



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ

ÍTALO MOREIRA MARTINS

**ABORTAMENTO DE FETO ANENCÉFALO E SUAS
IMPLICAÇÕES PENAIAS**

FORTALEZA – CEARÁ

2007

341.55621
M379a
(S439)
(T617)

Ítalo Moreira Martins

ABORTAMENTO DE FETO ANENCÉFALO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIIS

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Social de Estudos Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Ms. Bruno Queiroz Oliveira

Fortaleza – Ceará

2007



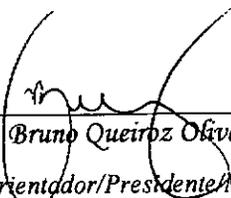
COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

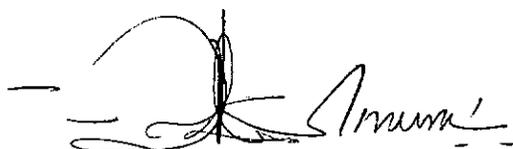
A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Ítalo Moreira Martins
Monografia: Abortamento de Feto Anencefalo e suas Implicações Penais
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal
Resolução: 2516/2002 - CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 21/2007
Data de Defesa: 01/06/2007

Fortaleza (Ce), 01 de junho de 2007.



Bruno Queiroz Oliveira
Orientador/Presidente/Mestre



Marcus Vinícius Amorim de Oliveira
Membro/Mestre



Sílvia Lúcia Correia Lima
Membro/ Mestre

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo dom da vida e da sabedoria;

Aos meus avós, responsáveis maiores pela minha formação e pelo estímulo ao crescimento humano e profissional, principalmente através do estudo;

À minha esposa, pela dedicação, carinho, amizade e companheirismo que me foram sempre dispensados;

Aos professores, incansáveis mestres do compartilhamento do saber;

Aos colegas de curso, pela amizade adquirida e pelo debate jurídico engrandecedor.

DEDICATÓRIA

DEDICO o presente trabalho a todas as mulheres que já passaram pela dolorosa experiência de gerar um ser sem qualquer perspectiva de vida extra-uterina e que se viram diante de um dilema, interromper ou permitir o desenvolvimento da gestação.

RESUMO

O feto anencéfalo, devido à ausência das calotas de fechamento do tubo neural, condição indispensável ao desenvolvimento da vida, não apresenta capacidade de sobrevivência relevante fora do útero materno. Tendo em vista o enorme trauma psicológico e os sérios danos físicos que o prolongamento de uma gravidez nessas condições pode ocasionar à gestante, a conduta desta, ao interromper a gravidez diretamente ou permitindo que outra pessoa a interrompa, assim como do profissional médico que realiza o abortamento, constitui causa supralegal de exclusão da culpabilidade, pois não se pode exigir de ambos, ante as circunstâncias, conduta diversa.

PALAVRAS – CHAVE: Feto anencéfalo; capacidade de sobrevivência; trauma psicológico; danos físicos; gestante; interromper a gravidez; causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

ABSTRACTS

The anencephalic fetus, which has problems of closing of the neural pipe, indispensable condition to the development of the life, doesn't present supervened capacity out of maternal uterus. In view of enormous psychological trauma and serious physical damages that the prolongation of a pregnancy in these conditions can cause to the pregnant woman, her behavior, when directly interrupt the pregnancy or allowing that another person interrupts it, as well as of a medical professional who carries through the abortion, it consists in supralegal cause of culpability exclusion, therefore if it cannot demand of both, therefore the circumstances, diverse behavior.

Keyword: anencephalic fetus; supervened capacity; psychological trauma; physical damages; pregnant woman; interrupt the pregnancy; supralegal cause of culpability exclusion.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

CFM – Conselho Federal de Medicina.

CONJUR – Revista Consultor Jurídico.

CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde.

CP – Código Penal.

EEG – Eletro-encefalograma.

FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia.

INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social.

STF – Supremo Tribunal Federal.

UTI – Unidade de Terapia Intensiva.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	08
1. INTRODUÇÃO.....	09
2. DEFINIÇÃO DE ANENCEFALIA.....	15
3. A QUESTÃO DA VIDA DO FETO ANENCÉFALO.....	17
4. A PROTEÇÃO À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: PONDERAÇÃO DE VALORES.....	23
5. A ATEMPORABILIDADE DO DIREITO À VIDA.....	35
6. DIGNIDADE DO ANENCÉFALO VERSUS DIGNIDADE DA GESTANTE.....	37
7. A QUESTÃO DO ABORTO EUGÊNICO.....	41
8. ABORTAMENTO DE FETO ANENCÉFALO COMO EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE.....	43
9. O ABORTAMENTO DE FETO ANENCÉFALO E A CONDUTA DO MÉDICO QUE A REALIZA.....	54
10. CONCLUSÃO.....	56
11. REFERÊNCIAS.....	57

1. INTRODUÇÃO

O aborto sempre foi objeto de intermináveis debates nas mais diversas áreas do conhecimento humano, aí incluídas as áreas sociais (em sentido estrito), jurídica, médica, ética e religiosa. Segundo BUENO (2000:13), em seu Mini-Dicionário da língua portuguesa, abortar significa: “expulsar o embrião ou o feto do útero antes do tempo. Abortamento; é a ação de abortar.”

Explicando o significado e a diferença entre os termos “abortar” e “abortamento”, esclarece JESUS (1997a:115):

Aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). No sentido etimológico, aborto quer dizer privação de nascimento. Advém de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento. A palavra abortamento tem maior significado técnico que aborto. Aquela indica a conduta de abortar, esta, o produto da concepção, cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, observa-se que a expressão aborto é mais comum e foi empregada pelo CP (*sic*) nas indicações marginais das disposições incriminadoras. (CP – Código Penal)

O aborto pode ter causas naturais ou ser fruto da ação humana. O abortamento é a conduta da gestante, ou de terceiro, de interromper voluntariamente a gravidez. Realçando a diferença entre ambos, aduz FRANÇA (2001a:244): “Discute-se qual o termo mais correto: ‘aborto’ ou ‘abortamento’. O primeiro seria o produto expelido e o segundo traduziria o ato”.

Apesar do termo “aborto” ser usualmente empregado nos meios jurídicos, no sentido de abranger também o termo “abortamento”, iremos utilizar no presente trabalho as expressões mencionadas, diferenciando-as tecnicamente, na forma acima mencionada.

Historicamente, a conduta de abortar (abortamento) nem sempre foi objeto de reprovação social. A idéia de reprovação ao abortamento encontra-se diretamente ligada ao surgimento do cristianismo, que passou a agregar ao corpo social uma série de valores até então ignorados, como, por exemplo, a idéia de que era pecado o aborto.

O feto passou a ser visto como um ser também detentor de alma, embora não houvesse consenso entre os teólogos sobre o real momento em que passaria a possuí-la. A alma era, assim, considerada como condição de existência da própria vida.

CAPEZ (2005a:109) bem aborda a evolução da percepção que a sociedade tem sobre o abortamento, e a influência decisiva do cristianismo em sua mudança:

A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo muito comum a sua realização entre os povos hebreus e gregos. Em Roma, a Lei das XII Tábuas e as Leis da República não cuidava do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão do marido à prole, sendo a sua prática castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio. Na Idade Média o teólogo Santo Agostinho, com base na doutrina de Aristóteles, considerava que o aborto seria crime apenas quando o feto tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer quarenta ou oitenta dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou mulher. São Basílio, no entanto, não admitia qualquer distinção considerando o aborto sempre criminoso. É certo que, em se tratando de aborto, a Igreja sempre influenciou com seus ensinamentos na criminalização do mesmo, fato este que perdura até os dias atuais.

O tratamento legislativo dispensado ao abortamento é bastante variável de país a país. Na República Popular da China é comum o governo autorizar que as gestantes façam livremente o abortamento como forma de impedir o crescimento populacional, independente de qualquer outra condição.

Desde 1975, com a insistência atual do Governo Chinês para que os casais gerassem apenas um descendente, pela sua política no controle da natalidade, além das sanções econômicas e sociais ditadas para que as famílias só tivessem um filho, o planejamento familiar já não é um assunto pessoal, pois está controlado pelo estado.

Em outros países, em razão de questões sociais bem amplas, se permite o abortamento quando a gestante é mãe solteira ou quando se encontra em grandes dificuldades financeiras. Entre estes estão a Índia, o Japão, a Alemanha e a maioria dos antigos estados socialistas da Europa.

O tempo de gestação é um fator considerado nas legislações de vários países, como França e Austrália. Neste, o abortamento, associado com algumas condições específicas, pode ser autorizado até o terceiro mês de gravidez, já naquele, até a décima semana de gravidez.

Na maioria dos países, principalmente naqueles de raízes religiosas mais fortes, mormente as fundadas no cristianismo, caso em que se encontra o Brasil, a tendência do legislador é limitar o abortamento a situações excepcionais. Ainda que contando com uma legislação restritiva ao abortamento, é comum setores da sociedade se insurgirem contra qualquer forma de interrupção voluntária da gestação.

Valores sentimentais, ligados à dignidade da gestante em situações em que foi vítima de violência, e ainda, fatores ligados à necessidade de preservar a saúde ou a própria vida da gestante em gravidez de risco, orientam o tratamento legislativo do abortamento nestes países, cuja tendência, com maiores ou menores exigências, é no sentido de que seja permitida sua realização.

No Brasil, o Código Criminal de 1830 não punia o auto-abortamento, entretanto, punia o abortamento com o consentimento e sem o consentimento da gestante. O Código Penal de 1890, por sua vez, punia o abortamento praticado pela própria gestante, bem como aquele praticado sem e com o seu consentimento.

Atualmente, o tratamento legislativo penal segue a mesma linha de raciocínio do Código Penal (CP) de 1890. O legislador pátrio criou três figuras típicas incriminadoras relacionadas ao abortamento, são elas: abortamento provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124, CP)¹; abortamento provocado por terceiro sem consentimento da gestante (art. 125, CP)² e abortamento provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126, CP)³.

Após descrever as respectivas condutas típicas, o Código Penal, logo em seguida, excepciona e cria duas causas excludentes da ilicitude (art. 128, I e II, CP): 1 - quando houver risco de morte para a gestante (denominado abortamento terapêutico); 2 - quando a gravidez decorrer de estupro (denominado abortamento sentimental).

Estas são as situações legalmente previstas, mas fora dessas hipóteses expressas existe outra forma de abortamento que não seja considerada crime? Ou, ainda que a conduta seja considerada criminosa, é possível a existência de alguma causa que exclua a reprovação da conduta e, por conseguinte, a punibilidade do agente?

Uma das situações mais discutidas no meio jurídico diz respeito à possibilidade de interrupção da gravidez quando o produto da concepção é um feto

¹ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

² Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

³ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

anencéfalo. Além das discussões na seara civil, especificamente no campo penal indaga-se se há crime (concepção analítica tripartida do delito)⁴ quando a interrupção da gravidez ocorre naquela circunstância, ou, mesmo que haja crime, se há na conduta da gestante ou do médico que realiza o abortamento, uma causa excludente da culpabilidade, o que impediria a imposição de uma sanção penal (concepção analítica bipartida do delito)⁵.

Multiplica-se pelo país registros de gravidez de fetos anencéfalos, permanecendo angustiante a indefinição jurídica que um possível abortamento pode ocasionar. É comum as gestantes “baterem às portas” do judiciário pedindo nesses casos autorização para que o abortamento seja realizado, objetivando evitar possível responsabilização penal.

As discussões sobre o assunto ganharam relevância após o ajuizamento pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 54/05, cujo objetivo é obter uma decisão *erga omnes* que venha a possibilitar de forma lícita o abortamento naquela situação.

Faz-se necessário esclarecer que, por meio da referida ação, não se objetiva que o Supremo Tribunal Federal (STF) crie uma nova norma jurídica para autorizar o aborto anencefálico. Criar norma jurídica é vedado ao Judiciário. Por força da tradicional teoria da tripartição dos poderes (Montesquieu), a tarefa de legislar é do legislador.

A questão posta na citada ADPF é saber se o abortamento de feto anencefálico acha-se ou não inserido no âmbito da proibição legal, isto é, se esse

⁴ Concepção tripartida: crime = fato típico + ilícito + culpável.

⁵ Concepção bipartida: crime = fato típico + ilícito. A culpabilidade está fora do crime, atuando apenas como mero pressuposto de aplicação da pena.

tipo de aborto está ou não enquadrado na norma proibitiva derivada dos arts. 124, 125 e 126 do CP. Não se pede ao STF para "legislar", e sim, para decidir (conforme as normas e princípios constitucionais) se o abortamento anencefálico é ou não um fato adequado ao tipo penal do aborto.

Em um país tradicionalmente cristão como o Brasil, discutir sobre temas como abortamento é de extrema complexidade, pois o debate e a análise jurídica muitas vezes são relegados a um segundo plano. As concepções de vida e de morte ganham nítido caráter religioso, com o afastamento de argumentações técnico-jurídicas.

Iremos definir no presente trabalho em que consiste a anencefalia para em seguida analisar o conceito de vida sob o ponto de vista biológico e jurídico, sua abrangência constitucional, e, por fim, discutir as implicações penais decorrentes do abortamento de feto anencéfalo, esclarecendo se a ordem jurídica autoriza a interrupção da gravidez naqueles casos, excluindo do presente trabalho, por menor que seja, qualquer influência de caráter religioso e meramente sentimental.

2. DEFINIÇÃO DE ANENCEFALIA

Faz-se necessário definir inicialmente o que é a anencefalia. Em artigo publicado no site Jus Navegandi, esclarece LARA, *et al* (2005:1) que:

A anencefalia é uma malformação que faz parte dos defeitos de fechamento do tubo neural (DFTN). Quando o defeito se dá na extensão do tubo neural, acontece a espinha bífida. Quando o defeito ocorre na extremidade distal do tubo neural, tem-se a anencefalia, levando a ausência completa ou parcial do cérebro e do crânio. O defeito, na maioria das vezes, é recoberto por uma membrana espessa de estroma angiomatoso, mas nunca por osso ou pele normal. A anencefalia é uma malformação incompatível com a vida. Apenas 25% dos anencéfalos apresentam sinais vitais na 1ª semana após o parto. A incidência é de cerca de 2 a cada 1.000 nascidos vivos. O seu diagnóstico pode ser estabelecido mediante ultra-sonografia entre a 12ª e a 15ª semana de gestação e pelo exame da alfa-fetoproteína no soro materno e no líquido amniótico, que está aumentada em 100% dos casos em torno da 11ª a 16ª semana de gestação. A gravidez do feto anencéfalo resulta em inúmeros problemas maternos durante a gestação. A FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia enumera tais complicações maternas, dentre elas: eclâmpsia, embolia pulmonar, aumento do volume do líquido amniótico e até a morte materna.

Por sua vez, lecionam DIAMENT e CYPEL (1996:745), descrevendo a anencefalia:

A anencefalia consiste na ausência ou formação defeituosa dos hemisférios cerebrais pelo não fechamento do neuroporo anterior [...] geralmente, a criança nasce fora do termo, às vezes com polidrâmnios e seu período de vida é curto: dias ou até poucas semanas, como já vimos em alguns casos [...]

É ainda interessante destacar o posicionamento do ilustre constitucionalista Barroso (2004 *apud* Consultor Jurídico (CONJUR), 2005a:1), subscritor da petição inicial da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/04, a respeito da definição da anencefalia, que basicamente segue a mesma linha acima:

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

funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica. Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevida de no máximo algumas horas após o parto.

Assim como inúmeras outras doenças, há graus diversos de anencefalia. A questão do período de sobrevida após o nascimento dependerá do grau em que se encontra a anencefalia. Constata-se, todavia, que o feto anencéfalo não apresenta capacidade de sobrevida relevante, pois não conseguirá desenvolver-se fora do útero materno.

O “sopro” de vida que um recém nascido anencéfalo possui é apenas o tempo necessário para seu corpo perceber que o útero que lhe nutria não mais lhe dá suporte. Neste caso, o feto somente encontrava-se ainda vivo por conta do organismo materno que o sustentava.

FRANÇA (2001b:247), mesmo sem preocupar-se em definir em que consiste a anencefalia, destaca sua absoluta incompatibilidade com o desenvolvimento da vida: “Busca-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só”.

Mesmo sendo impreciso o tempo de sobrevida do feto anencéfalo, é fato incontestável que, no máximo em alguns dias, o óbito estará consumado, pois não é possível o desenvolvimento de uma vida sem que haja o comando das atividades do corpo humano pelo encéfalo.

3. A QUESTÃO DA VIDA DO FETO ANENCÉFALO

O conceito de vida nos é dado pela biologia, ocorrendo aquela quando o espermatozóide fecunda o óvulo. Abordando este aspecto biológico de vida, leciona MORAES (2001a:125):

O início dessa preciosa garantia deverá ser dada pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal e, do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando o ovo ou zigoto.

Destacando que a proteção jurídica à vida deve iniciar-se ainda na fase do ovo, quando começaria o início daquela, assevera FRANÇA (2001c:242):

O direito ampara a vida humana desde a concepção. Com a formação do ovo, depois embrião e feto, começam a tutela, a proteção e as sanções da norma penal, pois daí em diante se reconhece no novo ser uma expectativa de personalidade a qual não poderia ser ignorada pela lei.

Esta seria uma análise eminentemente biológica de vida. Mas haveria um conceito jurídico? O direito fundamental à vida consagrado na Carta Magna seria meramente biológico ou seria jurídico?

Não há uma definição exata de quando a vida tem início em nosso ordenamento jurídico, restando, assim, tão somente uma definição biológica. No que se refere à definição de morte, em um passado não muito remoto, a constatação se dava através de procedimentos clínicos que identificassem sintomas abióticos, como, principalmente, ausência de circulação sanguínea decorrente da parada do coração.

A medicina moderna paulatinamente vem substituindo a definição meramente clínica de morte pela definição encefálica, ou seja, independentemente

do momento em que venha a ocorrer a parada do coração, a morte estaria evidenciada quando cessadas as atividades cerebrais vitais caracterizadas pelos impulsos elétricos, verificados pelo traçado permanentemente nulo do Eletroencefalograma (EEG).

Com base no avanço da medicina, nosso legislador infraconstitucional resolveu definir o momento da morte na Lei 9.434/97, que regula a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, quando cessadas as atividades encefálicas. Melhor explicando, ocorrendo morte encefálica o indivíduo já é considerado juridicamente morto, tanto que seus órgãos, tecidos ou partes do corpo já podem ser retirados.⁶

Com base nessa definição legal do que seria morte, argumenta-se que o feto anencéfalo não teria vida, pois não possuiria encéfalo. Ausente este, como então se poderia falar em vida? Os defensores da tese ora exposta argumentam que o ordenamento jurídico, por ser um sistema harmônico, não comportaria tratamento diferenciado da morte; se há um conceito de morte encefálica, este deveria ser utilizado para todos os casos, entre os quais, se enquadraria o feto anencéfalo.

Seguindo a linha de raciocínio da Lei 9.434/97 o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a resolução 1.752/04 que afirma: "os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais)".

A interpretação da referida lei, bem como a resolução 1.752/04, em momento algum permitem afirmar que o anencéfalo não possui vida, pois se referem

⁶ Art. 3 A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

tão somente à morte cerebral. Apesar de não termos conhecimentos específicos nessa área acreditamos que, ou se morre por inteiro, ou não se morre; se há constatação de que o anencéfalo é apenas um “morto cerebral”, implicitamente se reconhece que há, ou pode haver, vida em outros órgãos. Então, biologicamente, não nos parece haver dúvida de que o anencéfalo é um ser vivo.

Haveria, assim, para alguns, dois conceitos de vida, um biológico, outro jurídico. Biologicamente o feto anencéfalo teria vida, mas juridicamente não, diferença esta mencionada pelo Ministro Barbosa (2005 *apud* LIMA, 2006:199) em voto proferido no *Habeas Corpus* 84.025-6 (RJ), quando se referiu à circunstância de que o feto “está biologicamente vivo, mas juridicamente morto”

A tese de que o feto anencéfalo encontra-se juridicamente morto não nos seduz. A Lei 9.434/97 (Lei de Transplantes) não pode ser encarada como único diploma legal a regular o assunto. Não concebemos a idéia de que um ser biologicamente vivo possa ser considerado juridicamente morto.

Apresentando alguns argumentos de ordem prática suponhamos que um feto anencéfalo venha a nascer e tenha uma sobrevida de horas, dias ou até semanas. Ora, esse ser respirou, dormiu, acordou, chorou, alimentou-se, fez necessidades biológicas, recebeu carinho, etc. Como se pode dizer então que estava morto?

Poder-se-ia criticar nossa colocação, pois estaríamos trazendo argumentos supostamente sentimentais em um trabalho que desde seu início se propôs a apresentar objetivos jurídico-científicos. Não cremos, porém, ser argumentos meramente sentimentais, mas lógicos, e o direito também é bom senso.

Imaginemos que alguém mate um bebê anencéfalo, por exemplo, com um disparo de arma de fogo. Seria crime impossível (art. 17, CP)⁷ por absoluta impropriedade do objeto? Não esqueçamos que esse ser respirava, se movia, acordava, dormia e, no entanto, já seria um morto?

Como foi visto, se apregoa que o direito, por ser um sistema harmônico, não comportaria duas definições de morte, assim, se a definição desta pela Lei 9.437/97 é encefálica, deveria a mesma também ser válida para o feto anencéfalo. Devemos ter, sem dúvida, uma visão sistemática da problemática, e justamente por isso, outros diplomas legais não poderão ser ignorados.

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), apesar de não trazer definições sobre morte, impõe que seja feito o registro de nascimento do recém nascido quando este respirar. Embora o dispositivo legal em apreço não defina quando tem início a vida, deixa claro que o simples ato de respirar, ainda que a morte seja imediata, já é suficiente para que seja lavrado um assento de nascimento, ou, em termos mais precisos, o assento de nascimento deverá obrigatoriamente ser lavrado.⁸

Levando-se em consideração a tese que o feto anencéfalo seria “biologicamente vivo e juridicamente morto”, teríamos obrigatoriamente que admitir um absurdo, qual seja, que seria possível registrar o nascimento de quem “nunca nasceu”, pois já estava morto.

⁷ Art. 17 Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

⁸ Art. 53 no caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito. § 1º No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro "C Auxiliar", com os elementos que couberem. § 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas.

Se o anencéfalo é um ser morto, como pode juridicamente ter nascido? E a harmonia do sistema, onde ficaria? O anencéfalo (ser “morto”) possui personalidade jurídica, que surge com o nascimento com vida, e esta, juridicamente, há de ser reconhecida em um registro de nascimento na forma preconizada pela Lei de Registros Públicos.⁹

Reconhecer que o feto anencéfalo é juridicamente morto implica também negar-lhe direitos sucessórios, pois, desde sua concepção, encontra-se legitimado a suceder.¹⁰ Um ser “morto” não pode ser considerado concebido, pois a concepção de que se fala, obviamente, é a de vida.

A propalada harmonia do sistema somente se concretizaria, por mais paradoxal que possa parecer, se admitirmos duas definições de morte (*a contrario sensu*, de vida). A primeira delas, morte encefálica, para fins exclusivos de doação de órgãos na forma da Lei 9.434/97, outra, morte clínica, para as demais situações, inclusive para o feto anencéfalo.

A constatação da morte encefálica preconizada pela Lei 9.434/97 tem um objetivo específico, qual seja, salvar vidas e/ou curar doenças, a partir de órgãos de um ser ainda biologicamente vivo, mas cujo evento morte, clinicamente considerado, é iminente e inevitável. Esse objetivo específico não se faz presente no caso do feto anencéfalo.

LIMA (2006a:201), de forma ímpar, aborda o tema asseverando que:

Além disso, a lei de doação de órgãos tem como escopo principal salvar a vida de outrem. Realmente, quando a morte encefálica ocorre, a autorização para a retirada dos órgãos passa a ser legítima na medida em que estes são transplantados para outra pessoa doente, mas que ainda tem chance

⁹ Código Civil, art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”

¹⁰ Código Civil, art. 1798: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

de sobreviver. É claro que haverá hipóteses em que o paciente beneficiado terá restabelecida sua saúde física, embora não corresse risco de vida, mas a maioria das intervenções médicas relacionadas com transplante de órgãos tem por finalidade utilizá-los para salvar uma vida humana. Mas o fato inquestionável é que há uma *mens legis* e ela deve ser respeitada, seja para impedir o perecimento da vida ou da saúde física de um terceiro, pois o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil impõe que a interpretação teleológica das normas sempre seja considerada pelo operador do direito.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, explana QUEIROZ (2005:1):

Veja-se que o que a Lei 9.434/97 afirma é que a morte encefálica ocorreu para fins de transplantes de órgãos e tecidos de seres humanos, já que antes dela não se pode dispor do corpo humano ou de partes dele, em respeito ao direito à vida e ao direito à integridade física, como seu corolário. Trata-se, pois, de conceito de morte para específica finalidade. Fora do seu âmbito, havendo sinais de funções vitais, há vida.

Assim, pode-se afirmar que nossa legislação não autoriza o entendimento de que feto anencéfalo é um ser morto. Trata-se, sem dúvida, de um ser vivo, não apenas do ponto de vista biológico, mas também do ponto de vista jurídico, e como tal deve ser tratado.

4. A PROTEÇÃO À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: PONDERAÇÃO DE VALORES

Quando analisamos juridicamente a possibilidade de abortamento de feto anencéfalo estamos adentrando em um terreno extremamente sensível e complexo, que é determinar o alcance de um princípio constitucional dos mais relevantes, a vida.

Ao discutirmos a questão sobre a vida do feto anencéfalo, obrigatoriamente também adentramos no exame de um princípio fundamental inserto em nossa Carta Magna, que é o da dignidade da pessoa humana, sendo este considerado em referência à pessoa da gestante.

Iremos então analisar, ainda que sumariamente, o alcance dos princípios em tela, para depois definir, no exame do caso concreto, considerando a inevitável colisão entre os mesmos, qual deve prevalecer, se o direito à vida do feto anencéfalo ou a dignidade da gestante.

Dispõe o art. 5º, caput, da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

A proteção à vida, conforme expresso no Código Civil começa em momento anterior ao próprio nascimento, pois a lei põe a salvo, desde a concepção,

os direitos do nascituro.¹¹ Assim, o feto anencéfalo também deverá ter seus direitos preservados, entre os quais, a vida.

Apesar de a Carta Magna garantir o direito a vida, este, assim como todos os outros nela previstos, não possui valor absoluto. É possível, e até comum, que bens juridicamente tutelados entrem em conflito ante determinada situação. Nesses casos, um bem jurídico há de prevalecer sobre o outro, solução a que se chega através da técnica interpretativa denominada ponderação de valores.

Já mencionamos brevemente um conjunto de conseqüências físicas sofridas pela gestante que poderão resultar do prolongamento de uma gravidez de feto anencéfalo. Vejamos, de forma mais ampla, em que consistem estas conseqüências, conforme parecer elaborado pela BARROSO (2004 *apud* CONJUR, 2005b:1):

As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstétrica nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente. C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). D) Associação com vasculopatia periférica de estase. E) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo. G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.

Havendo risco de morte materna e não havendo meios eficazes de preservá-la, não há muito que se discutir, pois nossa legislação já possibilita, de forma expressa, o abortamento nesses casos (art. 124, CP). Mas não é apenas do sofrimento físico de que pode padecer a gestante, há também o sofrimento psicológico.

¹¹ Art. 2. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Não é preciso ser especialista em psiquiatria para afirmar que a perda de um ser, quase sempre esperado com muita expectativa, pode gerar na gestante fortíssimos abalos emocionais, por vezes potencializados por longos e longos anos, e outras vezes, sequer superados.

Uma gravidez altera por completo a vida de uma mulher. São normalmente nove meses de muitas renúncias e dedicação visando o nascimento de seu descendente. Imaginemos então que uma gestante tenha a notícia que o ser em seu ventre é um feto anencéfalo, que este ser provavelmente não nascerá e, se nascer, normalmente morrerá em questão de horas ou, em poucos casos, em alguns dias, pois não apresentará condições de desenvolver-se e viver fora do organismo materno. Não é difícil afirmar que, nessas circunstâncias, passará a gestante por uma grande aflição.

Submeter uma mulher ao trauma de uma gravidez durante longos meses, com os riscos à sua saúde física e mental, para gerar um ser sem qualquer expectativa de vida, a não ser um “sopro” de horas ou poucos dias, nos parece ofensiva de sua dignidade.

A dignidade da pessoa humana é erigida à categoria de princípio fundamental da República Federativa do Brasil, como consta do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.¹² Antes, porém, de enfrentarmos o problema de forma mais profunda, faz-se necessário perquirirmos sobre o que vem a ser dignidade.

Não há dúvida que o termo comporta as mais diversas interpretações, sendo que estas quase sempre decorrem de concepções religiosas, políticas,

¹² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana.

culturais, morais e sociais de vida do intérprete, o que se afigura perfeitamente natural.

Pretender definir o que vem a ser dignidade nos parece tarefa inócua, porém, há de se apresentar seus elementos mínimos sobre os quais recairão todas as concepções acima mencionadas. Assim, vejamos como MORAIS (2001b:48) vislumbra a dignidade da pessoa humana:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo vulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

O conteúdo da dignidade da pessoa humana, segundo SARLET (2004:60), abrange:

Um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Vê-se que a concepção de dignidade dos autores é abstrata, mas não poderia ser diferente, pois impingir uma concretude ao termo não é viável, pelo menos conceitualmente falando. É possível, todavia, destacar alguns elementos indissociáveis do conteúdo da dignidade, quais sejam, a idéia de valor espiritual e moral mínimos a serem preservados pela ordem jurídica.

Nesse contexto, há um valor espiritual a ser preservado pela gestante quando esta decide interromper prematuramente uma gravidez, por não aceitar e tolerar o risco de sofrer traumas emocionais e psicológicos que o prolongamento da gestação pode lhe ocasionar, além de eventuais danos físicos.

O próprio fato de tomar conhecimento de que sua gestação é de um feto anencéfalo já proporciona à gestante forte carga de sofrimento, mas a continuação da gravidez por meses, sabendo aquela que seu descendente não possui capacidade de sobrevivência extra-uterina, pode potencializar imensuravelmente este sofrimento, ferindo sua dignidade.

Temos então a seguinte situação concreta reveladora de um conflito de princípios constitucionais: de um lado o direito à vida do feto anencéfalo, do outro, o direito à dignidade da gestante. Qual deve então prevalecer?

Em termos mais explicativos, TAGLIAFERRO (2004a:1) faz o mesmo questionamento:

Não há dúvida que a solução para a questão passa evidentemente pela técnica da ponderação do valor de tais bens a partir da observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem pautar a atividade de interpretação do direito, conhecida na doutrina americana por *balancing test*. Mas o cerne da questão é justamente saber qual é o ponto de equilíbrio entre estes dois direitos em aparente tensão. Deve prevalecer o direito do feto anencéfalo de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto, mas sem perspectiva de desfrutar efetivamente da vida extra-uterina, porquanto desprovida de massa encefálica e, pois, de consciência, inconsciência e de todos os sentidos que, ao que tudo indica, dão razão à vida? Ou, de outra parte, deve prevalecer o direito à dignidade da mãe, que sabe por comprovação médico-científica que o ser que gera não poderá viver fora de seu ventre, de modo que deve ser colocada à salvo da dor e sofrimento que o prolongamento do processo de gestação lhe causará? Neste embate entre VIDA X DIGNIDADE, direitos igualmente fundamentais do homem, qual deve preponderar sobre o outro?

Não há, nem poderia haver, um critério estanque para se determinar, em caso de conflitos de princípios constitucionais, qual deve preponderar, o exame do caso concreto e de suas peculiaridades definirá qual a melhor solução a ser empregada.

Analisando e buscando soluções para o conflito em tela, é válido trazeremos a doutrina sempre abalizada de GOMES (2006:1):

Não há dúvida que o art. 5º da CF assegura a inviolabilidade da vida, mas não existe direito absoluto. Feliz, portanto, a redação do art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. O que se deve conter é o arbítrio, o abuso, o irrazoável. Quando há interesse relevante em jogo, que torna razoável a lesão ao bem jurídico vida, não há que se falar em resultado jurídico desvalioso (ou intolerável). Ao contrário, trata-se de resultado juridicamente tolerável, na medida em que temos, de um lado, uma vida inviável (todos os fetos anencefálicos morrem, em regra poucos minutos após o nascimento), de outro, um conteúdo nada desprezível de sofrimento (da mãe, do pai, da família etc.). Pode-se afirmar tudo em relação ao aborto anencefálico, menos que seja um caso de morte arbitrária. Ao contrário, antecipa-se a morte do feto (cuja vida, aliás, está cientificamente inviabilizada), mas isso é feito em respeito a outros interesses sumamente relevantes (saúde da mãe, sobretudo psicológica, dignidade, liberdade etc.). Não se trata, portanto, de uma morte arbitrária.

No mesmo sentido, expõe MORAES (2004:179):

Entendemos que, além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade de o feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro), ou, ainda comprovada, a total inviabilidade de vida extra-uterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas.

Com supedâneo no princípio da razoabilidade, entendemos que deva prevalecer no caso sob exame a dignidade da gestante em detrimento do direito à vida do feto anencefalo, vejamos.

Nossa legislação penal infraconstitucional permite, de forma expressa, o abortamento em duas situações, quais sejam: 1 - quando houver risco de morte para a gestante (denominado abortamento terapêutico); 2 - quando a gravidez decorrer de estupro (denominado abortamento sentimental).

O primeiro caso não nos interessa muito para fins desse trabalho, pois, na situação, há conflito de dois bens jurídicos idênticos, apenas com titularidade diversa, no caso, o direito à vida da gestante versus o direito à vida do feto. Como se percebe, o legislador preferiu fazer prevalecer o direito à vida da gestante.

Já na gravidez resultante de estupro os bens jurídicos em conflitos são diversos, de um lado, como já vimos, há o direito à vida do feto, mas agora, do outro lado, há outro bem tutelado, e este é o da dignidade da pessoa humana.

Justamente para preservar a dignidade da pessoa humana é que a legislação infraconstitucional permite à gestante interromper a gravidez resultante de um ato de extrema violência e que violou de forma traumática e humilhante um precioso bem, sua liberdade sexual.

Nessa hipótese, ainda que o feto seja perfeito, ainda que apresente todas as condições favoráveis para desenvolvimento de uma vida extra-uterina viável e saudável, o legislador autoriza a interrupção prematura da gravidez como forma de impedir o nascimento de um fruto da violência.

Não entraremos no mérito dessa autorização legislativa, nos interessa apenas destacar que, no exemplo mencionado, permite-se o abortamento ainda que o feto seja viável, não sendo razoável um tratamento diferenciado justamente quando o feto não apresenta qualquer viabilidade de desenvolvimento de vida extra-uterina.

Poder-se-ia até se invocar que as causas seriam diversas, no caso do anencéfalo, porque seria originado de uma má formação fetal, já com relação ao estupro porque seria de um ato de violência, o que poderia impedir a utilização na espécie do princípio da razoabilidade.

Não nos parece, contudo, haver qualquer óbice, pois apesar de serem causas próximas diversas (estupro e má formação fetal), estamos tratando de um

mesmo princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, causa remota que orientou o legislador.

A violação à dignidade da pessoa humana pode-se apresentar revestida das mais diversas formas, como, por exemplo, através de violência física ou moral, pela falta de emprego, moradia, educação, vestuário, pelo racismo, pelas condições precárias de cumprimento de penas, pelas longas filas nos atendimentos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), e bancos, pela falta de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), etc.

Seu uso é tão freqüente e sua abrangência tão ampla, que alguns já denominam o princípio da dignidade da pessoa humana como uma espécie de "coringa jurídico", pois, em quase todas as situações é possível algum tipo de enfoque sob o prisma desse fundamental princípio.

Entre as inúmeras situações em que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser validamente manejado, encontra-se justamente a possibilidade de interrupção da gravidez de um feto anencéfalo, cujo prolongamento ocasionaria um inútil sofrimento físico e psicológico para a gestante, violando sua dignidade.

Abordando a questão, vejamos a doutrina de LIMA (2006b:202):

Pressupondo que o feto anencéfalo é um ser vivo, apesar da moléstia, admite-se a aplicação da analogia *in bonam partem* com o aborto sentimental quando interrompida sua gestação, pois o art. 128, II, do CP foi recepcionado pela nova ordem constitucional por proteger a dignidade da genitora, considerando-a prevalente sobre a vida intra-uterina através da técnica da ponderação de valores constitucionais, pois nem mesmo o direito à vida é absoluto. Assim, *ubi eadem ratio, ibi idem jus*, já que a maioria das gestantes experimenta sofrimento inexigível e incompatível com sua dignidade, diante da perspectiva de inviabilidade de desenvolvimento extra-uterino.

Mesmo ponto de vista adota TAGLIAFERRO (2004b:1):

Torna-se ainda mais irracional tal proibição no caso, em se considerando que a legislação brasileira sempre admitiu o aborto quando a gravidez resulta de estupro (art. 128, II Código Penal). Ora, se no conflito entre a liberdade (liberdade sexual da mulher) e a vida (do feto), aquele bem sempre prevaleceu – com o que, diga-se, estamos perfeitamente de acordo porquanto nada justifica a violência sexual e o trauma psicológico que dela resulta para a mulher - porque razão no conflito entre a sua dignidade (de pessoa humana) e a vida (do feto anencefálico desprovido de potencialidade de vida extra-uterina), esta deva preponderar? Admitir-se uma tal situação seria contemplar a desigualdade, estabelecendo-se dois pesos e duas medidas, e malferir os mais singelos princípios da razão e do Direito.

No voto de admissibilidade da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/05, o Ministro Britto (2005 *apud* CONJUR, 2005:1), já anunciando prematuramente um provável julgamento no mérito favorável aos objetivos da ação, fez uma profunda e intocável reflexão sobre o tema. Destacamos essa passagem que bem retrata nosso ponto de vista:

Noutro modo de dizer as coisas, o estupro é para a sociedade em geral e para o Direito em especial uma ação humana da maior violência contra a autonomia de vontade do ser feminino que o sofre. Uma aberração! Uma hediondez! O instante da mais aterradora experiência sexual para a mulher, projetando-se no tempo como uma carga traumática talvez nunca superável, principalmente se resultar em gravidez da vítima. Pois o fato é que seu eventual resultado em gravidez tende mesmo a acarretar para a gestante um permanente retorno mental à ignomínia do ato em que foi brutalizada. Uma condenação do tipo *ad perpetuam rei memoriam* (para a perpétua memória da coisa), no sentido de que a imposição do estado de gravidez em si e depois a própria convivência com um ser originário do mais indesejado conúbio podem significar para a vítima do estupro uma tão perturbadora quanto permanente situação de tortura. Daí que vedar à gestante a opção pelo aborto caracterize um modo cruel de ignorar sentimentos que, somatizados, têm a força de derruir qualquer feminino estado de saúde física, psíquica e moral (aqui embutida a perda ou a sensível diminuição da auto-estima). Sentimentos, então, que se põem na própria linha de partida do princípio da dignidade da pessoa humana. Que é um princípio de valiosidade universal para o Direito Penal dos povos civilizados, independentemente de sua matriz também de Direito Constitucional. E que ainda exhibe uma vertente feminina que mais e mais se orienta pela máxima de que 'o grau de civilização de uma sociedade se mede pelo grau de liberdade da Mulher', conforme oracular sentença de Charles Fourier ('Jornal o Capital' – Ano XIV - nº 131, p. 2, Fevereiro de 2005, Aracaju (SE). 26. Pois bem, estados psico-físico-morais desse mesmo teor e magnitude costumam recobrir todo o processo da gravidez do tipo anencéfalo, desde a comprovação da anomalia. Anomalia que, se não está na conjunção carnal de que proveio o conceito, está no próprio fruto da concepção. Ele, ser ainda alocado no ventre 'materno', é que padece de uma teratologia tal que antecipa esta dilacerante certeza: a certeza de que dele nem sequer é possível dizer que tem hora marcada para morrer...

porque já vai nascer cerebralmente morto! Com o que se despedaçam por antecipação os mais dourados sonhos, as mais alentadoras expectativas, os mais afetivos planos, as mais lúdicas fantasias que soem permear o encantado universo da mulher às vésperas de ser mãe. 27. É nesse panorama que se dá a analogia com a gestação resultante de estupro. Nesta, a forçosa lembrança da monstruosidade do intercurso sexual. Na anencefalia, a subjetiva estupefação pela 'monstruosidade' em si de todo o processo de concepção, gravidez e parto de um ser que já se sabe prometido ao tûmulo, antes mesmo de conhecer o berço.

Iremos analisar a questão agora sobre outro ângulo, até o momento confrontamos o princípio fundamental da dignidade da gestante, com o princípio do direito à vida, ambos, bens protegidos pelo sistema constitucional nacional. Como vimos, utilizando a técnica da ponderação de valores constitucionais, há de ser concebida prioridade ao primeiro.

Argumento interessante diverso há de ser considerado, o feto anencéfalo, apesar de ser vivo e ensejar proteção estatal, não pode fazer jus à mesma proteção que poderia ter um feto com perfeito funcionamento de suas funções. E mais, ainda que perfeito, um ser que ainda irá nascer não poderá receber a mesma proteção jurídica que um ser já nascido.

A própria legislação permite indubiosamente o raciocínio ora exposto. No confronto entre a vida da mãe e a vida do feto, o art. 128 do Código Penal Brasileiro expressamente deu preferência à vida daquela, pois a interrupção da gravidez quando haja risco de vida à gestante é expressamente permitida.¹³

A própria conduta típica nos crimes contra a vida é apenada de forma diversa conforme a vítima seja um ser já formado ou em formação. No homicídio (art. 121, CP), por exemplo, sua forma simples é apenada com o mínimo de 06 (seis) ao máximo de 20 (vinte) anos de reclusão. Se qualificado, a pena varia entre o mínimo de 12 (doze) e o máximo de 30 (trinta) anos de reclusão.¹⁴

¹³ Art. 128 Não se pune o aborto praticado por médico:
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

¹⁴ Art. 121 Matar alguém:

No crime de aborto as penas são bem mais brandas. O aborto praticado pela mulher possui pena mínima de 03 (três) anos e máxima de 10 (dez). Isso revela uma opção válida e bem nítida do legislador, ao considerar como conduta mais grave a morte de um ser já formado à morte de um ser em formação, em outros termos, merece mais proteção o que já é (ser formado) do que virá a ser ou poderá vir a ser (ser em formação).

Se a vida tivesse o mesmo valor, quer intra-uterina ou extra-uterina, as penas para quem interrompesse dolosamente o ciclo vital deveriam ser as mesmas. Aliás, raciocinando melhor, as penas para quem praticasse o abortamento deveriam ser, em tese, até maiores, pois o feto é um ser absolutamente indefeso.

Mas esta não é a linha seguida por nosso ordenamento jurídico, que, valorando corretamente diversos fatores, optou claramente por considerar mais grave a conduta de quem ceifa a vida de um ser já nascido à conduta de quem ceifa a vida de um ser por nascer.

Há também uma clara opção do legislador em relação à vida da criança e do adolescente, tanto que o art. 4º, parágrafo único, alínea "a" da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), garante aos mesmos "primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias".¹⁵

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Reclusão de seis a vinte anos.

Homicídio qualificado;

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

¹⁵ Lei 8.069/90. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias...

Vê-se que o legislador expressamente, considerando determinados valores, resolveu conceder primazia à vida de uns em determinada situação. Assim, a vida dos seres com personalidade jurídica é mais relevante que a vida dos seres ainda em formação; a vida da criança e dos adolescentes, por sua vez, é mais relevante que a vida de adultos.

Estas foram algumas opções do legislador, opções estas legítimas, pois baseadas em critérios diferenciadores razoáveis e proporcionais. No caso do confronto entre a vida do feto anencéfalo e da dignidade da gestante, nos posicionamos claramente, pelos motivos já expostos, pela prevalência do último.

5. ATEMPORABILIDADE DO DIREITO À VIDA

O direito a vida é atemporal, significando que a proteção jurídica é a mais abrangente possível, ou seja, protege-se a vida do embrião desde sua concepção e durante todo o desenvolvimento da vida intra-uterina, como a vida do recém nascido desde o segundo inicial ao parto.

Nessa amplitude, a vida é protegida ainda que seja inviável, no sentido de que não se leva em consideração se seu titular possui segundos, minutos, horas, dias, semanas, meses ou anos de vida.

Nos autos da Ação de Descumprimento Fundamental 54/04, assim opinou o então Procurador-Geral da República FONTELES (2004 *apud* CONJUR, 2004a:2), sobre a atemporalidade do direito à vida:

41. O bebê anencéfalo, por certo nascerá. 42. Pode viver segundos, minutos, horas, dias, e até meses. Isto é inquestionável! 43. E aqui o ponto nodal da controvérsia: a compreensão jurídica do direito à vida legitima a morte, dado o curto espaço de tempo da existência humana? 44. Por certo que não! 45. Se o tratamento normativo do tema, como vimos (itens 34/37, deste parecer), marcadamente protege a vida, desde a concepção, por certo é inferência lógica, inafastável, que o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevivência visível. 46. Estabeleço, portanto, e em construção estritamente jurídica, que o direito à vida é atemporal, vale dizer, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana.

Realçando o caráter atemporal da proteção jurídica à vida, destaca o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal NÉRI (2004 *apud* CONJUR, 2004:3), respondendo a uma consulta da União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro sobre *quaestio juris* deduzida na mencionada ADPF:

18. Ora, decorrência de tudo isso é concluir que a interrupção da gravidez de feto anencefálico, colimando e obtendo sua morte e impedindo-o, assim, de prosseguir o desenvolvimento intra-uterino, outra caracterização

não pode ter senão a de aborto, nos termos dos arts. 124, 125 e 126, do Código Penal. O anencefálico é um ser humano vivente e a reduzida expectativa de vida não limita os seus direitos e a sua dignidade, assim como a Constituição e as leis do País querem ver construída a República, à base do respeito à vida e à pessoa, na integralidade de seu ser.

Não temos qualquer dúvida da absoluta correção dos ensinamentos dos ilustres doutrinadores, de fato, o direito a vida é atemporal, razão pela qual há direitos do anencéfalo a serem protegidos.

Ocorre que, em contrapartida, há valores constitucionais igualmente a serem protegidos em relação à gestante, entre esses valores há o princípio da dignidade da pessoa humana, já explicado em pormenores no tópico anterior.

Mais uma vez realçando, pela técnica da ponderação de valores, esta vida intra-uterina, incapaz de desenvolver-se por si só ao sair do útero materno, senão, quando muito, por um brevíssimo espaço de tempo, há de ser preterida ante, no caso concreto, um valor superior, que é a dignidade da gestante.

A técnica da ponderação de valores tem como objetivo justamente filtrar os valores mais relevantes a serem averiguados no exame do caso concreto. Como vimos, os valores da dignidade da gestante mostram-se preponderantes sobre a efêmera vida do anencéfalo, que, na maioria das vezes, sequer chega a nascer.

6. DIGNIDADE DO ANENCÉFALO VERSUS DIGNIDADE DA GESTANTE

Mas uma dúvida há de ser dissipada, será que o feto anencéfalo também não possui dignidade a merecer a tutela estatal? Não temos dúvida em afirmar que sim, e vejamos o porquê.

Inicialmente, a própria Carta Magna não faz qualquer restrição nesse sentido. O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, e como tal, há de ser interpretado de forma ampla.

Apesar do feto anencéfalo, literalmente falando, ainda não poder ser considerado uma pessoa (poderá ser uma), restringir o alcance do princípio vai de encontro aos objetivos da Carta Magna de 1988, concebida pelo saudoso deputado Ulysses Guimarães como a “constituição cidadã”.

Como não poderia ser diferente, o próprio Código Civil dispõe em seu art. 2º que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Já o artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, no geral, a partir do momento da concepção.”

Por sua vez, a Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu artigo 1º, reconhece o direito intrínseco à vida que tem todo ser humano concebido. O

Preâmbulo desta Convenção é claro, *verbis*: “a criança por falta da maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidado especiais, aí incluída a proteção legal, tanto antes, como depois, do nascimento.”

Quer sob o ângulo constitucional quer sob o ângulo infraconstitucional, não há como se negar ao feto, ainda que anencéfalo, uma série de direitos. Igualmente não há como se negar ser o mesmo possuidor de dignidade, a merecer também a proteção estatal.

Agora surge a indagação, temos a dignidade da gestante e a dignidade do feto, ambos a merecerem tutela, qual deve então prevalecer? O critério a ser utilizado para solucionar o imbróglio jurídico reside no manejo da mesma técnica de ponderação de valores, já acima explanada. Mas qual valor deve preponderar?

Os bens jurídicos, ainda que idênticos, por vezes não são merecedores da mesma forma de proteção estatal. A vida, por exemplo, conforme já destacamos, dependendo de quem seja seu titular, recebe distinta proteção legal. O mesmo raciocínio é válido com relação à dignidade da pessoa humana

Não há como se negar ao feto, anencéfalo ou não, dignidade, mas esta não é absoluta, pois aquele é um ser ainda em formação, enquanto a gestante possui dignidade absoluta, pois já é um ser com personalidade jurídica. Entre a dignidade absoluta da gestante e a dignidade relativa do feto anencéfalo, há de prevalecer obviamente a primeira.

Enfatizando bem a questão, assinala PONTES (2005:1):

Vale ressaltar, por outro lado, que o feto e o cadáver possuem dignidade. Mas trata-se de uma dignidade relativa, em homenagem ao que o feto pode

vir a ser e ao que o cadáver foi. Assim, parte da proteção dada ao ser humano é estendida ao feto e ao cadáver, entretanto, este fato nunca pode suplantiar o dever do Estado de proteger o ser humano e sua dignidade [...]

O Estado não criminalizou o aborto em homenagem ao direito à vida, mas para proteger a dignidade relativa do feto, ou seja, a sua potencialidade de adquirir direito à vida e se tornar uma pessoa humana com o nascimento. Em sentido inverso, a vilipendiação de cadáver também é crime, mas em proteção à sua dignidade a posteriori.

É comum, ainda, em casos desse jaez, muitos se posicionarem contra o abortamento de feto anencéfalo em razão da possibilidade de erro no diagnóstico da anomalia. Ora, possibilidade de erro médico jamais pode ser excluída, aliás, o erro sempre estará presente em qualquer ciência, não se constituindo tal fato em impeditivo do abortamento.

Se a mera possibilidade abstrata e hipotética de erro fosse fator a obstaculizar o normal desenvolvimento da razão humana, estaríamos fadados à involução. Um juiz jamais iria condenar alguém, pois o réu poderia ser inocente; um médico não poderia receitar um medicamento a um doente, pois sempre haveria o risco de reações adversas e inesperadas do paciente; o eleitor não iria votar, pois poderia eleger um mau governante; ninguém iria casar-se, pois haveria o risco de seu consorte ser mau esposo (a); enfim, se correria o risco até de não se querer viver plenamente, pois viver impõe riscos e erros, e estes, podem levar à própria morte.

Dada a relevância e complexidade do tema, e considerando que a anencefalia apresenta graus diferenciados, defendemos que somente quando constatado com confiável grau de certeza (embora, repita-se, o erro jamais poderá ser completamente excluído), por uma junta médica, que o feto não apresenta capacidade alguma de sobrevivência, é que admitimos o abortamento como forma de preservar a saúde física e mental da gestante, e, por conseguinte, sua dignidade. Alguns, inclusive, preferem denominar o abortamento nestas circunstâncias de antecipação terapêutica do parto.

Encerrando o presente tópico, apesar de nos parecer bastante claro, não custa esclarecer que gestante alguma está compelida a interromper uma gravidez de feto anencéfalo. Essa é uma decisão eminentemente pessoal, pois a dor psicológica que o prolongamento da gravidez pode ocasionar, até o nascimento de uma criança que logo perecerá, também é pessoal.

Deve-se salientar que o só fato da gestante tomar conhecimento que o descendente gerado em seu útero é um ser anencéfalo, já lhe proporciona abalos psíquicos. O procedimento médico visando o abortamento nessas circunstâncias também normalmente é traumático, mas ninguém, exceto a própria gestante, para avaliar o quanto pode ser psicologicamente mais destrutivo (às vezes fisicamente também), conduzir por longos meses uma gravidez destinada a gerar um ser sem capacidade de sobrevivência extra-uterina, o que acabaria por violar sua dignidade.

7. A QUESTÃO DO ABORTO EUGÊNICO

É comum encontrarmos autores referindo-se ao abortamento de feto anencéfalo como se tratasse de abortamento eugênico. Na realidade são situações diversas, pois o abortamento de feto anencéfalo em nada visa criar uma espécie de seleção, em que apenas se permitiria o nascimento de seres mais fortes, eliminando, antes mesmo do nascedouro, fetos que apresentassem enfermidades geradoras de alguma debilidade na vida extra-uterina.

HOUAISS (1999:642) assevera que a eugenia é a "Ciência que se ocupa do aperfeiçoamento físico e mental da raça humana". Esse é o objetivo do aborto eugênico, impossibilitar o nascimento de seres portadores de deficiência, seja física, seja psíquica.

A prática da eugenia era comum na Alemanha de Hitler, em que abortamentos eram praticados com o objetivo de se evitar o nascimento de crianças defeituosas, e assim, possibilitar o surgimento de uma raça humana superior, uma raça supostamente pura, na visão do ditador.

FRANÇA (2001d:244) retrata brevemente em que consiste a prática eugênica:

Na Alemanha hitlerista, entre outros absurdos, criou-se o aborto eugênico na tentativa de fazer-se uma raça superior, livre das anomalias e malformações graves. Recomendavam o aborto em casos de epilepsia, de idiotia, de demência precoce e de psicopatias diversas. Mesmo assim, a genética, vez por outra, os enganou.

Em hipótese alguma o abortamento de feto anencéfalo permite qualquer interpretação de que seria uma espécie de prática eugênica. Nesta, procura-se tão somente evitar o nascimento de alguém com algum tipo de debilidade, mas que

pode apresentar plena viabilidade de vida extra-uterina, como seria o caso, a título de exemplo, dos portadores da síndrome de *dawn*, ou de patologias como fibrose cística (conhecida como doença do beijo salgado), entres inúmeras outras.

Essa viabilidade não se faz presente na situação do feto anencéfalo, pois este possui uma anomalia (anencefalia) incompatível com o próprio desenvolvimento da sua vida, conforme já mencionamos. Percebe-se que a diferenciação entre as duas situações decorre justamente do fator “viabilidade do desenvolvimento da vida”.

Na eugenia busca-se evitar o nascimento de seres com potencial físico e mental aquém do considerado ideal, enquanto na anencefalia busca-se evitar o nascimento (a maioria da vezes a própria natureza encarrega-se de evitá-lo) de um ser sem possibilidade de desenvolver-se fora do útero materno, pois não possui o encéfalo suficiente desenvolvido para comandar o processo de evolução vital.

Além das diferenças em tela, o abortamento de feto anencéfalo é realizado tendo em vista a busca da preservação de um interesse que, na situação concreta, mostra-se superior, que é a dignidade da gestante, hipótese ausente nos casos de eugenia.

8. ABORTAMENTO DE FETO ANENCÉFALO COMO EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE

Já demonstramos a razão pela qual a dignidade da gestante há de prevalecer, no caso concreto, sobre o direito à vida do feto anencéfalo. Iremos agora analisar do ponto de vista eminentemente penal qual instituto jurídico especificamente dá suporte à conduta da gestante.

Uma breve pesquisa pela doutrina indica a diversidade de enquadramento do abortamento de feto anencéfalo, tais como, estado de necessidade, atipicidade por falta de lesividade, crime impossível e analogia *in bonam partem*.

Cada uma dessas teses apresenta pontos interessantes e bem fundamentados, que, por vezes, se inter-relacionam. Apenas a tese que defende o crime impossível em nada nos seduz, pois, conforme detalhadamente exposto, não nos parece haver dúvida de que o feto anencéfalo possui vida, assim, não há que se falar em absoluta impropriedade do objeto.

Apesar de reconhecermos a boa fundamentação das teses acima mencionadas, aderimos à que vislumbra no abortamento de feto anencéfalo uma causa de exclusão da culpabilidade, mais precisamente por não se poder exigir da gestante, antes as circunstâncias, conduta diversa.

Iremos situar, ainda que de forma breve, a culpabilidade na teoria do crime e posteriormente analisar um de seus elementos constitutivos, qual seja, a exigibilidade de conduta diversa.

O crime, analiticamente considerado, constitui-se, para alguns, um fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável. É a concepção tripartida do delito, sendo um de seus defensores FRAGOSO (2004a:179) que assim leciona:

A análise revela que são indispensáveis: um tipo de comportamento ilícito (ação ou omissão correspondente ao modelo legal de uma conduta delituosa e contrária ao direito) e culpável (ação juridicamente reprovável de pessoa imputável).

Para outros, crime é apenas um fato típico e ilícito, sendo que a culpabilidade seria tão somente um pressuposto para aplicação da pena. Defensor desse segundo ponto de vista, afirma o professor CAPEZ (2005b:107):

Sob esse ângulo, crime é todo fato típico e ilícito. Dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só nesse caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já surge a infração penal. A partir daí, é só verificar se o autor foi ou não culpado pela sua prática, isto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu. Para a existência da infração penal, portanto, é preciso que o fato seja típico e ilícito [...] a culpabilidade não integra o conceito de crime.

A culpabilidade, independentemente da concepção bipartida ou tripartida do delito que se adote, é concebida como um juízo de reprovação que recai sobre uma conduta. É decorrente, simploriamente falando, da própria idéia popular difundida de culpa. Somente pode ser punido, quem tem culpa.

Ainda se discute sobre a questão do dolo e da culpa (em sentido estrito), que para alguns são elementos integrantes da culpabilidade, enquanto para outros, encontram-se inseridos no fato típico, porém, por não apresentar interesse relevante aos objetivos desse breve trabalho, não abordaremos a questão, mencionada aqui apenas para fins de registro.

Discorrendo sobre a concepção popular de culpabilidade, assevera com proficiência o ex - ministro do Superior Tribunal de Justiça, TOLEDO (1994a:216):

A palavra 'culpa', em sentido lato, de que deriva 'culpabilidade', ambas empregadas, por vezes, como sinônimas, para designar um dos elementos estruturais do conceito de crime são de uso muito corrente. Até mesmo as crianças a empregam, em seu vocabulário incipiente, para apontar o responsável por uma falta, por uma travessura. Utilizamo-la a todo instante, na linguagem comum, para imputação a alguém de um fato condenável [...] O termo culpa adquire, pois, na linguagem usual, um sentido de atribuição censurável, a alguém de um fato ou acontecimento.

Idêntico posicionamento é perfilhado por MIRABETE (2003:195):

As palavras culpa e culpado têm sentido lexical comum de indicar que uma pessoa é responsável por uma falta, uma transgressão, ou seja, por ter praticado um ato condenável. Somos 'culpados' de nossas más ações, de termos causado um dano, uma lesão. Esse resultado lesivo, entretanto, só pode ser atribuído a quem lhe deu causa se essa pessoa pudesse ter procedido de outra forma, se pudesse com seu comportamento ter evitado a lesão.

Juridicamente, seu significado não é muito diferente, não havendo divergências doutrinárias sobre o caráter de reprovação, censura e condenação que recai sobre alguém que praticou determinada conduta. Apenas a guisa de exemplo, vejamos a doutrina de JESUS (1999a:401):

Culpabilidade é a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico. Reprovabilidade que vem a recair sobre o agente, ensinava Anibal Bruno, porque a ele cumpria conformar a sua conduta com o mandamento do ordenamento jurídico, porque tinha a possibilidade de fazê-lo e não o fez, revelando no fato de não o ter feito uma vontade contrária à aquela obrigação, i.e., no comportamento se exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma.

CAPEZ (2005c:286) leciona o seguinte:

Quando se diz que 'Fulano' foi grande culpado pelo fracasso de sua equipe ou de sua empresa, está atribuindo-se-lhe um conceito negativo de reprovação. A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito.

A culpabilidade representa uma das maiores vertentes da idéia garantista do direito penal, pois, levando-se em consideração aspectos exclusivamente pessoais, afasta-se qualquer possibilidade de responsabilização objetiva, incompatível com o estágio moderno da ciência jurídica penal.

Sobre o assunto, bem destaca BRANDÃO (2003:132):

Quando se diz que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, diz-se que a mesma é um juízo que recai sobre a pessoa. Por isso diz-se que a culpabilidade é o elemento mais importante do crime, porque o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal. Na referenciada responsabilidade objetiva não se fazia nenhuma indagação sobre os motivos que levaram o agente a cometer o delito, mas somente interessava o resultado de dano. A culpabilidade, pois, veio romper definitivamente com a responsabilidade objetiva.

Para que exista esse juízo de reprovação, aponta a doutrina vários elementos que são conjuntamente formadores da culpabilidade, qual sejam: 1 – imputabilidade, 2 – potencial conhecimento da ilicitude do fato e 3 – exigibilidade de conduta diversa.

Interessa-nos particularmente abordar o último ponto. Só há culpabilidade quando, nas circunstâncias do fato, for possível exigir do agente um comportamento diverso daquele que tomou ao praticar o fato típico e ilícito.

Não difere muito a doutrina quanto ao conceito de exigibilidade de conduta diversa. Vejamos inicialmente a doutrina de JESUS (1999b:420):

Só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme ao ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade. A inexigibilidade de conduta diversa é, então, causa de exclusão da culpabilidade.

No caso, por exemplo, da mãe que pretende interromper a gravidez de um feto anencéfalo, seria de se exigir da mesma um comportamento diverso, ou seja, manter a gravidez até o seu término natural?

Já vimos, embora de forma superficial, os danos físicos que podem advir para a gestante em decorrência da gravidez de um feto anencéfalo. Além desses, há

os danos psicológicos, muitas vezes de conseqüências mais devastadoras que o dano meramente físico.

Por esse prisma, não seria de se exigir que a gestante levasse sua gravidez até o final, pois os traumas físicos e psicológicos a que estaria sujeita seriam infrutíferos, já que o nascituro jamais conseguiria ter capacidade de sobrevivência extra-uterina. Nesse caso, poderíamos dizer que é inexigível que a gestante tenha conduta diversa, se, de fato, resolver interromper prematuramente sua gravidez.

Quanto à própria noção de exigibilidade de conduta diversa a doutrina não traz concepções diferenciadas, mas, quanto à necessidade de expressa previsão legal das situações caracterizadoras da inexigibilidade, há certa divergência doutrinária. Para alguns, patrocinadores de uma visão mais tradicional, o legislador deve expressamente especificar os casos de inexigibilidade, para outros, não se faz necessária qualquer previsão do legislador, por ser impossível antever todas as formas de comportamento humano em que não se poderia exigir conduta diversa da que foi praticada.

Como adepto da primeira corrente, encontra-se o saudoso Fragoso (2004b:260), que, mesmo sem explicar mais detalhadamente seu posicionamento jurídico, manifesta-se pela necessidade de expressa previsão legal para caracterização da inexigibilidade de conduta diversa. Vale conferir: “A inexigibilidade de outra conduta não funciona como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, pois isto equivaleria ao abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal.”

A doutrina aponta as seguintes causas legais de inexigibilidade de conduta diversa, previstas na parte geral do Código Penal, são elas: coação moral

irresistível e obediência hierárquica. Para a doutrina tradicional, portanto, estas seriam as únicas situações em que se poderia excluir a culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa.

NUCCI (2006:361), em sentido contrário, fala especificamente do tema relacionando-o aos casos de interrupção da gravidez, vejamos:

A tese da inexigibilidade, nesse caso, teria dois enfoques: o da gestante, não suportando carregar no ventre uma criança de vida inviável; o do médico, julgando salvar a genitora do forte abalo psicológico que vem sofrendo. A medicina, por ter meio, atualmente, de detectar tais anomalias gravíssimas, propicia ao juiz uma avaliação antes impossível. Até este ponto, cremos ser razoável a invocação da tese de ser inexigível a mulher carregar por meses um ser que, logo ao nascer, perecerá.

Favorável também à tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, TOLEDO (1994b:327-329) expõe de forma ímpar seu magistério, retratado no trecho adiante transcrito:

Há, pois, que se distinguir a mera causa física do comportamento humano 'responsável'. Em outras palavras: o que é impossível de ser evitado só poder ser reconduzido ao mundo físico, puramente causal, não à pessoa humana, entendida esta como sujeito responsável, isto é, dotado, no mundo das relações inter-humanas, da faculdade de dizer 'sim', ou 'não', dentro de determinadas circunstâncias, e, é claro, de certos limites... *A contrario sensu*, chega-se a conclusão de que não age culpavelmente – nem deve ser, portanto penalmente responsabilizado pelo fato – aquele que, no momento da ação ou da omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela experiência humana, não lhe era exigível comportamento diverso. A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado ao problema da responsabilidade pessoal e que, dispensa a existência de normas expressas a respeito.

O Professor CAPEZ (2005d:319) também adota ponto de vista idêntico, a conferir:

Em face do princípio *nullum crimen sine culpa*, não há como compelir o juiz a condenar em hipóteses nas quais, embora tenha o legislador esquecido de prever, verifica-se claramente a anormalidade de circunstâncias concomitantes, que levaram o agente a agir de forma diversa da que faria

em situação normal. Por essa razão, não devem existir limites legais à adoção das causas dirimentes.

Como já havíamos nos manifestado em linhas anteriores, é impossível ao legislador antever todas as hipóteses do comportamento humano que, em tese, poderiam se enquadrar na inexigibilidade de conduta diversa. Não há como ser fixado taxativamente, em *numerus clausus*, as situações concretas em que, ao ser humano, ante determinado fato da vida, possa se exigir conduta diversa da que veio a praticar.

O direito penal, mais do que a função repressiva, apresenta características garantistas, e esse garantismo somente é possível de concretização se o aspecto punitivo do direito penal, de fato, recair apenas em quem mereça censura e reprovação, como consequência de uma conduta que podia, nas circunstâncias do caso concreto, ser evitada.

GRECO (2004:462), também adepto da possibilidade de reconhecimento das causas supralegais de exclusão da culpabilidade, traz interessante exemplo para justificar seu ponto de vista, vejamos:

A possibilidade de alegação de uma causa supra legal de exclusão da culpabilidade, em algumas situações, como deixou entrever Johannes Wessels, pode evitar que ocorram injustiças gritantes. Voltemos ao exemplo anteriormente fornecido quando do estudo da legítima defesa, no tópico relativo à atualidade e iminência da agressão. Vimos que determinado preso fora ameaçado de morte pelo "chefe" da rebelião que estava acontecendo na penitenciária. Sua morte, contudo, estava condicionada ao não atendimento das reivindicações levadas a efeito pelos detentos. Ao perceber que o preso que o havia ameaçado estava dormindo por alguns instantes, apavorado com a possibilidade de morrer, pois que três outros detentos já haviam sido mortos, aproveita-se dessa oportunidade e o enforca, matando-o. Como já concluímos anteriormente, o detento que causou a morte daquele que o havia ameaçado não pode alegar a legítima defesa, uma vez que a agressão anunciada era futura, e não eminente como exige o art. 25 do Código Penal. Futura, porque até poderia não acontecer, caso as exigências dos presos fossem atendidas. O fato, portanto, é típico e ilícito. Contudo, podemos afastar a reprovabilidade sobre o injusto praticado pelo agente, sob o argumento da inexigibilidade de conduta diversa. Como essa causa não vem expressa em nosso ordenamento jurídico-penal, devemos entendê-la como supralegal. Concluindo, somos de opinião de que em nosso ordenamento jurídico não

existe qualquer impedimento para que se possa aplicar a causa exculpante supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

A jurisprudência dos tribunais superiores, remotamente, era no sentido de afastar as denominadas causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa, contudo, nos últimos anos, vem apresentando forte tendência a pacificar entendimento em sentido contrário. A propósito, como exemplo, é válido transcrevermos a ementa de interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça:

STJ. PROCESSO PENAL E PENAL – HOMICÍDIO – JÚRI – INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – TESE DA DEFESA – POSSIBILIDADE – Por ocasião do julgamento pelo Júri, tendo a defesa formulado a tese de inexigibilidade de conduta diversa, o quesito correspondente deve ser formulado aos Jurados, mesmo que inexista expressa previsão legal sobre tal tese nos dispositivos do Código Penal.- Precedentes.- Ordem concedida para que se possibilite a formulação de quesito a cerca da causa supralegal de exclusão da ilicitude (inexigibilidade de conduta diversa).¹⁶

Nos arquivos do Supremo Tribunal Federal constam algumas antigas decisões repelindo a existência de causas supraleais de exclusão da culpabilidade.¹⁷ Recentemente, porém, nossa Corte Maior já sinaliza claramente em sentido contrário, embora não as tenha reconhecido nos processos apreciados, seja por óbices processuais, seja por não se configurarem no caso concreto a situação fática ensejadora da inexigibilidade de conduta diversa.

Os julgados cujas ementas adiante se transcrevem bem revelam a atual linha doutrinária de nossa Corte:

¹⁶ HC 12917/RJ. 5ª turma. Relator Ministro Jorge Scartezini, Julgado em 18 de Setembro de 1991. DJ, 10 jul. 2002, Site do STJ. 227 p.

¹⁷ STF. *Habeas Corpus*. Alegação de nulidades processuais. Teoria das causas supraleais de exclusão do crime ou de culpabilidade. - nulidade referente a inversão da ordem processual ao proceder-se a oitiva de testemunha de acusação, por meio de carta precatória, depois de ter sido prolatada a sentença de pronuncia, não e absoluta, e, no caso, ficou sanada. - em nosso sistema jurídico não e admissível a teoria das causas supraleais de exclusão de crime ou de culpabilidade. Correta, pois na formulação dos quesitos, a alusão ao estado de necessidade e não a inexigibilidade de conduta diversa. 'habeas corpus' indeferido. (hc 66192/ms, mato grosso do sul, 1ª turma, relator min. Moreira Alves, julgado em 21.06.88, dj 25.11.1988, pp 31064, ement. vol – 01525 – 03 pp – 00588).

STF. NULIDADE - AUSÊNCIA DE EXAME DE DEFESA APRESENTADA - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Se é certo que incumbe ao Estado-Juiz a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, com emissão de entendimento sobre as matérias de defesa apresentadas e demais fatos que tenham surgido no desenrolar da instrução criminal, não menos correto e afirmar-se que o vício de procedimento deve exsurgir ao primeiro exame. Constatado que tanto a sentença quanto o acórdão que a confirmou revelam apreciação de questões suscitadas pela defesa - no caso, a inexigibilidade de conduta diversa quanto ao porte de arma sem a devida licença - descabe cogitar de nulidade. O fato de o acusado ter sido vítima anteriormente de dois assaltos e estar se dirigindo a estabelecimento bancário para sacar valores não é idôneo ao afastamento da proibição que resulta do disposto no artigo 19 da Lei de Contravenções Penais e, portanto, a legitimidade do porte de arma sem a licença pertinente.¹⁸

STF. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NÃO - RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. ABOLIÇÃO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. DIFICULDADE FINANCEIRA. MATÉRIA PROBATÓRIA. 1. O artigo 3º da Lei n. 9.983/2000 apenas transmutou a base legal da imputação do crime da alínea 'd' do artigo 95 da Lei n. 8.212/1991 para o artigo 168-A do Código Penal, sem alterar o elemento subjetivo do tipo, que é o dolo genérico. Daí a improcedência da alegação de *abolitio criminis* ao argumento de que a lei mencionada teria alterado o elemento subjetivo, passando a exigir o *animus rem sibi habendi*. 2. A pretensão visando ao reconhecimento de inexigibilidade de conduta diversa, traduzida na impossibilidade de proceder-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias, devido a dificuldades financeiras, não pode ser examinada em habeas corpus, por demandar reexame das provas coligidas na ação penal. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.¹⁹

A averiguação de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade exige do julgador, seja ele togado ou leigo (jurado), uma análise criteriosa da situação, a fim de que apenas aquelas situações indubitavelmente reveladoras de que não se poderia exigir do agente, no caso concreto, comportamento diferente do que efetivamente teve sejam realmente reconhecidas, sob pena de acabar se criando uma causa "supralegal de impunidade".

Essa situação caracterizadora da inexigibilidade de conduta diversa nos parece claramente presente, conforme já explicitado, na conduta da gestante que resolve interromper prematuramente a gravidez de um feto anencéfalo, praticando o abortamento, que, para alguns, cuida-se de uma antecipação terapêutica do parto.

¹⁸ (HC 69614, 2ª turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 27.10.92, DJ 04.12.92, PP - 23059, EMENT VOL - 00146-01, PP-00236).

¹⁹ (RHC 86072/PR, 1ª turma, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 16.08.2005, DJ 28.10.2005, PP - 00051, EMENT VOL - 02211 - 02 PP - 00265).

FONTELES (2004 *apud* CONJUR, 2004b:1), invocando o princípio da proporcionalidade, assevera em seu parecer proferido nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/04 que a dor causada pela gravidez de feto anencéfalo provocaria reações diversas entre as gestantes, pois várias destas aceitam e levam a gravidez até seu término natural, o que evidenciaria ser essa dor suportável, mormente porque destinada a viabilizar o desenvolvimento da vida pelo tempo possível. Vejamos trecho do parecer nas palavras de seu subscritor:

50. De pronto, não são todas as gestante que, por sua dor, almejam livrar-se do ser humano, que existe em seus ventres maternos. 51. Há, outras também, gestantes, que, se experimentam a dor, superam-na e, acolhendo a vida presente em seu ser, deixam-na viver, pelo tempo possível. 52. Digo isso para assentar que a dor da gestante não é comum a todas as gestantes, de sorte que, e atento ao princípio jurídico da proporcionalidade, a temporalidade do direito à vida, como desenvolvi nos itens 42/45, retro, sobrepuja, por essa perspectiva, o direito da gestante não sentir a dor, posto que a dor não será partilhada por todas as gestantes, ao passo que todos os fetos anencéfalos terão suprimidas suas vidas.

Procura o ex-Procurador Geral da República insurgisse contra a possibilidade de abortamento de feto anencéfalo, entre outros motivos, utilizando suas palavras, porque “a dor não será partilhada por todas as gestantes”. Ora, parte o ex-Procurador Geral de uma afirmação correta, porém, concluindo de forma equivocada.

Não é porque algumas gestantes optam por prosseguir com a gravidez que se possa exigir comportamento diverso da gestante que, por não suportar a dor psicológica, e até física, opta por interromper a gestação.

A culpabilidade manifesta-se como uma reprovação social a uma conduta; sua análise é estritamente pessoal. Sendo assim, deve-se levar em consideração a pessoa da gestante individualmente considerada.

Nosso legislador infraconstitucional, de forma expressa, exclui a ilicitude do abortamento quando o feto é produto de um estupro (art. 128, II, CP). Caso a

gestante opte por fazer o abortamento, sua conduta não será criminosa. Como vimos, levou o legislador em consideração nesse caso o princípio da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma que na gravidez de feto anencéfalo, nem sempre a gestante irá optar pelo abortamento nos casos de estupro. É uma opção. Dá-se à mesma o direito de avaliar o que é mais traumático, se interromper a gravidez fruto de um ato de violência, ou prosseguir normalmente com a gestação até o nascimento.

Caso a gestante se mostre abalada psicologicamente a ponto de não querer a continuação de uma gravidez de um feto anencéfalo, encontra-se aí configurada uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por não se poder exigir comportamento diverso.

Processualmente falando, concretizando-se um abortamento naquelas circunstâncias, e pressupondo que tenha havido a instauração de um Inquérito Policial, três podem ser os momentos do reconhecimento da excludente supralegal da culpabilidade: 1 – através de promoção de arquivamento proposta pelo Ministério Público; 2 – pela absolvição sumária²⁰; 3 – por fim, em plenário do tribunal do júri, obviamente após reconhecimento pelo Conselho de Sentença.

Independente do momento processual em que a excludente seja reconhecida, o que importa é reconhecer a inexigibilidade da conduta da gestante que resolve interromper a gravidez de feto anencéfalo por não suportar os traumas psicológicos e/ou físicos que o prolongamento da gravidez lhe proporcionaria.

²⁰ Art. 411 O juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu (artigos 17, 18, 19, 22, e 24, § 1º, do Código Penal), recorrendo, de ofício, da sua decisão. Este recurso terá efeito suspensivo e será sempre para o Tribunal de Apelação.

9. O ABORTAMENTO DE FETO ANENCÉFALO E A CONDUTA DO MÉDICO QUE A REALIZA

É oportuno fazermos uma breve digressão sobre a conduta do médico que realiza o abortamento de feto anencéfalo. O art. 128 do Código Penal brasileiro diz expressamente que não ser punível o aborto (na realidade, abortamento) praticado por médico se: "I - não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal."

O legislador nesse ponto foi absolutamente coerente, pois, nas mesmas hipóteses legalmente previstas em que o abortamento pela gestante é permitido, também o permitiu ao médico, nos denominados abortos sentimental e terapêutico.

Não haveria sentido se fosse de outra forma, pois o procedimento de abortamento somente pode ser feito com segurança para a gestante se realizado por um profissional médico. De nada valeria possibilitá-la o abortamento nas situações descritas, se não o fosse com acompanhamento médico, principalmente na primeira hipótese, pois o direito a vida que se almeja proteger acabaria por ser colocado em risco, talvez potencialmente maior que o prolongamento da gravidez.

Apesar da expressão "não se pune" utilizada pelo legislador ser normalmente utilizada como causa de exclusão da culpabilidade, a doutrina inclina-se no sentido de que se trata, na realidade, de uma causa excludente da ilicitude, como leciona JESUS (1997b:124):

A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem causas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. Os dois incisos do art. 128 contém causas de exclusão da antijuridicidade. Note-se que o CP diz que

'não se pune o aborto'. Fato impunível em matéria penal é fato lícito. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do art. 128, não há crime por exclusão da ilicitude. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse 'não se pune o médico'.

A conduta da gestante está tão intrinsecamente ligada à do médico, que uma é inseparável da outra, onde uma for permitida, a outra também o será. Nos casos do art. 128 a conduta de ambos possui a mesma natureza jurídica, qual seja, excludente da ilicitude.

Nos casos de abortamento de feto anencéfalo entendemos que é possível o mesmo raciocínio. Se não é possível exigir-se da gestante conduta diversa que não seja interromper a gravidez de feto anencéfalo, não se poderá jamais exigir do médico comportamento também diverso, que não seja o consistente em abreviar o sofrimento psicológico e, por vezes, físico da gestante, tomando as medidas adequadas tendentes a viabilizar um abortamento seguro para aquela.

Entendimento diverso implicaria em impelir à gestante que resolvesse realizar o abortamento, riscos à sua própria saúde e vida, pois se valeria de meios inadequados, de clínicas clandestinas, de profissionais não habilitados para realizar um ato que, na nossa ótica, é permitido pelo ordenamento jurídico, pois consistente numa causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

A lógica do legislador ao permitir ao médico realizar o abortamento nas hipóteses mencionadas foi a de fazer de sua conduta, do ponto de vista do permissivo legal, uma consequência da conduta da gestante, em outros termos, sempre que a conduta da gestante for permitida a do médico também o será.

Assim, sendo inexigível da gestante comportamento diverso, ao médico também será inexigível outra conduta que não seja realizar o abortamento do feto anencéfalo.

CONCLUSÃO

Conclui-se, então, que eventual prática de abortamento de feto anencéfalo pela gestante, bem como do profissional médico que a realize, constitui-se uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, caracterizada pela inexigibilidade de conduta diversa.

Para os que adotam a teoria tripartida do delito (crime = fato típico + ilícito + culpável) não haveria crime. Por sua vez, para os que adotam a teoria bipartida, (crime = fato típico + ilícito, sendo a culpabilidade pressuposto de aplicação da pena), haveria o cometimento de crime, todavia, o agente não seria passível de punição em decorrência da exclusão da culpabilidade.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de Outubro de 1988. Organização do texto: Yussef Said Cahali, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Organização do texto: Luiz Flávio Gomes, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Lei n.º 6.015 de 31 de Dezembro de 1973**. Organização do texto: Yussef Said Cahali, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Lei n.º 8.069 de 13 de Julho de 1990**. Organização do texto: Yussef Said Cahali, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

_____. **Lei n.º 9.434 de 04 de Fevereiro de 1997**. Organização do texto: Yussef Said Cahali, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Organização do texto: Yussef Said Cahali, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 10 fev. 2007.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=homicidio+e+juri+e+inexigibilidade+e+conduta+e+diversa&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 12 abril 2007.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Ed. Rev. e Atual. São Paulo: FTD, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.º 1.752 de 13 de Setembro de 2004. **Diário Oficial da União**. Seção I, Brasília, 2004. 140 p.

DIAMENT, Aron; CYPEL, Saul. **Neurologia Infantil**. São Paulo: Atheneu, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Ed., Rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1090, 26 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561>>. Acesso em: 16 jul. 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

HOUAISS, Antônio. **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**. Rio de Janeiro: Delta, 1999.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Geral**. 17 ed, São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direito Penal, Parte Especial: dos crimes contra a pessoa**. 18 ed, São Paulo: Saraiva, 1997.

LARA, André Martins. *et al.* **Existe aborto de anencéfalos?** **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>>. Acesso em: 07 jun. 2006.

LIMA, Daniel Robson Linhares e Giulliana Silveira de Souza. A Aplicação da excludente de culpabilidade do art. 128, II, do Código Penal, aos casos de anencefalia: Prevalência excepcional da dignidade da pessoa humana sobre o direito à vida. **Revista da Esmarn**. Mossoró, Rio Grande do Norte, vol. 3, Setembro de 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PONTES, Manuel Sabino. A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 16 jul. 2006.

QUEIROZ, Victor Santos. Reflexões acerca da equiparação da anencefalia à morte encefálica como justificativa para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 760, 3 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7111>>. Acesso em: 16 jul. 2006.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Coisa da natureza, Como votou Carlos Britto no caso de aborto de anencéfalo**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/05, São Paulo, 28 de abril de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/34426,1/2>>. Acesso em: 20 de outubro de 2006.

_____. **Posição marcada, PGR apresenta parecer contra aborto de feto sem cérebro**, Cláudio Fonteles. São Paulo, 19 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br//static/text/29128,1/2>>. Acesso em: 10 fev. 2007.

_____. **Tortura psicológica, Advogado analisa estado de mãe grávida de feto sem cérebro**. São Paulo, 13 de julho de 2004. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/04. Petição Inicial, Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br//static/text/26549,1/2/3>>. Acesso em: 15 fev. 2007.

_____. **Lenha na fogueira, Ministro aposentado dá parecer contra interrupção de gravidez**, José Néri da Silveira. Porto Alegre, 29 de agosto de 2004. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/6593,1/2/3/4/5>> . Acesso em 15 jan. 2007.

TAGLIAFERRO, Kleber. **Aborto ou terapêutica? Vida e dignidade: um conflito de direitos humanos fundamentais. Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 378, 20jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>>. Acesso em: 16 jul. 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**: de acordo com a lei 7.209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.