O maior mérito de Beling foi tornar a tipicidade independente da antijuridicidade e da culpabilidade, contrariando o conceito originário de *Tatbestand* inquisitorial que não fazia essa distinção.

Trazendo a teoria do tipo de Beling para os dias atuais o Mestre Bitencourt (2009 p 273) afirma que:

Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos especiais, no sentido de serem inconfundíveis, e inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva.

Deste modo, duas são as deduções posições, uma que a tipicidade é elemento independente do crime, pois sua constatação e sua análise independe de qualquer vínculo objetivo ou subjetivo com a antijuridicidade ou com a culpabilidade. Outra, que na interpretação da conduta para se afirmar se o fato é ou não típico, ou seja, se a conduta esta revestida de tipicidade deve-se usar simplesmente a

interpretação literal constante do verbo que se encontra no núcleo do tipo penal incriminador.

Por exemplo, quando a lei penal diz em seu artigo 155 caput que furto é a conduta de subtrair para si ou para outrem coisa móvel e alheia, só será típico o fato de furtar se o bem for móvel e se for alheio, pois não pode haver sanção ao ato de furtar o que é de sua propriedade, e se o bem não é móvel é certo, não será furto, mesmo que haja outra figura típica que se adéqüe a essa conduta. Portanto para que se afira a tipicidade de uma conduta deve-se atentar para todas as elementares constantes do tipo que esta descrita na lei.

Sobre juízo de tipicidade se faz oportuno o dizer Greco (2010 p.132):

Somente quando o fato é típico, isto é, quando comprovado que o agente atuou dolosa ou culposamente, que em virtude de sua conduta adveio o resultado e, por fim, que o seu comportamento se adapta perfeitamente ao modelo abstrato previsto na lei penal, é que podemos passar ao estudo da antijuridicidade. Da mesma forma, somente iniciaremos a análise da culpabilidade se já tivermos esgotado o estudo do fato típico e da antijuridicidade.

Resta claro, que não se pode passar à análise dos outros pressupostos do crime antes que estejam satisfeitos os requisitos do fato típico, portanto quando ao se deparar diante de determinada conduta o interprete do direito não consiga encaixar nela todas as elementares do tipo, é nesse ponto que o estudo cessará e estará demonstrado a não ocorrência do delito por atipicidade da conduta, sendo, pois evidente que não há como uma conduta ser antijurídica e culpável se antes de tudo não for típica.

É que o afirma Zaffaroni *Apud* Bitencourt (2009 p. 274):

Há uma operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos e possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei. Essa operação, que consiste em analisar se determinada conduta apresenta os requisitos que a lei exige, para qualificá-la como infração penal, chama-se "juízo de tipicidade", que, [...] cumpre uma função fundamental na sistemática penal. Sem ele a teoria ficaria sem base, porque a antijuridicidade deambularia sem estabilidade e a culpabilidade perderia a sustentação diante da atipicidade da conduta.

Não há dúvidas, ou o fato é típico e daí se pode aferir em seguida se é também antijurídico e culpável, ou é atípico e não será nunca nem antijurídico nem tão pouco culpável. Para finalizar sob o tema e dar a ênfase que merece essa questão, se faz importante trazer a baila os ensinamentos do Doutor Rogério Greco (2010 p 152) pela didática e clareza das palavras veja:

Quando afirmamos que só haverá tipicidade se existir adequação perfeita da conduta do agente ao modelo em abstrato previsto na lei penal (Tipo), estamos querendo dizer que, por mais que seja parecida a conduta levada a efeito pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver um encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade [...] poderíamos exemplificar a tipicidade formal valendo-nos daqueles brinquedos educativos que tem por finalidade ativar a coordenação motora das crianças. Para essas crianças, haveria "tipicidade" quando conseguissem colocar a figura do retângulo no lugar que lhe fora reservado no tabuleiro, da mesma forma sucedendo com a esfera, a estrela e o triângulo. Somente quando a figura móvel se adaptar ao local a ela destinado no tabuleiro é que se pode falar em tipicidade formal; caso contrário, não.

Noutra seara a doutrina aponta que o tipo penal tem determinadas funções das quais se pode destacar a função que Bitencourt (2009 p. 276) chama de função de garantia (fundamentadora e limitadora) vejamos:

O tipo de injusto é a expressão mais elementar, ainda que parcial, da segurança decorrente do princípio da reserva legal. Todo cidadão, antes de realizar um fato, deve ter a possibilidade de saber se sua ação é ou não punível. Essa função de determinar a punibilidade das condutas já fora atribuída pelo próprio Belling e incorporada por Welzel, segundo o qual "o tipo tem a função de descrever de forma objetiva a execução de uma ação proibida". Em verdade, o tipo cumpre, além da função fundamentadora do injusto, também uma função limitadora do âmbito penalmente relevante. Assim, tudo o que não corresponder a um determinado tipo de injusto será penalmente irrelevante.

Nota-se, pois que a tipicidade incrustada em certas condutas se revela como uma garantia para a sociedade de que esses fatos não ocorreram, pois existe também no tipo uma espécie de aviso que demonstra o limite do agir do homem, o lembrando que ao passar desse limite existe a sanção penal. Daí, pois a importância

do tipo na determinação da relevância ou não do fato ou conduta para o direito penal.

Finalmente é de grande importância destacar dois elementos essenciais do tipo penal qual sejam o resultado e o nexu ou relação de causalidade.

Resultado é a modificação do mundo exterior provocada pela conduta (CAPEZ 2005 p. 148). Distingui-se do evento, pois que este é qualquer acontecimento, e resultado é a consequência ou produto da conduta humana. No sentido ou segundo a teoria jurídica ou normativa, resultado conforme informa Capez (2005 p. 149) é:

Toda lesão ou ameaça de lesão a um interesse penalmente relevante. Todo crime tem um resultado jurídico porque sempre agride um bem jurídico tutelado. Quando não houver resultado jurídico não existe crime. Assim, o homicídio atinge o bem vida; furto e estelionato, o patrimônio etc.

A lei penal em seu artigo 13 assim dispõe: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". Portanto resta patente que na análise do resultado do crime não se deve atentar o interprete apenas para o resultado de modo isolado, mas por disposição legal deve buscar aferir qual a conduta que o provocou e qual o nexu de causalidade entre ambos. Pois diante de certas circunstâncias a conduta que gerou o resultado não poderá ser considerada como crime.

Nexu causal é o elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este. (Capez 2005 p. 149).

Tratando ainda da natureza da relação de causalidade dispõe Capez (2005 p. 149) que:

O nexu causal consiste em uma mera constatação acerca da existência de relação entre conduta e resultado. A sua verificação atende apenas às leis da física, mais especificamente, da causa e do efeito. Por essa razão, sua aferição independe de qualquer apreciação jurídica, como, por exemplo, da verificação de dolo ou culpa por parte do agente. Não se trata de questão opinativa, pois ou a conduta provocou o resultado ou não.

Contudo, como já afirmado acima, nem sempre o fato de haver nexos entre a conduta e o resultado será suficiente para afirmar que existiu crime (fato típico), pela falta do que Capez (2005 p. 150) chamou de nexos normativos vejamos:

Para a existência do fato típico, no entanto, não basta a mera configuração do nexos causal. É insuficiente para tanto aferir apenas a existência de um elo físico entre ação e resultado. De acordo com a interpretação do artigo 19 do CP, é imprescindível que o agente tenha concorrido com dolo ou culpa (quando admitida), uma vez que sem um ou outro não haveria fato típico [...]. À vista do exposto, para a existência do fato típico são necessários: o nexos causal físico, concreto, e o nexos normativo, que depende da verificação de dolo ou culpa.

Sendo assim, resta evidente que o autor, além concorrer para o evento com sua conduta e ainda que essa conduta gere um resultado penalmente relevante, se faz necessário para que se configure o fato típico que essa conduta do agente tenha sido motivada por dolo ou culpa. Portanto no caso do aborto que só admite o tipo doloso, por exemplo, não haverá de forma alguma a configuração do crime no caso da interrupção da gravidez ocorrer de forma culposa.

4.2 O ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O delito de aborto está disposto na parte especial do Código Penal pátrio, no Título I "Dos crimes contra a pessoa", Capítulo I "Dos crimes contra a vida", nos artigos 124 ao 128.

Nos artigos supracitados, o objeto jurídico tutelado, no auto-aborto (art. 124), é a vida do feto, ou seja, a vida intra-uterina, já no aborto provocado por terceiro, tutelados estão o direito à vida do feto, bem como, a vida e a integridade física e psíquica da mulher (art. 127).

Dos tipos de aborto previstos, o auto-aborto, por tratar-se de crime de mão própria, poderá ser cometido, apenas, pela gestante, no entanto, é admitida a participação de terceiros, quando este apenas induz, instiga ou auxilia, de maneira

secundária, a gestante a provocar o aborto em si mesma, senão, vejamos o que diz a respeito Delmanto (2007, p. 374):

Quem apenas auxilia a gestante, induzindo, indicando, instigando, acompanhando, pagando, etc., será co-participe do crime do art. 124 e não do art. 126 do CP. A co-autoria do art. 126 deve ser reservada, apenas, a quem eventualmente auxilie o autor da execução material do aborto (exs.: enfermeira, anestesista etc.).

Doutra sorte, os outros tipos de aborto, como o aborto provocado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante, por tratarem-se, ambos, de crime comum, podem ser praticados por qualquer pessoa.

No tocante ao sujeito passivo, no delito de auto-aborto, apenas o feto é considerado sujeito passivo, por sua vez, o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, por tratar-se de crime de dupla subjetividade passiva, são considerados sujeitos passivos deste delito, tanto o feto quanto a gestante.

É importante destacar que código penal pátrio não faz distinção, no crime de aborto, entre ovo (três primeiras semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses de gestação) ou feto (a partir de três meses de gestação), sendo, portanto, caracterizado o aborto em quaisquer destas fases, desde que tenha havido a interrupção da gravidez, antes de se iniciar o parto.

A respeito disto, Capez (2005, p. 112) descreve: "A ação física deve ser realizada antes do parto, ou seja, deve visar o ovo, embrião ou feto, pois, iniciado o parto, o crime passa a ser outro (homicídio ou infanticídio)".

Como visto a legislação penal brasileira não faz distinção entre ovo, embrião ou feto na caracterização do crime de aborto, como também não o faz no tocante à vitalidade ou não do feto, todavia é relevante considerar a existência de um produto fisiologicamente normal, como defendido por E. Magalhães Noronha (1996, p. 54):

A gravidez há de ser normal. Difere da extra-uterina e da molar. A primeira se dá no ovário, fímbria, trompas, parede uterina (interstício), tendo como conseqüência, v.g., aborto tubário, rotura da trompa e litopédio. A segunda consiste em formação degenerativa do ovo fecundado, sendo sangüínea, carnososa e vesicular. A interrupção da gravidez extra-uterina não é aborto, pois o produto da concepção não atingirá a vida própria; sobrevirão antes, conseqüências muito

graves, matando a mulher, ou pondo em sério risco sua vida. A expulsão da mola também não é crime, já que não existe aí vida.

Compartilhando deste pensamento, Mirabete (2010, p. 94), o afirma citando o julgado RT 397/101: “Já se decidiu que não importa ter havido prática tipicamente abortiva se o laudo pericial concluiu que a gravidez não era viável por se tratar de uma concepção frustrada que gerou embrião degenerado, inapto para produzir uma nova vida”.

Além disto, para a caracterização do crime, faz-se necessária a prova de que o feto se encontra com vida no momento da realização da conduta abortiva.

O aborto é um crime doloso contra a vida, ou seja, é necessário que o agente queira o resultado ou assuma o risco de produzi-lo. Não se admite a modalidade culposa. Consuma-se com a interrupção da gravidez e a, conseqüente, morte do feto, inexigindo-se, para tanto, a expulsão do feto, pois como já visto, basta, para sua caracterização, a prova de que o feto se encontrava vivo quando do emprego dos meios ou manobras abortivas.

A tentativa, por sua vez, por tratar-se de crime material, é plenamente admitida e ocorrerá sempre que a morte do feto não se verificar por circunstâncias alheias à vontade do agente ou quando, apesar das manobras ou meios utilizados, ocorra o nascimento precoce do feto e, este, mantenha-se vivo.

4.2.1 Tipos de aborto no código penal brasileiro

4.2.1.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Conhecido como auto-aborto artigo 124 do CP, o tipo penal é descrito pela conduta de: provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque, pena detenção de 1 (um) a 3 (três) anos. Observa-se que a figura típica prevista neste artigo divide-se em duas, onde, a primeira figura, a do auto-aborto, é o praticado pela própria gestante e, segundo Capez (2005, p. 118), “é a própria mulher quem executa a ação material do crime, ou seja, ela própria emprega os

meios ou manobras abortivas em si mesma.” Ou como dispõe Mirabete (2010, p. 96): “Trata-se de crime especial, só podendo praticá-lo a mulher gestante.” Já, a segunda figura, a do aborto consentido, é o que se dá quando a gestante consente na prática abortiva, no entanto, a execução material é realizada por terceira pessoa, ou seja, à gestante compete apenas o consentimento para que o terceiro, nela, provoque o aborto. Acerca do aborto consentido, vejamos o que diz E. Magalhães Noronha (1996, p. 60):

Já no aborto consentido é outrem quem o executa, porém com aquiescência da mulher. A atuação desta não é secundária, como pode parecer a alguns, [...] a gestante não é inerte, mas coopera, consentindo nas práticas abortivas, isto é, sujeitando-se a estas com movimentos corpóreos (ao menos, pondo-se em posição obstétrica): não omite, age.

É de se ressaltar que, por tratar-se de crime de ação múltipla, a gestante que consentir que terceiro lhe provoque o aborto, mas, logo em seguida, o auxilie no emprego das manobras abortivas em si mesma, responderá, somente, pela conduta do art. 124 do Código Penal, ao passo que o terceiro que executou materialmente a ação provocadora do aborto, responderá pelo tipo previsto no art. 126 do CP (aborto provocado com o consentimento da gestante).

Neste caso, como bem defendido por Capez (2005, p. 119) há uma exceção à teoria monísta defendida no art. 29, do Código Penal, qual seja, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, ou seja, o mesmo Código Penal, defensor da teoria monísta, dispensou tratamento penal diverso a quem executa o tipo penal mais gravoso, constante no artigo 126 (pena de reclusão, que varia de um a quatro anos) e a quem consente que terceiro lhe provoque a conduta descrita na segunda parte do artigo 124 (pena de detenção, que varia de um a três anos).

4.2.1.2 Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante

O aborto provocado por terceiro e sem o consentimento da gestante está previsto no art. 125 do Código Penal, assim disposto: provocar aborto sem o

consentimento da gestante: pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos. Como visto, trata-se da forma mais grave do crime de aborto vez que, ao contrário da figura prevista no artigo 126, aqui a gestante não consente na utilização dos meios ou manobras abortivas, ou seja, esta, também, é sujeito passivo do delito.

Para a caracterização do tipo em estudo, não é exigida a discordância expressa da gestante, bastando, apenas, o emprego de meios ou manobras abortivas necessárias à concretização do crime sem o conhecimento daquela. No entanto, por constituir a elementar do tipo a ausência de concordância, se esta se encontrar presente, a conduta do agente não será atípica, será, por sua vez, enquadrada no tipo previsto no art. 126 do CP (aborto com o consentimento da gestante).

Como disposto no parágrafo único do artigo 126 do Código Penal, haverá a ocorrência do aborto sem o consentimento da gestante, quando o agente se utilizar de fraude, violência ou grave ameaça contra a gestante ou quando a gestante for menor de 14 (quatorze) anos, alienada ou débil mental.

Segundo Magalhães Noronha (1996, p. 61) fraude “é o ardil, o artifício que gera ou faz permanecer o erro da gestante”; violência “é a força física, a vis corporalis ou atrox”; e ameaça “é a promessa de um mal a alguém”, ou seja, na fraude a gestante não percebe que está sendo enganada, já na violência e grave ameaça, ela tem o conhecimento da agressão, no entanto, por motivos físicos ou psíquicos, cede à conduta do agente, por encontrar-se impedida de agir de forma diversa.

4.2.1.3 Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante

Expresso no artigo 126 do CP vigente e assim configurada: provocar aborto com o consentimento da gestante: pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Aqui, como visto no item 3.2.1.1, ocorre a incidência de duas figuras, uma para quem consente, no caso a gestante, que responderá pelo delito previsto no art. 124 do CP e outra para o terceiro que pratica as manobras abortivas ou provoca o aborto, respondendo, assim, pelo crime aqui descrito.

A elementar deste tipo é o consentimento da gestante, o qual poderá ser válido ou inválido, como defendido por (CAPEZ 2005), que afirma ser consentimento válido o dado pela gestante que tenha capacidade para consentir, advertindo, para tanto, que esta capacidade não é a civil e sim, a vontade real da gestante, desde que juridicamente relevante, respondendo o agente, dessa forma, pelo delito do art. 126 do CP e, consentimento inválido, o consistente nas hipóteses previstas no parágrafo único do artigo em tela, as quais levarão o agente a responder pela figura típica do já comentado artigo 125 do Código Penal.

Além disto, o consentimento, que pode ser expresso ou tácito, deve existir desde o início da conduta até a consumação do crime, pois, caso a gestante desista do seu intento e o terceiro prossiga com a manobra, este responderá pelo delito mais grave (artigo 125) e a gestante não responderá por delito algum.

Damásio de Jesus *apud* Capez (2005, p. 121), afirma que se a gestante semi-imputável consentir o aborto, o crime permanecerá no art. 126, vez que, o parágrafo único deste artigo fala em alienada ou débil mental e estas são assim consideradas como os inimputáveis descritos no caput do art. 26, do mesmo codex e, em seguida, adverte que, a gravidez de menor de 14 (quatorze) anos, de alienada e débil mental, mesmo sendo considerado estupro com violência presumida, conforme previsto no art. 224, alíneas a e b, do CP não terá o seu consentimento válido quando este não for dado por representante legal, incorrendo o médico que o praticar no crime previsto no art. 125 do CP.

3.2.1.4 Aborto qualificado

O artigo 127 do Código Penal prevê ainda seguinte figura típica:

As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevêm à morte.

A posição do professor Capez (2005, p. 122) em relação a este dispositivo é de não considerar as figuras descritas no artigo 127 como sendo qualificadoras, mas sim, como causas especiais de aumento de pena, funcionando como majorantes na terceira fase de aplicação da pena, ao contrário das qualificadoras, que fixam os limites mínimos e máximos da pena, onde andou muito bem, embora este entendimento, não seja majoritário na doutrina.

Observa-se, que o artigo 127 atinge os tipos penais previstos nos artigos 125 e 126 do CP, não atingindo, assim, o tipo previsto no artigo 124, vez que, o ordenamento jurídico brasileiro não pune a autolesão nem o ato de matar-se. Conforme salientado por Mirabete (1996, p. 98):

Não responderá, também, pela qualificadora o partícipe quando lhe for imputado o crime previsto no art. 124. Há os que sustentam que responderão eles por lesões corporais culposas ou homicídio culposo, mas a nosso ver, trata-se de solução forçada, respondendo o agente por aborto simples, uma vez que não participou do ato de execução.

O delito em questão é espécie de crime preterdoloso, por existir o dolo no antecedente (aborto) e a culpa no conseqüente (lesão corporal grave ou morte). Observa-se, no entanto, que para ser considerado preterdoloso o agente não deve ter pretendido a conduta mais gravosa, sequer, eventualmente, pois, caso tenha havido dolo direto ou eventual, no tocante aos resultados mais gravosos, ele deverá responder pelo concurso de crimes, quais sejam, aborto e lesão corporal grave ou aborto e homicídio.

No mas, tomando por base a regra exposta no artigo 19 do CP: “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”, para que possa incidir a qualificadora, o terceiro provocador deve ter contribuído, ao menos, de forma culposa, para a produção do resultado maior (lesão corporal grave ou morte da gestante), do contrário, não responderá pelo resultado qualificado, bem como, a inexistência de um nexo causal entre o aborto ou os meios empregados para a sua prática e a ocorrência do resultado mais grave, o agente responderá pelo aborto na sua forma simples.

Frise-se que a lei exclui do delito em questão as lesões de natureza leve, por serem estas absorvidas por tal delito. Além desta, a lei também exclui as lesões de natureza grave, consideradas como “normais”, “necessárias” à concretização do

aborto, como as lesões ocasionadas no útero, por exemplo, ou seja, a lei só leva em consideração as lesões de natureza grave “não-necessárias” ou “extraordinárias”, como bem defendidas por Magalhães Noronha (1996, p. 62) e confirmado por Capez (2005, p. 123/124): “A lei, na verdade, teria em vista as lesões graves extraordinárias, ou seja, não necessárias a causação do aborto, como, por exemplo, infecções; do contrário, o crime de aborto seria sempre qualificado.”

São então, estes, de forma sucinta os tipos de abortos descritos no código penal brasileiro.

5 O TERMO DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO E A ATIPICIDADE DA CONDOTA DE INTERROMPER A GESTAÇÃO NOS CASOS DE ANENCEFALIA

Finalmente este quarto e último capítulo, será dedicado a expor qual o termo da vida humana atualmente no direito brasileiro, considerando algumas resoluções do CFM e a lei 9.434/97. E também será apresentado o porquê a doutrina de forma ampla expõe ser atípica a conduta de interromper a gestação nos casos de fetos portadores de malformação fetal. Não podendo configurar crime de aborto.

5.1 O TERMO DA VIDA NO BRASIL E A LEI 9.034 DE 1997

Por muito tempo se sustentou que, quando o coração parava de bater era chegado o termo da vida, ou seja, durante muito tempo se diagnosticava a morte de alguém quando seu coração não mais batia.

No entanto já há algum tempo, que essa concepção encontra-se superada, e em especial no Brasil, toda a sociedade médica já tem por regra a concepção de que o que põe termo a vida é a morte cerebral, e inclusive em relação ao anencéfalo, a resolução 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina, considera-o natimorto cerebral. Já a resolução CFM nº 1.480/97 afirma que o anencéfalo, é resultado de processo irreversível, de causas conhecidas e sem qualquer possibilidade de sobrevivência, por não possuir a parte vital do cérebro.

Diante do exposto por meio da Resolução n. 1.480/97, alguns doutrinadores, no âmbito jurídico, entendem que a eleição da morte encefálica como termo da vida humana confirma que o anencéfalo é um ser morto, tendo em vista a ausência de grande parte do encéfalo.

Como já afirmado o posicionamento da Resolução n. 1.752/04, também do Conselho Federal de Medicina, considera o anencéfalo um natimorto cerebral:

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes;

CONSIDERANDO que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica;

CONSIDERANDO que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças;

CONSIDERANDO que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões compatíveis;

CONSIDERANDO que a Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, **sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro;**

CONSIDERANDO que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados;

CONSIDERANDO o Parecer CFM nº 24/03, aprovado na sessão plenária de 9 de maio de 2003;

CONSIDERANDO o Fórum Nacional sobre Anencefalia e Doação de Órgãos, realizado em 16 de junho de 2004 na sede do CFM;

CONSIDERANDO as várias contribuições recebidas de instituições éticas, científicas e legais;

CONSIDERANDO a decisão do Plenário do Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2004,

RESOLVE:

Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.

Art. 2º A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 4º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação. (destacou-se).

Alguns doutrinadores aceitam o posicionamento da Resolução supra transcrita e sustentam que o feto anencéfalo, não pode ser considerado um ser, vivo, tecnicamente. Motivo pelo qual a interrupção antecipada da gestação, nesses casos, não poderá ser igualada ao crime de aborto.

Esse é o entendimento de Paulo César Busato (2005, p. 386):

Não havendo vida, na hipótese, tal qual ela pode ser entendida, sendo tal fato atestado por pareceres clínicos, realizada a conduta interruptiva da gestação, não é possível que o sujeito logre atingir o

bem jurídico protegido em questão, com o que, cuida-se do fato materialmente atípico. Não é possível caracterizar-se o aborto, porque este é um dispositivo jurídico que se inscreve no capítulo dos delitos dolosos contra a vida. A vida é o bem jurídico protegido pelo aborto. Se onde há cessação da atividade cerebral não há vida, não há objeto jurídico. Não havendo objeto não há proteção jurídica justificada. Como tal, não pode existir responsabilidade penal. Deduz-se, pois, que a expulsão do ventre do feto anencéfalo é um indiferente penal.

Da mesma forma, Anelise Tessaro (2008, p. 113) afirma que:

[...] referindo-se aos casos de fetos portadores de anencefalia, acrania ou em que o encéfalo não se formou, e fazendo um paralelo com a Lei 9.434/97 (que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante e tratamento), conclui-se que estes fetos estão juridicamente mortos, uma vez que o conceito de morte encefálica corresponde ao diagnóstico morte. Se este dado autoriza a interrupção de emprego de recursos para o suporte de funções vegetativas e permite a retirada de órgãos e tecidos do doador, por que não autorizar a interrupção da gestação, uma vez que é a própria gestante maior interessada nesse procedimento, quem suporta e garante as funções vitais do feto.

O legislador brasileiro já admitiu que é a morte cerebral que põe termo a vida, lição que podemos extrair da obra do mestre Bitencourt, vejamos:

No Brasil, a atual lei de transplantes de órgãos (Lei nº 9434/97) autoriza extração destes, com o simples reconhecimento médico da, na terminologia médico-moderna, "morte cerebral", [...]. Ou seja, a simples morte cerebral, que mantém os demais órgãos do corpo humano "vivo", autoriza a extração de todos esses órgãos, imediatamente [...]. Consagrando o reconhecimento não apenas médico, mas agora também legal, de que a vida não se encerra somente quando o coração deixa de bater. (2009, p. 154).

Esse entendimento é plenamente consagrado pelo Conselho Federal de Medicina, Marco Antonio Becker secretário do CFM *apud* Bitencourt (2009, p. 154) sustenta que "quando a mãe pede para retirar o feto e o médico pratica o ato, isto não configura propriamente aborto, com base no artigo 126 do código penal, pois o feto, conceitualmente, não tem vida". Juridicamente falando para se conceituar morte, é levado em conta certo ponto de um processo biológico. Por muito tempo a parada cardiorrespiratória era o índice que demarcava a vida, hoje não mais.

Ainda de acordo com Bitencourt (2009, p. 155) não há dúvida quanto o entendimento do legislador, é certo que ele seguindo a evolução médico-científico reconhece que a "morte cerebral" põe termo à vida humana.

A lei 9.434/97, autoriza que o corpo de quem tem diagnosticado pela medicina morte cerebral, seja violado e até mesmo esquartejado, para fins científicos e humanitários. Ora, não tendo o feto anencefálico qualquer atividade cerebral, pois comprovadamente não tem cérebro, como não permitir a interrupção da gestação, liberando desta forma a gestante de um sofrimento desnecessário e que só poderá trazer problemas físicos e psicológicos, como os já plenamente demonstrados no capítulo um deste trabalho, pode-se dizer então que andou muito bem o legislador nacional quando da edição da lei 9.434 de 1997 denominada lei de remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

5.2 A ATIPICIDADE DA CONDUTA DE INTERROMPER A GESTAÇÃO NOS CASOS DE ANENCEFALIA

Objetivo principal deste trabalho é também demonstrar que, a conduta de interromper a gestação diante de um comprovado quadro anencefalia do feto, não constitui crime de aborto previsto do código penal brasileiro, pela falta de tipicidade, elemento objetivo do crime. E que conforme já expresso no capítulo anterior segundo Capez (2005, p. 109) é o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal.

Em relação ao crime de aborto, não tratou a lei penal de definir bem o que seria o significado técnico do termo, nem mesmo quais as condições jurídicas do crime, cabendo a doutrina tanto médica como jurídico-penal dar um sentido exato do termo, Bitencourt (2009, p. 138) assim define o termo aborto:

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 intra-uterina. É a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intra-uterina.

Em relação às condições jurídicas necessárias para consumação do crime de aborto, afirma Bitencourt (2009, p. 138) que é insuficiente para que se configure o crime de aborto, a simples expulsão do feto ou interrupção da gestação, na verdade é indispensável que ocorram as duas situações, e principalmente que ocorra a morte do feto, pois somente assim há a consumação do crime. Portanto é pressuposto primordial do crime de aborto que o feto esteja vivo e que sua morte seja consequência das práticas abortivas.

Compactuando de mesma idéia afirma Mirabete (2010, p. 59) que as condutas previstas nos artigos 124 a 126 do código penal fazem referência a atitude capaz de provocar, promover, produzir ou originar o aborto, interrompendo a gestação e causando a morte do feto. Sendo assim, se é essencial para a tipificação do crime que o feto morra é *conditio sine qua non* que esteja o feto vivo.

Sendo assim não preenche a interrupção da gestação nos casos de anencefalia os elementos caracterizadores do crime de aborto que desde já se destaca: gravidez em curso, feto vivo, e morte do feto em decorrência das manobras abortivas. Diante de tal quadro Bitencourt (2009, p. 155) é categórico:

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 dessa constatação, na nossa ótica, essa interrupção de gravidez revela-se absolutamente atípica e, portanto, nem sequer pode ser tachada como aborto, criminoso ou não.** Grifei.

Nessa mesma toada sustenta Capez (2008 p. 138) que:

No que toca ao abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, entendemos que não existe crime, ante a inexistência de bem jurídico. O encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida. A lei 9.434, de 4-2-1997, em seu art. 3º, permite a retirada *post mortem*, de tecidos e órgãos do corpo humano depois de diagnosticada a morte encefálica. Ora, isso significa que, sem atividade encefálica, não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a supressão da vida intra-uterina. Fato atípico, portanto. Grifei.

Não difere ao contrário acompanha a posição acima destacada o ilustre Alberto Silva Franco Apud De Sousa Lima (2011 p. 87) veja-se:

Embora em ambos os casos – aborto e anecefalia – se possa cogitar de interrupção do processo gestacional, é indubitoso que faltam à anecefalia os elementos que denunciam o tipo de aborto, sobretudo, o reconhecimento prévio da existência de vida humana intra-uterina. Trata-se, portanto, de caso de pura atipia.

Diante de tão robustos comentários resta evidente que o aborto do feto anencéfalo é plenamente legal atualmente no Brasil, pois como visto há uma necessidade legítima de que a gravidez esteja em curso e o feto vivo. Ora não há qualquer seqüela em relação a não existência e nem mesmo expectativa de vida no feto portador de anencefalia, portanto nesses casos jamais se poderá cogitar falar em crime de aborto, eis que falta uma de suas elementares, ou seja, não se pode haver aborto de feto morto.

Existem em curso no Congresso nacional atualmente alguns projetos de lei que visam legalizar expressamente a situação aqui destacada, um deles é o de Nº 4360/2004 de autoria do Deputado Dr. Pinotti do antigo PFL/SP hoje Democratas, o objetivo do projeto é criar mais uma alínea no art. 128 do CP. Essa terceira alínea teria a seguinte redação: "se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos." (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=268887>).

Contudo diante da construção jurídica hoje já existente o ilustre médico gaúcho Marco Antonio Becker *apud* Bitencourt (2009, p. 155), sustenta que:

Não há porque adicionar outra excludente ao art. 128 do código penal, pois pelas razões expostas o ordenamento jurídico já existente autoriza o médico a retirar o feto anencéfalo da gestante, a seu pedido, sem que com isso incorra em infração penal ou ética, pois, repetimos: se não há vida, não há que se falar em aborto.

Dessa forma pode-se afirmar categoricamente, o aborto do feto anencefálico é plenamente legal no Brasil, pois de nenhum modo poderá ser considerado crime, por constituir como está plenamente demonstrado fato atípico.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho Como visto, objetivou mostrar que a anencefalia, como tantas outras patologias a ela equiparadas, caracteriza-se, fundamentalmente, pela inviabilidade do feto, uma vez que este, afirmativamente, não terá capacidade de vida extra-uterina, ou porque ocorrerá a morte intra-útero, ou porque, caso ocorra o nascimento, o feto em poucas horas, dias ou em raros casos alguns meses, fatidicamente, morrerá.

O que se pretendeu, de fato, foi demonstrar que estão assegurados as gestantes a liberdade de escolher qual decisão tomar, qual decisão lhe será mais confortável, menos traumática, como tem sido dado este mesmo direito quando a gestação é resultante de estupro, mesmo, insista-se, que o feto seja completamente saudável.

Existem direitos que são previstos constitucionalmente e que, diante de uma legislação infraconstitucional ultrapassada, estes direitos estão sendo negados e, o que é pior, princípios tidos como elementos basilares do Direito, estão sendo postos em segundo plano, pelo fato de o legislador ter preferido calar-se em sua inércia a tomar uma iniciativa justa e sensata.

Diante deste fato, não é de se estranhar que a obrigatoriedade da permanência da gestação de feto anencéfalo deva ser comparada à tortura, por ser uma situação, verdadeiramente, de tratamento desumano e degradante, de pleno e total desrespeito à dignidade da mulher, que ao longo dos tempos, sempre sofreu discriminação, e agora é vítima de uma política criminal arcaica que o Estado brasileiro tem feito por onde continuar, deixando de adaptar e atualizar a legislação penal que não mas reflete a realidade médica e social em relação a este tema.

O presente trabalho, em momento algum, tem por escopo a permissão generalizada do aborto, ou seja, não pretende a legalização do aborto por qualquer motivo, ao contrário, pretende-se exigir do legislador uma segurança jurídica a fim de evitar-se o tolhimento de direitos, constitucionalmente, garantidos, como o são a saúde o não tratamento cruel ou degradante a vedação a tortura e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Concluiu-se ainda que a conduta de interromper a gestação quando do diagnóstico clínico de anencefalia não constitui crime por faltar o elemento da

tipicidade. Restou demonstrado que, o interprete quando da análise do crime só pode passar a aferição da antijuricidade e da culpabilidade se houverem sido preenchidos todos os requisitos do fato típico.

Foi exposto que o crime de aborto prevê em regra três circunstâncias elementares em seu tipo, quais sejam: gravidez em curso, feto vivo e morte deste feto em decorrência de manobras abortivas. Ora, ficou claro também que o fato só é típico se todas as elementares estiverem presentes na conduta, pois caso contrário haverá atipicidade e não ocorrerá crime.

Diante de todo o relato, restou provado que o feto portador de anencefalia é considerado natimorto, ou seja, sem vida, portanto não havendo vida no feto, obviamente sua morte não foi consequência de manobra abortiva alguma. Ficando, pois caracterizada a atipicidade da conduta, pois não pode haver aborto onde o resultado é a morte de um feto, se esse feto não tem vida. Não existindo, portanto qualquer possibilidade de ser enquadrada como crime a conduta da gestante que carregando em seu ventre em feto portador de anencefalia solicitar a interrupção desta gravidez.

REFERÊNCIAS

_____. *Vade Mecum*. 11ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes**. Disponível em <<http://www.nepp-dh.ufrj.br/onu19-15.html>>. Acesso em: 07 set. 2011.

_____. **O aborto dos fetos anencefálicos**, Ricardo O. de Oliveira Lima. Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=740>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte Especial 2**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte Geral 1**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, **Câmara Federal**, Projeto de lei de Nº 4360/2004 disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=268887>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/petocaoinicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 19 set. 2011.

BUSATO, Paulo César. **Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia**. RT, a. 94, v. 836, p. 386, jun. 2005.

CAMPOS, Gustavo Lima. **Anencefalia e aborto: habeas corpus preventivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 793, 4 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16635>>. Acesso em: 03 set. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte especial**, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte geral**, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**, teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo, 11 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.480, de 08 de agosto de 1997**. Disponível em:
<http://www.transplantes.pe.gov.br/arquivos/resolucao_cfm.doc>. Acesso em: 30 mar. 2009.

DE SOUZA LIMA, Carolina Alves. **Aborto e Anencefalia**, Direitos Fundamentais em Colisão, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado/Celso Delmanto... [et al]**. 7ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Anencefalia - Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais**. RT n. 833, de março de 2005. Disponível em:
<http://www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf>. Acesso em: 07 set. 2011.

GOLLOP, Thomaz. Riscos Graves à saúde da mulher. *In*: **Anencefalia. O pensamento Brasileiro em sua pluralidade. ANIS – Instituto de Bioética, Direitos humanos e Gênero**. Brasília, out. 2004.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal Parte Especial** 12 ed. Niterói: Impetus. 2008.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal Parte Geral I** 12 ed. Niterói: Impetus. 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral**. 31 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal I**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal II**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo. Atlas, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Volume 2. 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal - Parte Especial Vol. 2**, 2 ed. São Paulo, 2008.

PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia. *Revista de Cultura – Revista do IMAE*. São Paulo, a. 5, n. 12, jul./dez. 2004.

PINTO JUNIOR, Walter; BEIGUELMAN, Bernardo. **Génética e Medicina Fetal**. In: MUSTACCHI Zan; PERES, Sergio (Orgs.). **Génética Baseada em Evidências: Síndromes e Heranças**. São Paulo: Cid, 2000.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 9.434, de 07 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9434.htm>>. Acesso em: 22 set. 2009.

REVISTA NEUROCIÊNCIAS. Edição 53, novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/2010/RN1802/351%20revisao.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2011.

TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. 2. Ed. Curitiba: Jurúa, 2008.