

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALIANA CIRINO SIMON

O ATUAL CENÁRIO DA INTERRUPTÃO SELETIVA DA GESTAÇÃO NO DIREITO  
PENAL BRASILEIRO

CURITIBA  
2009

ALIANA CIRINO SIMON

O ATUAL CENÁRIO DA INTERRUÇÃO SELETIVA DA GESTAÇÃO NO DIREITO  
PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografia, Pesquisa e Extensão como requisito parcial à conclusão do curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA  
2009

## TERMO DE APROVAÇÃO

ALIANA CIRINO SIMON

### O ATUAL CENÁRIO DA INTERRUPTÃO SELETIVA DA GESTAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

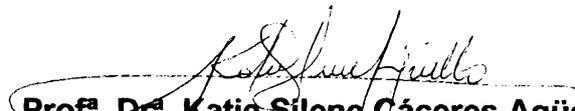
Monografia apresentada ao Núcleo de Monografia, Pesquisa e Extensão como requisito parcial à conclusão do curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



**Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos**

Professor Adjunto do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Paraná – UFPR



**Profª Drª. Katie Silene Cáceres Agüello**

Professora Adjunta do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Paraná – UFPR



**Prof. Mauricio Stegemann Dieter**

Professor de Direito Penal e Criminologia da Faculdade Metropolitana de Curitiba – FAMEC

Curitiba, 18 de novembro de 2009.

## AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos, exemplo da mais perseverante luta pela democracia, meu orientador, mestre, chefe e, o que o torna mais especial, meu querido tio. Agradeço pela confiança sempre a mim depositada, ainda que muitas vezes eu tenha sinceras dúvidas da minha própria capacidade.

Aos meus pais, João e Juanete, que nunca mediram esforços para apoiar minhas reviravoltas acadêmicas, encorajando-me a perseguir minhas inquietações pela busca de conhecimento.

Ao meu irmão Carlos, que embora não esteja mais a todo o tempo presente, será eternamente motivo de meu orgulho, pelas lições pessoais e intelectuais.

À minha colega de trabalho, e amiga, Helena, que nunca hesitou em ouvir minhas inseguranças, sempre com palavras ponderadas e tranquilizantes.

À amiga Carine, pela doçura, incentivo e apoio.

Ao colega Maurício, figura excepcional que nos enriquece com suas lições, maduras como de um verdadeiro mestre, mesmo diante da pouca idade.

Aos estimados André Martins, André Rigão, Ana Carolina, Cláudia, Carla, Jonatas, José Antonio, Katy, Sabrina e Ricardo, pelos momentos de descontração, de compartilhamento de estresse e angústia, e dos momentos agradáveis que fazem a vida valer a pena.

Finalmente, agradeço àquele que foi presença constante em toda a empreitada para a conclusão deste trabalho, que me acompanhou pelas madrugadas a fio, sempre firme, ao meu lado. Meu querido companheiro de todas as horas: Bobby.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O ABORTO</b> .....	<b>5</b>
1.1 ABORTO E CONCEITOS CORRELATOS .....	5
1.1.1 Aborto e abortamento .....	5
1.1.2 Aborto e aceleração do parto .....	5
1.1.3 Inviabilidade fetal extraordinária .....	6
1.2 ESPÉCIES DE ABORTO .....	6
1.2.1 Interrupção eugênica da gestação (IEG) .....	7
1.2.2 Interrupção terapêutica da gestação (ITG) .....	7
1.2.3 Interrupção seletiva da gestação (ISG).....	7
1.2.4 Interrupção voluntária da gestação (IVG).....	7
1.3 INTERRUPÇÃO EUGÊNICA E SELETIVA DA GESTAÇÃO .....	8
1.4 FETO INVIÁVEL E FETO MALFORMADO .....	10
<b>CAPÍTULO II – ABORTO E ILICITUDE</b> .....	<b>12</b>
2.1 A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E O BEM JURÍDICO PROTEGIDO .....	12
2.2 A HISTÓRIA DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO .....	13
2.2.1 A criminalização do aborto nas sociedades antigas: breve relato.....	13
2.2.2 Histórico da criminalização do aborto no Brasil.....	15
2.3 O ABORTO NO CÓDIGO PENAL ATUAL BRASILEIRO .....	17
2.3.1 Bem jurídico tutelado .....	17
2.3.2 Sujeitos ativo e passivo .....	17
2.3.3 Tipo objetivo .....	18
2.3.4 Tipo subjetivo .....	19
2.3.5 Espécies de aborto criminoso .....	19
2.3.6 Consumação e tentativa.....	22
2.3.7 Figuras majoradas de aborto.....	23
2.3.8 Exclusão da antijuridicidade .....	24
2.3.9 O aborto no Código Penal de 1940: anacronismo.....	26
<b>CAPÍTULO III – GRAVIDEZ E DIAGNÓSTICO DE INVIABILIDADE FETAL</b> .....	<b>27</b>
3.1 A GRAVIDEZ E O FETO INVIÁVEL.....	27
3.2 OS AVANÇOS DA TECNOLOGIA NA MEDICINA FETAL.....	27
3.2.1 A importância do diagnóstico pré-natal .....	27
3.2.2 Anencefalia .....	29
3.2.3 A reação da gestante diante da inviabilidade fetal .....	31
<b>CAPÍTULO IV – A INTERRUPÇÃO SELETIVA E O ATUAL DIREITO BRASILEIRO</b> .....	<b>33</b>
4.1 O DIAGNÓSTICO DE CERTEZA E A IMPOSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO LEGALMENTE PERMITIDA.....	33
4.2 A INVIABILIDADE FETAL E A DECISÃO DE INTERRUPÇÃO SELETIVA ....	34
4.2.1 A decisão de interromper a gravidez e a impossibilidade de solução legalmente permitida .....	34
4.3 A INTERRUPÇÃO SELETIVA E OS ALVARÁS JUDICIAIS.....	35
4.4 A INTERRUPÇÃO SELETIVA E OS PROJETOS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO VIGENTE .....	37
4.5 ALVARÁS JUDICIAIS E SUAS FUNDAMENTAÇÕES.....	39
4.5.1 Procedimento para solicitação de alvará judicial .....	39

4.5.2 As teses favoráveis e contrárias à autorização dos alvarás judiciais	40
4.5.3 A falta de uniformidade das decisões sobre alvarás judiciais	42
<b>CAPÍTULO V – A INTERRUPTÃO SELETIVA: UMA ANÁLISE PENAL</b>	<b>43</b>
5.1 A INTERRUPTÃO SELETIVA COMO FATO ATÍPICO	44
5.1.1 O bem jurídico protegido pela criminalização do aborto no Brasil	44
5.1.2 A ausência de bem jurídico na interrupção seletiva	45
5.1.3 A incapacidade do feto inviável de tornar-se ser humano	45
5.1.4 A exclusão da atipicidade pela adequação social	47
5.1.5 A interrupção seletiva e a atipicidade vistas pelo Poder Judiciário	47
5.2 A INTERRUPTÃO SELETIVA COMO FATO AMPARADO POR EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE	49
5.2.1 A interrupção seletiva como estado de necessidade	49
5.2.2 A interrupção seletiva e a analogia <i>in bonam partem</i>	54
5.3 A INTERRUPTÃO SELETIVA COMO FATO AMPARADO POR EXCULPAÇÃO	58
5.3.1 A interrupção seletiva como inexigibilidade de conduta diversa	58
5.3.2 A interrupção seletiva como fato de consciência	62
5.3.3 A interrupção seletiva e a inexigibilidade de conduta diversa vistas pelo Poder Judiciário	63
5.4 A IMPUNIBILIDADE DA INTERRUPTÃO SELETIVA	64
<b>CAPÍTULO VI – A INTERRUPTÃO SELETIVA: ESTUDO DE DIREITO COMPARADO</b>	<b>65</b>
6.1 A INTERRUPTÃO SELETIVA E O TRATAMENTO JURÍDICO NO MUNDO	65
6.2 A INVIABILIDADE FETAL COMO INDICAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO	67
6.2.1 Alemanha	68
6.2.2 Espanha	69
6.2.3 França	70
6.2.4 Grã- Bretanha	70
6.2.5 Itália	70
6.2.6 Portugal	71
6.2.7 A interrupção seletiva: panorama mundial	72
<b>CAPÍTULO VII - A INTERRUPTÃO SELETIVA: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL</b>	<b>73</b>
7.1 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	73
7.2 A PROIBIÇÃO DA INTERRUPTÃO SELETIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GESTANTE	75
7.3 AUSÊNCIA DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA GESTANTE	79
<b>CAPÍTULO VIII – A INTERRUPTÃO SELETIVA: UMA ANÁLISE EXTRAJURÍDICA</b>	<b>80</b>
8.1 A MORAL E O DIREITO	80
8.1.1 Diferenças entre a moral e o Direito	81
8.1.2 A moral, o Direito e a inviolabilidade da vida	82
8.2 A RELIGIÃO E O DIREITO	84
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>88</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>91</b>

## INTRODUÇÃO

A interrupção precoce da gravidez, processo de renovação da vida e conservação da espécie humana, é o que se conhece como aborto. Trata-se de um acontecimento universal e inevitável da natureza, que se dá em decorrência de erros ou acidentes nos processos naturais, por conta de desequilíbrios da organização e desenvolvimento internos da matéria.<sup>1</sup>

Porém, o aborto nem sempre é decorrente da espontaneidade do desenvolvimento humano, podendo ser, também, produto de uma decisão humana e consequência de um ato de vontade. Àquela modalidade reservam-se as ciências biomédicas, enquanto esta última é a que interessa ao universo jurídico.<sup>2</sup>

Através da história, o aborto foi provocado por várias razões e métodos diferentes, assim como sua criminalização se deu em busca da proteção dos mais diversos valores. Seus aspectos morais, éticos, políticos, jurídicos e religiosos são objeto de acalorado debate em todas as partes do mundo.

A partir da década de 1970 houve um intenso movimento de reformas legislativas que ampliaram as indicações legais da interrupção voluntária da gravidez em uma série de países, inclusive naqueles de fervorosas tradições religiosas, como os Estados Unidos. As razões para o aborto ultrapassaram as questões de proteção à vida (aborto terapêutico) e à moral (aborto humanitário) da mãe, para também abarcar indicações psiquiátricas, econômico-sociais e os casos de anormalidades fetais severas.<sup>3</sup>

Embora permitido nas hipóteses em que a gravidez é decorrente de crime sexual ou que incorra em risco de vida à mãe, o aborto por anomalia fetal incompatível com a vida é criminoso perante a lei penal brasileira. Infelizmente, o Código Penal pátrio ainda não legitima a realização da interrupção seletiva da gestação – aquela realizada em gestação de feto sem viabilidade de vida extrauterina, mesmo que seja muito provável que a criança nasça com deformidades

---

<sup>1</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. Aborto, a política do crime. *in* **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense. n. 25, jan/jun 1978, p. 13.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> DWORKIN, R. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ou enfermidade incurável que invariavelmente a levará a morte pouco depois de nascer.

A lei brasileira, ao optar pela preservação da vida em formação do feto, deixa de dar garantias à dignidade, à saúde, à liberdade e autonomia e, sobretudo, à vida das mulheres, limitando-se simplesmente a ignorar não só a contínua realização de interrupções de gestações indesejadas, mas também o grave sofrimento psíquico e emocional imposto às mulheres que não têm outra escolha senão levar adiante a gravidez de um feto inviável.

O Código Penal de 1940, que ainda vige neste país, é um reflexo da cultura, costumes e hábitos da década de 30. Hoje, quase 70 anos após a promulgação desse diploma legal, não somente os valores da sociedade modificaram-se, mas, principalmente, os avanços científicos e tecnológicos, que trouxeram uma nova era para as ciências médicas. Os progressos na Medicina permitem, na atualidade, que seja possível definir com absoluta certeza e precisão determinadas anomalias dos fetos e sua inviabilidade extrauterina.<sup>4</sup>

Defender, desta forma, a licitude do aborto nos casos de fetos que apresentem anomalias físicas e/ou mentais graves e irreversíveis é nada mais do que trazer para os tempos de hoje a interpretação de um Código Penal anacrônico e incapaz de solucionar juridicamente problemas que já possuem respostas em outras áreas do conhecimento.

Assim, faz-se extremamente necessária e urgente a adequação da lei penal aos conhecimentos técnico-científicos contemporâneos, permitindo que o problema da interrupção da gestação do feto incompatível com a vida seja tratado entre o médico e a paciente, sendo a esta conferido o direito de optar entre interromper ou levar a termo a gravidez.

Diante disto, objetiva-se o presente trabalho levantar as hipóteses segundo as quais a doutrina e a jurisprudência admitem a recepção pelo Direito Penal brasileiro desta modalidade de interrupção da gravidez, buscando uma breve análise das questões que envolvem o tema e sua relação com o Direito e, principalmente, com sua juridicidade.

---

<sup>4</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 156 e ss.

## CAPÍTULO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O ABORTO

Inicialmente, e antes de adentrar ao mérito aqui tratado, é preciso tecer breves esclarecimentos preliminares em relação à terminologia utilizada no trabalho, bem como fazer algumas distinções necessárias para a melhor compreensão do tema que será adiante abordado.

### 1.1 ABORTO E CONCEITOS CORRELATOS

#### 1.1.1 Aborto e abortamento

Aborto, no Direito Penal, significa a interrupção da gestação visando à morte do conceito, qualquer que seja o período gestacional, realizado pela gestante ou por terceiros, com ou sem o seu consentimento. Porém, na Medicina, o ato de interromper a gestação é chamado de *abortamento*, enquanto o *aborto* é o produto do abortamento.<sup>5</sup> Este trabalho utilizará os dois termos como equivalentes, tendo em vista o uso da nomenclatura *aborto* já consolidado juridicamente.

#### 1.1.2 Aborto e aceleração do parto

Alguns segmentos que defendem a criminalização do aborto insistem em uma distinção entre este e a manobra de aceleração do parto. Enquanto o aborto teria como pressuposto fático a interrupção da gravidez de um feto viável, pois a incidência da norma incriminadora é somente no caso de fetos com expectativas de vida após o nascimento, a aceleração do parto apenas interromperia a gravidez de um feto que não sobreviveria fora do ventre.<sup>6</sup>

Não parece que haja diferença entre o aborto e a aceleração do parto, pois ambas as manobras visam à interrupção da gravidez de um feto ainda vivo, não importando se este tem ou não condições de viver. O aborto, como interrupção de

---

<sup>5</sup> CROCE, D.; CROCE JR. D. **Manual de medicina legal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 523.

<sup>6</sup> LUZ, M. S. T. Fetos anencéfalos: quanto vale a chance de viver um instante? Uma questão moral e jurídica em busca de solução sob a ótica do Direito Penal. *in Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia Homenagem ao Prof. Orlando Gomes*, 2008. p. 299 e ss.

gestação de feto vivo, ocorre nas duas situações, a criminalização é que incide somente no caso de viabilidade fetal.

Sustentar esta dicotomia parece apenas um meio pelo qual quem refuta a possibilidade de escolha da mulher entre interromper e levar a termo uma gravidez, qualquer que seja o seu motivo, possa alegar o direito da mãe, neste caso em especial, ao aborto.

Por esta razão, serão utilizados neste trabalho, indistintamente e como termos equivalentes, *aborto seletivo* ou *interrupção seletiva*, com preferência ao segundo apenas por questões de uniformidade terminológica, para a caracterização do ato de interromper a gravidez, seja ela em que estágio for, de feto que não possua capacidade de viver fora do ventre da mãe, devido à severidade de suas malformações.

### 1.1.3 Inviabilidade fetal extraordinária

É a inviabilidade do feto à vida extrauterina não decorrente de seu estágio de imaturidade ordinária, mas de sua malformação, que transforma a gravidez de fisiológica para patológica, e produzirá a morte do feto durante a gestação, durante o parto ou logo após o nascimento.<sup>7</sup> Neste trabalho, utilizar-se-ão os conceitos *feto inviável* e *inviabilidade fetal* como sinônimos de inviabilidade fetal extraordinária.

## 1.2 ESPÉCIES DE ABORTO

Há diversas classificações do aborto, com variedade conceitual que causa distintos tipos de impacto social conforme o termo escolhido. E cada categoria possui sua força na guerrilha linguística entre os defensores da criminalização ou da liberdade de escolha. A antropóloga Debora DINIZ<sup>8</sup> buscou, visando a uma neutralidade moral, categorizar as situações de aborto da forma que mais se aproximasse ao discurso médico oficial. A terminologia usada pela autora, didática e

<sup>7</sup> RIBEIRO, D. C. **Aborto por anomalia fetal**/Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro. 1ª reimpr. Brasília: LetrasLivres, 2004. p. 100.

<sup>8</sup> DINIZ, D., ALMEIDA, M. Bioética e aborto. In **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 126 e ss. Debora Diniz é doutora em antropologia e professora da UNB. Diretora da ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Em 2002, recebeu dois prêmios internacionais pela atuação e pesquisa no campo da bioética. É autora de artigos, livros e vídeos em bioética, em especial sobre o tema do aborto e da genética.

abrangente, serve também à doutrina penal, categorizando o aborto em quatro grandes grupos:

### **1.2.1 Interrupção eugênica da gestação (IEG)**

São os casos de aborto que ocorrem em nome de práticas eugênicas. Quando se interrompe a gestação com objetivos racistas, sexistas, étnicos etc. Remete às práticas realizadas durante o período nazista, quando mulheres foram obrigadas a interromper a gestação por não serem de “raça pura” – judias, ciganas ou negras. Esta prática se processa, via de regra, contra a vontade da gestante.

### **1.2.2 Interrupção terapêutica da gestação (ITG)**

São os abortos que visam à saúde materna. Quando a gestação é interrompida para salvar a vida da gestante. Estes casos são cada vez mais raros, em vista dos avanços da Medicina.

### **1.2.3 Interrupção seletiva da gestação (ISG)**

São os casos em que o aborto ocorre em decorrência das anomalias fetais incompatíveis com a vida extrauterina, tendo como exemplo clássico a anencefalia. É este o tipo de aborto tratado no presente trabalho.

### **1.2.4 Interrupção voluntária da gestação (IVG)**

São os abortos praticados em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal. Abrange as situações em que há a interrupção porque a mulher ou o casal não deseja a gravidez, seja ela decorrente de um crime sexual ou por relação consensual. Inclui também o aborto por causas econômico-sociais.

À exceção da IEG, todas as outras formas levam em consideração a vontade da mulher, ou do casal, para interromper a gravidez. Alguns autores, salienta DINIZ,<sup>9</sup> incluem a interrupção seletiva no mesmo grupo da ITG, como uma tradição semântica

---

<sup>9</sup> DINIZ, D., ALMEIDA, M. Bioética e aborto. In **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 126 e ss.

herdada de países onde a legislação permite ambos os tipos, não necessitando uma diferenciação prática.

### 1.3 INTERRUPTÃO EUGÊNICA E SELETIVA DA GESTAÇÃO

Não houve período em que o termo *eugenia* ganhou contornos tão polêmicos e odiosos quanto durante o governo nazista na Alemanha de Adolf Hitler (1933-1945). Naquela época, foi introduzida a lei de prevenção de descendência patológica hereditária – *Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*, de 14 de julho de 1933, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1934. Esta lei estabeleceu, em “defesa” da saúde do povo alemão, medidas de caráter eugênico como a esterilização, interrupção de gravidez e extirpação das glândulas sexuais em nome da pureza da raça ariana.<sup>10</sup>

Embora a biologia criminal não tenha sido descoberta pelos criminólogos nazistas, foi durante aquele período que mais se fez uso dela, não somente na prática, mas, principalmente, entre os teóricos, para fundamentar uma política criminal eugenésica racista e legitimar o extermínio daquelas pessoas que, segundo a ideologia nazista, tinham menor valor por pertencerem a grupos raciais distintos aos da raça ariana.<sup>11</sup> Mesmo entre os indivíduos considerados arianos, havia a necessidade da exclusão daqueles desprovidos de “valor vital”, ou seja, acometidos por enfermidades ou doenças mentais graves, ou que se apresentassem em situação terminal. Os ditos associais, indivíduos que se afastavam dos valores e princípios que regiam a “comunidade do povo”, ou porque praticavam delitos, ou porque levavam uma vida dissoluta, também eram alvo de extermínio.<sup>12</sup>

STANSFIELD e KING *apud* TESSARO, explicam que

...o conceito de eugenia corresponde ao “melhoramento da humanidade pela alteração de sua composição genética, estimulando a raça daqueles que supostamente possuem genes desejáveis (eugenia positiva) e

---

<sup>10</sup> CONDE, F. M. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo**. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 169.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*. p. 170 e ss.

desestimulando a raça daqueles que possuem supostamente genes indesejáveis (eugenia negativa).<sup>13</sup>

Percebe-se, daí, que este conceito está bem distante da interrupção seletiva. Ademais, o termo *eugenia* vem carregado de um significado emotivo negativo, como bem explica Alberto Silva FRANCO, quando diz ser

...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 período da nacional-socialista.<sup>14</sup>

Ainda se vê muita confusão sobre o tema, tanto na doutrina especializada quanto na jurisprudência dos Tribunais, que por diversas vezes negam os pedidos de autorização à interrupção seletiva por considerar a prática eugênica proibida pelo Direito Penal brasileiro.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> TESSARO, A. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da Medicina contemporânea**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, p. 48.

<sup>14</sup> FRANCO, A. S. Aborto por indicação eugênica. *In Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992, p. 97.

<sup>15</sup> É o que se lê, por exemplo, no parecer do Procurador de Justiça Sérgio Guimarães Britto, no julgamento da apelação n. 70014105597, da 1ª Câmara Criminal do TJRS: “*Vivemos numa época em que todos querem utilizar atalhos em suas vidas, sem se darem conta que os desafios e os problemas fazem parte da nossa missão terrena, para que consigamos evoluir como espíritos. O ego predomina, a busca pelo prazer e pelo sucesso não tem limites, e nesse rumo, tudo é transitório e fugaz, inexistindo cuidado com as repercussões futuras dos atos no presente. Assim, vem o conceito de que pode o anencéfalo, mesmo que vivo e humano, ser descartado antes do nascimento como um objeto, simplesmente porque vai viver pouco, dar trabalho e gerar custos, sem poucos benefícios. É quase um jogo de azar: o feto gerado só merece cuidados e atenção se for perfeito, tiver saúde, e perspectiva de vida duradoura. Se isso não é eugenia, o que é? O fato de que a anencefalia é fatal em 100% dos casos não deve ser o fator que permite o desencadeamento da interrupção da gravidez. Apesar do defeito congênito portanto, é um ser humano que está a pulsar dentro do corpo da mãe e que pode viver minutos, horas, dias, ou até meses.*”; e na decisão do Juiz Luis Felipe Paim Fernandes, do mesmo estado, que gerou a impetração do HC n. 70020596730: “*Na verdade, o que se busca com a presente cautelar é a autorização para eliminação de feto com defeito congênito, que é indesejado pelos pais, o que é possível entender-se. Certamente que os progenitores esperam e desejam filhos sadios. Por isso que o pedido não deve prosperar, já que não há base legal para o aborto eugênico. O legislador brasileiro não inseriu, em nenhum diploma legal, legitimidade ao juiz para autorizar a eliminação da vida, ainda que imperfeita, como no lamentável caso presente*”.

DINIZ<sup>16</sup> alerta para a importante distinção entre a interrupção seletiva e a eugênica. O termo seletivo é usado em referência à escolha que a gestante faz em prosseguir ou não a gravidez em vista da *inviabilidade vital* de seu feto. A seleção existe somente em nome da impossibilidade de vida extrauterina. Já a ideologia eugênica não respeita a vontade do indivíduo.

Sua diferença fundamental com relação ao aborto seletivo é que neste não existe a obrigatoriedade de se interromper a gestação em nome de alguma ideologia de extermínio de pessoas indesejáveis, como ocorreu no período nazista. Na interrupção seletiva, a primazia é pela opção da paciente, diante da gravidez de feto inviável, e nenhuma relação guarda com qualquer espécie de aprimoramento genético humano.

#### 1.4 FETO INVIÁVEL E FETO MALFORMADO

Convém ainda esclarecer que não existe equivalência entre estes dois termos. Nem toda a malformação fetal levará o feto à morte no nascimento ou proporcionar-lhe-á poucas chances de sobrevivência. A inviabilidade e a malformação do feto são conceitos distintos e é imprescindível estabelecer essas diferenças, pois as situações fáticas a que ambos se referem são substancialmente diversas.<sup>17</sup>

Ainda que seja acometido por anomalias congênitas, o feto pode nascer e sobreviver, com maior ou menor grau de limitações em sua qualidade de vida. Há tratamentos cirúrgicos e clínicos que possibilitam a correção e atenuação dos problemas originados destas malformações, que podem até trazer o recém-nato à condição próxima da normalidade. Pode-se citar como exemplo a ocorrência de fenda lábio-palatina, uma anormalidade congênita não rara e que pode ser corrigida de forma relativamente simples. A trissomia do cromossomo 21, conhecida como síndrome de Down, é um dos defeitos congênitos que acometem os seres humanos

---

<sup>16</sup> DINIZ, D., ALMEIDA, M. Bioética e aborto. *In Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 126 e ss.

<sup>17</sup> TESSARO, A. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da Medicina contemporânea**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá. p. 25-28.

que, embora acarrete limitações físicas e mentais à pessoa, é de inegável compatibilidade com a vida extrauterina.<sup>18</sup>

Contudo, tais malformações podem apresentar-se de forma tão grave, ou ocorrer associada a outras anormalidades, que o feto torna-se inviável à vida fora do ventre materno, tendo um prognóstico de morte certo e irreversível. São os casos em que se verifica a ausência de órgãos vitais, como o cérebro, rins ou bexiga, ou das síndromes de Edwards ou Patau.

Como coloca o Promotor de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Diaulas RIBEIRO,<sup>19</sup>

...não parece haver, neste sentido, contradição entre o conhecimento científico e a vulgar experiência comum quando segundo ambos se estabelece que um ser sem cérebro, sem rim ou sem pulmão não pode viver, nem pouco, nem muito.<sup>20</sup>

Nestes casos, o feto, ao contrário daqueles acometidos por anomalias compatíveis com a vida, não viverá, nem bem e nem mal, vindo a falecer logo após o parto, ou pouco tempo depois.

Anelise TESSARO destaca, entre as anomalias fetais incompatíveis com a vida, os erros do fechamento do tubo neural (como a anencefalia, exemplo mais emblemático da inviabilidade fetal), displasias ósseas (v.g. nanismo tanatofórico), anomalias do sistema urinário (v.g. ausência dos rins), anomalias cromossômicas (v.g. trissomia do cromossomo 18 e do 13), malformações múltiplas, anomalias gastrointestinais e erros do fechamento da parede abdominal.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> TESSARO, A. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da Medicina contemporânea**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá. p. 25-28.

<sup>19</sup> "A partir de 1998 um promotor de Brasília, Dr. Diaulas Ribeiro, iniciou trabalho com pacientes provenientes de hospitais da rede pública, com diagnósticos de patologias fetais incompatíveis com a vida extra-uterina. Tratando-se sempre de patologias gravíssimas, são essas pacientes atendidas em 24 horas dentro das quais os laudos médicos, acompanhados de exames específicos, são analisados por uma equipe multidisciplinar. Quando o desejo da paciente é interromper a gravidez, concede-se um alvará para 'antecipação do parto'. Em Brasília há a vantagem de uma análise rápida do caso, evitando-se o sofrimento da paciente e de sua família com a demora na emissão do alvará judicial que, em alguns Estados, pode levar até três semanas.". GOLLOP, T. R. A liminar do STF sobre abortos em casos de anencefalia: onde estamos e para onde deveríamos ir? *In Boletim IBCCRIM*, ano 12, n. 141, ago 2004.

<sup>20</sup> RIBEIRO, D. C. Interrupção voluntária de gravidez com antecipação de parto de feto inviável. *In Revista do Ministério Público Federal e Territórios*. Brasília, n. 3, p. 83-114, jan/jun 2000. p. 103.

<sup>21</sup> TESSARO, A. *Op. cit.* p. 26.

## CAPÍTULO II – ABORTO E ILICITUDE

### 2.1 A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

O tratamento dado ao aborto ao longo da história revela que, embora hoje se afirme que o bem jurídico mais relevante protegido pela criminalização seja a *vida em formação*, seu debate foi muito além dela, mostrando que a sua incriminação protege vários outros elementos, formando uma verdadeira *objetividade jurídica complexa*.<sup>22</sup>

RAVEAU *apud* Nilo BATISTA<sup>23</sup> apresenta as alternativas propostas pela doutrina para resolução do problema da objetividade jurídica do aborto: a) ordem familiar e moralidade pública (opção do Código Penal chileno); b) interesse demográfico (Código italiano fascista); c) integridade física da mãe; d) direito dos pais à prole; e) direito ao normal desenvolvimento intrauterino; f) vida; g) objetividade jurídica complexa (composta também pela vida). Para aqueles que ainda insistem na similitude entre o crime de aborto e o homicídio, este impasse os afasta mais ainda, pois a clareza teórica da ofensa à vida no crime de homicídio nunca foi controversa.<sup>24</sup> Assim, esclarece NOVOA ALDUNATE,<sup>25</sup> *“la vida solo es el bien jurídico de más relevancia en el tipo objetivo del aborto, coexistiendo junto a él otros valores que así mismo deben ser objecto de protección jurídico penal”*.

Engana-se quem imagina que a proibição do aborto esteve sempre às voltas da proteção à vida. Os assírios castigavam as mulheres que o praticassem com o empalamento e negação à sepultura, pois a morte de um feto equivalia a um soldado não nascido, baixa significativa para um povo cercado por inimigos numerosos e possantes. No Direito romano, a grande preocupação com o feto era para proteger a transmissão da propriedade privada, e a proibição do aborto somente voltou-se à salvaguarda do direito à prole do marido, tornando o aborto com o seu consentimento um fato desprovido de ilegalidade. O Direito canônico buscou, na distinção aristotélica entre fetos animados e inanimados, proteger não a vida em si, mas a porção

---

<sup>22</sup> BATISTA, N. Aborto: a retórica contra a razão. In **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense. n. 27, jan/jun, 1979. p. 40-41.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 41.

<sup>25</sup> NOVOA ALDUNATE, E. **El comienzo de la existencia humana y su protección jurídica**. Santiago: Jurídica de Chile, 1969. p. 56.

espiritual do nascituro, ou seja, sua alma. No início do século XIX, Inglaterra e Estados Unidos radicalizaram a incriminação ao aborto em vista não exatamente da proteção do conceito, mas da baixa prematura de um trabalhador, diante da necessidade de mão de obra abundante e barata em tempos de revolução industrial.<sup>26</sup>

## 2.2 A HISTÓRIA DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

### 2.2.1 A criminalização do aborto nas sociedades antigas: breve relato

A impunidade do aborto foi preponderante nas sociedades antigas. O direito oriental era tolerante com a prática e não estabelecia nenhum tipo de sanção para a gestante ou terceiro que o realizasse. Na Índia, China e Pérsia não era considerado delito. No Egito permitia-se o aborto, apesar de o infanticídio receber severa penalização.<sup>27</sup> Era fato permitido entre os hebreus,<sup>28</sup> e somente passou a ser criminalizado após a Lei Mosaica (Êxodo 21-22).<sup>29</sup>

Na Grécia Antiga o aborto era frequentemente realizado e aceitável. Aristóteles e Platão, embora consentissem com a prática – o primeiro, aconselhando-o para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência e o segundo preconizando para toda mulher que concebesse após os quarenta anos –, estabeleciam limites para sua realização, e concebiam a prática no período em que o feto não fosse dotado de “alma”.<sup>30</sup>

Até aproximadamente 195 d.C., o aborto era impunível no direito romano. Papiniano afirmava que o produto da concepção que não veio à luz não poderia ser tido, com razão, como um homem (D. 35, 2, 9, 1)<sup>31</sup>. Considerava-se o feto como parte

---

<sup>26</sup> BATISTA, N. Aborto: a retórica contra a razão. *In Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense. n. 27, jan/jun, 1979. p. 41 e ss.

<sup>27</sup> Apenas os abortos cometidos com violência eram punidos.

<sup>28</sup> BELLO, W. R. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlatos. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 21 e ss.

<sup>29</sup> PAPALEO, C. C. **Aborto e contracepção**: atualidade e complexidade da questão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 23 e ss.

<sup>30</sup> HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Vol. V, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

<sup>31</sup> BATISTA, N. *Op. cit.* p. 42.

da mulher ou de suas vísceras.<sup>32</sup> Era crime apenas contra a mulher o aborto praticado sem o seu consentimento.

Somente foi criminalizado nos tempos de Septimo Severo (193-211 d.C.), quando passou a ser punido como crime assimilado ao venefício,<sup>33</sup> considerado ofensa ao direito do marido à prole (*abactio partus*, D. 47, 11, 4). A pena ao crime de utilização de substâncias abortivas era o trabalho escravo em minas ou confisco de bens, exceto se houvesse o falecimento da gestante, quando o executor era condenado à morte (D. 48, 19, 58, § 15). A proteção, contudo, era somente à integridade física da mulher e, principalmente, ao direito paterno da prole, não ao nascituro. A mulher solteira – *nubile uiris sui* – podia abortar livremente.<sup>34</sup>

O entendimento de que o aborto significa a morte de um ser humano e, assim, um homicídio, surgiu com o Cristianismo. Porém, a proteção, aqui, era destinada à alma, e não propriamente à vida do ser em formação. O direito canônico passou a distinguir, para tanto, o feto animado do inanimado, remontando à análise aristotélica da gestação. Santo Tomás de Aquino considerava o feto masculino dotado de alma quarenta dias após a concepção, e o feminino, oitenta. Tal distinção recebeu repúdio de S. Basílio (374 d.C.), mas manteve-se com S. Jerônimo, Santo Agostinho, assim como com o *Decretum* de Graciano e as *Decretais* do Papa Gregório IX (1234).<sup>35</sup>

Papa Sisto V, em 1588, determinou que as penas canônicas e seculares deveriam ser aplicadas da mesma forma para o aborto e o homicídio, independente da idade do feto. Após três anos, o Papa Gregório XIV amenizou as penas eclesiásticas, restringindo-as aos fetos animados. Em 1869, Papa Pio IX, na *Apostolicae Sedis*, aboliu a distinção entre fetos dotados ou não de alma, impondo-se as mesmas penas para qualquer caso.

A adoção pela Igreja da teoria concepcionista trouxe maior rigor ao seu posicionamento contra o aborto, que foi consagrado em numerosas e influentes

---

<sup>32</sup> FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 132.

<sup>33</sup> Do latim *veneficus*, diz-se do crime por envenenamento, ou ato de preparar veneno para fins criminosos. É o envenenamento criminoso. SILVA, D. E. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1475.

<sup>34</sup> LISBOA, R. S. O aborto e os direitos da personalidade do nascituro. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas de São Paulo**, 1996. p. 205 e ss.

<sup>35</sup> FRAGOSO, *Op. cit.* p. 134.

encíclicas.<sup>36</sup> A encíclica *Humanae Vitae*, editada em 1968 por Paulo VI, considerou condenáveis até mesmo o aborto por razões terapêuticas e o sentimental.<sup>37</sup> A distinção, contudo, perdurou com os práticos, que puniam o aborto de fetos animados com as penas de homicídio e de fetos inanimados com o exílio (Carrara, § 1267).

Durante a Idade Média, os juristas alemães deixaram a cargo da Igreja o posicionamento a respeito do aborto, que recebia condenação pelos Clérigos, enquadrado ora em feitiçarias, ora em homicídio especial.<sup>38</sup>

No Iluminismo, embora as penas contra o aborto mantivessem a severidade, foi excluída a equiparação ao homicídio, atenuando-se a pena às gestantes que o praticassem em defesa de sua honra. Não havia no Código Penal Francês de 1791 qualquer penalidade à prática abortiva realizada pela própria gestante. O Código de 1810, que veio a substituí-lo, tipificou o crime de aborto, com ou sem consentimento da gestante, com a finalidade de evitar as fortes quedas demográficas devidas às perdas nos campos de batalha.<sup>39</sup>

### 2.2.2 Histórico da criminalização do aborto no Brasil

O tema do aborto foi contemplado pela primeira vez no País em legislação específica em 1830, com a promulgação do Código Criminal do Império, incluído no Capítulo referente aos “Crimes contra a segurança da pessoa e da vida”.<sup>40</sup>

No Brasil Imperial, o aborto praticado pela própria gestante, à semelhança do Código Penal francês de 1791, não era criminalizado pelo Código Criminal de 1830, que punia somente aquele realizado por terceiro, independentemente do

---

<sup>36</sup> Cf. *Casti Connubii* (1930), Pio XI; *Mater et Magistra* (1961), João XXIII; *Humanae Vitae* (1968), Paulo VI; **documento Igreja no mundo moderno**, ed. Concílio Vaticano II (1965).

<sup>37</sup> *Não podem recair sobre o nascituro inocente as consequências do crime praticado por outrem*. PAULO VI. *Humanae Vitae*. Vaticano, 1968. Disponível em: [http://www.vatican.va/holy\\_father/paul\\_vi/encyclicals/documents/hf\\_p-vi\\_enc\\_25071968\\_humanae-vitae\\_en.html](http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae_en.html). Acesso em 15/07/2009.

<sup>38</sup> ANDRADE, R. L. S. **Aborto e o direito à vida**. Disponível em: <http://www.aborto.com.br/artigos/abortoedireito.htm>. Acesso em 15/07/2009.

<sup>39</sup> VEIL, S. **Les hommes aussi s'en souviennent**. Paris: Stock, 2004. p.110.

<sup>40</sup> PIERANGELI, J. H. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980. p. 236.

consentimento da mãe.<sup>41</sup> Representavam tipos penais o aborto consentido e o aborto sofrido, mas não o provocado, que era atípico. Porém, a punição era somente para os terceiros que interviessem no abortamento, e não para a gestante. Os atos preparatórios para o aborto também eram punidos: a conduta de fornecimento de meios abortivos era criminalizada, mesmo que o aborto não fosse praticado.<sup>42</sup>

No Código Penal republicano, de 1890, houve a distinção entre o crime de aborto com expulsão ou não do feto, agravado se houvesse a morte da mãe, em uma frustrada pretensão de diferenciar as formas consumada e tentada. O aborto praticado pela gestante também foi criminalizado, mas era atenuado se tivesse o objetivo de ocultar desonra própria.<sup>43</sup> A prática abortiva para salvar a vida da mãe não era punível, caso em que somente a imperícia do médico ou parteira que causasse a morte da parturiente poderia ser punida.

O Código Penal de 1940, inspirado na filosofia do Código Penal italiano, incluiu o aborto no Capítulo I – Dos crimes contra a vida – e tipificou as três figuras de aborto: o *aborto provocado*, onde a própria parturiente o pratica; o *aborto sofrido*, no qual a gestante não consente com a prática, feita por outrem; e o *aborto consentido*, no qual, embora seja realizado por terceiro, existe o consentimento da mulher.<sup>44</sup>

O referido código criminalizou a conduta em todas as hipóteses, apenas excluindo de punibilidade o aborto necessário – se não há outro meio de salvar a vida da gestante – e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, desde que precedido do consentimento da gestante ou de seu representante legal. Foi a primeira vez que o Código fez menção explícita de casos de impunibilidade.

---

<sup>41</sup> A pena para o aborto praticado com o consentimento da gestante era de prisão com trabalho, por um a cinco anos, pena essa dobrada se o aborto se dava sem o consentimento da mulher. PIERANGELI, J. H. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980. p. 303 e ss.

<sup>42</sup> A pena para o fornecimento de meios abortivos com conhecimento, ainda que o aborto não se verificasse, era de prisão com trabalho, de dois a seis anos. A pena era dobrada se o agente fosse médico, boticário, cirurgião ou praticante (art. 199 e 200, Código Criminal de 1830). PIERANGELI, J. H. *Op. cit.* p. 303 e ss.

<sup>43</sup> Art. 300 e 301, Código Criminal de 1890. PIERANGELI, J. H. *Op. cit.* 303 e ss.

<sup>44</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 156 e ss.

## 2.3 O ABORTO NO CÓDIGO PENAL ATUAL BRASILEIRO

### 2.3.1 Bem jurídico tutelado

Embora, a rigor, não se trate de crime contra a pessoa, protege-se com a criminalização do aborto a *vida do ser humano em formação*. Não se pode dizer que o produto da concepção – feto ou embrião – seja uma pessoa, nem que faça parte do organismo materno,<sup>45</sup> pois tem vida própria e recebe algum tratamento autônomo da ordem jurídica. Difere-se em relação ao homicídio de duas formas: quanto ao estágio de vida, não protege a pessoa, mas a sua forma intrauterina, e ocorre somente da concepção até o momento anterior ao início do parto.

### 2.3.2 Sujeitos ativo e passivo

Em casos de autoaborto e aborto consentido, o sujeito ativo é a própria gestante. No aborto provocado por terceiro, seja com ou sem consentimento da gestante, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.<sup>46</sup>

O sujeito passivo no autoaborto e aborto consentido é o produto da concepção, qualquer que seja o grau de desenvolvimento.<sup>47</sup> Em posição diversa, FRAGOSO<sup>48</sup> afirma ser o produto da concepção o objeto material da ação, e não o sujeito passivo, posto que tal categoria compreenderia apenas o titular do bem jurídico tutelado, no caso, o Estado ou a comunidade nacional. O autor ainda defende que, como inexistente crime de autolesão, a gestante é somente sujeito ativo nestes tipos penais.

---

<sup>45</sup> *Portio viscerum* ou *pars ventris*. FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 136.

<sup>46</sup> Cf. FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986 e BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>47</sup> BITENCOURT, C. R. *Op. cit.* p. 157.

<sup>48</sup> FRAGOSO, H.C. *Op. cit.* p. 137.

A gestante é sujeito passivo do aborto provocado por terceiro sem seu consentimento. Haveria, neste caso, dois sujeitos passivos: o feto e a gestante.<sup>49</sup>

### 2.3.3 Tipo objetivo

Embora do ponto de vista médico a gestação se inicie com a fecundação, a gravidez começa, para efeitos penais, com a implantação do óvulo fecundado na cavidade uterina. A destruição da vida entre o momento da nidação até o início do parto configura-se como aborto, criminoso ou não. Após o início do parto, que é o marco final da vida uterina, o crime passa a ser de homicídio, salvo se ocorrer em circunstâncias especiais que caracterizam o infanticídio, figura privilegiada de homicídio disposta no art. 123 do Código Penal.

O núcleo do tipo, como ensina Aníbal BRUNO,<sup>50</sup> se reduz a provocar o aborto, no sentido de interromper o curso da gravidez, com a consequente morte do feto. Assim, para que o aborto ocorra, é necessário que haja tanto a interrupção do processo de gestação como a morte do feto em decorrência das manobras abortivas. Matar culposamente um embrião é tão impune quanto lesioná-lo, ainda que as lesões se manifestem no homem posteriormente vivo como uma deficiência física.<sup>51</sup> A expulsão ou não do feto é irrelevante para a tipificação da conduta.

A matéria foi objeto de debate em face dos métodos contraceptivos que atuam após a concepção. O mais conhecido deles é o dispositivo intrauterino, que impede a implantação do óvulo fecundado no útero e seu desenvolvimento, provocando sua expulsão precoce. Se fosse considerada aborto a expulsão do ovo após a concepção, ter-se-iam, nestas situações, práticas claramente *abortivas*. Porém, entende-se que o aborto criminalizado é aquele que ocorre no período de gravidez que se sucede à nidação, ou seja, a implantação do ovo no endométrio.<sup>52</sup> Apesar de não existir

---

<sup>49</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 158.

<sup>50</sup> BRUNO, A. **Crimes contra a pessoa**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 160.

<sup>51</sup> ROXIN, C. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 7 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/08/2009.

<sup>52</sup> FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 138.

posição expressa sobre o momento inicial da proteção penal, o melhor entendimento é pela inexistência de tutela penal antes da implantação do ovo no útero.

A interrupção de gravidez *ectópica*, quando o embrião se aloja fora do útero, não é, a rigor, aborto (se fosse, seria aborto necessário ou terapêutico). Nestas ocasiões há a necessidade de remoção do feto do corpo da gestante, a fim de evitar a sua morte por rotura tubária. O mesmo se dá com a gravidez *molar*<sup>53</sup>, quando o produto da concepção encontra-se degenerado.<sup>54</sup>

### 2.3.4 Tipo subjetivo

Somente é punível o crime de aborto doloso, seja ele direto (vontade livre e consciente de interromper a gravidez, matando o feto) ou eventual (aceitação do risco de promover o resultado).<sup>55</sup> Se aborto ocorrer quando o agente quis praticar lesão corporal na mulher conhecendo sua gravidez o crime passa a ser de lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º, V).<sup>56</sup> Matar mulher sabendo de seu estado de grávida também configura o crime de aborto, no qual há, no mínimo, dolo eventual, respondendo o agente, em concurso formal, pelos crimes de homicídio e aborto. Se os desígnios forem autônomos o concurso formal passa a ser impróprio, com a aplicação cumulada da pena dos dois crimes.<sup>57</sup>

### 2.3.5 Espécies de aborto criminoso

Desde que idôneo para produzir o resultado, qualquer meio ou forma de comportamento pode ser utilizado na provocação de aborto, pois se trata de um crime

---

<sup>53</sup> “É a doença trofoblástica gestacional (DTG) contrafação reprodutiva cujas formas clínicas são representadas por mola hidatiforme, mola invasora, coriocarcinoma e tumor trofoblástico do sítio placentário (PSTT), cujo espectro inclui formas benignas e malignas”. BELFORT, P.; BRAGA, A. Mudanças na apresentação clínica da gravidez molar. *In Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*. vol. 26 n. 6, Rio de Janeiro. Julho de 2004.

<sup>54</sup> FRAGOSO, H.C. *Lições de Direito Penal. Parte Especial*. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 138.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*. p. 140.

<sup>57</sup> BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 158.

de forma livre. Geralmente, pratica-se o crime através de processos mecânicos diretos ou indiretos ou pela ingestão de substâncias abortivas.<sup>58</sup> E como só existe crime se o aborto for provocado, se não houver meio de os peritos afirmarem tratar-se de aborto provocado ou espontâneo, não há como falar em crime.

O exame do corpo de delito, indispensável para a tipificação do aborto, realiza-se com o exame da mulher e, se for possível, com o produto da concepção.<sup>59</sup> A ausência do exame, seja direto ou indireto, é causa de nulidade processual, não podendo ser suprido pela simples confissão da gestante.<sup>60</sup>

As espécies de aborto são determinadas pelas elementares *em si mesma, sem o consentimento da gestante e com o consentimento da gestante*. Ou seja, são três as modalidades de aborto previstas no Código Penal: autoaborto (art. 124, primeira parte), aborto consentido pela gestante (art. 124, segunda parte e art. 126) e aborto sem o consentimento da gestante (art. 125).

#### 2.3.5.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

O art. 124 do Código Penal tipifica duas condutas pelas quais a gestante pode interromper sua gravidez e causar a morte do feto. Na primeira, a provocação do abortamento é realizada pela própria gestante. Na segunda, há o seu consentimento para que terceiro lhe provoque. São duas modalidades de crime de mão própria. Somente a gestante é capaz de realizá-lo, admitindo a participação, como atividade acessória, no caso em que o partícipe a instigue, induza ou auxilie, seja para praticar aborto nela mesma, seja para consentir que terceiro provoque a ela.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Cf. FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986 e BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, entre outros.

<sup>59</sup> Júlio Fabbrini Mirabete em sua obra *Código Penal Interpretado*, afirma: "A gravidez se estende desde a concepção até o início do parto, exigindo-se a prova desse estado por meio de exame de corpo de delito direto, ou indireto quando desaparecidos seus vestígios. Não exclui essa necessidade a confissão do agente". MIRABETE, J. F. **Código Penal Interpretado**, p. 686.

<sup>60</sup> Cf. HC n. 70006508626 TJRS, de 23/09/2003, Rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak "É que a imputação é a da prática de aborto - art. 124 do Código Penal, para cuja caracterização, segundo jurisprudência e doutrina majoritárias, imprescindível a existência de prova concreta da materialidade, qual seja, da gravidez da agente e da existência do feto sacrificado, a qual não pode ser suprida pela confissão".

<sup>61</sup> BITENCOURT, C. R. *Op. cit.* p. 160 e ss. FRAGOSO, H.C. *Op. cit.* p. 141.

Na conduta de autoaborto, se um terceiro participar do fato, instigando, auxiliando ou contribuindo para o delito de qualquer forma, incide nas mesmas penas e pratica o mesmo crime.<sup>62</sup> Já quando ela consente que outro o faça, há outra figura penal, a do aborto consentido, formada por dois elementos: o consentimento da gestante e a execução do aborto por terceiro. Há, neste caso, um duplo crime: o daquele que praticou o aborto e o da gestante que consentiu que outro lhe provocasse. Embora haja concurso na mesma ação delituosa, os agentes praticam crimes autônomos. Da parte da gestante, a rigor, existe somente participação (como cúmplice), elevada à categoria de fato principal (autoria).<sup>63</sup>

A pena para a mulher que pratica o autoaborto ou que consente para que terceiro realize é idêntica, nos termos do art. 124 do CP. Se a mulher auxilia terceiro a realizá-lo pratica um só crime, pois a provocação do autoaborto ou o consentimento para que lhe provoquem é crime de ação múltipla. Aquele que pratica o aborto em gestante, com o seu consentimento, pratica o crime do art. 126. O aborto consentido não admite coautoria entre terceiro e gestante. O terceiro que pratica aborto sem o consentimento da gestante incorre nas sanções do art. 125 do Código Penal.

O consentimento deve ser *válido*, e livremente obtido de uma mulher capaz de compreensão e madura para validamente consentir. O aborto consentido tem as mesmas penas daquele praticado sem o consentimento da gestante se esta for menor de 14 anos, presumindo-se a incapacidade para consentir (art. 126, parágrafo único). O mesmo se dá se a gestante for incapaz em decorrência de doença mental, ou se o consentimento for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Pode o consentimento ser expresso ou tácito (como a passividade ou tolerância), mas deve permanecer até a consumação do delito.

#### 2.3.5.2 Aborto provocado sem consentimento da gestante

Esta é a forma mais grave do crime, recebendo a maior punição. Pode assumir duas formas: sem o consentimento real ou ausência de consentimento presumido (menor de 14 anos, alienada ou débil mental). Não se exige, portanto, o dissenso

---

<sup>63</sup> Cf. BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007 e FRAGOSO, H.C. *Lições de Direito Penal. Parte Especial*. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

expresso da gestante, que pode ser presumido no caso em que o aborto é praticado sem que a vítima tenha conhecimento dele.<sup>64</sup> A ausência de conhecimento é a elementar negativa do tipo. Assim, se houver consentimento, afastada está a adequação típica, deslocando a tipicidade para outro dispositivo legal.<sup>65</sup>

Violência, grave ameaça ou fraude são prescindíveis. Basta a simulação ou dissimulação, ou qualquer outra forma de escapar da atenção da gestante. Suficiente é o desconhecimento da gestante de que nela esteja sendo praticado o aborto.

### 2.3.6 Consumação e tentativa

Como o crime de aborto consuma-se com a morte do produto da concepção, a sua materialidade pressupõe a existência de um feto ou embrião vivo e uma gravidez em curso. Assim sendo, é indispensável comprovar que o feto estava vivo quando a ação abortiva foi realizada e que esta foi a causa de sua morte. O *nexo de causalidade* é necessário entre a ação e o resultado produzido. Somente o emprego dos meios abortivos é insuficiente para a conclusão da existência do crime, necessitando da prova de que o feto existia e que estava vivo no momento da ação. O exame de delito é exigência para a prova do aborto.

Como crime material, admite a *tentativa*, desde que os meios utilizados sejam capazes de levar o produto da concepção à morte e que esta não tenha vindo a ocorrer, por causas alheias à vontade do agente.

BITENCOURT<sup>66</sup> sustenta que, por razões político-criminais, defende-se a impunibilidade da tentativa no autoaborto, pois o ordenamento jurídico brasileiro não pune a autolesão. Ainda ensina o autor que a tentativa do autoaborto estaria mais para desistência voluntária ou arrependimento eficaz do que propriamente para tentativa punível, figuras que o Código Penal já afirma serem impuníveis, para servirem de estímulo ao agente a não prosseguir na atitude criminosa.

A conduta praticada em mulher não grávida ou por meio incapaz de levá-la à interrupção da gravidez (rezas, feitiçarias, administração de substâncias inócuas)

---

<sup>64</sup> BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. II e FRAGOSO, H.C. *Lições de Direito Penal. Parte Especial*. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

<sup>65</sup> BITENCOURT, C. R. *Op. cit.* p. 162 e ss.

<sup>66</sup> *Idem.*

resulta em *crime impossível*. No primeiro caso, por absoluta impropriedade do objeto e, no segundo, por inadequação absoluta do meio.

Nas hipóteses de desistência voluntária e arrependimento eficaz o agente responderá pelos atos praticados que constituírem crime, exceto no caso do autoaborto.<sup>67</sup>

### 2.3.7 Figuras majoradas de aborto

São duas as hipóteses previstas no art. 127 do Código Penal, independentemente se praticadas com ou sem o consentimento da gestante. A primeira quando, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre *lesão corporal de natureza grave*, caso em que a pena é elevada em um terço. A decorrência de lesões corporais leves não recebe aplicação do art. 127, pois é considerada resultado natural da prática abortiva. Devem ser lesões *extraordinárias*, não devidas ao simples aborto.<sup>68</sup> A segunda, quando por qualquer dessas causas sobrevém a *morte* da gestante, caso em que a pena é duplicada. Em ambas as hipóteses, o resultado não deve ter sido querido, nem mesmo eventualmente, pelo agente. Não se aplica o art. 127 nos casos de aborto praticado pela própria gestante.

Se o dolo do agente abranger os resultados de lesão corporal grave ou morte da gestante, está excluída a aplicação do art. 127, respondendo o mesmo pelos dois crimes, em concurso formal.

Para a aplicação do art. 127 não há necessidade da consumação do aborto, bastando que a morte ou as lesões graves decorram dos meios empregados para provocá-lo, desde que certo o nexo de causalidade. A morte de mulher não grávida em consequência de manobras abortivas é homicídio culposo. As lesões corporais configuram o crime do art. 129 do Código Penal.

---

<sup>67</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 162 e ss.

<sup>68</sup> FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 144.

### 2.3.8 Exclusão da antijuridicidade

Desde que praticado por médico, o aborto é impunível em duas hipóteses: o *aborto terapêutico* – ou necessário –, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, previsto no inciso I do art. 128; e o *aborto sentimental* – ou ético –, se a gravidez resultou de estupro e o aborto precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, disposto no inciso II do mesmo artigo.

Silenciou-se o Código Penal de 1940 a respeito da impunibilidade da interrupção de gestação por anomalia fetal grave. Até mesmo porque, àquela época, pouco se conhecia a respeito da Medicina Fetal e os exames médicos, de técnica ainda rústica e incipiente, não eram capazes de confirmar anormalidades do feto antes de seu nascimento. Como será explicado mais adiante, ao tempo da promulgação do Código Penal, não se falava em métodos de diagnóstico pré-natal, sendo absolutamente impossível a previsão segura de malformações fetais. A Medicina estava a “anos-luz” do grau de refinamento que hoje se tem na área de Obstetrícia e Fetologia, capaz de diagnosticar doenças genéticas em exames pré-natais e até mesmo pré-implantacionais (antes de o embrião concebido *in vitro* ser implantado no útero da mãe).<sup>69</sup>

#### 2.3.8.1 Aborto terapêutico ou necessário

Constitui essa modalidade de aborto, segundo doutrina dominante, autêntico estado de necessidade<sup>70</sup> quando não existem outros meios de salvar a vida da gestante. Esta hipótese de aborto, para que seja impunível, exige dois requisitos concomitantes: o *perigo de vida* para a gestante e a *inexistência de outro meio* para salvar-lhe a vida. Se o perigo de vida for iminente e não houver médico no local, outra pessoa poderá praticar a intervenção, com fundamento nos arts. 23, I e 24, CP.

A concordância da gestante, ou de seu representante legal (art. 146, § 3º), é requisito prescindível, e o texto legal não traz tal exigência, considerada como uma

---

<sup>69</sup> FERNANDES, M. C.. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: SARMENTO, D.; PIOVESAN, F. **Nos Limites da Vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. São Paulo: Lumen Juris, 2007. p. 118.

<sup>70</sup> Embora, conforme lição de Fragoso, não necessite ser o perigo atual. FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

restrição da liberdade. Como afirma BITENCOURT,<sup>71</sup> o aborto necessário pode ser realizado mesmo contra a vontade da gestante, sendo que a intervenção médico-cirúrgica estaria autorizada pelos arts. 128, I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, § 3º (intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida). Ainda, estará agindo no *estrito cumprimento do dever legal* (art. 23, III, 1ª parte), porque, como é *garantidor*, deve zelar pela vida da gestante.

#### 2.3.8.2 Aborto sentimental, humanitário ou ético

Ocorre nos casos em que a gravidez resulta de crime sexual, não havendo limite temporal para que a gestante opte pelo abortamento. Não é difícil entender seu fundamento. Seria inumano constranger uma mulher, que já foi objeto de violência sexual, a suportar também o da gravidez. Assim como no aborto terapêutico, pode ser justificado pelo estado de necessidade, reconhecendo o perigo de grave dano à pessoa, seja ele psíquico, familiar, moral, ou social.<sup>72</sup>

Para a autorização desta modalidade de aborto são necessários dois requisitos: que a gravidez seja resultante de estupro e que a gestante, ou seu representante legal, dê o consentimento prévio. Contudo, cabe lembrar que, como a existência do estupro somente pode sobrevir da sentença criminal que, sem dúvidas, **tarda** mais do que o período gestacional, ou o permissivo é perante a lei o aborto *sob suspeita* de estupro ou ele não é substancialmente permitido. A declaração da existência do crime só servirá para, como sublinha CIRINO DOS SANTOS,<sup>73</sup> o **homicídio** da criança, por óbvio já nascida.

#### 2.3.8.3 Imprecisão técnica do legislador nas hipóteses de aborto legal

Embora ambas as hipóteses de licitude da prática do aborto sejam consideradas por grande parte da doutrina como modalidades de estado de

---

<sup>71</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 169.

<sup>72</sup> FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 145.

<sup>73</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. Aborto, a política do crime. *In Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense. n. 25, jan/jun 1978, p. 17.

necessidade, o texto legal se utiliza da expressão “*não se pune o aborto praticado por médico*”, no *caput* do art. 128. Como salienta Rodrigues de SOUSA,<sup>74</sup> há um evidente defeito técnico no uso desta expressão, que deveria ser substituída por “*não há crime*”, como em todos os demais dispositivos definidores e reguladores das hipóteses de justificação penal. Magalhães NORONHA<sup>75</sup> explica que essa dissonância pode resultar a falsa ideia de que, naquele artigo, a lei trata não de causa de exclusão de crime, mas de “escusa absolutória”.

### **2.3.9 O aborto no Código Penal de 1940: anacronismo**

O Código Penal, de 1940 é um reflexo da cultura, costumes e hábitos da década de 30. Hoje, quase 70 anos após a promulgação desse diploma legal, não somente os valores da sociedade modificaram-se, mas, principalmente, os avanços científicos e tecnológicos, que trouxeram uma nova era para a ciência médica. Os progressos na Medicina permitem, na atualidade, que seja possível definir com absoluta certeza e precisão determinadas anomalias dos fetos e sua inviabilidade extrauterina.

É indubitável a preocupação do legislador com a tutela da saúde física e psíquica da mulher, haja vista a previsão das hipóteses permissivas do aborto terapêutico e sentimental. Assim, a ausência de tratamento legal à interrupção seletiva da gestação à época da promulgação do diploma penal somente pode ser entendida como expressão da impossibilidade médica, naquele tempo, de categorizar a malformação fetal com o grau de certeza da atualidade que certificasse a sua incompatibilidade com a vida.

---

<sup>74</sup> SOUSA, A. R. R. **Estado de necessidade**: um conceito novo e aplicações mais amplas. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 133.

<sup>75</sup> NORONHA, E. M. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1969.

## CAPÍTULO III – GRAVIDEZ E DIAGNÓSTICO DE INVIABILIDADE FETAL

### 3.1 A GRAVIDEZ E O FETO INVIÁVEL

A gravidez caracteriza-se por um processo fisiológico de modificação do organismo da mulher relacionada a uma série de eventos naturais e necessários à adaptação do corpo da mãe ao feto<sup>76</sup>. Essas transformações não se exaurem somente no organismo materno, mas também estão ligadas aos aspectos emocional, psicológico e social daquela mãe e família que se preparam para a vinda de um bebê. Há uma mudança radical na vida da mulher e em sua estrutura familiar.<sup>77</sup>

Porém, em alguns casos, além deste processo natural, existe um desafio ainda maior e que contraria todas as expectativas comuns a uma gravidez: o diagnóstico de uma condição patológica que incompatibiliza a sobrevivência extrauterina do feto. Estima-se que as anomalias fetais representem, no Brasil, a segunda maior causa de mortalidade infantil, apenas atrás das condições de assistências perinatais.<sup>78</sup> Na América Latina, as malformações em nascidos vivos aproximam-se de 5%.<sup>79</sup> Apresentam-se como defeitos mais frequentes os relacionados ao fechamento do tubo neural, especialmente a mielomeningocele e a anencefalia.<sup>80</sup>

### 3.2 OS AVANÇOS DA TECNOLOGIA NA MEDICINA FETAL

#### 3.2.1 A importância do diagnóstico pré-natal

---

<sup>76</sup> SURESH, L.; RADFAR, L. Pregnancy and lactation. *In Oral Surg. Oral. Med. Oral Pathol. Oral Radiol. Endod.* St. Louis, v. 97, p. 672-682, 2004.

<sup>77</sup> SOIFER, R. **Psicologia da gravidez, parto e puerpério**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992. p. 124 e ss.

<sup>78</sup> VICTORA, C.G.; BARROS, F. C. Infant mortality due to perinatal causes in Brazil: trends, regional patterns and possible interventions. *In São Paulo Medical Journal*. Vol. 119, n. 1. São Paulo. Jan. 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S15163180200100010009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S15163180200100010009&lng=en&nrm=iso). Acesso em 16/09/2009.

<sup>79</sup> HOROVITZ, D. D. G. *et al.* Atenção aos defeitos congênitos no Brasil: panorama atual. *In Cad. Saúde Pública*. Rio de Janeiro, 21 (4) jul-ago 2005. p. 1055. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v21n4/08.pdf>. Acesso em 16/09/2009.

<sup>80</sup> AGUIAR, M. J. B. *et al.* Defeitos do fechamento do tubo neural e fatores associados em recém-nascidos vivos e natimortos. *In Jornal da Pediatria*. Rio de Janeiro. Vol. 79, n. 2, 2003. p. 129 e ss. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0021-5572003000200007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-5572003000200007). Acesso em 16/09/2009.

A história da imagem interna dos seres humanos na Medicina é relativamente recente. Foi há pouco mais de um século que o físico alemão William Roentgen descobriu os Raios-X, ao produzir imagens de ossos pelos raios que atravessavam tecidos moles, mas não os densos. Porém, desde 1895 até hoje, o progresso na Medicina tem sido vertiginoso, contando, atualmente, com um arsenal de possibilidades de imagens variado e cada vez com maior precisão.<sup>81</sup>

No início da década de 1920, o ultrassom era utilizado para avaliar a profundidade dos oceanos e detectar a presença de submarinos. Começou a ser utilizado pela Medicina nos anos 1950, em exames cardíacos. Hoje possui vasta aplicação, possibilitando a observação de detalhes funcionais e anatômicos de várias regiões do organismo, inclusive habilitando o diagnóstico de patologias fetais.<sup>82</sup>

O diagnóstico pré-natal (DPN) das anomalias fetais teve início na década de 1950 entre os países desenvolvidos, iniciando no Brasil no final dos anos setenta. Durante os anos de 1990, com os progressos da informática, os exames tornaram-se ainda mais precisos, permitindo observar imagens tridimensionais do feto através da ultrassonografia.<sup>83</sup> O desenvolvimento da Medicina Fetal, área multidisciplinar de atuação médica, incorporou às técnicas de diagnóstico as terapias intrauterinas. Os avanços no DPN trouxeram um aprimoramento na qualidade de imagens de ultrassom para uma melhor visão do interior do útero, o que proporcionou uma irrefragável segurança nos exames invasivos de coleta e análise de material fetal.<sup>84</sup>

A investigação das anomalias, em decorrência da possível inviabilidade fetal, tornou-se rotina na assistência pré-natal, em busca de um diagnóstico precoce. Com o princípio da utilização dos métodos de imagem os obstetras puderam visualizar o feto e seus anexos dentro do útero sem a necessidade de técnicas invasivas.

No presente, com o aperfeiçoamento da tecnologia aplicada à Obstetrícia e à Fetologia, a perspectiva de certeza dos diagnósticos pré-natais realizados pelos

---

<sup>81</sup> GALVÃO, P. B. A. Tecnologia e medicina: imagens médicas e a relação médico-paciente. *In: Revista Bioética*. v. 8, n. 1, Conselho Federal de Medicina, 2000. p. 128.

<sup>82</sup> *Ibidem*. p. 129.

<sup>83</sup> FRIGÉRIO, M. V. Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do aborto por anomalia fetal grave no Brasil. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 41. jan/mar 2003. p. 268 e ss.

<sup>84</sup> *Idem*.

profissionais está acima de qualquer dúvida. A investigação de anomalias fetais por procedimentos como a biópsia das vilosidades coriônicas, amniocentese, cordocentese e biópsia de tecidos fetais ocorre com grande frequência e cada vez com maior segurança, através do auxílio de imagens ultrassônicas de excelente qualidade, com um grau mínimo de ocorrência de complicações ao feto ou à mãe. Com isto, permitiu-se a identificação precisa de fetos malformados, colocando em evidência a questão do aborto por anomalia fetal.<sup>85</sup>

### 3.2.2 Anencefalia

A anencefalia, como anomalia fetal incompatível com a vida mais emblemática e de maior evidência, merece alguns breves esclarecimentos. Conforme sintética definição médica, a anencefalia é uma malformação congênita do sistema nervoso central onde o encéfalo não se desenvolve e inexiste calota craniana, deixando exposto o resíduo do tronco encefálico, recoberto apenas por uma membrana espessa de estroma angiomatoso.<sup>86</sup> A maioria dos fetos anencefálicos é do sexo feminino e a etiologia é multifatorial, decorrente de interação entre fatores genéticos e ambientais.<sup>87</sup> Conforme o Parecer n. 1.839/1998 do Conselho Federal de Medicina,

O anencéfalo (ausência de cérebro) não tem as mínimas condições de sobrevivência, haja vista não possuir as estruturas neocorticais. Possui tão-somente o tronco cerebral. Cumpre também salientar que esses seres não têm uma vida de relação com o mundo exterior. O diagnóstico da anencefalia, seguro, é realizado durante a gestação pelos exames de ultrasonografia e dosagem de alfafetoproteína.<sup>88</sup>

O que se observa, portanto, é um ser dotado de resquícios encefálicos, que não possui condições de desenvolvimento de suas funções autônomas essenciais à sua existência. Somente é capaz de manter alguns órgãos funcionais porque ligados

<sup>85</sup> GOLLOP, T. R. Aborto por anomalia fetal. *In* **Bioética**. Brasília, v. 1, n. 2, p. 67-72, 1994.

<sup>86</sup> COSTA, D. B. Sobre a atipicidade da interrupção da gestação de feto anencefálico. *In* **Boletim IBCCRIM**, n. 152, jul 2005.

<sup>87</sup> PINOTTI, J. A. **Justificativa do Projeto de Lei n. 4360**, 2004.

<sup>88</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Parecer de 9 de maio de 2003**. Disponível em [http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/2003/24\\_2003.htm](http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm) Acesso em 2/10/2009.

ainda à mãe ou enquanto amparados por aparelhagem médica.<sup>89</sup> Estes seres são, de acordo com a Resolução n. 1.752 de 2004, do Conselho Federal de Medicina, *natimortos cerebrais*, o que leva muitos daqueles que conseguem nascer (aproximadamente 75% dos anencéfalos perecem no ventre materno) à parada cardiorrespiratória ainda nas primeiras horas pós-parto.<sup>90</sup>

Segundo dados da OMS, o Brasil está em quarto lugar entre os países nos índices de anencefalia.<sup>91</sup> Esta constatação estatística pode representar, consoante FERNANDES<sup>92</sup>, a evidência de dois fatores: primeiro, que existe de fato maior incidência no Brasil desta malformação fetal, ou que os dados brasileiros são mais expressivos porque, na medida em que a legislação proíbe a interrupção da gravidez nestes casos, é natural verificar um maior número de nascimentos de anencéfalos, refletindo nos dados estatísticos.

Além da impossibilidade de vida extrauterina do feto, a gravidez de um anencéfalo traz à mulher uma série de riscos e problemas gestacionais. Segundo a FEBRASGO (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia), as complicações maternas durante a gestação de fetos anencéfalos incluem

- a) Prolongamento da gestação além de 40 semanas; b) Associação com polihidrâmnio, com desconforto respiratório, estase venosa, edema de membros inferiores; c) Associação com DHEG (Doença Hipertensiva Específica da Gestação); d) Associação com vasculopatia periférica de estase; e) Alterações comportamentais e psicológicas; f) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo (parto entre 38 e 42 semanas de gestação, tempo considerado normal); g) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; h) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos; i) Necessidade de bloqueio da lactação; j) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina k)

---

<sup>89</sup> COSTA, D. B. Sobre a atipicidade da interrupção da gestação de feto anencefálico. *In Boletim IBCCRIM*, n. 152, jul 2005.

<sup>90</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.752**. Disponível em [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752\\_2004.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm) Acesso em 2/10/2009.

<sup>91</sup> FERNANDES, M. C.. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. *In: Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: Lumen Juris, 2007. p. 113.

<sup>92</sup> *Idem*.

Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.<sup>93</sup>

Contudo, como se verá adiante, além da anencefalia, existem outras patologias fetais graves incompatíveis com a vida, as quais os juízes igualmente contemplam com alvarás judiciais para interrupção da gravidez. GOLLOP<sup>94</sup> cita como exemplo os fetos portadores de agenesia renal bilateral, holoprosencefalia em fetos ciclopes e aberrações cromossômicas graves com malformações cardíacas e cerebrais múltiplas. Para o médico, limitar a questão da autorização de interrupção da gravidez aos casos de anencefalia seria inadequado, pois outros diagnósticos igualmente graves e sem perspectivas de sobrevivência dos recém-nascidos estariam injustamente excluídos.

### 3.2.3 A reação da gestante diante da inviabilidade fetal

A capacidade da Medicina em verificar a saúde do concepto, segundo o médico fetologista Thomaz GOLLOP,<sup>95</sup> gerou um paradoxo. Ao mesmo tempo em que passou a ser possível prever os defeitos intrauterinos incompatíveis com a vida, era impossível fornecer a todas as pacientes a opção de amenizar o sofrimento decorrente do diagnóstico. Como ressalta Julieta QUAYLE,<sup>96</sup> a constatação de que o feto possui malformação dessa natureza “tende a despertar reações e respostas emocionais semelhantes às desencadeadas em processos de luto”.

Na gestante de um feto inviável os sentimentos de gratificação pelo poder de gerar misturam-se com a frustração do produto da concepção malformado. A percepção dos movimentos do feto são motivos de angústia porque são interpretados como seu sofrimento, intensificando a ligação simbiótica entre a mãe e o concepto e criando na gestante graves problemas psíquicos. Ainda, não pode nem mesmo trocar

---

<sup>93</sup> ANDALAF NETO, J. **Anencefalia**: posição da FEBRASGO. 2005. Disponível em <http://www.febasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em 17/08/2009.

<sup>94</sup> GOLLOP, T. R. A liminar do STF sobre abortos em casos de anencefalia: onde estamos e para onde deveríamos ir? In **Boletim IBCCRIM**, ano 12, n. 141, ago 2004. Thomaz Gollop é médico obstetra, especialista em Medicina Fetal e professor da Universidade de São Paulo (USP).

<sup>95</sup> FRIGÉRIO, M. V. Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do aborto por anomalia fetal grave no Brasil. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais** vol. 41. jan/mar 2003. p. 281 e ss.

<sup>96</sup> QUAYLE, J. Aspectos psicológicos em medicina fetal. In **Medicina fetal**. São Paulo: Atheneu, 1993. p. 49.

sua experiência com outras grávidas, pois se sente vivendo processo diferente, processo de morte e não de geração de vida.<sup>97</sup>

Se, para algumas pessoas as convicções religiosas ou pessoais amenizam o sofrimento que sobrevém à gestação de um feto sem perspectivas, para outras somente a interrupção completa da causa deste sofrimento pode trazer a recuperação. Difícil também é para o médico que diagnostica a malformação não poder oferecer uma opção apropriada à gestante. Foi o paradoxo gerado pelo aprimoramento das técnicas do diagnóstico pré-natal. Ao mesmo tempo em que antecipou a descoberta das anomalias fetais incompatíveis com a vida, trouxe desamparo, ao menos no Brasil, para as mulheres que buscam pela interrupção desta dolorosa gestação, diante da criminalização da conduta pelo diploma penal.

---

<sup>97</sup> BORTOLETTI, F. F. et al. Atuação do psicólogo em serviço da medicina fetal. *In* MORON, A. F.; CHA, S. G.; ISFER, E. V. **Abordagem multiprofissional em Medicina fetal**. São Paulo: Escritório Editorial, 1996. p. 12.

## CAPÍTULO IV – A INTERRUPTÃO SELETIVA E O ATUAL DIREITO BRASILEIRO

### 4.1 O DIAGNÓSTICO DE CERTEZA E A IMPOSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO LEGALMENTE PERMITIDA

GOLLOP<sup>98</sup> salienta que o diagnóstico da anomalia fetal incompatível com a vida é um diagnóstico de *certeza*, com margem de erro menor que 1/1000, e sempre feito através de encaminhamento dos exames de rotina a um serviço especializado para confirmação diagnóstica. O falso-positivo é um erro de possibilidades remotíssimas e, para fiscalizar esse quase impossível erro, criaram-se rígidos mecanismos de controle na expedição de alvarás de abortamento. Sobre o tema, o médico fetologista relata:

Sempre haverá aqueles que discordam da permissão para a interrupção da gravidez em patologias fetais incompatíveis com a vida. Têm eles todo o direito de fazê-lo. Sabemos que esta questão não é consensual. Os discordantes muitas vezes falam na possibilidade de erro diagnóstico. Devemos assinalar que diagnósticos de grandes malformações fetais são feitos com larga margem de precisão, tornando a possibilidade de incorreção remotíssima. (...). Não temos notícia, nos 2.000 alvarás que podemos analisar, de algum erro diagnóstico. Além disso e por cuidado, os laudos diagnósticos são sempre avaliados e assinados por mais de um médico.<sup>99</sup>

Assim, diante de um diagnóstico de malformação incurável e incompatível com a vida, qual a atitude a ser tomada pelo médico e pela paciente? Atualmente, não pode o médico oferecer à mãe o direito de escolha entre interromper ou dar prosseguimento à gestação. Apesar de ter todas as comprovações científicas do prognóstico morte para o feto e estar de acordo com a gravidade dos danos psicológicos e físicos que terá de suportar a gestante ao levar a gravidez adiante, encontra-se inerte para minimizar a dor e angústia da paciente, pois a lei penal brasileira, a rigor, ainda criminaliza esta conduta.

---

<sup>98</sup> GOLLOP, T. R. Aborto por anomalia fetal. In *Bioética*. Brasília, v. 1, n. 2, p. 67-72, 1994.

<sup>99</sup> GOLLOP, T. R. A liminar do STF sobre abortos em casos de anencefalia: onde estamos e para onde deveríamos ir? In *Boletim IBCCRIM*, ano 12, n. 141, ago 2004.

Muito embora esta seja a posição de maior parte da classe médica – além da sociedade e dos mais esclarecidos juristas –, há quem a critique, utilizando-se de argumentos geralmente permeados por falácias, crenças morais ou posições religiosas extremas. E é essa mistura leviana de argumentos científicos com crenças das mais variadas índoles que dificulta a plena aceitação da prática e autorização dos pleitos para interrupção seletiva da gestação no Poder Judiciário.

## 4.2 A INVIABILIDADE FETAL E A DECISÃO DE INTERRUPTÃO SELETIVA

### 4.2.1 A decisão de interromper a gravidez e a impossibilidade de solução legalmente permitida

Tomar a difícil decisão de interromper uma gravidez é um processo tortuoso e permeado por duras escolhas à qual uma mulher, no caso da gestação de feto inviável, chega não antes sem passar por muito sofrimento, pesar e culpa, com sérias repercussões emocionais para o casal e a família. É uma decisão que não costuma ser tomada impulsivamente, que é influenciada por uma série de fatores extremamente subjetivos e pessoais. Porém, para aquela mãe que escolhe pela interrupção, deparar-se com a falta de amparo legal para tal procedimento, é um martírio, uma tortura e um processo que degrada sua existência como ser humano.<sup>100</sup>

Defronte à intransigência legal em proibir a interrupção de gravidez do feto inviável, muitas gestantes se vêem obrigadas a fazer um aborto clandestino. Sabe-se que a prática do aborto ilegal é muito comum e difundida em todo o País, mas não é possível estimar quantos destes procedimentos são realizados em mulheres grávidas de fetos incompatíveis com a vida. E os riscos dessas intervenções, quando feitas em instalações insalubres e por pessoas sem a devida perícia, muitas vezes nem mesmo médicos, são elevadíssimos e não raramente levam a gestante à morte.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> QUAYLE, J. Aspectos psicológicos em medicina fetal. *In Medicina fetal*. São Paulo: Atheneu, 1993. p. 55.

<sup>101</sup> Em recente pesquisa do Instituto Guttmacher, constatou-se que dos 42 milhões de abortos realizados no mundo, cerca de 20 milhões são ilegais, levando aproximadamente 70 mil mulheres anualmente à morte. A maioria dos abortos ilegais é realizada em países com legislação restritiva ao aborto. **Abortion worldwide: a decade of uneven progress**. New York: Guttmacher Institute, 2009. Disponível em: <http://www.guttmacher.org/pubs/AWWfullreport.pdf>. Acesso em 10/09/2009.

Isso ocorre, sobretudo, entre as mulheres que não têm condições de pagar pelo (muito caro) atendimento por profissionais habilitados e em clínicas que, embora clandestinas, ofereçam instalações assépticas e de qualidade. Em condições adequadas, o procedimento cirúrgico da interrupção da gravidez é relativamente simples, não havendo riscos significativos de vida se a mãe se encontra com saúde perfeita. Não há, como assevera Anelise TESSARO,<sup>102</sup> notícia de mortes causadas por essas intervenções nos hospitais que realizam os abortos legais, nem mesmo entre aqueles que são realizados para salvar a vida da mãe. E optar pela interrupção clandestina só aumenta seu já potencializado sentimento de culpa e inadequação.

Assim, haja vista o grau de certeza que emana dos diagnósticos pré-natais sobre a inviabilidade de vida extrauterina, o grande sofrimento físico e psíquico que suporta a mulher que é obrigada a levar a termo esta gravidez, os riscos que ela corre se submeter-se ao aborto clandestinamente, e o grande aceitação desta prática pela sociedade e pela maior parte da doutrina jurídica, não há argumento razoável que seja capaz de negar o caráter legal e justo do ato praticado pela gestante.

#### 4.3 A INTERRUPÇÃO SELETIVA E OS ALVARÁS JUDICIAIS

Enquanto não se pode encontrar resposta no Direito positivo que viabilize à gestante de feto inviável a interrupção de sua gravidez, é preciso trilhar outros caminhos jurídicos possíveis para permitir a esta mãe cessar seu sofrimento. Atualmente, diante da omissão legislativa, as gestantes que pretendem interromper a gravidez por inviabilidade fetal devem dirigir-se ao Poder Judiciário pedindo um alvará para a realização do procedimento por um profissional médico.

Como já relatado, os avanços científicos trazidos ao Brasil no final da década de 1970 através do DPN possibilitaram a descoberta precoce e muito precisa de anomalias fetais. Porém, foi somente em 1990, após uma reunião do Conselho Federal de Medicina, que as discussões sobre o aborto seletivo ganharam novos terrenos fora do âmbito da obstetria e fetologia, estimulando uma diferente postura médica ante as normas legais vigentes. Daquela reunião surgiu a ideia da proposta

---

<sup>102</sup> TESSARO, A. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da Medicina contemporânea.** 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá. p. 59.

de reformulação do Código Penal, principalmente da redação do art. 128, para incluir a exclusão de antijuridicidade também à interrupção seletiva da gravidez.<sup>103</sup>

O primeiro alvará judicial para o abortamento de um feto portador de anomalias incompatíveis com a vida documentado data de 1991. A decisão, do Juiz Jurandir Rodrigues Brito, de Rio Verde (MT), autorizou a interrupção da gestação de um embrião de 26 semanas, tornando-se pioneira no tema. Após quase dois anos, nova decisão semelhante foi formulada pelo então juiz da comarca de Londrina, Des. Miguel Kfoury Neto. Esta sentença, que autorizou a interrupção da gravidez de um feto de 20 semanas portador de anencefalia, foi marcada pela extrema rapidez da resposta judiciária, proferida em apenas nove dias.<sup>104</sup>

A decisão do Dr. Kfoury Neto, corajosa em autorizar conduta ainda polêmica, estimulou o envolvimento do Poder Judiciário na questão da interrupção seletiva – antes somente reservadas às clínicas médicas de Obstetrícia –, através de um trabalho político demonstrando fatos relacionados ao diagnóstico das malformações fetais.<sup>105</sup>

Como repercussão desta sentença, o Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo ajuizou, em 1993, ação requerendo a interrupção de uma gravidez de 24 semanas de um feto portador de anomalias múltiplas do sistema nervoso central. A autorização foi concedida em dez dias, pelo Juiz Geraldo Pinheiro Franco, a primeira ocorrida no estado de São Paulo. Naquele mesmo ano, em Guarulhos, o Juiz José Fernando Seifarth de Freitas concedeu nova autorização para interrupção de gravidez de vinte semanas, também em feto anencéfalo.<sup>106</sup>

A concessão de autorizações para o aborto seletivo foi um fenômeno sem precedentes na justiça brasileira, e que gerou novas discussões no plano médico e jurídico deste País. O silêncio da lei penal quanto à gestação de anomalia fetal grave, assim como os progressos técnico-científicos e culturais da sociedade, impulsionaram vários projetos de lei e de reforma da legislação penal brasileira sobre a matéria.

---

<sup>103</sup> FRIGÉRIO, M. V. Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do aborto por anomalia fetal grave no Brasil. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 41. jan/mar 2003. p. 270 e ss.

<sup>104</sup> *Idem.*

<sup>105</sup> *Idem.*

<sup>106</sup> GOLLOP, T. R. Aborto por anomalia fetal. *In Bioética*. Brasília, v. 1, n. 2, p. 67-72, 1994.

Estima-se que já tenham sido proferidas no Brasil cerca de 3.000 autorizações à interrupção gestacional em caso de anomalia fetal incompatível com a vida,<sup>107</sup> entre alvarás judiciais e pareceres prolatados pelo Ministério Público.

#### 4.4 A INTERRUPTÃO SELETIVA E OS PROJETOS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO VIGENTE

Para autorizar o aborto, o alvará judicial é utilizado somente nos casos de interrupção de gestação de feto inviável, situação que ainda não encontra regulamentação pelo diploma penal pátrio.<sup>108</sup> No panorama científico-cultural da atualidade, impossível voltar os olhos ao Código Penal vigente e não deparar-se com o anacronismo das leis que tratam do aborto.

A primeira iniciativa de reforma do Código Penal de 1940 surgiu em 1961, por obra do presidente Jânio Quadros. O então Min. da Justiça Nelson Hungria recebeu a incumbência de realizar o anteprojeto, que foi apresentado em 1963 e promulgado em 1969, para vigorar a partir de 1970. Após sucessivas prorrogações da *vacatio legis*, e numerosas emendas, foi revogado em 1978.

Nova Comissão foi constituída em 1980 pelo Min. da Justiça Ibraim Abi-Ackel, presidida por Assis Toledo, para a revisão da Parte Geral do Código Penal, que se transformou na Lei n. 7209, de 11 de julho de 1984.

A necessidade de mudanças sobre a matéria da parte especial levou novamente à formação de uma Comissão,<sup>109</sup> em 1992, para Reformulação do Código Penal, sendo a parte específica dos crimes contra a vida orientada por subcomissão presidida pelo Des. Alberto Silva Franco, que propunha, entre outras reformas, a

---

<sup>107</sup> GOLLOP, T. R.; PIMENTEL, S. **O STF e a anomalia fetal grave: justiça.** Disponível em [www.febrasgo.org.br/anencefalia4.htm](http://www.febrasgo.org.br/anencefalia4.htm). Acesso em 17/08/2009.

<sup>108</sup> LUZ, M. S. T. Fetus anencéfalos: quanto vale a chance de viver um instante? Uma questão moral e jurídica em busca de solução sob a ótica do Direito Penal. *in Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia Homenagem ao Prof. Orlando Gomes*, 2008. p. 302 e ss.

<sup>109</sup> "A redação proposta pela Comissão é a seguinte: Não constitui crime o aborto praticado por médico: Se se comprova, através de diagnóstico pré-natal, que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésima semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daquele que, ou sob cuja direção, o aborto é realizado". LUZ, M. S. T. *Op. cit.* p. 238.

autorização do aborto nos casos em que houvesse diagnóstico fetal de graves e irreversíveis anomalias físicas e mentais.

A Comissão presidida pelo Min. Luiz Vicente Cernicchiaro<sup>110</sup> ampliou as hipótese de aborto legal, em uníssono com a melhor doutrina e com a legislação mais evoluída, ao estatuir *não constituir crime o aborto praticado por médico, quando houver fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos de a criança apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.*

Em 1994, foi publicado com o título de “Esboço de Anteprojeto do Código Penal – Parte Especial”, trabalho que fora interrompido pela sucessão presidencial e mudança do titular da Pasta da Justiça. O Min. Nelson Jobim fez outra tentativa de continuidade da reforma, conforme Portaria de 7 de abril de 1995, “para, no prazo de 120 dias, realizar estudos de modernização da legislação penal”.<sup>111</sup>

No final de 1997, o Min. Íris Rezende constitui Comissão, com indicação de consultores, que deu sequência ao trabalho iniciado trinta e sete anos antes.

Assim, em 24 de março de 1998 foi apresentado relatório e anteprojeto de lei de reforma ao Código Penal, elaborado sobre os dois esboços anteriores (de 1984 e 1993) trazendo importante sugestão para ampliar a extensão do aborto legal. Além de manter o aborto terapêutico, trazia nova redação ao aborto sentimental e aumentava o rol de situações de antijuridicidade, com a inclusão do inc. III ao art. 128:

#### Exclusão de ilicitude

Art. 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico se:

I - não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante;

II - a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III - há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.

§ 1º. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro;

---

<sup>110</sup> LUZ, M. S. T. *Op. cit.* p. 295.

<sup>111</sup> CERNICCHIARO, L. V. et al. **Reforma do Código Penal** (relatório e anteprojeto de lei). Brasília, 1998. p. 2 e ss. Disponível em: [http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/unidades/procuradoriageral/nicceap/legis\\_armas/Legislacao\\_completa/Anteprojeto\\_Codigo\\_Penal.pdf](http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/unidades/procuradoriageral/nicceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf). Acesso em 07/08/2009.

§ 2º. No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro.<sup>112</sup>

Entretanto, a crítica que se fez ao texto deste anteprojeto foi pela falta da distinção entre feto malformado (com graves e irreversíveis anomalias físicas) e o feto inviável. Independente da qualidade de vida, o feto com malformações – como a Síndrome de Down – possui o tempo de vida, que o feto inviável jamais terá. Este simplesmente não viverá: nem bem, nem mal; nem muito, nem pouco.<sup>113</sup>

Entre 1946 e 2000, 53 projetos de lei sobre o aborto provocado foram apresentados ao Congresso Nacional, propondo da total descriminalização até a anulação das excludentes legalmente previstas.<sup>114</sup>

O alvará que hoje autoriza judicialmente a interrupção de gestação de feto inviável será desnecessário a partir do momento em que houver alteração do art. 128 do Código Penal, através da inclusão no rol de excludentes o aborto por malformação fetal incompatível com a vida, pois tal conduta estaria amparada legalmente, inexistindo possibilidade de persecução penal aos envolvidos no procedimento.

Segundo a opinião médica, é desnecessária a elaboração de uma lista onde constem quais as doenças que autorizam a interrupção da gestação, “pois existem aproximadamente 11.700 síndromes genéticas descritas até o momento pelos pesquisadores, e em muitos casos, o que ocorre é uma associação de anomalias que tornam impossível a sobrevivência do feto”.<sup>115</sup>

## 4.5 ALVARÁS JUDICIAIS E SUAS FUNDAMENTAÇÕES

### 4.5.1 Procedimento para solicitação de alvará judicial

---

<sup>112</sup> CERNICCHIARO, L. V. *Op. cit.*

<sup>113</sup> RIBEIRO, D. C. **Aborto por anomalia fetal**/Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro. 1ª reimpr. Brasília: LetrasLivres, 2004. p. 125.

<sup>114</sup> GUEDES, A. C. Abortion in Brazil: Legislation, Reality and Options. **Reprod Health Matters**, 8:66-76, 2000.

<sup>115</sup> TESSARO, A. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da Medicina contemporânea**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá. p. 60.

FRIGÉRIO<sup>116</sup> destaca os passos necessários para a solicitação de um alvará judicial para aborto seletivo. O pedido, que deve ser de preferência redigido por um advogado, deve ser ajuizado em uma Vara Criminal, apresentando declaração da gestante e seu cônjuge de que houve a compreensão do diagnóstico firmado e que o desejo do casal é pela interrupção gestacional.

O autor recomenda que ao menos três médicos, de equipes distintas, elaborem pareceres que contenham descrição mais clara possível sobre as anomalias encontradas, inclusive com bibliografia sobre a patologia, os exames realizados para estabelecer o diagnóstico e o apoio da equipe médica à decisão da gestante. Orienta ainda que o pedido traga parecer psicológico ou psiquiátrico atestando que a continuidade da gestação gerará um impacto emocional negativo, abalando a estabilidade da gestante e do casal. Em anexo, o pedido deve ainda portar outras decisões que já contemplaram a interrupção de gestações.

#### **4.5.2 As teses favoráveis e contrárias à autorização dos alvarás judiciais**

Em estudo feito por FRIGÉRIO e GOLLOP<sup>117</sup> no Instituto de Medicina de São Paulo, foram analisados 263 pedidos de alvarás judiciais para a interrupção seletiva da gravidez, entre 1989 e 1999, feitos no Brasil. Dentre estes, 237 foram encaminhados às Varas Criminais, duas às Varas da Infância e Juventude, nove foram ao Tribunal do Júri e dois pedidos foram julgados nos Tribunais Estaduais.

Entre as anomalias fetais mais prevalentes descritas nos pedidos de autorização, os erros do fechamento do tubo neural foram apontados em 42,9% deles (113 pedidos, sendo 104 decorrentes de anencefalia), 14,9% acusaram malformações congênitas múltiplas, 12,9% anomalias do sistema urinário, e 9,2% anomalias cromossômicas. Em relação ao tempo de julgamento dos pedidos, as decisões dos juízes foram proferidas, em média, seis dias após a entrada do pedido. A duração mínima foi de um dia e a máxima de 45 dias. Dos 263 pedidos ajuizados, 250 foram concedidos – 90% – e 13 negados.

---

<sup>116</sup> FRIGÉRIO, M. V. Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do aborto por anomalia fetal grave no Brasil. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 41. jan/mar 2003. p. 278 e ss.

<sup>117</sup> *Idem.*

Entre as sentenças autorizativas, FRIGÉRIO<sup>118</sup> destacou a preocupação dos juízes na desvinculação do aborto por anomalia fetal do aborto eugênico. Não apenas porque a palavra eugenia carrega uma forte carga de rejeição emocional e social, mas também porque no aborto seletivo não se busca a melhoria físico-biológica da raça, mas a abreviação da angústia e do sofrimento da mãe, quando o feto não tem condições de sobrevivência extrauterina, nem possibilidades de estabelecer uma vida relacional. Além disso, na maioria das sentenças, os juízes reconhecem que o tratamento conferido ao aborto pelo Código Penal está muito atrasado em relação aos avanços científicos.

Nos 250 pedidos deferidos, o embasamento jurídico da sentença judicial utilizado para a autorização foi dividido da seguinte forma:

- a) **Analogia *in bonam partem***: 30%. 75 das 250 decisões favoráveis utilizaram-se da aplicação analógica dos termos dos art. 128, I e II do Código Penal.
- b) **Higidez psíquica da gestante**: 25,2%. 63 decisões tiveram suas autorizações supedaneadas pela preservação da saúde mental da gestante.
- c) **Inexigibilidade de conduta diversa**: 3,6%. Nove sentenças autorizaram o aborto com base em causa de exculpação supralegal.
- d) **Atipicidade**: 3,6%. Seis juízes alegaram que não existe crime, pois o feto não tem mais vida a ser tutelada, enquanto três afirmaram que não existe crime porque a conduta não possui previsão normativa no Direito.
- e) **Estado de necessidade**: 0,4%. Uma das sentenças utilizou-se desta causa de exclusão de antijuridicidade para conceder o alvará autorizativo.
- f) **Analogia no Processo Penal (art. 3º CPP), art. 5º da Constituição da República e Princípio da jurisdição voluntária**: 31,2%. 78 alvarás judiciais foram concedidos sob o argumento de proteção aos direitos fundamentais da mãe, bem como pelo art. 3º do Código de Processo Penal – que permite a interpretação extensiva e a aplicação analógica, assim como o suplemento dos princípios gerais de direito, e o princípio processual civil da jurisdição voluntária adaptado ao processo penal.

Já a argumentação contrária à autorização dividiu-se desta forma:

- a) **O aborto seletivo não encontra amparo no direito normativo**: 69,2%. Nove decisões desautorizaram o aborto por não encontrar amparo na lei.

---

<sup>118</sup> FRIGÉRIO, M. V. Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do aborto por anomalia fetal grave no Brasil. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 41. jan/mar 2003. p. 271 e ss.

- b) **O aborto seletivo não configura estado de necessidade:** 30,8%. Quatro dos treze pedidos não concedidos basearam-se na não caracterização desta excludente de antijuridicidade.

#### 4.5.3 A falta de uniformidade das decisões sobre alvarás judiciais

Analisando o estudo de FRIGÉRIO, percebe-se que, apesar de o número de precedentes favoráveis ser bastante expressivo, ainda existe certa insegurança jurídica<sup>119</sup> para as mulheres que desejam interromper a gravidez de feto inviável. Todas compartilham a mesma situação fática: gestação de feto que possui malformação incompatível com a vida. Mas nem todas aquelas que decidem pela interrupção conseguem a autorização judicial, mesmo percorrendo caminhos idênticos. Vê-se que, embora haja uma tendência à autorização, não há força vinculante dos precedentes diante das futuras decisões, ficando as mulheres à mercê do juízo de convicção do julgador de cada caso, o que imprime desigualdade de tratamento diante de problemas da mesma natureza. E, por muitas vezes, o juízo de convicção do julgador é permeado por seus próprios valores, idiosincrasias e crenças morais, nem sempre os mesmos compartilhados pela família que pleiteia a interrupção da gravidez do feto inviável.

Assim, é imprescindível que se busque uma solução jurídica definitiva para a interrupção seletiva no Direito brasileiro, visando a uma paridade de tratamento e uma certeza de solução diante da escolha da mulher de interromper a gestação de feto inviável, em todas as ocasiões.

---

<sup>119</sup> Cite-se, por exemplo, o conhecido “Caso Gabriela” que, ao saber estar grávida de um feto anencéfalo aos 4 meses de gestação, deu início a uma batalha judicial em busca de uma autorização para o aborto seletivo. Em 06/11/2003, apresentou, através da Defensoria Pública, pedido ao Juízo Criminal de Teresópolis, RJ, indeferido com fundamento em ausência de previsão legal por não se enquadrar o caso nas excludentes de ilicitude previstas no CP. Interposto recurso de apelação ao TJRJ, foi-lhe autorizada a interrupção da gestação em 19/11/2003. Antes de Gabriela saber da decisão, dois advogados católicos e estranhos ao processo interpuseram recurso de agravo regimental dois dias depois, com a suspensão da decisão monocrática, a qual foi mantida quando o agravo teve seu provimento negado. Paralelamente, um padre, presidente da Associação Pró-Vida, de Anápolis, GO, impetrou HC em 21/11/2003 perante o STJ, em favor do feto, quando a Min. Laurita Vaz suspendeu a decisão que autorizava a interrupção gestacional. Diante desta decisão, duas ONGs (ANIS e Themis) impetraram novo HC, a favor da gestante, perante o STF. O processo teve como Relator o Min. Joaquim Barbosa, que se posicionou favoravelmente à interrupção da gravidez, mas recebeu a notícia, durante a sessão em plenário, em 04/03/2004, que o feto já havia nascido e que viveu por apenas sete minutos. A sessão interrompeu-se, diante da perda do objeto. O histórico detalhado da saga judicial de Gabriela está no voto do Min. Joaquim Barbosa no HC 84.025-6/RJ.

## CAPÍTULO V – A INTERRUPTÃO SELETIVA: UMA ANÁLISE PENAL

Como visto anteriormente, o bem jurídico tutelado pelos tipos penais previstos nos arts. 124 a 126 do Código Penal pátrio é a *vida humana em formação*, protegendo a vida intrauterina para que haja o nascimento de um ser humano. A vida juridicamente tutelável, assim, é aquela passível de desenvolver-se extrauterinamente, independente da qualidade deste desenvolvimento.

Hoje não há, no Direito positivo pátrio, previsão legal para a interrupção seletiva. A conduta, a rigor, é criminalizada pelo Direito Penal brasileiro, como se viu. E o caminho para a realização do aborto, pela mãe que recebe o diagnóstico de inviabilidade fetal, é recorrer ao Poder Judiciário em busca de um alvará.

Enquanto não existe regulamentação pelo Código Penal desta interrupção gestacional, o *iter* é demonstrar a sua natureza impunível através da descaracterização da conduta mediante a desconstrução, com base no conceito analítico de crime, do hipotético fato punível. E é por aí que devem trilhar os magistrados para conceder o direito à gestante de interromper a gravidez, se assim ela desejar.

Embora atualmente, diante de um pedido de alvará judicial para interrupção seletiva, a tendência seja por sua autorização, os argumentos utilizados pelos juízes estão longe de serem unânimes e não há nenhum entendimento pacífico sobre o tema. Ainda, é preciso lembrar que, apesar do grande número de precedentes favoráveis à interrupção da gestação, não há nenhuma força vinculante provinda destes, de tal sorte que o deferimento da autorização, em última instância, depende exclusivamente da convicção do juiz competente para apreciar o pedido. O procedimento judicial ainda é permeado por significativa insegurança jurídica, tratando com desigualdade mulheres que sofrem de um mesmo problema concreto.

Felizmente, hoje vêm sendo amplamente aceitas contra decisões desfavoráveis de primeiro grau, além do recurso de apelação, as ações autônomas de impugnação do *habeas corpus* e do mandado de segurança.

Os fundamentos para a concessão do alvará variam de acordo com a interpretação e adequação da ação ao tipo penal, considerando impunível a conduta por atipicidade, exclusão de antijuridicidade e exculpação.

## 5.1 A INTERRUPTÃO SELETIVA COMO FATO ATÍPICO

### 5.1.1 O bem jurídico protegido pela criminalização do aborto no Brasil

Como bem ensina o prof. Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>120</sup>, existe um núcleo duro de bens jurídicos individuais de maior relevância – como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanas – que compõem a base de um Direito Penal *mínimo* e que dependem da proteção penal, sempre subsidiária e fragmentária. Em que pese o bem jurídico ser critério de criminalização de condutas, é também objeto de proteção penal, de forma que a proposta da Criminologia Crítica é a reserva do

...conceito de bem jurídico para os direitos e garantias individuais do ser humano, excluindo a criminalização da vontade do poder, de papéis sistêmicos, do risco abstrato ou dos interesses difusos característicos de complexos funcionais (...).<sup>121</sup>

A vida humana, portanto, é o bem jurídico de maior relevância protegido pelo Estado. E o Direito Penal transpassa uma expectativa à sociedade de regulação da proteção à vida desde a geração até o momento em que se finda. As condutas que ofendem ou lesionam a vida são criminalizadas, como nos delitos de homicídio, infanticídio, instigação ao suicídio e o aborto. Ainda que seja extremamente questionável a criminalização do aborto diante da autonomia reprodutiva da mulher e da deliberada prática clandestina, é dever do Estado a proteção penal nas hipóteses de aborto sem o consentimento da gestante. Indiscutível, assim, que o bem jurídico vida, na modalidade *vida em desenvolvimento*, merece proteção pelo Direito Penal, quando contra a vontade da gestante. O que se levanta é a admissão social e jurídica da interrupção da gravidez de um feto que não sobreviverá, ou seja, de uma expectativa de morte, e não de vida.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal. Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p.15 e ss.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>122</sup> BUSATO, P. C. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *In Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 836, 2005. p. 391 e ss.

O bem jurídico tutelado pelos tipos penais previstos nos arts. 124 a 126 é a *vida do ser humano em formação*, protegendo a vida intrauterina para que esta seja capaz de adquirir *status* de pessoa.<sup>123</sup> Partindo deste conceito, é possível concluir que o objeto material do delito é o feto vivo e apto ao desenvolvimento, tanto intra como extrauterino.

### 5.1.2 A ausência de bem jurídico na interrupção seletiva

Quando a gestante depara-se com o diagnóstico de inviabilidade fetal, aquela vida em formação que resultaria em um ser humano não possui condições biofisiológicas de sobrevivência fora do ventre materno. Ou seja, evidente é que não existe ali o bem jurídico tutelado pelo crime de aborto. Todo o fundamento da existência, validade e finalidade do tipo penal é associado ao bem jurídico tutelado. Como critério constitucional de criminalização de condutas, o bem jurídico é elemento essencial para a tipicidade.<sup>124</sup> Quando aquele inexistente, esta também não pode existir. Assim, se não há bem jurídico a ser protegido, não há como subsumir a conduta ao tipo descrito no Código Penal. A conduta é, portanto, atípica.

Enquanto bem jurídico da personalidade, a vida é única e é extrauterina. Em uma perspectiva civilista, o feto – nascituro – tem uma reserva de direitos que depende do seu nascimento com vida. Tal reserva, criada pelo Direito Civil, é, segundo RIBEIRO,<sup>125</sup> uma mera antecipação de eficácia de interesses basicamente patrimoniais, que não vincula qualquer solução ao Direito Penal.

### 5.1.3 A incapacidade do feto inviável de tornar-se ser humano

Ao punir o aborto, o objetivo do Direito Penal é punir a *frustração de uma expectativa*, que é a vida humana em desenvolvimento e com expectativa potencial de vir a tornar-se pessoa. O Código Penal não atribui *status* de pessoa ao feto, mas

---

<sup>123</sup> PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 88.

<sup>124</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal. Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p.15 e ss.

<sup>125</sup> RIBEIRO, D. C. **Aborto por anomalia fetal**/Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro. 1ª reimpr. Brasília: LetrasLivres, 2004.

de expectativa de vir a ser, se todo o processo de maturação fetal e nascimento ocorrerem com sucesso. Isso significa que somente o feto com capacidade fisiológica de ser pessoa pode ser objeto do crime de aborto. O feto inviável possui defeito que não decorre apenas de sua imaturidade, mas de condição patológica que o impede, inexoravelmente, de adquirir o *status* de pessoa.<sup>126</sup>

O crime de aborto não pode ter como objeto qualquer tipo de vida em desenvolvimento, qualquer energia genética obtida da fusão de dois gametas. O interesse a ser preservado na gravidez não é a gravidez como fato fisiológico, em si mesmo, mas a expectativa do feto dar lugar a um ser humano. Independentemente de quando se inicia a vida, o tipo penal do aborto deve apresentar como premissa a possibilidade do feto ter vida extrauterina, de ter potencialidade de ser pessoa. Assim, a conduta que interrompe gestação, mas não frustra o surgimento de uma pessoa, não tipifica o crime de aborto.<sup>127</sup>

Ainda, sob esta ótica, poder-se-ia dizer que nem mesmo as hipóteses legais de aborto previstas pelo legislador seriam aplicáveis ao feto inviável, pois, naqueles casos, o bem jurídico está presente, há um feto e uma vida em formação. Se não há conduta típica, não pode haver excludente de antijuridicidade, pois fato atípico não é penalmente ilícito. Se não é ilícito, não pode também sofrer sanção penal.

A interrupção da gestação de feto sem esperança de sobrevivência e desprovido, por este prisma, de bem jurídico a ser protegido, é fato atípico porque, além de faltar o objeto jurídico, ausentes estão o sujeito passivo e o objeto material.

Há quem defenda<sup>128</sup> que a interrupção seletiva, nestes casos, seja impunível por ensejar verdadeira antecipação de parto, por faltar a viabilidade da vida ao feto, apenas adiantando um fato inevitável, que é a morte do concepto.

Como ensina ROXIN,<sup>129</sup> “a vida vegetativa não é suficiente para fazer de algo um homem...”. Se não há expectativa de vida, não cabe proteção à vida em

---

<sup>126</sup> RIBEIRO, D. C. **Aborto por anomalia fetal**/Debora Diniz e Diulas Costa Ribeiro. 1ª reimpr. Brasília: LetrasLivres, 2004.

<sup>127</sup> *Idem*.

<sup>128</sup> É o que entende a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), na pretensão de que o STF fixe o entendimento, em face da ADPF/54-17 DF, de que a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico não é aborto, dispensando, assim, a necessidade de alvará judicial para a interrupção gestacional.

formação. Nesta linha, o feto está protegido juridicamente e merecedor da tutela penal até o momento do diagnóstico da inviabilidade extrauterina. A partir daí, com a comprovação de seu inexorável perecimento fora do útero da mãe, não há mais falar em tutela penal e nem em conduta típica, deixando de receber proteção penal.

#### **5.1.4 A exclusão da atipicidade pela adequação social**

CIRINO DOS SANTOS<sup>130</sup> explica que a teoria da *adequação social*, desenvolvida por WELZEL, “exprime o pensamento de que ações realizadas no contexto da ordem social histórica da vida são ações socialmente adequadas – e, portanto, atípicas, ainda que correspondam à descrição do tipo legal”. Apesar de um possível entendimento da interrupção seletiva da gestação como ação correspondente à descrição do tipo penal, é prática que possui adequação social e, mesmo sob esta compreensão, é atípica.

A adequação social, segundo doutrina dominante, é hipótese de exclusão de tipicidade. Se o tipo legal é utilizado para descrever injustos penais, por óbvio não pode incluir aquelas condutas que são socialmente adequadas.

#### **5.1.5 A interrupção seletiva e a atipicidade vistas pelo Poder Judiciário**

Recorrer ao Poder Judiciário em busca de autorização para realizar conduta atípica chega a soar chistoso. Mas até o presente momento não se tem uma posição unânime sobre a atipicidade da interrupção seletiva, e ainda há, no rigor da literalidade interpretativa, a criminalização desta modalidade de aborto, embora pareça cristalina a ausência do bem jurídico diante da vida inviável do feto.

A tese de atipicidade – em que pese ainda não ser majoritária na jurisprudência e doutrina – já supedaneou inúmeras decisões judiciais e pareceres ministeriais favoráveis à interrupção seletiva da gravidez. Veja-se o excerto da

---

<sup>129</sup> ROXIN, C. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 7 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/08/2009.

<sup>130</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal. Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 109.

Apelação Criminal n. 2008.021736-2, da 3ª Câmara Criminal do TJSC, que teve como relator o Des. Torres Marques, a favor da autorização:

Por esse posicionamento não pode ser acatada a tese que pretende classificar como aborto a intervenção médica da gestação de anencéfalo. É certo que o objeto jurídico tutelado por essa conduta penalmente prevista é a vida, preceito descaracterizado nesses casos, constituindo conduta atípica a paralisação provocada de gravidez de feto desprovido de vida encefálica, nos termos da interpretação aqui dada à legislação antes referida. (grifos nossos).

Na mesma esteira, decisão da 1ª Câmara Criminal do TJRS, Rel, Des. Marcel Esquivel Hoppe, em Apelação Criminal n. 70012840971, de 05/10/2007:

Ora, posta a questão científica, não existiria rigorosamente bem a ser protegido penalmente, por inexistir vida própria possível. A mulher, em casos de gravidez de anencéfalos não carrega a vida, mas a morte, por inviabilidade do feto como pessoa.

O Eminent Des. ainda teve o cuidado de diferenciar o aborto seletivo do eugênico, em mesmo julgado:

Não me parece que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos possa no rigor ontológico ser considerado aborto eugênico. A eugenia é o aperfeiçoamento da espécie, da raça, é a seleção de fetos que apresentem possibilidade de melhor qualidade de vida. Neste caso, dentro de critérios subjetivos, individuais a gestante interromperia a gestação eliminando fetos que apresentassem deficiências e anomalias comprovadas, mas compatíveis com a vida.

Em 16 de dezembro de 2003, a 5ª Câmara Criminal do TJRJ, no HC 2003.059.05355 em que era Rel. a Des. Marly Macedônio Franca, assim decidiu:

HABEAS CORPUS ABORTO AUTORIZACAO JUDICIAL DOENCA CONGÊNITA INDEFERIMENTO ORDEM CONCEDIDA "Habeas Corpus". Aborto. Feto anencefálico. Autorização judicial indeferida. Cabimento do "writ". Decisão judicial imparcial. Princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da lesividade. "Habeas Corpus" que merece conhecimento em razão da necessária celeridade e também pelo risco à

locomoção da paciente advindo de eventual prática do ato sem autorização. A decisão judicial a ser proferida no presente não pode se fundar em valores éticos, religiosos, morais e afetivos - todos eminentemente pessoais, nem pode pretender retratar a decisão certa, porque impossível ao ser humano, pois a vida é assunto divino. Todavia, a decisão deve observar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade, buscando uma solução justa, o que significa permitir a gestante ter assegurado o direito de escolher entre interromper a gravidez ou levá-la a termo, para ver nascer e morrer o filho, que comprovadamente não tem como sobreviver, por padecer de anencefalia. Ademais, à luz do princípio da lesividade do bem jurídico tutelado, é possível admitir-se atipicidade do aborto, "in casu", pela inexistência de vida do feto anencefálico, mormente à luz do disposto no artigo 3 da Lei n. 9434/97, que dispõe ser possível o transplante apenas após a constatação de morte encefálica. Concessão da ordem. (grifos nossos)

## 5.2 A INTERRUPTÃO SELETIVA COMO FATO AMPARADO POR EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE

Diante do que já foi exposto, difícil é não compreender a interrupção da gestação de feto inviável como conduta atípica, e que, por ser assim, não pode ser punida pelo Direito Penal.

Porém, na hipótese de considerar-se a interrupção seletiva como fato típico, ou seja, de pressupor que o feto, mesmo sem expectativas de sobreviver fora do útero, é uma vida humana em desenvolvimento, o fato, ainda assim, não poderia ser passível de punição. Isto porque, em uma consideração hipotética de tipicidade, não é possível dizer que se trata de conduta antijurídica, pois estaria esta amparada por excludente de antijuridicidade.

### 5.2.1 A interrupção seletiva como estado de necessidade

Se, ao considerar-se a conduta de aborto seletivo como fato típico, ignorando a falta de bem jurídico a ser tutelado, ou apenas considerando este bem jurídico – vida humana em formação – como presente no momento da realização da ação, mesmo nessa hipótese, ainda não seria possível sua punição.

No Direito Penal, a antijuridicidade significa a contradição entre a ação ou omissão humana e a lei penal no conjunto de suas proibições – tipos legais – e permissões – justificações legais e supralegais. As ações típicas, quando justificadas, são conformes ao Direito, pois as justificações excluem a antijuridicidade do tipo legal.<sup>131</sup>

Como ensina o Prof. Juarez CIRINO DOS SANTOS,<sup>132</sup> o estado de necessidade foi, ao longo do tempo, pensado sob três enfoques: 1) como *espaço livre de direito*, fundado na impossibilidade do ordenamento disciplinar conflitos sem solução; 2) como *justificação* de conduta típica, baseando-se na preponderância ou equivalência do bem jurídico protegido; e 3) como *exculpação* de conduta antijurídica, fundada na inexibibilidade de conduta conforme ao direito, quando de bens jurídicos equivalentes.

A lei penal brasileira define o estado de necessidade exclusivamente como *justificação*, adotando a teoria unitária de explicação de sua natureza jurídica, independentemente se o bem jurídico protegido seja superior ou equivalente. A teoria diferenciadora, da qual é partidária a legislação penal alemã, disciplina simultaneamente o estado de necessidade como justificação (quando o bem jurídico protegido é superior) e como exculpação (quando são bens jurídicos equivalentes).<sup>133</sup>

### 5.2.1.1 Ação justificante

No estado de necessidade, a ação justificante é caracterizada pela existência de perigo para o bem jurídico, que deve ser atual, involuntário e inevitável de outra forma. A *atualidade* define-se pela necessidade de proteção imediata, pois o adiamento da proteção ou seria impossível ou traria maiores riscos ou danos. Ser *involuntário* significa não ter sido provocado intencionalmente pelo autor para proteção pessoal a custa do outro, admitindo-se, entretanto, a produção imprudente do perigo. Por último, *inevitável de outro modo* porque não pode ser contornado por uma ação conforme ao direito, ou sem que haja lesão do bem jurídico sacrificado,

---

<sup>131</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal. Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 225 e 234.

<sup>132</sup> *Ibidem*. p. 247.

<sup>133</sup> *Ibidem*. p. 248.

sem olvidar a exigência de que o meio buscado deve ser o apropriado para evitar o perigo, excluindo agressões inúteis a bens jurídicos alheios.<sup>134</sup>

Qualquer gestação representa potenciais riscos à saúde materna. Porém, no caso de um feto inviável, esses riscos podem apresentar-se muito mais acentuados. É o que ocorre, por exemplo, no caso dos fetos anencefálicos, em que há 50% de chance de apresentar excesso de líquido amniótico no útero materno – o chamado polihidrâmnio – por falta de deglutição do referido líquido pelo feto que, em decorrência de sua anomalia, não consegue desempenhar tal função.<sup>135</sup> Ainda, a grávida apresenta 25% de chance de contrair doença hipertensiva, que pode evoluir para eclampsia, e levá-la à morte. O trabalho de parto geralmente é prolongado em relação a um parto normal, durando, em média, de 14 a 18 horas, quase duas vezes mais do que o tempo previsto em uma gestação normal.<sup>136</sup>

Além dos evidentes riscos à saúde física materna há, todavia, o grave abalo à saúde mental da gestante e de sua família, decorrente da angústia e sofrimento de levar adiante gravidez que resultará inevitavelmente em uma morte.

Vê-se, portanto, que a interrupção de gestação de feto inviável, como ação realizada sob o estado de necessidade, possui como *ação justificante* o perigo para o bens jurídicos vida e saúde maternos. Este perigo é *atual*, pois quanto mais tarde for realizada a intervenção, mais riscos trará à vida e à saúde da gestante; é *involuntário*, porque decorrente de processos de malformação congênita que fogem do controle humano; e *inevitável de outro modo*, porquanto não há maneira de reverter o diagnóstico de morte para aquele feto, não restando outra saída para proteção dos bens jurídicos vida e saúde maternos exceto a interrupção da gravidez.

#### 5.2.1.2 Ação justificada

A ação de proteção do bem jurídico deve ser, ao mesmo tempo, necessária para afastar ou excluir o perigo e apropriada para protegê-lo com ao menor lesão ao

---

<sup>134</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal. Parte Geral.** 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 248 e ss.

<sup>135</sup> NITRINI, R.; BACHESCHI, L. A. **A neurologia que todo o médico deve saber.** 2ª ed. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 418.

<sup>136</sup> ANDALAFT NETO, J. **Anencefalia:** posição da FEBRASGO. 2005. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em 17/08/2009.

bem jurídico alheio. CIRINO DOS SANTOS<sup>137</sup> cita três teorias que desenvolveram critérios para indicar a natureza *necessária* e *apropriada* da ação de proteção. A teoria do *fim* coloca como justificadas ações realizadas para proteção de bens jurídicos ameaçados definidas como *meio adequado para fins reconhecidos* pelo Estado. A teoria da *ponderação de bens* defende como justificadas as ações que lesionam bens jurídicos de valor inferior para proteger aqueles de valor superior. A teoria da *ponderação de interesses* condiciona a juridicidade da ação de proteção à consideração das circunstâncias concretas do fato, relacionadas aos bens jurídicos conflitantes.

O bem jurídico pode ser utilizado como critério de preponderância de certos valores em relação a outros. Certos bens jurídicos seriam mais valiosos, o que seria suficiente para justificar o sacrifício ou dano a outro bem em função de sua proteção.<sup>138</sup>

A questão que se coloca, portanto, é se os bens jurídicos a serem conservados – vida e saúde da mãe – são, de fato, tão inequivocadamente superiores ao bem jurídico a ser sacrificado – a vida em formação – para justificar a conduta do aborto.

Aplicando a teoria à gravidez de feto inviável, ao se entender que, embora não haja chance de sobrevivência fora do ventre, exista no momento da conduta o bem jurídico *vida em formação*, ainda que somente intrauterina, a ação de proteção dos bens jurídicos vida e saúde maternos somente ocorrerá com a interrupção da gravidez, único meio de se afastar o perigo. Por mais que – absurdamente – se considere o feto como portador de vida juridicamente tutelável, esta vida em formação não pode ser equiparada à de um feto saudável, que tem expectativas de tornar-se pessoa, e nem com a da mãe, que possui vida, e não mera expectativa. Tanto o bem jurídico vida da mãe, como os interesses maternos, são indubitavelmente superiores e preponderantes comparados ao feto em vias de padecimento.

Aqui, como bem mostra JIMÉNEZ DE ASÚA *apud* SOUSA,<sup>139</sup> claramente não se trata de um conflito entre dois bens iguais (vida contra vida). Não há dúvidas que o

---

<sup>137</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal. Parte Geral.** 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 251-252.

<sup>138</sup> Para melhores explicações, CIRINO DOS SANTOS, J. *Op. cit.* p. 253.

<sup>139</sup> SOUSA, A. R. R. **Estado de necessidade: um conceito novo e aplicações mais amplas.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 133.

feto vive, mas é igualmente certo que ainda não é uma pessoa. E o feto portador de malformação jamais se tornará uma pessoa. Quando o médico retira o conceito da mãe e assim lhe salva a vida, ou a protege, não se põe um conflito de bens iguais. Por mais importante que seja, a inviolabilidade da vida do feto não pode ser equiparada à inviolabilidade da vida da mãe. E se a inviolabilidade da vida em formação do feto está prejudicada porque somente pode persistir intrauterinamente, resta pouco, ou quase nada, para ponderar entre os bens jurídicos deste e da mãe.

É inquestionável, como aludiu ROXIN,<sup>140</sup> que com a união do óvulo e do espermatozóide surge uma forma de vida que já carrega em si todas as disposições para tornar-se um homem futuro, e que tal embrião tem de participar, em até certo grau, na proteção e na dignidade do homem já nascido. Mas o ser humano formado e nascido não pode ter o mesmo valor que o ser humano em formação e com mera expectativa de viver. Parafraseando CARRARA *apud* BATISTA,<sup>141</sup> a vida que se extingue não pode ser dita ainda definitivamente conquistada, pois é mais uma esperança do que uma certeza. E a esperança do feto inviável é de morte, não de vida. Daí se extrai que, sempre que necessária for a ponderação dos bens, a vida da mãe será superior e, assim, alvo de maior proteção, fática e jurídica.

### 5.2.1.3 A interrupção seletiva e o estado de necessidade vistos pelo Poder Judiciário

A maioria dos acórdãos que reconhece a existência de estado de necessidade na interrupção seletiva a classifica analogamente às excludentes de ilicitude do art. 128, CP. Segue trecho que sustentou a decisão autorizativa da 2ª Câmara Criminal do TJRS, na Apelação Crime n. 70026698019, de 16/10/2008 (Rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa):

Vale lembrar aqui, mais uma vez, passagem das lições da pena brilhante de **NELSON HUNGRIA**: "A questão do aborto terapêutico foi resolvida pelo nosso legislador penal com critérios de política criminal, e não com princípios da religião católica. Trata-se de um caso especialmente

---

<sup>140</sup> ROXIN, C. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 7 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/08/2009.

<sup>141</sup> BATISTA, N. Aborto: a retórica contra a razão. *In Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense. n. 27, jan/jun, 1979. p. 41.

destacado de "estado de necessidade". A riscar-se o art. 128 do Código Penal, ter-se-iam de riscar, também, os arts. 19, n.º I, 20 e 146, § 3.º, I. Ainda que não tivesse sido explicitamente declarada a licitude penal do aborto terapêutico, nenhum juiz deixaria de incluí-lo na casuística do *necessitas caret legem*."

## 5.2.2 A interrupção seletiva e a analogia *in bonam partem*

### 5.2.2.1 Analogia e interpretação

Para DIMOULIS,<sup>142</sup> analogia é o procedimento interpretativo que objetiva suprimir as omissões da lei, aplicando no caso concreto normas que regulamentam casos semelhantes. Fundamenta-se no princípio da identidade da razão jurídica. No Direito Penal, é sabido que a lei é a única que pode estabelecer delitos e penas. Nem o constituinte, nem a doutrina e nem os princípios gerais do Direito podem estabelecer restrições à segurança jurídica e à liberdade dos cidadãos.<sup>143</sup>

Da mesma forma que a interpretação, a estrutura da analogia atua por comparação: enquanto a interpretação identifica grupos de casos regulados e não regulados pela lei penal, a analogia aplica a lei penal a grupos de casos não previstos, mas semelhantes aos casos previstos na lei penal.<sup>144</sup> Limita-se a interpretação da lei penal pelo significado das palavras empregadas em sua linguagem, que indicam valores cujos sentidos devem ser determinados por aquele que as interpreta, através de técnicas específicas de interpretação.

Qual seria, então, o limite entre a interpretação permitida e a analogia proibida? Para CIRINO DOS SANTOS,<sup>145</sup> duas teorias cuidam da delimitação do objeto da interpretação da lei penal. A primeira propõe o critério do sentido da lei penal como objeto de interpretação. O que está conforme o sentido da lei é permitido, o que não está, é proibido. A segunda propõe a literalidade da lei como objeto de

<sup>142</sup> DIMOULIS, D. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>143</sup> BUSATO, P. C.; HUAPAYA, S. M. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 178.

<sup>144</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal. Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 64

<sup>145</sup> *Ibidem*. p. 66.

interpretação. A interpretação permitida é compatível com a literalidade da lei penal e a analogia proibida é tudo aquilo que não é compatível – critério adequado aos princípios do Estado Democrático de Direito e que resolve o problema da interpretação restritiva e da interpretação extensiva da lei penal, proibindo esta última em decorrência do princípio da legalidade e do *in dubio pro reo*.

A analogia destina-se assim à aplicação da lei penal a fatos diferentes dos previstos, mas, a eles semelhantes, significando que a norma jurídica válida para uma classe geral de fatos é igualmente válida para fatos especiais da mesma categoria. É um processo de interpretação que integra uma lacuna existente na lei a partir de um argumento de semelhança, possibilitando a regulação de um determinado caso que não se encontre tratado na perspectiva linguístico-conceitual da norma, a partir de um processo de comparação.<sup>146</sup> Porém, da mesma forma que na interpretação, se o significado concreto da analogia representar prejuízo para o réu é proibida; se representar um benefício, é permitida.

Destarte, a analogia dita *in malam partem*, ou seja, que subsume ações ou omissões de ações nos tipos legais ou a aplicação ou agravação de sanções penais em casos concretos, é expressamente proibida no Direito Penal, pois é extensiva da punibilidade. Se uma conduta não se amoldar perfeitamente ao modelo abstrato da ação ou omissão que a norma penal descreve, não será possível aplicá-la.<sup>147</sup> O Direito Penal estrutura-se como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, seja doutrinária ou jurisprudencial.<sup>148</sup>

Já a analogia *in bonam partem* é permitida pelo princípio da legalidade, porque vem em favor do réu para justificar ações típicas, exculpar ações típicas e antijurídicas ou atuar em outras hipóteses de extinção ou redução da punibilidade do comportamento humano.<sup>149</sup> Tem, portanto, finalidade de favorecer ao acusado, estendendo analogicamente as circunstâncias atenuantes ou excludentes da responsabilidade.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> BRANDÃO, C. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 52.

<sup>147</sup> *Idem*.

<sup>148</sup> ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 280.

<sup>149</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal. Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 66-67.

<sup>150</sup> BUSATO, P. C.; HUAPAYA, S. M. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 170.

### 5.2.2.2 Analogia aplicada à interrupção seletiva

Na interrupção seletiva, a analogia realizada é a que aproxima esta conduta aos tipos permissivos já elencados no Código Penal. Ou seja, é favorável porque, diante da possível consideração do aborto seletivo como conduta típica, o justifica assemelhando-os aos casos de excludente de punibilidade, seja o aborto terapêutico ou sentimental, previstos no art. 128, I e II, do diploma penal.

O aborto terapêutico, segundo a leitura do art. 128, I do Código Penal, é realizado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. O seu objetivo, portanto, é preservar-lhe a saúde, diante da ameaça que a gravidez proporciona à sua integridade física. Porém, atualmente, a definição de saúde vai muito além do bem-estar físico, incluindo o aspecto psíquico como componente fundamental da saúde holística do ser humano. Este, aliás, é o entendimento adotado pela Organização Mundial da Saúde, e pelos diversos comitês internacionais de proteção aos direitos humanos. A Recomendação Geral n. 14, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, a respeito do direito à saúde, estabelece que

(...) O conteúdo normativo do artigo 12 [Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais]: (...) 8. O direito à saúde não pode ser entendido somente como o direito a ser saudável. O direito à saúde pressupõe garantias de liberdades. As liberdades incluem o direito de proteção da saúde e do corpo, incluindo a liberdade sexual e a liberdade de reprodução, assim como o direito de ser livre de interferências, como o direito de ser livre da tortura, (...). Inclui um sistema de proteção à saúde o qual garante igualdades de oportunidades para que as pessoas aproveitem do mais elevado nível de saúde.<sup>151</sup>

Portanto, o art. 128, I do Código Penal deve ser admitido não somente nos casos em que a interrupção da gestação é necessária para salvar a vida da mãe, mas também, analogamente, quando esta é imprescindível para preservar-lhe a saúde, tanto física como psíquica, diante de tal grave infortúnio. É preciso lembrar, ainda, que, no aborto terapêutico, a vida de um feto absolutamente saudável é interrompida

---

<sup>151</sup> PIOVESAN, F. (coord). **Código Internacional dos Direitos Humanos Anotado**. São Paulo: DPJ, 2008. p. 169.

objetivando a preservação da vida da gestante, pendendo a balança para o direito à vida e à saúde maternos, diante do direito à vida humana em formação do feto.

O aborto sentimental, previsto no art. 128, II, ocorre quando a gravidez é resultado de estupro, sendo a interrupção realizada após o consentimento da gestante. Segundo lição de Nelson HUNGRIA,<sup>152</sup> “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”. Ora, nesta outra hipótese de exclusão de ilicitude, os direitos à saúde, higidez psíquica e à dignidade humana da gestante foram preponderantes diante do direito à vida humana em formação do feto, ainda que perfeitamente saudável.

Como se percebe, houve uma indiscutível preocupação do legislador com a proteção e a preservação da vida e da saúde mental e física da mulher, quando elencou as excludentes de antijuridicidade do aborto, mesmo em detrimento de um feto saudável e com plena potencialidade de vir a se tornar uma pessoa. É pouco possível, deste modo, desconsiderar que o aborto seletivo não tenha sido elencado como causa de excludente de ilicitude do aborto somente porque à época da promulgação do diploma penal inexistia maneira de a Medicina, de técnicas ainda rústicas e incipientes comparadas à hoje, diagnosticar com precisão as anomalias fetais incompatíveis com a vida.

### *5.2.2.3 A interrupção seletiva e a analogia in bonam partem vistas pelo Poder Judiciário*

Evidenciou-se neste trabalho que a grande maioria das decisões favoráveis à autorização da interrupção seletiva baseia-se na interpretação ampliada do rol de hipóteses de aborto permitido já elencadas no Código Penal. Neste sentido, a Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, do TJRS, pronunciou-se:

Concluindo, respeitando as posições em contrário, não vejo a interrupção da gravidez de fetos inviáveis como sentença de morte decretada pela mãe ou julgador, a seu pedido, que afronte o valor vida garantido pela Constituição Federal em razão da incompatibilidade total com a vida autônoma. A meu ver, o procedimento de antecipação do parto, balizada pela vontade da

---

<sup>152</sup> HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Vol. V, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 312.

mulher, não seria um procedimento dependente de autorização judicial, mas uma cirurgia terapêutica procedida quando constatada com segurança a anomalia.

A questão tem ficado afeta à Justiça ante a recenticidade do tema, o progresso da ciência e, não incluída entre as exceções do art. 128 do CP, não por vontade do Legislador, mas porque quando da aprovação do Código (1940) inexistia o conhecimento científico sobre as peculiaridades de incompatibilidade com a vida do anencéfalo. (Apelação Criminal n. 70012840971 – TJ RS/2005) (grifos nossos)

### 5.3 A INTERRUPTÃO SELETIVA COMO FATO AMPARADO POR EXCULPAÇÃO

Na hipótese de se pensar o feto malformado como portador de vida intrauterina, embora inviável extrauterinamente, a saída para a impunibilidade da conduta de interromper a gestação não estaria na atipicidade, ante a proibição do risco criado. A vida, apesar de inviável, ainda estaria presente. E se, considerada presente a tipicidade, a conduta também seja hipoteticamente interpretada como contrária ao direito, desamparada das excludentes de antijuridicidade, a punibilidade pode ser afastada através da exculpação.

#### 5.3.1 A interrupção seletiva como inexigibilidade de conduta diversa

A exigibilidade do comportamento conforme ao direito fundamenta-se pela normalidade das circunstâncias fáticas. Ou seja, o sujeito que pratica o ato deve ser portador de maturidade e sanidade psíquica necessários à constituição da capacidade da culpabilidade (*imputável*), deve conhecer ou ter a capacidade de conhecer concretamente o injusto do fato (*não agir em erro*), e deve agir na normalidade das circunstâncias da realização do tipo de injusto (*não estar em uma situação de exculpação*).<sup>153</sup>

A culpabilidade, diferentemente da antijuridicidade, não se esgota na relação de desconformidade entre o fato praticado e o Direito. A reprovação pessoal de quem pratica o ato fundamenta-se na não-omissão da ação desconforme ao Direito ainda e

---

<sup>153</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal. Parte Geral.** 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 330 e ss.

quando podia havê-la omitida.<sup>154</sup> Segundo a teoria finalista, o cerne da culpabilidade está no “poder em lugar de...” daquele que age em relação à representação de sua vontade antijurídica, local em que se encontra o fundamento da reprovação pessoal.

WELZEL *apud* BITENCOURT<sup>155</sup> afirma que culpabilidade é a reprovabilidade da configuração da vontade, somente permitindo reprová-lo ao agente, como culpabilidade, aquilo a respeito do qual pode algo voluntariamente. A ação, para ser passível de sanção, deve ser típica, antijurídica e culpável. E o juízo de desvalor pode ser emitido apenas quando seja possível formular uma reprovação ao autor do fato, ou seja, somente quando, no momento do fato, o autor puder determinar-se de outra maneira.

Entretanto, na culpabilidade, o conhecimento do injusto de *per se* não fundamenta a reprovação da resolução de vontade, que se dá somente quando o autor podia adotar sua decisão de acordo com este conhecimento, em uma dada situação concreta. É a possibilidade concreta do autor, capaz de culpabilidade, de poder adotar sua decisão de acordo com o conhecimento do injusto.

A real possibilidade do autor de determinar-se conforme o Direito é um dos elementos chave da reprovabilidade. Contudo, em certas situações não é possível exigir uma conduta adequada ao Direito, ainda que o sujeito seja imputável e seja conhecedor da antijuridicidade do fato. É quando se está diante da *inexigibilidade de conduta diversa*, figura capaz de afastar o terceiro elemento da culpabilidade – porque culpável, e, portanto, socialmente reprovável, é a pessoa que pratica o fato quando outro comportamento lhe era exigido.<sup>156</sup>

Diante disto, quando uma gestante, possuidora de laudo médico atestando-lhe a malformação que torna o feto que carrega no ventre inviável à vida extrauterina, é difícil – se não impossível – imaginar a possibilidade de censura na busca desta mãe pelo abortamento. Como assevera BITENCOURT,

Com que autoridade moral o Estado poderá exigir dessa gestante que aguarde o ciclo biológico, mantendo em seu ventre um ser inanimado, que,

---

<sup>154</sup> BITENCOURT, C. R. **Atipicidade do aborto anencefálico**: respeito à dignidade humana da gestante. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/ABORTO%20%20ANENCEFÁLICO%20-%20Cezar%20Bitencourt.pdf>. Acesso em 17/09/2009.

<sup>155</sup> *Idem.*

<sup>156</sup> *Idem.*

quando a natureza resolver expeli-lo, não terá alternativa senão pranteá-lo, enterrá-lo ou cremá-lo?! A inexigibilidade de conduta diversa, nessa hipótese, deve ser aceita como causa excludente da culpabilidade.<sup>157</sup>

Ante a situação fática de evidente anormalidade, não é possível reprovar o abortamento porque outra conduta não pode ser exigida de uma gestante diante da morte certa do filho que carrega. Exigir que leve a termo esta gravidez contra a sua vontade, além de ser social e juridicamente inadmissível, fere a sua dignidade humana. Pois todas as mães têm a expectativa de ter em seus braços seu bebê para vesti-lo, acarinhá-lo e alimentá-lo; mas a genitora de um feto sem condições de vida extrauterina sabe que irá vesti-lo apenas com sua mortalha. Não se pode condená-la a esta torturante espera.

Assim, inexistente reprovabilidade social e censurabilidade da conduta da gestante que interrompe uma gravidez diante da inviabilidade de seu feto, quando a ciência médica assegura com absoluta precisão a impossibilidade de sua vida fora do ventre. É irrazoável exigir de uma gestante suportar uma gravidez até seu final, com seus riscos e consequências, para que resulte na morte de seu bebê, e no dissabor de obrigar-se a registrar o nascimento de um natimorto. Com isso, não resta outra alternativa a não ser concluir que tal exigência constitui uma forma brutal de submeter a gestante a um tratamento desumano, com inquestionável violação ao disposto no art. 5º, III, da Constituição da República, segundo o qual *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*. Não se defende, de forma alguma, a obrigatoriedade da interrupção da gravidez frente à inviabilidade fetal, mas sim a *faculdade* de interrompê-la, que a gestante somente fará se assim o desejar. O que não é admissível é a sua proibição, imposta por norma jurídica cogente, com a consequente sanção criminal privativa de liberdade.<sup>158</sup>

É preciso recordar que o Brasil ratificou diversos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, como o *Pacto de San José da Costa Rica* (1969), que, segundo o art. 5º, § 2º da Constituição da República, constituem dogmas constitucionais e integram as garantias fundamentais como cláusulas pétreas.

---

<sup>157</sup> BITENCOURT, C. R. **Atipicidade do aborto anencefálico**: respeito à dignidade humana da gestante. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/ABORTO%20%20ANENCEFÁLICO%20-%20Cezar%20Bitencourt.pdf>. Acesso em 17/09/2009.

<sup>158</sup> *Idem*.

Não convém deslembrar, ainda, que é impossível ao legislador prever expressamente todas as causas de inexigibilidade de conduta diversa que devem ser admitidas no Direito Penal, pois estas variam conforme as constantes evoluções sociais, políticas, científicas e culturais.<sup>159</sup> Quando inexigível na situação concreta comportamento conforme ao Direito, também inexiste culpabilidade – e reprovabilidade, mesmo que se esteja diante de uma exculpação supralegal.

Conforme o pensamento do ilustre penalista Aníbal BRUNO

...a não-exigibilidade vale por um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código e pode funcionar também com este caráter nos casos dolosos em que de fato não seja humanamente exigível, comportamento conforme o Direito.<sup>160</sup>

A interrupção seletiva, sob este enfoque, amolda-se nos requisitos necessários para a exculpação por inexigibilidade de conduta diversa. Sem dúvidas, a saúde da gestante, física e psíquica, sofre graves transtornos. Podem vir a sofrer, como bem coloca Alberto da Silva FRANCO,<sup>161</sup> sequelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia quando a gestante se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto que está condenado a morrer. Além da mãe, o médico também é acobertado pela inexigibilidade de outra conduta, pois este profissional não pode ser compelido a gerar maior sofrimento à gestante.<sup>162</sup>

Se a condição em que se encontra a mãe de um feto inviável é anormal, sua vontade também resta comprometida, não sendo exigível dos agentes – médico e gestante – conduta conforme ao Direito quando pressionados em sentido contrário. Diante disso, não pode o autor do fato ser considerado culpável, pois sua conduta não foi realizada livre e desimpedidamente. Seu processo psíquico de motivação

---

<sup>159</sup> LUZ, M. S. T. Fetos anencéfalos: quanto vale a chance de viver um instante? Uma questão moral e jurídica em busca de solução sob a ótica do Direito Penal. *in Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia Homenagem ao Prof. Orlando Gomes*, 2008. p. 299 e ss.

<sup>160</sup> BRUNO, A. **Crimes contra a pessoa**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 163.

<sup>161</sup> FRANCO, A. S. Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *In Revista dos Tribunais* n. 833. Março de 2005.

<sup>162</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 438.

encontrava-se viciado pelas condições anormais do meio, o que leva, por consequência, à exculpação da conduta.

### 5.3.2 A interrupção seletiva como fato de consciência

Reconhecer as situações de exculpação supralegais no Direito Penal significa a compreensão de que é possível suspender a lei sem que se prejudique o ordenamento jurídico, admitindo o argumento de exceção como critério de decisão, com a adoção das “circunstâncias materiais de vida como argumento jurídico”, o que indicaria, para DIETER, “uma conquista política da sociedade contra a violência oficial e estrutural”.<sup>163</sup>

CIRINO DOS SANTOS<sup>164</sup> classifica as situações de exculpação supralegais em *fato de consciência*, *provocação de situação de legítima defesa*, *desobediência civil* e *conflito de deveres*. A situação de exculpação do *fato de consciência*, explica o autor, “tem por objeto decisões morais ou religiosas, sentidas como *deveres incondicionais* vinculantes da conduta, asseguradas pela garantia constitucional de *liberdade de crença* e de *consciência* (art. 5º, VI, CR)”.<sup>165</sup> Exprime o *fato de consciência* um “sentimento interior de obrigação incondicional, cuja proteção constitucional impede sua valoração como *certo* ou *errado*”, devendo seu julgamento reduzir-se “à correspondência entre *conduta* e *mandamentos* morais ou religiosos da personalidade, limitados exclusivamente por outros direitos fundamentais e coletivos”.<sup>166</sup>

Sob esta ótica, a conduta da gestante que interrompe gestação de feto inviável pode ser exculpada pelo *fato de consciência*. Explica-se: é plenamente possível, não obstante todo o sofrimento e violação aos direitos inerentes à mulher, que a gestante do feto malformado considere um *erro* trazer ao mundo criança que terá vida tão abreviada, frustrante e penosa, a ponto de sinceramente acreditar ser uma

---

<sup>163</sup> DIETER, M. S. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação**. 192 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 79-80.

<sup>164</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal. Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 343.

<sup>165</sup> *Idem*.

<sup>166</sup> *Idem*.

*necessidade moral* privá-la desta dor. Se suas deformidades físicas forem de tal maneira dolorosas e incapacitantes, que não viabilizem mais do que poucos instantes de vida extrauterina, a gestante pode crer que, em nome dos interesses fundamentais do feto, seria melhor deixá-lo morrer, a infligir-lhe tamanho mal e tormento.

### **5.3.3 A interrupção seletiva e a inexigibilidade de conduta diversa vistas pelo Poder Judiciário**

A opção do julgador em desafiar a interrupção gestacional de feto inviável como situação de inexigibilidade de conduta diversa implica em aceitá-la, em que pese à exculpação, como típica e antijurídica. Assim votou o Des. Marcel Esquivel Hoppe, Relator da Apelação Crime n. 70012840971, da 1ª Câmara Criminal do TJRS:

Convém deixar claro que ao abordar a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não se está preconizando a legalização do aborto, e nem defendendo que fique a critério subjetivo do Juiz, a extensão das excludentes de ilicitude do art. 128, I e II do CP a fetos que por apresentarem deformações e anomalias limitem a qualidade de vida (aborto eugênico), mas enfrentando o tema, por ora, como causa supra-legal de inexigibilidade de outra conduta ante a ausência de disposição expressa na legislação codificada. (grifos nossos).

O julgador revelou que, embora classifique a ação como impunível, ainda a coloca como *típica* (“... ao abordar a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não se está preconizando a legalização do aborto...”) e *antijurídica* (“... nem defendendo que fique a critério subjetivo do Juiz, a extensão das excludentes de ilicitude do art. 128, I e II do CP...”) ao evitar o uso da analogia *in bonam partem* às excludentes de ilicitude elencadas pelo legislador. O argumento utilizado, portanto, buscou a exculpação da apelante por uma ação considerada típica e contrária ao Direito.

Em decisão semelhante, a Des. Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, na Apelação Criminal n. 70011918026, da 3ª Câmara Criminal do TJRS, que autorizou interrupção de gestação de feto malformado, desta forma se posicionou:

O caso sob apreciação é excepcional pelas suas características e, mesmo não estando apoiado nos dispositivos penais vigentes (artigo 128, I, II do CP) tem embasamento na causa supra-legal de inexigibilidade de outra

conduta, exatamente, por que nem o direito, tampouco a lei positiva podem exigir heroísmo das pessoas a ponto de violar sua higidez mental e psíquica e a própria dignidade humana, no caso da gestante.

Da mesma forma, a Des. evidencia em seu voto que não admite a interpretação analógica do art. 128 do CP ao caso de fetos inviáveis, colocando a ação como causa supralegal de inexibibilidade de conduta diversa.

#### 5.4 A IMPUNIBILIDADE DA INTERRUPÇÃO SELETIVA

Embora prescindida de autorização judicial a realização de conduta atípica, ou amparada por excludente de antijuridicidade ou exculpação, ainda mostra-se necessário pleitear perante o Poder Judiciário a permissão da conduta, tendo em vista a falta de uniformidade e neutralidade axiológica no entendimento da interrupção seletiva de gestação como fato que não consiste em crime.

Diante da falta de bem jurídico a ser tutelado – a vida em formação – a interrupção de gestação de feto inviável, sob o conceito analítico do crime, não pode ser interpretado como conduta típica. Se a vida em formação, mesmo inviável, for valorada do ponto de vista intrauterino, a conduta típica interrupção de gestação de feto incompatível com a vida não pode ser antijurídica, pois amparada por excludente de antijuridicidade (estado de necessidade) ou interpretada analogamente às excludentes já elencadas pelo legislador. Se, todavia, tal conduta for julgada como típica e antijurídica, não pode ser culpável, pois impossível exigir da gestante conduta diversa, inexistindo reprovabilidade social e censurabilidade em sua atitude de querer, desesperadamente, cessar o seu sofrimento físico e psíquico de suportar gestação cujo produto nem resistirá a seu próprio nascimento. Ainda, é possível dizer que a conduta de interrupção seletiva da gravidez, conquanto interpretada como ação típica e antijurídica, pode ser exculpada pelo fato de consciência, ante a necessidade moral da mãe em não proporcionar vida tão indigna e abreviada a seu filho.

Qualquer que seja a interpretação, incorre a ação, seja ela atípica, típica e não contrária ao ordenamento jurídico, ou típica, antijurídica e exculpável, em fato que jamais poderá ser punível pelo Estado Democrático de Direito.

## CAPÍTULO VI – A INTERRUPTÃO SELETIVA: ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

### 6.1 A INTERRUPTÃO SELETIVA E O TRATAMENTO JURÍDICO NO MUNDO

A proteção da vida em formação dentro do ventre materno é tratada de modo bastante diverso em diferentes culturas, e até mesmo dentro dos países a questão é controversa, pois se modifica de acordo com as distintas visões de mundo.<sup>167</sup> É possível notar, através da análise das legislações sobre o aborto, como a ponderação de valores varia enormemente. A interrupção voluntária da gravidez pode ser realizada, sem grandes restrições, na Suíça, Suécia, Dinamarca, Austrália e Canadá, sem que isso signifique que estes países deixam de proteger a vida em formação do feto, mas sim que a autonomia reprodutiva das mulheres é respeitada e que se busca a proteção do feto por outros meios, como através de políticas sociais.<sup>168</sup>

A classificação do bem jurídico tutelado pelo crime de aborto também diverge entre os códigos internacionais. Se vários deles situam o aborto entre os crimes contra a vida,<sup>169</sup> outros o incluem entre os crimes contra a vida e a saúde ou contra a ordem das famílias e da moralidade pública.<sup>170</sup> Na Itália, o aborto era situado no Código Penal em título especial dos crimes contra a integridade e a sanidade da estirpe, atribuindo a objetividade jurídica ao interesse demográfico do Estado, numa expressão típica do regime fascista.<sup>171</sup>

Os tratamentos extremos – tanto no sentido de considerar o embrião dentro do ventre materno como homem já nascido, protegendo-o pelo tipo de homicídio, como no de autorizar o aborto irrestritamente até o instante do nascimento –, são posições

---

<sup>167</sup> ROXIN, C. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 7 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/08/2009.

<sup>168</sup> CAMPOS, C. H. **Aborto no Brasil: a irracionalidade da criminalização**. 2007. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/BCOTXT/Aborto%20no%20Brasil%20irracionalidade.pdf>. Acesso em 03/08/2009.

<sup>169</sup> Vide *Código Penal de la Nación Argentina*, art. 85 e ss.; *Código Penal de Bolivia*, art. 263 e ss.; *Código Penal del Ecuador*, art. 441 e ss.; *Código Penal de Paraguay*, art. 349 e ss.

<sup>170</sup> O Título VII do Código Penal chileno é nomeado *Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*, tipificando o aborto nos art. 342 e ss.

<sup>171</sup> FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 136.

que já não são mais praticadas e sequer sustentadas.<sup>172</sup> Posturas radicais que “coisificam” ou “humanizam” o feto não possuem articulação pública, pois não se fundam em um juízo imparcial acerca da vida juridicamente tutelável.<sup>173</sup> Nas palavras de ROXIN

... 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.<sup>174</sup>

Segundo o penalista tedesco, a maioria dos ordenamentos jurídicos modernos segue um caminho intermediário e coloca-se entre dois modelos de solução, os quais chama de *solução de indicações* – quando a conduta é, em princípio, punível, mas justificável e impunível em determinados casos, como perigo de vida para a mãe e mesmo inviabilidade fetal – e *solução de prazo* – quando se permite que o aborto seja realizado dentro de determinado prazo, geralmente de três meses, sem que a mãe necessite mencionar seus motivos, e com decisão médica, após o decurso do prazo.<sup>175</sup>

Na *solução de indicações*, estas coincidem com recomendações médicas, psicológicas, sociais ou econômicas, conforme a lei vigente do país, que, em relação à criminalização do aborto, podem ser mais ou menos restritivas. Em alguns países, a legislação concernente ao aborto chega a ser totalmente liberal, como na Holanda e

---

<sup>172</sup> ROXIN, C. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 7 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/08/2009.

<sup>173</sup> LOPES, S. R. P. **Vida, anencefalia fetal e argumentação jurídica**: fundamentos para a legitimidade discursiva da ADPF n. 54-8/DF. Contribuições de Hannah Arendt e de Jürgen Habermas para a diferenciação do discurso judicial. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília. Brasília, 2007. p. 165.

<sup>174</sup> ROXIN, C. *Op. cit.*

<sup>175</sup> Estas duas soluções foram desenvolvidas na Alemanha, primeiramente, em 1970, no Projeto Alternativo de Código Penal, Parte Especial, Delitos contra a pessoa, volume parcial I, p. 25 e ss., do qual Claus Roxin foi coautor, e guiaram as discussões desde então.

nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte Americana já assentou o entendimento em favor do direito de opção da mulher.<sup>176</sup>

A interrupção da gravidez quando há risco de vida para a saúde mental da gestante, do feto ou lesão deste é autorizada pela legislação da Alemanha, África do Sul, Canadá, Dinamarca, Espanha, França (condicionada a interrupção a ser feita nos três primeiros meses de gestação, quando está é motivada pelo abalo à saúde mental da mulher), Gana, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Índia, Israel, Itália, Luxemburgo, Portugal.<sup>177</sup> Na Suíça e no Peru, tais indicações são limitadas às hipóteses em que existe perigo para a saúde psíquica da mãe.<sup>178</sup>

## 6.2 A INVIABILIDADE FETAL COMO INDICAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO

Em recente mapeamento mundial sobre a legislação do aborto realizado pela *Center for Reproductive Rights*, que pesquisou as leis de 196 países independentes, o Brasil aparece, ao lado de outros 67 países, como parte do bloco das nações que adotam as leis mais rígidas em relação ao aborto. Já outros países da América Latina, como Argentina, Bolívia, Equador e Uruguai encontram-se, juntamente com outros 31 países, no grupo que permite a interrupção da gravidez também para preservar a saúde física da mulher.<sup>179</sup> Embora ainda com a limitação do instituto da “objeção de consciência”, por parte dos profissionais dos serviços públicos, Portugal e França integram o conjunto de países cuja legislação permite, de forma mais ampla, a interrupção da gravidez.<sup>180</sup>

A seguir, uma sucinta descrição do procedimento de alguns países cuja legislação permite a interrupção da gravidez de feto com inviabilidade vital.

---

<sup>176</sup> TESSARO, A. **Aborto seletivo**: descriminalização & avanços tecnológicos da Medicina contemporânea. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá. p. 41.

<sup>177</sup> *Ibidem*. p. 45 e ss.

<sup>178</sup> RIBEIRO, D. C. Interrupção voluntária da gravidez com antecipação do parto de feto inviável. **Revista do Ministério Público Federal e Territórios**. Brasília, n. 03, jan/jun 2000. p. 96.

<sup>179</sup> **The world abortion laws**. Center for reproductive rights. 2008. Disponível em: [http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/pub\\_fac\\_abortionlaws2008.pdf](http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/pub_fac_abortionlaws2008.pdf). Acesso em 12/08/2009.

<sup>180</sup> TORNQUIST, C. S.; SILVA, C. B.; LAGO, M. C. S. Apresentação. **Rev. Estud. Fem.** vol.16, n.2. 2008. p. 631-637.

### 6.2.1 Alemanha

Na Alemanha é juridicamente possível, ao contrário deste País, a interrupção da gestação de fetos que apresentem severas lesões hereditárias (§ 218 a I, II, StGB).<sup>181</sup> O Código Penal alemão considera, para tanto, a sobrecarga psíquica e física que uma criança deficiente pode representar para a sua família e, em especial à mãe, e renuncia a exigência deste sacrifício pela vítima através do Direito Penal. Segundo o entendimento de ROXIN,<sup>182</sup> apesar do elevado valor ético da decisão da mãe de dar à luz e criar uma criança com deficiência severa, tal atitude deve ser voluntária, e não coativa, pois “o Direito não pode exigir o heroísmo e tem de se contentar com o ‘mínimo ético’”.

Hoje vige na legislação alemã o chamado “modelo de aconselhamento”<sup>183</sup> (*Beratungsmodell*), que é um compromisso entre as duas soluções, a do prazo e a de indicações. Apesar de manter a impunidade do aborto por decisão da mulher, nos três primeiros meses, o Tribunal Constitucional afirma expressamente que, se não houver indicação, ou não for fruto de delito sexual, o ato permanece antijurídico, exceto nos casos de indicação médico-social (§ 218a II StGB), que independe de prazo. Porém, para ROXIN, a insistência do Tribunal Constitucional no sentido da antijuridicidade deste pode melhorar a proteção à vida do embrião no mundo da teoria jurídica, mas não na realidade social. Para a proteção efetiva da vida em formação, o ilustre penalista sugeriu, em coautoria, um projeto alternativo,<sup>184</sup> que associava a solução de indicação com auxílios financeiros, sociais e familiares, que ajudassem na solução dos conflitos da gestante e a fizessem desistir da interrupção gestacional.

---

<sup>181</sup> ROXIN, C. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 7 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/08/2009.

<sup>182</sup> *Idem*.

<sup>183</sup> Segundo esta regulamentação, é impune o aborto realizado por médico, a pedido da gestante, nas primeiras doze semanas desde a concepção, se a gestante, pelo menos três dias antes da cirurgia, tiver se submetido à orientação da “repartição de aconselhamento em casos conflitos na gravidez” (§§ 218, I, 219, StGB).

<sup>184</sup> O Projeto Alternativo de Código Penal foi uma iniciativa de um grupo de professores, entre os quais Roxin, apresentando ao Parlamento Alemão (Bundestag) pelo Partido Liberal-Democrático (FDP), e que influenciou, em grande parte, o StGB, atualmente vigente, e as várias leis de reforma que sucederam nestas últimas três décadas.

Mas, pergunta-se ROXIN, “que Estado empenhará os meios financeiros e estruturais necessários para realizar um tal projeto?”<sup>185</sup>

### 6.2.2 Espanha

O aborto foi legalizado na Espanha em 5 de julho de 1985, no governo de Felipe González, após a aprovação da Lei Orgânica 9/1985.<sup>186</sup> A lei espanhola, a partir de então, passou a permitir o aborto em casos de estupro, de malformação fetal ou quando a gravidez colocava em risco a saúde física ou psicológica da mãe. Nos casos de malformação, a interrupção somente poderá ocorrer dentro das primeiras vinte e duas semanas de gestação, mediante o consentimento expresso da gestante e o diagnóstico de dois médicos especialistas. A interrupção da gravidez deve ser executada por um médico diferente daquele que diagnosticou a anomalia. Se a gravidez resultar em perigo grave para a saúde física e mental da mulher, a interrupção pode ser realizada em qualquer tempo.<sup>187</sup>

Em 14 de maio de 2009, o governo espanhol tornou o aborto livre até as 14 primeiras semanas de gestação.<sup>188</sup> Em 15 de setembro de 2009, o Conselho Geral do Poder Judicial espanhol aprovou o Anteprojeto de Lei, denominado *Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo y Salud Sexual y Reproductiva*, que permite a

---

<sup>185</sup> ROXIN, C. *Op. cit.*

<sup>186</sup> Esta lei mudou a redação do art. 417 do Código Penal espanhol, para a seguinte: “1. *No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. (...) 3.ª Que se presuma que ele feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. (...)*”

<sup>187</sup> TESSARO, A. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da Medicina contemporânea.** 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá. p. 44.

<sup>188</sup> **Governo da Espanha aprova aborto livre até 14 semanas.** Disponível em: [http://dn.sapo.pt/inicio/globo/interior.aspx?content\\_id=1233259&seccao=Europa](http://dn.sapo.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=1233259&seccao=Europa). Acesso em 28/08/2009.

decisão pelo aborto, dentro das permissões legais, das mulheres a partir de 16 anos, sem a necessidade de autorização dos pais.<sup>189</sup>

### 6.2.3 França

A despenalização do aborto ocorreu em 17 de janeiro de 1975, através da Lei n. 75-17,<sup>190</sup> por incentivo da então Ministra de Saúde francesa Simone Veil. Nas doze primeiras semanas, o aborto é entendido como um direito da mulher, que deve passar apenas por um aconselhamento antes de sua decisão. Após este período, o aborto somente é permitido em caso de risco de vida ou saúde física da mulher e risco de malformação do feto, tendo como prazo máximo seis meses para a sua realização. Quando tratar-se de anomalia fetal e de risco à saúde ou vida da mulher, exige-se certificado de dois médicos, reconhecido pelo Contencioso Administrativo. O Estado custeia 80% das despesas hospitalares, e é assegurado ao médico o direito à objeção de consciência.<sup>191</sup>

### 6.2.4 Grã-Bretanha

O aborto foi legalizado no Reino Unido com a aprovação do *Abortion Act*, em 1967,<sup>192</sup> permitido até as 24ª semana de gestação, por razões médicas, econômicas ou sociais. Após as primeiras 24 semanas, a intervenção somente pode ser feita nos casos de risco de vida para a mãe, risco de grave e permanente doença física ou mental para a gestante e nos casos de risco de malformação fetal.

### 6.2.5 Itália

---

<sup>189</sup> **Espanha: jovens poderão decidir sobre o aborto.** Disponível em: [http://www.pco.org.br/conoticias/ler\\_materia.php?mat=17026](http://www.pco.org.br/conoticias/ler_materia.php?mat=17026). Acesso em 12/10/2009.

<sup>190</sup> **Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.** Disponível em: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=58D56C7DFFCC4D5C8316A5D7427FCA0E.tpdjo09v\\_3?cidTexte=LEGITEXT000006068506&dateTexte=20091012](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=58D56C7DFFCC4D5C8316A5D7427FCA0E.tpdjo09v_3?cidTexte=LEGITEXT000006068506&dateTexte=20091012). Acesso em 12/10/2009.

<sup>191</sup> TESSARO, A. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da Medicina contemporânea.** 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá. p. 44.

<sup>192</sup> **Abortion Act 1967.** Disponível em: <http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?activeTextDocId=1181037>. Acesso em 10/09/2009.

Na Itália, o aborto foi legalizado após a aprovação da Lei n. 194, de 22 de maio de 1978,<sup>193</sup> O art. 4º desta lei permite

a interrupção voluntária da gravidez nos primeiros noventa dias, à mulher que acuse as circunstâncias pelas quais a continuação da gravidez, o parto ou a maternidade representem grave ameaça à sua saúde física ou mental, em relação ou de sua condição de saúde, ou condições econômicas, sociais ou familiares ou às circunstâncias em que ocorreu a concepção, ou à previsão de anomalias ou malformações do nascituro, e destinar-se a uma clínica pública estabelecida no art. 2º, alínea "a", da Lei de 29 de julho de 1975 número 405, ou a uma estrutura sócio-sanitária qualificada para o fazer pela região, ou a um médico de sua confiança (tradução nossa).

Nos casos em que houver dano à saúde física ou psíquica da mãe, malformação fetal e risco de vida materno a interrupção pode ser feita mesmo além deste prazo.

Segundo o art. 5º desta Lei, a mulher que não estiver em caso de urgência de indicação para a interrupção da gravidez, deve, após receber certificado assinado pelo médico e por ela mesma que ateste uma das causas permitidas pelo art. 4º, aguardar por sete dias para realizar a intervenção em um dos locais autorizados legalmente. Todas as gestantes passam por acompanhamento psicológico.<sup>194</sup>

### 6.2.6 Portugal

Em 11 de fevereiro de 2007<sup>195</sup> realizou-se em Portugal um segundo referendo sobre a despenalização do aborto (o primeiro ocorreu em 28 de junho de 1998), em que 59,25%<sup>196</sup> dos votantes concordaram com a "despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas, em estabelecimento de saúde autorizado". Em 17 de abril de 2007 as

<sup>193</sup> **Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.** Disponível em: [http://www.dirittoefamiglia.it/Docs/Giuridici/leggi/1978\\_194.htm](http://www.dirittoefamiglia.it/Docs/Giuridici/leggi/1978_194.htm) Acesso em 10/09/2009.

<sup>194</sup> TESSARO, A. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da Medicina contemporânea.** 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá. p. 45.

<sup>195</sup> **Referendo Nacional em 2007.** Disponível em: <http://www.cne.pt/index.cfm?sec=0306000000&EleicaoID=49&Eleicao2ID=0> . Acesso em 10/09/2009.

<sup>196</sup> **Comissão Nacional de Eleições.** Mapa Oficial 1/2007. Disponível em: [http://www.cne.pt/dl/resultados\\_rn\\_2007.pdf](http://www.cne.pt/dl/resultados_rn_2007.pdf). Acesso em 10/09/2009.

alterações que permitem a realização do aborto a pedido da mulher, de acordo com os resultados do referendo, foram publicadas no Diário da República. Após discussão da classe médica a respeito da classificação do aborto como “falta deontológica grave” pelo Código de Deontologia Médica português, uma reforma no código foi aprovada por unanimidade pelo Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos, em setembro de 2008, permitindo a interrupção voluntária da gravidez segundo a lei vigente, deixando a critério de cada médico decidir por sua consciência “quando começa a vida humana.”<sup>197</sup>

Para os casos de malformação fetal, a lei permite que se realize a interrupção da gestação até as primeiras 24 semanas. Diferente é o prazo quando há risco para a grávida – “perigo de morte ou de grave e irresistível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida” – ou o feto é inviável, casos em que a interrupção é permitida em qualquer momento. O consentimento materno, em qualquer situação, deve ser obtido com antecedência mínima de três dias da data da intervenção.

### 6.2.7 A interrupção seletiva: panorama mundial

Vê-se, portanto, que em diversos países do mundo a interrupção da gestação de feto inviável é ponto pacífico, estando plenamente regulamentada em seus ordenamentos jurídicos. O fato de o aborto de feto sem condições de sobrevivência ser permitido pela legislação destes países não implica em uma menor proteção do direito à vida, consagrado em suas constituições. Ao contrário: o reconhecimento deste direito garante às mulheres o direito à vida, à dignidade, à liberdade e autonomia da vontade e à sua integridade física e moral, direitos estes que também se encontram constitucionalmente protegidos.

---

<sup>197</sup> Artigo 37º (*Objecção de consciência*) 1. O médico tem o direito de recusar a prática de acto da sua profissão quando tal prática entre em conflito com a sua consciência moral, religiosa ou humanitária, ou contradiga o disposto neste Código. 2. A objecção de consciência é manifestada em documento registado na Ordem, assinado pelo médico objector, devendo a sua decisão ser imediatamente comunicada ao doente ou a quem no seu lugar prestar o consentimento. **Código Deontológico Médico Português**. Disponível em: [http://www.nortemedico.pt/download.php?path=doc&filename=SRNOM\\_20080704175718\\_Cod\\_Deontologico\\_-\\_v\\_08\\_07\\_01\\_def.doc](http://www.nortemedico.pt/download.php?path=doc&filename=SRNOM_20080704175718_Cod_Deontologico_-_v_08_07_01_def.doc). Acesso em 10/09/2009.

## CAPÍTULO VII - A INTERRUPÇÃO SELETIVA: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

### 7.1 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se fala da questão do aborto, e dos direitos que nele estão em jogo, uma das principais controvérsias que surge diz respeito a uma possível colisão entre direitos fundamentais do feto e da mãe garantidos constitucionalmente.

A Constituição da República, antes de vértice da pirâmide normativa kelseniana, apresenta-se como centro atrativo da ordem gravitacional que incide sobre o universo normativo fragmentado. É, ao mesmo tempo, filtro que retém e repele aquilo que não pode integrar o ordenamento, ocupando o início e também o fim de todo trabalho hermenêutico. E a Constituição introduz determinados valores, na forma de princípios, que garantem os direitos fundamentais e, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.<sup>198</sup>

A Teoria dos Princípios, que traz como um de seus mais importantes defensores o autor alemão Robert ALEXY, apresenta a ideia de que regras e princípios são concebidos como normas. As regras seriam normas que exigem um cumprimento pleno, podendo ser somente cumpridas ou não cumpridas, enquanto os princípios seriam normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Para ALEXY<sup>199</sup>, os princípios são *mandados de otimização*, pois podem ser cumpridos em diversos graus, que dependem das possibilidades tanto fáticas quanto jurídicas.

Em um conflito de normas-regra, a solução estaria com a declaração de invalidade de uma delas, ou de não aplicabilidade ao caso, ou, ainda, pela introdução de uma cláusula de exceção. Diferente de quando se trata de normas-princípio, porque, enquanto realizáveis na maior medida possível, não são mandamentos absolutos, o que permite que existam princípios opostos entre si dentro de um mesmo ordenamento jurídico. E, para a colisão de normas-princípio, a solução dar-se-ia através de *ponderação*, no caso concreto, o que não significa que a solução da

---

<sup>198</sup> CLÉVE, C. M. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**: Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional - Vol. 5. 2008.

<sup>199</sup> ALEXY, P. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. In **IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas**, San Sebastián, set 1988. p. 140-144.

colisão seja somente relevante para aquele caso concreto, mas tornando-se base para a decisão de novos casos.<sup>200</sup>

Feitas estas breves considerações, é preciso analisar se, no caso da interrupção de gestação de feto inviável, haveria alguma colisão entre princípios fundamentais do feto e da mãe. Ter-se-ia, de um lado, o direito fundamental à vida, ou à vida em desenvolvimento, do feto, e, de outro, os direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, à saúde, à integridade física, psíquica e moral, à liberdade, à autonomia, entre outros, da mãe. Tais direitos, que normalmente se completam, encontrar-se-iam em aparente colisão, e reclamando por conciliação pelo intérprete e operador do Direito.<sup>201</sup>

A solução para este conflito, segundo os ensinamentos de ALEXY, passa pela técnica de ponderação de valores, a partir da observância da proporcionalidade<sup>202</sup> e razoabilidade. Sendo assim, no caso do feto acometido pela inviabilidade vital, para encontrar o ponto de equilíbrio entre estes direitos, deve prevalecer o direito do feto de viver, ainda que somente em sua forma intrauterina ou por apenas alguns instantes após o parto, ou os direitos fundamentais da mãe, que sabe por comprovação médica que o ser que gera não é capaz de viver fora de seu útero?<sup>203</sup>

A argumentação jurídica favorável à interrupção seletiva baseia-se na premissa de que o feto inviável não é, e nem tem condições de tornar-se, uma pessoa. Como pondera DINIZ,<sup>204</sup> “somente alguém vivo ou potencialmente vivo têm direito à vida. O feto inviável não tem potencialidade de viver. Portanto, o feto inviável não é pessoa, e não tem direito à vida.” Assim, naquela hipotética tensão entre os

---

<sup>200</sup> ALEXY, P. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *In* **IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas**, San Sebastián, set 1988. p. 142-146.

<sup>201</sup> LUZ, M. S. T. Fetos anencéfalos: quanto vale a chance de viver um instante? Uma questão moral e jurídica em busca de solução sob a ótica do Direito Penal. *In* **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia Homenagem ao Prof. Orlando Gomes**, 2008. p. 231 e ss.

<sup>202</sup> O princípio da proporcionalidade contém, ainda, três sub-princípios: o princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. ALEXY, R. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *In* **Revista Internacional de Direito Tributário**. v. 3, Belo Horizonte, jan/jun 2005. p. 159.

<sup>203</sup> PEIXOTO, F. D. F. Considerações jurídicas acerca da problemática da anencefalia. *In* **XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008. p. 160 e ss.

<sup>204</sup> DINIZ, D. **Aborto por anomalia fetal**/Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro. 1ª reimpr. Brasília: LetrasLivres, 2004. p. 77 e ss.

direitos do feto e da mãe, percebe-se que, na verdade, não há quem rivalize com os interesses da gestante, pois o feto que carrega em seu ventre não possui expectativas de direitos por não ter potencial para viver fora dele. Com isto não se quer dizer que a interrupção gestacional, nestes casos, é uma obrigação, mas apenas reforçar que não há uma colisão de direitos, prevalecendo isoladamente os interesses da gestante.<sup>205</sup>

A favor da gestante, Luís Roberto BARROSO<sup>206</sup> enunciou, na Petição Inicial da ADPF n. 54-8/DF, como preceitos fundamentais violados ante a proibição da interrupção gestacional dos anencéfalos, analogamente aplicados a todos os fetos inviáveis, os seguintes pontos: i. dignidade da pessoa humana com analogia à tortura; ii. legalidade, liberdade e autonomia da vontade; iii. direito à saúde.

Contudo, poder-se-ia pensar que a prevalência dos direitos da gestante importaria na destruição do ser vivo em desenvolvimento com direitos constitucionalmente garantidos, ainda que este não tenha expectativas de vida extrauterina, antecipando-lhe a morte. Mesmo neste caso, aí se aplicando a técnica da ponderação, os direitos da mãe devem prevalecer, pois não parece razoável que se obrigue uma gestante a levar a termo uma gravidez, causando-lhe os mais diversos tipos de sofrimento, se o feto que gera carece de condições de viver. Até porque, em comparação com as hipóteses já elencadas pelo legislador como excludentes da antijuridicidade do aborto, estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extrauterina é plenamente viável.

## 7.2 A PROIBIÇÃO DA INTERRUPTÃO SELETIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GESTANTE

Tendo em vista que a colisão entre direitos fundamentais somente ocorre para o aborto de feto viável, e inexistem direitos a serem tutelados no feto que não tem condições de tornar-se pessoa, passa-se então à análise da violação dos direitos fundamentais da mãe ante a proibição da interrupção seletiva.

---

<sup>205</sup> BARROSO, L. R. **Petição Inicial na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>. Acesso em 08/08/2009.

<sup>206</sup> *Idem*.

A vida que se procura proteger do feto inviável, como já explicado, é bastante questionável. Não há possibilidade de o feto sobreviver fora do útero materno por mais do que poucos instantes. Já a gestante que o carrega é real e imediata possuidora de um amplo rol de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Comece-se pelo mais importante, disposto já no art. 1º, III, da Constituição da República, a dignidade da pessoa humana.

A imposição do Estado à mulher de levar a termo uma gravidez comprovadamente inviável viola a dignidade da pessoa humana duplamente: tanto em sua vertente da *integridade física* – ao submeter descabidamente a gestante a um processo que, por sua natureza, traz riscos para sua saúde, além de acarretar-lhe desconforto físico – em relação à disposição de seu próprio corpo, quanto na sua *integridade moral* – na dimensão do direito à vida privada, à liberdade, à intimidade, à autonomia, à imagem. E, ao obrigar a gestante a tal ato, o Estado acaba por infligir-lhe tortura e tratamento desumano, violando sua integridade física, moral e psíquica, que são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro centro e fundamento de todo preceito constitucional relacionado aos direitos fundamentais.<sup>207</sup>

Em suma, ferem-se o princípio da dignidade humana, o direito a não ser submetida à tortura, o direito fundamental à saúde, não somente física, mas mental e social, trazendo danos irreparáveis, tanto físicos como psicológicos, à gestante de um feto inviável.<sup>208</sup> Não se pode ignorar, ainda, que a proibição estatal ao aborto seletivo acaba por obrigar as gestantes, ao menos as que dispõem de condições para tanto, a recorrerem a meios clandestinos de prática do aborto, trazendo um maior comprometimento ao seu direito fundamental à saúde.<sup>209</sup> É fácil perceber que quanto

---

<sup>207</sup> BARROSO, L. R. **Petição Inicial na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>. Acesso em 08/08/2009.

<sup>208</sup> Após a criação da Organização Mundial de Saúde – OMS em 1946, o conceito de saúde passou a ser o completo estado de bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.

<sup>209</sup> Dos 42 milhões de abortos realizados por ano no mundo, 20 milhões são clandestinos. Em decorrência destes, 8 milhões de mulheres sofrem complicações e 70 mil morrem anualmente. SINGH, S. et al. **Abortion worldwide: a decade of uneven progress**. New York: Guttmacher Institute, 2009. Disponível em: <http://www.guttmacher.org/pubs/AWWfullreport.pdf>. Acesso em 10/09/2009.

mais restritiva é a lei sobre o aborto no país maiores são os riscos de as mulheres realizarem abortos inseguros.<sup>210</sup>

Um possível benefício que poderia ser levantado em favor da proibição da interrupção da gravidez de fetos inviáveis é o de que estes pudessem ser futuros doadores de órgãos para transplantes. Tal ideia, porém, é absurda quando se pensa que a mulher transformar-se-ia em um mero depósito de órgãos frescos. O ser humano, sob o ponto de vista kantiano,<sup>211</sup> possui valor absoluto e é um fim em si mesmo, não podendo ser um meio para atingir determinado fim. Como salienta FERRAJOLI,<sup>212</sup> a penalização da gestante com a manutenção da gravidez com finalidade exclusiva de transplante de órgãos significaria uma lesão à sua autonomia, em relação ao seu corpo, e à sua dignidade como pessoa.

Ainda, nunca é demais lembrar que os argumentos que rejeitam a interrupção da gravidez de fetos inviáveis são, em sua maioria, permeados por crenças e princípios religiosos. O Estado brasileiro, república laica que é, e que defende a liberdade de religião como direito fundamental, não está autorizado a impor à sociedade nenhum tipo de convicção baseada em considerações religiosas. Deve o Estado abster-se da atuação e legislação de matérias concernentes à autonomia, individualidade e subjetividade das pessoas, conservando a barreira entre a moralidade e a individualidade, para não impor tiranicamente a posição de

---

<sup>210</sup> "As complicações resultantes de abortos ilegais resultaram na internação de 1.205.361 mulheres nos hospitais da rede pública nos últimos cinco anos, segundo dados do SUS (Sistema Único de Saúde). Foram mulheres que buscaram assistência médica por terem interrompido a gravidez com métodos arriscados e sem qualquer segurança. O custo para o Sistema Único de Saúde (SUS) dessas curetagens realizadas após abortos ilegais chegou a R\$ 161,4 milhões nesse período. As curetagens são o segundo procedimento obstétrico mais praticado nas unidades de internação e são superadas apenas pelos partos normais." Abortos ilegais internaram 1,2 milhão no SUS em 5 anos. **O Globo**, Rio de Janeiro, 19/05/2007. Disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/05/19/295825142.asp> Acesso em 05/08/2009.

<sup>211</sup> *O homem e, de uma maneira geral, todo ser racional existe com um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.* KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, São Paulo: Abril, 1973, p.205.

<sup>212</sup> Para Ferrajoli, penalizar a mulher "com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa" FERRAJOLI, L. A questão do embrião entre direito e moral. **Revista do Ministério Público**. Lisboa, n. 94, abr/jun 2003. p. 22.

determinados grupos sociais sobre outros, em inegável violação dos postulados básicos dos regimes democráticos.<sup>213</sup>

Ao Estado cabe a garantia da igualdade, da segurança dos direitos e do mínimo vital aos seus cidadãos, atuando com neutralidade de valor nos campos da moral, ideologia e cultura, isentando-se da invasão à vida privada das pessoas, exceto para coibir condutas que prejudiquem terceiros. Em uma sociedade plural, compete ao Estado o respeito e a proteção tanto daqueles que crêem, seja qual for a crença, quanto daqueles que simplesmente não crêem em nada.<sup>214</sup>

Pode-se dizer, ainda, que há, nesta intervenção estatal, flagrante violação aos princípios da liberdade e legalidade. A expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*, originária de FEUERBACH<sup>215</sup>, é verdadeira limitação ao direito de punir do Estado, que deve editar e promulgar leis com contornos precisos sobre as condutas delituosas, definindo crimes e suas respectivas sanções, impedindo excessos e arbitrariedades, assim como qualquer tipo de analogia que venha em desfavor do réu.<sup>216</sup>

É possível que a interrupção seletiva da gravidez em virtude da inviabilidade extrauterina fetal seja moralmente reprovável por muitas pessoas na sociedade ou, ainda, um pecado de acordo com suas crenças religiosas, mas apenas isto não pode ser motivo suficiente para que se justifique a criminalização desta conduta. E as condutas que são imorais ou contrárias aos preceitos religiosos, na opinião de uma parcela da sociedade, não merecem a tutela do Direito Penal, este visto como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. Como coloca Alice BIANCHINI,<sup>217</sup> “a moralidade, enfim, é condição de relação social, não uma estrutura a ser protegida em si mesma, e jamais emprestaria licença política para intervenção do Estado em procedimentos pessoais”.

---

<sup>213</sup> PEIXOTO, F. D. F. Considerações jurídicas acerca da problemática da anencefalia. In **XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008. p. 154-155.

<sup>214</sup> FERNANDES, M. C. Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional. In SARMENTO, D.; PIOVESAN, F. **Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 131.

<sup>215</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal. Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p.20.

<sup>216</sup> PEIXOTO, F. D. F. *Op.cit.* p. 156 e ss.

<sup>217</sup> BIANCHINI, A. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 36.

### 7.3 AUSÊNCIA DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA GESTANTE

Em síntese, diante dos argumentos contrários e favoráveis ao aborto seletivo, existiriam, então, de um lado, o direito à vida do feto, que se resume àquele período no interior do útero materno e, nos moldes da legislação nacional não tem qualquer guarida; de outro, os interesses da mãe, incorporados no princípio da dignidade humana, da liberdade, da legalidade, seu direito fundamental à saúde, à autonomia reprodutiva e privacidade e, ainda em seu favor, a laicidade estatal e o pluralismo democrático. Não parece ser outra a resposta: se possível fosse uma colisão entre direitos, esta, sem dúvidas, favoreceria a permissão à gestante de interromper sua gravidez quando de feto inviável à vida fora de seu ventre, se este for seu desejo, restando claro que, a proibição desta conduta, viola os seus direitos mais fundamentais como ser humano.

Ora, sequer haveria então motivo para haver conflitos de direito ou interesses fundamentais constitucionalmente protegidos e positivados, pois o feto inviável careceria dos mesmos. E mesmo que se admita tal conflito, o rol de direitos da gestante quando conflitante com os (supostos) direitos do feto inviável em muito os supera, autorizando constitucionalmente a conduta da interrupção seletiva.

Forçar, portanto, uma mulher a levar a termo gravidez de feto malformado inviável à vida infringe-lhe sofrimento físico e mental, expropria-lhe de sua condição de cidadã, rouba-lhe sua autonomia e nega-lhe a dignidade inerente à sua condição humana. É tratamento cruel, desumano e degradante, que afeta o bem-estar moral, físico e psíquico e o princípio da dignidade humana da gestante.<sup>218</sup>

---

<sup>218</sup> CAMPOS, C. H. **Aborto no Brasil**: a irracionalidade da criminalização. 2007. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/BCOTXT/Aborto%20no%20Brasil%20irracionalidade.pdf>. Acesso em 03/08/2009. p. 7 e ss.

## CAPÍTULO VIII – A INTERRUPTÃO SELETIVA: UMA ANÁLISE EXTRAJURÍDICA

A argumentação jurídica, quando voltada ao aborto, sempre é permeada por discussões bioéticas, filosóficas, morais e religiosas. Porém, a vida pode ser enfocada tanto sob uma perspectiva ética ou filosófica, como também jurídica. Ou seja, esses pontos de vista orientam-se por códigos comunicacionais diferentes, da mesma forma que diferentes raciocínios devem ser levados em consideração quando de um procedimento argumentativo.<sup>219</sup>

As divergências jurídicas sobre a interrupção seletiva acirram-se na medida em que se acentua a sua comunicabilidade com questões extrajurídicas. A pluralidade de crenças e a diversidade de visões de mundo, características da modernidade, tornam ainda mais complexa a relação entre a vida e o discurso jurídico.

Segue uma sucinta análise das intersecções e discrepâncias entre o Direito, a moral e a religião, temas que se entrelaçam, tanto nas opiniões das pessoas comuns, quanto nas decisões jurisprudenciais que autorizam ou não a interrupção de gestação de feto inviável à vida extrauterina.

### 8.1 A MORAL E O DIREITO

DIMOULIS afirma ser a moral um “conjunto de convicções pessoais ou sociais sobre o bem e o mal que funcionam como normas do dever ser, no intuito de influenciar a avaliar a conduta humana”.<sup>220</sup> A palavra tem origem no latim – *mores* – significando modos de comportamento, costumes. E dependendo da visão de cada autor, a moral pode originar de diversas fontes, como a vontade divina, a necessidade do convívio social, a reflexão humana sobre o justo ou mesmo imposta hegemonicamente pela ideologia dominante.<sup>221</sup>

A moral compõe-se, basicamente, por regras de conduta que cumprem duas funções. Primeiramente, orientar o comportamento dos indivíduos na vida cotidiana;

---

<sup>219</sup> CHARMON JR, L. A. **Teoria constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 173.

<sup>220</sup> DIMOULIS, D. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104.

<sup>221</sup> *Idem*.

em segundo lugar, servem como critério de avaliação da conduta humana pela sociedade. Assim, a moral também funciona como um dever-ser diante da atuação das pessoas. Praticar o “mal” significa violar a ordem, o que provoca as mais variadas sanções, como a penitência, o remorso de consciência, o desprezo, a ruptura de relações sociais, a exclusão de grupos.<sup>222</sup>

Certamente, não é difícil perceber a semelhança entre a moral e o Direito. Ambos apresentam regras de conduta, que exprimem um dever-ser, e impõem sanções para o não cumprimento de suas regras. Por este motivo muitos doutrinadores acreditam na relação entre o conteúdo do Direito e os imperativos morais. Porém, em uma sociedade pluralista como a pós-moderna, há também uma pluralidade de sistemas morais, onde as regras dependem da consciência de cada um. Impossível, desta forma, que o Direito esteja em conformidade com todos os sistemas de regras morais. Por isso, preleciona DIMOULIS,<sup>223</sup> o Direito contemporâneo deve limitar-se a regulamentar o convívio social, possibilitando a coexistência das pessoas com mentalidades, valores e projetos de vida diferentes.

### 8.1.1 Diferenças entre a moral e o Direito

As diferenças entre a moral e o Direito são classificadas por DIMOULIS<sup>224</sup> de acordo com a *finalidade, fonte e critério de conhecimento, tipos de sanção, conteúdo e conhecimento por parte dos destinatários*.

A *finalidade* das regras morais está no aperfeiçoamento do indivíduo, regulando, para isto, a sua conduta interna. Já o Direito se interessa pelo comportamento externo, não pelas motivações ou pensamentos. Os pensamentos imorais são desprezados pelo Direito. Quem deixa de matar por amor ao próximo ou por puro medo da pena respeita a lei da mesma forma para o Direito, que tem a função de proteger a vida, e não de moralizar o comportamento humano.

A moral possui como *fonte* as convicções dos membros da sociedade ou mandamentos de uma autoridade, e o seu *critério de reconhecimento* é a aceitação

---

<sup>222</sup> DIMOULIS, D. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 105.

<sup>223</sup> *Idem*.

<sup>224</sup> *Ibidem*. p.106-114.

por um grupo de pessoas. É a moral autônoma quando os mandamentos emanam do próprio indivíduo e heterônoma quando as regras impostas por uma autoridade são consideradas moralmente vinculantes. Nos dois casos, somente possui validade se a pessoa a reconhece como vinculante. Já o Direito possui como única *fonte* o Estado, onde as regras jurídicas são identificadas por critérios de validade formal e a avaliação do que é legalmente permitido ou proibido é objetiva, na medida em que depende do Direito positivo, e não da opinião das pessoas.

Quanto às *sanções*, as morais são difusas e informais, não coercitivas. As jurídicas são fixas, formais e aplicadas sob coerção.

O *conteúdo* de ambas também é diverso. Enquanto há normas jurídicas sobre temas moralmente indiferentes, existem regras morais que não fazem parte do Direito. Há, inclusive, contradição entre regras jurídicas e morais. A moral busca orientar a vida 'interna' do indivíduo, de forma bastante exigente e intensa, incluindo todos os aspectos da conduta, mesmo os pensamentos e desejos, enquanto o Direito somente fiscaliza seu comportamento externo.

Em relação ao *conhecimento pelos destinatários*, os mandamentos morais são poucos e claros, oferecendo as orientações gerais. Diferentemente, o Direito, como se sabe, é um sistema denso, concreto e extenso que versa sobre diversos temas da vida social, e estabelece complexas regras de organização.

### **8.1.2 A moral, o Direito e a inviolabilidade da vida**

Do pressuposto de que ceifar uma vida humana em formação é errado surgem, segundo DWORKIN<sup>225</sup>, duas ideias bem diferentes. Primeiramente, de que o feto seria uma criatura com interesses próprios desde a concepção, incluindo o interesse de permanecer vivo, apresentando os mesmos direitos de todos os seres humanos. O aborto, neste caso, seria uma afronta aos direitos do feto, restando ao Estado, portanto, uma responsabilidade derivativa de proteção do mesmo. Em segundo lugar, que a vida humana teria um valor intrínseco, sagrada em si mesma, e a sacralidade da vida iniciaria em concomitância à concepção, considerando-se então

---

<sup>225</sup> DWORKIN, R. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

o aborto uma crueldade e algo que atenta contra o sagrado da vida, sendo independente a responsabilidade estatal de proteger o valor intrínseco da vida.<sup>226</sup>

A primeira delas não pode resistir a uma análise um pouco mais profunda. Dificilmente alguém sustentaria a ideia de que um minúsculo conjunto de células sem órgãos ou cérebro já seja alguma coisa que tem interesses e direitos. E interesses e direitos iguais aos dos seres humanos já nascidos. Não se pode negar que o feto vive, mas sua vida não é a mesma daquele que já nasceu. Como se sabe, o tratamento jurídico do feto é diferente ao conferido à pessoa.

Analisando a disposição dos crimes contra a vida no Código Penal, percebe-se a intenção do legislador em hierarquizar a relevância do bem jurídico protegido, claramente elevando a importância da vida extrauterina, através da tipificação da conduta em crimes mais graves, como o homicídio e o infanticídio. Assim, independente de qualquer critério moral, correto é falar que a vida humana em formação, protegida penalmente pela criminalização do aborto, é bem jurídico de menor relevância comparado à vida daquele já nascido.<sup>227</sup> Além disso, as excludentes de punibilidade previstas penalmente também reservam lugar inferior ao bem jurídico *vida humana em formação*, ao conferir preponderância ao direito da gestante à vida e à saúde, no aborto terapêutico, e à saúde psíquica e dignidade, no aborto sentimental.<sup>228</sup>

A segunda ideia é aquela, em maior ou menor grau, compartilhada por todos. É a que deriva da moralidade comum, de que a vida é inviolável e que todos têm o dever de zelar por ela. Porém, como preceito moral, este também se choca com diversas outras questões morais inerentes a cada indivíduo. Por exemplo, o dever moral que todas as pessoas de certa forma dividem por zelar pela incolumidade da vida em formação se choca com o dever moral de não permitir que uma criança malformada venha ao mundo para uma vida breve, sofrida e frustrante, ou mesmo com o dever moral da mulher de criar e educar seus outros filhos com recursos

---

<sup>226</sup> A *responsabilidade derivativa* seria aquela que emana dos direitos constitucionais inerentes a indivíduo pelo seu *status* de pessoa, e que o Estado tem o dever de tutelar. Já a *responsabilidade independente* do Estado proviria do caráter inviolável da vida, independente de qual estágio de vida, se possuidor de *status* de pessoa ou não. Para maiores explicações, cf. DWORKIN, R. *op. cit.*

<sup>227</sup> RIBEIRO, D. C. **Aborto por anomalia fetal**/Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro. 1ª reimpr. Brasília: LetrasLivres, 2004.

<sup>228</sup> DWORKIN, R. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

escassos, ou com o dever moral da mulher de estudar e formar-se, inserindo-se no mercado de trabalho.<sup>229</sup>

A moralidade, como conjunto de convicções individuais sobre o bem e o mal, deve estar ausente das intervenções estatais, pois ao Estado não cabe ditar a moral privada de nenhum indivíduo, nem impor uma moral oficial.<sup>230</sup> Se a moral não é única, resta impossível o estabelecimento de suas relações com o Direito sem analisar as relações que o Direito positivo mantém com cada um dos vários e contraditórios sistemas morais vigentes.<sup>231</sup> Como as regras morais, por mais dominantes que sejam, nunca são absolutas, e sempre são passíveis de ponderação, não devem servir de base para imposições jurídicas. E mesmo perante a moralidade dominante a interrupção seletiva é vista como um comportamento aceitável, pois ninguém pode ser moralmente obrigado a realizar atos de heroísmo. A liberdade de decisão de interromper uma gravidez de feto inviável é parte da liberdade de cada pessoa de decidir sobre as suas próprias convicções morais, devendo encontrar limites apenas nos direitos e garantias fundamentais postos em conflito em cada caso.

## 8.2 A RELIGIÃO E O DIREITO

Uma das mais antigas instituições humanas, a religião funciona como um poderoso aparelho coercitivo moral do comportamento humano. Embora não exista uma ligação necessária entre moral e religião, é talvez a principal fonte de mandamentos da moralidade. Sobre o caráter sagrado da vida, há um consenso entre as diversas religiões, e é comum em quase todas elas a proibição, mais ou menos rigorosa, de qualquer intervenção do homem sobre a vida.

Como elemento de um dogma que não é compartilhado por toda a sociedade, a posição inflexível e radical de proibição do aborto, inclusive em casos extremos como a malformação fetal incompatível com a vida, deve ser excluída dos critérios utilizados pelo legislador para a criminalização da conduta. Mesmo na Igreja Católica, uma das mais intolerantes em relação à proibição do aborto, não houve um consenso

---

<sup>229</sup> Cf. DWORKIN, R. *Op.cit.*

<sup>230</sup> *Idem.*

<sup>231</sup> DIMOULIS, D. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 113.

histórico sobre os argumentos contrários a esta prática, nem sobre o rigor de sua punição. Assim, a influência da religião deve ficar confinada aos limites da própria sociedade: se esta é majoritariamente favorável ao livre arbítrio na questão da interrupção de gestação de fetos inviáveis, não se pode impor a todos uma posição fanática com base na moralidade religiosa, com a construção de uma legislação extremamente restritiva.<sup>232</sup>

No Brasil, o lobby da Igreja Católica ainda conserva uma postura excessivamente tutelar em diversas questões relacionadas à saúde reprodutiva.<sup>233</sup> E este conservadorismo não é somente notado no rigor legislativo, mas também nas decisões jurisprudenciais que desautorizam a interrupção seletiva fundamentando-se nos dogmas da fé. É com horror que se depara, na jurisprudência brasileira, com decisões como a do Des. Silva Pinto, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao desautorizar a interrupção seletiva:

Inviável a concessão da segurança. Segundo a dogmática cristã, o feto adquire o estado de pessoa desde a concepção, ou seja, desde o surgimento do embrião (junção do espermatozóide com o óvulo). Há vida a partir desse momento. Essa crença prevalece desde os primórdios do Cristianismo e restou preservada no correr dos séculos. Pouco importa saber a idade do feto. Com mais tempo ou menos tempo de vida, considera-se, desde o início, como sendo pessoa dotada de um espírito semelhante ao do Criador. E não é só o Direito Canônico que considera o feto como pessoa. Assim também o Direito Positivo Brasileiro. (Mandado de Segurança n. 376.036-3/3-00. 2ª Câmara Criminal TJSP. Julgado em 22/04/2002).

É inaceitável que o Direito Penal brasileiro seja um instrumento de desamparo, de abandono e de preconceito, características próprias de um Estado de fanatismo.<sup>234</sup> E por fanatismo,

...se entende uma cega obediência a uma ideia, servida com zelo obstinado, até exercer a violência para obrigar outros a segui-la e punir quem não está

<sup>232</sup> GOLLOP, T. R. A liminar do STF sobre abortos em casos de anencefalia: onde estamos e para onde deveríamos ir? In **Boletim IBCCRIM**, ano 12, n. 141, ago 2004.

<sup>233</sup> *Idem*.

<sup>234</sup> RIBEIRO, D. C. **Aborto por anomalia fetal**/Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro. 1ª reimpr. Brasília: LetrasLivres, 2004. p. 94.

disposto a abraçá-la. No conceito de fanatismo está implícita a ideia da qual o fanático é devoto a uma ideia falsa e perigosa, não digna de ser abraçada com tanta perseverança.<sup>235</sup>

O Direito Penal pátrio, que se utiliza do Código Penal como seu instrumento básico, não pode aceitar o fanatismo nem o dogmatismo como elementos de sua compreensão, pois o fanatismo está geralmente ligado ao dogmatismo, isto é,

...a crença em uma verdade ou num sistema de verdades que, uma vez aceitas, não devem ser mais postas em discussão e rejeitam a discussão com os outros; a este corresponde no campo prático o sectarismo, isto é, a parcialidade para com os adeptos e o ódio para com os não crentes.<sup>236</sup>

Em um Estado Democrático de Direito, laico, como o Brasil, a leitura do Código Penal deve ser coerente com os princípios da Constituição da República. Há espaço no diploma penal pátrio para uma interpretação democrática e menos injusta do que a produzida pela hermenêutica do desamparo. A interpretação das disposições do Código Penal deve levar em conta a constitucionalidade e a legalidade da interrupção da gravidez de fetos inviáveis por sua malformação.<sup>237</sup> E sobre a hermenêutica do desamparo, interessante recordar o medonho trecho do voto da Min. Laurita Vaz, no HC 32159/RJ, que reformou decisão do TJRJ para autorização ao aborto de feto anencefálico:

O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão (!!!!), mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada (!!!!) pelo Legislador. (HC 32159/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ. 17/02/2004) (grifos nossos).

<sup>235</sup> BOBBIO, N.; MATTELUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 464.

<sup>236</sup> *Ibidem*. p. 465-6.

<sup>237</sup> RIBEIRO, D. C. **Aborto por anomalia fetal**/Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro. 1ª reimpr. Brasília: LetrasLivres, 2004.

A despeito da dificuldade de se conceituar objetivamente a vida no âmbito jurídico-penal, este conceito deve estar isento de conveniência moral, religiosa e emocional. Vida, para o Direito Penal, não é alma e nem fruto sacro divino. Vida é um bem jurídico, que é integrante da personalidade e tutelado pelo Direito Penal. A leitura do sistema de codificação penal deve ser, portanto, laica, indiferente a conceitos religiosos ou dogmas da fé.<sup>238</sup>

---

<sup>238</sup> RIBEIRO, D. C. **Aborto por anomalia fetal**/Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro. 1ª reimpr. Brasília: LetrasLivres, 2004.

## CONCLUSÃO

Foi objeto deste trabalho a análise da interrupção seletiva da gestação sob a ótica do Direito brasileiro na atualidade. Viu-se, primeiramente, que desde a promulgação do Código Penal, em 1940, houve uma revolução tecnológica na área da Medicina Fetal e Obstetrícia, o que possibilitou aos médicos um diagnóstico certo quanto às malformações fetais incompatíveis com a vida. Porém, constatou-se que, mesmo diante desta certeza, e da vontade da mãe de interromper a gravidez, a gestante de feto inviável não possui autonomia para decidir livremente pela interrupção, perante a total inadequação da lei penal com a realidade cultural e científica atual. Este panorama não raro obriga as mulheres a recorrer às clínicas clandestinas de aborto que, ou cobram um preço altíssimo, ou conferem graves riscos à saúde da gestante.

Diante da falta de regulamentação jurídica da interrupção seletiva, concluiu-se que o único caminho legalmente possível para interromper a gravidez é através de um alvará judicial, cujo desfecho dado pelo julgador pode variar de acordo com suas próprias convicções e idiosincrasias, o que causa insegurança jurídica, ao tratar desigualmente mulheres que passam por igual infortúnio. Ante a evidência do tema, que deixou de ser exclusividade das salas médicas para ganhar o âmbito jurídico, houve diversos projetos de lei buscando a alteração do art. 128 do CP, para adicionar ao rol de excludentes de punibilidade o aborto por anomalia fetal grave, mas ainda nenhum aprovado.

Partiu-se, então, para uma análise penal da interrupção seletiva da gestação, mediante a desconstrução do hipotético fato punível, com base no conceito analítico do crime. Constatou-se que, independente da interpretação utilizada, a interrupção seletiva jamais poderá ser punida pelo Direito Penal. Primeiro – o que a autora acredita ser a posição mais coerente – porque diante da falta de bem jurídico *vida humana em formação* do feto, o fato é atípico e não pode ser punido pelo Direito Penal. Em uma interpretação diversa, considerando-se a conduta como típica diante da vida intrauterina, a interrupção seletiva está amparada por excludente de antijuridicidade, seja pelo estado de necessidade (art. 24, CP), seja por analogia *in bonam partem* às excludentes já elencadas no art. 128, CP. Na pior das hipóteses interpretativas, classificando-se a conduta como típica e antijurídica, igualmente não poderá ser punida por estar sob situação de inexigibilidade de conduta diversa

supralegal genérica, ou ainda como fato de consciência, como causas de exculpação.

Concluindo pela impunibilidade da conduta, avançou-se para um breve estudo de direito comparado, constatando-se que a interrupção da gravidez por anomalia fetal grave é uma realidade em diversas nações do globo, o que deixa o Brasil como um dos países de legislação mais rigorosa sobre o tema. A partir disto, investigou-se sob o prisma constitucional a proibição da interrupção seletiva da gestação. Baseando-se em sua impunibilidade, sob o ponto de vista da atipicidade, observou-se que inexistente ponderação de direitos entre a mãe e o feto, pois este é desprovido da capacidade de tornar-se pessoa, o que retira seu aspecto de vida juridicamente tutelável, havendo somente violação dos direitos fundamentais maternos ante a obrigatoriedade de levar a termo a gravidez. E, sob o ponto de vista da exclusão da antijuridicidade e da exculpação, se houver ponderação a ser feita, sempre os direitos maternos, como pessoa e sujeito de direitos, estarão pesando mais na balança constitucional.

Finalmente, passou-se a uma brevíssima análise de dois elementos extrajurídicos que são presença constante nos debates sobre o aborto: a moral e a religião. Verificadas as diferenças entre o Direito e a moral, viu-se que o debate moral na seara do aborto caminha entre a ideia da sacralidade da vida e da consideração do feto como pessoa com direitos iguais aos daqueles já nascidos. Assumiu-se aqui, a posição positivista de que a moral deve ser afastada da legitimação do Direito em vigor, pois, diante da pluralidade moral, é defeso ao Estado impor à sociedade um moralismo único ou oficial, separando os dois universos, em nome de uma maior segurança jurídica. E sobre a moral religiosa, ante a laicidade do Estado brasileiro, resta claro que traços de natureza dogmático-fanática devem ser afastados por completo do Direito e de sua interpretação.

A solução para o problema da interrupção seletiva da gestação, portanto, pode advir do Poder Legislativo, com a votação dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, inserindo mais uma causa de exclusão de punibilidade ao art. 128 do Código Penal, isentando de pena a mulher que deseja interromper a gravidez de feto inviável, assim como o médico que a realiza. Ou, por outro lado, pode derivar do Poder Judiciário, bastando, para isso, que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o mérito da ADPF n. 54, entenda possível a interpretação conforme à Constituição, afastando do âmbito interpretativo das normais penais, não somente o caso de feto

anencefálico, mas qualquer hipótese que envolva interrupção de gestação de feto inviável, em respeito aos direitos fundamentais da gestante, resguardados pela Lei Maior brasileira.

Enquanto não há solução definitiva, é dever do Poder Judiciário – assim como do Ministério Público – autorizar o pedido da gestante, tendo em vista a flagrante atipicidade da conduta, ou no mínimo a exclusão de sua ilicitude e culpabilidade, visando à proteção à vida, à dignidade, à integridade física, psíquica e moral, à autonomia, à privacidade e liberdade da mulher, respeitando o princípio da laicidade estatal ao excluir do juízo de convicção qualquer resquício de crença moral ou religiosa. O que não é mais admissível é a continuidade ao abandono jurídico às mulheres que buscam interromper gestação de feto inviável, procurando, contra isto, utilizar-se de uma interpretação mais democrática e menos injusta do que aquela produzida pela hermenêutica do desamparo e do preconceito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, P. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *In IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas*, San Sebastián, set 1988.

\_\_\_\_\_. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *In Revista Internacional de Direito Tributário*. v. 3, Belo Horizonte, jan/jun 2005.

AGUIAR, M. J. B. *et al.* Defeitos do fechamento do tubo neural e fatores associados em recém-nascidos vivos e natimortos. *In Jornal da Pediatria*. Rio de Janeiro. Vol. 79, n. 2, 2003. p. 129 e ss. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0021-5572003000200007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-5572003000200007). Acesso em 16/09/2009.

ANDALAF NETO, J. **Anencefalia**: posição da FEBRASGO. 2005. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm> Acesso em 17/08/2009.

ANDRADE, R. L. S. **Aborto e o direito à vida**. Disponível em: <http://www.aborto.com.br/artigos/abortoedireito.htm>. Acesso em 15/07/2009.

BATISTA, N. Aborto: a retórica contra a razão. *In Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense. n. 27, jan/jun.1979.

BARROSO, L. R. **Petição Inicial na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>. Acesso em 08/08/2009.

BELFORT, P.; BRAGA, A. Mudanças na apresentação clínica da gravidez molar. *In Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*. Vol.26 nº 6, Rio de Janeiro. Julho de 2004.

BELLO, W. R. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlatos. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BIANCHINI, A. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, C. R. **Atipicidade do aborto anencefálico**: respeito à dignidade humana da gestante. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/ABORTO%20%20ANENCEFÁLICO%20-%20Cezar%20Bitencourt.pdf>. Acesso em 17/09/2009.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, N.; MATTELUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BORTOLETTI, F. F. et al. Atuação do psicólogo em serviço da medicina fetal. *In* MORON, A. F.; CHA, S. G.; ISFER, E. V. **Abordagem multiprofissional em Medicina fetal**. São Paulo: Escritório Editorial, 1996.

BRANDÃO, C. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Código Penal** (1940). Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. DOU de 31.12.1940. Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

BRUNO, A. **Crimes contra a pessoa**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BUSATO, P. C. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *In* **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 836, 2005.

BUSATO, P. C.; HUAPAYA, S. M. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

CAMPOS, C. H. **Aborto no Brasil**: a irracionalidade da criminalização. 2007.

Disponível em:

<http://www.redesaude.org.br/BCOTXT/Aborto%20no%20Brasil%20irracionalidade.pdf>  
f. Acesso em 03/08/2009.

CHARMON JR, L. A. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, J. Aborto, a política do crime. *in* **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense. n. 25, jan/jun 1978.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal. Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

CLÉVE, C. M. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. *In* **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**: Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional - Vol. 5. 2008.

CONDE, F. M. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo**. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Parecer de 9 de maio de 2003**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24\\_2003.htm](http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm) Acesso em 02/10/2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINIA. **Resolução n. 1.752**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752\\_2004.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm) Acesso em 02/10/2009.

COSTA, D. B. Sobre a atipicidade da interrupção da gestação de feto anencefálico. *In Boletim IBCCRIM*, n. 152, jul 2005.

CROCE, D.; CROCE JR. D. **Manual de medicina legal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIETER, M. S. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supral legais de exculpação**. 192 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

DIMOULIS, D. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, D.; ALMEIDA, M. Bioética e aborto. *In Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DWORKIN, R. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, M. C. Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional. *In SARMENTO, D.; PIOVESAN, F. Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal. Parte Especial**. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANCO, A. S. Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *In Revista dos Tribunais* n. 833. Março de 2005.

FRIGÉRIO, M. V. Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do aborto por anomalia fetal grave no Brasil. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 41. jan/mar 2003.

GALVÃO, P. B. A. Tecnologia e medicina: imagens médicas e a relação médico-paciente. *In Revista Bioética*. v. 8, n. 1, Conselho Federal de Medicina, 2000.

GOLLOP, T. R. A liminar do STF sobre abortos em casos de anencefalia: onde estamos e para onde deveríamos ir? *In Boletim IBCCRIM*, ano 12, n. 141, ago 2004.

\_\_\_\_\_. Aborto por anomalia fetal. *In Bioética*. Brasília, v. 1, n. 2, p. 67-72, 1994.

GOLLOP, T. R.; PIMENTEL, S. **O STF e a anomalia fetal grave**: justiça. Disponível em: [www.febrasgo.org.br/anencefalia4.htm](http://www.febrasgo.org.br/anencefalia4.htm). Acesso em 17/08/2009.

GUEDES, A. C. Abortion in Brazil: Legislation, Reality and Options. **Reprod Health Matters**, 8:66-76, 2000.

GUTTMACHER INSTITUTE. **Abortion worldwide: a decade of uneven progress**. New York: Guttmacher Institute, 2009. Disponível em: <http://www.guttmacher.org/pubs/AWWfullreport.pdf>. Acesso em 10/09/2009.

HOROVITZ, D. D. G. *et al.* Atenção aos defeitos congênitos no Brasil: panorama atual. *In Cad. Saúde Pública*. Rio de Janeiro, 21 (4) jul-ago 2005. p. 1055. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v21n4/08.pdf>. Acesso em 16/09/2009.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Volume V, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, São Paulo: Abril, 1973.

LISBOA, R. S. O aborto e os direitos da personalidade do nascituro. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas de São Paulo**, 1996.

LOPES, S. R. P. **Vida, anencefalia fetal e argumentação jurídica: fundamentos para a legitimidade discursiva da ADPF n. 54-8/DF**. Contribuições de Hannah Arendt e de Jürgen Habermas para a diferenciação do discurso judicial. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília. Brasília, 2007.

LUZ, M. S. T. Fetos anencéfalos: quanto vale a chance de viver um instante? Uma questão moral e jurídica em busca de solução sob a ótica do Direito Penal. *in Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia Homenagem ao Prof. Orlando Gomes*, 2008.

MIRABETE, J. F. **Código Penal Interpretado**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NITRINI, R.; BACHESCHI, L. A. **A neurologia que todo o médico deve saber**. 2ª ed. São Paulo: Atheneu, 2003.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1969.

NOVOA ALDUNATE, E. **El comienzo de la existencia humana y su protección jurídica**. Santiago: Jurídica de Chile, 1969.

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

PAULO VI. **Humanae Vitae**. Vaticano, 1968. Disponível em: [http://www.vatican.va/holy\\_father/paul\\_vi/encyclicals/documents/hf\\_p-vi\\_enc\\_25071968\\_humanae-vitae\\_en.html](http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae_en.html). Acesso em 15/07/2009.

PEIXOTO, F. D. F. Considerações jurídicas acerca da problemática da anencefalia. *In XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008.

PIERANGELI, J. H. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.

PINOTTI, J. A. **Justificativa do Projeto de Lei n. 4360**, 2004.

PIOVESAN, F. (coord). **Código Internacional dos Direitos Humanos Anotado**. São Paulo: DPJ, 2008.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

QUAYLE, J. Aspectos psicológicos em medicina fetal. *In* **Medicina fetal**. São Paulo: Atheneu, 1993.

RIBEIRO, D. C.; DINIZ, D. **Aborto por anomalia fetal**/Debora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro. 1ª reimpr. Brasília: LetrasLivres, 2004.

RIBEIRO, D. C. Interrupção voluntária de gravidez com antecipação de parto de feto inviável. *In* **Revista do Ministério Público Federal e Territórios**. Brasília, n. 3, p. 83-114, jan/jun 2000.

ROXIN, C. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 7 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/08/2009.

SILVA, D. E. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOIFER, R. **Psicologia da gravidez, parto e puerpério**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

SOUSA, A. R. R. **Estado de necessidade: um conceito novo e aplicações mais amplas**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SURESH, L.; RADFAR, L. Pregnancy and lactation. *In* **Oral Surg. Oral. Med. Oral Pathol. Oral Radiol. Endod.** St. Louis, v. 97, p. 672-682, 2004.

TESSARO, A. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da Medicina contemporânea**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá.

TORNQUIST, C. S.; SILVA, C. B.; LAGO, M. C. S. Apresentação. **Rev. Estud. Fem.** vol.16, n.2. 2008.

VICTORA, C. G.; BARROS, F. C. Infant mortality due to perinatal causes in Brazil: trends, regional patterns and possible interventions. *In* **São Paulo Medical Journal**. Vol. 119, n. 1. São Paulo. Jan. 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S151631802001000100009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151631802001000100009&lng=en&nrm=iso). Acesso em 16/09/2009.

VEIL, S. **Les hommes aussi s'en souviennent**. Paris: Stock, 2004.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

**Abortion Act 1967**. Disponível em:

<http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?activeTextDocId=1181037>. Acesso em 10/09/2009.

**Código Deontológico Médico Português**. Disponível em:

[http://www.nortemedico.pt/download.php?path=doc&filename=SRNOM\\_20080704175718\\_Cod\\_Deontologico\\_-\\_v\\_08\\_07\\_01\\_def.doc](http://www.nortemedico.pt/download.php?path=doc&filename=SRNOM_20080704175718_Cod_Deontologico_-_v_08_07_01_def.doc). Acesso em 10/09/2009.

**Comissão Nacional de Eleições**. Mapa Oficial 1/2007. Disponível em:

[http://www.cne.pt/dl/resultados\\_rn\\_2007.pdf](http://www.cne.pt/dl/resultados_rn_2007.pdf). Acesso em 10/09/2009.

**Espanha: jovens poderão decidir sobre o aborto**. Disponível em:

[http://www.pco.org.br/conoticias/ler\\_materia.php?mat=17026](http://www.pco.org.br/conoticias/ler_materia.php?mat=17026). Acesso em 12/10/2009.

**Governo da Espanha aprova aborto livre até 14 semanas**. Disponível em:

[http://dn.sapo.pt/inicio/globo/interior.aspx?content\\_id=1233259&secao=Europa](http://dn.sapo.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=1233259&secao=Europa). Acesso em 28/08/2009.

**Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse**. Disponível em:

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=58D56C7DFFCC4D5C8316A5D7427FCA0E.tpdjo09v\\_3?cidTexte=LEGITEXT000006068506&dateTexte=20091012](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=58D56C7DFFCC4D5C8316A5D7427FCA0E.tpdjo09v_3?cidTexte=LEGITEXT000006068506&dateTexte=20091012). Acesso em 12/10/2009.

**Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza**. Disponível em:

[http://www.dirittoefamiglia.it/Docs/Giuridici/leggi/1978\\_194.htm](http://www.dirittoefamiglia.it/Docs/Giuridici/leggi/1978_194.htm). Acesso em 10/09/2009.

Abortos ilegais internaram 1,2 milhão no SUS em 5 anos. **O Globo**, Rio de Janeiro, 19/05/2007. Disponível em

<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/05/19/295825142.asp> Acesso em 05/08/2009.

**Referendo Nacional em 2007**. Disponível em:

<http://www.cne.pt/index.cfm?sec=0306000000&EleicaoID=49&Eleicao2ID=0>. Acesso em 10/09/2009.

**The world abortion laws**. Center for reproductive rights. 2008. Disponível em:

[http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/pub\\_fac\\_abortionlaws2008.pdf](http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/pub_fac_abortionlaws2008.pdf). Acesso em 12/08/2009.