

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

HEIDY DA SILVA

A INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS: RAZÕES PARA A
DESCRIMINALIZAÇÃO À LUZ DO DIREITO PENAL MÍNIMO

CURITIBA
2010

HEIDY DA SILVA

A INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS: RAZÕES PARA A
DESCRIMINALIZAÇÃO À LUZ DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Katie Silene Cáceres Argüello

CURITIBA
2010

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo, primeiramente, descrever o problema da interrupção de fetos anencefálicos e expor alguns aspectos médicos e psicológicos que servirão de fundamento para a análise do tema e sua relação com o direito. Ainda serão abordadas questões com relação à falta de legitimidade do direito penal à luz da criminologia crítica, assim como as consequências materiais da criminalização. A partir desta análise se verificará a necessidade de uma criminalização mínima de condutas como forma de mitigação do sofrimento proporcionado pelo sistema penal. Com isso se sustentará a possibilidade de descriminalização da interrupção de gravidez de fetos com anencefalia, ou com qualquer outra malformação incompatível com a vida, a partir do reconhecimento da atipicidade do fato, ou ainda considerando-se a sua juridicidade da ação ou da impossibilidade de censura.

Palavras-chave: Anencefalia. Descriminalização. Criminologia. Direito penal mínimo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I – A INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS E SUAS IMPLICAÇÕES	8
1.1 TERMINOLOGIA: A UTILIZAÇÃO INADEQUADA DA EXPRESSÃO “ABORTO EUGÊNICO” EM RELAÇÃO À INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS	8
1.2 CONSIDERAÇÕES DE ORDEM MÉDICA.....	12
1.2.1 Conceituação e causas da anencefalia	12
1.2.2 O avanço dos diagnósticos.....	14
1.2.3 Critérios definidores de morte: Lei 9.434/97	15
1.3 CONSIDERAÇÕES COM RELAÇÃO À GESTANTE	18
1.3.1 Riscos à saúde física e mental	18
1.3.2 Dignidade e autonomia	21
CAPÍTULO II – O TRATAMENTO DADO PELO DIREITO BRASILEIRO	24
2.1 O DEBATE NO STF	24
2.2 O TRATAMENTO DO ABORTO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA.....	27
2.3 OS ALVARÁS JUDICIAIS.....	29
2.4 A NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO DO CÓDIGO PENAL À REALIDADE EM QUE SE INSERE	32
CAPÍTULO III – A INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS: O AGIR LÍCITO	35
3.1 A INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS COMO FATO AMPARADO POR EXCULPAÇÃO	36
3.1.1 Anencefalia e a inexigibilidade de conduta diversa	37
3.2 A INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS COMO HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DE ANTIJURIDICIDADE.....	38
3.2.1 Estado de necessidade como causa de exclusão da antijuridicidade	39
CAPÍTULO IV – O CRITÉRIO DO BEM JURÍDICO: A INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE ANENCÉFALOS COMO UM FATO ATÍPICO	45
4.1 AUSÊNCIA DE CRIME POR ATIPICIDADE.....	45
4.1.1 O bem jurídico como critério necessário para a criminalização	46
4.1.2 A ausência do bem jurídico “vida” e da tipicidade na interrupção de gestação de feto anencéfalo.....	50

CAPÍTULO V - UM ENFOQUE CRÍTICO AO SISTEMA PENAL	53
5.1 A RELATIVIDADE DO CONCEITO DE CRIME.....	53
5.2 AS CONSEQUÊNCIAS DA PUNIBILIDADE: CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA DA REAÇÃO SOCIAL.....	55
5.3 O PROCESSO DE DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL.....	57
5.3.1 Fins e fundamentos da pena: a produção de injustiça.....	59
CAPÍTULO VI – A DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS À LUZ DO DIREITO PENAL MÍNIMO	62
6.1 O DIREITO PENAL MÍNIMO COMO PROPOSTA POLÍTICO-CRIMINAL DIANTE DA DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL.....	62
6.2 A NECESSIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS À LUZ DO DIREITO PENAL MÍNIMO .	66
6.2.1 Ofensa ao princípio da lesividade.....	66
6.2.2 Os efeitos da criminalização	69
6.2.3 Os direitos fundamentais da gestante e o tratamento da interrupção de fetos anencéfalos como questão de saúde pública	71
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS.....	79

INTRODUÇÃO

O aborto é a interrupção prematura da gravidez. Pode ocorrer de forma espontânea e natural a partir de um processo de renovação da vida e conservação da espécie.¹ Mas nem todo aborto decorre de causas naturais. A interrupção do processo de reprodução também pode ser produto de uma decisão humana, ou seja, pode ocorrer de forma artificial através de um ato volitivo da gestante.

Quando voluntário, o aborto esbarra em regras de controle que o qualificam como um comportamento proibido, fundamentadas na proteção à vida intra-uterina. Entretanto, em certos casos, essa proteção é ponderada com outros valores ensejando hipóteses em que o aborto é permitido.

Na lei brasileira, a interrupção de gravidez é permitida quando a gestação é resultante de estupro, ou então, para proteger a gestante quando houver risco de vida. Todavia, o rol de excludentes de ilicitude não abrange os casos em que o aborto é realizado em nome de anomalias fetais incompatíveis com a vida fora do útero materno, como é o caso da anencefalia.

É reconhecido o anacronismo do Código Penal de 1940, ainda vigente. Da época em que foi promulgado, mudaram os valores da sociedade, os costumes e a ciência. Hoje, com os avanços na área médica, já é possível realizar diagnósticos de anomalias fetais com bastante precisão ainda no período de gestação, de tal sorte que a lei deve se adaptar à realidade atual e aos conhecimentos técnicos contemporâneos.

O direito penal, ao obrigar uma mulher a manter a gestação em uma situação como esta, acaba violando garantias da gestante de preservar sua dignidade, sua saúde física e psíquica, assim como sua autonomia da vontade. Além disso, a opção pela preservação do feto significa ignorar as mortes e lesões sofridas por milhares de mulheres em decorrência da precariedade das condições da realização dos abortamentos clandestinos.

Cabe observar que a questão da interrupção de gestação de fetos anencéfalos ainda deve ser ampliada, direcionando-se às necessárias reflexões acerca da organização, funcionamento e das funções reais do sistema penal.

¹ SANTOS, Juarez Cirino. Aborto, a política do crime. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, n. 25. jan./jun. 1978, p. 13.

O presente trabalho tem por objetivo, primeiramente, descrever o problema da interrupção de fetos anencefálicos e expor alguns aspectos médicos e psicológicos que servirão de fundamento para a análise do tema e sua relação com o direito.

Posteriormente, serão abordadas questões com relação à legitimidade do direito penal à luz da criminologia crítica, assim como as consequências materiais da criminalização, como é o caso da vitimização sistêmica de mulheres já vitimizadas pelas circunstâncias da vida. É a partir desta análise que se verificará a necessidade de uma criminalização mínima de condutas e o que sustenta uma possível descriminalização da interrupção de gravidez de fetos anencefálicos, ou com qualquer outra malformação incompatível com a vida.

Diante disso, buscar-se-á observar que não se trata de uma questão a ser resolvida pelo direito penal, mas sim, entre o médico e a gestante, bem como analisar a possibilidade de conferir a esta o direito de fazer a opção por manter a sua gestação ou interrompê-la, dando-lhe suporte legal e retaguarda médica e hospitalar.

CAPÍTULO I – A INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS E SUAS IMPLICAÇÕES

Os capítulos iniciais têm por objetivo descrever o problema e apresentar alguns aspectos terminológicos, médicos, psicológicos e jurídicos que norteiam a interrupção de gestação de fetos anencéfalos e que servirão de base para, posteriormente, fundamentar a atipicidade deste procedimento e demonstrar o quão necessário se faz a sua descriminalização.

1.1 TERMINOLOGIA: A UTILIZAÇÃO INADEQUADA DA EXPRESSÃO “ABORTO EUGÊNICO” EM RELAÇÃO À INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS

É mister fazer uma avaliação semântica com relação aos termos que podem ser utilizados quando se faz referência ao aborto. Há uma grande variedade conceitual, de forma que cada termo possui a capacidade de provocar uma reação social diferente. Isso leva a escolhas que não são feitas impunemente, mas sim, com o objetivo de provocar um impacto determinado.²

Muitos autores adotam a designação “aborto eugênico” para se referirem à interrupção de gestação de fetos anencefálicos, expressão, no entanto, carregada de profunda rejeição social, emocional e racial por remeter às práticas nazistas do século XX, quando o aborto era praticado com a finalidade de conservação da “pureza” de determinadas raças. Como bem escreve Alberto Silva Franco:

Não se desconhece que inúmeras palavras, além de seu sentido puramente descritivo, têm o condão de provocar nas pessoas, que as ouvem, ou que as lêem, reações emocionais. Fala-se então do “significado emotivo” dessas palavras que se adiciona ao seu “significado descritivo”. “Eugenia” é um dos vocábulos capazes de gerar, além de restrições a respeito de seu significado descritivo, um nível extremamente alto de rejeição emocional, e tal reação está vinculada ao uso que dele foi feito, na Alemanha, durante o

² DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos. **Bioética e aborto Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 126-127. Débora Diniz é professora da Universidade de Brasília (UnB) e diretora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis).

período nacional-socialista. A “Lei para a purificação da raça” (erbgundheitsgesetz) introduziu, por motivos da chamada “saúde do povo” (volksgesundheit), a justificação dos casos de indicação eugênica (esterilização, interrupção de gravidez, extirpação de glândulas sexuais). “Eugenia” tornou-se a palavra tabu³

Muitos daqueles que são contrários a interrupção de gestação de fetos anencéfalos, utilizam a expressão “aborto eugênico” para sugerir que esse procedimento assemelha-se às práticas discriminatórias ocorridas no passado, visto que se estaria impedindo o nascimento daqueles que não possuem aptidões físicas ou mentais. No entanto, quando se trata de fetos anencéfalos, a anomalia é tão severa que torna o prognóstico morte certo e irreversível. Portanto, é necessário estabelecer a diferença entre fetos malformados e fetos inviáveis, pois as situações fáticas a que se referem estes conceitos são diferentes.

Mesmo presentes as anomalias congênitas, os fetos malformados podem sobreviver, ainda que com certas limitações. Em alguns casos, inclusive, é possível até alcançar a cura dos efeitos da malformação através de tratamentos clínicos ou cirurgias. Para as malformações, entretanto, a perspectiva de vida do feto é possível, já que poderá nascer, crescer e desenvolver-se. Um exemplo dessas anomalias que geram a malformação é a síndrome de Down, que ocorre pela falta de emparelhamento de cromossomos depois da fecundação.

Quando se trata de um feto inviável, no entanto, a malformação fetal é tão severa que impossibilita qualquer perspectiva de vida extra-uterina, em virtude do não funcionamento de órgãos essenciais a sobrevivência, como o cérebro, bexiga, rins.

Com relação ao assunto, assevera Álvaro Mayrink da Costa:

A questão da viabilidade restringe-se a fetos intrinsecamente sãos e não inviáveis, isto é, sem qualquer expectativa de vida extra-uterina. Não se cuida de nascimento de pessoa portadora de deficiência ou grave anomalia física, situação que ampara a viabilidade plena, mas sim de portador de anomalias incompatíveis com o objeto perseguido que é a preservação da vida humana.⁴

³ FRANCO, Alberto Silva. Aborto por indicação eugênica. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI Ricardo Antunes. **Estudos Jurídicos em Homenagem a Manuel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 97-98.

⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 80.

A anencefalia é um caso de inviabilidade. Decorre do erro de fechamento do tubo neural, o que impede a formação das partes anterior e central do cérebro. Com relação a isto, é pertinente a observação de Diaulas Costa Ribeiro, “não parece haver contradição entre o conhecimento científico e a vulgar experiência comum quando segundo ambos se estabelece que um ser sem cérebro, sem rins ou sem pulmão não pode viver, nem pouco, nem muito.”⁵ Não se trata aqui de um feto malformado que, apesar das limitações físicas, poderá sobreviver, mas sim, de um ser que não terá nenhuma possibilidade de vida extra-uterina em decorrência de uma gravíssima deformidade. Sabe-se que 75% dos fetos morrem no período intra-uterino e que, os 25% restantes, que chegam ao final da gestação, sobrevivem apenas poucas horas ou dias.⁶

Pode-se dizer que quando se trata de um feto portador de uma simples malformação, a liberação da interrupção de gestação poderia representar uma forma de expressão da rejeição social contra os deficientes⁷. Mas, no caso de um feto inviável, não há a menor possibilidade de vida, de modo que as mulheres não baseiam sua decisão em interromper a gestação no pressuposto de inferioridade dos deficientes, mas em valores individuais de bem estar e qualidade de vida. Sendo assim, a expressão “eugenia” é inadequada para se referir à interrupção de gestação de fetos anencéfalos, pois, a única coisa que se busca com o procedimento é evitar um sofrimento desnecessário para a mãe que traz em seu útero um feto sem a menor possibilidade de sobrevivência. O objetivo, portanto, é diminuir a aflição da mãe, assim como a da família, e não, provocar a “melhora” na espécie humana.⁸

Em virtude de toda a confusão semântica provocada pela variedade de definições das situações de aborto, a antropóloga Débora Diniz⁹ procurou categorizar todas as situações utilizando a nomenclatura mais próxima do discurso

⁵ RIBEIRO, Diaulas Costa. Interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável. **Revista do Ministério Público Federal e Territórios**. Brasília, n. 3, jan./jun. 2000, p. 103.

⁶ BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 836, jun. 2005, p. 388.

⁷ ASCH, Adrienn. Diagnóstico pré-natal e aborto seletivo: um desafio à prática e às políticas. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, dez. 2003.

⁸ TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 48.

⁹ DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos. Bioética e aborto **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 126-127.

médico oficial. A classificação, que é didática e abrangente, também serve à doutrina penal para o exame jurídico. Pode ser reduzida a quatro tipos:

1. Interrupção eugênica da gestação (IEG): são os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos, etc. Comumente, sugere-se o praticado pela medicina nazista como exemplo de IEG quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras (1). Regra geral, a IEG processa-se contra a vontade da gestante, sendo esta obrigada a abortar;

2. Interrupção terapêutica da gestação (ITG): são os casos de aborto ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante. Hoje em dia, em face do avanço científico e tecnológico ocorrido na medicina, os casos de ITG são cada vez em menor número, sendo raras as situações terapêuticas que exigem tal procedimento;

3. Interrupção seletiva da gestação (ISG): são os casos de aborto ocorridos em nome de anomalias fetais, isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões fetais. Em geral, os casos que justificam as solicitações de ISG são de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, sendo o exemplo clássico o da anencefalia (2);

4. Interrupção voluntária da gestação (IVG): são os casos de aborto ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, isto é, situações em que se interrompe a gestação porque a mulher ou o casal não mais deseja a gravidez, seja ela fruto de um estupro ou de uma relação consensual. Muitas vezes, as legislações que permitem a IVG impõem limites gestacionais à prática.

De todos esses casos, apenas a interrupção eugênica é a que não leva em conta a vontade da gestante, de forma que esta seria uma diferença fundamental entre as práticas.

Com relação às formas de interrupção seletiva e terapêutica, ambas partem do pressuposto de que houve manifestação da vontade da gestante em não levar a gravidez a termo. No entanto, diferenciam-se, pois naquela o que está em jogo é a saúde do feto e, nesta, a saúde materna. Muitos escritores, como já explicitado, tendem a confundir a interrupção seletiva com a eugênica, mas há a diferença fundamental com relação ao respeito à vontade do indivíduo e à seleção em decorrência de impossibilidade de vida extra-uterina e não em nome de ideologias. Nesse sentido, assevera Diniz:

O termo 'seletivo', para nós, remete diretamente à prática a que se refere: é aquele feto que, devido à malformação fetal, faz com que a gestante não deseje o prosseguimento da gestação. Houve, é claro, uma seleção, só que em nome da possibilidade da vida extra-uterina ou da qualidade de vida do feto após o nascimento. Tratar, no entanto, o aborto seletivo como eugênico é nitidamente confundir as práticas. Especialmente porque a ideologia

eugênica ficou conhecida por não respeitar a vontade do indivíduo. A diferença fundamental entre a prática do aborto seletivo e a do aborto eugênico é que não há a obrigatoriedade de se interromper a gestação em nome de alguma ideologia de extermínio de indesejáveis, como fez a medicina nazista.¹⁰

Portanto, o termo mais adequado para ser utilizado em casos de anencefalia seria o da interrupção seletiva de gestação, visto que a denominação “aborto” pressupõe a existência de vida e, no caso da anencefalia, trata-se de um feto inviável.

1.2 CONSIDERAÇÕES DE ORDEM MÉDICA

1.2.1 Conceituação e causas da anencefalia

Para que se possa avaliar juridicamente a questão, é importante ter em mente o que significa, do ponto de vista técnico, um feto anencefálico.

A anencefalia significa a ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais e do cerebelo, que é ocasionada por uma má-formação congênita do sistema nervoso central, cuja formação inicia-se por volta do décimo oitavo dia de desenvolvimento embrionário. Esse processo é descrito por Larry Cochard:

[...] a superfície do ectoderma se espessa e começa a enterrar-se e dobrar-se sobre si mesma perto da junção do futuro cérebro e da medula espinhal no meio do embrião. As cristas neurais ectodérmicas de cada lado aproximam-se entre si e fundem-se de modo que o tubo enterra-se debaixo da superfície” (...) o tubo neural formará o cérebro e a medula espinhal, os dois componentes do sistema nervoso central e a crista neural originará todos os neurônios cujos corpos celulares estão localizados no sistema nervoso periférico dos nervos, gânglios e plexos.¹¹

A partir do *tubo neural* (estreita camada protetora que se forma e fecha entre 3º e 4º semana da gravidez), será formado o cérebro e a medula espinhal, que

¹⁰ DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos. Bioética e aborto **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p.128

¹¹ COCHARD, Larry R., **Atlas de embriologia humana de Netter**. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 73-74.

edificam o sistema nervoso central e a crista neural.¹² Durante este processo de desenvolvimento embrionário, pode ocorrer alguma má-formação de maior ou de menor gravidade. A anencefalia é uma dessas má-formações, sendo que é provocada por um defeito de fechamento do tubo neural durante seu processo de formação.¹³ Este, na sua porção anterior, deve fechar-se por volta do vigésimo quarto dia após a concepção. Se isso não ocorrer, a massa encefálica do embrião ficará exposta sendo gradativamente dissolvida pelo líquido amniótico, impedindo o desenvolvimento dos hemisférios cerebrais.

Da literatura jurídica, é possível obter algumas definições. Álvaro Mayrink da Costa conceitua:

A anencefalia constitui-se na alteração da formação cerebral resultante da falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural e que se caracteriza pela falta de ossos cranianos (frontal, occipital e parietal), hemisféricos e do córtex cerebral. Assim, de acordo com a literatura médica, 'se trata da ausência parcial ou completa da abóboda craniana, como também da ausência dos tecidos superiores com diversos graus de má formação e destruição dos rudimentos cerebrais.¹⁴

Já o professor Luís Roberto Barroso destaca que a ausência dos hemisférios cerebrais importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Entretanto, em razão da presença do tronco cerebral, são preservadas algumas funções mecânicas inferiores responsáveis por controlar parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal¹⁵, o que permite, em alguns casos, a sobrevivência em condições vegetativas dos fetos anencéfalos, por algumas horas, fora do útero da mãe.

A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como "ausência de cérebro", a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela

¹² PIERANGELI, José Henrique. Anencefalia. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008, p. 38.

¹³ ANDALAFT NETO, J. **Anencefalia: posição da FEBRASGO**. Disponível em: <http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/anencefalia_febrasgo.pdf>. Acesso em: 13 jul.2010.

¹⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 77.

consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos.¹⁶

No entanto, as atividades realizadas pelo tronco cerebral são interdependentes da atividade dos hemisférios cerebrais, de forma que, o perecimento desta acaba provocando a própria falência das atividades mecânicas proporcionadas pelo tronco.¹⁷

Mesmo existindo alguns esparsos relatos de fetos anencéfalos que sobreviveram por vários dias fora do claustro materno, em geral, a sobrevivência é de no máximo algumas horas. Não há tratamento, cura ou qualquer possibilidade de sobrevivência do feto, o que torna a morte inevitável e certa.

1.2.2 O avanço dos diagnósticos

A princípio, as técnicas de diagnóstico resumiam-se à verificação de batimentos cardíacos fetais e controle de crescimento do ventre materno¹⁸. No entanto, a partir da década de 70, houve um grande desenvolvimento das ciências médicas e biológicas, de forma que verificação e a identificação de anomalias anatômicas resultantes de malformação fetal, no processo de gestação, tornaram-se possíveis.

O exame pré-natal mais comumente utilizado para detectar anomalias é a ultra-sonografia. O procedimento é realizado a partir do segundo trimestre de gestação através de uma sonda externa que permite um estudo morfológico preciso, inclusive da caixa craniana do feto. Em um bom pré-natal, a mulher realiza pelo menos uma ultra-sonografia que pode antecipar diagnósticos de malformação para

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencéfalos e pesquisa com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, jul./set. 2005, p. 95.

¹⁷ BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 836, jun. 2005, p. 388-389.

¹⁸ PARENTE, Luiz Miguel Mitri. Aborto eugênico. **Boletim do Informativo de Ciências Jurídicas**. Joinville, n. 13, ago. 2000, p. 3.

tratá-las ainda durante o processo de gestação, quando possível, ou, então, para simplesmente tranquilizar a gestante quanto ao desenvolvimento de seu filho.

A anencefalia pode ser diagnosticada, com muita precisão, a partir de 12 semanas de gestação. Deve-se ressaltar que, se os exames forem realizados por uma equipe competente e especialmente treinada, o grau de certeza médica do resultado obtido é altíssimo. De acordo com médico THOMAS GOLLOP¹⁹, admite-se uma margem de erro menor que 1/1000, de modo que o índice de falibilidade é quase nulo. Conforme o médico:

A imensa maioria dos diagnósticos realizados em medicina fetal é baseada em certezas e não em probabilidades. A margem de erro com a qual se trabalha nessa área, contando evidentemente com profissionais habilitados, é mínima. Esse dado deve ser um fator de tranquilidade para os pacientes, para o legislador e para a sociedade.²⁰

Uma informação tão confiável, precisa e precoce com relação a uma possível malformação do feto, como é o caso da anencefalia, esbarra, no entanto, na impossibilidade de tratamento. O desenvolvimento dos diagnósticos de anomalias progride muito mais rapidamente do que a capacidade terapêutica para remediá-las. A chamada medicina fetal, que se desenvolveu a partir do progresso das técnicas de diagnóstico pré-natal, em muitos casos possibilitou o tratamento de doenças ainda no útero materno²¹. Entretanto, com relação à anencefalia, ainda não há possibilidade de tratamento ou cura. Isto, sem dúvida, acarreta um enorme sofrimento à mãe que terá de levar a sua gravidez a termo, mesmo sabendo que seu filho é portador de uma anomalia congênita incompatível com a vida, pois, a interrupção seletiva de gestação é definida como crime no Direito Penal Brasil brasileiro.

1.2.3 Critérios definidores de morte: Lei 9.434/97

¹⁹ GOLLOP, Thomaz Rafael. Aborto por anomalia fetal. **Bioética. Brasília**, v. 1, n. 2, p. 67-72, 1994. Thomaz Gollop é médico, coordenador do Grupo de Estudos sobre o Aborto (GEA), livre-docente em Genética Médica pela Universidade de São Paulo (USP), professor Adjunto de Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí.

²⁰ *Ibidem*, p. 67-72.

²¹ *Ibidem*.

É certa a inviabilidade de sobrevivência do feto anencéfalo, sendo que este perecimento deriva, justamente, da falta dos hemisférios cerebrais, o que impossibilita o exercício das funções superiores do sistema nervoso central relacionadas à consciência, cognição, comunicação, afetividade, emotividade, sem as quais não há nenhuma possibilidade de desenvolvimento dos sentidos.

Ao nascer, o anencéfalo encontra-se em verdadeiro estado vegetativo, pois, em seu organismo apenas permanecem as atividades mecânicas, como é o caso da respiração e dos batimentos cardíacos, comandadas pelo tronco cerebral. É por isso que, em alguns casos, o anencéfalo pode sobreviver por algumas horas depois do parto.

O tronco cerebral, entretanto, é interdependente da atividade cerebral, pois, apesar de controlar funções essenciais, como o batimento cardíaco e a respiração pulmonar, depende das atividades reguladas pelo cérebro, como o funcionamento de glândulas e o movimento muscular que facilita a própria respiração, para que seja possível a permanência desses movimentos. Não existindo a atividade cerebral, portanto, aos poucos perece a própria atividade do tronco.²²

Os primeiros critérios de morte encefálica foram estabelecidos em 1968 pelo Comitê da Escola de Medicina de Harvard, em substituição ao critério que estabelecia que a morte se dava pela falta de batimentos cardíacos. Vale destacar que a época em que o comitê se reuniu, caracterizava-se um clima de corrida ao desenvolvimento tecnológico dos transplantes de órgãos, refreado pela legislação norte-americana vigente, que ainda considerava a parada da função cárdio-respiratória como critério para morte.²³

O Direito Penal, por se ocupar da proteção do bem jurídico “vida”, precisou estabelecer o que esta seria. Para tanto, utilizou o critério de morte encefálica estabelecido pela comunidade científica para, por exclusão, apresentar uma definição jurídica de vida.

O critério da morte encefálica, que é o diagnóstico de perda definitiva e irreversível das funções cerebrais, está presente na Lei 9.434/97 que regula a

²² BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 836, jun. 2005, p.388.

²³ COIMBRA, Cícero Galli. **Morte encefálica**. Disponível em: < <http://www.unifesp.br/dneuro/morten-cefalica.php> >. Acesso em: 11 ago 2010.

matéria relativa ao transplante de órgãos. A referida Lei estabelece em seu artigo 3º que:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Por ser autorizada a extração de órgãos para transplante a partir da verificação da cessação da atividade encefálica, conclui-se que o legislador considerou esse um critério seguro da impossibilidade absoluta de sobrevivência, de retorno à vida autônoma. Caso contrário, teria que ser admitido que os órgãos são retirados de pessoas vivas, o que é inaceitável e incompatível com o sistema jurídico. Nesse sentido, afirma Bitencourt:

A simples ‘morte cerebral’- que mantém os demais órgãos do corpo ‘vivos’ – autoriza a extração de todos esses órgãos, imediatamente, isto é, enquanto vivos, pois, *mortos*, de nada serviriam - , consagrando o reconhecimento, não apenas médico, mas agora também legal, de que a *vida* não se encerra somente quando ‘o coração deixa de bater’. A *lei de transplante de órgãos*, por certo, não está autorizando um *homicídio*, ainda que se lhe reconheça ‘fins humanitários’, ou que uma vida ‘suprimida’ pode representar a preservação de várias, ou, ainda, que aquela vítima teria apenas uma sobrevida etc.²⁴

Se a própria Lei define que a morte se consubstancia na deterioração substancial e irrecuperável do cérebro, seria um contra-senso admitir que há vida em um feto anencéfalo, tendo em vista “possuir apenas resíduos do tronco cerebral, geralmente com hemisférios cerebrais e cerebelo ausentes.”²⁵

Alguns juristas, no entanto, argumentam que não haveria correspondência entre o conceito médico de morte encefálica e a situação neurológica derivada da anencefalia, visto que a atividade do tronco cerebral está presente nos anencéfalos.

Alberto Silva Franco é um dos que não sustentam a coincidência entre anencefalia e a falta de atividade do tronco cerebral. Porém, concorda com a

²⁴ BITENCOURT, César Roberto. **Atipicidade do aborto anencefálico**: respeito à dignidade humana da gestante. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15279/14843>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

²⁵ COSTA, Domingos Barroso. Sobre a tipicidade da interrupção de gestação de feto anencéfalo. **Boletim IBCCRIM** n. 152. São Paulo, 2005.

inviabilidade do feto dizendo que se trata de um “projeto embriológico falido”, um ser condenado irreversivelmente à morte.

Para o professor paulista, o feto anencéfalo, mesmo apresentando alguns movimentos mecânicos proporcionados pelo tronco cerebral, jamais poderá autoconstruir-se, será apenas um corpo biológico sem qualquer expressão e, por isso, não poderia ser considerado como tecnicamente vivo. O critério para a morte, nesse caso, “abandona completamente o sentido puramente biológico da vida e prioriza em seu lugar os aspectos vinculados à existência da consciência, afetividade e comunicação, como expressão da identidade da pessoa”.

Ainda, outro argumento para refutar a tese de que haveria vida no caso de fetos anencéfalos, é o de que, como destaca Busato, mesmo existindo atividade do tronco cerebral, é certo que esta perecerá logo após o parto, já que o tronco precisa da atividade cerebral para que siga funcionando:

[...]ainda que o tronco produza determinadas funções essenciais como o batimento cardíaco e o movimento pulmonar (ademais de outros movimentos involuntários e às diversas funções anatomicamente associadas ao tronco), é certo que a permanência deste funcionamento depende de outras atividades que incumbem ao cérebro, como o funcionamento de glândulas e o movimento muscular que facilita a própria respiração. Sem estas, aos poucos perece a própria atividade do tronco.²⁶

Não há possibilidade alguma de sobrevivência, de modo que o diagnóstico de anencefalia representa a constatação da morte imediata ou iminente do feto e que, ademais, encontra respaldo no próprio direito.

1.3 CONSIDERAÇÕES COM RELAÇÃO À GESTANTE

1.3.1 Riscos à saúde física e mental

A doutrina médica tem afirmado que a anencefalia cria situações de risco para a saúde da mulher, caso prossiga com a gestação. Com relação a sua saúde

²⁶ BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 836, jun. 2005, p. 388

física, apesar de não se cogitar perigo de morte à gestante, a gravidez de um feto anencéfalo pode trazer complicações, como o prolongamento da gestação além do período normal devido à falta de dilatação necessária para o parto, aumento da pressão arterial e do líquido amniótico, visto que o feto não se alimenta desse líquido, além de dificuldades respiratórias e cardíacas.²⁷

O conceito de saúde, no entanto, não se resume à saúde física, mas abrange também a psicológica e social, de acordo com a Organização Mundial da Saúde. Mesmo que a gravidez de um anencéfalo não coloque a vida da mulher em risco, a sua saúde psíquica passa por graves transtornos.

A gravidez é um acontecimento importante na vida da mulher, um fato que irá alterar o seu ser e a sua vida. Geralmente recebida com grande gratificação, a gestação acaba produzindo na mulher desejos de cuidar de seu filho, de vê-lo crescer e desenvolver-se.

A felicidade não se restringe apenas à mãe, mas a toda família que acredita que o bebê nascerá normal e perfeito. As novas tecnologias, na área biomédica, permitem que já nos primeiros meses a mãe possa dispor dessa informação. A mulher realiza o exame diagnóstico pré-natal justamente para buscar a certeza de que tudo ocorre em condições de normalidade, ao passo que os médicos, procuram no exame alguma anormalidade para tratá-la ainda no útero materno.

Entretanto, nem sempre o resultado obtido estará de acordo com as expectativas. Pode-se constatar que o feto é portador de alguma anomalia fetal incompatível com a vida, como é o caso da anencefalia, para a qual a medicina não oferece tratamento ou cura.

O anencéfalo apresenta, como já foi enfatizado, uma patologia que não lhe possibilita a vida extra-uterina, “será inviável em qualquer momento do processo gestacional e se isso encontra base científica indelével, não há como protegê-lo da irreversível condenação à morte”.²⁸

Não é possível negar que o diagnóstico da anencefalia, certamente, provocará transtornos à saúde psíquica da mulher. A respeito disso, Franco escreve que:

²⁷ PACHECO, Eliana Descovi. O aborto anencefálico: à luz do ordenamento jurídico atual. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre. v. 9, n. 54, fev./mar. 2009, p.10

²⁸ FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 833, mar. 2005, p. 408

O diagnóstico da anencefalia já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea e contagiar a si própria e ao 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 inviável²⁹

A confirmação do diagnóstico de inviabilidade do bebê, certamente, provocará um intenso e devastador abalo psicológico à gestante, que terá seu sentimento de felicidade, provocado pela expectativa de ser mãe, substituído por uma profunda tristeza e sofrimento. Como descreve Julieta Quayle³⁰, a constatação da inviabilidade do feto, “tende a despertar reações e respostas emocionais semelhantes às desencadeadas em processos de luto”.

Impedida de realizar a interrupção de sua gravidez, a gestante terá de passar os nove meses sentindo os movimentos do bebê, o que parecerá um sinal de vitalidade, irá sofrer todas as transformações em seu corpo decorrentes de uma gestação, e tudo isso não se direcionará ao feliz desfecho de nascimento de uma criança, mas sim, constituir-se-á um processo de morte.

Corroborando com as afirmações acerca das alterações quanto à saúde psíquica da gestante de um feto anencéfalo, extrai-se um relato de uma mulher que soube que gerava um anencéfalo em seu ventre:

Paciente com 22 anos, solteira, auxiliar de enfermagem, com 20 semanas de gestação e diagnóstico de um feto anencefálico. Recebeu acompanhamento psicológico, desde o referido diagnóstico, e tem revelado ser uma pessoa bastante madura e equilibrada. Tem verbalizado que ‘está difícil tolerar’ as 20 semanas que restam, pois a barriga está crescendo e os movimentos do feto irão aumentar. Diz ser difícil tolerar a idéia de que irá apegar-se a este bebê e que quando nascer irá morrer quase que imediatamente. Diz que, se soubesse que teria chances, mesmo que malformado, não se importaria em levar a gravidez adiante. Porém, a idéia de que está fazendo ‘um esforço psíquico em vão torna tudo mais difícil’. Diz que não irá ‘enlouquecer’ se chegar aos nove meses, mas que cada dia da gestação ‘é uma eternidade, é um martírio’.³¹

É possível observar no depoimento as angústias de uma gestante que passará por todo o processo de gravidez, inclusive, sentindo os movimentos de seu

²⁹ FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 833, mar. 2005, p.406

³⁰ QUAYLE, Julieta. Aspectos psicológicos em medicina fetal. **Medicina fetal**, São Paulo: Atheneu, 1993, p. 51

³¹ GIL, Maria Estelita. Medicina fetal: questionamentos bioéticos do psicólogo frente às questões do diagnóstico de malformação fetal. In. TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 56

bebê, mas que, no entanto, não poderá apegar-se a ele, pois, é um ser condenado irreversivelmente à morte. Assim como assevera Alberto Silva Franco, impedir que a mulher interrompa sua gravidez “significa deixá-la, meses a fio, convivendo com a expectativa de um nascimento frustrado, o que constitui, sem nenhuma margem de dúvida, agravo à sua saúde física e mental”.³²

1.3.2 Dignidade e autonomia

Após a segunda metade do século XX, um sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos começou a delinear-se no âmbito do Direito Internacional.³³ Em decorrência disto, as constituições de diversos países passaram a adotar a dignidade da pessoa humana como princípio, como foi o caso do Brasil que na Constituição de 88 erigiu a proteção à dignidade como fundamento do Estado Democrático de Direito.

A dignidade, conforme a máxima kantiana, é um valor intrínseco à pessoa humana e que deve afastar tudo o que puder reduzir a pessoa à condição de um objeto direcionado a um fim. Elencada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, é compreendida como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as demais regras jurídicas.

Ingo Wolfgang Sarlet propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-

³² FRANCO, Alberto Silva. Um bom começo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, a. 12, n. 143, Out. 2004, São Paulo, p. 02

³³ COMPARATO, Fábio Konder *apud* FACHIN, Luiz Edson. **Fundamentos**, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Personalidade no Código Civil Brasileiro. **Revista da EMERJ**. v.1, n.1. Rio de Janeiro: EMERJ, 1998, p. 56

responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.³⁴

Segundo Barroso, o princípio identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Ainda, segundo o autor, da dignidade emanariam os direitos de personalidade, que funcionam como “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano”. Tais direitos, inerentes à dignidade humana, dividem-se em dois grupos. Ao primeiro pertencem os direitos à integridade física, à proteção da vida, ao próprio corpo. O segundo grupo se refere ao direito à integridade moral, à honra, a liberdade, dentre outros.³⁵

A integridade física e moral, portanto, são pilares do conceito de dignidade. Estes direitos possuem extrema relevância para o caso da interrupção de gestação de fetos anencéfalos. Como já foi demonstrado, o diagnóstico de má-formação fetal incompatível com a vida é uma situação de extremo sofrimento para a mulher, pois não há alternativas para salvar a vida do feto. Todos os recursos disponíveis para reverter este quadro são nulos. Sendo assim, impor a ela que carregue por nove meses um feto, que sabe de antemão que não sobreviverá, importaria em violação da dignidade da pessoa humana, pois, são evidentes a ameaça a sua integridade física, assim como os danos à saúde psicológica.

A propósito, a abalizada opinião de Barroso:

A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal veda toda forma de tortura (art.5, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada).³⁶

Impor à mulher que mantenha a gestação implica em tratá-la como “coisa”, um objeto direcionado a um fim. No entanto, um ser dotado de dignidade nunca deve ser tratado com um instrumento, um meio, mas sim, considerado sempre um fim em si mesmo.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencéfalos e pesquisa com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, jul./set. 2005, p.103-104

³⁶ *Ibidem*, p.104

Além disso, deve-se atentar para a questão da autonomia da mulher. Diante dos agravos físicos e mentais provocados pela manutenção da gravidez de um feto inviável, seria inafastável o exercício do direito à autonomia da vontade, o qual garante à mulher a liberdade para decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e a sua vida.

Nem todas as mulheres optariam pela interrupção de gravidez, mas aquelas que viessem a fazer essa escolha, não poderiam cerceadas pelo Estado, o qual, em situações como essa, teria apenas “o papel de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas.”³⁷ Nesse sentido, Franco afirma:

A manifestação de vontade da mãe, portadora de feto anencéfalo, no sentido de pôr fim a sua gravidez, não pode ser imposta por ninguém, muito menos pelo Estado. Isto significa que cada mulher, no exercício do seu direito de liberdade e da sua autonomia da vontade pode, desde que devidamente informada, adotar qualquer direção. Tanto pode legitimamente optar pela expulsão do anencéfalo como pode querer levar a gravidez a termo.³⁸

Inexistindo vida viável do feto, a interrupção seletiva de gestação através de antecipação terapêutica de parto³⁹ seria a alternativa mais digna para aliviar o sofrimento da gestante provocado pelo diagnóstico. Como afirma Diniz, “reconhecer a legitimidade legal da antecipação de parto diminuirá a angústia provocada pela informação do diagnóstico, ao tornar o processo decisório mais rápido e simples.”⁴⁰

A manutenção da gravidez, portanto, implica em violação a direitos fundamentais da mulher, sendo que não há que se falar em conflito de interesses desta e do feto, tendo em vista que não há vida em formação a ser protegida.

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencéfalos e pesquisa com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, jul./set. 2005, p. 99

³⁸ FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 833, mar. 2005, p.410

³⁹ A antecipação terapêutica de parto é um procedimento médico que antecipa o parto, uma vez diagnosticada a inviabilidade fetal. (DINIZ, Débora, Diaulas Costa Ribeiro. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 79)

⁴⁰ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 81

CAPÍTULO II – O TRATAMENTO DADO PELO DIREITO BRASILEIRO

2.1 O DEBATE NO STF

A descriminalização da interrupção de gestação de fetos com malformação, mais especificamente, fetos portadores de anencefalia, é um tema que tem suscitado muita discussão e polêmica em nossa sociedade. A questão ganhou destaque no cenário nacional nos últimos anos em decorrência da divulgação na mídia da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54/DF)⁴¹ ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. O argumento apresentado na ação foi de que a anencefalia seria uma malformação incompatível com a vida e que, por isso, a interrupção de gestação nesses casos não poderia ser considerada crime, mas um procedimento médico amparado em princípios constitucionais como o direito à saúde, à dignidade, à liberdade. Pretendia a referida ação, que fosse reconhecido expressamente o direito de interrupção a gestação em casos de anencefalia, ou seja, que fossem estendidas as causas de justificação para o aborto em situações dessa natureza. Os argumentos apresentados na ação basearam-se na certeza científica da impossibilidade de vida extra-uterina do feto anencefálico.

Diante da argüição formulada, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, em 1º de julho de 2004, concedeu liminar, *ad referendum*, do Tribunal Pleno, com o efeito de sobrestar os processos e decisões não transitadas em julgado e reconhecer à gestante de feto anencéfalo o direito à operação terapêutica do parto a partir de um laudo médico que comprovasse a deformidade do feto. A apreciação dos fundamentos da liminar foi, em dois de agosto de 2004, protraída pelo STF para a decisão definitiva da causa. Na ocasião, no entanto, foi suscitada uma questão de ordem com relação à adequação do veículo processual ADPF para a finalidade objetivada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. No julgamento dessa questão, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se

⁴¹ **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DF.** Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/Adpf54audiencia.pdf>. Acesso em 20 maio 2010.

pela admissibilidade da referida ação, mas o julgamento foi interrompido em virtude do pedido de vista do Ministro Carlos Ayres Britto. A liminar concedida também foi objeto de discussão de forma que o plenário do STF decidiu confirmá-la por seu primeiro fundamento o que diz respeito ao sobrestamento de processo e decisões não transitadas em julgado, e revogá-la em relação ao segundo fundamento que era o de permitir à mulher optar pela interrupção da gestação de feto anencéfalo. Entendeu-se que não era o caso de manter-se a liminar com efeitos *ex nunc* estando-se ainda pendente a discussão sobre o cabimento da ADPF para a demanda.

Dos onze juízes do Supremo Tribunal Federal, sete votaram a favor da cassação⁴² da liminar, sendo que além dos argumentos de ordem técnica processual, também foram utilizados argumentos referentes a valores morais cristãos. O voto de um dos juízes, Cezar Peluso, pertencente à corrente vencedora, foi o que concentrou grande parte da argumentação moral contrária ao reconhecimento da interrupção de gestação de fetos anencéfalos. Para o juiz Peluso, a liminar deveria ser entendida como uma ofensa a um valor jurídico fundamental, a dignidade da vida intra-uterina. Segundo seu voto “... a história da criminalização do aborto mostra que essa tutela se fundamenta na necessidade de preservar a dignidade dessa vida intra-uterina, independente das eventuais deformidades que o feto possa apresentar como tem apresentado no curso da história.”⁴³.

Com relação ao fato de que o feto anencéfalo está inevitavelmente condenado à morte durante a gestação ou instantes após o parto, Peluso respondeu que “não me convence o argumento de que o feto anencéfalo seja um condenado à morte. Todos somos, todos nascemos para morrer. A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas...”.⁴⁴ Refutou ainda a invocação na petição inicial, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Área da Saúde, de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, por lesão à integridade física e psicológica da mãe, dizendo: “o sofrimento

⁴² Votaram no sentido de cassar a liminar os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Carlos Veloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso.

⁴³ **Brasil, Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 MC/DF**, p. 94. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 29 ago.2010

⁴⁴ *Ibidem*

em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana.(...)o sofrimento provindo da prática de um ato antijurídico, esse não pode ser admitido pela ordem normativa. Mas não é esse o caso de eventual sofrimento materno.”⁴⁵

Por fim, ao enfrentar a questão da agressão da integridade física e mental da mulher ao ter de manter uma gestação de feto anencéfalo, argumentou que não haveria ameaça ao direito constitucional à saúde, “aludiu ainda Sua Excelência ao direito à saúde, o que me leva a pensar na possibilidade de o argumento baseia-se no pressuposto de que a gravidez constitua grande risco à vida humana e, portanto, talvez fosse até melhor proibi-la. Seria mais seguro. Não vejo, pois, nenhuma ofensa próxima ao direito à saúde.”⁴⁶

Todos os argumentos contrários à interrupção de gestação de fetos anencéfalos, no entanto, apresentam-se incompatíveis com um Estado Democrático de Direito, que tem compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana. Não há razão que justifique obrigar uma mulher a se manter grávida de um feto que nunca poderá se tornar um ser humano vivo, ainda mais, tendo em vista que a manutenção da gestação resultará em agressão a integridade física e psicológica da gestante.

Certamente, o que se pretende com a resistência a descriminalização da conduta é salvaguardar valores cristãos, conservar a moral católica. Algo que é inconcebível diante do caráter laico do Estado.

A ADPF n. 54 foi levada a julgamento em 27 de abril de 2005, ocasião em que se discutiu pelo não cabimento da via processual eleita para o tratamento do tema (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) determinando-se o envio dos autos ao Relator para que este examinasse a aplicabilidade do artigo 6º, §1º, da Lei n.9.882/99 ao caso. Até o momento a ação ainda não foi julgada.

⁴⁵ **Brasil, Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 MC/DF**, p. 95. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 29 ago.2010.

⁴⁶ *Ibidem*.

2.2 O TRATAMENTO DO ABORTO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

O aborto é definido como a “terminação da gravidez antes da viabilidade do feto”. Deve-se salientar que o aborto pode ser algo natural quando realizado de forma espontânea em decorrência de acidentes nos processos naturais, desequilíbrios da organização e desenvolvimento interno da matéria. Faz parte de um processo de seleção da espécie. No entanto, nem todo o aborto é espontâneo já que pode ser realizado a partir de um ato de vontade da própria gestante ou de terceiros. Em muitos casos, esse aborto voluntário pode ser produto de uma gravidez indesejada ou inesperada ou até, quando revelada precocemente uma malformação fetal que inviabilize a vida extra-uterina, uma estratégia para diminuir o sofrimento da gestante já que a legislação pátria não permite o aborto em tais casos.

No entanto, visando o controle desses impulsos abortivos e, em proporções determinadas, decisões de abortar, a organização social possui regras de controle do aborto, “cujo sistema exprime a política oficial quanto aos processos de renovação biológica da população”.⁴⁷

Segundo Bitencourt⁴⁸, o Código Criminal de 1830 punia somente o aborto realizado por terceiro, permitindo, portanto, aquele praticado pela própria gestante, ou seja, o auto-aborto. Já o Código Penal de 1890 passou a criminalizar, também, o aborto praticado pela própria gestante. Entretanto, se o crime tivesse como objetivo ocultar desonra própria, a pena sofria atenuação.

O Código Penal de 1940, cuja parte especial vige até os dias de hoje, tipifica três figuras de aborto: o aborto provocado, que é aquele realizado pela própria gestante; o aborto sofrido, que ocorre sem o consentimento da mulher, e o aborto consentido que, embora a gestante não o provoque, consente que um terceiro o realize.

O referido Código ainda estabelece duas causas de exclusão de antijuridicidade; o aborto para salvar a vida da gestante, e os casos em que a gravidez é resultado de estupro. Na primeira hipótese, o aborto constitui um

⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino. Aborto, a política do crime. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, n. 25, jan./jun., 1978, p. 13-14.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 5º Ed., v.2, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 156-157.

autêntico estado de necessidade e ocorre por razões médicas em situações em que não há outro meio de salvar a vida da gestante. Já a segunda forma de exclusão de ilicitude decorre de quando a gravidez é conseqüência de crime de estupro e a gestante consente em sua realização. Nelson Hungria, ao escrever sobre a justificação do aborto resultante de estupro afirma que “nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida.”⁴⁹

Esta última forma de exclusão da ilicitude revela a influência da moral na seleção de condutas justificadas, não havendo relação nenhuma com o bem jurídico vida ou com algum critério médico. O que se busca proteger é a dignidade da gestante ou até sua sanidade psicológica. Como afirma Alberto Silva Franco, nesse caso “coloca-se em cena a liberdade de autodeterminação da mulher, mesmo que isso signifique a morte de um feto com plena e total viabilidade”⁵⁰. No conflito de interesses entre a vida intra-uterina do feto, dotado de todas as potencialidades humanas, e o agravo sofrido pela mãe na sua honra e na sua liberdade, dá-se preferência à mulher grávida, em detrimento do filho resultante de estupro.

Com relação à gestação de fetos inviáveis, como é o caso da anencefalia, não é feito o balanceamento dos bens jurídicos em jogo, preservação de feto condenado à morte e a dignidade da gestante que terá agravada sua saúde física e mental. Não há dúvidas da repercussão emocional provocada na mulher que tem de conviver com a idéia de que o filho que carrega em seu ventre padece de grave anomalia, para a qual a medicina ainda não oferece cura, sendo irreversível, portanto, o prognóstico morte. Em que pese essas considerações referentes à agressão psicológica sofrida pela mulher por ter que manter a gestação de um feto inviável, não se reconhece a interrupção de gestação de feto anencéfalo para proteção de sua saúde.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta ao Supremo Tribunal Federal tem por objetivo justamente a extensão das hipóteses de exclusão de ilicitude aos casos de interrupção de gestação de fetos anencéfalos. Entretanto, para que haja uma causa de justificação que exclui a antijuridicidade

⁴⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 312

⁵⁰ FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 833, mar. 2005, p. 417

presume-se a existência de um tipo penal. Conforme Juarez Cirino dos Santos⁵¹ “as ações típicas justificadas são ações conformes ao direito, porque as justificações têm o efeito de excluir a antijuridicidade indicada no tipo legal”. No entanto, como já foi demonstrado, nos casos em que há malformação fetal incompatível com a vida, como é o caso da anencefalia, há carência total de vida humana, diferentemente dos dois casos de justificação do aborto presentes no Código Penal em que há vida intra-uterina.

De acordo com Alberto Silva Franco, o enquadramento da interrupção de gestação de fetos anencéfalos apenas seria adequado se o Código Penal brasileiro tivesse um dispositivo semelhante ao artigo 142 – 1, c do Código Penal de Portugal o qual considera não punível a interrupção de gravidez quando “houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as legis artis, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo tempo”.⁵² Como será demonstrado, a anencefalia é um caso de atipicidade e, portanto, não há sentido em se requerer autorização para a prática da interrupção de gestação.

2.3 OS ALVARÁS JUDICIAIS

Por não haver menção expressa na lei autorizando a interrupção de gravidez por anomalia fetal incompatível com a vida, muitas gestantes, diante de um diagnóstico de anencefalia, formulam um pedido ao juiz requerendo autorização para interromper a gestação. Ao ser concedida a autorização, ficam isentos de responsabilidade penal todos aqueles envolvidos no ato, ou seja, a equipe médica e a gestante.

⁵¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 228.

⁵² FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 833, mar. 2005, p. 399-419. Artigo 142 , “c” do Código Penal de Portugal.

Sabe-se que já foram expedidos no Brasil cerca de 3000 autorizações judiciais⁵³ para a interrupção da gestação, entre alvarás de juízes e despachos de promotores. Há decisões autorizando a interrupção de gestação em todos os estados brasileiros, principalmente em São Paulo e Rio de Janeiro.

Para se requerer a autorização, é apresentado ao juiz da Vara um relatório médico explicando a gravidade da patologia e a sua descrição, além de exames de ultrasonografia com a avaliação de idade gestacional, avaliação psicológica e assinatura do casal. De modo geral, o tempo despendido entre o diagnóstico e o alvará judicial pode ultrapassar 30 dias. Após a autorização judicial, a paciente deverá retornar ao hospital a fim de ser internada e o parto induzido com medicamentos.⁵⁴ De acordo com Adauto Suannes, o pedido de interrupção de gravidez de feto anencéfalos consiste em uma “autêntica medida cautelar inominada”⁵⁵, uma forma de suprir a lacuna da lei com o objetivo de evitar lesão grave a gestante.

O primeiro alvará autorizando a interrupção de gestação de feto inviável foi proferido pela Comarca de Rio Verde do Mato Grosso, no Mato Grosso do Sul em 1991. Nessa ocasião, o juiz fundamentou a legitimidade do pedido de alvará alegando que se proíbe o aborto em decorrência do princípio de proteção à vida, de forma que, em casos de feto anencefálico, uma vez presente uma malformação que impede a sobrevivência, tal princípio não estaria sendo violado.

Outros alvarás, como é o caso do proferido pelo juiz de direito da Comarca de Londrina, Miguel Kfoury Neto em 1992⁵⁶, preocuparam-se em desvincular a interrupção da gravidez de feto inviável da interrupção eugênica de gestação a qual foi utilizada pela Alemanha nazista com o objetivo de “purificar a raça”.

Contudo, na maioria das sentenças, aplica-se o artigo 128, I, do Código Penal por analogia *in bonam partem*, argumentando-se que o prosseguimento de

⁵³ ANDALAF NETO, Jorge. **Anencefalia: a posição da FEBRASGO**. Disponível em: <http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/anencefalia_febrasgo.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2010.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ SUANNES, Adauto. Autorização para o abortamento. **IBCCRIM**. São Paulo, a. 4, n. 46, p. 2, set. 1996.

⁵⁶ Sentença prolatada em 19/12/1992 nos autos n. 112/92 que tramitou na 2ª Vara Criminal da Comarca de Londrina, no Paraná.

uma gravidez de um feto inviável acarretaria danos à saúde mental e física da gestante, comparando-se com o permissivo legal do estado de necessidade.

Há ainda fundamentações que ressaltam que a falta de previsão legal expressa não autoriza o Judiciário a deixar sem solução uma controvérsia, pois, as normas precisam de atualização constante para atender aos objetivos da sociedade contemporânea.

Por outro lado, o juiz Carlos Alberto Maluf, da Comarca de Tatuí (SP), em decisão proferida em 10.09.2009, valeu-se do argumento de que o legislador penal de 1940 ao permitir o aborto em casos de estupro e risco à vida da gestante, deixou de atribuir à vida do embrião, caráter absoluto. A vida do feto não teria relevância se comparada à vida da gestante ou ao sentimento desta por força de uma gravidez indesejada.

Outra tese é a da inexigibilidade de conduta diversa por parte da gestante já que manter a gravidez de um feto inviável se consubstanciaria em um tratamento desumano, que fere o princípio da dignidade humana.

O argumento mais atual, entretanto, vê a interrupção de gestação de feto anencéfalo como uma conduta atípica, visto que não haveria o bem jurídico vida a se proteger nesses casos pois, trata-se de um feto irreversivelmente condenado à morte.

Em todas essas possibilidades de fundamentação são reconhecidos os avanços tecnológicos que propiciaram a obtenção de diagnósticos seguros no que diz respeito às malformações fetais, como é o caso da anencefalia. Diante de tanta certeza médica, e do prognóstico morte do feto, seria desumano obrigar a mãe a manter-se grávida.

Entretanto, há casos em que o pedido é negado. De acordo com Débora Diniz, “são decisões arbitrárias, na maior parte das vezes fundamentadas em premissas religiosas pessoais do juiz ou do promotor e que são, equivocadamente, anunciadas como fundamentos jurídicos para negar o pedido (...) expressões como ‘sou um juiz vinculado a tal religião’ ou ‘minhas crenças religiosas não permitem autorizar um pedido de aborto são recorrentes nos processos cujas autorizações são negadas”.⁵⁷

⁵⁷ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 48-49

As autorizações são negadas em nome do artigo 128 do Código Penal, o qual não prevê a exclusão de ilicitude da interrupção de gestação de fetos anencéfalos, e a partir de crenças religiosas e individuais. De acordo com Diniz, “mesmo para os juízes e promotores pouco sensíveis à legalização do aborto, o aborto por anomalia fetal é uma situação tão especial que o mero apelo aos artigos do código penal que instituem a ilegalidade do aborto não basta para fundamentar o processo: é preciso sair à procura de fundamentos morais que estão além da lei, como é o caso das razões religiosas.”⁵⁸

2.4 A NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO DO CÓDIGO PENAL À REALIDADE EM QUE SE INSERE

Malformações congênitas e enfermidades hereditárias afetam cerca de 5% dos nascimentos⁵⁹. Um terço dessas malformações refere-se às anomalias cromossômicas, como é o caso da síndrome de Down em que há falta de emparelhamento dos cromossomos depois da fecundação, às anomalias gênicas e plurifatoriais que são provocadas pela mutação simultânea de vários genes. Outras anomalias se manifestam durante a embriogênese, e podem ser mais ou menos graves, nesse grupo de anomalias enquadra-se a anencefalia.

A verificação dessas deformidades ainda no processo de gestação tornou-se possível com o desenvolvimento das ciências médicas e biológicas. Hoje é possível saber, com grande grau de certeza, já nos primeiros meses de gravidez, se o feto é portador de alguma malformação fetal que inviabilize a sua vida extra-uterina. Essa possibilidade de diagnóstico precoce e com elevado grau de precisão, no entanto, não fazia parte da realidade da primeira metade do século XX quando o Código Penal brasileiro entrou em vigor. “Os tempos eram outros e a ciência médica ainda desconhecia a anatomia humana e ignorava os avanços que em pouco tempo se poderia atingir.” Sendo assim, é perfeitamente compreensível que o Código Penal de

⁵⁸ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p.49

⁵⁹ KARAM, Maria Lúcia. Debate sobre o aborto. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, a. 9, n. 14. p. 167

1940 não tenha previsto a interrupção de gravidez de feto inviável como uma hipótese de excludente de ilicitude. Sobre essa temática, Nelson Hungria afirmou:

Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas trouvailles dessa pretenciosa charlatanice que dá pelo nome de “eugenia”. Consiste esta em um amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. Eis a lição de Von Franqué: ‘Não há doença alguma da mãe ou do pai, em virtude da qual a ciência, de modo geral ou nalgum caso particular, possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que mereça, sem maior indagação, ser sacrificado... Os enfermos mentais, posto que capazes de reprodução, podem ter descendentes interinamente sãos e de alta espiritualidade. A grande maioria dos tuberculosos gera filhos perfeitamente sãos e até mesmo robustos.’⁶⁰

O texto de Hungria expõe o contexto da década de 40, quando cultura, hábitos e costumes eram outros. Hoje, não só os valores da sociedade modificaram, mas principalmente a ciência e a tecnologia, o que faz com que vários dispositivos do Código Penal de 1940, cuja parte especial vige até os dias de hoje, sejam considerados anacrônicos e não adequados à realidade em que se inserem.

A vida é dinâmica e, principalmente na sociedade moderna, é possível verificar que as mudanças ocorrem de forma muito rápida, não só os costumes, mas principalmente, no que diz respeito à ciência e a tecnologia. O Direito Penal, por ser um fenômeno histórico-cultural⁶¹, deve acompanhar todo esse desenvolvimento, ajustando-se às mudanças. Segundo Bitencourt⁶², esse ajuste só pode se dar a partir de métodos de interpretação, afirma o jurista: “vive-se esse turbilhão de mutações que caracteriza a sociedade moderna, e que reclama permanentemente atualização do direito positivo que, via de regra, foi ditado e editado em outros tempos, e somente pela interpretação do cientista ganha vida e atualidade, evoluindo de acordo com as necessidades e aspirações sociais, respondendo às

⁶⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 313-314.

⁶¹ De acordo com o jurista José Afonso da Silva, o Direito é um “fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido”. Ao se dizer que o Direito é um “fenômeno histórico-cultural” afirma-se que o Direito é fruto da história e da cultura de uma sociedade. É o resultado de como essa sociedade se desenvolve e se organiza ao longo do tempo. (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª Edição. Malheiros, 2007, p.33)

⁶² BITENCOURT, Cézár Roberto. **Atipicidade do aborto anencefálico**: respeito à dignidade humana da gestante. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15279/14843>>. Acesso em: 29 ago. 2010.

necessidades da civilização humana.” Portanto, é a hermenêutica que possibilita a sobrevivência e aplicação dos textos legais ao longo do tempo. Mesmo criados sob a influência de um padrão de vida de outro tempo, o magistrado, tendo em mente os avanços culturais, técnicos e científicos, adapta-os para a nova realidade, às situações que não foram imaginadas no momento de nascimento do preceito. Portanto, o aplicador do direito não deve ficar atento apenas ao momento de criação da norma, mas a todo o contexto do momento de sua aplicação.

CAPÍTULO III – A INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS: O AGIR LÍCITO

De acordo com o que foi exposto no capítulo I deste trabalho, resta evidente que não há qualquer possibilidade de sobrevivência do feto anencéfalo. A inexistência de vida nesses casos ainda encontra respaldo no próprio direito com a Lei 9434/97 que define o momento de constatação da morte para efeitos legais, qual seja, a falência encefálica. Sendo assim, não seria possível admitir vida em um feto que nem ao menos possui as estruturas cerebrais.

Por não haver vida, é possível concluir que a interrupção da gestação de fetos anencéfalos não poderia ser criminalizada pelo Direito Penal o qual deve preocupar-se apenas com fatos que provoquem lesão a bens jurídicos. Trata-se, portanto, de conduta atípica, como será demonstrado posteriormente.

No entanto, há quem considere que a vida extra-uterina, ainda que inviável, deva ser tutelada. Como defende Eduardo Gomes de Queiroz, “a Constituição Federal em nenhum momento amparou apenas a vida viável. Não cabe argumentar que os artigos do nosso Código Penal apenas tutelaram o bem jurídico vida viável. Mesmo que isso tivesse acontecido, tais normas não teriam sido recepcionadas por nossa Constituição.”⁶³

Entretanto, mesmo considerando a possibilidade de vida tutelável nesses casos e, conseqüentemente, a tipicidade da conduta, ainda assim, a gestante que interrompesse a gestação de um feto anencefálico não poderia ser punida.

Conforme o sistema tripartido de fato punível, o crime é definido como ação típica, antijurídica e culpável.⁶⁴ Dessa forma, na hipótese de se considerar que há vida tutelável nos casos de anencefalia, o que torna a ação típica, é possível afastar a punibilidade considerando os elementos da culpabilidade e antijuridicidade, como será analisado a seguir.

⁶³ QUEIROZ, Eduardo Gomes. Abortamento de feto anencéfalo e a inexigibilidade de conduta diversa: a influência das circunstâncias concomitantes no comportamento humano. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese. v. 7, n. 40, 2006, p. 79.

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p. 75.

3.1 A INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS COMO FATO AMPARADO POR EXCULPAÇÃO

A imposição de uma sanção não pode ser justificada apenas a partir da realização de uma conduta típica e antijurídica pelo autor. Ainda é necessário que haja a formulação da reprovação de sua vontade. A culpabilidade seria essa reprovabilidade da configuração da vontade, segundo Welzel.⁶⁵

O que se reprova é a escolha do agente em não deixar de realizar a conduta contrária ao direito mesmo podendo fazê-lo. No entanto, esse juízo só pode ser emitido quando, na situação concreta, não houver nada que interfira na vontade do autor, que o obrigue a tomar a decisão de violar o direito.

Conforme Cirino dos Santos⁶⁶, para o juízo de reprovação da culpabilidade do agente é necessário a sua imputabilidade, ou seja, deve reunir os atributos pessoais que o capacitem a saber o que faz. Além disso, o autor imputável deve ter consciência da antijuridicidade, que é o conhecimento real ou possível do injusto. E, por último, deve-se verificar a normalidade das circunstâncias do fato e se realmente o autor teve o poder de não fazer o que fez, o que determina a exigibilidade de conduta diversa.

Como afirma Bitencourt, “conhecer o injusto não é fundamento suficiente para se reprovar a resolução da vontade. Isto somente poderá ocorrer quando o autor, numa situação concreta, podia adotar sua decisão de acordo com esse conhecimento.”⁶⁷ Para isso, é necessário verificar se no momento da ação as circunstâncias eram normais e não impediram que o autor tomasse a sua decisão de forma voluntária. Somente a partir da normalidade das circunstâncias do fato que se pode exigir conduta diversa.

⁶⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Delpalma Editor, 1956, p. 148.

⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p. 276.

⁶⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **A tipicidade do aborto anencefálico: respeito à dignidade da pessoa humana**. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/articloe/viewFile/15279/14843>> Acesso em: 20 ago. 2010.

Se as circunstâncias forem anormais de forma que impossibilite o autor a determinar-se conforme o direito, ainda que este seja imputável e tenha consciência da antijuridicidade da conduta, constituir-se-á uma situação de exculpação, a qual pode excluir ou reduzir o juízo de exigibilidade de comportamento conforme o direito⁶⁸ afastando a culpabilidade.

3.1.1 Anencefalia e a inexigibilidade de conduta diversa

Nos casos de anencefalia, as circunstâncias são especiais e complexas. É inquestionável que o diagnóstico preciso da inviabilidade do feto é uma experiência angustiante para a mulher visto que não há possibilidades terapêuticas disponíveis de cura para esta má-formação. Ter de carregar em seu útero, por nove meses, um feto que não terá perspectiva de sobrevivência é uma situação que certamente provoca graves perturbações emocionais à mulher, idôneas a contagiar também seu grupo familiar, além de colocar sua saúde física em risco. Sendo assim, não seria possível exigir que a gestante mantenha sua gravidez diante de uma situação fática que lhe pressiona a agir em sentido contrário. Nesse sentido, Bitencourt afirma:

Não se pode reprovar o abortamento que a gestante possa pretender, pois, à evidência, outra conduta não se pode exigir de uma aflita e desesperada gestante. Seria social e juridicamente inadmissível, além de ferir o princípio da dignidade humana, exigir que a gestante, contra a sua vontade levasse a termo uma gravidez nessas circunstâncias.⁶⁹

Não haveria, portanto, reprovabilidade social nos casos de interrupção de gravidez de feto anencefálico, para o qual a ciência assegura a total impossibilidade de vida extra-uterina. A manutenção da gravidez, tendo-se em vistas as circunstâncias excepcionais, poderia ser definida como um tratamento desumano, o que, como observa Bitencourt, significaria a violação do disposto no artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual, ninguém poderá ser submetido a esse tipo de tratamento.

⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p. 324.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A tipicidade do aborto anencefálico: respeito à dignidade da pessoa humana**. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15279/14843>> Acesso em: 20 ago. 2010.

Dessa forma, verifica-se que a interrupção de gestação de fetos anencéfalos amolda-se nos requisitos necessários à exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que as condições que envolvem o caso são totalmente anormais. Há o vício de vontade da gestante, que não age de forma livre e desimpedida, de forma que se torna incabível censurá-la.

Quando uma gestante de posse de laudo médico assegurando-lhe que o feto que esta em seu ventre não tem cérebro e não lhe resta nenhuma possibilidade de vida extra-uterina, quem poderá, afinal, nas circunstâncias, censurá-la por buscar o abortamento? Com que autoridade moral o Estado poderá exigir dessa gestante que aguarde o ciclo biológico, mantendo em seu ventre um ser inanimado, que, quando a natureza resolver expeli-lo, não terá alternativa senão pranteá-lo, enterrá-lo ou cremá-lo?⁷⁰

Com relação ao médico que realiza o procedimento, deste também não seria possível exigir que agisse de outra forma, pois, como profissional da saúde, não poderia prolongar o sofrimento psíquico da gestante.⁷¹ Devido às circunstâncias anormais que envolvem a gestação de feto anencéfalo, não se poderia exigir, nem da gestante e nem do médico, conduta diversa da interrupção da gravidez.

3.2 A INTERRUPÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS COMO HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DE ANTIJURIDICIDADE

A juridicidade significa conformidade ao direito, ao passo que a antijuridicidade é a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto, não apenas com uma norma isolada.⁷²

O ordenamento jurídico é composto não só por proibições, que são os tipos legais que descrevem as ações realizadas ou omitidas, mas também por preceitos

⁷⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **A tipicidade do aborto anencefálico: respeito à dignidade da pessoa humana.** Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15279/14843>> Acesso em: 20/08/2010

⁷¹ QUEIROZ, Eduardo Gomes de. Abortamento de feto anencéfalo e a inexigibilidade de conduta diversa: a influência das circunstâncias concomitantes no comportamento humano. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 40, 2006, p. 86

⁷² WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal; uma introdução à doutrina da ação finalista.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51

permissivos ou autorizações que se constituem em justificações legais e supralegais que excluem a antijuridicidade do tipo legal em certas situações.⁷³

Portanto, a realização de uma conduta descrita no tipo é contrária à norma, mas nem sempre é antijurídica, pois, pode haver uma justificação que torne jurídica a sua realização.⁷⁴ O legislador descreve na norma penal a conduta que será antijurídica sendo que, excepcionalmente, declara lícita algumas situações, é o que se chama de justificação ou causa excludente de antijuridicidade⁷⁵, como é o caso da legítima defesa, do estado de necessidade, do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular do direito.

3.2.1 Estado de necessidade como causa de exclusão da antijuridicidade

De acordo com Cirino dos Santos⁷⁶, o estado de necessidade tem sido pensado ao longo da história sob três pontos de vista. O primeiro o trata como um espaço livre do direito, que tem como fundamento a impossibilidade do ordenamento jurídico disciplinar conflitos sem solução. A segunda vertente vê o estado de necessidade como uma justificação de conduta típica e tem por fundamento a preponderância ou equivalência de bens jurídicos. A terceira trata a questão como uma situação de exculpação e tem por fundamento a inexigibilidade de comportamento conforme o direito, nas hipóteses de bens jurídicos equivalentes.

A lei penal brasileira define o estado de necessidade exclusivamente como justificação, independentemente de ser o bem jurídico protegido superior ou equivalente. É o que está exposto no artigo 23, I, do Código Penal.

Assim como qualquer outra ação típica, as ações típicas justificadas também são constituídas de elementos subjetivos e objetivos. Portanto, não basta que ocorra

⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p. 219.

⁷⁴ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 2001, p. 51.

⁷⁵ A doutrina utiliza uma terminologia bem variada para denominar as causas excludentes de antijuridicidade, como excludente de ilicitude, causas de justificação, causas justificantes causas de exclusão de crime.

⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino. *Op. cit.*, 2007 p. 241.

objetivamente a excludente de antijuridicidade, é necessário que o autor tenha o dolo de agir autorizadamente, que tenha “consciência de agir acobertado por uma excludente.”⁷⁷ Os elementos objetivos estão compreendidos na *situação justificante*. Já os pressupostos subjetivos referem-se à *ação justificada*.

A *situação justificante*⁷⁸ do estado de necessidade compreende a existência de um perigo para o bem jurídico, que deve ser atual, involuntário e inevitável de outro modo, é o que dispõe o artigo 24 do Código Penal:

Art.24. Considera-se estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

A atualidade do perigo é uma necessidade de proteção imediata já que o seu adiamento implicaria em maior dano ou risco de dano ao bem jurídico. A involuntariedade diz respeito ao fato de que o perigo não deve ser provocado de forma intencional pelo autor. E, por último, quando se diz que o perigo deve ser inevitável de outro modo, significa que, diante da situação concreta, não há alternativa ao agente a não ser sacrificar um bem jurídico para evitar o perigo.

No caso da anencefalia, considerando-se a existência de vida tutelável, a conduta de interromper a gravidez do feto portador de tal malformação pode ser amparada por excludente de antijuridicidade, alegando-se estado de necessidade.

Nessa situação, ao se analisar os elementos da situação justificante, pode-se dizer que o perigo decorre da condição peculiar de gravidez que traz inúmeros riscos à gestante. Além dos riscos à saúde física da mulher, ainda há o transtorno emocional ou psicológico que acomete a gestante ao saber que o feto que carrega em seu ventre não possui nenhuma expectativa de vida.

Por conta destas complicações, é possível concluir que o estado de necessidade é configurado em decorrência do perigo à saúde física e psíquica da mulher ocasionado pela gestação de um anencéfalo. Tal perigo mostra-se atual, visto que o adiamento da interrupção da gestação implica em maior risco de dano à gestante. É involuntário, pois, a anencefalia é uma malformação congênita e sua

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p. 228.

ocorrência não é passível de controle. Também é inevitável de outra forma já que o único meio de proteger a saúde da mãe é através da interrupção de sua gestação, o que, considerando a existência de vida a ser protegida, implicaria em sacrifício de um bem jurídico.

Quanto à *ação justificada*, esta deve ser de proteção a um bem jurídico. Tem como requisitos ser necessária para afastar ou excluir o perigo e apropriada para proteger um bem jurídico produzindo a menor lesão a outros bens jurídicos alheios.⁷⁹

Para indicar a natureza necessária e apropriada da ação de proteção foram desenvolvidas três teorias, a do *fim*, a da ponderação de bens e a da ponderação de interesses. A teoria do *fim* afirma que as ações podem ser justificadas quando são realizadas para proteger bens jurídicos ameaçados. São ações definidas como “meio adequado para fins reconhecidos”. A teoria da *ponderação de bens* considera justificadas as ações lesivas de bens jurídicos de valor inferior para proteção de bens jurídicos de valor superior. Já a teoria da *ponderação de interesses* relativiza os critérios das teorias anteriores por condicionar a juridicidade da ação de proteção às circunstâncias concretas do fato, relacionadas aos bens jurídicos em conflito.

Sendo assim, a partir do critério do bem jurídico é possível fixar a preponderância de certos valores em relação a outros. Aqui se evidencia o fato de que nenhum bem pode afirmar-se com caráter absoluto, sendo necessário, em certos casos, realizar sua ponderação e harmonização.⁸⁰

Nas situações de interrupção de gravidez de feto portador de anencefalia é possível pensar em uma colisão de bens jurídicos. De um lado estaria a saúde física e psíquica da gestante e, de outro, a vida em formação.

A vida do nascituro é um bem protegido pela Constituição, no entanto, não recebe tratamento penal idêntico a da vida humana daquele que já nasceu, uma vez que representa apenas uma “expectativa potencial de surgimento de uma pessoa”⁸¹. Sendo assim, não é possível igualar a vida da mãe à vida do feto. Sobre este assunto, Roxin assinala:

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p. 219.

⁸⁰ FRANCO, Alberto Silva. Aborto por indicação eugênica. In BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI Ricardo Antunes (coords). **Estudo jurídicos em homenagem a Manuel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 95-96.

⁸¹ RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 98.

[...] se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar um homem, e que a simbiose com o corpo da mãe pode fazer surgir colisões de interesse que terão de ser resolvidas através de ponderações.⁸²

O próprio Código confere valor inferior à vida em formação ao punir o aborto de forma menos severa do que o homicídio, por exemplo. Além disso, permite que o feto seja sacrificado, no caso do aborto sentimental, independentemente de suas condições físicas, para salvaguardar a saúde psíquica e a honra da mulher. Com relação ao assunto, Franco assevera:

[...] em situações, singulares ou excepcionais, rigorosamente delimitadas, mostra-se perfeitamente adequado, do ponto de vista do respeito constitucional ao direito à vida, a não punibilidade do aborto com a exclusão da proteção penal do embrião ou do feto. As situações singulares ou de exceção são mais amplas do que as reconhecidas em relação à vida do já nascido (causas excludentes de ilicitude da legítima defesa, do estado de necessidade, etc.) porque se dá, sem dúvida, à vida humana independente, sob a ótica penal, um valor mais relevante do que a vida do não nascido. É evidente, assim, que, nas situações que venham a ser legalmente elencadas, o prosseguimento do processo de gestação se mostra, de antemão, como o valor de grau inferior.⁸³

Se nos casos em que se pondera a vida da mãe com relação à vida do feto saudável, já se dá predominância para o primeiro, obviamente que quando se trata de um feto anencéfalo, que não possui chances de sobrevivência fora do útero materno, o bem jurídico vida ou a saúde física e psíquica da gestante continuam a preponderar.

Trata-se aqui de um feto com má-formação incompatível com a vida. Não há dúvidas que a saúde física e mental da gestante é bem jurídico de valor superior que, em situação de conflito com a precária vida de um feto anencéfalo, merece ser preservado.

Para que haja a proteção da gestante, a *ação necessária* é a interrupção da gestação, único meio para se afastar o perigo de lesão à saúde da mulher.

A interrupção de gestação de fetos anencéfalos é uma situação que se mostra perfeitamente adequada à exclusão de antijuridicidade, mas que, no entanto,

⁸² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 171.

⁸³ FRANCO, Alberto Silva. *Op.cit.*, 1992, p. 96.

não foi incluída no rol de excludentes de antijuridicidade do delito de aborto do Código Penal.

Apenas estão previstas duas excludentes de antijuridicidade para o crime de aborto, são os casos de gravidez decorrente de estupro ou que ofereça risco de vida à gestante. Nas duas situações, a prática do aborto ocorre independentemente das condições físicas do feto. Ora, se o legislador privilegiou a vida da gestante em detrimento da expectativa de vida do feto, ainda quando esta se mostra totalmente viável, não haveria sentido negar a proteção à mulher em face de um feto com deformações tão graves que lhe impossibilitam a vida extra-uterina.

A não inclusão do “aborto” de fetos inviáveis como excludente de antijuridicidade pode ser atribuída ao fato de que na década de 40, momento da promulgação do Código Penal, os diagnósticos não possibilitavam ainda a detecção de anomalias fetais no período de gestação. Atualmente, considerando que o exame pré-natal oferece, com grande grau de certeza, o diagnóstico de inviabilidade do feto, não haveria motivo para não se admitir a interrupção de gestação nesses casos.

Aqui vale ressaltar que é praticamente impossível que a lei consiga abarcar todas as situações em que determinadas condutas poderiam justificar-se perante a ordem jurídica.⁸⁴ Isso em virtude da natureza dinâmica das relações sociais, que exige a contextualização do direito ao seu momento histórico. Sendo assim, é fundamental que o aplicador do direito interprete a norma de acordo com a realidade em que se insere, considerando os avanços e as aspirações sociais. A partir disso é que, nos casos de anencefalia, tem-se, através da analogia *in bonam partem*, realizado interpretação extensiva das excludentes antijuridicidade do aborto, incisos I e II do artigo 128 do Código Penal, aplicando-as aos casos em que há comprovação da inviabilidade de vida extra-uterina do feto.

A analogia *in bonam partem* ou *intra legem*, é, contrariamente à analogia *in malam partem*, aquela favorável ao réu, “sendo permitida pelo princípio da legalidade, sem nenhuma restrição: nas justificações, nas exculpações e em qualquer hipótese de redução da punibilidade do comportamento humano”.⁸⁵

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 250.

⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p. 22

Ao se aplicar a analogia aos casos de gestação de fetos anencéfalos estar-se-ia beneficiando a gestante, que teria sua dignidade e integridade física e mental preservada, sem danos ao feto, visto que se trata de um ser destituído de perspectiva de vida. O sofrimento da mãe é abreviado sem, no entanto, haver o sacrifício da vida do feto, como o corre nos casos previstos no Código de exclusão de antijuridicidade.

CAPÍTULO IV – O CRITÉRIO DO BEM JURÍDICO: A INTERRUPÇÃO DE GESTAÇÃO DE ANENCÉFALOS COMO UM FATO ATÍPICO

4.1 AUSÊNCIA DE CRIME POR ATIPICIDADE

O crime de aborto pressupõe a existência de vida humana intra-uterina, de qualquer forma de intervenção nessa vida em formação e de um resultado “morte”, fruto dos atos interventivos.⁸⁶

A discussão com relação ao momento do desenvolvimento da vida intra-uterina, no qual deve recair a tutela penal, mostra-se irrelevante quando se trata de anencéfalos. Isso porque tal anomalia decorre de um processo patológico que acomete o feto ou embrião, ainda na fase de gestação, e que, irreversivelmente o condena à morte.

A anencefalia, como já foi exposto, significa a ausência dos hemisférios cerebrais no feto, o que impossibilita o desenvolvimento de atividade cerebral, propriamente dita. Sem o funcionamento de cérebro, o feto, caso sobreviva até o parto, permanecerá em estado vegetativo por pouquíssimo tempo, até o seu perecimento total.

O quadro apresentado por fetos anencefálicos aproxima-se do critério de morte cerebral, o qual pode ser extraído da lei n. 9434/97 que autoriza a realização de transplante de órgãos quando constatada a falência encefálica.

Há, no entanto, parte da doutrina que não vê coincidência entre o critério de morte encefálica estabelecido na lei e os casos de anencefalia, principalmente em virtude da presença de tronco cerebral nos anencéfalos.

Entretanto, a atividade do tronco cerebral, que mantém algumas funções mecânicas como a respiração do anencéfalo, também vem a perecer em um limite temporal absolutamente curto, tendo em vista a sua dependência com relação à atividade cerebral. Além disso, como ressalta Hootf, essa “vida biológica, controlada principalmente pelo tronco cerebral não é unicamente humana, porque comparte

⁸⁶ FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 833, mar. 2005, p. 415.

suas características com não-humanos”⁸⁷. Hootf quis enfatizar que a vida biológica é condição necessária, mas não suficiente para a vida humana. Sem a consciência, proporcionada pelos hemisférios cerebrais, a vida da pessoa desaparece, permanecendo apenas um corpo biológico.

A partir dessas constatações é que a doutrina mais atual vem defendendo a tese segundo a qual a conduta de interromper a gestação de fetos anencefálicos seria atípica, tendo em vista a inexistência de vida intra-uterina, bem jurídico tutelado no delito de aborto.

4.1.1 O bem jurídico como critério necessário para a criminalização

Conforme Welzel, bem jurídico é todo “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente.”⁸⁸

Luiz Régis Prado conceitua o bem jurídico como “um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou meta individual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido”.⁸⁹ Destaca, portanto, que o bem surge da experiência concreta da vida, sobre a qual incide juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Como assinala Pérez Luño *apud* Prado, os bens jurídicos estão “historicamente vinculados à experiência humana, têm uma objetividade e uma universalidade que possibilitam sua generalização, através da discussão racional e o consenso, e sua concreção em postulados axiológicos materiais.”⁹⁰

⁸⁷ HOOTF, Pedro Frederico. **Anencefalia e interrupción Del embarazo: um a visión integradora a La luz de a bioética y los derechos humanos.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 347-403.

⁸⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general.** Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 15.

⁸⁹ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constitucional.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 52.

⁹⁰ PÉREZ LUÑO, ANTONIO E. *apud* PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constitucional.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 49-50.

Conforme as teorias jurídicas e criminológicas modernas, os bens jurídicos protegidos são selecionados por critérios político-criminais fundados na Constituição, que se constitui no fundamental documento do moderno Estado Democrático de Direito. Ou seja, o legislador ordinário define os objetos que receberão proteção penal a partir de valores exaltados pelo texto constitucional. Este quadro axiológico, extraído pelo constituinte da própria experiência social, servirá de diretriz para a incriminação ou não de condutas.

Podemos verificar, ao longo da Constituição, a quais valores sociais o Constituinte dedicou maior interesse como, por exemplo, à vida, à integridade e à saúde corporal, à honra, à liberdade individual, ao patrimônio, à sexualidade, à família, à incolumidade, à paz, a fé e à administração pública.

Comporta observar que nem todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República são protegidos penalmente. O direito penal estabelece as sanções mais gravosas do ordenamento jurídico e, por isso, a proteção penal deve ser de natureza subsidiária e fragmentária.⁹¹ Subsidiária por ser apenas aplicada em última *ratio*, ou seja, apenas quando não houver outra forma suficiente de tutelar um bem. E fragmentária justamente por não atingir a todos os bens extraídos da Constituição, mas somente àqueles de maior relevância ao interesse da comunidade⁹², como a vida. Para esses casos em que o bem requer uma tutela penal, elabora-se um tipo penal e o bem jurídico passa a ser penalmente tutelado.⁹³

Como afirma Zaffaroni e Pierangeli, o bem jurídico desempenha papel central na teoria do tipo⁹⁴, pois, uma conduta somente é típica quando há lesão real ou a ameaça de lesão a esses bens, o que leva ao desencadeamento de conseqüências previstas no Código Penal, quais sejam, penas criminais ou medidas de segurança.

Segundo os mesmos autores, a imprescindibilidade do conceito de bem jurídico refere-se à necessidade de se atribuir um sentido e limitação à proibição

⁹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p 05.

⁹² *Ibidem*, p.5.

⁹³ ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI J.H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 432.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 439.

manifestada no tipo penal. Esta função seria necessária para manter o direito penal dentro dos limites da racionalidade.⁹⁵

Pode-se dizer que o conceito de bem jurídico constitui uma garantia política irrenunciável do Direito Penal moderno dentro de um Estado Democrático de Direito. Ao se individualizar e delimitar a matéria que será objeto da tutela penal, estabelecem-se limites à atividade punitiva do Estado. A partir desse critério, são delineados contornos precisos quanto às hipóteses sobre as quais o Estado pode intervir, impedindo a criação de figuras delitivas que agridam a dignidade humana.

Segundo Cirino dos Santos, bem jurídico é um conceito necessário para o Estado Democrático de Direito, como critério de criminalização de condutas e também objeto de proteção penal.⁹⁶ Como critério de criminalização, restringe o poder punitivo do Estado, já que este só poderá intervir e aplicar penas a fatos lesivos a bens considerados relevantes. Há uma limitação na atividade do legislador em razão de valores constitucionais imperantes. Assim, evita-se que o Estado aja arbitrariamente, de acordo com seus próprios interesses.

Por outro lado, o bem jurídico também constitui objeto de proteção do direito penal. Ao se voltar, exclusivamente, à proteção de bens jurídicos constitucionalmente apontados, afastam-se as concepções vazias que vêem o direito penal como meio para assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, no sentido de garantir expectativas normativas.⁹⁷

A opção pela proteção de bens jurídicos constitucionalmente apontados ainda é necessária para a construção de um direito penal mais democrático, e o caminho para uma criminalização mínima de condutas. A utilização do Direito Penal para outros propósitos leva a uma desmedida extensão do poder punitivo do Estado através de uma excessiva criminalização de condutas. Isso faz com que ocorram graves injustiças, além de afastar princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana.

⁹⁵ ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI J.H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 443.

⁹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p.14-15.

⁹⁷ Conforme JAKOBS, G. *In*. SANTOS, Juarez Cirino dos. **“Liber Amicorum – Homenagem ao professor doutor Antônio José Avelãs Nunes”**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 541 *et seq.*

É o que se pode verificar no caso da criminalização da interrupção de gestação de fetos anencéfalos. Essa é uma evidência da injustiça promovida pelo fato de o Direito Penal não se restringir à defesa bens jurídicos constitucionalmente apontados, assumindo outras funções dentro da sociedade como a de servir de instrumento de conservação de valores morais.

Ainda, deve-se ressaltar que o critério do bem jurídico aproxima-se do princípio da secularização, o qual desqualifica qualquer tipo de criminalização de condutas imorais estabelecendo, político-criminalmente, um programa de intervenção mínima.⁹⁸

Ao voltar-se exclusivamente à proteção de bens jurídicos, o direito penal afasta a interferência do Estado da esfera da vida privada, campo em que são encontrados aspectos relacionados à moral, à convicção humana, aos sentimentos, à fé e a consciência individual. Com isso, o Estado afirma um caráter laico e plural, o que garante ao indivíduo a possibilidade de ter sua identidade pessoal com total liberdade.⁹⁹

Portanto, um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania popular, e que tem como premissa a laicidade e pluralidade suas ações, deve utilizar seus meios punitivos apenas para tutelar bens de extrema importância para o indivíduo e para a sociedade, e nunca para a “instauração ou reforço de ordenações axiológicas, transcendentais de caráter religioso, moral, político, econômico, social ou cultural”¹⁰⁰. Um Estado laico deve respeitar as opções de vida de cada pessoa, não sendo permitida a imposição de determinadas concepções morais a toda a população.

Violações puramente morais não conformam lesão de um autêntico bem jurídico e por isso não podem ser consideradas crimes. Nesse sentido, afirma Adel El Tasse, “se a existência, a estrutura e a finalidade do tipo acham-se vinculados ao bem jurídico protegido, são a presença deste e a verificação de ataque a ele

⁹⁸ CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.29.

⁹⁹ TASSE, Adel el. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v.5, n. 27, p. 31.

¹⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.70.

imprescindíveis para que se possa falar na criminalização da conduta e fazer incidir as conseqüências penais do delito.”¹⁰¹

Não há que se falar em tipificação da conduta se não houver lesão a um valor constitucionalmente estabelecido. Bem jurídico é fundamento para a existência do tipo e sua ausência implica na inexistência de conduta juridicamente relevante.

4.1.2 A ausência do bem jurídico “vida” e da tipicidade na interrupção de gestação de feto anencéfalo

Com relação ao crime de aborto, o objeto da proteção legal é a vida intra-uterina. Os tipos penais previstos nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal pátrio, todos relativos à prática do aborto, oferecem tutela essencialmente sobre a vida do ser humano em formação.

Ao punir o aborto, o Direito Penal está, efetivamente, punindo a frustração da expectativa de surgimento de uma pessoa. Sendo assim, é possível concluir que o objeto material do crime de aborto só pode ser um embrião ou feto humano vivo, com capacidade fisiológica de ser uma pessoa. De acordo com Domingos Barroso da Costa, “garante-se proteção jurídica ao feto vivo para que este tenha condições de vir ao mundo e tornar-se um indivíduo capaz de ampliar as suas potencialidades enquanto tal”.¹⁰²

Entretanto, há casos em que o feto apresenta deformações incompatíveis com a vida e insanáveis, o que leva a inviabilidade fetal. É o que ocorre no caso de fetos anencéfalos.

A anencefalia consiste em um distúrbio que impede o fechamento do tubo neural o que faz com que o cérebro do embrião fique exposto ao líquido amniótico que dissolve a massa encefálica, impedindo o desenvolvimento dos hemisférios e do córtex cerebral. Disso decorre a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, restando

¹⁰¹ TASSE, Adel el. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v.5, n. 27, p. 33.

¹⁰² COSTA, Domingos Barroso. Sobre a atipicidade da interrupção da gestação de feto anencéfalo. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, a. 13, n. 152, jul. 2002, p. 13.

apenas funções vegetativas decorrentes do tronco cerebral. O embrião, em virtude dessa enfermidade física, está irreversivelmente condenado à morte. Em mais da metade dos casos, os fetos não resistem à gestação, os poucos que resistem até o momento do parto sobrevivem por poucas horas fora do útero.

Diante das constatações médicas a respeito da anencefalia, são pertinentes as palavras de Domingos Barroso sobre o assunto:

Como se admitir que o feto anencéfalo tenha condições de vida, se as deformações constatadas em seu precário desenvolvimento indicam tratar-se de um ser que possui tão-somente resíduos do tronco cerebral, geralmente com hemisférios cerebrais e cerebelo ausentes? ¹⁰³

Não há condições para um feto anencéfalo se desenvolver. Se a morte não ocorrer durante a gestação, ocorrerá durante o parto ou logo após o nascimento, não havendo meios para reverter esse quadro.

Além disso, a questão guarda similitude com o critério de morte encefálica estabelecida pelo legislador penal na Lei n. 9434/97. Considerando que a própria lei reconhece como critério de morte a falência encefálica, na qual se verifica a lesão ou deterioração irrecuperável do cérebro, não se poderia atribuir vida ao feto que nem ao menos possui as estruturas cerebrais. Com relação ao assunto, assinala Bitencourt:

O entendimento do legislador brasileiro, não há dúvida alguma, seguindo a evolução médico-científica, reconhece que a 'morte cerebral' põe termo à vida humana. Ora, se a 'morte cerebral' significa a morte, ou se preferirem, ausência de vida humana, a ponto de autorizar o 'esquartejamento médico' para fins científico-humanitários, o que poderá dizer de um feto que, comprovado pelos médicos, nem cérebro tem? ¹⁰⁴

Se não há atividade cerebral em um feto anencéfalo e, portanto, vida, interromper a gravidez da gestante nesses casos não implicaria na configuração do crime de aborto, pois não haveria o bem jurídico objeto de tutela desse tipo penal.

Para que um aborto seja caracterizado, é indispensável que o feto seja viável, pois, esta conduta deve ser a causa do óbito fetal. Como destaca Bitencourt, o crime de aborto deve pressupor "gravidez em curso e é indispensável que o feto

¹⁰³ COSTA, Domingos Barroso. Sobre a atipicidade da interrupção da gestação de feto anencéfalo. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, a. 13, n. 152, jul. 2002, p.13.

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A atipicidade do aborto anencefálico: respeito à dignidade humana da gestante**. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewArticle/12644>. Acesso em: 15 ago.2010.

esteja vivo, e ainda que a morte do feto seja resultado direto de manobras abortivas.”¹⁰⁵ No caso de anencéfalos, embora haja gravidez em curso, a morte do feto é conseqüência de uma grave patologia que lhe impossibilita a sobrevivência. É um fato natural e inevitável, de modo que não decorre de uma intervenção externa.

Na hipótese em apreço trata-se de um feto inviável, destituído de qualquer possibilidade de vida extra-uterina e, por isso, não há o que preservar. Como já foi exposto anteriormente, o fundamento de existência do tipo é o bem jurídico tutelado pela norma penal, de forma que a inexistência de, no mínimo, risco de lesão a este faz com que se esteja diante de uma hipótese de atipicidade. Por não haver ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma de aborto, pode-se concluir pela atipicidade da interrupção de gestação de fetos anencéfalos, uma vez que este procedimento “somente antecipa um fato natural e certo: o óbito do feto logo após o seu nascimento.”¹⁰⁶ Com relação à atipicidade da conduta, assevera Busato:

[...] dentro das finalidades a que se propõe o Direito Penal – proteção seletiva de bens jurídicos -, não há porque fazer incidir a norma incriminadora. Do ponto de vista penal, não há aflição do bem jurídico protegido, e do ponto de vista técnico, médico, não há vida assim compreendida, e do ponto de vista social, antes de causar repulsa, a interrupção da gravidez, na espécie, é compreensível e provoca a reflexão a respeito da maculo psicológica que representa para os pais levarem a cabo uma gravidez como esta, com a certeza de um final trágico. O Direito Penal não pode trabalhar com o escopo de, pela inflexibilidade, tornar-se cruel.¹⁰⁷

Não se trata de crime, portanto, e sim de um procedimento terapêutico, que em nada se assemelha ao aborto, realizado em nome da higidez mental e física da mulher. Pode-se dizer que a dignidade da gestante é o único bem a ser preservado nesses casos.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A atipicidade do aborto anencefálico: respeito à dignidade humana da gestante.** Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewArticle/12644>. Acesso em: 15 ago.2010.

¹⁰⁶ TESSARO, Anelise. O debate sobre a descriminalização do aborto: aspectos penais e constitucionais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais a. 16, n. 74, set./out. 2008, p. 71.

¹⁰⁷ BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. v. 836, jun. 2005, p. 396.

CAPÍTULO V - UM ENFOQUE CRÍTICO AO SISTEMA PENAL

5.1 A RELATIVIDADE DO CONCEITO DE CRIME

O controle social realizado pelo Estado é feito através da seleção de algumas condutas consideradas negativas e conflituosas, que serão qualificadas como crimes a partir da incidência da lei penal. Portanto, é possível concluir que crime não é um conceito natural, mas sim, fruto de uma decisão política. Com relação ao assunto, afirma Hulsman:

O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento e uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado etc.? Você não descobrirá qualquer denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato de elas serem definidas como 'crimes' resulta de uma decisão humana modificável (...). É a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o criminoso.¹⁰⁸

Aquilo que será considerado crime pode sofrer variações no tempo e no espaço. É o caso das relações homossexuais que, por um longo tempo, foram criminalizadas em diversos países da Europa.

Karam¹⁰⁹ lembra ainda que, além dessa relativização do crime no tempo e no espaço, podem ocorrer situações em que duas condutas de mesma natureza recebam tratamento diferenciado no mesmo tempo e espaço. Condutas que são criminalizadas podem ser naturalmente iguais a outras condutas que, no entanto, ficam de fora da intervenção do sistema penal. É o caso da utilização de bebida alcoólica ou de tabaco. As duas substâncias são maléficas à saúde e possuem a mesma natureza de substância psicoativa que a maconha, por exemplo, entretanto, não são criminalizadas as pessoas que as consomem. Vale lembrar que a maconha,

¹⁰⁸ HULSMAN, Louk. **Penas perdias**. Niterói, Luam 1993, p. 63-64.

¹⁰⁹ KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. in: PASSETTI, Edson(org). **Curso Livre de Abolicionismo Penal**, Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 73.

nos primeiros anos do século XX, já foi considerada uma droga licita sendo vendida livremente nas farmácias. Assim como o álcool que já foi considerado uma droga ilícita no período da Lei Seca, nos Estados Unidos.

Com relação à prática do aborto, também nem sempre foi objeto de incriminação. Sabe-se que o ato era comum entre os povos antigos. Entre os hebreus punia-se o aborto que era praticado mediante violência apenas, foi somente depois da lei mosaica que a interrupção de gravidez passou a ser considerada um ato ilícito. Na Grécia, a prática do aborto também era comum e difundida por todas as camadas sociais.¹¹⁰ Já os romanos, no início, não criminalizavam o aborto pois consideravam que o produto da concepção era uma parte do corpo da gestante, e não um ser autônomo, sendo assim, a mulher que praticasse o aborto, estava dispondo de seu próprio corpo. Posteriormente, no entanto, o ato tornou-se ilícito porque passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole. Mas foi com o advento do cristianismo que, sob influência religiosa, a reprovação social do aborto consolidou-se de forma que a figura do aborto foi identificada à do homicídio.¹¹¹

No direito canônico da Idade Média, a questão girava em torno da “perda da alma” do nascituro, que morria sem batismo. Santo Agostinho dizia que o aborto só era crime quando o feto já tivesse alma, o que acreditava ocorrer 40 ou 80 dias depois da concepção.

A partir desse breve histórico, é possível ver claramente a influência da igreja na formulação da punibilidade do aborto. Essa influência ainda está presente, principalmente, em grande parte dos países latino-americanos onde há mais leis restritivas ao aborto e mais resistência a qualquer modificação, como é o caso do Brasil, que possui um perfil incriminador do aborto desde as primeiras formulações jurídicas.¹¹²

A partir da década de 1950, diversos países centrais, e alguns poucos países periféricos, passaram a legalizar a prática do aborto. Hoje mais de duas em cada quatro mulheres vivem em países onde não se proíbe a prática. Nos países

¹¹⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 279.

¹¹¹ *Ibidem*. p. 271-272.

¹¹² BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 132-133.

periféricos, cerca de 55% das mulheres estão livres da proibição. Já nos países centrais, este percentual sobe para 86%.¹¹³

Estas considerações ilustram o caráter puramente político da seleção de condutas que, apresentadas como conflituosas ou socialmente negativas, são chamadas de crimes. No entanto, aquilo que é considerado crime em um lugar, pode não ser em outro. Assim como aquilo que já foi considerado crime no passado, pode não mais o ser.

5.2 AS CONSEQUÊNCIAS DA PUNIBILIDADE: CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA DA REAÇÃO SOCIAL

As proposições da Criminologia da Reação Social mostram-se como uma reação à Criminologia Tradicional, dentre estas, a Positivista. Esta Escola, que procurou dar enfoques etiológicos e explicações causais para a criminalidade, estudou o crime como se ele existisse objetivamente, como se fosse uma realidade ontológica pré-constituída.¹¹⁴ Da mesma forma, entendia que as normas e os valores sociais que os indivíduos transgridem, seriam universalmente compartilhados, imutáveis e racionais.

No entanto, para a Escola da Reação Social, tais suposições ignorariam o fato de que o desvio é produzido pela sociedade a partir de criação de regras cuja infração constitui esse desvio. Esta escola deixou estabelecido que a causa do delito é a lei e não quem a viola.¹¹⁵ O crime seria fruto de uma decisão política que transforma condutas lícitas em ilícitas mediante a criação de uma norma. Portanto não seria algo que precede às definições, mas sim, uma realidade constituída.

¹¹³ KARAM, Maria Lúcia. Debate sobre o aborto. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. a. 9, n.14, Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.169.

¹¹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 40.

¹¹⁵ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.99.

Conforme Becker, o comportamento considerado desviante é consequência de imposições de regras de acordo com o ponto de vista daqueles que detêm poder político e econômico. Nesse sentido, assinala:

[...]as pessoas estão sempre, de fato, impondo suas regras as outras, aplicando-as mais ou menos contra a vontade e sem o consentimento desses outros (...) aqueles grupos cuja posição social lhes dá armas e poder são mais capazes de impor suas regras. Distinções de idade, sexo, etnicidade e classe estão todas relacionadas a diferenças em poder, o que explica diferenças no grau em que grupos assim distinguidos podem fazer regras para outros.¹¹⁶

Estas regras, no entanto, são direcionadas a determinados indivíduos na sociedade, geralmente pertencentes às classes subalternas, que recebem o *status* de criminosos, sendo rotulados como desviantes. Dessa forma, conclui-se que o crime seria um fenômeno político e o criminoso um membro de grupos minoritários induzidos a agir contra a lei por grupos majoritários que instrumentalizam o direito.

Tudo isso confluiria no chamado “processo de criminalização” que, de acordo com Aniyar¹¹⁷, ocorreria em três direções. A primeira seria a *criminalização de condutas* em que são convertidas condutas lícitas em ilícitas mediante criação de uma lei penal. O segundo momento seria o da *criminalização de indivíduos*, que consiste em rotular como criminosas determinadas pessoas ao invés de outras, mesmo que todas tenham praticado o mesmo ato. Por último, a *criminalização do desviante* que seria um efeito da aplicação do rótulo que transformaria o simples desviante em um criminoso.

A *criminalização do desviante* é o foco central da teoria da rotulação. Segundo esta, os rótulos induziriam a um comportamento de acordo com o conteúdo do mesmo. A consequência da aplicação de regras e sanções aos indivíduos seria uma decisiva mudança de identidade social destes que ocorre logo no momento em que é introduzido o *status* de desviante.¹¹⁸

Este processo configura os conceitos de “desvio primário”, que é o processo de criação das regras e, conseqüentemente, dos crimes, e de “desvio secundário” o

¹¹⁶ BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008, p. 29-30.

¹¹⁷ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.103.

¹¹⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p 89.

qual se origina do primeiro por induzir o indivíduo a comportar-se conforme o papel que lhe foi dado, inserindo-o de uma forma mais ou menos definitiva em uma carreira de crime.

Toda essa questão coloca em dúvida a concepção reeducativa da pena. Como afirma Baratta, as penas detentivas não teriam um efeito reeducativo sobre o delinqüente, apenas consolidariam a identidade desviante do condenado.¹¹⁹ “As formas desviantes de comportamento muitas vezes extraem o seu alimento das mesmas agências que foram criadas para inibi-las.”¹²⁰ Ou seja, ao invés de inibir condutas conflituosas, como promete, o sistema acaba por reproduzi-las.

5.3 O PROCESSO DE DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

A criminalidade pode ser entendida como um status atribuído a alguns indivíduos pelo poder de outros, através da criação e aplicação da lei penal o que é realizado a partir de um processo seletivo estruturado sobre a estratificação social e o antagonismo de classes.

De acordo com Baratta¹²¹, essa lógica do sistema penal acabaria por violar o princípio da igualdade do direito penal, pois, não é igual para todos já que o status de criminoso é distribuído de forma desigual entre os indivíduos. Além disso, diferentemente do que é declarado, não seriam protegidos todos e somente os bens jurídicos essenciais, tendo em vista que ao punir condutas lesivas a tais bens o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário.

O direito penal tem como objetivo declarado, nas sociedades contemporâneas, a proteção de bens jurídicos constitucionalmente estabelecidos.¹²² Estes bens são valores considerados de extrema relevância para a sociedade, como

¹¹⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 90.

¹²⁰ ERICKSON, E.H. *apud* CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.105.

¹²¹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, 2002, p. 162.

¹²² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral, 2 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007,p. 4.

a vida e o patrimônio, que, ao serem lesionados, desencadeiam a proteção penal através da aplicação das mais graves sanções do ordenamento jurídico, como é o caso da pena restritiva de liberdade.

No entanto, como identifica o discurso crítico da Criminologia Radical, tal finalidade seria apenas uma ideologia que encobre os objetivos reais do direito penal que é o de instituir e reproduzir a estrutura de classes da sociedade, as condições materiais da vida social, protegendo interesses e necessidades da classe dominante.¹²³

Esse objetivo é alcançado através de privilégios concedidos pelo sistema penal aos grupos sociais hegemônicos, que consistem em imunizar do processo de criminalização aquelas condutas lesivas e que estão relacionadas ao processo de acumulação capitalista. Ao mesmo tempo, o direito penal tende a direcionar toda a sua intervenção às classes subalternas formadas pelos excluídos e destituídos de poder dentro de uma formação social capitalista. Criminaliza as classes inferiores transformando em tipos penais condutas próprias desses segmentos.

Com relação a esta questão, afirma Alessandro Baratta:

[...] o direito penal [...] tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamento descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e distribuição capitalista, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.¹²⁴

Portanto, o direito penal ao propagar sua função de garantir o bem comum e a ordem social justa através da proteção de bens jurídicos, o que faz através das definições legais de crimes, na realidade, acaba protegendo interesses e necessidades das classes dominantes através de uma proteção seletiva de bens jurídicos. E, simultaneamente, pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal, que serão, preferencialmente, aqueles destituídos de poder dentro da

¹²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**, 2 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 7.

¹²⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

sociedade, ou seja, os marginalizados, pertencentes às classes sociais desfavorecidas.

5.3.1 Fins e fundamentos da pena: a produção de injustiça

De acordo com Cirino dos Santos, a função declarada do direito penal é legitimada pelo discurso da *teoria jurídica do crime*, que constitui um critério de racionalidade construído com base na lei penal, e pelo discurso oficial da *teoria jurídica da pena*, fundado nas funções de retribuição, prevenção especial e prevenção geral atribuídas à pena criminal.¹²⁵

Aquilo que distingue o direito penal dos demais ramos do direito é a aplicação de uma sanção que se constitui na pena. Algumas teorias já tentaram fundamentar essa reação punitiva, é o caso da pena como retribuição e como prevenção, esta com suas variáveis, prevenção especial e prevenção geral negativa ou positiva.

Para a teoria da prevenção geral negativa, a pena não se dirige apenas ao criminoso, mas também a toda a comunidade, com a finalidade de dissuadir os eventuais infratores da prática de novos delitos. No entanto, a história demonstra que esse efeito dissuasório nunca se comprovou. A simples existência de leis penais não evita a ocorrência de fatos qualificados como crimes, tanto é que, com o passar dos tempos, fatos conflituosos apenas se multiplicaram e tornam-se mais sofisticados. Não é a ameaça da pena que faz com que alguém deixe de realizar um crime. Em decorrência dessa constatação, substituiu-se a idéia de prevenção geral negativa, pela idéia de prevenção geral positiva¹²⁶. Desenvolvida por Günter Jakobs para legitimar a pena criminal, fundamenta-se na afirmação da validade das normas, obtida por meio da justa retribuição ao delinqüente. É uma demonstração de vigência da norma à custa de um responsável, uma reação contra fática dotada de

¹²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p.10.

¹²⁶ Jakobs dividiu o Direito Penal em dois sistemas diferentes, propostos para compreender duas categorias de seres humanos, os cidadãos e os inimigos. Sua teoria *geral da pena como prevenção geral positiva* serve para os cidadãos. A pena para o inimigo seria aplicada antecipadamente, como uma custódia de segurança. É uma pena que pretende prevenir ao invés de reprimir.

significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição ao fato passado do crime, cuja negação da validade da norma a pena pretender reprimir¹²⁷.

Como conclui Maria Lúcia Karam, essas duas teorias acabam transformando pessoas em instrumentos que serão utilizados ou para dissuadir os outros da prática de crimes, ou para demonstrar a vigência da norma a partir do cumprimento da pena. “A pessoa converte-se em suporte de uma reação simbólica, cujos fins a ultrapassam e para cuja realização passa a constituir unicamente um instrumento.”

128

A teoria da prevenção especial, diferentemente da geral, é voltada para o autor do crime, e não para a comunidade. Para essa teoria, a aplicação da pena tem o objetivo de evitar que a pessoa volte a delinquir. Trabalha-se com a idéia de ressocialização do indivíduo através da aplicação da pena. Idéia esta que parece ilógica, visto que é impossível pensar que uma pessoa possa ser ressocializada e reintegrada à sociedade afastando-se desta.

Já as tradicionais teorias retribucionistas propagam que a imposição da pena tem a exclusiva tarefa de fazer justiça, ou seja, que um mal deve ser recompensado com outro mal. No entanto, como diz Karam¹²⁹ “se o mal é algo que se deseja ver afastado ou evitado, por que se deveria produzi-lo, por que se deveria insistir nele como pena?”

Entretanto, todas as teorias que tentam legitimar a pena, como denuncia a criminologia, servem apenas para esconder suas funções reais de manifestação, manutenção e reprodução de poder. Como afirma Zaffaroni, “se o sistema penal é um mero fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação do poder.”¹³⁰ Para este jurista, a pena significa sofrimento, mas, diferentemente de outras sanções jurídicas, como o embargo de uma casa, a cobrança de juros, que possuem um sentido por terem a função de resolver algum conflito, a pena não possui nenhuma racionalidade,

¹²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Liber Amicorum**: homenagem ao professor doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 542.

¹²⁸ KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org). **Curso Livre de Abolicionismo Penal**, Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 80.

¹²⁹ *Ibidem*, p.81.

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 202-203.

simplesmente porque seu único sentido é servir de manifestação de poder, que se destina a proporcionar uma disciplina social funcional para a manutenção e reprodução das relações sociais.¹³¹

O sistema penal, por ter como objetivo real instituir e reproduzir as desigualdades entre as classes sociais, age seletivamente dirigindo toda a reação punitiva aos indivíduos pertencentes às classes subalternas. Para legitimar a sua ação e, principalmente, ocultar os desvios estruturais que alimentam a criminalidade, cria a imagem do “inimigo”, do “criminoso”¹³² ao qual será atribuída a responsabilidade pela sensação de insegurança reinante na sociedade.¹³³

Ao identificar e culpar apenas alguns, o sistema penal produz a falsa sensação de que com a punição destes os problemas seriam resolvidos. Essa ilusão de eficácia é gerada e propagada, principalmente, pelos meios de comunicação¹³⁴ que infiltram nas pessoas a idéia de que algo deve ser feito, admitindo-se, com isso, todo o tipo de violência contra aqueles apontados como criminosos. Estas pessoas serão privadas de seus direitos fundamentais na medida em que passam a ser tratadas como um puro ente perigoso que deve ser segregado ou eliminado.¹³⁵

Além de fazer acreditar na fantasia de uma falsa solução, que além de ineficaz e inútil, causa dor e sofrimento, o sistema penal ainda reproduz as situações de conflitos e os fatos negativos que, enganosamente, anuncia poder resolver. O isolamento de uma pessoa do convívio social acaba fazendo com que esta se torne mais apta a realizar novas condutas criminosas.

A atuação autoritária do sistema penal ainda traz como conseqüência a ampliação do poder punitivo do Estado que culmina na criação desmedida de leis, muitas vezes intervindo na esfera de privacidade dos indivíduos, além do afastamento de diversos princípios garantidores do Estado Democrático de Direito.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 202-203.

¹³² KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org). **Curso Livre de Abolicionismo Penal**, Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 84

¹³³ *Ibidem*, p.88.

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Op. cit.*, 1991, p. 128-129.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 162.

CAPÍTULO VI – A DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS À LUZ DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Conforme leituras mais atuais acerca da dogmática penal, esta deve ser compreendida como um sistema de garantias frente ao poder punitivo do Estado. Como afirma Zaffaroni, a função do direito penal deve ser a de reduzir o poder punitivo dentro dos limites delineados por garantias que indicariam o máximo de realização que pode alcançar o exercício de poder do sistema penal.¹³⁶ Para tanto, não é possível conceber o direito penal máximo e repressivo como tem se mostrado.

Para a inversão desses rumos, ou seja, para a contenção do poder punitivo do Estado mostra-se imperativa a idéia de uma mínima intervenção¹³⁷ do sistema penal, baseada em princípios limitadores do processo de criminalização, os quais servem de guia para a promoção de considerável descriminalização, eliminando tipos penais existentes e limitando a criação de novas figuras típicas, e da redução radical da pena de prisão, como será demonstrado a seguir.

6.1 O DIREITO PENAL MÍNIMO COMO PROPOSTA POLÍTICO-CRIMINAL DIANTE DA DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Como forma de conter a violência provocada pelo sistema penal, o programa de intervenção penal mínima baseia-se na redução do direito penal a partir da descriminalização de condutas e do impedimento de novas "criminalizações", assim como, pela despenalização radical e diminuição da intensidade da resposta estatal, especialmente quando se trata de pena de prisão.

As propostas de um programa de intervenção penal mínima, também chamado de direito penal mínimo, apresentam-se como uma forma alternativa de política criminal que, conforme Juarez Cirino dos Santos, tem por objetivo reduzir o

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 234-235.

¹³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p. 700.

direito penal e humanizar o sistema penal¹³⁸ para que, a longo prazo, seja possível alcançar a própria abolição deste último. Zaffaroni vê o minimalismo como um momento de transição para o abolicionismo do sistema penal, que significa a substituição deste por outras instâncias de solução de conflitos.

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça.¹³⁹

Para o controle da violência e do sistema penal, a atividade do legislador e do aplicador do direito deve ser orientada por princípios que estabeleçam o máximo de realização do exercício de poder.¹⁴⁰ Assim, impede-se que a irracionalidade do direito penal gerada pela inflação legislativa e pela intensificação do estabelecimento de penas privativas de liberdade.

Na linha do direito penal mínimo, Alessandro Baratta traçou os princípios que servem de limitadores para a intervenção estatal. Estes seriam, segundo Baratta, “requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos na lei penal”.¹⁴¹ Para o autor, o conceito de direitos humanos assume a função de limitar a intervenção do Estado e de definir o objeto de tutela por meio do direito penal e, por isso, seria o fundamento mais adequado para a estratégia da mínima intervenção e para uma política alternativa de controle social.

Os princípios limitadores da intervenção estatal, de acordo com Baratta, são agrupados em duas categorias, a dos extra-sistemáticos, que são critérios políticos e metodológicos para a descriminalização de condutas e para uma a construção alternativa de um sistema penal. E dos “intra-sistêmicos”, que se referem aos requisitos para a introdução e manutenção das figuras delitivas na lei. De acordo com Zaffaroni, este último grupo refere-se a garantias que limitam a intervenção do sistema penal restringindo sua atuação conforme a regra da mínima

¹³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p. 700.

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.106.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 235.

¹⁴¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: Editora B de F Ltda, 2004, p. 319.

“violação/máxima” desses princípios, evitando, com isso, irracionalidade do exercício do poder.¹⁴² No entanto, essas garantias penais que supostamente o sistema penal respeitaria em sua operatividade, são, na realidade, violadas.

Aqui cabe analisar alguns desses princípios¹⁴³ para depois confrontá-los com a questão da interrupção de gestação de fetos anencéfalos. Como será visto posteriormente, a criminalização desta conduta é um exemplo da irracionalidade e da injustiça provocadas pelo sistema penal em decorrência da sua atuação arbitrária, que implica em uma desmedida atividade punitiva.

O primeiro princípio é o da *resposta não contingente*, que impõe a lei penal apenas como uma resposta a problemas sociais fundamentais em uma sociedade. A determinação daquilo que será objeto da lei deve ser fruto de ampla discussão política e não uma resposta imediata aos apelos da mídia e de imperadores morais. Esse desvirtuamento acaba levando à criminalização de situações atípicas e à proliferação descontrolada e não planejada de normas penais,

Outro princípio é o da *proporcionalidade* que se divide em proporcionalidade *abstrata* e *concreta*. De acordo com a primeira linha, somente graves violações aos bens jurídicos podem ser objeto de sanções penais, assim como a pena também deve ser proporcional ao dano causado pela violação. A pena não pode ultrapassar o limite do razoável quanto à proporcionalidade com a gravidade do conflito e da lesão.

Já a proporcionalidade concreta relaciona-se com o fato de que pena, como já foi demonstrado no capítulo IV deste trabalho, produz elevados custos sociais e, por isso, deve ser analisada a partir da incidência negativa que pode ter sobre a pessoa que constitui seu objeto e sobre a sociedade. Sob este último enfoque, a aplicação da pena pode reproduzir a criminalidade, além de produzir problemas novos e mais graves que aqueles que pretende resolver, como é o caso da criminalização da interrupção de gravidez e do uso de drogas.

Para a aplicação da pena ainda é preciso atentar para a sua *idoneidade* e *subsidiariedade*. O primeiro leva em conta o efeito socialmente útil que é possível esperar da pena, o que se verifica através da comparação com os efeitos de normas

¹⁴² ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 234.

¹⁴³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: Editora B de F Ltda, 2004, p. 319.

similares em outros ordenamentos ou de normas análogas do próprio ordenamento. No entanto, além da comprovada utilidade da aplicação da pena, é necessário verificar a impossibilidade de sua substituição por alguma outra forma de intervenção com custo social menor. A pena, portanto, deve ser subsidiária, só aplicável se não houver outro meio apto e menos agressivo para responder a situação.

Ainda cabe analisar o princípio da *lesividade*. Visando evitar “tentativas subjetivistas e arbitrárias de moralização do exercício de poder do sistema penal”¹⁴⁴, este princípio pretende limitar a ação do sistema penal para que seja imputada uma pena apenas em casos de conflito do qual resulte afetado um bem jurídico. Assim, separa-se o direito da moral, garantindo-se aos indivíduos maior tutela da liberdade pessoal de consciência, da autonomia e relatividade moral, e a tolerância jurídica de toda conduta não lesiva a terceiros.¹⁴⁵

Deve-se observar que, além da redução da tutela penal apenas aos bens jurídicos, é necessária a redução da esfera dos bens jurídicos para a aplicação da pena a somente aquelas condutas que lesem bens considerados fundamentais. Com isso se despenaliza inúmeros delitos menores.

Considerando esses e os demais princípios¹⁴⁶ de direito penal mínimo, a criminologia crítica propõe mudanças em duas direções principais, a primeira seria no sentido de descriminalização e despenalização radicais, como alternativa para reduzir o direito penal ao mínimo possível, e a segunda direção seria um processo de descarcerização, como alternativa necessária para humanizar as condições de vida no cárcere.¹⁴⁷

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

¹⁴⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: Editora B de F Ltda, 2004, p. 299-330

¹⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p. 703

6.2 A NECESSIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS À LUZ DO DIREITO PENAL MÍNIMO

6.2.1 Ofensa ao princípio da lesividade

Diante de um sistema penal repressivo e produtor de injustiças, é que se verifica a necessidade de aplicação de mecanismos que garantam a proteção do indivíduo em face ao poder punitivo do Estado.

Esta proteção deve ser realizada através da aplicação de princípios que estabeleçam o objeto e os limites do sistema penal, evitando, com isso, arbitrariedades no exercício de poder.

É a partir de postulados, como o da lesividade, legalidade, proporcionalidade, idoneidade, cuja aplicação tem por objetivo reduzir a repressão seletiva do direito penal, que se torna possível a construção de um Estado Democrático de Direito, previsto na Carta Magna, assim como a plena realização da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Um princípio básico é o da lesividade, ou seja, o da tutela penal exclusiva a bens jurídicos considerados importantes para a vida individual e coletiva. Estes bens são valorados e hierarquizados pela Constituição e protegidos contra qualquer forma de lesão. Entre eles está a vida, a integridade física, a honra, o patrimônio, a administração pública, etc.

Este critério, ao direcionar o direito penal a tutela de valores considerados gerais e fundamentais em uma sociedade, estabelece uma pauta minimizadora que afasta a criação de normas penais que tenham por objetivo tutelar a moral, uma ideologia, religião.

Com relação à interrupção de gestação de anencéfalos, como já foi demonstrado, trata-se de um caso de atipicidade, pois não há vida juridicamente tutelável, tendo em vista que os fetos não possuem as estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), o que impossibilita a sobrevivência fora do útero. Este entendimento pode ser fundamentado juridicamente no disposto no artigo três da Lei 9437/97 que prevê a morte encefálica como divisor entre a vida e a morte.

Como não há atividade cerebral, trata-se de uma não-vida para o direito, portanto, não se trata de um crime de aborto, na medida em que a morte não decorreu da interrupção de gravidez. Como sustenta Adel Al Tasse¹⁴⁸, “somente há sustentáculo de validade na criminalidade do aborto quando se tem orientação normativa de proteção do bem jurídico vida, fato que não ocorre quando se está diante do feto gerado sem encéfalo, posto que sua retirada sequer expõe a perigo o bem jurídico vida, pelo simples e evidente fato de que esta inexistente e inexistirá com o nascimento.”

Sendo assim, inexistindo o bem jurídico vida, é possível concluir que a criminalização da conduta tem por fim outros objetivos que ferem com princípio da lesividade. No caso, é possível identificar que o que se pretende com a criminalização é a conservação de uma moral, de valores cristãos. Pune-se uma conduta atípica apenas com o fim de atender a princípios morais de uma parcela da sociedade que se opõe à prática da conduta. No entanto, não é função do Direito Penal criminalizar qualquer posição divergente ou comportamentos considerados imorais, já que somente ataques a bens jurídicos essenciais poderiam ensejar a sua incidência.

Em um Estado Democrático de Direito é reconhecida a qualidade de pessoa a todo homem e assegurado o livre exercício de seus direitos até o limite do direito alheio, sendo reservado um campo de ingerência por parte do Estado, ao qual pertencem as liberdades constitucionais como as crenças, a consciência individual, as convicções filosóficas e políticas.¹⁴⁹ Conforme Juarez Cirino dos Santos, essas liberdades devem ser objeto de maior garantia positiva como critério de criminalização e, inversamente, da menor limitação negativa como objeto de criminalização por parte do Estado.¹⁵⁰

O Estado, portanto, não pode interferir na esfera da vida privada, espaço em que o indivíduo pode formar sua identidade pessoal com liberdade, de forma que

¹⁴⁸ TASSE, Adel el. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 27, p. 37

¹⁴⁹ ZAFFARONI. Eugênio Raul. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 26

¹⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2 ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007, p. 26

não adota nenhuma religião como oficial, já que questões religiosas pertencem ao âmbito do foro íntimo.

Essa laicidade do Estado permite o convívio de diversas opiniões, crenças, valores culturais e morais, de modo que não é razoável impor a todas as pessoas valores pertencentes a apenas um segmento, como o da Igreja Católica. Dessa forma, julgadores não poderiam basear suas decisões em suas próprias crenças, impondo-as a todos, inclusive àqueles que delas não professam. Esta imposição, de acordo com Zaffaroni, significa uma agressão à pessoa humana e decorre de um “direito ‘transcendente’, isto é, de uma estrutura de controle social que não tem por objeto a pessoa humana mas um fim meta-humano.”¹⁵¹

O Estado Democrático de Direito, de caráter laico, não possui justificativas para confundir questões jurídicas e questões morais, de modo que os dois sistemas axiológicos devem permanecer separados. Nesse sentido, Ferrajoli afirma:

O Direito não é - não deve ser, pois a razão jurídica não o permite, nem a razão moral o pretende – um instrumento de reforço da moral. O seu objetivo não é o de oferecer um braço armado à moral, ou melhor, dada a existência de várias concepções morais na sociedade, a uma determinada moral. O Direito tem o dever, diferente e mais limitado, de assegurar a paz e a convivência civil, impedindo os danos que umas pessoas podem causar às outras sem lhes permitir sacrifícios inúteis ou insustentáveis¹⁵².

Toda vez que se tenta romper a barreira entre direito e moral, põe-se em perigo o princípio basilar de nossa Constituição, qual seja o da dignidade da pessoa humana. É o que ocorre nos casos em que se obriga uma mulher a manter a gestação de um anencéfalo, desconsiderando todo seu sofrimento e os riscos à sua saúde.

A antecipação de parto¹⁵³ pode significar um comportamento imoral para algumas mulheres que, por suas convicções religiosas, irão desejar manter a gestação. No entanto, não há como negar que obrigar uma mulher, que não está

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 27.

¹⁵² FERRAJOLI, Luiji. A questão do embrião entre o direito e a moral. **Revista do Ministério Público**. Lisboa n. 94, abr./jun. 2003.

¹⁵³ A antecipação terapêutica de parto foi reconhecida como um procedimento médico pela resolução 1752 do Conselho Federal de Medicina. É o procedimento que antecipa o parto em casos de diagnóstico de anencefalia do feto. “A antecipação terapêutica do parto não é aborto. Em alguns países, o aborto é considerado um crime contra a vida em potencial. No caso da anencefalia não há potencialidade de vida extra-uterina, portanto, não há aborto.”(DNIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. Anencefalia: pensamento brasileiro em sua pluralidade. **ANIS**. Brasília: LetrasLivres, 2004)

presa a dogmas religiosos, a manter-se grávida de um feto inviável, por uma simples questão moral, significa um sacrifício insustentável que viola a integridade física e psicológica da gestante. Como assevera Luis Roberto Barroso, "a convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta de feto dentro de seu corpo, que nunca se tornará um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica."¹⁵⁴. O que constitui, portanto, um cerceamento brutal a dignidade da mulher.

6.2.2 Os efeitos da criminalização

A intervenção do direito penal, nesse caso, resulta em grande irracionalidade. A criminalização da conduta traz graves conseqüências, tanto para a gestante, quanto para a sociedade, o que é reflexo de uma atuação repressiva do sistema penal e de uma desmedida extensão de seu poder punitivo.

À medida que o sistema penal não se restringe a intervir apenas em situações de efetiva necessidade, em *última ratio*, para a proteção de bens jurídicos essenciais, tende a provocar situações de extrema desproporcionalidade, irracionalidade e violência, como ocorre no caso em tela.

Cabe analisar ainda que, a criminalização da interrupção de gestação de fetos anencéfalos, além de violar o princípio da *proteção exclusiva de bens jurídicos fundamentais*, fere, também, o *princípio da proporcionalidade concreta da pena*, visto que a punição da conduta acaba agravando um problema social e produzindo custos sociais excessivos, principalmente em mulheres pertencentes às classes desfavorecidas.

Estudo recente realizado pelo instituto ibope e financiado pelo Ministério da Saúde¹⁵⁵, mostrou que, uma em cada sete brasileiras de até 40 anos já fez aborto, um número aproximado de 5 milhões de mulheres. Na faixa etária de 35 a 39 anos,

¹⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencéfalos e pesquisa com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, jul./set. 2005, p.104

¹⁵⁵ **FOLHA DE SÃO PAULO – 1 EM CADA 7 BRASILEIRAS DE 18 A 39 ANOS JÁ FEZ ABORTO.** Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2205201001.htm>> Acesso em: 22 maio 2010

a proporção seria de uma a cada cinco. Ainda não se dispõe de dados sobre a interrupção de gravidez motivada por anomalia fetal incompatível com a vida, no entanto, deve-se observar que a anencefalia não é uma situação excepcionalíssima no Brasil. De cada 10.000 nascimentos, 8,6 apresentam tal anomalia. No Hospital das Clínicas em São Paulo chegam a aparecer de 2 a 3 casos por mês.¹⁵⁶

A grande difusão da prática do aborto é facilitada pela baixa repressão legal.¹⁵⁷ O aborto constitui uma das espécies delitivas do Código Penal que possui larga cifra negra, ou seja, a quantidade de abortos realizados é muito superior àquela que chega às salas dos tribunais. A punição do aborto, portanto, não impede que as mulheres o realizem. Isso demonstra que leis restritivas são ineficazes em seus objetivos moralistas, entretanto, eficientes na promoção da predação social pela expansão do aborto ilegal.¹⁵⁸ Conforme Juarez Cirino as “Leis repressivas ou restritivas estimulam o desenvolvimento de organizações do aborto ilegal, para atender a expansão da demanda social, a preços compensadores, em condições precárias, com perdas em vida e saúde, e, portanto, com um imenso custo social.”

¹⁵⁹

A criminalização da conduta abre espaço para a proliferação de clínicas clandestinas que operam em circunstâncias precárias. O perigo surge de uma combinação de fatores que incluem a inabilidade de não-médicos, a precariedade de medicamentos e equipamentos de emergência, uso de técnicas inadequadas e grosseiras, o que eleva as taxas de mortalidade materna. Além disso, a ilicitude de tal conduta ainda faz com que a gestante carregue mais este estigma de estar cometendo um ato considerado crime, aumentando seus sentimentos de culpa e reprovação social.¹⁶⁰

Toda essa questão torna-se mais grave quando é constatado que mulheres das classes sociais mais desprovidas e exploradas da população são as mais

¹⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Nem todo aborto é criminoso**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/busc_alegis/article/viewFile/11625/11190> Acesso em: 25 ago. 2010.

¹⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino. Aborto, a Política do Crime. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro: Forense, jan./jun., 1978, n. 25, p. 21.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 24.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 22.

¹⁶⁰ TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 58.

afetadas pelo aborto ilegal e incriminadas pela sua prática. São mulheres com baixa condição socioeconômica que recorrem a clínicas sem higiene, na maioria das vezes conduzidas por pessoas sem habilitação médica. Como afirma Alberto Silva Franco:

[...] mulheres de extratos sociais mais altos praticam o aborto sem que sejam incomodadas pela lei penal, enquanto mulheres de condições sociais menos favorecidas, porque apresentam seqüelas e são atendidas na rede de saúde pública, são incriminadas pelo aborto. Ora, não há como admitir, sem desrespeito ao princípio constitucional da igualdade material, que situações fáticas desiguais recebam, de modo arbitrário, tratamento igual.¹⁶¹

Isso evidencia a atuação seletiva do sistema penal, que reflete e produz as situações de desigualdade existentes em uma sociedade. Como esses abortos são realizados de forma precária, o risco de a gestante sofrer complicações pós-aborto é elevado, e não tendo a quem recorrer, busca atendimento em hospitais públicos, levando assim, ao conhecimento das autoridades o aborto praticado.¹⁶²

É certo que mulheres com melhores condições socioeconômicas, que estiverem enfrentando a situação de estarem grávidas de um feto anencéfalo, procurarão atendimento, ainda que clandestino, com melhor qualidade e profissionais habilitados. Ao passo que, gestantes sem condições financeiras não terão alternativa a não ser recorrer a clínicas precárias ou a métodos como chás, beberagens, parteiras, colocando em risco a própria vida.¹⁶³

6.2.3 Os direitos fundamentais da gestante e o tratamento da interrupção de gestação de fetos anencéfalos como questão de saúde pública

Considerando as diversas críticas apontadas pelo estudo da criminologia, as quais foram expostas no capítulo V deste trabalho, é que se verifica a necessidade de redução do direito penal ao mínimo possível.

¹⁶¹ FRANCO, Alberto Silva. Um bom começo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 12, n. 143, Out., 2004, 2004, p. 2.

¹⁶² FUSCO, Carmen L. B.; ANDREONI, Solange and SILVA, Rebeca de Souza e. Epidemiologia do aborto inseguro em uma população em situação de pobreza. São Paulo. **Rev. bras. Epidemiol**, v.11, n.1, 2008 p. 78-88.

¹⁶³ TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 66.

A conduta de interromper a gestação de um feto portador de anencefalia possui um significado social completamente diverso de outras ações criminalizadas, como o homicídio, o roubo, mas, no entanto, é resolvida do mesmo modo comum institucionalizado.¹⁶⁴ Como afirma Hulsman, as situações tidas como conflituosas e definidas como crimes não possuem outro ponto em comum a não ser o fato de que o sistema penal está autorizado a intervir contra elas.¹⁶⁵ A criminalização da interrupção de gestação de fetos anencéfalos é, também, fruto de uma decisão política influenciada, principalmente, por questões religiosas.

No entanto, não é função do direito penal defender uma ideologia dominante e criminalizar qualquer posição divergente, mas sim, direcionar-se à defesa de bens jurídicos, sendo necessária a descriminalização de condutas cujo tipo penal correspondente não atenda a esse propósito.

A descriminalização da interrupção de feto anencéfalo tem como fundamento a violação do princípio da criminalização exclusiva da lesão de bens jurídicos, assim como a do princípio da proporcionalidade concreta, considerando-se os custos sociais ocasionados pela criminalização de tal conduta, assim como do aborto de forma geral.

Além disso, deve-se incluir no debate a questão da violação de princípios constitucionais. Como afirmou Luís Roberto Barroso na Petição Inicial n. 54-8/DF¹⁶⁶, a proibição da interrupção de gestação de fetos anencéfalos representa vulneração a diversos preceitos, como à dignidade da pessoa humana (art.1º, III), à liberdade e autonomia da vontade (art.5º, II e art. 6º, caput) e ao direito à saúde (art.196). Impor à gestante que carregue por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, que não possui chance alguma de sobrevivência fora do claustro materno, constitui, inegavelmente, ofensa a tais preceitos fundamentais de extração constitucional.

A gestação de um anencéfalo, tendo em vista a inviabilidade do feto e a experiência angustiante de luto prolongado, certamente, resulta em dor, sofrimento e

¹⁶⁴ ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI J.H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 57.

¹⁶⁵ HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (org). **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 43-44.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Petição Inicial na ADPF n. 54-8/DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>>. Acesso em: 26 out. 2010.

frustração à mulher. Essa tortura física mental e psicológica a qual à gestante é submetida representa grave violência à sua dignidade, à dignidade de mulher, de mãe, de pessoa humana.

Trata-se de uma das experiências mais dilacerantes da maternidade, sendo que os diversos transtornos que dela decorrem servem de argumento para embasar a ameaça ao direito à saúde da mulher.¹⁶⁷ Deve-se observar que o conceito de saúde, enquanto direito fundamental tutelado em nível constitucional, não se limita à saúde física, mas sim a um completo bem estar físico, mental e social, conforme conceitua a Organização Mundial da Saúde.

Portanto, diante dos agravos à sua saúde física, psíquica, é inafastável o direito da mãe de optar pela manutenção ou não da gestação. Ao exercitar esse direito, faz uso, na sua plenitude, dos princípios constitucionais da liberdade e autonomia da vontade. Por outro lado, impor à mulher o dever de manter-se grávida, mesmo contra sua vontade, após o diagnóstico da inviabilidade fetal, certamente constitui brutal cerceamento a tais princípios, além de um ato de tortura e tratamento desumano contra a gestante.

Ainda que se defenda a necessidade de proteção à vida do anencéfalo, mesmo que esta seja inviável, é possível pensar em uma prevalência dos direitos da gestante com relação ao direito à vida do feto a partir de uma ponderação¹⁶⁸ de princípios, o que viabilizaria a interrupção da gestação.

Não seria razoável proteger a vida precária de um feto anencéfalo, cuja patologia não lhe dá possibilidade alguma de vida extra-uterina, em detrimento da saúde da gestante, de sua dignidade, autonomia e integridade física e psicológica. A direção da proteção à vida intra-uterina inviável, nesse caso, mostra-se

¹⁶⁷ DINIZ, Débora; VÉLEZ, Ana Cristina Gonzáles. **Aborto e razão pública**: o desafio da anencefalia no Brasil. Disponível em: < <http://www.metodista.br/ppc/netmal-in-revista/netmal03/aborto-e-razao-publica-o-desafio-da-anencefalia-no-brasil/>> Acesso em: 26 out. 2010

¹⁶⁸ Conforme Robert Alexy, os princípios são normas, assim como as regras, no entanto, os primeiros se diferenciam por serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. De acordo com a definição de Alexy, princípios seriam “mandados de otimização, que se caracterizam por serem cumpridos em diferentes graus, de modo que a medida do seu cumprimento depende tanto das possibilidades quanto das jurídicas. Já as regras apenas podem ou não ser cumpridas. Sendo assim, em casos de colisão entre princípios, as circunstâncias é que irão determinar qual princípio deverá ceder ante o outro a partir de uma ponderação de valores, o que não significa que aquele princípio desprezado será declarado inválido, o que aconteceria no caso de conflito de regras. (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 607p.)

extremamente desproporcional e apta a suprimir um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Observe-se que o próprio Código Penal relativizou a proteção à vida intra-uterina nos casos em que a mulher é vítima de estupro, não obrigando a gestante a carregar em seu ventre o fruto de um ato violento ao qual foi submetida. Neste caso, o que se privilegiou foi a dignidade da pessoa humana sobre a expectativa de vida do feto. Mesma ponderação ocorre no caso de aborto terapêutico, em que é sacrificada a vida intra-uterina com o objetivo de salvar a vida da gestante.

No caso de interrupção de gestação de fetos anencéfalos, no entanto, a proteção à gestante não seria realizada a partir do sacrifício de uma vida, tendo em vista a inviabilidade do feto. Portanto, se a Constituição permite o sacrifício da vida até mesmo quando viável, não haveria motivos para proibir nos casos em que a perspectiva de sobrevivência do feto equivale a zero.

Assim sendo, em decorrência da desproporcionalidade provocada pela criminalização da interrupção de gestação de fetos anencéfalos, considerando-se, ainda, as injustiças e danos causados pela intervenção do sistema penal, é que se mostra imperativo o reconhecimento da liberdade da mulher de optar por não levar a termo sua gestação.

Trata-se de uma situação que não deve ser vista como uma questão de direito penal, mas sim, como um problema de saúde pública, relativo à saúde da mulher. A adoção de práticas proibitivas e condenatórias não é adequada para situações dessa natureza, pois apenas agravam um problema social e geram dor e sofrimento desnecessário à mulher, ferindo a sua dignidade.

A descriminalização torna-se necessária para dar lugar à adoção de políticas públicas que garantam e efetivem o direito à gestante de interromper sua gestação se assim desejar. Como assevera Diniz, a interrupção de gestação de anencéfalos, ou o aborto de forma geral, é uma questão passível de tornar-se objeto de políticas públicas, tal como ocorre com outros temas, como é o caso das crianças de rua e da violência urbana.¹⁶⁹

Não sendo crime, a interrupção da gravidez deve ser tratada como um procedimento médico amparado em princípios constitucionais de direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia da vontade, que será decidido pelo médico e

¹⁶⁹ DINIZ, Débora. **Aborto por anencefalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 14

sua paciente, e que buscará minimizar o sofrimento da gestante e garantir a sua saúde física e mental.

No caso da gestante decidir por manter a gravidez, deverá ser esclarecida quanto aos riscos inerentes a essa opção, o que não deve ser visto como uma forma de intimidação para que a mulher interrompa sua gestação, mas sim, como uma orientação sobre os sinais e sintomas que poderão surgir indicando um quadro suspeito de risco.¹⁷⁰ No entanto, se decidir pela interrupção de gravidez, o procedimento médico adequado é a antecipação terapêutica de parto, a qual deve ser visto como um direito da mulher.

Ao tomar ciência de que gera em seu útero um feto cuja situação é juridicamente equiparável à morte cerebral, cabe somente à gestante decidir manter ou não a sua gravidez. Ao Estado caberia apenas a função de viabilizar esse direito em qualquer sentido¹⁷¹ e não a de obrigar a mulher a manter uma gravidez inútil, sendo ainda questionável se poderia obrigá-la a manter a gravidez em qualquer situação.

¹⁷⁰ DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia**: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Disponível em: <http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf>. Acesso em: 26 out.2010

¹⁷¹ *Ibidem*.

CONCLUSÃO

As condutas definidas como crimes não passam de meras criações da lei penal. A seleção de condutas classificadas como socialmente negativas é realizada a partir de critérios políticos e eventuais, sendo que o único ponto em comum entre essas condutas é o fato de que o sistema penal está autorizado a intervir contra elas. Portanto, não é possível falar em crime como se este fosse um conceito natural presente em todos os tempos e lugares.

As previsões envolvendo o aborto são emblemáticas nesse aspecto. Na maioria dos países europeus sua prática não é mais criminalizada, mas ainda é considerada crime principalmente nos países da América Latina. A criminalização da interrupção de gestação de fetos inviáveis, como é o caso dos anencéfalos, também é fruto de uma decisão política influenciada, sobretudo, por questões de ordem religiosa.

Tem-se que o sistema penal, por sua natureza organizativa e pelo modo em que funciona, é inadequado para desenvolver as funções declaradas em seu discurso oficial de conter e combater as condutas consideradas negativas em uma sociedade. Ao contrário, faz com que os conflitos adquiram caráter mais grave, além de provocar ainda mais problemas.

O fracasso de seus objetivos declarados torna-se evidente quando se verificam as estatísticas indicadoras do número reduzido de ocorrências que chegam a resultar em condenações. A criminalização do aborto é um exemplo eloqüente do fracasso do sistema penal, já que não impede e nunca impediu que mulheres interrompessem a sua gravidez. Isso mostra a ineficácia de leis restritivas, principalmente quando buscam objetivos moralistas.

Todavia, é possível afirmar a sua eficiência na expansão da predação social pelo aborto ilegal.¹⁷² A extensão do direito penal para casos como o que trata este trabalho, produz elevados custos sociais, como a proliferação de clínicas clandestinas que operam em condições precárias, o que leva a mortalidade materna. Além disso, provoca a vitimização sistêmica de mulheres já vitimizadas pelas circunstâncias da vida, visto que são, principalmente, as mulheres de baixa classe

¹⁷² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Aborto, a política do crime*, In Revista de Direito Penal, ed. Forense, Rio de Janeiro, janeiro – junho de 1978, n. 25, p.24

social que sofrem com maior intensidade as conseqüências da criminalização. Sem condições de recorrer a clínicas, ainda que clandestinas, que realizem o procedimento em melhores condições de higiene, com profissionais melhor qualificados, terão que buscar socorro em chás, parteiras, em clínicas sem a menor higiene, na maioria das vezes conduzida por pessoas sem habilitação, correndo grave risco de vida ao se submeterem a esses procedimentos.

Tendo-se em vista que a real finalidade do direito penal é a de manutenção das classes dominantes a partir da repressão de indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que um direito penal repressivo e deslegitimado é capaz de provocar graves conseqüências, faz-se necessária a contenção do poder punitivo do Estado, nos termos em que afirma Zaffaroni, para quem a função do direito penal deve ser a de reduzir o poder punitivo do Estado dentro dos limites delineados por garantias que indicam o máximo de realização que pode alcançar o exercício de poder do sistema penal.

Dentre as formas de mitigar esse direito penal visto como “mais-sofrimento”, está a restrição de sua atuação apenas para a defesa de bens jurídicos. O conceito de bem jurídico é essencial porque serve como critério para a criminalização de condutas e como objeto de proteção da norma penal, evitando-se a intervenção abusiva do sistema penal para defender seus interesses e assegurar a manutenção de poder¹⁷³. Mostra-se fundamental, também, para viabilizar uma criminalização mínima de condutas e reduzir a seletividade da repressão.

Com relação à interrupção de gravidez de fetos anencéfalos não há bem jurídico a ser tutelado, mas, mesmo assim, a conduta é criminalizada. A anencefalia significa a inexistência das estruturas cerebrais, o que a aproxima do critério de morte encefálica estabelecido na Lei 934/97. Dessa forma, não é possível dizer que há expectativa de vida independente. A morte do feto não decorre de manobras abortivas, de modo que o ato de interromper a gravidez não provoca ofensa ao bem jurídico “vida”. Isso exclui a tipicidade da conduta, de modo que as normas criminalizadoras do aborto não poderiam ser estendidas à essa hipótese de interrupção de gravidez.

A violação do princípio da criminalização exclusiva de lesão de bens jurídicos acaba por impedir que o direito penal se mantenha dentro dos limites da

¹⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba:ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 14-15

racionalidade. No caso em tela, pune-se uma conduta apenas com o fim de atender a princípios morais de uma parcela da sociedade que se opõe à prática da conduta, em detrimento da dignidade da gestante que será obrigada a manter-se grávida de um feto inviável, impondo-lhe um sacrifício insustentável que viola a sua integridade física e psicológica.

No entanto, não é função do direito penal defender uma ideologia dominante ou servir de instrumento de conservação de valores cristãos, criminalizando condutas divergentes com tais valores. O Estado é laico, de modo que não é razoável impor a todas as pessoas valores pertencentes a apenas um segmento social.

Deve-se ressaltar ainda que, mesmo que seja ignorada a falta de bem jurídico, considerando a existência de vida do anencéfalo, e, portanto, a tipicidade da conduta, ainda assim, as circunstâncias conduziram para a não punição da interrupção de gestação a partir do reconhecimento da juridicidade da ação ou da impossibilidade de censura.

Diante de todas essas questões, conclui-se que a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos não deve ser vista como uma questão a ser resolvida pelo direito penal. Este deve ser aplicado apenas em *ultima ratio*, atendendo aos princípios orientadores de uma criminalização mínima.

A interrupção da gestação, quando verificada a inviabilidade do feto, não é um problema a ser resolvido pelo direito penal, mas sim, através de políticas públicas que garantam o direito da gestante de decidir manter ou não a gestação, minimizando, dessa forma, o seu sofrimento e garantindo a sua saúde física e mental. Isso porque o único bem a ser protegido nesses casos é a dignidade da mulher.

Ao tomar ciência de que gera em seu útero um feto cuja situação é juridicamente equiparável à morte cerebral, cabe somente à gestante decidir manter ou não a sua gravidez. Não cabe ao Estado obrigá-la a manter uma gravidez inútil, mas tão somente a função de viabilizar, em todos os sentidos, o direito de decisão da gestante.

REFERÊNCIAS

ANDALRAFT NETO, J. **Anencefalia: posição da FEBRASGO**. 2005. Disponível em: <http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/anencefalia_febrasgo.pdf>. Acesso em: 13 jul.2010

ASCH, Adrienn. Diagnóstico pré-natal e aborto seletivo: um desafio à prática e às políticas. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, dez. 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002

_____, **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: Editora B de F Ltda, 2004

BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencéfalos e pesquisa com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.241, jul./set. 2005 pp. 93-119

BARROSO, Luís Roberto. **Petição Inicial na ADPF n. 54-8/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>. Acesso em: 26 out. 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **A tipicidade do aborto anencefálico: respeito à dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15279/14843>> Acesso em: 20 ago.2010

_____, **Tratado de Direito Penal**. 5º ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2006

Brasil, Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 MC/DF, p. 94. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 29 ago.2010

BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 836, jun. 2005 pp. 379-397

CASTRO, Lola Naiyar. **Criminologia da reação social**: Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

COCHARD, Larry R., **Atlas de embriologia humana de Netter**. Porto Alegre: Artmed, 2003

COIMBRA, Cícero Galli. **Morte encefálica**. Disponível em: < <http://www.unifesp.br/dneuro/mortencefalica.php> >. Acesso em: 11 jul.2010

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial**. 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

COSTA, Domingos Barroso. Sobre a tipicidade da interrupção de gestação de feto anencéfalo. **Boletim IBCCRIM** n.152. São Paulo: 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

DINIZ, Débora, ALMEIDA, Marcos. Bioética e aborto. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

_____; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Disponível em: <http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf>.

_____; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anencefalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Personalidade no Código Civil Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro. v.1, n.1, 1998

FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre o direito e a moral. **Revista do Ministério Público**. Lisboa n. 94, abril/junho 2003

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. v.1, 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995

FRANCO, Alberto Silva. Aborto por indicação eugênica. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Estudos Jurídicos em Homenagem a Manuel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. pp. 80-107

_____. Anencefalia: Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 833, p. 399-419, mar. 2005 pp. 399-419

_____. Um bom começo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 143, Out.2004

FUSCO, Carmen L. B.; ANDREONI, Solange e SILVA, Rebeca de Souza e. Epidemiologia do aborto inseguro em uma população em situação de pobreza. São Paulo. **Rev. bras. epidemiol.**2008, v.11, n.1, p. 78-88.

GOLLOP, Thomaz Rafael. **Aborto por anomalia fetal**. Disponível em: <http://www.jovensmedicos.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/445/328>. Acesso em: 11 jul.2010.

_____. **O descompasso entre o avanço da ciência e a lei**. Revista da USP. São Paulo, v. 24

GOMES, Luiz Flávio. **Nem todo aborto é criminoso**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/11625/1190>>. Acesso em: 25 ago.2010

HOOFF, Pedro Frederico. **Anencefalia e interrupción Del embarazo: um a visión integradora a La luz de a bioética y los derechos humanos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003

HULSMAN, Louk. **Penas perdias**. Niterói, Luam 1993

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.5 Rio de Janeiro: Forense, 1958

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004 pp. 69-107

_____. Debate sobre o aborto. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. a. 9, n.14, Rio de Janeiro: Revan, 2004 pp. 167-178

PACHECO, Eliana Descovi. O aborto anencefálico: à luz do ordenamento jurídico atual. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 54, fev./mar. 2009, pp. 10-33

PARENTE, Luiz Miguel Mitri. Aborto eugênico. **Boletim do Informativo de Ciências Jurídicas**. Joinville, n. 13 ago.2000

PIERANGELI, José Henrique. Anencefalia. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v.1, abr./maio, 2000 pp. 37-47

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

_____. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

QUEIROZ, Eduardo Gomes. Abortamento de feto anencéfalo e a inexigibilidade de conduta diversa. A influência das circunstâncias concomitantes no comportamento humano. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre. v.7, n. 40, pp. 75-91

RIBEIRO, Diaulas Costa. Interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável. **Revista do Ministério Público Federal e Territórios**. Brasília, n.3, jan./jun. 2000

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007

_____. **A criminologia radical**. Curitiba: ICPC : Lumen Juris, 2006

_____. Aborto, a política do crime. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense. jan./jun.1978, n. 25

_____. **Liber Amicorum**: homenagem ao professor doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SUANNES, Adauto. Autorização para o abortamento. **IBCCRIM**. São Paulo, a.4, n. 46, set. 1996

TASSE, Adel el. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre. v. 5, n. 27, pp. 28-40

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

_____. O debate sobre a descriminalização do aborto: aspectos penais e constitucionais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. a. 16, n. 74, set./out. 2008. pp. 35-82

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Delpalma Editor, 1956

_____. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991

_____. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1984

_____; PIERANGELI J.H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004