



onde a observância do princípio constitucional da dignidade humana – fundamento daquele – se torna o norte para qualquer forma de interpretação na seara penal, o conteúdo das normas incriminadoras devem se coadunar com a realidade, sob pena de inconstitucionalidade. Ademais, agrega-se ao fator *necessidade de conteúdo e adequação social da norma* como princípio de *justiça social*, o paradoxal elenco no CP das causas excludentes de criminalidade relativas ao crime de aborto, as quais, se verificadas num plano axiológico, bem fundamentam a possibilidade da interrupção da gravidez, via autorização judicial – enquanto não houver legislação específica – nos casos de anencefalia.

### **Palavras-Chave** .....

Aborto (Direito); Anencefalia (Medicina); Dignidade Humana (Direito).

### **Abstract** .....

This work offers a reflection on the criminal field concerning the legal relationship established, *in abstracto*, between the Justice and the unfortunate woman who is pregnant with a fetus with a specific congenital deformity – *anencephaly* - faced with the Repressive Brazilian Criminal Code currently in force, whose incriminating precepts do not allow, in theory, the possibility of interrupting the pregnancy in the name of protection of the right to life. Thus, the pregnant woman, in this condition, does not have the option to interrupt the pregnancy, even though it has been scientifically proven that the extra-uterine fetus is unviable. We understand that as we come from a Democratic State of Law, where the observance of the constitutional principle of human dignity – based on it – becomes the standard for any form of interpretation in the criminal field, the content of the incriminatory regulations should be in accordance with the reality, otherwise it becomes unconstitutional. Furthermore, the factor of *need for content and social adaptation to the regulation* as a principle of *social justice* is added to the paradoxical list in the Criminal Code of exclusion causes of criminality related to the crime of abortion which, if verified in an axiological plan, form a firm basis for the possibility of interruption of the pregnancy, by means of legal authorization - while there is no specific legislation - in cases of anencephaly.

### **Key Words** .....

Abortion (Law), Anencephaly (Medicine), Human Dignity (Law).

# 1. Introdução

Hodiernamente, vivemos numa efervescente descoberta no ramo da Medicina, certamente corolário das constantes pesquisas e avanços tecnológicos acerca do corpo humano, mormente a partir dos últimos anos da década de 70. Assim, cada vez mais, o alto nível cognitivo do funcionamento do organismo humano traz à lume, reflexamente, influências, as quais iniciam sua interiorização na Sociedade, revelando-se de forma inédita e exigindo um repensar de valores.

Com efeito, a temática versada na presente pesquisa procura demonstrar uma das vertentes dessas influências, exteriorizada pelo diagnóstico científico efetivo e preciso, durante a gestação humana, da anencefalia. A concreta imputação de crime de aborto à eventual interrupção da gravidez por conta dessa anomalia fetal, nos ditames do vetusto Digesto Penal Pátrio em vigor<sup>1</sup> é o que deve ser refletida. Portanto, um dos pilares desse trabalho será o Código Penal de dezembro/1941, cujas normas incriminadoras vigentes acerca do aborto demandam implicações negativas - por certo retrógradas - no âmbito de incidência da tese suscitada, pois não dão conta do processo evolutivo científico e tecnológico das últimas décadas, porquanto limitadas ao contexto dos idos de 1938<sup>2</sup>.

Destarte, o imbróglio na seara jurídica, após vários pronunciamentos de juízes de primeira instância<sup>3</sup>, e de Tribunais Regionais<sup>4</sup>, chegou ao Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>.

Dessa feita, urge estabelecer a Lex e a doutrina (tradicional e contemporânea) na senda penal da conduta do abortamento<sup>6</sup>, bem como premissas constitucionais, e outros regulamentos, que de algum modo demandam fundamentos ao desate da liça em tela.

É de se ressaltar, que não nos insurgiremos sobre questões religiosas, porquanto entendermos suas lições estarem afetas aos seus súditos em particular e não à sociedade como um todo.<sup>7</sup>

Do todo exposto, extrai-se o escopo vestibular da presente pesquisa: vislumbrar possibilidade de autorização judicial para interrupção da gravidez, cujo produto da concepção seja, comprovadamente, um feto anencéfalo, sem que haja comprometimento da ordem e segurança jurídica - malgrado inexistir regramento específico - cujos moldes, sugestivamente a doutrina propugna, na tentativa de extirpar dogmas. Como

resultado, sobrelevará a excludente de ilicitude da conduta, quando combinada interpretação com os tipos penais permissivos do aborto (por médico habilitado<sup>8</sup> ou em caso de prenhez resultante de estupro<sup>9</sup>), atendidos preceitos e princípios constitucionais, e penais.

Cabe salientar ainda que de nenhuma forma se procura fazer apologia ao crime de aborto. O mister auspicioso se consubstancia em contribuir aos debates sem a pretensão de exaurir temática por demais fértil, complexa e controvertida.

## **2. Vida e morte no Plano Jurídico: aspectos destacados**

É imperioso estabelecer *juridicamente* o que venha a ser a *vida* e a *morte*, excluindo excogitações transcendentais, para melhor visualização do problema *sub examine*.

Como lições primevas, relativamente à *vida do produto da concepção*, temos as seguintes assertivas de França:

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. [...]. Mesmo que se quisesse falar em vida num sentido mais técnico relativamente ao feto, não se poderia esquecer que ele é dotado de vida biológica ou vida intra-uterina, o que não deixa de ser vida. O feto tem capacidade de adquirir personalidade, é pessoa virtual, um ser vivente<sup>10</sup>.

Na mesma esteira, porém mais realista, Belo agrega informações:

O nascituro é indubitavelmente um ser vivente que cresce, tem metabolismos orgânicos, batimentos cardíacos e, até, na fase mais avançada da gravidez, se movimenta com *animus* próprio. [...] o feto, e isso é óbvio, tem, sim, vida, e vida própria, não importando o momento da gestação materna. Verdade é que se encontra transitoriamente ligado, pelas deficiências de uma fase de sua evolução, ao corpo materno, de quem tem dependência direta. [...] Não há, pois, confundir vida do processo fisiológico da gravidez – cujo titular é o próprio feto, pois se trata de uma vida própria – com o conceito de vida autônoma, adquirida pelo feto só após o início da respiração e do rompimento do cordão umbilical<sup>11</sup>.

Fragoso já lecionava referentemente ao aborto:

Investigando ontologicamente o tipo incriminador temos que o objeto da tutela jurídica é a vida da pessoa em formação, o que justifica a classificação do fato, embora a rigor não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção (feto ou embrião) não é pessoa, mas também não é mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno (*portio viscerum ou pars ventris*), pois é considerado autonomamente pelo direito para certos efeitos<sup>12</sup>.

Assim, fica estabelecido, presentemente entre nós, que o produto da concepção, seja na forma de ovo, embrião ou feto, tem vida, e que essa vida é própria, porém dependente do organismo materno, e a proteção jurídica se dá em decorrência da *vida em formação*, inexistindo considerações acerca da viabilidade ou não de vida extra-uterina.

Já no que concerne à *morte do ser humano*, é preciso definir o momento em que ocorre o evento. Assim, a doutrina de França nos dá um sinal:

Hoje, através dos critérios estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM nr. 1.480/97)<sup>13</sup>, a morte, pelo menos quando da parada total e irreversível das atividades encefálicas, está definida pelo que se chama de morte encefálica. Este conceito vem substituindo dia a dia o de morte circulatória, tida como a parada definitiva das atividades do coração. [...]

Atualmente, a tendência é dar-se privilégio à avaliação da atividade cerebral e ao estado de descerebração ultrapassada como indicativo de morte real. [...]<sup>14</sup>.

Com efeito, respeitadas as opiniões em contrário acerca do evento morte<sup>15</sup>, diz-se no âmbito da Medicina ser ela contemplada pela Resolução *supra*, cujas disposições são suficientes à convicção do médico atuante, as quais, eventualmente, podem ser adicionadas de uma pitada do senso profissional em cada caso concreto.

Juridicamente, entretanto, respeitadas as linhas médicas, o evento morte se caracteriza em nosso País, através da Lei nr. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997<sup>16</sup>, cujas disposições tratam sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Veja-se o que diz o art. 3º, da *Lex* em comento:

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

Para regulamentar a Lei 9.434/97, adveio o Decreto nr. 2.268, de 30 de junho de 1997<sup>17</sup>, cuja Seção I, que trata *Da comprovação da morte*, no seu art. 16, assim enuncia:

**Art. 16.** A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica.

**§ 1º.** O diagnóstico de morte encefálica será confirmado, segundo os critérios clínicos e tecnológicos definidos em resolução do Conselho Federal de Medicina, por dois médicos, no mínimo, um dos quais com título de especialista em neurologia, reconhecido no País; [...].

Por conseguinte, temos por irretorquível o manejo do suporte da *morte encefálica* no ordenamento jurídico brasileiro a fim de caracterização do momento do evento funesto.

Cabe gizar, que não podemos descurar do ponto nevrálgico do nosso tema, qual seja o feto. Assim, as considerações de *vida* e de *morte* devem se voltar ao foco relativo à *vida em formação* e à *malformação*<sup>18</sup> específica do feto.

### **3. O crime de aborto no Código Penal vigente** ●●●●●●

Nas clássicas lições de Fragoso acerca do tipo objetivo do crime de aborto, temos:

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Pressupõe, portanto, a gravidez, isto é o estado de gestação, que, para os efeitos legais, inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina. [...]. A ação incriminada consiste na interrupção da gravidez, destruindo-se o produto da concepção ou provocando-se a morte do feto, sem que se exija a sua expulsão<sup>19</sup>.

Assim, disposto na parte especial do CP, no Título I, *Dos Crimes contra a Pessoa*, no Capítulo I, *Dos Crimes contra a Vida*, tem-se os arts. 124 (*auto-aborto ou aborto consentido*), 125 (*aborto*

provocado por terceiro), e 126 (aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante), os quais preceituam condutas e cominam penas.

De outra banda, o art. 128, do CP, assevera que *não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário ou terapêutico) e, II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto sentimental, humanitário ou ético)*. Tais dispositivos são verdadeiras excludentes de ilicitude<sup>20</sup>. Portanto, apresentam-se no Código Penal vigente *apenas duas possibilidades de se interromper a gestação* e retirar o produto da concepção do ventre materno de forma *expressamente autorizada por lei*.

É de se ressaltar que a proteção do feto no CP sempre teve o pressuposto de que este se desenvolveria *normalmente*. Assim é a doutrina de Belo:

Quando o legislador descreveu o crime de aborto visava a punição da ruptura do processo de gravidez e a defesa do desenvolvimento do ser humano *in germe* com vistas à vida extra-útero. A previsão da lei é essa. A realidade médica, natural, é outra. O juízo de valor que se emite naquela situação *normal* é diversa do juízo de valor dessa outra situação *anormal*<sup>21</sup>.

Por conseguinte, o tratamento “a ferro e fogo” hoje oferecido pelas leis penais não observam nuances que põe à prova o verdadeiro sentido do *jus puniendi* estatal.

#### **4. A Anencefalia - Tratamento jurídico e clínico**

No final dos anos 70, a Medicina no Brasil já utilizava novas técnicas de diagnóstico pré-natal detectadoras de possíveis anomalias fetais<sup>22</sup> e, por via de consequência, também laborava aspectos relativos ao tratamento, por conta das informações trazidas da medicina alienígena.<sup>23</sup>

Contudo, nem todos os problemas detectados pelos exames clínicos durante a gestação humana têm tratamento *intra* ou *extra-útero*<sup>24</sup>, porquanto afetos a malformações severas, ou associadas a outras anomalias, que tornam o produto da concepção inviável, ou seja, o prognóstico morte, logo após o nascimento, é certo e irreversível.<sup>25</sup>

Nesse contexto, haverá de ter o sentimento de credibilidade e segurança nas análises clínicas fetais. Conforme Gollop:

A imensa maioria dos diagnósticos realizados em medicina fetal é baseada em certezas e não probabilidades. A margem de erro com a qual se trabalha nessa área, contando evidentemente com profissionais habilitados, é mínima. Esse dado deve ser um fator de tranquilidade para as pacientes, para o legislador e para a sociedade<sup>26</sup>.

Destarte, a ciência pode determinar com minudência a ocorrência de malformação fetal.

Belo assim conceitua a anencefalia:

É uma má-formação estrutural, consubstanciada na ausência da calota cerebral. A anencefalia, ou ausência dos dois hemisférios cerebrais, é a ausência de função total e definitiva do tronco cerebral. Em alguns casos, o feto poderá sobreviver poucos dias fora do claustro materno. A afecção impede de forma definitiva qualquer tipo de consciência e de relação com outro<sup>27</sup>.

Para maiores esclarecimentos - não mais se pode desconsiderar - tem-se inúmeros sites eletrônicos especializados com respostas às perguntas mais freqüentes sobre o tema. Então: O que é anencefalia?

Anencefalia é um defeito congênito (do latim “congenitus”, “gerado com”). Começa a se desenvolver bem no início da vida intra-uterina. A palavra anencefalia significa “sem encéfalo”, sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central contidos na caixa craniana. Não é uma definição inteiramente acurada, pois o que falta é o cérebro com seus hemisférios e o cerebelo: Uma criança com anencefalia nasce sem o couro cabeludo, calota craniana, meninges, mas contudo o tronco cerebral é geralmente preservado. Muitas crianças com anencefalia morrem intra-útero ou durante o parto. A expectativa de vida para aquelas que sobrevivem é de apenas poucas horas ou dias, ou raramente poucos meses.<sup>28</sup>

Apesar de longo o trecho, vale sopesar o que o Juiz de Direito da Comarca de Londrina, Miguel Kfourri Neto<sup>29</sup>, evidenciou como fundamento de sua decisão favorável à interrupção da gravidez por anencefalia, onde entendeu estar diante de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só:

[...] um caso que merece especial atenção é o da anencefalia, que consiste na ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais. Não



corresponde exatamente, no plano médico, à 'morte cerebral'. O sinal inequívoco desta, admite-se hoje, reside na verificação da ausência de função total e definitivamente do tronco cerebral. Pois bem, este está presente nos fetos anencéfalos e permite, em alguns casos, uma sobrevivência de alguns dias, fora do claustro materno. Antropologicamente falando, as duas situações são, sem embargo, similares: a ausência de hemisférios cerebrais, no primeiro caso e sua afetação definitiva, no segundo, suprime para sempre o suporte indispensável para toda forma de consciência e de relação com o outro. No segundo caso, reconhece-se a morte da pessoa. Não há razão para deixar de afirmar que, no primeiro caso, a vida que subsiste não é propriamente falando, uma vida humana, a vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana.

Por conseguinte, corolário das assertivas enunciadas, tem-se o diagnóstico efetivo de uma malformação estrutural, cujo efeito é trazer a certeza da impotência fetal de vida extra-útero. Porque "nisto não parece haver contradição entre o conhecimento científico e a vulgar experiência comum quando segundo ambos se estabelece que um ser sem cérebro [...] não pode viver, nem pouco, nem muito"<sup>30</sup>.

Urge, nesse ponto, evidenciar os países em que a legislação autoriza a gestante a interromper a gravidez quando há risco de vida para sua saúde mental, do feto ou lesão deste, conforme Ribeiro: Alemanha, África do Sul, Canadá, Dinamarca, Espanha, França (porém, condiciona a interrupção a ser feita nos primeiros três meses de gestação, quando esta é motivada pelo abalo à saúde mental da mulher), Gana, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Índia, Israel, Itália, Luxemburgo, Portugal. Na Suíça e no Peru, estas indicações são limitadas às hipóteses em que há perigo para a saúde psíquica da gestante<sup>31</sup>.

Nossa legislação penal não permite a prática do abortamento nos casos de anencefalia. Hungria em texto datado do ano de 1942 festejou a proibição nos seguintes termos:

Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico<sup>32</sup>, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretenciosa charlatanice que dá pelo nome de eugenia. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado<sup>33</sup>.

Diante desse contexto, aqui no Brasil, de acordo com as leis penais vigentes alhures demonstradas, o médico, diagnosticando ser *incontestemente* o fato de o feto portar uma anomalia congênita incompatível com a vida, este não pode oferecer à gestante o direito de escolha entre interromper ou não a gestação.<sup>34</sup> Aplica-se, *in casu*, a ideologia do *dura lex, sed lex*, muitas vezes bandeira de fácil manejo àqueles que se rendem ao comodismo de citar a lei como argumento de imobilização jurídica e social<sup>35</sup>.

## 5. A Carta Magna vigente e o Estado Democrático de Direito: reflexos na seara penal

Com o ferramental penal defasado no tempo, fica evidente o não atendimento aos reclamos da sociedade.

Com efeito, o Brasil dispõe de uma Carta Magna<sup>36</sup>, que proporciona silogismos, assegurando, de forma eficaz, a dignidade humana de seu povo.

O Estado Democrático de Direito insculpido no art. 1º *caput*, da CRFB/88, informa avanço social em seu traçado, porquanto decorrer daí, obrigatoriamente, *justiça efetiva* na elaboração e interpretação das leis penais. Vejamos o porquê, nas ensinanças de Capez:

Estado Democrático de Direito é muito mais do que simplesmente Estado de Direito. [...].

Embora configurasse relevantíssimo avanço no combate ao arbítrio do absolutismo monárquico, a expressão “Estado de Direito” ainda carecia de um conteúdo social. [...] considerava-se Direito apenas aquilo que se encontrava formalmente disposto no ordenamento legal, sendo desnecessário qualquer juízo de valor acerca de seu conteúdo. A busca da igualdade se contentava com a generalidade e impessoalidade da norma, a qual garante a todos um tratamento igualitário, ainda que a sociedade seja totalmente injusta e desigual. [...]. Estado Democrático de Direito, significa não só aquele que impõe a submissão de todos ao império da lei, mas aquele em que as leis possuem conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais somente os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade. Sem esse conteúdo, a norma se configurará como atentatória aos princípios básicos da dignidade humana<sup>37</sup>.

Destarte, o Direito Penal em se submetendo aos mandamentos constitucionais de um Estado Democrático de Direito, encontra-se vinculado à realidade, tendo por, necessariamente ao se criar uma norma incriminadora ou a acomodar um fato ocorrente, de se trilhar por uma rígida apreciação axiológica, tanto pelo legislador, como pelos operadores do Direito. Com percuciência, continua Capez:

A norma penal, portanto, em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, aqueles que de fato possuem real lesividade social. [...].

[...] Não mais se admitem critérios absolutos na definição dos crimes, os quais passam a ter exigências de ordem formal (somente a lei pode descrevê-los e cominar-lhes uma pena correspondente) e material (o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito)<sup>38</sup>.

Assim, na atividade de controle da elaboração e da aplicação da Lei penal, temos princípios constitucionais norteadores, cujo princípio reitor é o *princípio da dignidade humana*.<sup>39</sup> Nessa senda, consonante, Capez:

[...] do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. A dignidade humana, assim, orienta o legislador no momento de criar um novo delito e o operador, no instante em que vai realizar a atividade de adequação típica. [...] Da dignidade humana, por sua vez, derivam outros princípios mais específicos, os quais propiciam um controle de qualidade do tipo penal, isto é, sobre o seu conteúdo, em inúmeras situações específicas da vida concreta. [...] são: legalidade, insignificância, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade<sup>40</sup>.

Por fim, arremata o doutrinador, sua tese renovatória penal:

Assim, o tipo penal ou a sua aplicação, quando, a pretexto de cumprir uma função de controle social, desvincular-se totalmente da realidade, sem dar importância à existência de algum efetivo dano ou lesão social, padecerá irremediavelmente do vício de

incompatibilidade vertical com o princípio constitucional da dignidade humana.

É imperativo do Estado Democrático de Direito a investigação ontológica do tipo incriminador. Crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade<sup>41</sup>.

Como resultado, extrai-se efetiva realização da justiça social no aspecto penal, d'onde os reflexos informadores constitucionais demandam a necessidade de adequação da norma à realidade da Sociedade, sob pena de ferimento aos princípios<sup>42</sup> e às normas constitucionais.

Dessa feita, torna-se imperativa a bem refletida – no plano axiológico – eleição de bens jurídicos que serão tutelados pelo Estado, estabelecendo-se normas de conduta efetivamente lesivas socialmente. Por via reflexa, evidentemente, por haver uma normatividade já estabelecida na senda do *jus puniendi*, deve-se, quando da aplicação dessa mesma Lei – que genericamente açambarca as condutas – atribuir o conteúdo à norma, de conformidade com as respostas dadas pela sociedade – através do empirismo a que foi submetida, ou pelo despertar de um extirpar dogmático decorrente do impacto gerado pelas certezas advindas da ciência, principalmente da área da Medicina – e também, verificar se consonante com os princípios constitucionais, sobrelevando-se, por cogência, o princípio da dignidade humana, porquanto vivermos num Estado Democrático de Direito, como alhures sopesado.

E mais a mais, em nosso País, é sabido e consabido que, *ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante* (art. 5º, inc. III, da CRFB/88).<sup>43</sup> Portanto, a mulher estando grávida de um feto comprovadamente anencéfalo, de vida extra-uterina absolutamente comprometida de modo a impossibilitar-lhe viver (na verdadeira acepção da palavra) estará ou não submetida a *tratamento desumano*, acaso não tenha a faculdade de interromper a gestação?<sup>44</sup>

Veja-se, que um feto *sem cérebro*, por interpretação da Lei 9.437/97, reforçada pela Resolução do CFM nr. 1480/97, é *considerado juridicamente morto*<sup>45</sup>, pois *sua vida é vegetal*, dependente do organismo materno<sup>46</sup>. Destarte, se a caracterização do evento morte, dá-se com o falecimento do cérebro, de que forma pensar

diferente?<sup>47</sup> Ou alguém duvida da Medicina Fetal que anuncia cientificamente a anencefalia e sua incompatibilidade com a vida?

É de bom tom ressaltar que, há muito, o Iluminismo separou as crenças religiosas, da razão, tendo como expoente as ciências. Retrógrados, pois, seríamos se sobrelevássemos, nesse momento, questões religiosas e transcendentais a afirmar a vida desse feto como que absoluta.<sup>48</sup> Haverá um relativismo no tocante à *vida vegetativa* desse ser, quando em confronto com a dignidade humana da mãe<sup>49</sup>, porquanto se deve acrescer ao conceito de vida, a *qualidade dessa vida*.<sup>50</sup>

Usamos das palavras do insígne professor Costa Júnior:

Por que levar adiante uma gravidez cujo feto seguramente não sobreviverá? Por que impor um sofrimento psicológico tão intenso e inútil à gestante? Direito é bom senso. Direito é balanceamento de bens, cotejando-se em cada situação, os seus valores. Diante do diagnóstico de anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, a melhor solução é o aborto<sup>51</sup>.

Nessa trilha, Suplicy:

É necessário utilizar as técnicas disponíveis para estudo e diagnóstico de problemas no feto, dando às mães que se tornam verdadeiros “caixões ambulantes”, a possibilidade de decidir sobre a manutenção ou não da gravidez. Algumas mulheres darão preferência por levar adiante a gestação, enquanto outras farão opção contrária, por se sentirem sem estrutura emocional para suportar tal vivência. É tortura obrigar uma mãe, contra sua vontade, a manter uma gravidez por vários meses se o resultado final for o óbito do nascituro. [...] Parece-nos urgente e necessário sintonizar a legislação com os avanços da ciência. [...]<sup>52</sup>.

Hungria - príncipe dos penalistas - aplaudiu, como vimos, a proibição do aborto por razões de malformação congênita. Entendamos que, malgrado não dispor da tecnologia de que hoje nos alcança, deu sinais claros, à época, de que, se presente entre nós, defenderia a exclusão de antijuridicidade da conduta em pesquisa, quando aduziu que “se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação do feto.”<sup>53</sup>.

Respaldando a tese suscitada, recente liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, na data de 01/07/2004, expõe:

[...] diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. [...] no caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. [...] Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. [...] manter esse tipo de gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina.<sup>54</sup>

Assim, fundamentados amiúde, temos por viável o pedido de autorização judicial para o abortamento em casos de anencefalia, sem que se fira a ordem e a segurança jurídica estabelecida no Brasil, respeitadas as doudas opiniões em contrário.<sup>55</sup>

## **6. Ratificação na senda penal** ●●●●●●●●●●●●●●●●●●●●

Com efeito, quando se vê no Código Penal, principalmente, o dispositivo referente à excludente de ilicitude do inc. II, do art. 128 (*aborto sentimental* \_decorrente de estupro), tem-se por ratificadas as linhas sobreditas. É o que se denota nas lições de Franco:

[...] se permitiu, há mais de cinquenta anos, com reconhecida e necessária coragem, o aborto sentimental, independentemente dos riscos de vida à mãe e das condições do feto, admitiu como possível, havendo risco à saúde física ou psíquica da mulher (e não só à vida), bens individuais que necessitam igual tutela, o aborto do feto sem possibilidade de vida autônoma. Essa interpretação parece mais condizente com o intuito da lei, não atenta contra o direito à vida e se reveste, creio, de ponderáveis contornos humanitários<sup>56</sup>.

Ora, se nos casos de aborto sentimental o feto é viável extra-útero – ao menos há presunção disso - verdadeiramente, assim se mata em nome da piedade<sup>57</sup>. Por conseguinte, mais frágeis, obtemperamos, são os argumentos de quem dissente da possibilidade de abortamento nos casos de anencefalia, com fulcro na proteção constitucional da vida.

Pode-se aplicar, assim, uma analogia *in bonam partem* de acordo com os incisos I e II do art. 128 do Código Penal, pois se está beneficiando uma das partes (a gestante), sem danos à outra (o feto sem perspectivas de sobrevivência), que não teria mais vida a ser tutelada. Na visão jurídica, ao antecipar o sofrimento da mãe, permitindo-lhe realizar a interrupção da gravidez, não se estaria tirando a vida do feto; estar-se-ia, apenas, antecipando um fato já consumado.

Portanto, bem possível, ao certo, o recurso da analogia *in bonam partem*, cujo fundamento está no aforismo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem jus*<sup>58</sup>, para os casos de feto portador de anencefalia, cujo efeito é a exclusão da ilicitude. É cediço na doutrina a aplicação dessa espécie de analogia quando se trata de norma permissiva, caso da excludente do inciso II, do art. 128, do CP, já referido<sup>59</sup>.

## 7. Conclusão .....

· Vivemos num *Estado Democrático de Direito*, onde a observância do princípio constitucional da *dignidade humana* – fundamento daquele – se torna o norte para qualquer forma de interpretação na seara penal e, assim sendo, o *conteúdo das normas* incriminadoras deve se coadunar com a realidade, sob pena de inconstitucionalidade.

· No mesmo passo, interpretando o vetusto CP/1941, preenchendo o conteúdo da norma de forma a adequá-la socialmente, pode-se aplicar a analogia *in bonam partem*, nos casos de anencefalia, traçando o caráter de excludente de antijuridicidade à conduta de antecipar o parto de um feto inviável extra-útero, nos moldes estabelecidos pelo art. 128, do mesmo Diploma.

Como corolário, procedente será o pedido de autorização judicial, para a interrupção da gestação, quando comprovado cientificamente, tratar-se de anencefalia.

# Notas

- 1 Decreto-Lei nr. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, cujas disposições acerca do tipo penal do aborto mantêm-se originais.
- 2 Porque o projeto do Código Penal fora avaliado nesse período, conforme Exposição de Motivos.
- 3 Estudo inédito feito por médico brasileiro revela que 350 alvarás foram concedidos no país em casos proibidos por lei. [Fonte: Folha de São Paulo de domingo, 01.09.1996, manchete].
- 4 TJMS – AC 2002.000466-0/0000-00 – 4ª T.Cív. – Rel. Des. João Maria Lós – J. 25.02.2002; TJSP – MS 329.564-3 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. David Haddad – J. 20.11.2000; TAMG – AC n. 219.008-9 – 1ª C.Cível – Rel. Juiz Alvim Soares – J. 18.06.1996; dentre outros.
- 5 O Ministro Marco Aurélio do STF concedeu liminar à Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para reconhecer o direito constitucional de gestantes que decidam realizar operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos. A decisão foi concedida nos autos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e atualmente, encontra-se suspensa pelo Plenário. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).
- 6 “Divergências existem a respeito da palavra. Médicos e juristas não se acordam no conceito quando alguns opinam que se deveria usar a palavra abortamento, designando a conduta de abortar, reservando àquela palavra ao produto morto ou expelido. Todavia, a palavra aborto é de uso mais comum por ter sido a empregada pelo Código Penal nos preceitos típicos da norma incriminadora.”[BELO, 1999, p. 19].
- 7 A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) realizou fortes pressões para tentar convencer o Supremo Tribunal Federal (STF) a revogar a decisão que permitiu a interrupção de gestações de fetos com anencefalia. [Fonte: Agência Estado - 13.07.2004].
- 8 É o chamado aborto necessário, inserto no inciso I, do artigo 128, do CP: se não há outro meio de salvar a vida da gestante.
- 9 Comumente chamado na doutrina de aborto sentimental, ético ou humanitário, encontra-se no inciso II, do art. 128, do CP.
- 10 FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 2001, p. 243.
- 11 BELO, Warley Rodrigues. *Aborto. Considerações Jurídicas e Aspectos Correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 25-26
- 12 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976, v. 1, p. 126



- 13 **Art. 1º.** A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias. **Art. 2º.** Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no “termo de declaração de morte encefálica” anexo a esta Resolução. **Art. 3º.** A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida. **Art. 4º.** Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia. [...] **Art. 6º.** Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: a) ausência de atividade elétrica cerebral ou, b) ausência de atividade metabólica cerebral ou, c) ausência de perfusão sanguínea cerebral. [Texto que pode ser encontrado em [www.portalmédico.org.br](http://www.portalmédico.org.br)].
- 14 FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 2001, p. 308-309 (inserimos nota no texto).
- 15 França, 2001, p. 308-311, oferece uma gama de informações da medicina alienígena, onde se acrescem outros elementos informadores para caracterização do evento morte, além da encefálica, consubstanciados inteiramente no dever ético-profissional.
- 16 Texto de Lei que pode ser encontrado em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br), link legislação, leis ordinárias.
- 17 Texto que pode ser encontrado em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br), link legislação, decretos>.
- 18 “Malformação é uma sequência na qual existe uma formação precária de um tecido que inicia uma série de defeitos subsequentes. Podem ser maiores, quando necessitam de intervenção cirúrgica, incluindo-se nesta divisão as compatíveis (v.g. anencefalia, agenesia renal bilateral) ou menores, quando não há necessidade de intervenção médica (v.g. hemangioma, clinodactilia).” [TESSARO, 2002, p. 12].
19. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 127-128
- 20 Nesse sentido: Capez, *Curso de Direito Penal*, 2004, v.2, p. 121; Fragoso, *Lições de Direito Penal: Parte Especial*, 1976, p. 135-139; FRANÇA, *Medicina Legal*, p. 246; Mirabete, *Manual de Direito Penal*, 1991, v.2, p. 81; Delmanto, *Código Penal Comentado*, 1991, p. 217; Noronha, *Direito Penal*, 1994, v. II, p. 69; Jesus, *Direito Penal*, 1993, p. 109; *Exposição de Motivos da Parte Especial do CP*; Belo, *Aborto*, 1999, p. 61; dentre outros. No sentido de que o art. 128, do CP, trata de excludente de punibilidade ou escusas absolutórias (As escusas não tornam lícito o ato, mas somente autorizam sua não punição): Sebastián Soler, Fontán Balestra, Rodríguez Devesa, Quintano Ripollés, o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Walter Moraes, o Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Ricardo Henry Marques Dip;

o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Osasco/SP, Vicente de Abreu Amadei; dentre outros.

- 21 BELO, Warley Rodrigues. *Aborto. Considerações Jurídicas e Aspectos Correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 95, destaque original.
- 22 “[...] o diagnóstico pré-natal (DPN) de anomalias fetais foi uma aquisição incorporada à medicina na década de 50 nos países desenvolvidos, e iniciada no Brasil no final dos anos 70. Nos últimos anos desenvolveu-se uma nova área multidisciplinar de atuação, denominada Medicina Fetal, que incorporou às técnicas de diagnóstico as possibilidades de terapêutica intra-uterina.” [GOLLOP, 1994/95, p. 54].
- 23 Acerca da evolução histórica das técnicas de detecção de anomalias, ver Tessaro, 2002, p. 54, nota nr. 59.
- 24 “Atualmente é possível o diagnóstico preciso de inúmeras anomalias, malformações e patologias fetais ‘intra-útero’, sem que esteja disponível qualquer forma de tratamento efetivo para o problema identificado.” [QUAYLE, Julieta. *Aspectos Psicológicos em Medicina Fetal*. apud Cha, Zugaib, 1993, p. 49]. Nesse sentido: Tessaro, 2002, p. 56.
- 25 Nesse sentido: Tessaro, 2002, p. 25.
- 26 GOLLOP, Thomaz Rafael. *O Descompasso entre o Avanço da Ciência e a Lei*. São Paulo: Revista da USP, v. 24, dez.-fev., 1994/95., p. 55
- 27 BELO, Warley Rodrigues. *Aborto. Considerações Jurídicas e Aspectos Correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 83
- 28 Retirado do endereço eletrônico <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.htm#per1>>. Acesso em 03/10/05.
- 29 Citado por Franco, 1992, p. 25.
- 30 RIBEIRO, Diaulas Costa. *Interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável*. Brasília: *Revista do Ministério Público Federal e Territórios*, n. 03, jan.-jun., 2000., p. 103. (“A lei defende a vida. Inquestionável. Mas que tipo de vida existe em um feto sem cérebro? Não basta o simples existir.”) [BELO, 1999, p. 115].
- 31 *Idem*, p. 96. (Maiores informações acerca do procedimento para as interrupções voluntárias, aborto legal, aborto punível, nesses e em outros países, em Tessaro, 2002, p. 43-45; e Belo, 1999, p. 73-75).
- 32 Veja-se, que evitamos nos expressar dessa forma, porquanto há uma forte ligação ao nazismo alemão onde havia o princípio da eliminação dos indesejáveis. No aborto eugênico há uma expectativa de vida extra-uterina, o que inócorre com a interrupção da gravidez de feto inviável, pois somente se antecipa um fato certo, que é o óbito do feto, de uma vez que estão presentes anormalidades físicas que inviabilizam sua vida extra-uterina. Nesse sentido: Tessaro, 2002, p. 108.
- 33 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. 5, p. 275] (inserimos nota no texto).

- 34 “A lei silenciou no tocante à interrupção da gestação por anomalia fetal grave, [...], porque em 1940, os conhecimentos sobre essa área da medicina eram poucos e restritos [...]” [TESSARO, 2002, p. 69].
- 35 Nesse sentido: Belo, 1999, p. 76-78, quando aduz que, “dentro de um determinado tempo e espaço, há modificações de valores pela própria sociedade. O que era verdade absoluta ontem, pode não ser hoje. O que foi elencado na lei há quarenta anos, pode estar jurídica, social e cientificamente ultrapassado no nosso tempo. O Direito é obrigado a acompanhar o conceito de “justo” porque o Direito não é a positivação das normas, mas a expressão da Justiça.”
- 36 Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União nr. 191-A, de 5 de outubro de 1988.
- 37 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 3 ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. VII-VIII ?
- 38 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 3 ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. IX
- 39 “Consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhação, mas também agrega afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo pressupõe, por sua vez, de um lado o reconhecimento da total autodisponibilidade sem interferências ou impedimentos externos das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza.” [LUÑO, Antonio Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, apud TAVARES, 2003, p. 406].
- 40 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 3 ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. IX
- 41 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 3 ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p.X
- 42 “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” [MELLO, 1994, p. 451].
- 43 “O texto é pleonástico: a tortura e o tratamento degradante são modalidades de tratamento desumano, que é aquele que contraria a dignidade da pessoa

humana, fundamento do Estado Democrático de Direito instalado no Brasil (ar. 1º, II, CRFB/88).” [FERREIRA FILHO, 2000, p. 87].

- 44 Veja-se que os efeitos de uma gestação inócua, como é a da anencefalia, não só refletem no plano psicológico como no plano físico. Belo, 1999, p. 88, assim assevera: “Como se não bastasse, a gestação de fetos com graves má-formações congênitas acarretam sérias complicações para a mãe, predispondo-a a uma maior incidência de pré-eclâmpsia, além do deslocamento prematuro da placenta, hemorragias pós-parto, disfunções uterinas e, também, de possíveis perturbações psicológicas e emocionais.”
- 45 Nesse sentido: Tessaro, 2002, p. 109.
- 46 “Assim, ainda que admitíssemos, para efeito de debate, que um embrião possa ser apropriadamente compreendido como um ‘ser humano’ ou como uma ‘pessoa’, haveríamos de distinguir entre “estar vivo” em um sentido biológico e ‘ter uma vida a ser vivida’. Tal distinção, que se apresenta como um ‘fato da razão’, estabelecerá uma diferença essencial entre os já nascidos e os que ainda irão nascer; distinção sem a qual, aliás, seria impossível optar moralmente entre a vida da mãe e a vida do feto nos casos de ‘aborto terapêutico’, por exemplo.” [ROLIM, <[www.rolim.com.br/ensaio18.htm](http://www.rolim.com.br/ensaio18.htm)>. Acesso em 10/08/2004].
- 47 “A interrupção voluntária da gravidez de feto inviável nunca esteve e não está proibida no sistema constitucional brasileiro. A vida intra-uterina, superadas as discussões sobre o início dela, tem, sempre, uma expectativa de autonomia. Sem essa expectativa de vida autônoma, não há razão para se falar em garantias constitucionais do feto, principalmente quando a essa garantia contrapõe-se a obrigação de a manter até o último dia de gravidez, aumentando, ainda mais, seu desalento. Esta sim, seria mais uma grande violência, dentre tantas outras, que se imporá a uma mulher. Que uma legislação obrigue uma mulher a manter um filho contra a sua vontade já é uma agressão. Obrigá-la a manter um nadomorto, ou um neomorto, uma mola degenerativa, seria uma violência aos direitos fundamentais. Toda ela em nome do nada, na expressão de Jorge Figueiredo Dias.” [RIBEIRO, 2000, p. 105].
- 48 “Quanto ao princípio sagrado da vida, suscitado pelos contendores do aborto por anencefalia: [...] Ele constitui princípio fundamental e significativo, porém indeterminado. Por ser operacional e útil, o princípio do caráter sagrado da vida tem necessidade de ser concretizado por regras que o exprimam e o expliquem. É impossível que a riqueza deste conceito possa ser reduzida a uma só regra moral: ‘não se pode interromper a vida, sem justificativa’.” [DURANT, 1995, p. 22].
- 49 A vida do **nasciturus** é um bem jurídico protegido pelo art. 5º da Magna Carta, mas isto não significa que tal bem jurídico não possa entrar em conflito com ‘direitos relativos a valores constitucionais, com a vida e a dignidade da mulher’. Estes conflitos não podem ser considerados a partir da perspectiva dos direitos da mulher ou da proteção da vida do **nasciturus**. Na medida em que nenhum desses bens pode afirmar-se com caráter absoluto, impõe-se sua ponderação e harmonização. Bem por isso, em situações, singulares ou excepcionais, rigorosamente adequado do ponto de vista do respeito constitucional ao direito

- à vida, a não-punibilidade do aborto com a exclusão da proteção penal do embrião ou do feto. [FRANCO, 1992, p. 95p].
- 50 Nesse sentido: Tessaro, 2002, p. 81.
- 51 COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, ano III, n. 19, 9p., abr. 1996, p. 9
- 52 Suplicy, Marta et al. Projeto de Lei 1.956/96 – Autoriza a interrupção da gestação nos casos previstos na presente lei. Disponível em <<http://www.alternex.com.br/~mulherespt/p11956.htm>>.
- 53 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. 5, p. 286
- 54 Fonte:<[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.
- 55 Mirabete, 1999, p. 698, aduz que “os alvarás concedidos não encontram apoio no direito material, nem no direito processual”.
56. FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro. *Impossível a sobrevivida do feto, deve ser autorizado o aborto*. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 11, 1993., p. 2
- 57 “Infelizmente, nessas situações, a lei deixa de amparar e preservar uma vida humana, justificando-se em sentimentos eminentemente individualistas, o que vem contrastar com todo fundamento do Direito. Assim, o aborto sentimental nos enche de terríveis dúvidas, pois não nos parece de boa lógica que o sacrifício de uma vida possa reparar uma crueldade já praticada. É simplesmente aplicar a pena de morte a um “réu” indefeso e sem culpa, que pagará unicamente pelo crime praticado por outrem: triste forma de se fazer justiça; estranha maneira de se reparar um crime.” [FRANÇA, 2001, p. 246].
- 58 Onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito.
- 59 Capez, 2003, v.1, p. 37, aplica a analogia *in bonam partem*, na gravidez decorrente de atentado violento o pudor, quando da exclusão da antijuridicidade da gestante que interrompe a gestação, com fulcro no art. 128, II, CP. Nesse sentido Noronha, 1994, p. 72; Delmanto, 1991, p. 217; Jesus, 1993, p. 112; dentre outros. Belo, 1999, p. 67, estende até ao crime de posse sexual mediante fraude do art. 215, CP.

## Referências

- BELO, Warley Rodrigues. *Aborto. Considerações Jurídicas e Aspectos Correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 3 ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

\_\_\_\_. Curso de Direito Penal: *Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

CHA, Sang, ZUGAIB, Marcelo. *Medicina Fetal*. São Paulo: Atheneu, 1993.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, ano III, n. 19, 9p., abr. 1996.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DURANT, GUY. *A Bioética: Natureza, Princípios, Objetivos*. Trad. Porphírio Figueira De Aguiar Neto. São Paulo: Paulus, 1995.

FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição Brasileira/88*, 2000, v. 1.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

\_\_\_\_. *Lições de Direito Penal. Parte Especial*. 3 ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, v. 1.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 2001.

FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por Indicação Eugênica*. in Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel, coordenação de Rubens Prestes Barra e Ricardo Antunes Andreucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro. *Impossível a sobrevida do feto, deve ser autorizado o aborto*. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 11, 1993.

GOLLOP, Thomaz Rafael. *O Descompasso entre o Avanço da Ciência e a Lei*. São Paulo: Revista da USP, v. 24, dez.-fev., 1994/95.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. 5.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1991, v.2.

\_\_\_\_. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. II.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável*. Brasília: Revista do Ministério Público Federal e Territórios, n. 03, jan.-jun., 2000.

ROLIM, Marcos. *Uma Reflexão sobre o Aborto*. Disponível em: <[www.rolim.com.br/ensaio18.htm](http://www.rolim.com.br/ensaio18.htm)>. Acesso em 10/08/2004.

SUPLICY, Marta et al. *Projeto de Lei 1.956/96 – Autoriza a interrupção da gestação nos casos previstos na presente lei*. Disponível em [http: <www.alternex.com.br/~mulherespt/p11956.htm>](http://www.alternex.com.br/~mulherespt/p11956.htm). Acesso em 10/08/2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TESSARO, Anelise. *Aborto Seletivo. Descriminalização & Avanços Tecnológicos da Medicina Contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2002.

Recebido em: 04/05

Avaliado em: 05/05

Aprovado para publicação em: 08/05